

DIRECTORES:

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

**LIBRO EN HOMENAJE
JURÍDICO AL ESTADO SOCIAL Y
DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

**“Análisis y reflexiones jurídicas desde el prisma constitucional
del sistema peruano y en torno a la coyuntura política nacional”**

COORDINADORAS:

Bianca Alexandra Zuñiga Siguas
Katherine Sofía Sánchez Muñoz



 **Amachaq**
Escuela Jurídica

DIRECTORES:

**Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales**

LIBRO EN HOMENAJE JURÍDICO AL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

**"Análisis y reflexiones jurídicas desde el prisma constitucional
del sistema peruano y en torno a la coyuntura política nacional"**

COORDINADORAS:

**Bianca Alexandra Zuñiga Sigvas
Katherine Sofia Sánchez Muñoz**

**Amachaq**
Escuela Jurídica

LIMA - 2022

LIBRO EN HOMENAJE JURÍDICO
AL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO
Análisis y reflexiones jurídicas desde el prisma constitucional del
sistema peruano y en torno a la coyuntura política nacional

AUTORES:

Esta es una obra colectiva

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio
Flores Zerpa, Allen Martí
Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORAS:

Sánchez Muñoz, Katherine Sofia
Zuñiga Siguas, Bianca Alexandra

COLABORADORES:

Almanza Macedo, José Alonso
Alonzo Ames, Hugo Daniel
Añanca Susanibar, Marko Raul
Arias Aguila, Jesús David
Atarama Macha, Juan de Dios
Bacilio Rodríguez, María Luisa del Rosario
Baldeon López, Nathaly Ximena
Beltrán Contreras, Lizbeth Kathya
Bendezu Orozco, Thalia
Canta Cruz, Yaritza Maricielo
Castillo Lopez, Kyara Alessandra
Condori Martinez, Nelly Abigail
De la Cruz Serna, Any Miriet
Díaz Coronel, Nicole Alexandra
Guerrero Hidalgo, Allison Janeth
Guzmán Reyes, Paulo Adrián
Hagei Meza, Mayli Midory
Huaccha Galarza, Mayra Alejandra
Huaynamarca Molina, Denilson
Incarroca Paredes, Julio Cesar
Jimenez Severino, Mauricio Joaquin
Málaga Mujica, Leslie Milena
Montoya Saccsara, Marian Lucia
Mostacero Barrientos, Allison Karina
Muñoz Laos, Amaury Sebastián
Murillo Cotrina, Cristina Milagros
Narro Collantes, Eduardo Ulises
Nolasco Villanueva, Allinson Milagros
Quispe Carrera, Rafael Antonio
Ramirez Cosme, Alexis Gustavo
Ramirez Vargas, José Manuel

Ramos Andía, Yoselyn
Romero Pizarro, Juan Andreas Bernardo
Salas Casafranca, María Alexandra
Sánchez Rengifo, Louana Nicolle
Silva Quispe, Paul Anthony
Torres Flores, Nicole Xiomara
Vargas Gutiérrez, Bryan Steven

CORRECTORES:

Contreras Torres, Oscar Eloy
Jiménez Silvera, Brenda Daysi
Málaga Mujica, Leslie Milena

EDITADO POR:

© **AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.**

Jr. María Antonieta #399
Urb. Palao 2da. etapa
amachaq.escuela.juridica@gmail.com
www.editorialamachaq.com
Lima – Perú

PRIMERA EDICIÓN DIGITAL – ABRIL 2022

LIBRO ELECTRÓNICO DISPONIBLE EN:

<http://editorialamachaq.com/libro1-constitucional>

ISBN: 978-612-48692-3-5

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N.º 2022-0346**

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N.º 822

Queda prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.



LIBRO EN HOMENAJE JURÍDICO AL
ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO:
Análisis y reflexiones jurídicas desde el prisma constitucional del sistema
peruano y en torno a la coyuntura política nacional

AMACHAQ Escuela Jurídica S.A.C.

Disponible en:

<http://editorialamachaq.com/libros-constitucional>

Año: 2022

Edita:

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.
amachaq.escuela.juridica@gmail.com
www.editorialamachaq.com

El Libro en Homenaje Jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho: *Análisis y reflexiones jurídicas desde el prisma constitucional del sistema peruano y en torno a la coyuntura política nacional* es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<http://editorialamachaq.com/libros-constitucional>

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

I. DERECHO CONSTITUCIONAL

a. Ponencias magistrales

- **¿Qué es el constitucionalismo abusivo?**
Alexandra Molina Dimitrijevič 15
- **El poder constituyente en el Estado Constitucional de Derecho**
Erick Urbina Lovón 25
- **La reinstitucionalización del Estado mediante el poder constituyente**
Alejandro Vanegas Maingón 33
- **Consejos de Estado: pertinencia y análisis a la luz del Derecho comparado**
Luis Benjamin Herrera Bustinza 45
- **Contenido de la separación de poderes**
Carlos Hakansson Nieto 53
- **El control del poder a nivel ejecutivo-parlamentario**
Jorge Simental 59
- **La constitucionalización de los partidos políticos y su relevancia en el sistema democrático: análisis del caso peruano**

	<i>Luisana Vega Zeña</i>	69
-	El Preámbulo Constitucional <i>José Palomino Manchego</i>	79
-	Los gobiernos no regulares y el deber de obediencia constitucional <i>Víctor García Toma</i>	109
-	Aspectos jurídicos de la interpretación de la cuestión de confianza <i>Gladys Echaíz de Núñez Izaga</i>	121
-	Limitaciones a la cuestión de confianza a través de una ley interpretativa <i>José Rodolfo Naupari Wong</i>	131
-	Los 14 estándares internacionales de la consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Suprema y el TC <i>Henry Oleff Carhuatocto Sandoval</i>	155
-	Elecciones regionales y municipales: (RM -2022): entre las reformas políticas y contrarreformas <i>José Andrés Tello Alfaro</i>	167
-	Existencia y validez sustantiva de las normas. A propósito de la distinción entre la derogación y la declaración de inconstitucionalidad <i>Lily Ku Yanasupo</i>	175
-	Demanda y Estado: ¿por qué la inconstitucionalidad? <i>Juan Alberto Castañeda Mendez</i>	187
-	¿Quiénes son los pueblos indígenas en Bolivia? <i>Leonardo David Villafuerte Philippsborn</i>	197

- **Reforma constitucional...parcial y total**
Domingo García Belaunde213
- **El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en la experiencia peruana**
Galimberty Rossinaldo Ponce Flores221
- **La función legislativa del Tribunal Constitucional frente a la omisión del constituyente**
Jose Cárdenas Gonzales229

b. Mesas de diálogo

- **Mecanismos de participación política de la ciudadanía: análisis desde la perspectiva del derecho comparado**
Daniel Frías Toral
Rubén Flores Dapkevicius
Flor María Ávila Hernández
Roy Mendoza Navarro237
- **Latinoamérica y la Asamblea Constituyente: análisis desde la perspectiva del derecho comparado**
Carlos Daniel Luque
Ana Claudia Santano 263

II. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

a. Ponencias magistrales

- **El Nuevo Código Procesal Constitucional bajo análisis**
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera 277

- **Una mirada crítica al Nuevo Código Procesal Constitucional: cambios innecesarios y retos de una reforma**
Christian Montesinos..... 293
- **La jurisdicción internacional desde un enfoque del Nuevo Código Procesal Constitucional**
Krupskaya Ugarte Boluarte 311
- **El Hábeas Corpus en el Nuevo Código Procesal Constitucional**
Guillermo Sevilla Galvez 323

b. Mesa de diálogo

- **Supremacía constitucional o supremacía convencional: análisis desde la perspectiva del derecho comparado**
Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Henry Eyrer Isaza
Pablo Darío Villalba Bernié..... 335

III. DERECHOS HUMANOS

a. Ponencias magistrales

- **El mínimo vital: un derecho humano con grandes desafíos**
Carlos Montoya Charris..... 351
- **La fuerza vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**
Juan Carlos Díaz Colchado..... 361

b. Mesas de diálogo

- **Derechos de las personas LGTBIQ+: estándares convencionales del matrimonio igualitario**
Merly Martínez Hernández
Alinne Cardim Alves
Catalina del Pilar Cardozo Arango
Mauel Hildebrant Forno Castro Polo373

- **Políticas públicas en materia de derechos humanos: análisis desde la perspectiva del derecho comparado**
Gustavo Pozas Marquez
David Mendieta
Karen Rebaza Vilchez 401

IV. DERECHO PARLAMENTARIO

a. Ponencia magistral

- **Retos del Derecho Parlamentario para el Perú post pandemia**
Manuel Bermudez Tapia 427

b. Mesas de diálogo

- **Control normativo parlamentario: análisis desde la perspectiva del derecho comparado**
Raúl Andrade Osorio
Mario Gonzalo Chávez Rabanal
Gabriel Barragán García 433

- **Tensiones entre el Ejecutivo y Legislativo como obstáculos al desarrollo y crecimiento económico de los países**
Luis Arcaro Conci
Martín Acevedo-Miño 469

PRÓLOGO

El 2021 fue un año muy particular para el Perú, pues en medio de una pandemia agudizada por la constante crisis política de nuestro país celebrábamos —justamente— el Bicentenario de nuestra vida republicana.

Resultaba, además, un año en el debíamos elegir un nuevo presidente, motivo por el cual se generó un clima electoral muy particular y bastante polarizado ya que para la segunda vuelta presidencial los que candidatos que llegaron a esta etapa no eran los idóneos para asumir la presidencia en medio de una pandemia y en el año del Bicentenario.

En ese contexto resaltó mucho la demanda de una nueva Constitución Política porque el sentir general de la ciudadanía era que la actual no había permitido un progreso del país. Se comenzó a reflexionar sobre lo que se había logrado como país y como sociedad hasta el momento; en las oportunidades de vida que unos tenían y otros no; y demás cuestiones que se hicieron presentes con la particularidad histórica-social que solo el Perú sabe ofrecer.

Además, aún se tenía que hacer frente a la pandemia que había golpeado tanto a nuestro país y que se llevó miles de vidas. La llegada y administración de las dosis de vacunas contra la Covid-19 también fue un punto central de debate en ese año. Así, el Bicentenario, el clima electoral y la pandemia crearon un panorama social-político particular con muchas interrogantes y demasiada incertidumbre.

En ese contexto, Amachaq Escuela Jurídica no podía permanecer ajena e indiferente. Es por ello que se decidió organizar el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho a razón del Bicentenario y la realidad social que trajo consigo. Es así que este evento académico se desarrolló bajo el eje temático titulado “Análisis y reflexiones jurídicas desde el prisma constitucional del sistema peruano y en torno a la coyuntura política nacional”, el cual tuvo lugar desde el 20 al 26 de septiembre en una jornada maratónica, constituyendo todo un reto y éxito para el Área de Derecho Constitucional de Amachaq Escuela Jurídica.

Ahora bien, en aras de contribuir con la difusión de temas jurídicos actuales en el ámbito constitucional y circundantes, nos complacemos en presentar con gran satisfacción a toda la comunidad jurídica y público en general el LIBRO EN HOMENAJE JURÍDICO AL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO el cual reúne 33 artículos académicos elaborados y revisados cuidadosamente a fin de brindar un claro y también crítico sobre los diversos temas abordados.

Este trabajo académico es fruto de la dedicación, tiempo y esfuerzo de los miembros colaboradores amachaquinos. Asimismo, agradecemos el trabajo, esfuerzo y compromiso de las coordinadoras del proyecto y a todos quienes contribuyeron y apoyaron esta producción académica.

También extendemos un especial y profundo agradecimiento por la participación a los excelentes profesionales nacionales e internacionales que nos nutrieron con sus conocimientos y experiencias al compartir sus ideas, críticas y aportes jurídicos y sociales.

Como se mencionó antes, este libro cuenta con la participación de renombrados ponentes del mundo jurídico. Es así que contamos con la participación del Dr. Eloy Espinoza- Saldaña, Dr. Ernesto Blume, Dra. Karen Rebaza Vilchez, Dra. Isabel Moreira do Nascimento, Dr. Víctor García Toma, Dr. Domingo García Belaunde entre otros especialistas.

En este libro jurídico se podrá encontrar artículos académicos relacionados con temáticas del derecho constitucional, procesal constitucional, derechos humanos y derecho parlamentario. En primer lugar, se abordan temas constitucionales como el constitucionalismo relacionado a la democracia, el salto a un Estado Plural, el poder constituyente, la separación de poderes y el ejercicio y control del poder dentro del Estado. Seguidamente, se abordarán temas como la cuestión de confianza y las limitaciones que debe tener, así los estándares internacionales de consulta previa. Seguidamente se abordarán diversos derechos fundamentales, tales como derecho a la igualdad, derecho al olvido.

En segundo lugar, se aborda una de las cuestiones más resaltantes en el año del Bicentenario: la reforma constitucional. Dada la relevancia del tema, esta es abordada detalladamente en varios trabajos. Primero, tratando aspectos teóricos consistentes en saber en qué consiste una reforma y los grados que esta pueda tener; luego de estudiar su ámbito más crítico y analítico, cuestionando la necesidad de una reforma constitucional o las formas que se tienen para llegar a este escenario.

Además, se estudia una institución que coadyuva al mantenimiento y mejor comprensión del ordenamiento jurídico: el Tribunal Constitucional. En ese sentido, se aborda primero aspectos teórico y técnicos como la composición y selección del TC y luego se abordan temas más reflexivos como el rol que tiene esta institución dentro del Estado Constitucional, así como la función legislativa que esta institución posee.

La temática constitucional propiamente culmina abordando un tema de relevante importancia en aras del fortalecimiento de la ciudadanía como pieza fundamental es un Estado democrático: se trata de los mecanismos de participación política de la ciudadanía. También se aborda un tema muy discutido y que se deriva de la temática de la reforma: la Asamblea Constituyente. Ambos son abordados desde el derecho comparado porque se considera importante tener en cuenta cómo es que se abordan estos temas en otros ordenamientos jurídicos.

La segunda rama del Derecho que se trata es el Procesal Constitucional. De manera muy especial y atendiendo —también— a la realidad jurídica se estudian temas relacionados al Nuevo Código Procesal Constitucional promulgado en julio de 2021, trayendo consigo muchos cuestionamientos en torno a su implementación. Se analiza y se estudian los diferentes procesos constitucionales en este nuevo código, las novedades, desaciertos e inconstitucionalidades de este, así como una perspectiva crítica sobre este documento jurídico.

Como tercera temática, se abordan los Derechos Humanos que son necesarios para el desarrollo de la sociedad en cuanto su goce, respeto y cumplimiento. También se estudia el tema desde el sistema interamericano, teniendo como centro a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los estándares que establece en cuanto al respeto de los derechos humanos. Asimismo, se aborda la efectivización de los derechos fundamentales.

Circunscrito a todo el ámbito jurídico, siempre se debe tener en cuenta realidad social, es por ello que se abordan los derechos de un sector de la población que hasta el momento sigue siendo discriminada y desatendida de los derechos que le corresponden como a todo ciudadano: la comunidad LGBTIQ+. Así, se tratan temas como el matrimonio igualitario y los derechos de las personas que conforman esta comunidad. De otro lado, creemos en la importancia de la implementación de políticas públicas en materia de derechos humanos, por ello hay un estudio que gira en torno a ello al igual y su aplicación en el derecho comparado.

Por último, se aborda la rama del Derecho Parlamentario, en el cual se estudian los retos que se plantó durante la pandemia, el control normativo parlamentario, las tensiones entre ambos poderes del Estado: el ejecutivo y legislativo, y las tensiones existentes entre ambos, los cuales implican obstáculos al desarrollo y crecimiento económico del país.

Por todo ello, esperamos que la lectura de este trabajo académico impulsada por estudiantes y egresados sanmarquinos que conforman Amachaq Escuela Jurídica contribuya a la divulgación del conocimiento jurídico en sus distintas ramas y de esta manera se pueda abrir un espacio de debate, reflexión, análisis y crítica del estado actual de las cosas y se pueda seguir profundizando en el estudio de los diversos temas que componen este libro, además de despertar el interés en estos temas.

Finalmente, reiteremos nuestro compromiso de continuar con la producción y difusión de trabajos académicos de calidad que mantengan actualizados a la comunidad jurídica en pro de un mejor entendimiento de la realidad social y jurídica, de una mejor aplicación de las leyes, así como de las reformas normativas correspondientes que le hacen tanta falta a nuestro país.

¿Qué es el constitucionalismo abusivo?*

Alexandra Molina Dimitrijevič**
Universidad Científica del Sur

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Concepto / 3. Tipos o formas de Manifestación del Constitucionalismo abusivo / 4. Los peligros del Constitucionalismo abusivo y posibles planteamientos de solución / 5. El constitucionalismo abusivo y la erosión democrática / 6. Constitucionalismo abusivo en perspectiva comparada / 7. Reflexiones finales / 8. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

Para poder comprender lo que es el constitucionalismo abusivo, resulta necesario resaltar la necesidad de su estudio, en aras de contar con mejores herramientas para combatir esta figura, que no es otra cosa que una pretensión de encaje aparente en el marco constitucional, abusando de él o forzándolo. En efecto, debido a su naturaleza camuflada, la labor del o la constitucionalista es, en este caso, una tarea de identificación, de detección.

2. Concepto

Sobre el constitucionalismo abusivo como concepto, es relevante citar al profesor norteamericano de la Universidad de Florida David Landau quien —en el año 2013, en un artículo de la revista *University of California Law*

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Profesora de Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad Científica del Sur. Profesora de Historia Constitucional Peruana en la Universidad de San Martín de Porres. Abogada por la Universidad de Lima. Diploma de Estudios Políticos y Constitucionales por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia española. Doctoranda en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España).

*Review*¹ — definió al constitucionalismo abusivo de la siguiente manera:

“Defino al constitucionalismo abusivo como el uso de mecanismos de cambio constitucional a efectos de hacer que un Estado sea significativamente menos democrático (en comparación a lo que era antes). Al referirme a las maniobras que hacen que un régimen sea “significativamente menos democrático”, conceptúo a la democracia en un espectro, teniendo en cuenta la existencia de diversos tipos de autoritarismo competitivo, híbridos entre el autoritarismo puro y la pura democracia” (p. 195)²

Vemos pues que, entre la democracia plena y el autoritarismo puro existe una diversa escala de grises, en la cual se observan variantes o tipos de autoritarismo. Estas variantes o grises autoritarios se barnizan a través de esas formas, basándose exprofesamente en los requisitos formales constitucionales, empleándolos como herramientas autoritarias bajo una pátina falsa de democratización que, en consecuencia, niega un verdadero constitucionalismo de fondo.

Este punto es muy importante, ya que décadas atrás lo que abundaba era el golpe de estado “puro y duro”, en la literalidad de la expresión, empleando la fuerza física y “sacando los tanques”. Sin embargo, en la actualidad, esta cruda figura ha sido sustituida por golpes “blandos”, y es el constitucionalismo abusivo la herramienta a través de la cual buscan (y en ocasiones cada vez más frecuentes logran) imponerse las fuerzas anti-democráticas.

En ese sentido, existen hechos que evidencian la diferencia entre un “golpe duro” y un “golpe blando”. El golpe del 11 de septiembre de 1973 al presidente de aquel entonces, Salvador Allende, es un claro ejemplo de lo que se entiende como golpe duro. En la misma línea se encuentran los golpes de estado en la Argentina de los años 70. A ambas tomas del poder en forma violenta y explícita le siguieron cruentas dictaduras, en las cuales se vulneraron gravemente derechos humanos a través de la fuerza armada.

Como ejemplo de golpe “blando”, es posible nombrar al *impeachment* en Brasil³, mediante el cual —en el año 2016— se destituyó a Dilma Rousseff.

Adicionalmente, cabe precisar que David Landau (2013) y otros autores relacionan lo expuesto con el fin de la Guerra Fría. Señala Landau que *“It reduced the*

1 *University California. Davis Law Review* (N° 47, 99, 189–260).

2 Traducción propia del texto original.

3 El proceso de destitución de Dilma Rousseff consistió en una cuestión procesal abierta con vistas al juicio político que determinó la continuidad de su mandato como presidenta de la República Federativa del Brasil.

tolerance of powerful states for obviously non-democratic regimes” (2013, p. 197)⁴

Retrocediendo en el tiempo, un caso que también podría representar el recurso al constitucionalismo abusivo es el de los inicios del Régimen Nazi y la supresión de la República de Weimar, como bien apunta Landau (2013, p. 198). De forma más específica, en su día, Loewenstein, describió el abuso de los decretos de necesidad contemplados en el artículo 48º de la Constitución de Weimar (Loewenstein, p. 289)⁵, que desencadenó una oprobiosa y dolorosa etapa para la historia de la humanidad

A su turno, en otro texto Rosalind Dixon y David Landau (2015) argumentan que el cambio que puede darse —teniendo en cuenta la característica de ejercicio del constitucionalismo abusivo— puede ser definido como una “recaída democrática” (p. 205). Asimismo, dichos autores sustentan que el objetivo del concepto mencionado es debilitar los controles del ejercicio del poder (pp. 205-206).

En cuanto a la doctrina nacional, no se encuentran muchos trabajos sobre este particular e importante tema. Sin embargo, conviene destacar el interesante artículo de Massiel Rodríguez (2020), quien escribe sobre el constitucionalismo abusivo lo siguiente:

“(…) el Constitucionalismo abusivo viene a ser esta creación de nuevas formas de gobierno, nuevas dictaduras o autoritarismos “solapados”, a la luz de la democracia contemporánea. Es la utilización de los mecanismos de reforma constitucional para fines inconstitucionales, buscando que una persona o grupo político permanezca en el poder de forma aparentemente constitucional. Estas “dictaduras democráticas” llegan al poder y permanecen en él sin golpes de Estado; por lo que, al no ser notoria, muchas veces no nos hemos dado cuenta de que nos encontramos viviendo un Constitucionalismo abusivo⁶. (pp. 253-264)

3. Tipos o formas de manifestación del constitucionalismo abusivo

4 Para más información: Landau, D. *Abusive Constitutionalism*. U.C Davis Law Review. 2013, 47 (1): 189-193.

5 Loewenstein, K. *Teoría de la constitución*. 4th. reim. Barcelona. Editorial Ariel, S.A.; 1986.

6 Rodríguez, M. Constitucionalismo abusivo en el Perú: Un análisis a la vacancia presidencial por incapacidad moral y los hechos posteriores al 9 de noviembre de 2020. *Revista IUS et Veritas*, 2020; 62: 253-164.

David Landau expone que existen dos tipos de constitucionalismo abusivo: el primero forzando la *Constitutional Amendment* (Enmienda constitucional); mientras que el segundo, fuerza el *Constitutional Replacement* (Reemplazo constitucional).

El jurista colombiano Rodrigo Uprimny hace una más amplia referencia a esta figura. Así, los define como “procedimientos constitucionales que formalmente parecen perfectos pero que sustancialmente son fraudulentos”. Además, refiere Uprimny que:

“El concepto de constitucionalismo abusivo es aplicable también a casos en que las mayorías usan otros procedimientos formales constitucionalmente para atrincherarse en el poder”⁷.

Situándonos en este punto ¿se podría afirmar que la vacancia del ex presidente Martín Vizcarra por el Congreso de la República es una manifestación del constitucionalismo abusivo? La respuesta podría ser afirmativa, como he mencionado en un artículo escrito en noviembre de 2020⁸.

4. Los peligros del constitucionalismo abusivo y posibles planteamientos de solución

Resulta a este punto evidente que el constitucionalismo abusivo entraña serios peligros para la democracia: constituye el socavamiento de la democracia y la consolidación, bajo formas aparentemente “constitucionales”, del fenómeno de erosión democrática que se viene viviendo a escala global. De esta forma, se instrumentaliza la Constitución, que en lugar de racionalizar el poder y consolidar la democracia, es empleada como una herramienta arrojada para viabilizar proyectos autoritarios.

5. El constitucionalismo abusivo y la erosión democrática

En relación al tema expuesto cabe mencionar la figura de “erosión democrática”: es esta situación el verdadero telón de fondo del constitucionalismo abusivo.

Sobre el particular, resaltan en el análisis de esta problemática autores que no vienen del Derecho sino de la Ciencia Política como Steven Levitzky y Daniel Ziblatt, con su emblemática obra “¿Cómo mue-

⁷ Uprimny, R. *La crisis peruana y el constitucionalismo abusivo*. Dejusticia. 17 de noviembre del 2020. Recuperado de: <https://www.dejusticia.org/column/la-crisis-peruana-y-el-constitucionalismo-abusivo/>

⁸ En el blog de la Revista Derecho del Estado de la Universidad Externado de Colombia. El artículo (titulado: “Crónica de una fractura entre poderes y sobresaltos sísmicos de la vacancia presidencial”) puede revisarse en el siguiente enlace: <https://blogrevistaderechoestado.uexternado.edu.co/2020/11/20/cronica-de-una-fractura-entre-poderes-y-sobresaltos-sismicos-de-la-vacancia-presidencial/> (fecha de consulta: 22 de enero de 2022).

ren las democracias?"; y, más recientemente, el texto de la periodista Anne Applebaum, "El ocaso de la democracia y la seducción del autoritarismo", un poderoso alegato contra los extremismos de todo tipo.

6. El constitucionalismo abusivo en perspectiva comparada y en el Perú

El constitucionalismo abusivo es un fenómeno mundial que se ha manifestado en diversas ocasiones, pero se ve muy pronunciado desde finales del siglo XX hasta la actualidad. el particular

En Hungría, por ejemplo, se llevó a cabo un pseudo "proceso constituyente" en 2011, donde un genuino poder constituyente sencillamente brilló por su ausencia, así como se produjo una falta de transparencia en su realización y deliberación, ya que la Constitución húngara fue redactada en el plazo de un mes. Se señala incluso que se redactó en el iPad ⁹de uno de los hombres fuertes del régimen (Jozsef Szajer¹⁰). Además, pasó por excesivas modificaciones, exceso de reformas que hacen tambalear el concepto de supremacía constitucional en dicho país. Lo que no varió en dicha constitución (ni en la práctica) fue el atropello de los derechos de las minorías (Bodnár et al, 2021).

El caso de Polonia (Bién y Wloch, 2021) es similar al mencionado anteriormente, pues se realizaron cambios constituciones informales que ocasionaron incumplimientos constantes del mismo texto fundamental, advirtiéndose además una marcada y constante confrontación con la Unión Europea, aparte de una cooptación de las altas cortes, como se refiere en el reporte internacional de Reforma Constitucional sobre reforma constitucional, editado y coordinado por los profesores Richard Albert y Luis Fernando Barroso.

Empero, el carácter que tiene este fenómeno negativo para las naciones, también llamado "golpe blando" no solo se ha manifestado en el Viejo Continente, sino también en América Latina. Siguiendo esta línea se puede abordar el caso de Venezuela con la constitución de 1999.

Al respecto, este tema ha sido abordado también por David Landau, a través del concepto de "*Abusive Constitutionalism by replacement*" (Constitucionalismo abusivo "por reemplazo", ya que se desmontan los mimbres constitucionales de la Constitución venezolana de 1961). El profesor estadounidense hace referencia a las tácticas electorales aplicadas por Chávez, que le dieron 60% de votos y 90% de escaños en la Asamblea.

9 <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/ipad-used-draft-hungarian-constitution-flna124603> (fecha de consulta: 22 de enero de 2022)

10 Un escándalo incongruente con su postura anti-derechos y a la vez contrario a las medidas sanitarias, suscitado en Bruselas en 2020, fulminó la carrera política de este eurodiputado.

Asimismo, agrega lo siguiente:

El proceso constitucional de 1999 le dio a Chávez los medios para barrer a la oposición del poder, y reemplazarla con instituciones que él mismo pudiese controlar, lo cual ayudó a construir un régimen de autoritarismo competitivo, donde Chávez mantuvo el poder continuamente hasta su muerte en 2013, y así pudo controlar la mayoría de las instituciones de Venezuela. Había sido capaz de usar su poder, también, para empujar otros cambios constitucionales que incrementaron su poder, como por ejemplo la reforma de 2009 que removió enteramente los límites al periodo presidencial” (traducción personal de: *“The 1999 constitution-making process thus gave Chavez a legal means to sweep the deck clean, removing opposition figures from power and replacing them with institutions that he could control. In that sense, it helped to shepherd in a competitive authoritarian regime, where Chavez maintained power continuously until his death in 2013 and was able to control most other institutions in the country. He had subsequently been able to use his power over the state to push through other constitutional amendments that increased his power, such as a 2009 package that removed term limits entirely.”*¹¹ (Landau, 2013, p. 206) .

Por otro lado, resulta interesante analizar el caso de Colombia, en donde puede observarse cómo se intentó efectuar otra manifestación del constitucionalismo abusivo, que afortunadamente fue controlado oportunamente por la Corte Constitucional colombiana, frente a las pretensiones de Uribe, quien buscaba lo que Dixon y Landau (2015) denominan una “indefinida extensión del límite del mandato presidencial” (p. 211).¹²

Otro caso resaltante, más reciente, es el caso de Bolivia. El ex presidente Evo Morales decide, forzando figuras constitucionales, ir a la reelección en 2019 y de esta forma seguir gobernando. Termina dejando el poder en medio de graves circunstancias de caos y violencia (un sector de la academia también indica que su sucesora incurrió en golpe de Estado, que también encajaría en la categoría analizada). No obstante, la Corte IDH se pronunció al respecto estableciendo que la reelección no es un derecho humano, como pretendía alegar Morales.

Antes de terminar la exposición, en perspectiva comparada, en donde se vio reflejada la problemática que actualmente se va agravando, no se puede obviar el peculiar caso salvadoreño. Esta situación es muy particular y

¹¹ Landau, D. Óp. cit., p. 206.

¹² Sobre el caso venezolano, resulta sumamente importante la lectura del reciente texto del jurista Allan Brewer Carías, titulado: “La demolición de la autonomía y la independencia judicial en Venezuela: 1999-2021” (2021)

hasta hay quienes sustentan que el presidente Nayib Bukele, está desplegando algo que algunos han dado en llamar “autoritarismo *millennial*”. No podemos dejar de recordar que, a inicios de 2020, se originaron tensiones con el Congreso (entonces Bukele carecía de mayoría parlamentaria); las confrontaciones se fueron acrecentando y a raíz de esto se produjo la irrupción de las Fuerzas Armadas en el Parlamento (las imágenes incluso nos llevan a pensar en los golpes “antiguos”). Una renovación parlamentaria le ha permitido ahora contar con una cómoda mayoría congresal gracias a la cual, por ejemplo, efectuó la destitución de Magistrados de la Corte Suprema, expresión del constitucionalismo abusivo que tuvo repercusión internacional, al punto que diario Slate tituló la noticia como: “*Meet Latin America’s First Millennial Dictator*”¹³. En fin. Bukele presume de todo esto en las redes sociales que utiliza con fruición día a día (criptomonedas incluidas), permitiéndose incluso ironizar con la palabra “dictadura”.

Finalmente, el Perú tampoco fue ajeno a estas maniobras con carácter constitucional aparente. Se puede identificar casos recientes como la vacancia del ex presidente Martín Vizcarra llevada a cabo por el Congreso de la República; de la misma forma, se puede hacer prudente mención de la posible Asamblea Constituyente que causa preocupación y dudas en muchos sectores. La pregunta que puede formularse a causa de la actual coyuntura política del Perú es la siguiente: ¿es acaso el camino hacia una nueva constitución una caja de pandora para que se cuele el constitucionalismo abusivo? Consideramos que no necesariamente un proceso constituyente implica ello (un genuino ejercicio del poder constituyente no debería implicarlo), pero que es un asunto que, sin duda, debe tomarse con pinzas, toda vez que la posibilidad siempre existe, sobre todo cuando los procesos de cambio constitucional no emanan realmente de la ciudadanía (bottom up) sino de los poderes públicos (*top down*), y, además, considerando las complicaciones y disfuncionalidades de nuestro sistema político y de partidos como tal.

7. Reflexiones

Finalmente, de lo tratado en líneas anteriores, es posible mencionar algunas reflexiones:

En primer lugar, debe quedar claro que la democracia no debe darse por sentada, debe lucharse por ella en todo sentido y todos los días, pues aún existen muchos riesgos que pueden hacer peligrar su vigencia. Lo mismo se puede decir cuando se hace referencia a las conquistas democráticas, es decir, las encaminadas a la consecución de

13 Meléndez, M. *Meet Latin America’s First Millennial Dictator*. Slate. 26 de agosto del 2021. Recuperado de: <https://slate.com/news-and-politics/2021/08/nayib-bukele-salvador-millennial-dictator-authoritarianism.html>

derechos; en ese caso, siempre se encuentra latente la posibilidad que se suscite un retroceso en el reconocimiento de dichos derechos.

Por otro lado, existe un aspecto que no se ha mencionado hasta ahora; y que —no obstante— es menester enfatizar, ya que guarda mucha relación. Se identifica aquí el “carácter demoníaco del poder”, al cual hacía referencia Loewenstein. Además, lo mencionado se consolida con la siguiente frase de Lord Acton (también citada por el maestro alemán): *“El poder corrompe, el poder absoluto corrompe absolutamente”*.

Como reflexión final, es importante expresar que, al final del día, todo reside en el elemento personal, actitudinal, de valores democráticos y de construcción de “sentimiento constitucional” en la sociedad. En ese sentido, el ser humano —como individuo y ciudadano— no debe dejarse “seducir por el autoritarismo”, como diría el título del imprescindible libro de Applebaum.

Finalmente, es primordial recalcar una vez más que no se debe bajar la guardia; porque es a través de las figuras aparentemente constitucionales que pueden surgir situaciones no democráticas, las cuales pueden permitir la comisión de un grave daño a los derechos y garantías de los ciudadanos, lo cual no es una mera entelequia: repercute, concretamente, en sus vidas cotidianas.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. ¿Es posible hablar de constitucionalismo abusivo en los gobiernos populistas en América?

Por supuesto, en la actualidad el populismo se encuentra cargado de discursos que pueden resultar peligrosos. Al respecto, existe incluso doctrina en donde se está mencionando que “el populismo no es tan malo, sino que —por el contrario— se relaciona con el pueblo” (sic). Discrepamos de este enfoque, por cuanto el propio Landau realiza un estudio acerca del populismo y su relación con el tipo de constitucionalismo mencionado. Teniendo esto en conocimiento, es posible mencionar que la figura del populismo tiene un enfoque politológico, el cual naturalmente nos remite a la estrecha relación entre el Derecho Constitucional y la Ciencia Política. Es por esta razón que el estudio de la disciplina de la Ciencia Política es relevante.

Finalmente, se debe agregar que siempre se ostentan grados, tendencias hacia un autoritarismo puro o a una democracia plena, pero no necesariamente ello implica que el populismo conlleva a un autoritarismo, aunque sí ha sido usado como una herramienta para alcanzar dicho fin.

8.2. ¿La reelección de Nayib Bukele es una manifestación del

constitucionalismo abusivo?

Efectivamente, la reelección de Nayib Bukele es un ejemplo resaltante de cómo puede manifestarse el constitucionalismo abusivo. La conclusión a la que llega es que —a través de las reelecciones constantes por parte de un mandatario— puede llevarse a cabo dicho fenómeno, más aún si se promueve dicho mecanismo sin límite definido. Sería un tipo de constitucionalismo abusivo por enmienda. Sin embargo, la reelección no es mala *per sé*, pero más importante que estar reeligiéndose es el fortalecimiento del Sistema democrático, así como el tener verdaderas políticas de Estado.

El poder constituyente en el Estado Constitucional de Derecho*

*Erick Urbina Lovón***

Universidad Católica de Santa María

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Aparición del Estado Constitucional de Derecho / 3. Manifestación del pueblo como poder constituyente / 4. Características del poder constituyente / 5. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

Es preciso empezar comprendiendo cómo es que cambia el paradigma en las organizaciones, cómo cambian los distintos estamentos que regían en el mundo hasta la aparición del Estado Constitucional. No hay que olvidar que, debido a este fenómeno (el cual ha llegado —no sabemos si para quedarse—) se pueden adoptar distintas teorías, tal y como sucedió en el siglo XVIII.

2. Aparición del Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional de Derecho aparece tras un gran cambio de paradigma, se zanja el dogma divino, el cual ordenaba a las sociedades en el siglo XVIII. Para pasar a un orden democrático, estas sociedades se mantenían por un orden que ellas mismas habían aceptado luego de que el dogma divino permaneciera durante mucho tiempo en la sociedad.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso de Alta Especialización en Violencia contra la mujer, Violencia familiar y delitos sexuales, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 18 al 22 de octubre del 2021.

** Abogado especializado en ciencias penales por la Universidad de San Martín de Porres. Máster Iberoamericano en Políticas Anticorrupción en la Universidad de Salamanca, España. Diplomado de Innovación y gestión judicial tecnológica por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y la Universidad de Champagnat, Argentina. Integrante del Centro de Estudios en Derecho Penal de la Universidad de San Martín de Porres y de la Comisión de Derecho Penal de la Sociedad Peruana de Derecho. Asociado de la Asociación Iberoamericana de Criminal Compliance (AICCOM). Autor de múltiples publicaciones y artículos jurídicos en la especialidad de las ciencias penales.

Se generaron cambios importantes, aparece un nuevo segmento o clase, aunque este no es el término más adecuado, pero es cierto que la aparición de la burguesía generó un quiebre en las sociedades europeas y —posteriormente— en América.

El primero en desarrollar el término "*poder constituyente*" fue un religioso, en el siglo XVIII, Emmanuel - Joseph Sieyès, conocido por su obra "*El tercer Estado*"; este personaje reconoce lo que pasaba en ese momento histórico, aunque, existieron otros elementos que conjugaron esta situación y que terminaron de dar forma al Estado Constituyente en su forma actual.

Entender que una sociedad se estaba quebrando a partir de una sociedad injusta, llevará a que las fuerzas reales, más allá de las fuerzas reconocidas, comiencen a buscar una salida, un nuevo reconocimiento, un nuevo orden.

Se menciona que tanto en las ciudades-Estado griegas y en la República romana, ya se mencionaba el término *constitutio*, *constitución*, *constituere* y que, más adelante serán desarrolladas como el poder constituyente, pero no tendrán la forma actual sino hasta que Sieyès, al pie del reconocimiento del tercer Estado: el pueblo, se podrá organizar para poder gobernarse.

En el libro "*María Antonieta*" de Stefan Zweig, se conoce cómo la pariente de la reina austriaca, casada con Luis XVI, inicia su historia hasta morir en la guillotina; muestra cómo habría sido educada para que, si en algún momento llegase a tener poder (este vendría de Dios y que después, motivada para hablar con Luis XVI, quien debía de firmar la Constitución y abdicar como monarca) mostrara su oposición porque señalaba que su reinado y poder no provenían de la voluntad del pueblo, sino de la voluntad de Dios y, una vez muerta ella, tendría que rendirle cuentas a Dios; ella era consciente de esto y creyente de esa situación, dogma divino que aún prevalece en algunas monarquías como la inglesa, que perduran y representan hasta cierto punto una organización.

Esto cambia a partir de las revoluciones, en las que el que otorga el poder ya no es un ente divino, sino un ente celular: el pueblo como tercer Estado, al que hace referencia Sieyès, que concluía con el clero y las noblezas parisinas; este pueblo era integrado por la burguesía (que hasta entonces no había conseguido título nobiliario) y por el llano (el pueblo).

Todos aquellos que quizá no habrían hecho gran fortuna, pero que eran la mayoría en ese tiempo, fueron dirigidos por la burguesía, quienes había asistido a la universidad y tenían cierto nivel intelectual.

Serán ellos los que van a conformar este tercer Estado, al cual se adherirá —posteriormente— los otros dos, tanto el clero como la monarquía. Sieyès afirmará que el centro de todo es el pueblo; para él, el pueblo era la nación, es la sociedad que ya se organizaba, que tenía intereses en común y que era capaz de encontrar representantes.

3. Manifestación del pueblo como poder constituyente

El pueblo se manifiesta en dos momentos, también lo dice Sieyès: primero, en el *momento constituyente* y, segundo, a lo largo de la vida, sobre lo que ha construido. Ahora bien, el primero momento se divide en tres submomentos: primero, la reunión de todos los individuos, quienes acuden sin una voluntad interesada conjunta para formar un Estado, pero con intereses dispersos.

Segundo, la unión de voluntades individuales empieza a formar una voluntad común: aspiraciones; esto es lo que hoy se denomina Estado Constitucional. Un Estado que se forma a partir de una idea o una norma, lo que nos lleva a una Constitución.

Como tercera propuesta, vigencia del Estado constituido. Cuando el poder originario constituyente es capaz de darse una Constitución: una norma marco que terminará ordenando y organizando la sociedad.

De esta manera, se estructura una teoría capital que sirve para entender y legitimar aquello que sucedió previo al nacimiento del Estado Constituyente que existía antes; es otro orden distinto, el cual fue quebrado porque el pueblo así lo decidió.

Este quiebre trajo consecuencias letales que derramaron mucha sangre y una serie de revoluciones. Existen, a partir de esta situación, teorías que buscan explicar cómo se da el poder constituyente, cómo se desarrolla y hay quienes afirman que este poder es —en realidad— la explicación que legitima la revolución.

Puede que antes haya existido una narrativa o conceptos que validaban el orden previo; ahora, dado el caos y la revolución para crear algo nuevo, se necesita también una teoría, una propuesta y esta será la del Poder Constituyente, lo que conlleva a que la sociedad se organice, tanto en el ámbito político como jurídico, sosteniendo que es el pueblo el que ostenta el poder, ya que es un poder originario, autónomo e incondicionado; que instaurará un orden que conoceremos como “poder constituido”.

Todo aquello que ha sido desarrollado por este poder constituyente, vivo, vigente, representado en una asamblea constituyente, quedará plasmado en blanco y negro, lo que es una Constitución, que es el cuasi nacimiento de un nuevo orden, de una sociedad.

4. Características del Poder Constituyente

Este poder constituyente tiene determinadas características: es un poder que deriva del pueblo, es el primero y más noble de las manifestaciones de poder, lo cual conduce a que tenga características que lo diferencian indubitavelmente de otros:

Primero, es un poder único e insustituible; no puede ser reemplazado por otro con la misma responsabilidad de dar una Constitución.

Segundo, no admite poder paralelo: no hay nada más que el poder constituyente, este es el que constituye todo. Puede existir algún tipo de orden previo, pero siempre será menor a lo que es el poder constituyente en sí mismo.

Tercero, es extraordinario, tiene una responsabilidad excepcional y no es permanente, no va a quedar durante el desarrollo de la sociedad, tiene una función específica que es la de otorgar una Constitución para luego desaparecer, dándole espacio al poder constituido. A partir de una ficción, este poder podrá permanecer en lo conocido como el poder constituyente derivado.

En el caso peruano, este poder derivado reside en el Congreso de la República, que es el único que, cuando reforma la Constitución actúa como Poder Constituyente, pero no es ilimitado, tiene límites, que son los que pone el Poder constituyente en la Constitución. El constituyente sabe que la realidad puede cambiar, que las mismas fuerzas cambian y por eso permite que estas puedan reformarse y establece la forma de reforma.

Cuarto, es ilimitado. Asume todas las facultades, no tendrá restricciones en su ejercicio y no se le puede imponer a él mismo restricción alguna, aquello sería atentar contra su propia naturaleza. Existe un debate sobre esto, pues en lo constitucional nada se escapa de los límites, algunos sostienen que este poder constituyente no puede ir en contra a la *Constitución histórica* de una nación, hay quienes sostienen que este poder constituyente tampoco podría ir contra unas verdades evidentes y aceptados, como el principio de separación de poderes, el reconocimiento de derechos y libertades que, a su vez, le dan contenido a una constitución y también se puede hablar de unas

valoraciones dominantes que permanecen en un grupo humano y después deberán quedar plasmadas en las constituciones que rigen a estos grupos humanos.

El profesor considera que este no puede ser limitado, incluso, cuando previo al momento constituyente se haya instaurado en alguna sociedad cláusulas pétreas o exista una constitución histórica, el Poder Constituyente puede cambiarlo o reformular todo, esto llevándolo al plano fáctico, fuera del análisis jurídico, probablemente el único límite real será la voluntad del pueblo que terminará aceptado lo que designe ese Poder Constituyente o rechazándolo, obviamente al ser un poder ilimitado tiene que ser extraordinario, no puede estar constantemente siendo invocado, porque atentaría contra el propio Estado Constitucional de Derecho, en estos tiempos son muchos los países que se plantean la discusión de iniciar un camino de reforma total o parcial de la Constitución.

También se estima que se puede hacer un análisis menos apasionado de la política misma, también desde la academia, la constitución peruana vigente tiene serias dudas sobre su legitimidad y origen, sin embargo, su legitimidad de ejercicio ha ganado vigencia, es una Constitución flexible que permite ser reformada a través de un procedimiento establecido por el Poder Constituyente, que reviste mayor rigurosidad y exigencia en los votos que cualquier otro tipo de norma, pero que se puede realizar.

Desde la carta de 1993, a partir de leyes, el propio Congreso ha reconocido nuevos derechos, muchos contenidos a derechos; también porque la propia carta y la voluntad del constituyente así lo permite, porque sabe que el derecho no culminó luego de aprobar la Constitución, corresponde a una sociedad como la peruana, aplicar estos mecanismos para cambiar lo que queramos siguiendo los procedimientos, pero respetando el Estado Constitucional de Derecho, porque ya existen reglas de juego para todos los elegidos en nuestro país.

5. Respuestas a las preguntas del público

5.1. En el momento constituyente de Sieyès, en la etapa de la división de individuos por la voluntad en realidad son las convergencias de fuerzas políticas, entonces, ¿estas demuestran que la Constitución es una forma de regularización política o de limitación política?

La Constitución propiamente dicha tiene dos dimensiones, la política y la jurídica, esta última es un límite al poder más que una regulación, al limi-

tarlo es inevitable que lo regule, pero la esencia de la Constitución es limitar el poder, incluso, previo a Sieyès y la Revolución francesa, pues, en 1215 la carta magna aparece como instrumento para ponerle límites a Juan Sin Tierra y también a los varones ingleses que eran parte de la aristocracia, así pues, comenzaron a ver perjudicados sus intereses y derechos, ya que se sometieron a las limitaciones de determinados preceptos que tenía el rey para que se mantenga un orden.

5.2. ¿El Tribunal Constitucional es poder constituyente, Poder Constituido o es ambos?

El Tribunal Constitucional es poder constituido y nunca poder constituyente. Solamente es constituido, hay en torno a ello una Sentencia que es la que resuelve una acción de inconstitucionalidad contra la Constitución de 1993, interpuesta por Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos en el año 2003, en la cual el TC afirmó: “Yo no soy poder constituyente, si yo afirmo qué la carta de 1993 es constitucional, automáticamente me descalifico”, esto por cuestiones lógicas, el TC como todo, es poder constituido, solo el Congreso de la República cuando reforma la Constitución actúa como poder constituyente derivado, solo en ese aspecto, ni siquiera cuando la interpreta.

5.3. ¿Este poder constituyente es un reflejo del orden espontáneo de una nación o es una imposición de cierta fuerza política que desea imponerse y crear un ordenamiento para sí?

Debe ser el reflejo de un orden espontáneo, que nace de una nueva realidad, del desconocimiento de la anterior para dar un orden nuevo, como en España, para pasar de la corona a la República del Perú.

En doce Constituciones del Perú, probablemente solo dos marcan un cambio sustancial, todas las demás son solo reformas de estas, haciendo referencia a la carta de 1828 conocida como la madre de las Constituciones, que trazará la organización del estado peruano y su propia estructura y que prevalecerá la idea de que somos un Estado unitario, hasta el día de hoy, como esa carta lo estableció.

También, la Constitución de 1979, post segunda guerra mundial inspirada en la ley fundamental de Bond; en la Constitución española de 1978; en la portuguesa, italiana, el constitucionalismo moderno que no buscaba limitar el poder, sino reconocer derechos y libertades, ante los crímenes del régimen nazi.

Después de esta carta, que poco heredera o se inspira en todo ello, no hemos descubierto más como país. Sí hubo, cambios importantes, por ejemplo, cambiar la bicameralidad del Congreso e incluso en esto se valora la Constitución histórica del Perú, porque siempre ha tenido una tradición Bicameral en el Congreso. En una oportunidad, incluso, se tuvo tres cámaras, y se decidió cambiarlo en 1993. Me encuentro en contra de este cambio y espero que pronto tengamos una cámara de senadores y otra de diputados, pero así lo decidió el constituyente y, el pueblo lo validó, incluso la Constitución histórica puede variar, puede ser alterada.

La reinstitucionalización del Estado mediante el poder constituyente*

Alejandro Ricardo Vanegas Maingón**
Universidad Espíritu Santo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Nociones del Estado Constitucional de Derecho moderno / 2.1. Características del Estado Constitucional de Derecho moderno / 3. Contexto histórico del poder constituyente/ 4. Los límites del poder constituyente / 4.1. Límites del poder constituyente originario/ 4.2. Límites del poder constituyente derivado / 5. El proceso constituyente ecuatoriano/ 6. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

La reinstitucionalización del Estado mediante el poder constituyente constituye un tema muy interesante e importante para los tiempos actuales que está viviendo no solo Perú, sino también Latinoamérica, donde han surgido varios debates y propuestas de reforma constitucional o asambleas constituyentes, siendo que esta situación amerita un análisis profundo. Así, por ejemplo, en Chile –actualmente– se está desarrollando la Asamblea Constituyente; en Perú se vislumbran voces que aspiran a una reforma constitucional sea parcial o total mediante la asamblea constituyente; en Ecuador –de la misma manera– mediante una consulta popular de enmienda que se lleva a cabo en conversaciones o —alternativamente— a través de un proyecto de Asamblea Constituyente.

Partiendo de ello, el presente trabajo se va a enfocar en los límites que tiene el poder constituyente para brindar garantías a los Estados constitu-

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Espíritu Santo (Ecuador). Doctorando en la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires. Docente de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Espíritu Santo.

cionales de Derecho, así como también para las democracias. Asimismo, se abordará la experiencia ecuatoriana mediante las decisiones de Tribunal Constitucional Ecuatoriano y de la actual Corte Constitucional del Ecuador, con el objetivo de realizar una comparación y análisis de cómo se ha desarrollado la jurisprudencia respecto a este tema.

2. Nociones del Estado Constitucional de Derecho moderno

El Estado Constitucional de Derecho es aquel Estado que, dentro de sí, tiene un texto constitucional que permite racionalizar y limitar a poder político. Es decir, la Constitución nace con el objeto de poner un freno al poder político, a fin de que este último no sea absoluto e ilimitado y se desarrolle dentro de los límites que el poder constituyente, es decir, que el pueblo mediante sus representantes, le ha otorgado poder para que pueda ejercer sus actividades (sean coercitivas o de índole administrativa, judicial, entre otras). En ese sentido, un principio fundamental del Estado Constitucional de Derecho es la seguridad jurídica que permite prevenir arbitrariedades del poder político o del poder público.

2.1. Características del Estado Constitucional de Derecho moderno

Por otra parte, este Estado Constitucional de Derecho moderno tiene —tomando en consideración lo sostenido por Luigi Ferrajoli— tres características principales: la supremacía constitucional, el garantismo y la rigidez constitucional.

En primer lugar, la *supremacía constitucional* (conforme lo señalado por Alexander Hamilton, considerado uno de los padres fundadores de los Estados Unidos), establece que la Constitución se debe distinguir de las normas infra constitucionales. Si un juez tiene la posibilidad de aplicar las leyes por encima de la Constitución, está rompiendo por completo la esencia propia de la Constitución, la cual que debe distinguirse de todas las normas del ordenamiento jurídico. En cambio, cuando un juez aplica la Constitución por encima de las normas infra constitucionales, está respetando esta garantía de supremacía. Este principio o garantía de supremacía constitucional necesita de dos elementos: la adecuación y la subordinación.

En cuanto a la *adecuación* esta debe ser formal y material, es decir, una adecuación formal de las normas infra constitucionales a los procesos o procedimientos establecidos en el texto constitucional; evidentemente en la parte orgánica y no dogmática. Y una adecuación material de las normas

infra constitucionales en relación a los derechos subjetivos están establecidos en la Constitución, específicamente en la parte dogmática.

Por su parte, el elemento de la *subordinación* hace referencia a que todo el ordenamiento jurídico, acuerdo a la pirámide de Kelsen, se encuentra supeditado a la Constitución. De esa manera, se establece un orden jerárquico, siendo que el texto constitucional la norma suprema que se distingue por cumplir solemnidades que las otorga el poder constituyente.

Como segunda característica del Estado Constitucional de Derecho moderno se encuentra el *garantismo*, es decir, la corriente garantista que permite que, mediante normas técnicas de tutela de derechos subjetivos e instituciones estatales, se pueda garantizar y efectivizar los derechos constitucionales de las personas con el objeto de prevenir abusos, arbitrariedades que puedan contravenir la democracia dentro de un Estado.

Finalmente, la tercera característica es la *rigidez constitucional*. Esto es, que las Constituciones flexibles que existían otrora en Estados más pequeños (y que podían irse modificando de manera irregular o sencilla mediante normas posteriores y que, inclusive, eran de Derecho infra constitucional), se han vuelto Constituciones rígidas gracias a este principio, el cual permite garantizar la vigencia de la Constitución. De esta manera, el poder político estaba limitado y no era improbable que —quizá— el Congreso o un Asamblea Nacional pueda reformar la Constitución con una ley que abra por completo el marco del Estado Constitucional de Derecho. De otro lado, para evitar que, mediante actuaciones del poder público, se irrespete el texto constitucional.

Aunado a ello, la rigidez constitucional se establece en dos perspectivas. Por un lado, que ninguna norma infra constitucional o acto del poder público puede modificar, circunstancias que guardan una estrecha vinculación con la supremacía constitucional. La segunda, que, para modificar, cambiar o reformar la Constitución, se debe seguir los procedimientos con sus parámetros previamente establecidos.

Por ejemplo, en Ecuador existen tres formas de modificar la Constitución: mediante enmiendas, a través de una reforma parcial de la misma o por una Asamblea Constituyente. Así, este principio de rigidez constitucional, en relación con la distinción entre constituciones flexibles y rígidas¹, ha permitido que haya límites al poder constituyente ya sea originario o derivado.

¹ Para mayor ahondamiento en el tema de distinción entre constituciones rígidas y flexibles, el ponente sugiere revisar la obra "Constituciones flexibles y constituciones rígidas" del autor James Bryce, quien ofrece un análisis muy importante e interesante sobre esta discusión de la Constitución.

3. Contexto histórico del poder constituyente

Actualmente, la mayoría de países cuenta con Constituciones rígidas debido a que sus textos constitucionales cumplen con el carácter de solemnidad. Evidentemente, ello no sucede en todos los países, pero al menos en los nacionalistas no historicistas como Canadá o Inglaterra, existen cláusulas normativas establecidas y procedimientos establecidos para la reforma de sus Constituciones y para ello se requiere del poder constituyente.

El Estado cuenta con elementos estatales que son el *territorio*, la *población* y el *poder*, siendo de importancia para este trabajo el último de ellos. Dentro de las características del poder (con relación a la autonomía que posee), se encuentra la soberanía que es la voluntad suprema, la cual se conforma a partir del conjunto de voluntades de la sociedad, la cual indica hacia dónde se quiere guiar un país o Estado. Esta situación nace para realizar una distinción respecto a los Estados absolutistas en los cuales prevalecía la voluntad de los reyes, emperadores y príncipes.

Rousseau en “El contrato social” establece el concepto de soberanía popular y realiza la distinción entre sujeto y ciudadano: este último encuentra limitado su accionar o libertad a las decisiones del Estado. Asimismo, la cualidad de *citoyen* o ciudadano es la voluntad de los ciudadanos que permite conformar la soberanía popular, independencia, autonomía y voluntad suprema mediante el ejercicio del poder constituyente a través de una Asamblea Constituyente a fin poder establecer los principios y normas que van a regir para las instituciones estatales. De esta manera, en la reinstitucionalización del Estado, es fundamental respetar esa voluntad suprema.

Evidentemente, esa voluntad suprema también ha tenido limitaciones, pues ya no era una suprema que en otrora se establecía el “puedo hacer lo que quiera, puedo tener poderes ilimitados y puedo actuar como yo considere”, toda vez que esa teoría ya ha sido superada en los Estados constitucionales de Derecho actuales.

En síntesis, si se recurre a asambleas constituyentes sea en Ecuador, Perú o Chile (en donde ya se está llevando a cabo), debe tenerse en consideración las limitaciones del poder constituyente para poder garantizar el Estado Constitucional de Derecho, así como garantizar los derechos de los propios ciudadanos evitando arbitrariedades y abusos del poder público y para respetar los derechos internacionales el marco normativo internacional que es fundamental.

Es así que cuando se refiere la soberanía popular, lo que se pretende es realizar una separación de los Estados absolutos (en los cuales una perso-

na tiene la voluntad suprema) y, de esta manera, dar paso a la propia ciudadanía para que esta pueda establecer decisiones, su marco normativo y sus principios. Esta situación fue recogida —posteriormente— en la obra *“Teoría de la justicia”* del autor John Rawls en la cual se aborda cómo la sociedad, mediante el velo de la ignorancia y el principio de imparcialidad, puede establecer los principios más importantes que van a prevalecer.

Además, la soberanía popular, voluntad suprema, o poder constituyente va a permitir encausar un a Estado hacia una dirección en específico, con determinadas instituciones, las cuales se verán influenciadas por el marco histórico. Por ejemplo, en Ecuador se está debatiendo el retorno a la bicameralidad, es decir, que exista —nuevamente— un Senado, toda vez que, históricamente, en este país ha existido una asamblea monocameral, conocido anteriormente como Congreso. Así pues, si se va a reinstitucionalizar, sea parcial o totalmente, el Estado. En ello va a influir las decisiones históricas o aspectos que han marcado el camino de cómo un país se ha desarrollado, por ello, en Latinoamérica, no existe el primer ministro como sucede en Europa, toda vez que el modelo adoptado es el de Estados Unidos en el cual se elige un presidente.

El poder constituyente es aquella voluntad suprema que se delega a un órgano en especial que puede ser la Asamblea Constituyente, el Congreso o la Asamblea Nacional, inclusive, este poder puede ser ejercido por el propio pueblo o ciudadanía mediante votación en referéndum que va a modificar los textos constitucionales; estas asambleas constituyentes son necesarias.

Thomas Jefferson, tercer presidente de los Estados Unidos, decía que las Constituciones deben durar veinticinco años debido a que es el laxo de tiempo en el cual una generación cambia. No obstante, es complicado establecer un límite; por ejemplo, la Constitución americana ha tenido muy pocas enmiendas, sin embargo, en la actualidad, se evidencia una necesidad de reforma. Por su parte, la Constitución de la India o la Constitución mexicana han tenido múltiples reformas que incluso incurren ya en un exceso.

Partiendo de estos ejemplos, no debe establecerse un límite temporal para modificar las Constituciones, sino que se debe analizar el sentimiento constitucional, es decir, esa capacidad que tiene la ciudadanía de sentirse representada por la Constitución y las instituciones consagradas en ella. Por lo tanto, cuando se habla del sentimiento constitucionalista es importante prestar atención al sentir de esa voluntad suprema que quiere un cambio. Es otras palabras, una reinstitucionalización de las instituciones vigentes y que quiere trazar un camino diferente para encontrar un nuevo marco normativo que permita progresar y cumplir con los objetivos del Estado.

Este panorama debe tomarse en consideración cuando se habla de una reinstitucionalización del Estado mediante el poder constituyente.

4. Los límites del poder constituyente²

El poder constituyente se puede dividir en dos clasificaciones: el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado. El poder constituyente, a su vez, se divide en dos: fundacional y post fundacional. Ahora bien, el poder constituyente originario fundacional es aquel que nace netamente de la voluntad suprema de los ciudadanos, es decir, de quienes fundan un Estado como tal, mediante un texto constitucional que crea — desde el inicio— una estructura estatal.

De este modo, es que surgieron las constituciones fundaciones en diversos países como Perú, Ecuador o Colombia, cada una con sus particularidades históricas. Luego, en la Constitución post fundacional hay un cambio completo de la reinstitucionalización, mediante la cual surge la modificación del poder constituyente originario una vez que ya existía el Estado, pero esto por decisión de la ciudadanía que decir realizar la reforma.

4.1. Límites del poder constituyente originario

Ahora bien, en cuanto a los límites del poder constituyente originario, existe, en primer lugar, una *limitación fáctica*. Así, cuando la ciudadanía — sea fundacional o post fundacional— y decida formar el marco normativo, debe comprender que existen estas limitaciones; pues, resulta muy sencillo tener un texto constitucional en el cual, por decir de alguna forma, se señale que todos van a tener una casa, con un gran número de habitaciones y con todos los servicios básicos. No obstante, ello no se podrá materializar por más que lo establezca el poder constituyente debido a diversas razones de índole fáctica.

De otro lado, existen las *limitaciones normativas*. Al respecto, es pertinente señalar el artículo 27° de la Convención de Viena, toda vez que hay que respetar los tratados internacionales, sobre todo el poder constituyente originario y el poder de la ciudadanía para asegurar por completo un Estado o, en todo caso, hacerlo post fundacional. Es decir, existe un marco normativo internacional que debemos respetar, garantizar y observar dado que no queda a la arbitrariedad del poder ilimitado de la ciudadanía de establecer sus instituciones, así como sus parámetros dogmáticos y normativos.

² Vanegas Maingón, A., & Hernández Muñoz, V. (2019). Análisis de los Límites del Poder Constituyente. *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho Y Justicia*, 5(13), 41-63. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i13.240>

Otra limitación al poder constituyente la ofrece el *derecho natural*. Esto es que existen derechos que se adquieren por el solo hecho de ser seres humanos y, por tanto, deben respetarse y garantizarse. En ese sentido, si bien se puede reinstitucionalizar el Estado, se debe observar ese derecho natural por cuanto no se puede atentar contra la vida o la libertad que no necesitan estar positivizados en un marco normativo.

4.2. Límites del poder constituyente derivado

Los límites del poder constituyente derivado son similares a los del poder constituyente originario. Cuando se habla del poder constituyente derivado se hace referencia a instituciones como el Congreso, Asamblea Nacional o presidente de la República, los cuales pretenden modificar la Constitución, parcial o totalmente. Así, cuando se establezcan las asambleas constituyentes se tendrán que tomar en cuenta ciertas limitaciones.

La primera limitación es la *normativa*. Aquí ya no se trata solo de una limitación externa (en cuanto al respeto del ordenamiento jurídico internacional), sino que también existe una limitación normativa interna porque las constituciones establecen cláusulas pétreas o mecanismos para su propia modificación, así como los alcances de estas modificaciones.

A modo de ejemplo, es importante recordar cuando hace un corto periodo de tiempo, Cataluña (España) quería independizarse y la Generalitat de Cataluña, es decir, el Poder Ejecutivo, convocó a una consulta popular para indicar si es que la intención era separarse o no de España. Es así que primer ministro de aquel entonces interpuso una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional español, siendo que este último —entre otras cuestiones— el que declaró la inconstitucionalidad de tal acción debido a un punto particular: la Generalitat llamó a la consulta popular haciendo uso de los atributos y de las facultades que le daba la propia Constitución Española, lo que significaba que ellos estaban actuando conforme al marco normativo español. En ese sentido, este marco no permitía realizar una consulta de esa índole, por lo tanto, ello era totalmente inconstitucional.

Con base en ello, cuando se convoca a una asamblea constituyente o convencional, con plenos poderes para reinstitucionalizar el Estado, debe tenerse presente de dónde nace esa convocatoria; así pues, esta surge de una Constitución que está vigente y que establece cuáles son los parámetros, facultades y requisitos que puede ejercer esta asamblea. En esa línea, la Corte Constitucional ecuatoriana, mediante su jurisprudencia, ha alimentado las observaciones que debe tener una futura asamblea constituyente.

La segunda limitación al poder constituyente derivado es el *espacio temporal*, el cual comprende formalidades en cuanto al tiempo: cuándo, cómo y hasta dónde se debe ejercer las facultades de la asamblea constituyente. Por ejemplo, los tiempos mínimos y máximos en los que se puede dar una asamblea constituyente (específicamente en los debates o situaciones que pueden estar reguladas en el marco normativos, sea la Constitución o mediante la propia jurisprudencia del Órgano de Control de Constitucionalidad del país).

Luego, existe una *limitación procedimental* que puede ser *constitucional*, derivada del marco normativo o de alguna ley en la que se establezcan ciertos parámetros de cómo debe actuar la convocatoria o la asamblea constituyente; y, también existe una *limitación procedimental preconstituyente* que es adoptada en la propia asamblea constituyente que origina que en la Constitución se permita una nueva convocatoria en el marco de una asamblea convencional o constituyente.

Todos estos límites son importantes y fundamentales en la actualidad para todo Estado Constitucional de Derecho. Si bien, en Perú se quiere reformar la Constitución, ello deberá realizarse respetando cada uno de los límites señalados. En el caso de Chile sí se están observando todos estos parámetros. Entonces, es necesario poner énfasis en garantizar realmente que no se afecten los marcos normativos, que se respeten los procedimientos establecidos y que estas limitaciones sean respetadas por los asambleístas constituyentes que lleguen a instaurarse en una asamblea constituyente para que la nueva Constitución carezcan de vicios que pudiesen atentar contra las democracias o los Estados constitucionales de Derecho.

5. El proceso constituyente ecuatoriano

El último proceso histórico de reforma constitucional ecuatoriano fue en el año 2007 mediante una consulta popular en la cual se formuló la siguiente pregunta: ¿aprueba, usted, que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta para que transformen el marco institucional del Estado y elaborar una nueva Constitución? De esta manera se estableció una asamblea de plenos poderes. Así, la consulta popular fue aprobada por el 81% de la ciudadanía que quería una reinstitucionalización del Estado.

Posteriormente al proceso de elecciones y la conformación de la Asamblea Constituyente, al momento de elaborar la Constitución se promulgó el primer mandato constituyente que ordenaba el cese de las funciones del Congreso Nacional (actualmente, denominada Asamblea Nacional). De esta manera, se permitía que el Poder Ejecutivo continúe actuando y limitaba al

Poder Judicial para que actúe, siempre y cuando, se afecte la capacidad y las atribuciones que tenía la Asamblea Constituyente. Además, se instauró la Asamblea Constituyente como un órgano de plenos poderes, capaz de cesar de sus funciones a los demás órganos de control y se precisó cómo se iba a resolver temporalmente el Estado hasta que se apruebe la Constitución y se conforme el nuevo marco normativo.

Ante ello, se presentó una acción de inconstitucionalidad contra ese mandato constituyente que recayó en el anteriormente denominado Tribunal Constitucional Ecuatoriano, bajo el Expediente N° 0043-07-DC; el cual resolvió indicando que el poder constituyente permitía, mediante el marco normativo de la Constitución anterior del 1998, que la asamblea constituyente asuma plenos poderes para poder tomar ese tipo de decisiones como lo era el primer mandato constituyente. Esta situación fue muy cuestionada y debatida, pero a fin de cuenta fue una decisión del Tribunal Constitucional que entró en vigencia.

Posteriormente, se aprobó la Constitución del 2008 que en su artículo 444 (el último del texto constitucional) establece que puede reformarse por completo el marco constitucional, mediante una asamblea constituyente. Más adelante, el Dictamen N° 05-20- RC/2021 de la jueza Carmen Corral Ponce estableció que “el ejercicio de los plenos poderes por parte de la Asamblea Constituyente plenipotenciaria transgrede *per se* a la democracia y los derechos”. Por lo tanto, se rechaza un peticionario de una asamblea constituyente de plenos poderes, toda vez que el poder constituyente originario transformador ya estableció la forma y capacidad en la que puede asumir la nueva asamblea constituyente.

De esa manera, la Corte Constitucional actual se alejó de la decisión del Tribunal Constitucional del 2007 y estableció que la nueva asamblea constituyente jamás podría asumir plenos poderes porque debe regirse a lo establecido en el marco constitucional y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y lo establecido en el artículo 444° del cuerpo constitucional. En el supuesto de tal situación, es decir, en el marco de una asamblea constituyente de plenos poderes, se estaría afectando a la democracia y a los derechos de los ciudadanos y, de manera especial, a los derechos formales como la seguridad jurídica, el debido proceso y la tutela efectiva, entre otras situaciones.

Para finalizar, lo resaltante de esta situación es que, si en Perú llevase a cabo un marco transformador de la Constitución, este debe respetar las decisiones del Tribunal Constitucional, así como la propia Constitución vigente y debe tener límites claramente señalados y establecidos porque una

asamblea constituyente plenipotenciaria, que asuma plenos poderes, puede afectar por completo el Estado Constitucional de Derecho, la democracia como tal y los derechos de cada uno de los ciudadanos.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. Un sector importante de la doctrina constitucional señala que en todo ordenamiento jurídico existen principios que no son susceptibles de ser modificados. En ese sentido, desde un punto de vista jurídico, ¿cuáles serían esos límites implícitos y quién los determina?

Ello hace alusión a las denominadas “cláusulas pétreas”, es decir, esas cláusulas inamovibles por parte de los procedimientos de reforma de la constitución y de una posterior asamblea constituyente. Si nace una nueva asamblea constituyente, sea en Perú o en cualquier otro país, esta tiene que regirse por la constitución vigente. Por lo tanto, no podría ser regresiva en los derechos que ya han sido establecidos en la propia Constitución.

De otro lado, si es que se van a resolver instituciones, ello podrá hacerse siempre y cuando no se transgredan los derechos que ya habían sido reconocidos no solo por la Constitución actual, sino también por el marco normativo internacional, el cual establece cuáles son las limitaciones normativas externas que determinan hasta dónde puede modificarse una Constitución.

Por ejemplo, el retorno a la pena de muerte en un Estado significaría un retorno y constituiría una afectación a la Constitución anterior y los tratados internacionales. Por lo tanto, cuando se habla de cláusulas pétreas, las cuales pueden ser pares o distintas, estas deben ser observadas y analizadas conforme a cada Estado, a lo que se establezca en la Constitución y en la jurisprudencia de los órganos constitucionales que conforman el bloque de constitucionalidad, mediante los marcos normativos internacionales.

6.2. ¿El derecho internacional puede imponer límites al poder constituyente de un Estado? En caso fuera afirmativa la respuesta, ¿la decisión de un constituyente de dotar de aplicabilidad irreversible a determinados sistemas normativos internacionales o supranacionales estaría limitando el margen de actuación de los poderes constituyentes posteriores?

Primero, debe recordarse que cuando se habla de tratados internacionales no se deben observar como documentos normativos externos, dado que una vez que han sido adoptados por los Estados, ya forman parte del orde-

namiento jurídico; entonces, el enfoque debe ser visto como algo de afuera, sino que debe concebirse de manera interna, dentro del ordenamiento jurídico.

Partiendo de ello, como segundo punto, estos tratados internacionales afectan la soberanía —como señala Kelsen, siempre y cuando estemos en subordinación respecto a otros Estados— pues si estamos en las mismas condiciones que los demás Estados que adoptaron estos tratados internacionales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entonces no hay una afectación a la soberanía per se.

Finalmente, cuando se firmó el Tratado de Viena, en este se estableció que no se puede irrespitar un tratado internacional mediante el marco normativo interno, es decir, que la observancia de los tratados internacionales debe llevarse a cabo. Por lo tanto, las asambleas constituyentes que nacen de una Constitución y un ordenamiento jurídico establecidos, ya no tienen ese poder ilimitado porque están derivándose y naciendo de un marco normativo que les dice cómo, hasta dónde y cuándo deben actuar. Y, en esta situación, no hay una limitación porque fue la propia ciudadanía la que impuso esas reglas en el texto constitucional y los tratados internacionales que se reconocieron dentro de un Estado.

6.3. ¿La reinstitucionalización del Estado mediante el poder constituyente, abriría la posibilidad de que se susciten situaciones que, posteriormente, puedan devenir en responsabilidad estatal, precisamente, por el ejercicio del poder constituyente?

Ello podría darse siempre y cuando ese ejercicio de poder constituyente sea arbitrario y abusivo. Claramente, si es que el poder constituyente tiene una limitación y, sin embargo, actúa más allá de las facultades que tiene, conforme a arbitrariedades y vulnerando los derechos de los ciudadanos y las instituciones establecidas, entonces, de su actuar devendrán responsabilidades.

Por eso, si es que hay una reinstitucionalización estatal, se debe realizar respetando los límites establecidos, caso contrario, se incurrirá en serias responsabilidades por parte de las personas que se atribuyeron estas facultades que iban más allá de lo permitido.

Consejos de Estado: pertinencia y análisis a la luz del Derecho comparado*

Luis Benjamín Herrera Bustinza**

Universidad Católica de Santa María

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Los Consejos de Estado en la Historia / 3. Los Consejos de Estado en Europa / 3.1. Francia / 3.2. Italia / 3.3. España / 4. Los Consejos de Estado en Latinoamérica / 4.1. Colombia / 5. Tipología de los Consejos de Estado / 6. El Consejo de Estado en la Historia peruana moderna y su positivización / 7. Respuestas a las preguntas del Público

1. Introducción

La Constitución vigente tiene 27 años de vigor, la cual ha sufrido 26 modificaciones. Ahora, si las modificaciones resultan “buenas” o “malas”, eso recae en el ámbito del subjetivismo producto a la coyuntura, como en casos como la proscripción constitucional de la reelección presidencial, en el caso de congresistas o alcaldes o gobernadores regionales, además de la inserción de derechos como el derecho al agua potable que ha sido implementado por reformas constitucionales. Casos como los Cuellos Blancos del Puerto concluyeron en la creación de la Junta Nacional de Justicia en reemplazo del desactivado Consejo Nacional de la Magistratura.

Una de las grandes modificaciones que tuvo la Carta política de 1993 fue el capítulo de la descentralización, toda vez que la configuración originaria de la Constitución del 93 no establecía la composición del Gobierno regional como parte del Estado. Modificaciones que no siempre se implementaron de la manera más orgánica posible, es decir, que tiendan a mantener la estructura e identidad organizacional de nuestro sistema constitucional.

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Católica de Santa María. Asesor en temas constitucionales y miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Una de estas grandes propuestas de cambio a nuestra ingeniería constitucional obedece la propuesta de implementación de la figura constitucional del Consejo de Estado; institución jurídica no ajena a la histórica constitucional peruana pero tampoco de mayor raigambre constitucional a diferencia de países como Colombia y gran parte de Europa, ello debido a la influencia cultural francesa y específicamente del “Derecho napoleónico”.

Uno de los últimos intentos de modificación de la constitución para incorporar al Consejo de Estado como órgano constitucional fue en el gobierno del ingeniero Martín Vizcarra Cornejo; quien, en ejercicio del deber de colaboración entre poderes, reunió a los titulares de los diversos órganos y poderes del Estado, a fin de poder tratar de manera coordinada, asuntos de alto interés público como la implementación de políticas y acciones respecto de la lucha contra el COVID-19.

2. Los Consejos de Estado en la Historia

Para un sector de la academia, la genealogía de los Consejos de Estado se remonta a los Consejos Reales propios de los regímenes monárquicos europeos, específicamente al Consejo Real de Valois de Felipe IV creado con la finalidad de asesorar a dicho monarca y pronunciar la real justicia, es decir era un cuerpo consultivo además de jurisdiccional, lo cual se acerca a la configuración moderna de los consejos de Estado. Otro sector de la academia considera que el génesis de los consejos de Estado se encuentra en la antigua Roma, siendo los emperadores quienes convocaban a una pluralidad de sujetos notables con el objeto de solicitar consejo a los mismos.

Entre las principales diferencias del Consejo del Real de Felipe IV y el de los emperadores romanos tenemos: 1) la adscripción al gobierno, mientras que el Consejo Real pertenecía al gobierno monárquico, el órgano de consulta del emperador era a título personal, era leal al emperador como persona, no de manera orgánica al gobierno; y 2) la función de estos era disímil, mientras el primero asesoraba e impartía justicia, el consejo del emperador ejercía únicamente la función preceptiva.

De otro lado, la génesis de los Consejos de Estado modernos se halla claramente en el Consejo de Estado francés creado por el artículo 52 de la Constitución francesa de 1799, institución que producto de las campañas napoleónicas, se expandió por toda Europa, llegando también a Latinoamérica por medio de la colonización y el fenómeno de la recepción jurídica.

3. Los Consejos de Estado en Europa

3.1. Francia

El Consejo de Estado francés (*conseil d'état*) obtiene su particular organización producto a las circunstancias históricas que rodearon al antiguo régimen y a la revolución francesa de 1789, cambio de paradigma que incluyó determinantemente en la configuración del moderno Estado de derecho.

Antes de la revolución, los *parlements* (corporaciones judiciales que impartían justicia en nombre del rey) quienes compraban o heredaban dicho oficio, eran instituciones por más desprestigiadas, a raíz de los abusos en la impartición de justicia, por lo que el pueblo y los burgueses desconfiaban en estos. Por ello, el control de los actos de la administración pública no podía ser confiados a los jueces. Esta es la razón histórica por la que el derecho francés busco poner límites a la actuación judicial, como decía Montesquieu, a ser “la boca que pronuncia la ley” y nada más.

Por ello es por lo que la Constitución napoleónica del Año VIII (1799) creó el Consejo de Estado francés como un cuerpo jurisdiccional y consultivo; presidido por el propio Napoleón como cónsul, ejerciendo la competencia contenciosa, posicionándose como el Supremo juez de la administración, además de ser un órgano consultivo de apoyo al propio gobierno y al propio cónsul.

En el interior de este, las principales fuerzas políticas y sociales obtuvieron representación, a través de nombramiento políticos; no obstante, el tecnicismo era agregado por los auditores y letrados que si eran cultores del derecho; y asistían a estos. Esta configuración bipartita de estancos (consultiva y jurisdiccional) se mantuvo inalterable hasta 1814, fecha en la que se suprimió en la constitución, siendo posteriormente reincorporada.

Esta inalterable composición histórica se vio modificada por el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a raíz de la sentencia recaída en el caso “Procola vs Luxemburgo” de 1995 condenó al Consejo de Estado francés por la violación al principio de imparcialidad, debido a que los miembros podían mutar de consejeros consultivos a miembros jurisdiccionales, es decir, controlando los actos de justicia. Los miembros participaron de la misma manera, intercaladamente, en otras palabras, podían ejercer función consultiva y participar también de las funciones jurisdiccionales, con lo que se convenían en jueces y parte interesada al controlar en apelación los actos de la administración pública, diluyendo la imparcialidad que debería guiar su conducta. La referida sentencia llevo en

2008 al gobierno francés a considerar diversas reformas, creando un nuevo estanco a fin de salvaguardar la imparcialidad de los comisionados y de la administración de Justicia en materia contenciosa.

Actualmente, el Consejo de Estado francés está conformado por 1300 miembro, de los cuales uno de cada tres es nombrado por el Poder Ejecutivo, mientras que dos de ellos acceden al cargo a través de la carrera, es decir, egresando de la Escuela Nacional de Administración, el cual si bien no necesita ser abogado, se encuentra habilitado al haber cursado las materias impuestas por la Escuela Nacional de Administración, haciendo así una carrera meritocrática que dota a este Consejo Consultivo y Supremo juez de administración pública de la idoneidad necesaria para el cumplimiento de su función constitucional, garantizada por su independencia frente al poder político.

3.2. Italia

osee grandes elementos comunes con el Consejo de Estado francés. Sin embargo, el Consejo de Estado italiano (*Consiglio di Stato*) se diferencia del francés por la calificación de sus miembros, los cuales están investidos por las mismas garantías y prerrogativas reconocidas a los magistrados judiciales.

3.3. España

La incorporación de la Institución del Consejo de Estado en España data de la constitución gaditana de 1812, acoplando parcialmente el modelo francés de Juan I que data de 1480, cuya función era apoyar y asesorar al monarca; función puramente preceptiva. No obstante, su antecedente histórico se remonta a las Cortes de Valladolid de 1385; el mismo que funcionaba como cuerpo consultivo, asumiendo posteriormente funciones de gobierno, así como de índole jurisdiccional, actuando como corte de cierre, es decir, de revisión de actos administrativos, actuando como supremo juez de administración pública.

Los vaivenes de estas funciones que se fueron incorporando y retirando devienen mucho al devenir histórico; como la dinastía Borbón que sustrajo del seno de este Consejo de Estado, determinadas facultades como la de ser supremo de la administración pública. Luego de la caída de Fernando VII esta institución fue reemplazada por el Consejo real, cambiando de nombre, pero manteniendo su configuración hasta su restablecimiento en 1858. Actualmente como Consejo de Estado cumple dos funciones, la función de asesoría o preceptiva y también la contencioso-administrativa.

4. Los Consejos de Estado en Latinoamérica

Como se mencionó en los párrafos precedentes, el gran precursor de los Consejos de Estado, como paradigma contemporáneo fue Francia, siendo la Constitución napoleónica –redactada en primer momento por Sieyès y luego modificada por el propio Napoleón de acuerdo con su tino político–, el sendero por el cual discurrió su historia.

4.1. Colombia

La expansión en Latinoamérica del modelo de Consejo de Estado francés se dio gracias a Simón Bolívar, en buena parte, debido a la gran admiración que éste sentía por Napoleón y por su obra. La constitución histórica de Colombia ha arraigado fuertemente la imagen del Consejo de Estado en su estructura orgánico-constitucional estando presente en su constitución histórica, con excepción de las cartas políticas de 1843 y 1905, lo que dota a Colombia a diferencia de otros países de la región de una identidad jurídica particular, toda vez que su jurisdicción contenciosa, es decir, la revisión de los actos de administrativos pública, está confiada a un Consejo de Estado y no a la administración de justicia. Por ejemplo, en Perú, Bolivia, Ecuador y demás, la jurisdicción ordinaria es quien hace el papel de juez contencioso administrativo.

En síntesis, Colombia actualmente es el único país Latinoamericano que asume el modelo francés de Consejo de Estado a nivel constitucional; no obstante, asume además un rol de junta de gobierno; apreciándose en su morfología tres secciones: 1) la sección de estado de hacienda, 2) la sección de marina y guerra interior, y 3) la sección de interior y justicia.

Para 1828, su configuración vira hacia una conformación más cercana a una junta de gobierno que aglomeraba a intendentes y gobernadores, es decir, a gobernadores subnacionales, conformación basada en la representación política, alejándose así del del modelo del Consejo francés.

Para 1886 el Consejo de Estado colombiano asume una configuración mixta como cuerpo consultivo del gobierno y jurisdiccional, juez supremo de la administración pública; situación que se fue repartiendo hasta 1905, año en el que fue excluido de la configuración orgánica constitucional, hasta 1914.

Actualmente, en la constitución de 1991 el Consejo de Estado colombiano se halla conformado por Consejos, elegidos por la misma corporación en base a las listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura por un periodo de ocho años.

5. Tipología

Luego de ese breve resumen de la configuración y las funciones de los Consejos de Estados que ha tenido Europa y que, en Latinoamérica, resaltando las experiencias de Perú y Colombia, debido entre otros factores a las particularidades propias de las sociedades latinoamericanas en ebullición de la época de la independencia.

De la experiencia comparada y la doctrina internacional se desprende la existencia de dos arquetipos, a nivel internacional, de los Consejos de Estado:

5.1. El Consejo netamente consultivo

El primero, netamente consultivo, es decir, aquel que desarrolla únicamente una función preceptiva, una función de independencia que permite al gobernante consultar sobre los negocios del Estado, a fin de que este Consejo de Estado, de corte político, pero, eminentemente técnico, pueda dar su opinión; la cual, al ser perceptiva, no vincula de manera directa al consultante, es decir, al jefe de Estado, permitiéndosele desvincularse de la misma; modelo seguido en Europa por países como España y Luxemburgo (dejó el modelo francés en 1996)

5.2. El Consejo consultivo y tribunal administrativo supremo

En segundo lugar, tenemos aquel Consejo de Estado que cumple dos funciones, la de supremo tribunal de la administración pública, ejerciendo el poder contencioso administrativo; y la función preceptiva o consultiva; modelo seguido por países como Bélgica, Grecia, Italia, Holanda, Senegal, la República Centroafricana y Colombia.

6. El Consejo de Estado en la Historia peruana moderna y su positivización

Debido a la particular configuración social de los nacientes Estados latinoamericanos, los Consejos de Estado no tuvieron mayor aceptación en la constitución histórica de la nación, ya que las particulares circunstancias históricas no permitieron su adecuado florecimiento. La primera referencia histórica a los Consejos de Estado estuvo plasmada en el estatuto provisorio otorgado por Don José de San Martín, protector del Perú, en 1821, en la cual se le otorga funciones puramente consultivas. Fuera de eso, este Consejo estaba conformado por ministro de Estado de aquella época, es

decir, de los ministros de Estado: los ministros de guerra, hacienda y el de justicia, así como el presidente de la alta Cámara de Justicia.

Por otra parte, la Constitución de 1828 como la de 1838, le asignan una función mixta. Actualmente tal figura ha caído en el abandono. En algunas oportunidades se tomó el término de “Consejo de Estado” para denominar a la convocatoria a reunión que el presidente de la República ha realizado a los titulares de los principales órganos de gobierno, no siendo siempre esta representación uniforme, convocándose en diversas ocasiones, por ejemplo, en 2005 el expresidente Alejandro Toledo convocó a una sesión del Consejo de Estado con motivo de la toma de la comisaria en Andahuaylas, mientras que en el gobierno de Ollanta Humala, se convocó a esta junta en tres oportunidades, sesiones del Consejo de Estado que modernamente han tenido diversas encarnaciones como las convocadas por el gobierno de PPK y Martín Vizcarra, el cual convocó hasta en cinco oportunidades al susodicho “Consejo de Estado”.

Finalmente, me gustaría mencionar que estos consejos de Estados se han reunido, de hecho, sin una base jurídica que los respalde. Además, el respaldo como tal no es necesario porque esta deviene de una notificación expresa, toda vez que la reunión que han tenido estos titulares, estos órganos del Estado de vienen o se fundamentan en el principio de colaboración de poderes que es la base de toda interacción en un Gobierno. Porque como hemos dado cuenta, estas configuraciones de consejos de Estado han sido variables. Por momentos se ha convocado al Contralor de la República, al Fiscal de la Nación o incluso al Tribunal Constitucional o Poder Judicial. Conformado así una estructura más parecida que un Consejo de Estado, a una Junta de Gobierno.

Por último, me gustaría cerrar con una cita de Loewenstein en 1986 respecto a las reformas constitucionales, quien señala que *“cada una de ellas es una intervención, una operación, en un organismo viviente, y debe ser solamente efectuada con gran cuidado y extrema reserva”*

7. Respuestas a las preguntas del Público

7.1. Teniendo en cuenta las diversas tensiones que se han presentado a nivel de los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) ¿Considera usted que, en la actualidad, el Perú está preparado para crear un “Consejo de Estado” cuya principal finalidad sea crear consensos y poder avanzar en nuestro país?

La respuesta es muy relativa. Primero se ha de ver la configuración de ésta y el comportamiento de la sociedad. Sin embargo, un Consejo de Estado tiene una función de asesoría, dista mucho a las reuniones de coordinación que han realizado los diversos titulares de los órganos del Estado. En puridad, el Consejo de Estado da un auxilio previo y posterior para orientar al gobernante en la toma de decisiones, es decir, es un órgano técnico de asesoría en ámbito de relevancia pública.

7.2. Respecto al proyecto de ley que, precisamente, propone una reforma constitucional para incluir los Consejos de Estado en nuestro país, respecto al cual se dijo, incluso, aumentaba una cláusula más de vacancia presidencial ¿Considera usted que esa fue una forma óptima de introducir los Consejos de Estado en la Constitución o ello no sería necesario?

Como se señaló con anterioridad, en puridad, esa no sería la forma adecuada ni propia, puesto que ha de ser preceptiva, de asesoría. Si ocurre lo contrario, estaríamos generando distintos ámbitos que se investirían con el termino de “Consejo de Estado”, pero no representaría la naturalidad prístina de este. Sin embargo, yo creo que debe hacerse a través de la incorporación de una Escuela Nacional, como en el caso de Italia o Francia, para ascender en la carrera pública como “consejeros” y así obtener una idoneidad técnica que garantice su independencia.

7.3. ¿Cuál sería la principal diferencia entre los miembros del Consejo de Estado y los asesores que pueda tener el presidente de la República en diferentes materias?

Los asesores del presidente son escogidos por confianza según él, lo cual puede caer una deficiencia por su criterio puramente subjetivo. Sin embargo, un consejero que provenga de una amplia carrera y escuela puede garantizar tecnificación e independencia.

Contenido de la separación de poderes*

Carlos Hakansson Nieto**

Universidad de Piura

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Presupuestos básicos del principio de separación de poderes / 2.1. Democracia / 2.2. Representación política / 3. Contenido Institucional / 3.1. Principio de cooperación / 3.2. Principio de balance de poderes / 3.3. Principio de autonomía funcional / 4. Respuestas de las preguntas del público

1. Introducción

Al mencionar el contenido de la separación de poderes no es suficiente aludir a una división entre instituciones, como únicamente mencionar una diferenciación entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial; por el contrario, en diferentes escritos que hacen referencia a la Constitución Política del Perú existen muchas definiciones que también la aluden: la incompatibilidad constitucional del titular de un órgano del Estado para ejercer un cargo distinto del el cual fue elegido, la independencia de un órgano estatal frente a las acciones o a la interferencia de los demás, la fiscalización o el equilibrio de un órgano estatal mediante los actos de otro; por último, como la situación coordinada y la falta de responsabilidad de un órgano estatal frente a otro.

El principio de la separación de poderes hace sinérgia con otros principios importantes, puesto que, si uno de ellos no se cumpliera, entonces no se relacionarían plenamente como busca la Constitución peruana.

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogado por la Universidad Autónoma de Chihuahua (México). Máster en Procuración y Administración de Justicia en la división de Estudios Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Candidato a grado de doctor en Derecho en la división de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Administrador de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad Autónoma de Chihuahua.

Asimismo, no sería posible hablar de la separación de poderes sin hablar de la democracia, representación política, autonomía funcional, cooperación o el mismo balance de poderes.

Cabe añadir que las formas de gobierno se pueden dividir en parlamentaristas o presidencialistas. En todos los modelos la separación de poderes opera de modo tajante; los primeros establecen que el gobierno proviene del parlamento; en cambio, las presidencialistas, que son aún más concluyentes, se eligen de forma independiente de otros poderes en elecciones separadas.

2. Presupuestos básicos del principio de separación de poderes

2.1. Democracia

Es esencial hacer referencia a este principio democrático ya que donde no se respeta la democracia, difícilmente se respetará el principio de separación de poderes. Las formas de gobiernos contrarias a la democracia como el autoritarismo, la absorción, la acumulación o concentración de poder, propio de una dictadura, no podrían convivir bajo este principio.

La democracia demanda que los representantes sean electos en procesos libres y transparentes, recibiendo mandato directo de los ciudadanos. A raíz de ello, nace la legitimidad, definida como el justo título para el mando, teniendo en cuenta los límites de cada poder.

A partir de las elecciones democráticas, las disposiciones legales establecen los procedimientos para el nombramiento del resto de miembros de la administración pública, quienes dependen del ejecutivo, parlamento, la judicatura, también existen instituciones constitucionalmente autónomas.

Se concluye que la democracia es un presupuesto básico para toda forma de gobierno. La democracia como idea es más antigua que el Derecho Constitucional, pero ambos conceptos se emparentaron rápidamente, tal es así que son sinérgicos; es decir, una no puede vivir sin la otra; presupone que los poderes guardan una separación de funciones. Contrariamente, no puede afirmarse lo mismo de las mal llamadas “constituciones del socialismo del siglo XXI”, las cuales serían estatutos o aquellos que responden al nombre de “documentos semánticos” que parecen constituciones, pero en realidad no lo son debido a que encubren regímenes autoritarios o dictaduras. En esos casos sería aplicable el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), el cual establece que

“una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”

2.2. Representación política

El principio de representación política se apoya en la democracia para poder dotar de legitimidad a quienes ejercen el poder. El justo título de quienes ocupan cargos públicos en los distintos poderes fortalecen y brindan sustento al principio de representación, el cual es un principio del Derecho Privado aplicado al Derecho Público que nació con los romanos. Por lo tanto, cuando las autoridades cometen abusos en el ejercicio de sus funciones, estas pierden su legitimidad, la cual es justo título para su mando.

Los principios de la democracia y la representación política son básicos; es decir, medulares. Sin representación política electa por sufragio, no se tendría –por ejemplo– representación de la oposición. Sin oposición en el Parlamento no habría separación de poderes ni control político y, por lo tanto, no había balance poderes. Si se presentara ese escenario cabría la existencia de falsas asambleas nacionales compuestas por partidos únicos que no tienen nada de democráticos. De igual forma, sin democracia ni elecciones libres y limpias no se renovarían los cuadros de poder con otros partidos; entonces, sin democracia y sin representación política el significado de todas las demás instituciones comenzará a relativizarse para la realización de una comunidad política libre.

3. Contenido Institucional

3.1. Principio de autonomía funcional

El principio de autonomía funcional confirma la división de competencias, estas operan como una garantía institucional puesto que prohíbe que una fuerza o poder exterior menoscabe funciones de un poder estatal. Se acepta que existen competencias exclusivas, pero no excluyentes, de cada poder.

Se trata de un principio para preservar las funciones que la Constitución brinda, por ejemplo, el parlamento no puede elegir a los ministros, sino esto le corresponde al presidente. Se respeta al parlamentario o representante que tengamos independientemente de si fueron nuestras elecciones o no.

Cada poder conservar características propias que son elegidas por el pueblo. La autonomía funcional da paso a la independencia de un órgano estatal frente a las acciones o la interferencia de los demás.

3.2. Principio de cooperación

Más conocido como *checks and balances*, llamado así por los americanos, gracias a la influencia que tuvo Montesquieu en la Constitución de los EE. UU: el sistema de pesos y contrapesos para el funcionamiento de las formas constitucionales de gobierno. Este principio promueve el correcto funcionamiento de la separación de poderes o la correcta realización de funciones de los poderes.

Hay un mínimo grado de cooperación tanto en modelos parlamentaristas como presidencialistas, es decir, hay mínimas funciones en el que el Ejecutivo y el Legislativo concursan, en aras de perfeccionar la división política, pero tales funciones se encuentran debidamente establecidas en la Constitución y mediante una ley orgánica.

El principio de separación de funciones del poder no debe interpretarse como compartimientos estancos, sin ningún tipo de relación entre ellos, sino que la Constitución menciona cómo deben cooperar para la perfección de la dirección política. En ese sentido, el Tribunal Constitucional sostiene que entre los poderes públicos resulta de aplicación el principio de lealtad constitucional, el cual orienta el comportamiento de los actores estatales hacia el bien común, siendo este el fin de la política.

3.3. Principio de balance de poderes

Este principio es sinérgico al principio cooperativo: el balance de poderes establece que no hay poderes subordinados; los poderes se conciben en una dinámica de equilibrio o contrapeso. El Tribunal Constitucional concluye que esto evita desequilibrios e irregularidades; entonces, sus acciones no pueden realizarse alterando o desnaturalizando el balance que la Constitución ha buscado establecer.

Ejemplo de ello se tiene cuando el Parlamento tiene la facultad de realizar interpelaciones a los ministros, los cuales pertenecen al Poder Ejecutivo. También cuando el Ejecutivo (ya sea para aprobar un gabinete ministerial o similar) pide el voto de confianza al Congreso.

Entonces, la separación de poderes se organiza en el marco de los principios medulares de la democracia y representación política, pero también dentro de principios operativos como el de cooperatividad, balance de poderes y el de autonomía funcional.

Es así que, una vez conocidos los principios, encontramos –en el marco de la definición de separación de poderes– aquellos principios tanto medula-

res como institucionales. La diferenciación de las funciones legislativas, ejecutiva y judicial, se hace referencia a la separación de poderes propiamente dicha.

La independencia de un órgano estatal frente a las acciones o interferencia de los demás: el principio de autonomía funcional, lo que ocurrió el 30 de setiembre del 2019 fue la interferencia del Ejecutivo contra el Legislativo cuando quería elegir a los miembros del Tribunal Constitucional.

La fiscalización o el equilibrio de un órgano estatal mediante los actos de otro: se encuentra el principio de balance de poderes, se muestran preguntas, invitaciones e interpelaciones.

La situación coordinada y la falta de responsabilidad de un órgano estatal frente al otro: Es el principio de cooperación porque los poderes se van complementando entre sí.

Existe un contenido en la separación de poderes en la que se debe interpretar los principios, no considerar el hecho de que un poder estatal no puede interferir a otro es vaciar el contenido de la separación de poderes. Ello se vio en el mes de septiembre del 2019 y en julio del presente año cuando el Poder Judicial interrumpió el nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional inobservando algunas garantías de la función legislativa.

Por lo tanto, la separación de poderes posee un propósito y rasgos que lo configuran, si ello no se conociera se desdibujaría su concepto. Por ello, como se mencionó anteriormente, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) menciona que una sociedad con Constitución debe reconocer los derechos, libertades y la separación de poderes.

4. Respuestas a las preguntas del público

4.1. ¿Cómo se relaciona el principio de separación de poderes con el principio de *checks and balances* o principio de pesos y contrapesos?

Ambos principios se relacionan, aunque las funciones de cada poder estén separadas para la mejor operatividad del gobierno; el fin es que uno esté complementado con otro. De esta manera, al ser compensada por el otro se forma un balance. Un ejemplo es cuando el poder Legislativo aprueba una ley, sin la necesidad de ser promulgada por el Ejecutivo, entonces existiría un desbalance. Los balances permiten que ningún poder se desvíe de las atribuciones del órgano estatal.

4.2. Teniendo en cuenta que los poderes no pueden trabajar de manera independientes o por sí mismos, sino que tienen que permanecer en un espíritu de cooperación, ¿cómo debería configurarse de manera ideal el principio de separación de poderes para que vaya acorde a esta finalidad?

Los poderes guardan un grado de independencia, el cual se encuentra en la autonomía funcional; por ejemplo, el Parlamento elige al defensor del pueblo, a tres directores del Banco Central de Reserva, ratifica la decisión del presidente cuando se nombra a un controlador general de la República. Todo esto es parte de la facultad que tiene el Parlamento, en ello no puede interferir algún poder —ni el Ejecutivo— para exigir que las decisiones se tomen de determinada manera o acuerde a conveniencia.

No obstante, existe la cooperación en la medida en que esta función propia del Parlamento que es legislar, de alguna forma se le pide al Ejecutivo que la promulgue. Y esta función que tiene el presidente de la República de liderar las relaciones internacionales, se concreta con la firma de un tratado ratificado por el Parlamento porque esta es una entidad que tiene representación nacional, entonces, ahí se muestra el principio cooperativo.

En ningún momento se habla de una interferencia o una invasión de competencias, tampoco es decir que cooperan en unas materias y son aisladas en otras. Sino que todo ello es parte de la dinámica democrática

4.3. ¿Existe abuso de poder en los poderes del Estado que afectan al país?

Sí, un ejemplo fue el de la disolución del Congreso; el gobierno promulgó decretos de urgencia para temas diversos que no necesariamente versaban sobre una estricta materia económica y financiera. Por acción o por omisión hubo un abuso de poder, esto también afecta a la vigencia de la separación de poderes en el Estado.

El control del poder a nivel ejecutivo – parlamentario*

Jorge Simental Ortega**

Universidad Autónoma de Chihuahua

SUMARIO: 1. Introducción / 2. ¿Qué es el poder? / 3. Teoría clásica de la división de poderes / 4. Las relaciones de poder en la Constitución mexicana / 5. Control de constitucionalidad / 6. Teoría del control / 7. Actos con aparente carácter parlamentario / 8. Medios de control / 9. Conclusiones / 10. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

México y Perú tienen diferentes denominaciones políticas. Verbigracia, ambos se encuentran estructural y territorialmente divididos, pero México está dividido territorialmente en Estados y Perú está dividido en regiones político-territoriales. De otro lado, el poder Ejecutivo en el Perú está dado por Ministerios, mientras que en México por las denominadas Secretarías. Sin embargo, en lo concerniente al ámbito jurídico, se reconocen varias similitudes. Ejemplo de ello son los mecanismos de control entre el poder Ejecutivo y Legislativo.

2. ¿Qué es el poder?

En el entendido del autor alemán Max Weber, el poder es la posibilidad de imponer la propia voluntad sobre la conducta ajena. Con el paso del tiempo se le ha atribuido una naturaleza maligna debido a la marcada tendencia de irse acrecentando por parte de quien ostenta el poder, llegando —incluso— a convertirse en despotismo o tiranía.

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amchaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogado por la Universidad Autónoma de Chihuahua (México). Máster en Procuración y Administración de Justicia en la división de Estudios Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Candidato a grado de doctor en Derecho en la división de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Administrador de la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad Autónoma de Chihuahua.

En ese sentido, el poder requiere limitaciones para producir una mayor eficiencia dentro de la administración que esté representando. Es así que los gobernados tienen la facultad de limitar la ostentación del poder y así evitar que se generen excesos perjudiciales para la sociedad misma. Es en este marco que la Constitución adquiere importancia en tanto ley suprema y organizadora de la figura del Estado.

3. Teoría clásica de la división de poderes

La división de poderes siempre será el instrumento ideal para controlar el poder político. La teoría clásica divide el poder en órganos ejecutivo, legislativo y judicial; sin embargo, en la actualidad se puede no se puede concebir una tajante separación de las funciones correspondientes al ejercicio del poder debido a que existen posibilidades mínimas (pero que se detentan sustancialmente) como, por ejemplo, la cooperación, es decir, la realización conjunta de actos.

Dicho en otras palabras, si bien existe una separación de poderes como tal, no puede negarse la cooperación entre estos mismos. Esta interdependencia de los órganos evitará que el poder se concentre o recaiga en un mismo órgano o persona, favoreciendo la desconcentración y generando contrapesos.

De esta manera, podrá desarrollarse de manera más eficiente la labor política y administrativa. Por ejemplo, aunque se sabe que el Legislativo es un órgano que delibera y se encuentra autorizado para elaborar ciertas leyes, también cuenta con facultades político-administrativas como la delimitación del territorio del Estado, la figura del desafuero y el juicio político. Por otro lado, el Ejecutivo se encarga de la correcta observancia de las normas, pero además legisla al momento de expedir un reglamento.

4. Las relaciones de poder en la Constitución mexicana

En el caso de la Constitución mexicana, el artículo 89 establece la facultad reglamentaria del poder Ejecutivo. Finalmente, el Poder Judicial se encarga de asegurar la eficacia del sistema jurídico a través de la defensa constitucional y de los derechos fundamentales plasmados —valga la redundancia— en la Constitución.

Ahora bien, desde el 5 de febrero de 1917 entró en vigencia la actual Constitución mexicana, la cual además de regular la relación entre el Legislativo y el Ejecutivo, vigila que no se invadan las esferas de competencia. Los Órganos Constitucionales Autónomos también rompen la concepción tradicional de un principio de división de poderes; sin embargo, son un límite

al poder, no un medio de control. Un claro ejemplo de estos órganos en el marco del esquema político mexicano, es el Banco de México o la Comisión Nacional de Derechos Humanos que más que una división o un límite de poder son un medio de control.

Esta Comisión Nacional de Derechos Humanos tiene como finalidad la defensa de las garantías de los gobernados. En la experiencia mexicana, las garantías de los derechos humanos se encuentran entre los artículos 1 al 29 de la Constitución; sin embargo, el artículo 29 devela la hipótesis de la probable suspensión de garantías. Además, cabe agregar que a esta parte del texto fundamental constituye la *parte dogmática* de la misma. Por otro lado, el artículo 30 y siguientes conforman la *parte orgánica* de la Constitución.

La limitación del poder señala el alcance de las facultades de la autoridad y el control establece métodos de vigilancia frente al ejercicio abusivo del poder, lo que quiere decir que las autoridades tendrán que respetar tales limitaciones. Para ello se hace necesaria la existencia de un sistema de responsabilidades.

Como el Derecho no puede operar solamente a través del miedo, las sanciones no siempre serán intimidatorias sino correctivas para, en su caso, reparar el agravio. Por ejemplo, en la Administración Pública Federal (sobre la que recae las funciones del Poder Ejecutivo) existe la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la cual establece y delimita las atribuciones que tiene cada Secretaría de Estado. Así, la Secretaría de Gobernación se encarga de la política interna del país, mientras que la Secretaría de Relaciones Exteriores establece la política exterior de México.

Por otro lado, existen leyes de responsabilidades. Verbigracia, la ley de responsabilidades federal de los funcionarios públicos por la que se van a manejar ellos dentro de la probidad y la eficacia que se merece la labor de la administración pública.

5. Control de constitucionalidad

Según su temporalidad, el control puede clasificarse en previo (por lo cual tendría un rol preventivo) y posterior al acto. El primero busca evitar daños causados por el uso excesivo de facultades de la autoridad y; el segundo pretende remediar la situación una vez ocurrido el daño.

Cabe resaltar la importancia de la prevención, es decir, la existencia de candados legales para que la labor administrativa se realice sus funciones con la probidad y eficacia que la administración pública necesita.

El control de constitucionalidad se considera en dos ámbitos: el *control abstracto* en tanto se trata de aquel recurso contra las leyes por vicios en el proceso de creación de normas; de otro lado, el *control concreto* que se refiere a una consulta, ya sea por parte del juez o bien del Tribunal Constitucional para determinar la constitucionalidad de una ley y, en consecuencia, determinar la manera correcta de aplicación de la norma.

El control de poder político es la facultad concedida a los órganos del Estado por el orden legal para que vigilen la observancia de las delimitaciones establecidas al ejercicio de sus funciones para —de esta manera— hacerlas efectivas. La doctora e investigadora mexicana Carla Huerta Ochoa en su libro *Mecanismos constitucionales para el control del poder político* define, por ejemplo, a la Constitución por su finalidad como el ordenamiento jurídico que organiza y determina el ejercicio del poder político asegurando la libertad individual. A su vez, menciona que la supremacía constitucional consiste la subordinación del orden jurídico a la norma fundamental.

En esa línea de ideas, se observa que la norma fundamental siempre será la Constitución, es decir, será ella la que dicte los parámetros generales y de la que emanarán leyes que más específicas. Por ejemplo, el artículo 123 de la Constitución mexicana —que es una de las conquistas más grandes del Derecho Social gracias a la Revolución mexicana que inició en 1910— se refiere a los derechos de los trabajadores y, para una aplicación más eficaz de este derecho, se tiene la Ley Federal del Trabajo, la cual determinará qué es un trabajador, los horarios de este, los derechos y atribuciones del mismo, el derecho de huelga, entre otros¹.

6. Teoría del control

El origen de esta teoría del control se encuentra en el establecimiento de mecanismos de control de carácter parlamentario. La evolución de este *Teoría del control* va a evidenciar una compleja y elaborada estructura de controles y de contracontroles. Esto se debe —entre otros factores— a la inmersión del Derecho Constitucional y la Dogmática Jurídica en el tema, es decir, comenzaron a ocuparse en de los mecanismos de control como reacción al absolutismo; logrando, pues, revalorizar y fortalecer el rol del Poder Legislativo.

Por su relevancia en la elaboración de una *Teoría del control*, se hará espe-

¹ A propósito de los derechos del trabajador, existió una etapa en la historia mexicana denominada el Porfiriato donde por sobrevalorar la buena convivencia laboral, se permitió que hubiese tantos abusos como, por ejemplo, que mujeres embarazadas se encuentren trabajando en las minas o en las labores del campo; incluso se llevaron a cabo grandes tragedias por no brindarles horas de descanso ni respetar sus horas de lactancia materna. Hoy en día todo ello está plenamente regulado en el ordenamiento mexicano.

cial énfasis en el control parlamentario. En México el orden jurídico ha estructurado un régimen presidencial; por lo tanto, la jefatura del Estado y del gobierno no se escinden ni son asumidas por una persona titular del Poder Ejecutivo —que es el presidente de la República—, quien es electo de manera popular y tiene la facultad de nombrar su propio gabinete. El presidente no puede ser miembro de dos poderes del Estado de manera simultánea, tampoco puede disolver el Congreso ni remover a personas de su cargo mediante censura.

Al preverse dichas posibilidades, las facultades de control del presidente se van a ver reducidas y, además, es irresponsable políticamente. Se aconseja o asiste para la realización de la función administrativa del gobierno, que no tiene una exigencia de manera autónoma. Esto produce la independencia de los órganos constitucionales respecto del Poder Legislativo, lo cual podría generar problemas de bloqueo interorgánicos.

El sistema presidencial mexicano está referida a la estructura de la separación de los órganos constituidos y a la distribución de funciones y relaciones; es una forma de organización dentro de un régimen republicano. Como parte de la historia mexicana, se dará cuenta, pues, que su Constitución de 1824 se caracterizaba por un Poder Ejecutivo muy fuerte independientemente en la realización de funciones, ya que este poder era debilitado por el reparto de funciones, así como por el establecimiento de un sistema de sucesión automática, en caso hubiera una ausencia absoluta del presidente.

Así, el Poder Ejecutivo mexicano es el órgano administrador de la Administración Pública —valga la redundancia—, es un administrador federal: manejar la política monetaria, dicta las políticas de seguridad, las políticas educativas, políticas de seguridad social, entre otros; pero la realización de estas funciones no las realizará exclusivamente, sino que tendrá contrapesos: por ejemplo, el *Congreso de la Unión* (que en Perú se conoce como Parlamento), en el cual se van a discutir y crear leyes; el Poder Judicial, que protegerá y revisará la legalidad de esas leyes. A propósito de ello, en el Poder Judicial Federal de México esta legalidad de las leyes se ventila en los *juzgados de distrito*.

Por ejemplo, en México, el *juicio de amparo* es el garante de la Constitución, es el proceso que va a ayudar a que el ciudadano común que se vea vulnerado en su esfera jurídica por parte de algún acto de autoridad, tenga el derecho a ser defendido por los tribunales. Dicho en otras palabras, que en base a tribunales y órganos especializados se pongan en una balanza los elementos para que decidan —en base a sus conocimientos— si existe o no

alguna vulneración de las garantías individuales de los gobernados. Es una figura muy importante dentro del mapa jurídico mexicano.

Por otro lado, existen algunos autores que establecen la existencia de aparentes matices parlamentarios; sin embargo, son procedimientos puramente formales que no alteran el régimen establecido por la Constitución, aunque van a flexibilizar la separación de poderes mediante la colaboración entre el Poder Ejecutivo y Legislativo. Cabe recalcar que, aunque exista una cooperación entre estos dos poderes, nunca va a existir una subordinación al Poder Ejecutivo.

7. Actos con aparente carácter parlamentario

Ahora bien, los actos con aparente carácter parlamentario son varios. En primer lugar, esta —por ejemplo— el *refrendo*, el cual parece ser una convalidación por los miembros del gabinete sobre un acto legislativo del Poder Ejecutivo. Es como una legitimación del acto mismo (tomando en cuenta que el *secretario* firma primero y que puede ser removidos libremente). Además, no puede configurarse como certificación de autenticidad de firma sino parcialmente como elemento de validez del acto.

En segundo lugar, la *obligación de rendir el informe presidencial anualmente*, en el que se informa y justifica sobre decisiones tomadas por el Poder Ejecutivo. Antiguamente en México, cuando se hacía el informe presidencial (los días primeros de septiembre), se llamaba el *Día del presidente* porque era casi un desfile: el presidente se trasladaba el de la residencia oficial a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. En la actualidad —y desde hace veintiún años— el informe simplemente se entrega al presidente del Congreso de la Unión y no precisamente lo hace el presidente de la República, sino que puede ser un representante. Se realiza la formalidad de la recepción del informe y, después las comisiones de la cámara de diputados revisan el informe elaborado por el Poder Ejecutivo.

En tercer lugar, *los secretarios de despacho pueden ser reconvenidos por las cámaras del Congreso para informar sobre el estado de asuntos*. Esta facultad de llamar a los secretarios de despacho a establecer diálogo y presentar resultados ante el Poder Legislativo se realiza a nivel federal y a nivel local en los Congresos de los Estados. Por ejemplo, es una tradición que los secretarios —como dice la prensa— hagan un desfile de logros o no logros y se presten a interrogatorio masivo por parte de los miembros del Congreso.

En cuarto lugar, la *decisión de reubicar el recinto del congreso*: en caso las Cámaras no puedan ponerse de acuerdo, decidirá al presidente. Así lo estable-

ce el artículo 66 de la Constitución mexicana en los siguientes términos: “*La decisión de clausurar anticipadamente las sesiones cuando dos cámaras no estuvieron de acuerdo, resolverá el presidente de la República*”. La designación de presidente provisional o interino por el Congreso, de la Comisión Permanente en caso de ausencia del presidente, de algún viaje o de alguna enfermedad.

Y, finalmente, la *aprobación del Decreto de Suspensión de Garantías*, sin perjuicio de que el presidente tiene la facultad de remover libremente a sus secretarios. El artículo 29, como se mencionó anteriormente, doctrinariamente se considera como parte de la Constitución; sin embargo, habla de la suspensión de garantías.

8. Medios de control

Los denominados *matices parlamentarios* (que los doctrinarios han insistido señalar), más que elementos de control son —en realidad—presupuestos de validez de ciertos actos o bien como mecanismos de activación de la conciencia popular a través de la opinión pública. No son auténticos mecanismos de control como en el sistema parlamentario, fundamentalmente debido a la ausencia de una sanción.

Manuel Aragón sostiene que todos los medios de control en el Estado Constitucional tienen la finalidad de fiscalizar la actividad del poder para evitar abusos. Será mediante el control que se hacen efectivas las limitaciones al poder establecidas en la Constitución. El control siempre debe de ser preventivo y no una medida extrema, pues, aunque también sanciona y corrige, su finalidad es impedir la comisión de abusos de autoridad y que un órgano se exceda en sus facultades. Existe una pluralidad de conceptos de control que se relacionan con diversos fenómenos que se pretenden sujetar a este y también pueden revestir diversas formas. Se va a componer, según el autor, por distintas facetas como las de freno, vigilancia, revisión e inspección.

El control va a provocar que las tareas se hagan de manera más eficiente. Entonces, ocurre que cuando las autoridades no siguen los lineamientos establecidos para el ejercicio de sus facultades o los siguen mal, quiere decir que no hay un control por parte de las autoridades en el ejercicio de sus atribuciones o en el ejercicio de la administración que le toque realizar a cada miembro de un poder. En este caso, estamos hablando de un Poder Ejecutivo.

9. Conclusiones

El control del poder político es la facultad que los órganos constituidos tienen de frenar, vigilar, revisar y sancionar aquellos actos que pretenden excederse de la propia esfera competencial o de la de otros órganos. Esto de acuerdo con las facultades que determina el orden jurídico.

El control se instituye para evitar el ejercicio abusivo de facultades que el orden jurídico les ha concedido a los distintos funcionarios en el ejercicio de sus atribuciones.

Los medios de control hacen efectivas las limitaciones contenidas en las normas legales y estos constan de varias facetas: el establecimiento de las limitaciones en el sistema jurídico; el otorgamiento a los órganos controlantes de las facultades necesarias, ya sea mediante la realización conjunta de las funciones, o bien, en el ejercicio autónomo e independiente de determinadas funciones que la constitución les va a conferir; la vigilancia y supervisión de la realización de las funciones atribuidas al órgano controlado; y la intervención en la realización de ciertas funciones completándolas con los otros órganos, a esto se le denominará la colaboración en la realización de ciertas funciones.

También, el otorgamiento o negativa de aprobación de actos o, incluso, su prohibición y la evaluación de la conveniencia de la materialización de proyectos de ley, o bien, de completar los terminados actos y el rechazo de los mismos.

Esas conclusiones se han centrado de manera fundamental en el control que realiza el Poder Legislativo, pues aun cuando analizando las facultades de los tres poderes, puede determinarse que la Constitución mexicana cuenta

con un número mucho mayor y con más probabilidad eficacia de controles legislativos que los que se le confieren a un Poder Ejecutivo. Los controles que realizan Poder Judicial van a ser analizados de manera parte, pero el Poder Legislativo cuenta con otro tipo de poderes.

10. Respuestas a las preguntas del público

10.1 ¿En qué medida un sistema presidencialista como el que acogen varios países de América afecta la relación y el control de los poderes ejecutivo y parlamentario?

En México existe una frase célebre: “El Ejecutivo propone, el Legislativo dispone y el Judicial equilibra”. Sin embargo, sí hubo una época en que la

excesiva concentración de recursos y de facultades provocó la centralización de poder. Es por ello que esa situación, desde hace treinta años, se ha intentado resolver mediante delegaciones de funciones a las entidades federativas. Por ejemplo, la Secretaría de Hacienda tiene un órgano recaudatorio que se llama Servicio de Administración Tributaria (SAT), a través del cual se buscó mejorar la eficiencia de las atribuciones, pues, se colocaban estratégicamente en diversas ciudades del país y los ciudadanos podían recurrir a ellas para realizar trámites por medio de la cooperación de sucursales de esa Secretaría.

Entonces, en América latina, el presidencialismo es algo que se encuentra arraigado a nuestra historia; el exceso de facultades y de poder ha provocado que muchas decisiones no se consulten o se tomen sin considerar la opinión de las demás provincias.

10.2 ¿Considera que una medida como el pedido de vacancia por una permanente incapacidad moral es adecuada para ejercer un correcto control al poder ejecutivo, específicamente, al presidente? Esto teniendo en cuenta que el término “incapacidad moral” involucra un juicio político que no está sujeto aún a una delimitación conceptual.

Con respecto a este tema, en México se ha venido realizando una serie de reformas: actualmente se pueden realizar sanciones a titulares de ejecutivos en base a la figura del *fuero*, que es la protección que tienen algunos funcionarios públicos para llevar a cabo su labor. El origen de esta figura yace en la situación que, precisamente si se presentaba algún problema legal; entonces, para que no se obstruyera su labor administrativa o política, se pudiera llevar a cabo un juicio sin pasar por la cárcel. Sin embargo, cabe resaltar que la figura del fuero ha sido bastante desviada de su naturaleza hoy en día. A su vez, existe la figura del *desafuero* a nivel local y; a nivel federal, una *comisión* que funciona como un tribunal y puede declarar el desafuero de algún funcionario público precisamente por un tema tan fuerte como es la moral.

Este concepto ha sido fuertemente abusado por muchos funcionarios durante mucho tiempo, ya que no se tiene una precisión de lo que debe entenderse por *incapacidad moral*. En ese sentido, más que una discusión se tiene que establecer herramientas legales y políticas para que esté apegado a la realidad que se necesita; ya que la moral, la integridad y la probidad deben de ser considerados factores muy importantes para la persona que va a ser investida de poder, más teniendo en sus manos tareas como la provisión de seguridad, salud, educación y, además, recursos populares.

La constitucionalización de los Partidos Políticos y su relevancia en el Sistema democrático: análisis del caso peruano*

Luisana Isell Vega Zeña**

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La Constitución y los partidos políticos / 2.1. La Constitución / 2.2. Los partidos políticos / 3. Partidos políticos y democracia / 3.1. La herencia de la política autoritaria / 3.2. La democracia y sus variantes / 3.3. Sobre regular los partidos políticos: tesis minimalista y maximalista / 4. Inclusión de los partidos en las constituciones y la regularización del financiamiento privado / 5. Consideraciones finales / 6. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

Es un hecho la presencia y relevancia del sistema de partidos políticos, el sistema democrático. Por ello, no hay que olvidar la esencia u origen de pacto, el cual encuentra su fundamento el contrato social, la Constitución (primera norma) y como se entendería lo manifestado en su momento por García de Enterría “la Constitución es la norma fundamental, norma *normarum*, la *lex superior* y aquella que va a sentar los valores y los principios de todo un ordenamiento”. Esto último, trae como consecuencia que la misma se erija como parámetro de validez para las demás normas.

Sin duda alguna, resulta menester tener muy en claro que, la Constitución formal posee un deseo de aspiración para consagrarse como una Constitución real, y debido a ello, lo escrito no se condice con la realidad dado que existen conflictos que son luego muy difíciles de manejar. En torno a ello, recordar las palabras de La Salle, de donde se puede desprender que la Constitución sería una mera hoja de papel, que correría de mano en mano

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Licenciada en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

pasando por los diferentes grupos detentadores de poder. A propósito de lo señalado en líneas anteriores, conviene resaltar la inmersión de términos correspondientes a la ciencia política en el Derecho Constitucional, esto, con la sola finalidad de comprender a los partidos políticos desde una perspectiva constitucional.

2. La Constitución y los partidos políticos

2.1. La Constitución

Ahora bien, para desarrollar el tema propuesto, es imprescindible hacer énfasis en dos categorías: la Constitución y los partidos políticos. Todo ello se encuentra dentro del contexto de este sistema político democrático, en la medida que los partidos políticos son los principales actores de una democracia y de ello se decanta la razón por la cual se produjo la constitucionalización.

Por consiguiente, en lo que refiere a la Constitución, adoptaremos el aporte de Karl Lowenstein, quien es sumamente importante en la medida que parte de la configuración del poder y, en concreto, el acápite dentro de su libro de la Teoría de la Constitución llamado la *cratología* como ciencia (la clasificación de la Constitución sobre la base del proceso de poder político).

De las palabras de Lowenstein se podría comprender que el poder político puede llegar a valorarse en torno a sus consecuencias o efectos, pero difícilmente, se podrá conocer. Él mismo hace referencia a una enigmática triada, donde menciona la existencia de tres incentivos fundamentales en la vida de un hombre en sociedad y que servirán para regir las relaciones interpersonales, estos son el amor, la fe y el poder. Asimismo, menciona —muy claro— que estarán unidas o entrelazadas debido a que el poder de la fe mueve montañas, el poder del amor es vencedor en todas las batallas, pero no es menos propio en el hombre el amor y la fe en el poder, y es que este mismo (poder), lo ha llevado a la desgracia, conflicto y lucha.

Entonces, se toma al poder en esencia y se le otorga el carácter demoniaco puesto que es evidente que si alguno concentra el poder absoluto entonces optará por abusar de ese poder. A razón de ello, se dice que solo los santos no abusarían del poder absoluto que se les encargaría o detentaría. El mismo Lowenstein cita a Lord Acton, quien señala que el poder corrompe, pero el poder absoluto corrompe absolutamente.

En consecuencia, se plantea tres interrogantes para determinar el tipo de sistema en el que nos encontramos, la primera de ellas es, ¿cómo obtienen los detentadores del poder el ejercicio político del mismo? Luego, ¿una

vez obtenido ese ejercicio —poder político— como lo ejerce? Finalmente, la pregunta más importante sería la siguiente, ¿cómo se controla ese ejercicio de poder político en los detentadores? Se analiza cada una de las interrogantes anteriores porque se parte de la premisa que el poder es demoníaco; es decir, absoluto. Siendo así demasiado tentativo y llamativo para el hombre.

No podemos dejar de lado la taxonomía de la Constitución, sobre la base del poder político, y en ese sentido, algunas serán normativas, donde su principal característica será la simbiosis entre la sociedad y la constitución, olvidando cualquier atisbo de índole autoritario, aquí la cultura política es idónea, fuerte y puede echar raíces. Por ello, se cumple con todos los presupuestos para que esa constitución sea respetada por los detentadores de poder y también por los destinatarios de poder.

En segundo lugar, las constituciones nominales. Respecto a estas, Lowenstein dice que la Constitución *per se* es buena, ya que ha cumplido todo el procedimiento normativo que debía; sin embargo, el problema está en la sociedad porque no posee cultura política, contiene rezagos de autoritarismo y de caudillismo. Es una Constitución que tiene como objetivo primero educar a la población, con cultura política y cívica, ese es el primer principio de la Constitución, a efectos de que algún día pueda ser una Constitución normativa.

Finalmente, la Constitución semántica, la peor de todas según el autor. Lamentablemente está por todo el mundo, aquí el detentador de poder la ha instrumentalizado para sus propios intereses, siendo en favor del partido o grupo político. Empiezan a surgir estas interpretaciones auténticas de la Constitución; es decir, simplemente allana el camino para la perpetuación de poder político.

Si alguien lee una Constitución, ninguna va a decir que se instaurará para poder perpetuarse en el poder, por ello, Karl analiza partir del proceso del poder político. Desde ese punto es que se debe ver a la Constitución y su clasificación, no de lo literal.

Mediante lo expuesto en líneas anteriores se ha divisado que la esencia de la política es el poder y la contención a ese poder, es la Constitución, que merece revisión y estudio urgente.

2.2. Los partidos políticos

La otra variable que surge dentro del tema abordado, son los partidos políticos. Para poder definirlos hay una serie de conceptos. No obstante, para

el propósito que se desea alcanzar, se adoptará la definición por parte de H. Joseph La Palombara, el cual define a los partidos políticos de la siguiente manera:

“Organización formal que tiene como meta primordial y consciente colocar y mantener en un cargo público a personas que controlarán, individualmente o en coalición, la maquinaria gubernamental. Un partido debe de contar con: 1) Una organización de carácter duradero, cuya esperanza de vida sea superior a la de sus dirigentes, (cuestión que no pasa en nuestro país). 2) Una organización local y diversificada a escala nacional, y 3) Buscar el apoyo popular a través de las elecciones. (que es el proceso electoral que debe de ser abierto y universal y sobre todo altamente competitivo”.

Es así que se logra ubicar la definición más completa señalada en su libro Partidos políticos y el desarrollo político.

Considerar también lo manifestado por Giovanni Sartori:

“Un partido político es cualquier grupo político de se presenta a elecciones y que puede colocar mediante ellas a sus candidatos a cargos públicos”.

3. Partidos políticos y democracia

Dentro de este apartado se juntan dos variables, los partidos políticos y la democracia; sin embargo, aquí no se optará por abordar los conceptos de democracia —que en efecto hay toda una teoría respecto a ella—, pero lo que sí resulta pertinente, es citar o conocer lo que señala Robert Dahl, parafraseando su idea, él concebía que la democracia debe de tener ciertas variables o indicadores, por ejemplo, formular las preferencias, manifestarlas y remarcar la igualdad del trato por parte del gobierno.

En ese sentido, Dahl señala que lo que mínimamente se debe garantizar en una democracia es la libertad de asociación, expresión, voto, derecho a ser elegido, a que los líderes políticos puedan competir para conseguir el apoyo de los votos considerando siempre elecciones libres e imparciales, y debe haber alternativas que constituyan fuentes de información y de igualdad de trato. Es necesario que el gobierno sea de postura neutral y no prefiera ningún partido en específico.

Si se opta por abordar los sistemas actuales —que son más próximos al sistema democrático— veremos que Dahl prefiere darles el nombre de poliarquías, esta denominación se debe porque son sistemas (haciendo referencia a los actuales) liberalizados, altamente representativos y abiertos al debate público. Otro autor como Liebhard, decía en torno a los tipos de

democracia que existen las de corte mayoritario —de carácter excluyente y que sobre todo son de confrontación— y las consensuales, que tienen como característica la inclusión, el pacto y el compromiso. Entonces, una democracia consensual ya que esta se basa en la negociación. En esa línea, debemos recordar que esta democracia debe de tener calidad. De otro lado, debido a la coyuntura de nuestro país, inevitablemente tendremos que señalar y recordar la existencia de una herencia colonial que desencadenó una cultura política y autoritaria que todavía poseemos.

3.1. La herencia de la política autoritaria

Siguiendo la idea anterior, se opta por traer a colación lo que manifestó Carlos Miro Quesada Laos respecto a la herencia de la cultura política autoritaria. Él señaló en su libro “La radiografía política del Perú” que en América existieron implantaciones no de gobiernos fuertes sino de gobiernos a la fuerza y en la verdadera esencia de los últimos mencionado era la debilidad a la que se veían sujetos. Respecto a ello, José Joaquín de la Riva, quien fue poeta y escritor, esbozaba las siguientes palabras: hoy es el último día del despotismo y el primero de lo mismo.

Se ha tenido la costumbre de asimilar el factor caudillista, y según señala el libro “La radiografía política del Perú”, el partido único y fuerte era el ejército (sino recordemos el contexto del primer, segundo y tercer militarismo). He ahí que el anhelo de muchos peruanos un el gobierno fuerte. Un ejemplo, son los comienzos de la pandemia, en el cual todos aclamaban y saludaban la salida del ejército a las calles.

Por otro lado, vivimos dentro de una política donde los favores se deben de pagar —impulsando la cultura del secretismo, de la reserva de Estado— y es así como ha mermado siempre la confianza de la ciudadanía, fundamentalmente en la clase política, ya que nos hemos acostumbrado a develar actos bajo la mesa y a conocer cómo se negocian los intereses o las lealtades. Claro está, que este panorama se ha remediado y revertido medianamente con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, pero todavía persiste una cultura de secreto. Hace poco, se decía que no se podía conocer cuánto era el costo de la vacuna Pfizer porque era un secreto de Estado.

En definitiva, lo señalado impacta en la legitimidad que debiera de invertir a los partidos políticos, máxime si muchos de ellos están pasando por serias crisis, y ello menoscaba nuestro frágil sistema de partidos, además de ello, vemos erigirse partidos políticos que como definiría Otto Kirchheimer, son *catch all party* o partidos “atrapalotodo”, considerados como maquinarias

electorales donde no hay ideología o formación política, solo basta con presentarse a elecciones y colocar cargos públicos. Lamentablemente se dejan cuestiones esenciales que son parte del juego democrático.

3.2. La democracia y sus variantes

Se debe señalar la importancia de la formación de los partidos políticos y, es que estos deben contar con un sistema fuerte que impacto positivo en la democracia y, como correlato de ello, se vislumbran países que poseen democracias plenas, los cuales garantizan, el respeto por las libertades civiles y políticas. Existe un buen desarrollo de la cultura política que es propicia para el florecimiento de la democracia; además de contrapesos en el poder, y un Poder Judicial independiente e imparcial. En todos los países existirán problemas, pero estos no menoscaban la esencia de su sistema democrático.

Por otro lado, se tienen democracias imperfectas. Dentro de ellas habrá variables como las elecciones —que son libre e imparciales—, pero habrá vulneraciones fundamentalmente a la libertad de expresión como la de México, donde un periodista no puede osar investigar a un gobernador que está involucrado en narcotráfico porque este quedaría sentenciado a muerte. Se ve inevitablemente una cultura política subdesarrollada y bajos niveles de participación política, ello, no es el abono más idóneo para sentar las bases del sistema democrático.

Teniendo en cuenta dos polos opuestos, cabe señalar la aparición de regímenes híbridos, dónde los países tienen irregularidades (fundamentalmente en los procesos electorales que ya no son tan competitivos). Tienen a realizar persecución de los opositores políticos e instrumentalizan la Constitución de acuerdo con sus intereses. La corrupción en este contexto es generalizada, si existe Estado de Derecho, es débil y la sociedad civil también, no hay independencia ni en los poderes ni mucho menos en los medios de comunicación. Ya no se sabe si es un régimen democrático o autocrático, por eso es híbrido. En cualquier momento puede pasar al autoritarismo.

Luego, se encuentran los regímenes autoritarios que son la negación total de la democracia plena. No hay pluralismo político, son regímenes de partido único, de carácter puramente dictatorial, hay presencia de restricción con relación a los derechos fundamentales. Asimismo, se debe recordar que la inexistencia de la democracia importa el menoscabo de garantías de derechos fundamentales.

3.3. Sobre regular los partidos políticos: tesis minimalista y maximalista

Las ideas anteceditas desataron un cuestionamiento clave, ¿es importante regular a los partidos políticos? Esta pregunta se hizo alrededor de los años 70. ¿Se les debe regular o no? Teniendo en cuenta que, finalmente, los partidos políticos concretizan poder político, ¿porque constitucionalizar los partidos políticos?

Se cae en cuenta que, hasta ahora toda gira en torno al poder político, y que este es en realidad el objeto de estudio de la ciencia política. ¿Hay que constitucionalizar entonces los partidos políticos? Sí, hay que hacerlo para “atraparlos en las redes del Derecho”, como refiere Daniel Zovatto, quien además señala que, un Estado adscrito a una tesis minimalista implica la no regulación en demasía a los partidos políticos, ni su dinámica, solo están constitucionalizados, van a existir leyes especiales donde se regularán generalmente a los partidos, o de pronto, en base a principios. No se les regulará a detalle porque se presume que el fenómeno político rebaza al Derecho; por lo tanto, el Derecho siempre está un paso detrás de los fenómenos políticos.

De otro lado, las teorías maximalistas regulan a detalle y al máximo; es decir, que verifican desde los requisitos para la inscripción, causales para su cancelación, regulación de la estructura, organización, vida partidaria, democracia interna, alianzas, disolución en partidos, es decir, absolutamente todo. En los últimos años, se ha empezado a regular el financiamiento privado de los partidos políticos porque si ello no está bien regulado, entonces, será la principal plataforma de infiltración de dinero a cambio de compromisos futuros o pactos colusorios.

En relación a lo anterior, esa infiltración de dinero viene de organizaciones ilícitas, y los vacíos normativos, son el mejor espacio para la corrupción y para que este capture al Estado, desencadenando una corrupción generalizada, factor que socaba definitivamente la democracia, escenario que no nos ha sido ajeno, puesto que recientemente (año 2018) vivimos una crisis política esencialmente por el tema de la corrupción.

Por ello, resulta fundamental la regulación de partidos políticos en el ámbito del financiamiento privado. En ese sentido, transparencia internacional ha señalado que uno de los principales focos de la corrupción que amenazan las sociedades son el financiamiento de los partidos políticos.

Así, se puede concluir que, en efecto, la democracia tiene un costo, en medida que un sistema democrático demanda dinero para efectivizar el sis-

tema de partidos. Ese dinero sale de las arcas del Estado, sin embargo, la democracia no tiene precio, la idea es que el Derecho controle al dinero, y no viceversa.

4. Inclusión de los partidos en las constituciones y la regularización del financiamiento privado

La constitucionalización de los partidos políticos implica dos cuestiones: el rechazo a los estados autoritarios y la pluralidad de partidos políticos en la libre competencia en elecciones. No existe democracia sin partidos políticos.

Si abordamos lo concerniente a la inclusión de los partidos en nuestras constituciones, podemos observar que fue con la Constitución del 1979 donde se dio la aparición de los partidos políticos, a diferencia de Ecuador, donde se les incorpora desde 1945. La Constitución de 1979 regula a los partidos políticos en los artículos 68, 69, 70 y 71; posteriormente, son regulados por el art. 35 de la Constitución Política del Perú de 1993.

No obstante, en el año 2019 se reformó la Constitución, en cuanto a la regulación del financiamiento de los partidos políticos, lo que implica tener un financiamiento privado bancarizado, con topes y restricciones, cuestión relevante, si se pretende fortalecer el sistema de partidos, sancionando al financiamiento ilegal, administrativa, civil y penalmente, y ello porque en nuestro país, existe una investigación fiscal en curso contra un partido que está investigado por delito lavado de activos por alrededor de un millón de dólares proveniente de Odebrecht.

Como señalábamos, con la modificación en la Constitución y las normas especiales que regulan el financiamiento a los partidos políticos, todas las transacciones deben ser bancarizadas, si se brinda algún tipo de apoyo, patrocinio, comida, especies, eso debe de ser sometido a la valorización y debe constar en un recibo de aportación donde se debe de consignar la numeración correlativa, fecha cierta, firma del tesorero, del aportante, entre otros. ¿Y con respecto al caso cocteles? En dicho escenario nadie podía fiscalizar; sin embargo, ahora se debe informar oportunamente a la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), con un mínimo de 7 días de anticipación para que esta pueda auditar la referida actividad.

Ahora bien, el tema de la corrupción y el financiamiento de campañas políticas, no solo es exclusivo de Perú. En México, por ejemplo, se investiga el financiamiento que ha hecho el Cartel de Sinaloa a diferentes candidatos presidenciales; por otro lado, en Colombia, el cartel de Cali financió a Ernesto Samper durante las elecciones del 2004 (proceso 8000). El objetivo

de regular el financiamiento privado hacia los partidos políticos resulta ser claro, atrapar estos partidos en las redes de la legalidad para evitar la infiltración de organizaciones criminales en el ejercicio del poder y la política, de ahí que resulta importante, regular los topes de aportes, para conocer los datos de los aportantes con nombre y apellido y así proscribir las aportaciones fantasmas.

5. Consideraciones finales

Todo lo señalado, decanta en la confianza institucional, muestra fiel de ello es Latinoamérica, donde las instituciones como partidos políticos y congreso —que son el pilar de todo sistema democrático— tienen baja o mínima confianza, factor que genera preocupación.

Perú se encuentra en uno de los últimos países en el cual su población confía en el parlamento y Partidos políticos, hecho que ha resultado ser una constante. Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), pues, más del 80 % no confían en su gobierno regional ni en los partidos políticos. El principal problema es la corrupción.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. Desde el enfoque holístico, que va de la mano con aquello que usted ha hecho referencia, teniendo en cuenta la política y partiendo desde el enfoque a nivel nacional que resulta ser semántico y, frente a todos los dilemas que acontecen los poderes políticos alrededor de la historia ¿La educación política de manera holística podría mitigar lo que históricamente hemos retrasado a comparación de Europa?

Si primero realizamos un análisis holístico —donde hablamos de realidad nacional, política, partidos, derecho constitucional— nosotros tenemos siempre desde que surgimos de colonia a república, una sociedad excluyente, una ciudadanía de pocos, porque cuando surgimos como República se negó el derecho al voto, ¿hemos constituido ciudadanía? Definitivamente eran ciudadanos en la República aquellos que sabían leer y escribir, ejercer cualesquiera profesiones. Cuestión que se replica en todas las constituciones.

6.2. ¿Cree usted que el proceso de constitucionalización de los partidos políticos debería de alcanzar a las posiciones que profesa cada partido, ¿podría en ese marco aceptarse a la competencia de poder, partidos que se postulan abiertamente en contra de derechos fundamentales o la división de poderes?

La función de los partidos políticos es la defensa de los derechos humanos. Es más, existe también en la Ley de organizaciones políticas, supuestos en los cuales se debe de ilegalizar un partido político como aquellos que pregonan la superioridad de razas, de ahí es que se activan mecanismos democráticos y ese partido político no podría inscribirse. Eso está legislado en las leyes especiales y, de pronto, no es necesario consagrarlo porque en la Constitución ya se define —en la parte dogmática— que la dignidad es el principio y objetivo fundacional del estado.

6.3. ¿Suscribe usted, la afirmación que en nuestro país no existen verdaderos partidos políticos?

En referencia a lo que señala H. Joseph La Palombara, los partidos deben de existir más allá de la vida de los dirigentes, implantando nuevas generaciones para que el partido perviva en el tiempo. Partidos Políticos con vocación de permanencia y que no sean vientres de alquiler. Estamos, en definitiva, atravesando una crisis por la corrupción enquistada y eso denota más crisis. Tenemos partidos políticos formalmente, pero, en sentido histórico no han contribuido a consolidar un sistema de partidos y una democracia fuerte.

El preámbulo constitucional: significado y contenido: a propósito del 25 aniversario de la Constitución política de 1993*

José F. Palomino Manchego**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Consideraciones previas / 2. Etimología. Concepto. Caracteres y extensión / 3. Diferencias entre preámbulo y exposición de motivos / 4. El preámbulo constitucional como género literario / 5. El legado histórico de la constitución norteamericana de 1787 / 6. La posición de Peter Häberle. El centro de su pensamiento / 7. ¿Qué opina Carlos Fernández Sessarego? / 8. A modo de reflexión final / 9. Bibliografía consultada / 10. Respuestas a las preguntas del público

1. Consideraciones previas

Al cumplirse 25 años de la puesta en marcha de la Constitución Política de 1993, es buena la ocasión para reflexionar sobre un eje temático que conforma la parte dogmática del texto fundamental, a saber, el preámbulo constitucional. No obstante, ello, el Código Político de 1993, a diferencia del anterior de 1979, no ha plasmado en su médula lo que debe ser un verdadero texto preambular. Este rubro ha sido, entendemos, el más débil si es que acaso al cabo de un cuarto de siglo ponemos a examen, con sus luces y sus sombras, a la Constitución Política de 1993, que por lo demás, se sigue cuestionando su legitimidad hasta el día de hoy. Desde 1993, mucha agua ha corrido bajo el puente, y las transformaciones y cambios de pelaje que ha sufrido el texto fundamental, invita a reflexionar que se requiere un nuevo Código Político.

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Principal de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Miembro Correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

En tal sentido, convengamos antes de entrar en materia, ¿qué entendemos por preámbulo?, su diferencia con la exposición de motivos, su característica como género literario y las interesantes posturas, entre otros autores, de Peter Häberle y Carlos Fernández Sessarego, sin obviar el Derecho Constitucional Comparado, teniendo, indiscutiblemente, como norte a la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787, para luego cerrar nuestro estudio con algunas conclusiones provisionales, citando por cierto, la bibliografía que se ha tenido en cuenta.

2. Etimología. Concepto. Caracteres y extensión

Como apunta el *Diccionario de la Lengua Española*, la voz preámbulo (del latín *praeambulus*, “que va delante”) significa exordio, prefación, aquello que se dice antes de dar principio a lo que se trata de narrar¹. Ahora bien, ¿en qué consiste el preámbulo de una Constitución? Pablo Lucas Verdú (1923-2011), al momento de responder esta interrogante, nos precisa en una descripción más que una definición, lo siguiente: “... es un exordio solemne que manifiesta mediante los constituyentes elegidos, la voluntad de un pueblo sobre la delimitación e intervención de los poderes públicos, reconociendo y asegurando, los derechos y libertades fundamentales. Establece —añade el recordado maestro salmantino— la forma política del Estado, su acotación territorial y los fines que persigue”².

Por su parte, Javier Tajadura Tejada, afirma que el preámbulo constitucional es el texto introductorio que precede al articulado de una Constitución y que, presentándolo, expone las razones por las cuales actúa el poder constituyente, así como los objetivos o fines que con su actuación persigue. Los preámbulos constitucionales, agrega Tajadura Tejada, se configuran, así como elementos que ponen de manifiesto la continuidad de las distintas estructuras estatales al conectar el pasado —la situación de partida que motiva la apertura de un proceso constituyente— con el futuro —la exposición de los fines a alcanzar³—.

Amparado en la jurisprudencia norteamericana, Edward S. Corwin (1878-1963) estima que el preámbulo, en rigor, no es parte de la Constitución, sino que “camina adelante” de la misma. En sí mismo y solo no aporta la

1 Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima edición, t. II (h-zuzón), Madrid, 1984, pág. 1094.

2 *Vid.*, voz: “Preámbulo” a cargo de Pablo Lucas Verdú, en Lucas Verdú, Pablo (Compilador): *Prontuario de Derecho Constitucional*, Editorial Comares, Granada, 1996, pág. 333. También se puede consultar la voz: “Preambolo”, redactada por Gianniti, Luigi en Ainis, Michele (A cura di): *Dizionario Costituzionale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2000, págs. 347-348.

3 Cfr. Tajadura Tejada, Javier: Estudio preliminar a Torres del Moral, Antonio y Tajadura Tejada, Javier (Dir.): *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pág. 13.

base de una pretensión de poder gubernamental o de Derecho Privado, y sirve para dos fines: a) indica la fuente de la cual proviene la Constitución, de la cual extrae su pretensión de obediencia: a saber, por ejemplo, el pueblo de los Estados Unidos. Y, b) formula los grandes propósitos que la Constitución y el gobierno establecido por ella tienen que promover: la unidad nacional, la justicia, la paz interior y exterior: la libertad y el bienestar general⁴.

Y en cuanto a sus caracteres y extensión, no debe ser tan escueto, que carezca de los contenidos mínimos, además de los fines y objetivos —aunque no incluye medios— y a su vez, no debe ser tan largo que pierda efectividad, sea vacío o se diluya en declamaciones estériles. Además, debe utilizar términos técnicos, pero a la vez inteligibles para todos y no sólo de puro interés jurídico, de tal manera que su conocimiento y difusión —amparado en la brevedad e importancia— sea un poderoso medio de formación de una conciencia cívica colectiva de respeto y subordinación a la ley⁵.

3. Diferencias entre preámbulo y exposición de motivos

Ya hemos explicado en qué consiste el preámbulo. Tan solo basta recordar que de su contenido salta a la vista mucha riqueza conceptual e interpretativa. Ahora bien, existe corriente de opinión en algunos autores que catalogan al preámbulo como sinónimo de exposición de motivos⁶, tesis que no compartimos en su totalidad, por cuanto el preámbulo se ubica al inicio de la Constitución, mientras que la exposición de motivos va al frente de los Códigos: Civil, Penal, Procesal, Procesal Constitucional, entre otros, tal como acontece en el caso peruano.

En realidad, ha sido la doctrina española, principalmente, en donde hay una arraigada tradición en virtud de las cuales las leyes, al igual que otras disposiciones normativas, van a menudo precedidas de un *preámbulo*, también llamado exposición de motivos⁷. Consiguientemente, en el preámbulo, a diferencia de la exposición de motivos, el contenido de sus cláusulas puede dividirse en tres partes: *a) formal*: en la que se alude a quiénes, con

4 Cfr. Corwin, Edward, S.: *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, traducción del inglés de Aníbal Leal, Editorial Fraterna, S.A., Buenos Aires, 1987, págs. 19-20. Antecede Prefacio y revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat.

5 Cfr. Lemon, Alfredo: *El preámbulo en la Constitución*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1994, pág. 61. Antecede Prólogo de Pedro J. Frías.

6 Tal es el caso, por ejemplo, de Díez-Picazo, Luis María: “Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, págs. 167-207.

7 Cfr. Díez-Picazo, Luis María: “Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)”, *op. cit.*, pág. 171.

qué títulos y por qué dictaron la Constitución; *b) sustancial*: a través de la cual el constituyente precisa los motivos específicos que determinaron la sanción de la Constitución; y *c) resolutive u ordenatoria*: en la que se decreta el establecimiento de la Constitución⁸.

Lo cual, no sucede con la exposición (del latín *expositio*) de motivos, por cuanto su contenido antecede a la ley, más no a la Constitución, y como tal es un razonamiento que la acompaña y que mediante ella se llega a conocer su gestación, los elementos que entraron en juego para su promulgación y la finalidad que pretende. Es más, la exposición de motivos es necesaria en la ley (norma) y para la ley, porque en ella se señalan los fundamentos en que está basada: a) en relación con el ordenamiento jurídico; b) en relación con la sociedad en que se producen; y c) en relación con la obligatoriedad del precepto. Por tanto, la exposición de motivos es la primera parte de una norma jurídica escrita en la que el legislador (y no el operador constituyente) da cuenta de las razones que hay para suponer que un determinado problema (social, jurídico, político, moral o económico) debe resolverse de una determinada manera⁹.

4. El preámbulo constitucional como género literario

Es de observar también que, el propio contenido del preámbulo constitucional —como declaración solemne— nos permite sostener que estamos, sin perder de vista su naturaleza jurídica y política, frente a un género literario, que por lo demás no es una proclama o redacción cualquiera, sino de un riguroso contenido nuclear jurídico-político. Las opiniones al respecto abundan, como también hay autores que no comparten dicha tesis. Fundamentamos esta posición diciendo que la propia redacción lexical del preámbulo, luego de un arduo debate constituyente, le impone ese signo distintivo de carácter literario que repercute en la conciencia nacional.

En su más amplio sentido, el preámbulo es el frontispicio que sirve para marcar el origen de la Constitución, la voluntad de dónde nació, las tradiciones de las que se nutre y los propósitos y necesidades que tiene a satisfacer. Conformamente, la piedra filosofal (*filosofiki kamei*) que devela los misterios ocultos de la Constitución y cuyos cristales tienen el poder de transformar en oro, el plomo de la letra estricta de la norma; en maleable

8 Cfr: Lemon, Alfredo: *El preámbulo en la Constitución*, op. cit., pág. 27. Asimismo, vid. Tajadura Tejada, Javier: *El preámbulo constitucional*, Editorial Comares, Granada, 1997, págs. 7-12. Antecede Prólogo de Pablo Lucas Verdú.

9 Cfr: Rovira Florez de Quiñones, M.a Carolina: *Valor y función de las "Exposiciones de Motivos en las normas jurídicas"*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1972, págs. 43-45.

hermenéutica la literatura de sus cláusulas, en aras a preservar los valores de la justicia, la libertad y el consenso.¹⁰

5. El legado histórico de la constitución norteamericana de 1787¹¹

Punto de referencia obligatoria es el legado histórico que dejó al constitucionalismo liberal la Constitución norteamericana de 1787 — “la ley suprema de la tierra” —, vigente hasta la actualidad con sucesivas Enmiendas Constitucionales a cuenta: XXVII. En efecto, dicha Constitución, ejemplar y fecunda, es la que da nacimiento al preámbulo constitucional, y a partir de ahí se convirtió en calidad de exportación en el Derecho Constitucional Comparado. En tal sentido, merece un tratamiento obligatorio, sin obviar su núcleo duro que radica en la forma de gobierno presidencial (régimen republicano) y en su sistema federal. Para ello, vamos a tener como punto de partida el estudio de Jorge W. Paschal, quien apoyado en la jurisprudencia creadora del más alto Tribunal Federal: la Suprema Corte norteamericana y de las saludables reflexiones de algunos autores clásicos, desarrolla de manera prolija y coherente el contenido del preámbulo de la bicentenaria Constitución norteamericana¹² :

Nos, EL PUEBLO DE LOS ESTADOS UNIDOS, a fin [con el objeto] de formar una unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad doméstica [interior], proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y [para] nuestra posteridad, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América.

5.1. «nos el pueblo»

5.1.1. ¿Por quién fue ordenada y establecida?

10 Cfr. Lemon, Alfredo: *El preámbulo en la Constitución, op. cit.*, pág. 20.

11 Para mayor amplitud de miras, vid., Palomino Manchego, José F.: “El influjo del constitucionalismo norteamericano en el Perú (A propósito de la obra de Robert S. Barker)”, Apéndice § II al libro de Barker, Robert S.: *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional – Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana), Lima, 2005, págs. 195–209. Antecede Presentación y edición al cuidado de Domingo García Belaunde. Apéndices de Rosana Moretti de Troglia y José F. Palomino Manchego.

12 Cfr. Paschal, Jorge W.: *La Constitución de los Estados Unidos explicada y anotada. Precedida de la Declaración de la Independencia y la Constitución de los Estados Unidos, y la Declaración de la Independencia y la Constitución de la Nación Argentina*, t. I, traducida del inglés de la última edición americana por Clodomiro Quiroga, t. I, Félix Lajouane, Editor, Buenos Aires, 1888, págs. 82–87. De igual forma, vid., a modo de complemento, vid. Hoffer, Peter Charles: *For Ourselves and Our Posterity. The preamble to the Federal Constitution in american history*, Oxford University Press, New York-Oxford, 2013. Y, Russel, Jesse y Cohn, Ronald: *Preamble to the United States Constitution*, Lennex Corp, U.S.A., 2012.

La Constitución fue ordenada y establecida, no por los Estados en su capacidad soberana, si no, enfáticamente, por el *pueblo* de los Estados Unidos. (Martin v. Hunter's Lessee, 1 Wh. 324; Banks v. Greenleaf, 6 Call. 277). No requirió la confirmación de los gobiernos de Estado, ni estos pudieron negársela. (McCulloch v. Maryland, 4 Wheat. 316, 404, 405. Cohens v. Virginia, 6 Wheat. 264, 413, 414; 1 Kent's Com., Lect. 10, p. 217; Farrar's Const. § 1-60; Rhode Island v. Massachusetts, 12 Wheat., 657, 720). La verdadera doctrina parece ser que la Constitución fue adoptada por el pueblo de los diversos Estados, que anteriormente se habían confederado bajo el nombre de Estados Unidos, obrando por medio de delegados por quienes eran respectivamente representados en la Convención que formó la Constitución. (Baldwin's Constitutional Views, 29-42. Y véase "Worcester v. Georgia, 6 Pet. 569", donde el Sr. Juez McLean dice que ha sido formada "por un poder combinado ejercido por el pueblo por medio de sus delegados, limitado en sus sanciones a los respectivos Estados". Véase Farrar, § 1-60. Véase Barron v. Mayor of Baltimore, 7 Pet. 243).

5.1.2. ¿Fue hecha por mayorías?

La Constitución no resultó ni de la decisión de la mayoría del pueblo de la Unión, ni de la mayoría de los Estados. (1 Story's Const. § 360; Ware v. Hylton, 3 Dallas, 199; Chisholm v. Georgia, 3 Dall. 419; 2 Cond. 668, 671; 2 Elliot's Debates, 47; El Federalista, N° 22, 33, 39).

5.1.3. ¿Qué quiere decir "nos el pueblo"?

Las palabras "Nos EL PUEBLO DE LOS ESTADOS UNIDOS" y CIUDADANOS son términos sinónimos, y significan la misma cosa. (Scott v. Sandford, 19 How. 404). Ellos son "el pueblo de los diversos Estados"; "los ciudadanos de los Estados Unidos"; "los ciudadanos de cada Estado"; "la población", "las personas libres", y "otras personas". (Farrar § 30-38).

El lenguaje es "NOS EL PUEBLO", en vez de "NOS LOS ESTADOS". (Patrick Henry, 2 Elliot's Debates, 47; y véase 1 Elliot's Debates, 91, 92, 110; 1 Story's Const. § 348, nota 1 de la 3ª. edición).

Y por una exposición completa de la acción del pueblo, (véase Story's Const. § 362-365, nota 4 de la 3ª. Edición; 1, Webster's Speeches, 1830, p. 431; 4 Elliot's Debates, 326; Madison's Letter in the North American Review, octubre de 1830, p. 537, 538). Por las formas de ratificación por medio de las Convenciones de Estado. (véase Hickey's Const. Cap. 2, pp. 129-192).

5.1.4. ¿Eran los Negros pueblo?

Los negros, fuesen esclavos o no, no fueron incluidos en los términos “pueblos” o “ciudadanos de los Estados Unidos”. (Scott v. Sandford, 19 How. 404-5. El caso de *LeGrand v. Darnell*, 2 Pet. 664, no se opone a esta opinión. *Id.* 423-4). Pero los Estados pueden conferir todos los derechos de ciudadanía a un extraño, o a cualquiera otra persona, en cuanto al Estado se refiere; esto, no obstante, no lo hace ciudadano de los Estados Unidos. (*Id.* 405-406).

5.1.5. ¿Pueden los Estados conferir ciudadanía?

Pero un hombre no está incapacitado de ser un ciudadano de los Estados Unidos por el solo hecho de ser de color o de descendencia africana, y no hombre blanco. Opinión del Procurador General Bates, de 29 de nov. 1862, en la cual está discutido todo el asunto de la ciudadanía. No hay definición autoritativa de la frase “ciudadano de los Estados Unidos”. (*Id.*)

5.1.6. ¿Fueron declarados ciudadanos por la Ley de Derechos Civiles?

Pero la cuestión se resolvió por la Ley de Derechos Civiles, en los siguientes términos: “Todas las personas nacidas en los Estados Unidos, y no sujetas a un poder extranjero, excepto los indios no contribuyentes, son ciudadanos de los Estados Unidos”. (14 St. p. 27, § 1: Paschal’s Annotated Digest, Art. 5382). No puede dudarse del poder del Congreso para dictar esta ley. (*Smith v. Moody*. 26 Ind. 307).

5.2. «A fin de formar una unión más perfecta»

5.2.1. ¿Cómo una Unión más perfecta?

Que no sea, como la Confederación, un mero tratado que obre por requisiciones a los Estados; y que solo el pueblo, para cuyo beneficio se formó, deba tener el derecho exclusivo de ratificar, enmendar y controlar sus disposiciones. (2 Elliot’s Debates (Virginia), 47, 61, 131, 57, 97, 98, 3 *Id.* (North Carolina) 134, 145; 1 *Id.* (Masachusetts), 72, 110) 1 Story’s Const. § 464, 469-480, y notas a la tercera edición; Federalista, Nos. 13, 14, 51).

5.2.2. ¿Cómo iba la Unión a ser más perfecta?

El Gobierno que precedió, eran “Artículos de Confederación y *Unión Perpetua* entre los Estados”. (Antes, p. 10; Story’s Const. § 229; Public Journals of Congress, por Way y Gideon, vol. 1; 1 Bioren and Duane, Laws of U. S. 6; Hickey’s Const. 483).

Se trató de hacer más fuerte la Unión, dándole una bien equilibrada Legislatura representativa, un Ejecutivo y una Judicatura, con garantías para la ejecución de las leyes: estas disposiciones llevaban aparejada la idea de una “unión más perfecta” y “perpetua”. (Véase Curtis’s, *History of the Constitution*).

5.3. «Establecer la justicia»

5.3.1. ¿Qué es Justicia?

Justicia es el deseo constante y ardiente de dar a cada uno lo que es suyo. Justiniano. (Burril’s Law Dic.) JUSTICIA. Probablemente se usó aquí con relación al Poder Judicial, como que por los Artículos de la Confederación no había poder Ejecutivo ni Judicial. — Ed., Justicia es la ley. (9 Op. 481 Black). Los objetos que se desea obtener se encuentran en la jurisdicción concedida al Poder Judicial, y en las obligaciones de extradición, así como en los poderes generales de legislación, sobre asuntos especificados, y en las inhibiciones impuestas a los Estados. (Story’s Const. § 482-489; 2 Kent’s Com. 333-4).

5.4. «Asegurar la tranquilidad doméstica»

5.4.1. ¿Cómo se asegura la tranquilidad doméstica?

Esto significa indudablemente la paz entre los Estados. Y se trató de obtenerla por la igualdad en la representación, actual y proporcionada; por el poder de reglar el comercio entre los Estados; por las inhibiciones impuestas a los mismos; por la jurisdicción de la Suprema Corte sobre las controversias entre ellos; por las garantías de los derechos de los ciudadanos en cada uno de ellos; por la extradición de los criminales y personas y personas tenidas en servicio; por las garantías de las formas republicanas de gobierno, y contra las contiendas domésticas; y por el poder nacional de legislar sobre todos los asuntos irritantes. (Véase Story’s Const. § 490-494; *Federalista*, Nos. 9, 10, 41).

5.5. «Proveer a la defensa común»

5.5.1. ¿Qué es la defensa común? ¿Cómo se consigue?

Esto quiere decir la defensa de la Nación contra todos los enemigos, extranjeros y domésticos. Se trató de conseguir este fin dando al Congreso el poder de declarar la guerra; de proveer los ejércitos y armadas; de conceder patentes de corso y represalias; fuertes y arsenales; de armar y disciplinar la milicia; de hacer de los tratados la ley suprema; de hacer al presi-

dente el comandante en jefe del Ejército y Armada, y de la milicia cuando esté en actual servicio. (Federalista, Nos. 24, 25, 41; *ex parte* Coupland, 26 Tex. 386; Paschal's Annotated Digest, notas 218, p. 88-90; Story's Const. §§ 494, 495; Farrar, § 95).

5.6. «Promover el bienestar general»

5.6.1. ¿Qué es el bienestar general?

Esto quiere decir indudablemente, las ventajas generales e iguales que para todo el pueblo y los Estados, nacen de las concesiones de poder contenidas en la Constitución, así como de las inhibiciones impuestas al Congreso y a los Estados, y de las garantías de la Constitución.

Sin sostener que esta sea una garantía para el ejercicio de poderes implícitos dudosos, podemos señalar la reglamentación del comercio; la acuñación de moneda; los correos y las postas; la adquisición y extensión de territorio; los derechos de patentes y propiedad literaria, y la protección general del ciudadano en todas partes, como grandes beneficios cuyo verdadero valor nadie puede comprender. (ED. Véase Story's Const. 497-506).

Las palabras “defensa común y bienestar general” no se insertaron hasta el 4 de Setiembre de 1787. La “seguridad” parecer ser el primer objeto. (Jay, Federalista, Nos. 3, 4), Farrar § 101). Las mismas palabras ocurren en la cláusula primera de la sección 7. (Véanse las exposiciones críticas respecto de ellas. *Id.*).

5.7. «Asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y nuestra posteridad»

5.7.1. ¿Qué es libertad?

La libertad civil quiere decir la libertad natural de cada uno para buscar su felicidad, excepto en cuanto está restringida por las leyes del país. (Burriell's Law Dictionary, Civil Liberty; Co. Litt. 116, b, 1 B1. Com. 125, nota 5; 2 Kent's Com. 26).

5.7.2. ¿Cómo se consigue? Bill de derechos

Esta fue indudablemente la libertad que se intentó asegurar y transmitir a la posteridad a perpetuidad. Tratóse de asegurar más permanentemente este objeto por medio de las enmiendas que incorporaron los grandes principios de la *Magna Carta*; por la reserva de poderes a los Estados; por la destrucción de la esclavitud de los negros, que se hacía peligrosa para la libertad, y por las garantías dadas al ciudadano en todas las Enmiendas.

(Story's Const. § 17, 507-517; 1 Elliot's Debates, 278, 296, 297, 332; 2 *Id.*, 47, 96, 136; 3 *Id.* 243, 257, 294. El Federalista, en todas partes. Véase Farrar, §§ 34, 104-122).

5.8. «De los Estados Unidos de América»

5.8.1. ¿Qué se quiere decir con los Estados Unidos de América? ¿Es una comunidad? ¿Puede transar pleitos?

Mr. Calhoun, en su ensayo sobre el Gobierno, y en sus discursos, porfiaba que esto quería decir “Estados Unidos” (asociados) —esto es, una liga o pacto— y no un gobierno. Pero la verdadera definición es, sin duda, la unión de los Estados bajo todas las restricciones contenidas en la Constitución. (“El Gobierno de los Estados Unidos”. *Cohens v. Virginia*, 6 Wheat. 264). Los Estados Unidos son un gobierno, y por consiguiente un cuerpo político y colectivo, capaz de conseguir los objetos para los cuales fue creado, por los medios necesarios para su consecución. (*United States v. Maurice*, 2 Brock. 109). Y en la extensión de sus poderes limitados, es supremo. (Véase la decisión de *Dred Scott*, y *Ableman v. Booth*). Por la instrumentalidad del respectivo departamento al cual han sido confiados los poderes delegados, puede celebrar contratos no prohibidos por la ley, y apropiados para el ejercicio justo de esos poderes. (*United States v. Tingey*, 5 Pet. 128). Como corporación, tiene capacidad para demandar por su título común. (*Dixon v. United States*, 1 Brock. 177. *Dugan v. United States*, 3 Wh. 181). Puede transar un pleito, y recibir bienes reales u otros, en descargo de la deuda, en depósito, y venderlos. (*United States v. Lane's Administrators*, 3 McLean, 365; *Neilson v. Lagow*, 12 How. 107-8).

También es de sumo provecho añadir alguna jurisprudencia constitucional, concerniente al preámbulo constitucional, a modo de complemento, reafirmando así la más elevada interpretación judicial que realiza la *Supreme Court*:

5.8.2. El preámbulo como fuente de poder sustantivo

Ningún poder para sancionar ley alguna deriva del preámbulo.

La Constitución es la única fuente del poder que autoriza la acción de cualquiera rama del Gobierno Federal.

Door v. United States, 195 U. S. 140 [1904]; *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U. S. 22 [1905].

5.8.3. De aplicación general

En conexión con el preámbulo y como aplicación e interés generales, ver:

Brown *v.* Maryland, 12 Vheat. 419 [1827]; Clafin *v.* Houseman, 93 U. S. 130 [1876]; Williams *v.* Bruffy, 96 U. S. 176 [1878]; Langford *v.* United States, 101 U. S. 341 [1880]; United States *v.* Jones, 109 U. S. 513 [1883]; Fort Leavenworth R. Co. *v.* Lowe, 114 U. S. 525 [1885]; Logan *v.* United States, 144 U. S. 263 [1892]; Fong Yue Ting *v.* United States, 140 U. S. 698 [1893]; United States *v.* Knight, 156 U. S. 1 [1895]; Mattox *v.* United States, 156 U. S. 237 [1895]¹³.

6. La posición de Peter Häberle. El centro de su pensamiento¹⁴

El pensamiento vivo de Häberle, ocupa un renglón preferencial en el marco del Derecho Constitucional, a través de diversos aportes vitales cargados de ideas fértiles y provechosas, y nucleados en un riguroso método de trabajo: *a)* Teoría de la Constitución como Ciencia Jurídica, de los textos y la cultura, *b)* Interpretación Constitucional, *c)* la “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” y *d)* el Derecho Europeo, entre otros segmentos. Y, ¿qué decir con relación a la función de los preámbulos constitucionales? Al respecto, la tesis häberliana apunta certeramente a una aproximación científico cultural, y desde 1982 propugna “una teoría de los preámbulos” desde Europa por cuanto dan forma a un texto cultural, son musicales, profundizan en la historia, esbozan el presente y ofrecen expectativas de futuro, son cercanos al ciudadano en virtud del lenguaje ceremonioso que emplean. En ese orden de consideraciones, los preámbulos europeos son expresión del “principio esperanza” o de utopías concretas, y en los tiempos actuales de crisis deberíamos estar atentos a ellos, sin olvidar que sus términos esenciales son libertad, paz, Estado de Derecho, democracia, bienestar y educación¹⁵.

Por lo expuesto, Peter Häberle (Göppingen, Alemania, 13-V-1934) ha sido uno de los primeros constitucionalistas, en desarrollar con amplitud de mi-

13 *La Constitución de los Estados Unidos de América anotada con jurisprudencia. Anotaciones de casos decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos*, t. I, versión traducida al castellano de la edición oficial actualizada con recientes casos de jurisprudencia por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1949, págs. 83-85.

14 Una primera versión apareció en la Revista Peruana de Derecho Público, año 15, núm. 29, julio-diciembre, Lima, 2014, págs. 163-173. Y en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 72, Lima, 2015, págs. 216-227. Ahora, se publica totalmente refundido, incluyéndose bibliografía especializada.

15 *Cfr.* Häberle Peter: “La Ciencia Jurídica Europea como ciencia cultural”, en Revista Peruana de Derecho Público, año 18, núm. 34, enero-junio, Lima, 2017, págs. 23-24.

ras, especialmente aplicando el método comparativo, el estudio del preámbulo constitucional ¹⁶, tomando para ello diversos aspectos culturales y comparados para reafirmar su tesis, llena de reflexiones y originalidades. Veamos.

6.1. El preámbulo como fundamentación y profesión de fe

Empieza el profesor de Bayreuth afirmando lo siguiente: Característica del contenido de los preámbulos es la formulación de posturas valorativas, (“altos”) ideales (Japón, 1946 y Francia, 1958) convicciones, motivos, en suma, la imagen propia del constituyente. Esta confesión, la “fe” (así, expresamente, por ejemplo, la Convención Europea de Derechos Humanos, 1950), se presenta ocasionalmente al lado de los “conocimientos”. En ocasiones se encuentran caracteres rasgos, casi himnicos, que transmiten el carácter de un estado de ánimo y en general irradian “brillo”. Cuando se tratan de este modo las cosas “primeras” y “últimas” es natural que de inmediato se establezca un aliento de *pathos*.

A continuación, nos dice que la alta intensidad valorativa de los preámbulos también se muestra en que gustan remitir a realidades previas (ontológicas) como Dios o Cristo (por ejemplo, Australia, 1900; Indonesia, 1945; Argentina, 1853-1860) o las invocan (por ejemplo, Irlanda, 1937). La casi sagrada autoobligación hacia él, las ocasionales invocaciones o llamados son elementos y momentos formales y sustantivos recurrentes. Esto es, en parte se muestran los preámbulos como “proposiciones de fe” de una comunidad política, y no sólo en las referencias a Dios y a la responsabilidad ante él y los seres humanos, sino también en otras cláusulas de reconocimiento, que expresamente reafirman su “profunda fe en estas libertades fundamentales” (así, el preámbulo de la Convención Europea de Derechos Humanos, 1950), objetivizan (Constitución de Renania-Palatinado, 1947) declaraciones de voluntad próximas a tales reconocimientos, o normativizan deseos y esperanzas subjetivos (por ejemplo, Constitución de Berlín de 1950: “Con el deseo de seguir siendo la ciudad capital de una nueva Alemania unida”, lo que hoy es realidad) las convicciones y declaraciones de voluntad.

¹⁶ La tesis de Häberle se puede consultar especialmente en su ya clásico libro *El Estado constitucional*, traducción del alemán e índices de Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2001, págs. 274-294. Antecede Estudio introductorio de Diego Valadés. Hay también edición peruana y edición argentina. Más de pronto, *vid.* su ensayo “Preambles in the text and context of constitutions”, en Kotzur, Markus (ed.): *Peter Häberle on Constitutional Theory. Constitution as Culture and the Open Society of Constitutional Interpreters*, Nomos, Germany, 2018, págs. 257-301.

No se equivoca cuando sostiene que el carácter de reconocimiento, en ocasiones ficticio, conduce a las capas profundas de un pueblo constituido, y en proceso de constituirse continuamente después del acto constituyente. Desde esta perspectiva, Häberle recuerda que Rudolf Smend (1882-1975) las trató a su manera en su *Teoría de la integración* (1928)¹⁷. Del mismo modo, el Estado constitucional democrático no puede renunciar a estos vínculos más bien sentimentales de los ciudadanos hacia él, a la creación de posibilidades de identificación para el ciudadano y a su propia obligación y responsabilidad ante instancias y contextos más altos.

En todo caso —añade Häberle— los preámbulos remiten a verdades básicas o de fe prepositivas de una comunidad política; en ocasiones reactualizan un pedazo de la “*religion civile*”. Presumiblemente, las constituciones sin preámbulo contienen también dichas “verdades de fe”, que son previas a sus disposiciones jurídicas, pues todo orden jurídico positivo penetra en dichas capas profundas. Los preámbulos pretenden racionalizarlas y darles expresión, a veces en forma secularizada, otras en forma “todavía teológica”. Estos fundamentos de la autocomprensión (en la identidad) de una comunidad política, el concentrado, es aquello que obliga a todos los ciudadanos, casi como una “profesión de fe”, es aquello que es puesto “antes del paréntesis” y que con frecuencia es formulado en términos similares a un contrato (la Constitución como contrato).

6.2. La función de puente en el tiempo

En este epígrafe Häberle expresa que los elementos constructivos regulares de los preámbulos son expresiones de la dimensión temporal: por un lado, en el rechazo de un pasado determinado o en la vuelta o el “recuerdo” (por ejemplo, preámbulo de la Constitución de Irlanda, 1937-1992) a determinadas tradiciones y periodos (referencia histórica, por ejemplo, Turquía, 1982: “en el curso de su historia”; Baviera: “historia más que milenaria”; Constitución de Bremen de 1947: “centenaria Ciudad Libre Hanseática de Bremen”); pretenden invocar y elaborar el pasado de manera negativa (polémica) o positiva. Además, los preámbulos se pueden referir al presente, ocasionalmente en la orientación de deseos, por ejemplo, Berlín: “Con el deseo de seguir siendo la ciudad capital de una nueva Alemania unida”, lo que hoy se ha vuelto realidad. Por último, pueden referirse al presente y al futuro como tales (así Renania del Norte-Westfalia: “superar con trabajo conjunto la necesidad del presente”. Por último, Turingia (1993): “superar aquello que es motivo de división en Europa y el mundo”; Mecklernbur-

17 Acerca del preámbulo como factor de integración nacional, *vid.* Tajadura Tejada, Javier: “La función política de los preámbulos constitucionales”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 05, julio-diciembre, México, D.F., 2001, págs. 252-255.

go-Antepomcrania (1993): “promover el progreso económico de todos”), o incluso querer “ganar” el futuro.

Estima Häberle también que en cuanto a los preámbulos cuentan la “historia” y hacen profesiones de fe en relación con ella, pretenden hacer justicia a la necesidad de identidad y de hacer presente la historia que tiene el ser humano, no en el sentido de un tratamiento científico para un público especializado, sino más bien en el sentido de una historia que “se sienta comprometida con el lego”. Al respecto, puede llegar a haber conflictos en los preámbulos entre los reconocimientos y los conocimientos; así, por ejemplo, el preámbulo de la Ley Fundamental alemana de 1949 no resiste, en algunas de sus partes, una revisión histórica crítica.

Sostiene a renglón seguido que, en la medida en que los preámbulos se orientan hacia el futuro, —así, por ejemplo, el modo como las futuras generaciones en la Constitución bávara (1946) encuentran en el círculo de la visión y la responsabilidad del constituyente— o expresan deseos y esperanzas, contienen un exceso *concreto-utópico*: en tal medida se encuentra en el preámbulo un bosquejo futuro. El preámbulo introduce un pedazo de la fructífera tensión entre deseo y realidad en la Constitución (y la política), como se puede comprobar también en otras partes de los textos constitucionales, por ejemplo, en los mandatos constitucionales. Con frecuencia, un pueblo tiene que tener paciencia con vistas a los deseos y esperanzas de los preámbulos. Un ejemplo afortunado es el del preámbulo de la ya citada Ley Fundamental de 1949 en relación con la reunificación alemana (1990): es al mismo tiempo muestra de una historia exitosa de la Ley Fundamental alemana.

6.3. Referencias a Dios

Conviene añadir que Häberle, al tocar este punto, piensa que las cláusulas constitucionales con referencia a Dios no constituyen de ningún modo, una etapa evolutiva “superada”, anacrónica o atípica, sino una posible variante cultural del Estado constitucional. Son expresión del “derecho constitucional de la religión” y, por tanto, de una imagen del ser humano que concibe a éste —y al pueblo— tanto en lo histórico como en la actualidad, como insertado en contextos de responsabilidad más altos: Estado y derecho son confirmados como ordenamientos limitados, fundados en la ética, lo que de por sí resulta característico del Estado constitucional. Así visto, existe una conexión interna entre las cláusulas de responsabilidad con referencias a Dios (o a la creación) y la dignidad humana, pero también con el principio constitucional de la tolerancia, como en lo absoluto tienen que integrarse los textos sobre Dios en la Constitución entendida como unidad. Con ello

no se revierte la evolución histórica hacia el Estado constitucional secularizado, ya que el derecho constitucional no obliga a nadie al “culto religioso” a través de estos textos. Sin embargo, se toma culturalmente en serio al ser humano como *homo religiosus*, llegando hasta la garantía de comportarse de manera indiferente o contraria a la religión. Es este trasfondo cultural el que justifica, histórica y actualmente, a los textos sobre Dios en el Estado constitucional, aunque también los limita¹⁸.

6.4. “Derecho constitucional de la religión” en el Estado constitucional

En lo que sigue —continúa Häberle— se enuncia, a manera de términos clave, el modo de cómo la teoría constitucional comparativa ha desglosado el tema “derecho constitucional de la religión”. Merced al análisis de etapas textuales resultan ya aquí visibles, *prima facie*, intensos desarrollos que reflejan en Europa el largo camino desde el Estado de cuño cristiano hacia la sociedad secularizada (por tal motivo, la teoría constitucional debiera renunciar al concepto de “derecho eclesiástico del Estado”).

En tal sentido, Häberle se plantea las siguientes cuestiones:

¿De qué manera está ubicado sistemáticamente la relación entre Estado e iglesias y asociaciones religiosas? ¿Lo están en el inicio, en los artículos de bases de la Constitución, en apartados propios posteriores o solamente de modo puntual? He aquí una selección de ejemplos: al mero inicio, en el artículo 3º, la Constitución de Grecia (1975) establece un apartado sobre “relaciones entre la iglesia y el Estado”. La Constitución de Portugal (1976) procede de modo diferente, al establecer en el artículo 41, en el marco del catálogo de derechos fundamentales, el principio de la separación (inciso 4). Mientras que España (1978), si bien trata el tema también en la parte de los derechos fundamentales (artículo 16), a la frase: “Ninguna confesión tendrá carácter estatal” agrega el siguiente enunciado: “Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

A su turno, la Constitución de Italia (1947) se estructura sistemáticamente de otro modo. Ya en los “principios fundamentales” se regula el aspecto corporativo de la libertad de religión (artículo 80, segundo párrafo), también se abre la posibilidad de “acuerdos” (tercer párrafo 2). Dinamarca declara lapidariamente en el capítulo 1 § 4 de su Constitución de 1953: “la

18 Acerca del influjo del preámbulo en América, *vid.*, Padilla, Alberto G.: *La invocación del preámbulo*, Talleres Gráficos Lucania, Buenos Aires, 1957, págs. 20 y 35, respectivamente.

iglesia evangélica luterana es la iglesia del pueblo danés”, mientras que Finlandia (1919-1995) regula al final de la Constitución un apartado IX: “Las comunidades religiosas”. La Constitución de Irlanda (1937) encabeza el tardío artículo 44 con el título “Religión”. (La Constitución de Suecia de 1975, establece ejemplarmente ya en su capítulo 1 § 2 inciso 4 la protección de las minorías religiosas).

Un análisis de las constituciones más recientes, también en el contexto de sus posibles referencias a Dios, disposiciones sobre días festivos, cláusulas de juramento y fines educativos sigue siendo un *desideratum*, para lo cual, Häberle echa un breve vistazo a Europa oriental. La Constitución de Eslovaquia (1992) dispone ya en su artículo 1º, frase 2: “*It is not tied to any ideology or religion*”. La Constitución de Bulgaria (1991) dispone lo siguiente en su parte de bases, en el artículo 13, inciso 2: “*Les institutions religieuses sont séparées de l’État*”. El artículo 14, inciso 1, de la Constitución de Rusia (1993) dispone también en su parte de fundamentos: “La Federación Rusa es un Estado laico”. La Constitución del Chad (1996) garantiza la libertad de religión de manera individual y colectiva (artículo 35), sin perjuicio del reconocimiento de su responsabilidad ante Dios (preámbulo). Un “espíritu” propio se manifiesta en el proyecto de Constitución de “Solidaridad” en Polonia (1994), en cuanto se señala, en la parte de los fundamentos (artículo 6º, inciso 1): “*The State shall guarantee the autonomy of churches and confessional organisations recognized by law*”. Y, la Constitución de Polonia (1997) regula el status de las “iglesias y otras asociaciones religiosas” en el artículo 25 (parte de fundamentos).

Peter Häberle, dosificado por la sana y no interrumpida labor intelectual, recuerda que Francia se define ya en el artículo 1º de la Constitución de 1958 como “República laica”, ejemplo que es seguido por la Constitución de Mali (1992) ya en su preámbulo (“*laïcité*”), lo mismo que por la Constitución de Guinea (1991) en su artículo 1º, inciso 1. En el resto de África dispone, por ejemplo, la Constitución de Níger (1992) la separación entre “Estado y religión” (artículo 40), igualmente el artículo 1º de la Constitución del Chad (1996). La Constitución de Madagascar (1992) ratifica en su preámbulo su creencia en “*Dieu Créateur*”, prohíbe ya en la parte de fundamentos toda discriminación por causa de religión (artículo 8º, inciso 2). El artículo II, sección 6, de la Constitución de Filipinas (1986) —que en algunos temas irradia intensamente hacia África— dispone: “*The separation of Church and State shall be inviolable*”. Y, el artículo 288 inciso c) de la Constitución de Portugal (1976-1992) incluye la “separación entre Iglesia y Estado”, incluso en sus cláusulas de eternidad (igualmente, el artículo 159 de la Constitución de Angola, 1992).

6.5. Días festivos-domingos

6.5.1. Días festivos. Planteamiento del problema

En opinión de Häberle, las garantías de los días festivos pertenecen a un “estrato” de normas constitucionales que frecuentemente se desatienden, pero que penetran hasta el centro de la identidad cultural del Estado constitucional respectivo y del Estado constitucional como tipo. Proviene de la “materia” de la que en ocasiones son los “sueños” (y primeramente sólo eso) —por ejemplo, la: “unidad alemana”, que se hizo realidad en 1990— pero que sobre todo son o fueron valores fundamentales que se “dirigen”, junto a la *ratio*, también a la *emotio* del ser humano y el ciudadano en el Estado constitucional: los himnos, banderas, los fines educativos como “el amor hacia el pueblo y la patria” (por ejemplo, artículo 33 de la Constitución de Renania-Palatinado (1947)) o la “reconciliación de los pueblos” (por ejemplo, artículo 25, inciso 2, de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia), así como los monumentos.

¿Y qué decir con relación a los himnos nacionales? En el sentir de Häberle, significan lo mismo que los días de fiesta nacional, un pedazo de *memoria colectiva* de un pueblo, en lo cual puede realizarse una transformación: prácticamente ningún francés piensa ahora en el sangriento contenido de “La Marsellesa”. Estas “fuentes de consenso”, más bien emocionales, no deben ser subestimadas junto con el lado más bien racional (como la dignidad humana, la libertad, la democracia), pues ya lo impiden los mismos textos constitucionales positivos. En la garantía de los días festivos se refleja un pedazo de la concepción de sí mismo, propio del Estado constitucional, pero también un pedazo de la “imagen” que los ciudadanos pueden y deben hacerse de él y que él puede y debe hacerse de los ciudadanos. Solamente el enfoque culturalista puede iluminar las posibilidades y límites de los días festivos en el Estado constitucional, ya que el positivismo jurídico no sabe muy bien qué hacer con ellos. En un sentido más amplio y profundo, nos enseña Häberle, son todos los días festivos vivos “días de la Constitución”, porque pretenden traer a la conciencia elementos diversos del Estado constitucional en conjunto.

6.6. Las garantías de los días festivos como expresión de la integración, históricamente lograda, de las partes de la población en el Estado constitucional

Al decir de Häberle, las garantías de los días festivos pueden ser expresión de la integración, lograda o sólo esperada, de un grupo poblacional en el pueblo en su conjunto. Los ejemplos pueden ser, con vistas a la clase traba-

jadora, las garantías del 1º de mayo, en lo que ocasionalmente se agregan grandes objetivos, de los que también impregnan a la Constitución (por ejemplo, como objetivo general del Estado o particular de la educación). Representativo en este sentido es aquí el artículo 3º, inciso 2, de la Constitución de Baden-Württemberg (1953): “El 1º de mayo es, por ley, día festivo. Su propósito es reconocer la justicia social, la paz, la libertad y el entendimiento de los pueblos”.

Sin embargo, a juicio de Häberle, el ejemplo que quizá sea, el más impresionante y al mismo tiempo más reciente de este tipo, es el nuevo día festivo que los Estados Unidos de América han instituido, por primera vez en 1986, en honor del defensor de los derechos civiles Martin Luther King (1929-1968), el 15 de enero. Aunque ello no se haya producido bajo la figura de una reforma constitucional formal (“*amendment*”), en el fondo se trata de derecho constitucional material. El nuevo día festivo o día de Martin Luther King constituye la conclusión simbólica de la larga lucha del movimiento estadounidense de los derechos civiles en favor de la igualdad y la integración de la “gente de color”.

En un verdadero mensaje de cultura, Häberle explica, por vía de ejemplos, que cuando el gran Estado constitucional que son los Estados Unidos reconoce como día festivo el nacimiento de este representante de la resistencia no violenta, lo que anteriormente sólo se había hecho por George Washington (1732-1799), ello significa lo siguiente: tal día de enero se convierte en una especie de “día de la Constitución”; constituye el foro en el que pueden encontrarse de manera ideal todos los ciudadanos de los Estados Unidos de América como ciudadanos libres e iguales. El día de Martin Luther King significa, por un lado, una “*conmemoración*” histórica de este gran ciudadano, pero al mismo tiempo la conciencia de las tareas del futuro: sobre el “camino eterno” hacia la eliminación de todas las formas sociales de discriminación racial que todavía puedan existir.

Pero —como señala Häberle—, una teoría del derecho del Estado desarrollada de manera puramente positivista no es capaz de desentrañar estos contextos y las dimensiones profundas. La fuerza simbólica, integradora de las garantías, sólo es capaz de revelarlas una teoría constitucional que trabaje con el enfoque culturalista. Si se hace una comparación entre los objetivos declarados de los días festivos en las constituciones de los Länder alemanes después de 1945 (sobre todo, las de Baden-Württemberg, Bremen y Hesse) entre sí y con otros enunciados de sus textos, se producen relaciones sorprendentes: “justicia social”, “paz”, “libertad”, “entendimiento de los pueblos” son “fines constitucionales” que también se presentan como fundamentales en otros pasajes, sobre todo como fines del Estado o de la

educación. Así, en el artículo 12 de la Constitución de Baden-Württemberg —continúa ejemplificando Häberle— se encuentra el fin educativo “fraternidad de todos los seres humanos y amor a la paz”, así como la “fe en la democracia y la libertad”, en el artículo 26 de la Constitución de Bremen la “voluntad de justicia social” y de “convivencia pacífica con otros hombres y pueblos”, ahí mismo como “fines del Estado” en el artículo 65 (“justicia social, libertad, paz y entendimiento de los pueblos”), y el artículo 56 de la Constitución de Hesse postula como fin educativo el “servicio independiente y responsable al pueblo y a la humanidad a través del aprecio y el amor al prójimo, el respeto y la tolerancia”. El “entendimiento de los pueblos” también está normado, como objetivo de la Constitución, en el artículo 69 del mismo documento.

Destaca Häberle que en todo ello queda de manifiesto que algunas garantías de los días festivos están tejidas de la “materia prima” constitucional. Cuando el Estado constitucional festeja o “hace” festejar, lo hace al servicio de determinados fines. Y estos fines son de naturaleza fundamental, pues solamente de este modo puede legitimarse la exención del trabajo y la vida normal, el *día de fiesta*. La historia del 1° de mayo enseña también que un día, frecuentemente de lucha sangrienta y que originalmente pertenecía sólo a una parte del pueblo, es “reconcebido” como día, ya pacífico, de todos los ciudadanos. Es un día que atestigua y ratifica la integración de los trabajadores (alemanes) en el Estado constitucional bajo el signo de las grandes ideas.

En particular, el 1° de mayo es un pedazo de “derecho constitucional laboral” desde el punto de vista material, porque permite a los trabajadores reencontrarse en la Constitución a través de “su” día; y desde la perspectiva formal, porque garantiza, en cuanto día feriado por ley, el “descanso del trabajo”, pero manteniendo el derecho al salario. Al mismo tiempo, constituye un pedazo de derecho constitucional de la cultura, porque vincula de manera específica a la Constitución con la cultura: el “descanso laboral” abre la posibilidad de reconocer el aspecto que como creador de sentido tiene el trabajo, al mismo tiempo que se puede dedicar a otras actividades culturales. El trabajo y el tiempo libre son igualmente un pedazo de cultura y, por lo tanto, también lo es el derecho que los desarrolla.

6.7. El ejemplo de “ex-Europa oriental”

En este segmento, Häberle explica sobre la significación de símbolos como las banderas, los escudos y los himnos en ex-Europa oriental. El comienzo y la transformación en Europa oriental (1989) —nos sigue diciendo— fue acompañado, desde el principio, por el cambio de los símbolos del Estado.

Si éstos habían sido otorgados desde arriba, literalmente “implantados”, y visibles como “signos” socialistas en la hoz y el martillo, estrellas rojas y otros similares, los nuevos días festivos de la toma del poder o en los días festivos clásicos, ahora refuncionalizados, como el 1° de mayo, fueron modificados casi siempre desde el inicio al producirse la transición hacia el Estado constitucional, muchas veces a través de un recurso a la historia constitucional reprimida de la respectiva nación de Europa oriental. También en las democracias pluralistas, y particularmente en ellas, se requieren los símbolos del Estado como elementos de identidad cultural del Estado constitucional; incluso en las sociedades abiertas, y precisamente en ellas, necesita el ciudadano, en y para su comunidad política, signos de identificación y artículos de reconocimiento que generen consenso. Häberle, una vez más, trae a colación la *Teoría de la integración* de Rudolf Smend recordando que ofrece palabras clave que siguen siendo válidas hasta hoy. Los símbolos deben hacer visible y comprensible para los contemporáneos lo acaecido y transmitirlo a la “memoria colectiva” de la posteridad. Dichos signos dicen frecuentemente más sobre el “espíritu” de un pueblo que algunas normas jurídicas. De este modo, se declaran los días festivos, se construyen monumentos, se nombran las calles, se crean y saludan las banderas, se cantan los himnos. Y, por lo tanto, se elabora la historia y arriesga el futuro.

Para Häberle, los elementos de la evolución más reciente, demuestran que la caída de los símbolos estatales antecede la mayoría de las veces a las normaciones de detalle: tan sólida es la fuerza significativa de estos símbolos. Y tampoco es casualidad que los documentos constitucionales le concedan frecuentemente a los símbolos un lugar preeminente en los artículos de bases (por ejemplo, el artículo 3° de la Constitución de la República de Weimar de 1919; el artículo 5° de la Constitución de Venezuela de 1961; el artículo 11 de la Constitución de Portugal de 1976; el artículo 4° de la Constitución española de 1978; el artículo 2°, incisos 2 y 3, de la Constitución francesa de 1958; el artículo 1°, incisos 2 y 3, de la Constitución de Baviera de 1946; ahora, el artículo 28 de la Constitución de Polonia de 1997; el artículo 1° de la Constitución de la Costa de Marfil (1995), el artículo 4° de la Constitución de Madagascar (1995). Polonia volvió a celebrar en 1990 su día de fiesta nacional y constitucional el 3 de mayo, en recuerdo de su primera Constitución de 1791.

En líneas generales, Häberle considera que al iniciarse 1990, el águila blanca recuperó su corona en el escudo nacional de armas de Polonia (ahora el artículo 28, inciso 1, de la Constitución polaca de 1997). En las modificaciones constitucionales se denomina a la “República de Polonia” como “Estado democrático de derecho” que se orienta por la justicia social. La Constitución regenerada y parcialmente revisada de Hungría de 1949-

1989, una solución transitoria y más bien para salir de apuros, regula en el capítulo XIV la ciudad capital y los símbolos nacionales de la República de Hungría: el himno nacional (artículo 75). En el artículo 76 se dispone: “El escudo oficial y la bandera nacional de la República de Hungría, así como el uso de los símbolos nacionales, son regulados por una ley con contenido jurídico-constitucional”. En el requisito formal de una “ley constitucional” se manifiesta la importancia del objeto. El 2 de mayo de 1990 expide el Parlamento húngaro una resolución en que se declara al levantamiento popular de 1956 como lucha revolucionaria de liberación. El 23 de octubre, aniversario del inicio de la revolución, será en adelante día festivo. Recientemente, al pretender Hungría combinar tres escudos —el “escudo de Kossuth” (1848-1849), el emblema socialista (1948) y el “escudo de la corona” (Reino de Hungría hasta 1945)—, está luchando por una reconciliación consigo misma y con sus agitados periodos de la historia constitucional: por la vía de una “recepción productiva” que remite a su patrimonio cultural.

6.8. Domingo y cultura dominical en el Estado constitucional, comportamiento dominical en la sociedad del tiempo libre, realidad y domingo

En cuanto concierne a este rubro, Häberle puntualiza lo siguiente: El domingo exige un tratamiento separado de los días festivos, pues, no obstante, la frecuencia con la que son reunidos en una “doble garantía”, subsiste la diferencia, pues el “domingo” tiene más de mil años. Ni la Revolución Francesa de 1789 ni la Revolución Rusa de 1917, así como tampoco la China de Mao Zedong (1893-1976), pudieron suprimirlo o desplazarlo. Casi a escala mundial se afirma como tal.

Finalmente, Häberle completa su tesis interpretativa arguyendo que en lo particular sobre los domingos y la cultura dominical en el Estado constitucional: la figura clásica se encuentra en el artículo 139 de la Constitución de Weimar, con su doble orientación hacia el “descanso laboral” y la “elevación espiritual”. Desde el punto de vista dogmático se trata, primero, de una “garantía institucional” —Carl Schmitt (1888-1985)—, y, por tanto, protegida en su contenido esencial frente a todas las funciones estatales (a diferencia de las garantías “abiertas” de los días festivos, que pueden ser relativizadas por ley); y segundo, la garantía del domingo es un mandato de protección dirigido al Estado. El derecho ordinario le confiere perfiles más definidos en los conceptos clave: en principio, no hay ningún “trabajo que se perciba públicamente”, protección de los servicios religiosos de los creyentes bajo la figura de ciertas prohibiciones en el marco del descanso laboral colectivo y un espacio público estructurado en este día en términos

de descanso general, pero espacio para muy diversos comportamientos en el tiempo libre de los ciudadanos y grupos, en suma, del espacio público pluralista. De un modo que no siempre es comprensible en términos jurídico-positivos, sino que solamente puede profundizarse por la ciencia cultural, son los siguientes altos valores fundamentales constitucionales los que convierten al domingo en un multicitado “patrimonio cultural” o “patrimonio constitucional”: estructuración tanto de la soledad como de la convivencia humanas en el ritmo semanal a través del descanso laboral colectivo, con ello tensión-distensión, trabajo-tiempo libre y obligación-ocio y con ello apertura hacia: valores fundamentales (ejercidos voluntariamente) como el matrimonio y la familia, la vecindad y la asociación, la amistad y las reuniones, la religión, la ciencia y el arte, como ejemplos de la posibilidad básica de la “elevación espiritual” (en tal sentido, “carácter de oferta” del domingo)

7. ¿Qué opina Carlos Fernández Sessarego?

En el ensayo titulado “El preámbulo de la Constitución: su significado y alcances¹⁹” el reputado maestro sanmarquino Carlos Fernández Sessarego (Callao, Perú, 7-III-1926) expone sus principales ideas respecto del valor del preámbulo constitucional, el cual según sus propios términos “(...) *adquiere una especial importancia pues contiene el pensamiento rector, las líneas maestras o las directrices (...)*” que inspiraron la redacción de la Constitución.

Inicia sus reflexiones haciendo una evaluación y precisa su opinión acerca del debate entre las constituciones peruana de 1979 y 1993; mostrándose entusiasmado con la elaboración de una nueva Constitución, la cual se debe elaborar sobre la base de la Constitución Política de 1979, debiendo incorporarse los aportes positivos contenidos en la Carta de 1993, tales como las disposiciones referidas a la participación directa del pueblo en la toma de decisiones. Es decir, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante el referéndum, la iniciativa legislativa, la remoción o revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas.

Respecto de las virtudes del preámbulo, Fernández Sessarego manifiesta que en su contenido se aprecia el planteamiento ideológico del constituyente, el cual se consideró para la elaboración del texto constitucional; de esta forma, bien puede señalarse que el preámbulo concentra el sentido histórico de una determinada Constitución. Correspondiente a una categoría axiológica, histórica, política, entre otras manifestaciones, Fernández Sessarego con firmeza expone que el preámbulo constitucional tiene

19 C/ff: Fernández Sessarego, Carlos: “El preámbulo de la Constitución: su significado y alcances”, en Revista Jurídica del Perú, año LIV, n.º. 56, mayo-junio, Trujillo, 2004, págs. 109-124

un preciso objetivo, esto es, el de constituirse, establecerse y cimentarse, mediante un cuerpo de ideas y de propósitos, en un instrumento de trascendental importancia a favor de la integración nacional. En este aspecto oportunamente se enfatiza sobre las dificultades que se presentan al momento en que se aspira a sancionar una nueva Constitución. Sobre todo, por lo complejo que resulta arribar a acuerdos con tendencias políticas, económicas, sociales y culturales tan divergentes en países como el Perú, donde predomina la multiculturalidad.

De igual forma, otro aspecto vital que se puede traslucir del preámbulo es el concerniente a los fines que una determinada comunidad nacional, como la denomina Fernández Sessarego, intenta alcanzar y realizar, así como establecer los valores prioritarios que inspiran la Constitución; de esta manera, el preámbulo contiene una especie de *proyecto de vida colectivo*, el cual involucra establecer propósitos de acción comunes de los miembros que integran la comunidad nacional.

Dos conceptos que surgen del estudio del preámbulo constitucional son los de valoración e ideología, las cuales son expresiones del ser humano esencialmente vinculadas. En tal sentido, cada persona tiene una propia escala de valores de la que surge una cierta ideología, una manera de vivir y de concebir el mundo donde se desarrolla. Siendo que el Derecho es una manifestación cultural, y conforme a lo que el autor ha expuesto célebramente en la reconocida *Teoría Tridimensional del Derecho*²⁰ es que no puede darse que el Derecho resulte ser neutro al valor, o que carezca de una dirección ideológica en el sentido que del contenido valioso de sus normas se puede inferir una cierta concepción del mundo, lo cual paradigmáticamente puede apreciarse en el preámbulo.

Otro aspecto que expone Fernández Sessarego, y resulta pertinente resaltar, es diferenciar los conceptos de preámbulo, título preliminar y exposición de motivos, los cuáles no pueden ser entendidos como sinónimos. En ese orden de ideas, el título preliminar viene a ser un conjunto de normas de carácter general o de principios generales del Derecho, contando con un específico valor jurídico; mientras que la exposición de motivos permite conocer la voluntad del legislador que dio origen a las normas de un determinado texto jurídico. Y el preámbulo rebasa dichas denominaciones, pues conforme se ha establecido categorialmente, su naturaleza es trascendental y no puede reducirse a ser una presentación o un conjunto de lineamientos técnicos.

²⁰ Cfr: Fernández Sessarego, Carlos: *El Derecho como libertad*, Librería Studium, Lima, 1987. Hay 2.a edición, Universidad de Lima, Lima, 1994 y 3.a edición, Ara Editores, Lima, 2006.

Para el caso peruano, Fernández Sessarego, críticamente, sostiene que el Perú ha contado con numerosas constituciones, siendo que no aparece en ninguna de ellas un texto preambular; y abordando en específico el caso de las dos últimas constituciones peruanas, considera impropio que la Carta de 1993 utiliza la denominación de preámbulo, por cuanto el texto que antecede al articulado constitucional es una simple declaración carente de sentido. Por ello es que rechaza otorgar a la referida “declaración” el tratamiento de preámbulo. Es decir, no se advierte ningún preámbulo que marque las pautas necesarias para conocer cuáles son los ideales constitucionales y la forma de gobierno que se pretende establecer.

Este hecho es claramente distinto al contexto sobre el cual se redactó el preámbulo de la Constitución de 1979, el cual estuvo a cargo de una subcomisión especial para su redacción, conformada por los constituyentes Jorge del Prado Chávez (1910-1990), Héctor Cornejo Chávez (1918-2012), Andrés Townsend Ezcurra (1915-1994) y Roberto Ramírez del Villar (1920-1995), que representaban las diversas tendencias ideológicas y políticas de la época (conservadora, social democracia y el social cristianismo, así como comunismo marxista). De esta manera, resultó ser un preámbulo modélico nacido del consenso político aprobado por las tiendas partidarias.

Por último, con relación al debate respecto de la naturaleza jurídica del preámbulo constitucional, según el razonamiento de Fernández Sessarego, se establece que este no adquiere el sentido de una prescripción, por ello no es vinculante, por lo cual no constituye una norma jurídica. Sin embargo, la ausencia de valor jurídico se compensa con el sustancial valor político que le es propio, en tanto es la expresión de la decisión del constituyente, lo cual asegura comprender la cultura de un pueblo y conocer su opción política-axiológica, y de esta manera tomar las mejores decisiones a nivel del gobierno.

8. A modo de reflexión final

i) Por cuanto queda manifestado, sin lugar a dudas que estamos frente a dos nuevos planteamientos teórico-constitucionales acerca del preámbulo constitucional, que ofrecen respectivamente Peter Häberle y Fernández Sessarego, cada uno de ellos aportando de su cosecha sus puntos de vista sugestivos, y que deben ser tomados en cuenta al momento del debate constituyente y del cambio político. Al final, el preámbulo constitucional demostrará, producto de dichos aportes y de otros connotados constitucionalistas tales como

Antonio Torres del Moral y Javier Tajadura Tejada²¹, que es una antorcha clarísima que guía con luz potente a la Constitución Política.

ii) Importa significar, definitivamente, que en una futura reforma constitucional el preámbulo constituya un tema de debate de manera alturada, tomando como antecedente al preámbulo de la Constitución Política de 1979. Y, por cierto también, al preámbulo que propuso la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional Peruana durante el gobierno transitorio de Valentín Paniagua Corazao (1936-2006).

9. Respuestas a las preguntas del público

9.1. ¿Qué contenidos –como mínimo– tendrían que ser comprendidos en un Preámbulo Constitucional?

Los contenidos que naturalmente comprende el Preámbulo constitucional refieren a la parte dogmática y orgánica; además, se encuentran orientados a la consecución de la justicia constitucional. Asimismo, dichos contenidos deben partir de un nexo axiológico, es decir, valorativo. Al respecto, se resaltan como ejemplos: La Constitución económica, el marco de la fuerza normativa de la Constitución, el tema religioso, el contexto social, el pluriculturalismo²².

Ahora bien, el Preámbulo no es un cajón de usar, pues resulta ser la suma de la parte orgánica y dogmática. Por ello, que, en el marco de la técnica legislativa, al momento de redactar una Constitución se debe premeditar el contenido de la parte dogmática, luego la parte orgánica, a diferencia de la creación de una ley ordinaria, que puede ser redactado sin la necesidad de una premeditación.

En síntesis, el Preámbulo constitucional es el resultado de la suma de la parte dogmática y orgánica, en consideración con los elementos correspondientes para la redacción de la nueva constitución, de modo tal que se procure asegurar y garantizar la justicia constitucional.

9.2. ¿Cuál es la importancia que reviste las condiciones históricas y sociales en la creación del Preámbulo constitucional?

²¹ *Vid.*, Torres del Moral, Antonio y Tajadura Tejada, Javier (Dirs.): *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica, op. cit., in toto.*

²² El jurista peruano Carlos Fernández Sessarego menciona que la norma es axiológica.

El Estado liberal se desarrolla, a partir del siglo XVIII. Es en este contexto donde se obtiene como producto lo que los constitucionalistas denominan el “fenómeno del constitucionalismo”, que es el resultado de la Revolución francesa y norteamericana. Luego, en el siglo XX –en el marco de un Estado social democrático de derecho–, aparece un verdadero control constitucional (cómo, cuándo y para qué). Ahora bien, lo señalado influye en el Preámbulo constitucional al ejercer un catecismo, es decir, el catequista debe abarcar toda la Constitución, pues esta empieza con una cultura cívica y política.

En ese mismo orden de ideas, resulta menester resaltar que la cultura cívica y política es el sentimiento constitucional, vale decir, es la decisión del pueblo y de los gobernantes para obedecer su Constitución. Entonces, el Preámbulo constitucional trasunta esa cultura cívica y política hacia los detentadores y destinatarios del poder²³.

En sí, la importancia que reviste las condiciones históricas y sociales en la creación del Preámbulo constitucional es el surgimiento del catecismo, relacionado con la cultura cívica y política, y así este, trasunte hacia los gobernados y gobernantes.

9.3. ¿Cuáles son las principales consecuencias de un desarrollo pobre de un Preámbulo constitucional?

Es importante resaltar que una constitución no resuelve los problemas de inflación o recesión, pues esta es una directriz maestra para el marco legal. En el caso de la pobreza, para combatirla, el Estado debe manejar la justicia social y enfatizarse en la distribución de la riqueza bajo el principio de la igualdad; ahora ello, depende de la predisposición de los que ejercen el poder político, debido a que el pueblo les otorga legitimidad a sus gobernantes.

Toda acción gira en torno a las políticas públicas, ya sea en materia económica, educativa, social, entre otros. Actualmente, nos encontramos en una sociedad de riesgo y de conocimiento. Un claro suceso para entender lo mencionado, es la pandemia, que ha provocado un giro inesperado en las Constituciones políticas, a nivel mundial, para enfocarse en estos textos sobre el estado de emergencia.

El Preámbulo constitucional optando como base a la garantía y protección de los derechos fundamentales y a la jerarquía y supremacía constitucional debe ejecutarse, y no quedarse estancada en la teoría. En el *Civil Law*, la

²³ Karl Loewenstein menciona que la Constitución es un sistema de normas establecidas o de reglas convencionales que regulan las relaciones entre los detentores y destinatarios del poder

noción que adopta acerca del Preámbulo se caracteriza –en el caso peruano– por presentar una Constitución Supervisada y garantizada por el Tribunal Constitucional; a excepción de lo concerniente al Preámbulo constitucional, que es redactado por los legisladores. Ahora bien, existe una amplia diferencia en el *Common Law*, el preámbulo constitucional norteamericano ha ido en función de un derecho constitucional jurisprudencial, puesto que definen a la constitución como el resultado de la conclusión de los 9 jueces supremos norteamericanos.

Por otro lado, continuando con el caso peruano, el Tribunal Constitucional en sus libros o recopilaciones –tales como, el libro “Suma Constitucional” o “20 sentencias del Tribunal Constitucional peruano”– ha abarcado aspectos y comentarios sobre el artículo I; sin embargo, el tratamiento otorgado al Preámbulo Constitucional ha sido insuficiente, a comparación del norteamericano, que construye una vía jurisprudencial de esta noción en mención²⁴.

9.4. ¿Cuál es la diferencia entre el constitucionalismo y el neoconstitucionalismo, entendido esta última como activismo judicial?

De acuerdo a los aportes de García Belaunde sobre este tema, el neoconstitucionalismo no existe; ya que, en sí, es la parte dogmática de la Constitución. Asimismo, sostiene que lo referido al “neo” hace mención al constitucionalismo moderno, que ha sido desarrollado en antaño por el *Common Law*.

En una entrevista a García Belaunde, menciona que el neoconstitucionalismo, no es nada nuevo. Ahora bien, si se quiere demostrar esta variante, a partir de la argumentación de Robert Alexis, pues contraargumentaría, que, en la jurisprudencia norteamericana, en el siglo XIX, ya se discutía sobre los aportes de Alexis, en su valoración, razonabilidad y en la proporcionalidad plasmadas en sus jurisprudencias.

Ahora, en el *Civil Law*, que corresponde desde México hasta Chile, el neoconstitucionalismo es un constitucionalismo moderno.

En la vida maestra de los norteamericanos, su jurisdicción resalta por ser teórica y práctica, por ejemplo: los jueces definen y aplican el principio del debido proceso. Ahora esto, en el siglo XX, es el nuevo constitucionalismo paradigmático sobre la base del derecho constitucional jurisprudencial²⁵.

²⁴ El Doctor menciona que –en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano– difícilmente se abordan sentencias sobre el Preámbulo Constitucional.

²⁵ A partir de 1920, el 01 de octubre, Hans Kelsen y su hijo desarrollan en clave la hermenéutica, lo

Otro cuestionamiento, es sobre el activismo judicial, en EE. UU el activismo judicial se desarrolla conjuntamente con el contraste en el originalísimo, que resultan ser dos corrientes en disputa, a comparación a que en el Civil Law, no existe tal controversia.

Al recoger estos cambios de pelaje, se evidencia que no existe el neoconstitucionalismo, al no haber nada nuevo. Asimismo, cabe mencionar que, así haya desaparecido la figura del presidencialismo, el neo es lo que utilizan los filósofos del derecho español, no los constitucionalistas.

En ese sentido, si se desea afirmar la existencia del neoconstitucionalismo; entonces, esta es la parte dogmática de la constitución, es decir, los derechos fundamentales, por el cual estos no deben catalogarse como un pópulo de derechos, puesto que provienen del catálogo internacional de derechos humanos. Sin embargo, este neo, no posee nada de nuevo.

10. Bibliografía consultada

a) Libros

- *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima edición, t. II (h-zuzón), Madrid, 1984.
- Fernández Sessarego, Carlos: *El Derecho como libertad*, Librería Studium, Lima, 1987. Hay 2.a edición, Universidad de Lima, Lima, 1994 y 3.a edición, Ara Editores, Lima, 2006.
- Häberle, Peter: *El Estado constitucional*, traducción del alemán e índices de Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2001. Antecede Estudio introductorio de Diego Valadés. Hay también edición peruana y edición argentina que hemos tenido a la vista.
- Hoffer, Peter Charles: *For Ourselves and Our Posterity. The preamble to the Federal Constitution in american history*, Oxford University Press, New York-Oxford, 2013.
- *La Constitución de los Estados Unidos de América anotada con jurisprudencia. Anotaciones de casos decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos*, t. I, versión traducida al castellano de la edición oficial actualizada con recientes casos de jurisprudencia por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1949.

que, actualmente, es el derecho constitucional jurisprudencial.

- Lemon, Alfredo: *El preámbulo en la Constitución*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1994. Antecede Prólogo de Pedro J. Frías.
- Padilla, Alberto G.: *La invocación del preámbulo*, Talleres Gráficos Lucania, Buenos Aires, 1957. Antecede Introducción de Clodomiro Zavalía.
- Paschal, Jorge W.: *La Constitución de los Estados Unidos explicada y anotada. Precedida de la Declaración de la Independencia y la Constitución de los Estados Unidos, y la Declaración de la Independencia y la Constitución de la Nación Argentina*, t. I, traducida del inglés de la última edición americana por Clodomiro Quiroga, t. I, Félix Lajouane, Editor, Buenos Aires, 1888.
- Rovira Florez de Quiñones, M.a Carolina: *Valor y función de las "Exposiciones de Motivos en las normas jurídicas"*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1972.
- Russel, Jesse y Cohn, Ronald: *Preamble to the United States Constitution*, Lennex Corp, U.S.A., 2012.
- Tajadura Tejada, Javier: *El preámbulo constitucional*, Editorial Comares, Granada, 1997. Antecede Prólogo de Pablo Lucas Verdú.
- Tajadura Tejada, Javier: Estudio preliminar a Torres del Moral, Antonio y Tajadura Tejada, Javier (Dirs.): *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- Torres del Moral, Antonio y Tajadura Tejada, Javier (Dirs.): *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

b) Artículos

- Díez-Picazo, Luis María: "Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)", en AA. VV.: *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993.
- Fernández Sessarego, Carlos: "El preámbulo de la Constitución: su significado y alcances", en Revista Jurídica del Perú, año LIV, n°. 56, mayo-junio, Trujillo, 2004.

- Gianniti, Luigi: voz “Preambolo”, en Ainis, Michele (A cura di): *Dizionario Costituzionale*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2000.
- Häberle Peter: “La Ciencia Jurídica Europea como ciencia cultural”, en Revista Peruana de Derecho Público, año 18, núm. 34, enero-junio, Lima, 2017.
- Häberle, Peter: “Preambles in the text and context of constitutions”, en Kotzur, Markus (ed.): *Peter Häberle on Constitutional Theory. Constitution as Culture and the Open Society of Constitutional Interpreters*, Nomos, Germany, 2018.
- Lucas Verdú, Pablo: voz “Preámbulo”, en Lucas Verdú, Pablo (Compilador): *Prontuario de Derecho Constitucional*, Editorial Comares, Granada, 1996.
- Palomino Manchego, José F.: “El influjo del constitucionalismo norteamericano en el Perú (A propósito de la obra de Robert S. Barker)”, Apéndice § II al libro de Barker, Robert S.: *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional – Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana), Lima, 2005. Antecede Presentación y edición al cuidado de Domingo García Belaunde. Apéndices de Rosana Moretti de Troglia y José F. Palomino Manchego.
- Tajadura Tejada, Javier: “La función política de los preámbulos constitucionales”, en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n° 05, julio-diciembre, México, D.F., 2001.

Los gobiernos no regulares y el deber de obediencia constitucional*

Víctor García Toma**

Universidad San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Los gobiernos de facto / 2. Características / 3. Gobiernos de facto que reconoce la doctrina: por el origen / 3.1. Por razón del ejercicio / 4. Requisitos para una situación de facto según la doctrina / 5. ¿Qué validez tienen las leyes dictadas durante la vigencia de un gobierno de facto? / 5.1. Validez de decretos leyes luego de caído el gobierno de facto / 6. Los gobiernos en el exilio / 6.1. ¿Qué puede hacer un gobierno en el exilio? / 7. Respuestas a las preguntas del público

1. Los gobiernos de facto

Se hace referencia a aquel gobierno que accede o que ejerce el político de modo irregular. Esto es, sin observar las prescripciones que la constitución y las leyes determinan para tales efectos. Ergo, son expresión de un acto de ruptura del ordenamiento fundamental.

Así, Sigifredo Orbegoso, un jurista peruano, señala que la diferencia entre un gobierno de *iure* y un gobierno de facto, radica en la disimilitud del título para mandar o para continuar mandando. Plantea que el ejerciente del primero ha llegado al poder en consonancia con el orden jurídico, que se ha desenvuelto y hasta prorrogado su condición de gobernante de conformidad con las normas y procedimientos regados por la constitución; en cambio, el ejerciente del segundo ha actuado o renovado en el mando del estado mediante hechos generados al margen de lo señalado en la Carta magna.

2. Características

En primer lugar, un gobierno de facto proviene de un hecho político súbito, el cual está fundamentalmente sustentado en la fuerza y la coerción

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Exmagistrado y expresidente del Tribunal Constitucional. Socio de Benites, Vargas & Ugaz abogados. Catedrático de diversas universidades del país y es exministro de Justicia del Perú.

que se ejerce desde el Estado, pero de manera anómala. En segundo lugar, se plantea una suerte de ruptura ya sea parcial o total del ordenamiento constitucional. En tercer lugar, expone una absorción del ejercicio del poder, ya que se produce la concentración del ejecutivo y legislativo. Además, eventualmente se pueden influenciar de manera significativa en las decisiones del poder judicial. En cuarto lugar, esta autoridad espuria ejerce discrecionalmente el poder, es decir, no está obligado ni sujeto a ningún tipo de regla jurídica en particular. En quinto lugar, estos gobiernos ejercen manifestaciones normativas, también llamadas decretos leyes. Estas manifestaciones normativas se sustentan ya sea en la necesidad apremiante de su acatamiento, para no devenir en una sociedad anárquica o en la eficacia de las decisiones que estos tienen por la tolerancia que los ciudadanos, en algunos casos, le muestran. En sexto lugar, expresan una capacidad *sui generis* para comprometer la actuación del estado, en el marco de las relaciones exteriores y la política internacional. En séptimo lugar, tarden o temprano estos gobiernos van en busca de la legitimidad jurídica, es decir, a través de un proceso electoral o la vía del proceso constituyente que da un nuevo marco jurídico. Así, estos gobiernos intentan afirmar su poder, pero sobre la base de un asentimiento jurídico.

3. Gobiernos de facto que reconoce la doctrina: por el origen

Por un lado, se tiene la obtención de un acto de deposición. Un ejemplo relevante sería cuando en 1936 gobernaba en Nicaragua el presidente Juan Bautista Sacasa, el cual es derrocado por el general Anastasio Somoza García, quien luego sería un “insigne” dictador. Otro ejemplo es cuando el 12 de octubre de 1966 en Panamá gobernaba el presidente constitucional Arnolfo Arias y es derrocado por un movimiento militar reformista encabezado por el general Omar Torrijos. También se tiene cuando el 11 de septiembre en Chile, el presidente constitucional Salvador Allende es derrocado por un movimiento militar institucional encabezado por el general Augusto Pinochet Ugarte, en donde en esa ocasión en un gesto heroico Salvador Allende prefiere suicidarse antes de caer rendido ante el grupo faccioso. Además, se tiene de igual manera en Perú, cuando en el año 1930 se produce el levantamiento de Sánchez Cerro contra el gobierno de Augusto Leguía, así como cuando el 8 de octubre 1948, José Luis Bustamante y Rivero es repuesto por el general Manuel Odría.

Por otro lado, es que se produzca un acceso al poder, mediante la obtención fraudulenta del título para gobernar. Un ejemplo relevante sería cuando en 1930 se inicia el largo gobierno de Rafael Leónidas Trujillo, personaje de la obra El chivo de Mario Vargas Llosa, quien accede al poder median-

te la fórmula 44, el cual consistía en amedrentar con armas o incluso a matar a quien se interponga en su camino hacia su ascenso al poder. Otro ejemplo sería cuando en el año 1957 en Haití, Francisco Duvalier ganó comicios fraudulentos auspiciados por las propias fuerzas armadas. También en Perú, donde tras el deceso del presidente Remigio Morales Bermúdez y correspondiéndole ejercer la presidencia al primer vicepresidente Pedro Alejandrino del Solar, el congreso que se encontraba capturado por las huestes del general Cáceres decidió designar como presidente a Justiniano Borgoño, de igual forma sucede en el 1931, donde tras la muerte de Sánchez Cerro, el congreso elige al general Oscar Benavides, a pesar de que la constitución establecía que no podía ocupar cargo político aquel militar que se encontraba en ejercicios de las funciones castrenses.

3.1. Por razón del ejercicio

Existen varias posibilidades, siendo una el prolongamiento del poder. Un mandatario es elegido por un periodo de tiempo y este, en una decisión discrecional, decide prorrogar su mandato. Esto fue el caso cuando en 1812 en Paraguay se crea la república de Paraguay y se nombra como presidente a José Gaspar Rodríguez de Francia, quien debía el poder cuatro años más tarde en 1816, pero en ese momento se declara presidente vitalicio y va a mantenerse en el poder hasta 1840. En Perú, se tiene el caso de Óscar Benavides, quien elegido en 1933 debía dejar el poder en 1936, por eso suceden las elecciones y la gana Luis Antonio Eguiguren, pero bajo el pretexto de que en esa elección los militantes apristas que estaban proscritos de tener participación política habrían elegido a Eguiguren, así Benavides anula las elecciones y continúa en el ejercicio del poder.

Otra posibilidad de ejercicio de un gobierno de facto por razón del ejercicio se da cuando alguien accede al poder mediante la constitución de la ley y luego comete actos arbitrarios. Esto fue el caso de Cuba en el año 1954 con el gobierno de Fulgencio Batista, quien cierra los medios de comunicación, clausura los partidos, persigue a los líderes políticos y demás; el cual gobierna hasta el año 1949, donde aparece la figura de Fidel Castro con el movimiento guerrillero y cancelará una etapa de gobierno despótico para poco tiempo después dar inicio a otro de mayores dimensiones. Otro caso es cuando en 1959 se instaura el gobierno de Ferdinand Marcos, poco tiempo después dicta una ley marcial y persigue y encarcela a sus enemigos. En Perú, está el caso de Sánchez Cerro quien gana las elecciones y luego toma medidas extremas contra la oposición; así como el 28 de julio de 1950 el general Odría “legítima” vía las urnas el poder que ostentaba y durante su gestión se dicta una ley de emergencia, la cual suprime todos los derechos políticos del país.

Otra posibilidad es el autogolpe, el cual tiene su origen en 1851 con Carlos Luis Bonaparte, quien había sido elegido presidente de la segunda república francesa, donde en ese año Luis Bonaparte se va declarar emperador, y, en consecuencia, toma tanto el poder ejecutivo como el legislativo. Otro caso es el de José María Bordaberry en Uruguay en 1979 quien realizó un autogolpe y cerró el congreso. También está el caso donde estando en el poder Jorge Serrano Elías e imitando lo que había realizado Fujimori un año antes, disolverá inconstitucionalmente el congreso y cerrará los medios, pero esa experiencia para suerte de los guatemaltecos duró solo 7 días. Además, se tiene el caso cuando el 03 de octubre de 1993 el presidente constitucional ruso Boris Yeltsin ordenó el cierre del parlamento e inmediatamente bombardeó las instalaciones de la дума rusa y encarceló a todos sus opositores políticos. Y el emblemático caso del 5 de abril de 1992 en Perú con el autogolpe de Fujimori.

4. Requisitos para una situación de facto según la doctrina

En primer lugar, para que se consolide un gobierno de facto debe tener la fuerza y energía política necesaria para afirmar esa acción; en segundo lugar, alcanzar algún grado de aceptabilidad o tolerancia, en esta circunstancia se produce una discusión a nivel internacional muy interesante. Como es el caso de Reino Unido contra Costa Rica en el año 1993, a raíz del caso del presidente de facto Federico Tinoco, quien era un militar que tomó el poder y en ese marco solicita una serie de empréstitos a una empresa bancaria, la cual era propiedad del imperio inglés, entonces cuando los costarricenses se niegan a pagar estos empréstitos sosteniendo la tesis de que esta había sido asumida por un gobierno de facto; pues el árbitro William Taft utilizó la doctrina Taft, la cual consistía en preguntarse cuál había sido el grado de consenso o respaldo que había obtenido Federico Tinoco, así se constata que buena parte de los costarricenses habían apoyado aunque sea resignadamente ese poder implica que se ha consumado la segunda característica que la doctrina exige para la consolidación interna.

No se debe confundir el gobierno de facto con la revolución o con la resistencia a la opresión; pues, la revolución es también una situación jurídicamente irregular, pero que plantea una ruptura profunda del antiguo orden como criterios básicos de materia de derecho, materia ideológica, materia económica y materia cultural e impone y plantea la oposición de un nuevo orden, así como expresa un estadio del espíritu social de un pueblo y una nueva medida de valores, ello implicará cambios estructurales, cambios institucionales y cambios en la base jurídica. Mientras que la resistencia a la opresión es el alzamiento contra el ejercicio abusivo y arbitrario del

poder, el cual incide directamente en la dignidad de los ciudadanos. Este encuentra sus primeros argumentos en Atenas, cuando Solón aprueba el argumento ciudadano, es ahí donde aparece la obligación de los ciudadanos a oponerse a todo gobierno tiránico. También tenemos a Juan de Salisbury en su libro Policrático, Hubert Languet en su libro Reclamo a los tiranos y Juan de Mariana, quienes incitan, consienten y convalidan al tiranicidio. Luego, en una expresión más jurídica, Jhon Locke en su libro Consideración al gobierno civil, la declaración de Virginia en 1776, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789 y la constitución francesa de 1791, exponen ideas sobre esa materia.

Por lo general, los gobiernos de facto imponen un estatuto de ocupación, o sea, los documentos constitutivos, en el Perú, se tuvo 24 Estos documentos en relación a la constitución plantean tres opciones.

La primera que este documento suspende y abroga la totalidad de la constitución, situación que es sostenida de facto por el imperio de la fuerza y por un grado de tolerancia ciudadana. La segunda posibilidad es la su-praordinación, en el que Don José de San Martín al llegar al Perú dictó el estatuto provisor y estableció la figura del protectorado, y mencionó que la constitución de Cádiz de 1812 que regía en el Perú, mantenía su vigencia en tanto no se opusiera a lo que el estatuto provisorio señalaba. Del mismo modo realizó Fujimori con la ley 25418 cuando crea el gobierno de emergencia y reconstrucción nacional y menciona que la constitución de 1979 se mantendrá vigente siempre y cuando no se oponga a esa ley. La tercera posibilidad es la adecuación homologante, la cual plantea el general Pérez Godoy, en el golpe de estado en 1962, sobre inaplicar la fórmula de acceso al poder, ya que quedan a cargo de las fuerzas armadas y todo el resto de la constitución se mantiene vigente.

5. ¿Qué validez tienen las leyes dictadas durante la vigencia de un gobierno de facto?

Existe una teoría sobre la negación de aplicabilidad, la cual fue esgrimida en Guatemala en 1993 con el caso de autogolpe de Serrano Elías, donde el Tribunal Constitucional de dicho país dictó una sentencia sin proceso ya que en las circunstancias del caso no permitieron que se llevara a cabo todo el *iter* procedimental, donde por el contrario y reunido el Tribunal Constitucional de Guatemala, decretó que en primer lugar esa decisión era inconstitucional, en segundo lugar, que esa decisión deslegitimaba la continuidad en el ejercicio del poder de Serrano Elías y en tercer lugar se exigía a las fuerzas armadas lealtad a la constitución, en consecuencia, una ruptura a las relaciones mando y obediencia con el otro presidente

constitucional. Por último, se incitaba a la ciudadanía a ejercer el derecho de insurgencia. Todas estas medidas tuvieron éxito y en semanas, Serrano Elías tuvo que abandonar el país. En 1993, Serrano Elías fue extraditado y actualmente cumple una condena en Guatemala.

La segunda posibilidad es la teoría del estado de necesidad político-institucional, la cual es fijada por una sentencia de la Corte Suprema argentina, en el caso José Félix Uriburu, quien era un dictador que ejerció la presidencia entre 1930 y 1932, además es quien depone al presidente Hipólito Yrigoyen, el cual era líder del partido radical. Entonces, la Corte Suprema menciona que fue un hecho incontrastable, ya que ejerce la fuerza, tiene bajo su control a las fuerzas armadas y a la policía, por tanto, no hay forma de oponerse a ella, porque era un gobierno sustentado en la pura violencia, en consecuencia, no hay manera de desconocer ese hecho.

La tercera teoría es la de la realidad existencial y eficacia decisional, es decir que hay una ruptura del orden constitucional y por distintas razones sectores vastos de la ciudadanía dan una muestra de aceptación o tolerancia frente a esta situación. Como sucedió en el Perú, luego del autogolpe el 5 d abril de 1992. De esta forma, el Perú tardó mucho en darse cuenta del error que había cometido al haber dado su anuencia a este golpe. Así, en el 2000 al 2001 el pueblo abandonó su estado de lenidad y con la marcha de los 4 suyos, así como con los escándalos de los bladvideos se logró arrojar del poder a esa dictadura.

5.1. Validez de decretos leyes luego de caído el gobierno de facto

En relación a la validez ex post-facto, es decir que los decretos leyes se dictaron luego de que los gobiernos de facto han caído. Al respecto hay 3 teorías.

La primera es la teoría de la caducidad, es decir el gobierno de facto se va con la legislación que dicte. Esta teoría es posible de ser aplicada siempre que el gobierno sea de corta duración y haya legislado de manera cicatera y eventualmente sobre temas no muy significativos. Eso sucedió en el Perú con la ley de fecha 20 de diciembre del año 1995 en relación a Andrés Avelino Cáceres quien había ganado las elecciones hace un año atrás mediante elecciones fraudulentas, en el que un año después llega el ingreso y revolución de Piérola. Así, el parlamento dicta esta ley declarando que carecen de valor y eficacia legal todas las disposiciones dictadas por Cáceres. Se debe tener en cuenta que este gobierno tiene poco menos de un año y en ese periodo, ciertamente, el volumen de legislación era menor.

La segunda posibilidad es la teoría de la revisión, en la cual los decretos leyes quedan en una etapa de suspenso a efectos de que el parlamento confirme o no confirme su vigencia material. En Argentina en el año 1947 se dicta la ley ómnibus, mediante la cual el parlamento ratifica la validez de los decretos leyes dictados entre 1943 y 1945, es decir, durante los breves gobiernos de Arturo Rawson, Pedro Pablo Ramírez y Edelmiro Farrell, donde al igual que en el caso anterior, esta teoría de la revisión para que pueda ser aplicada con éxito requiere que este periodo haya sido breve en el tiempo y de alguna manera conciso en cuanto a la magnitud de su capacidad legislativa. Es también el caso de la ley constitucional del 9 de enero del 1992 en el Perú, cuando el congreso constitucional democrático que se creó para buscar el camino de regreso a la democracia luego del autogolpe, señaló que todas las normas dictadas por Fujimori de manera arbitraria mantendrían su vigencia hasta que fueran objeto de un proceso de ratificación por el congreso constituyente o el ordinario que le subsistiera.

Por último, se tiene la teoría de la continuidad, la cual indica que los decretos leyes valen en tanto y en cuanto no sean abrogados por el gobierno constitucional posterior al de turno. Esta norma, que incluso formalmente contraviene al artículo 46 de la constitución, tiene una justificación.

Esta teoría lo que busca es afirmar el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad ante la ley, a efectos de que la expulsión de estas normas no genere un clima de ingobernabilidad y no se arranque del patrimonio jurídico; beneficios, derechos, atribuciones que se han entregado a los ciudadanos con prescindencia del origen o la manera en que se entregaron estos derechos. Por eso, se ha señalado que al gobierno constituyente de turno le corresponderá, si lo cree conveniente, su derogación o aprobación mediante otra ley. Sobre esto hay dos pronunciamientos.

El primero de la Corte Suprema que la república en el año 1962, cuando el gobierno militar del general Pérez Godoy dictó el primer decreto Ley N° 14283 e impuso el primer proceso de reforma agraria del Perú, a raíz de las guerrillas de humo blanco en el Cusco, incluso el gobierno expropió y adjudicó esas tierras a los campesinos guerrilleros. Y ante la protesta de esto, la Corte Suprema aplicó esta teoría que en realidad corresponde a la doctrina argentina. También en el Perú, en el año 2002 a raíz de un pedido del señor Marcelino Tineo Silva y cinco mil firmas, éste pidió al tribunal constitucional que declarara la nulidad de los decretos leyes con las cuales se habían juzgado a los presuntos terroristas en ese periodo. Así, el tribunal constitucional volvió a repetir de manera más firme la teoría de la continuidad.

6. Los gobiernos en el exilio

El estado se compone de 3 elementos: el gobierno, el territorio y el pueblo, estos tres elementos tienen que estar conectados; sin embargo, cuando se disocian se produce una situación anómala. Esta situación puede provenir de una invasión, rebelión, revolución, golpe de estado u otros, lo cual puede llevar a generar un gobierno en el exilio, es decir que un gobierno se instale, funcione y opere fuera del territorio nacional a consecuencia de haber recibido una autorización de un gobierno amigo.

El primer caso es la posibilidad de un gobierno en el exilio de ocupación ya sea por invasión o alección. En 1919, Japón invade Corea, por tanto, el gobierno de Corea se ve obligado a huir del país y las autoridades del gobierno solicitan permiso a China para instalarse como gobierno en Shanhái y desde allí van a establecer este gobierno en el exilio desde el año 1919 hasta el año 1945, año en que termina la segunda guerra mundial con la derrota de Japón. Va a suceder lo mismo en el año 1933 cuando Italia invade Etiopía y dicho gobierno pide a las autoridades inglesas autorización para instalar en Londres un gobierno en el exilio, eso que hizo Inglaterra con Etiopía lo va hacer también con Países Bajos, Luxemburgo, Noruega y Bélgica, donde todos estos países van a ser invadidos entre el año 1939 a 1940 por Alemania y todos huyeron de su territorio para instalarse en Londres. Del mismo modo, se produce la invasión japonesa en Filipinas y este gobierno obtendrá la autorización de los Estados Unidos para operar constitucionalmente desde Washington.

La segunda posibilidad es la del golpe de estado o la de la revolución. En 1939 se produce la derrota y caída de la segunda república española por parte del fascismo español encarnado en Francisco Franco Bahamonde, entonces los miembros de este gobierno huyen hacia México y obtienen que este país les asigne la condición de exilio, situación que va a permanecer hasta 1975 en que se produce la muerte del general Franco. Así, México fue de una lealtad con la causa republicana, porque mantuvo este gobierno hasta la muerte del dictador. Además, se produce un golpe de estado en Honduras y el presidente José Manuel Zelaya se ve obligado a pedir acilo diplomático en la embajada de Brasil, luego de eso se declara y establece un gobierno del exilio en la embajada de Brasil.

La tercera figura es la de traslado de un gobierno a un territorio colonial. En 1808 Francia invade Portugal, pero este país tenía una fuerte colonia en Brasil, en esa circunstancia la reina María y el príncipe regente Pedro se ven obligados a trasladarse a esta colonia. Años más tarde cuando los franceses se retiran de Portugal, el famoso príncipe regente Pedro se de-

clara emperador de Brasil, o sea divide el imperio en 2: queda Portugal y queda Brasil. También está el caso de Francia, cuando es ocupada por los alemanes en 1942 a 1943 y conforma un gobierno títere bajo la presidencia del general Petain, que era un héroe de la primera guerra francesa, y quien cegado por los dioses termina comprometido en una acción extranaturalidad y Charles de Gaulle se resiste a ello y crea un gobierno de la patria libre, luego consigue obtener una autorización de Inglaterra para instalar un gobierno en el exilio, pero no se sentía cómodo gobernando por la hospitalidad de un país amigo. Entonces toma la idea de trasladar su gobierno de la Francia libre a Argel, la cual era una colonia francesa. A partir de ese momento, desaparece el gobierno en el exilio porque está en territorio nacional.

6.1. ¿Qué puede hacer un gobierno en el exilio?

En primer lugar, ese gobierno en el exilio ejerce la representación del estado en el exterior. En segundo lugar, ejerce la dirección de la política exterior y las relaciones internacionales, porque nombra embajadores, nombra ministros plenipotenciarios, ejerce la potestad legislativa en materia de tratados internacionales, dirige a las fuerzas armadas, declara la guerra, firma la paz, confiere condecoraciones en nombre de la nación y autoriza a los nacionales a que presten servicio en un ejército extranjero para la recuperación del territorio nacional como sucedió con los franceses, que buena parte de ellos, aparte de la resistencia, algunos se incorporaron a la lucha contra Alemania sirviendo a los ejércitos de Inglaterra o de los Estados Unidos. Finalmente, estos gobiernos en el exilio como al igual que los gobiernos de facto son transitorios. En este caso, un gobierno del exilio finalizará cuando se determine si se logró expulsar al ejército invasor, si se logró consolidar la anexión territorial y si se logró restaurar el gobierno constitucional venciendo a los grupos insurgentes.

7. Respuestas a las preguntas del público

7.1. De manera adicional al uso de armas para obtener el poder, ¿Existe alguna otra característica que permita identificar a los ciudadanos cuando se encuentran ante un gobierno de facto?

Un gobierno de facto aparece, en el caso del origen, cuando se accede al poder con infracción a las reglas que establece la constitución o cuando hay una adulteración de la voluntad ciudadana. En más de una oportunidad se han producido elecciones fraudulentas como el caso de República Dominicana, en donde se aplicaba la regla de la fórmula 44. Así como actualmente el caso de Nicaragua, en donde se realizarán elecciones y el presidente de

la república está participando como candidato, pero lo interesante es que los otros candidatos de oposición al gobierno que están participando hoy en día se encuentran presos. Por tanto, esa sería una elección irregular absoluta. Incluso en el año 1950 el general Odría postula y Zenón Noriega intenta diputarle el poder y lo lleva preso, entonces postula solo y gana las elecciones. En otros casos se da cuando hay una alteración a la regla de sucesión y el presidente fallece, renuncia o es destituido, por tanto, la constitución tiene un mecanismo de reemplazo, pero cuando ese mecanismo de reemplazo es adulterado se produce un gobierno de facto.

La otra posibilidad es que, si accedió al poder en poder del cumplimiento de todas las formalidades constitucionales y legales al amparo de la voluntad ciudadana, pero ya en el ejercicio del poder éste actúa al margen de las acotaciones que una constitución tiene como estatuto de poder.

7.2. ¿Qué relación existe entre un gobierno de facto y un gobierno republicano de carácter socialista, presidencialista y autocrático como la república de Corea del Norte?

No se debe confundir un gobierno de facto con un régimen político o un sistema de gobierno. Pues, un sistema de gobierno alude a un conjunto de instituciones que guardan armonía, porque responden a una ideología en particular. Entonces se tiene un sistema de gobierno liberal, social democrata, marxista-leninista, fascista y un gobierno social cristiano, y cuando son regímenes de gobierno, la cual hace referencia del grado de potencia de poder que se le otorga al legislativo, se hace referencia a un gobierno de asamblea, directoral, presidencialista, parlamentarista, semipresencial y en el caso de América latina sería un gobierno mixto o compuesto. En puridad, cuando es un gobierno de facto más allá de la ideología, lo que existe es una concentración de todo el poder en un solo órgano: el ejecutivo. En segundo lugar, existe un ejercicio del poder desnudo, es decir no existe ningún parámetro jurídico más que la voluntad que incluso puede ser bien intencionada del gobernante, solo que no hay ninguna acotación jurídica.

Ahora bien, existen gobiernos de facto que pueden ser ilegales en lo jurídico, pero que pueden alcanzar legitimidad política, es decir, la ciudadanía respalda a ese gobierno de facto, porque este expresa de alguna manera el malestar o rechazo de indignación o repudio de aquello que se ha ido acumulando en el tiempo. Así, han existido muchos gobiernos que han contado con la anuencia del apoyo ciudadano, pero como todo gobierno de facto es transitorio, ya que el gobierno requiere reengancharse con la idea de la juridicidad, es por eso que se llevan a cabo convocatorias a elecciones

o se lleva a cabo procesos constituyentes con la finalidad de servir de un medio de reencuentro con la democracia.

Por tanto, la constitución no tiene un valor en sí mismo, sino que el proceso constituyente es un medio para regresar al estado derecho.

7.3. ¿Es aplicable el principio de continuidad de las leyes cuando en un gobierno de facto se dictan de manera irregular, por ejemplo, leyes de amnistía?

En el caso de las leyes de amnistía, sucede que existe un pronunciamiento de la corte interamericana de derechos humanos que señala que no caben las autoamnistías, es decir, un gobierno no puede perdonarse a sí mismo. Esa fue la situación que planteó Fujimori en relación a los actos perpetrados por el grupo Colina. Esto fue derivado a la Corte Interamericana y dicha corte señaló que no caben las autoamnistías, porque en principio hay delitos que no pueden ser objeto de perdón u olvido y en segundo lugar no se puede aceptar que quien comete delito directa o indirectamente se perdone a sí mismo. Por tanto, no hay leyes de autoamnistía.

7.4. ¿Considera usted que existe como bien jurídico la dignidad de la nación?

Quienes tienen dignidad son las personas, ya que somos seres racionales, libres, espirituales y sociales y como consecuencia de estos atributos, sucede que se conjugan con la palabra dignidad. Esta palabra fue extraída de las sagradas escrituras, donde en el libro de Génesis se menciona que Dios creó al hombre a su imagen y semejanza, Por tanto, la alegoría jurídica es que el estado y la sociedad merecen darle homenaje y respeto al hombre. Así, el hombre merece ser respetado y se debe respetar su capacidad auto-determinativa y su sentido de homología.

Luego la palabra dignidad dejó de tener una significación teológica, no la ha perdido, sino que fue acompañada además de una consideración tomada de Kant en su libro Fundamentación de la metafísica, en donde hay cosas que tienen precio y cosas que tienen valor, en consecuencia, el hombre tiene valor y no hay forma de equiparar. Se utilizó esta expresión de Kant para justificar la idea de dignidad para permitir que los estados que no creían en las religiones monoteístas pudieran también suscribir la histórica carta de la declaración de los derechos humanos.

La palabra nación es un concepto político que intenta expresar la voluntad suprema, voluntad soberana y voluntad máxima es la que descansa en quienes integran una comunidad política y esta recibe el nombre de nación

cuando aparte del hecho de coexistir y convivir dentro un mismo territorio se encuentran unidos por una misma raza, una misma religión, una misma historia y se menciona a las comunidades plurinacionales cuando hay más de una nación como sucede en el caso del Perú, Bolivia, Chile, etc.

7.5. Teniendo tantos casos evidenciados de gobiernos dictatoriales, ¿cómo se puede evitar que éstos se den?

Así como los creyentes tienen un catecismo que rige su conducta de vida, los ciudadanos también tienen un catecismo cívico llamada constitución. Esta puede ser perfecta o imperfecta, pero tiene dos valores que son importantes.

Primero porque permite organizar un gobierno en donde no existe una concentración del poder, y este poder puede estar dividido entre varios órganos que son asignados a distintas autoridades dentro de los cuales se ejercen mutuos actos de control y de fiscalización, eso para garantizar el cabal ejercicio de los derechos fundamentales. Son las dos tareas que se construyen a través de la constitución y son las que dan consistencia al hecho de las necesidades de defender los gobiernos de facto.

Considero que los ciudadanos no deben perder de vista que el sufragio como un instrumento de la democracia es el mejor camino para la construcción del destino de cada uno. Lamentablemente, en el Perú no hay un sentimiento constitucional pleno, no se ejerce debida y adecuadamente la ciudadanía, cuando se va a votar no se está plenamente informado, y por último, se desentiende del gobierno aún sabiendo que cada uno tiene responsabilidades para de alguna manera participar en el poder y así contribuir al recto control.

Esa condición de ciudadanos y la falta de sentimiento ciudadano es lo que ha permitido la continuidad de ciertas experiencias al margen de los gobiernos regulares que se espera no se vuelva a repetir en el Perú.

Aspectos jurídicos de la interpretación de la cuestión de confianza*

Gladys Echaíz de Núñez Izaga**
Universidad Pedro Ruíz Gallo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Ley interpretativa / 2. La internacionalización y el desafío de los delitos internacionales / 3. La controversia en torno a la “cuestión de confianza” / 4. La política nacional y la cuestión de confianza / 5. Normas de interpretación constitucional / 6. El Tribunal Constitucional y la cuestión de confianza / 7. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

En torno a la cuestión de confianza, hoy en día existe un gran debate en el Congreso de la República, motivado por los hechos ocurridos en los últimos años en el entorno político y que merecieron dos sentencias del Tribunal Constitucional sobre el tema, las cuales han generado diversos comentarios y posiciones entre los constitucionalistas y analistas políticos al haberse considerado en dichas sentencias que la norma constitucional que regula la cuestión de confianza facultativa es abierta y por ende puede ser planteada sobre cualquier tema, así como que existe la posibilidad de la denegación fáctica de la misma, poniendo al Congreso de la República en una situación de desventaja frente al Poder Ejecutivo, rompiendo de ese modo el equilibrio que debe existir entre ambos poderes del Estado.

2. Ley interpretativa

Conforme al artículo 130° de la Constitución Política el Presidente del Consejo de Ministros debe presentarse ante el Congreso en compañía de sus ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión, planteando al efecto cuestión de Confianza.

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogada por la Universidad Pedro Ruíz Gallo, es fiscal de la nación, es egresada de la maestría de derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha ejercido libremente la profesión de la abogacía durante muchísimos años. Es ex presidenta de la red iberoamericana de ministerios públicos. Asimismo, es ex presidenta de la academia de la magistratura y ex miembro del jurado nacional de elecciones.

Por su parte el artículo 132° establece que “El Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura o el *rechazo de la cuestión de confianza*. Esta última sólo se plantea por iniciativa ministerial”. Del mismo modo el artículo 133° dispone que “El presidente del Consejo de Ministros puede plantear ante el Congreso una cuestión de confianza a nombre del Consejo. Si la confianza le es rehusada, o si es censurado, o si renuncia o es removido por el Presidente de la República, se produce la crisis total del gabinete”

Al no haberse precisado los temas o materias sobre las cuales el Presidente del Consejo de Ministros puede plantear de manera facultativa una cuestión de confianza, el Tribunal Constitución haciendo una interpretación literal y no aplicando los principios de concordancia práctica, de unidad y sobre todo de función integradora de la Constitución ha considerado que tratándose de una norma abierta esto queda al criterio del proponente sin límite alguno.

Frente a dicha situación se presentaron ante la Comisión de Constitución algunos Proyectos de Ley de interpretación constitucional de la última parte de del anotado párrafo del artículo 132° así como en lo pertinente del artículo 133°, por lo que le correspondía pronunciarse sobre el contenido y alcances de la cuestión de confianza facultativa regulada en ambas disposiciones constitucionales, teniendo en cuenta indudablemente las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional sobre el particular.

Una de estas sentencias es la recaída en el Expediente 006-2018-PI/TC del 06.11.2018, en la cual al resolver la demanda competencial formulada por el 25% de congresistas contra el Congreso de la República a raíz de la modificación del Reglamento del Congreso que introducía causales de improcedencia de la cuestión de confianza, el Tribunal Constitucional afirmó que “la cuestión de confianza facultativa que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso” (fj,75) y que por ende la introducción de causales de improcedencia eran inconstitucionales, criterio con el cual abrían la posibilidad de que el Consejo de Ministros —o su presidente— plantearan cuestiones de confianza, proponiendo incluso iniciativas de reforma constitucional, pues al ser abierta esta norma soportaba el planteamiento de cualquier tema para pedir la confianza.

Posteriormente, se emite la sentencia en el Expediente N° 006-2019-CC/TC del 09.01.2020, en la que aclarando el anterior criterio el Tribunal

Constitucional señala que la cuestión de confianza regulada en el artículo 132° y 133° de la Constitución; si bien es abierta, no admite planteamientos relacionados con temas de competencia exclusiva y excluyente de otros órganos del Estado y que al haber admitido el Congreso, en oportunidad anterior, el planteamiento de reformas constitucionales toma dicho acto como una práctica parlamentaria (a pesar de ser contraria a lo previsto en la Constitución y al ser inconstitucional no poder generar práctica parlamentaria válida alguna) y con ello avala la permisibilidad a su planteamiento, recomendando incluso que debía establecerse mecanismos de votación más rigurosos, con lo cual desconoce su reiterada y uniforme jurisprudencia (STC 1254-2004-PA/TC, 03059-2011-PA/TC) que establece que el error no genera derecho y destruyendo todo principio de seguridad jurídica, establece que una actuación inconstitucional a la que denomina “práctica parlamentaria” está por encima de la constitución y que con ello legitima el planteamiento de cuestiones de confianza por iniciativas legislativas de reforma constitucional.

La dualidad y fragilidad de estos criterios obligó a la Comisión de Constitución del Congreso a llevar adelante un amplio debate y a solicitar la opinión autorizadas de diversos Constitucionalistas nacionales, los cuales han sido materia de análisis y debate en el seno de la Comisión a efecto de arribar a una correcta interpretación, interpretación para cual está facultado por el artículo 102° de la misma carta magna.

Teniendo en cuenta que conforme al artículo 206° de la Constitución la reforma parcial o total de la Constitución es competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la República y que éstas solo son posibles a través del procedimiento que establece esta norma, o sea, que su aprobación se dé en dos legislaturas ordinarias y con una votación calificada que supera los dos tercios del número legal de sus miembros, mal podía concluirse que a través de una cuestión de confianza también podía plantearse proyectos de ley de Reforma Constitucional, como lo había referido el Tribunal Constitucional, pues la confianza o su denegatoria, que es facultad exclusiva del Legislativo, se otorgan luego de un debate y votación de los congresistas, los que no están sujetos a mandato imperativo alguno (artículo 93 de la Constitución), y que no puede exceder de dos sesiones.

Admitir como correctos los criterios expuestos al respecto por el Tribunal Constitucional en las citadas sentencias no consideradas como precedentes vinculantes, sería abrir una tercera vía no prevista en la Constitución Política nuevo procedimiento compulsivo de reforma mediante el cual el parlamento es avasallado y sometido por el requerimiento del Poder Eje-

cutivo que a su libre albedrío puede reformar la Constitución con el único requisito de plantear cuestión de confianza.

De otro lado, al desprenderse del texto constitucional y encontrarse debidamente establecido en el artículo 82° del Reglamento del Congreso que la cuestión de confianza se otorga o deniega de manera expresa y que el resultado de la votación debe ser comunicado al Presidente de la República, no resulta constitucional y legalmente comprensible que el Tribunal Constitucional haya admitido como válido no sólo el hecho de que el Ejecutivo a través del Presidente del Consejo de Ministros plantee cuestión de confianza sobre un procedimiento concursal para la selección de miembros del Tribunal Constitucional (o sea que interfiera en un procedimiento en trámite ante otro organismo autónomo), sino que también acepte como posible la denegación fáctica de la cuestión de confianza.

Siendo este el estado de las cosas y habiéndose propiciado un desequilibrio entre los poderes del Estado, correspondía al Congreso de la República restablecer este equilibrio a través de la correspondiente norma de desarrollo constitucional de las partes pertinentes de los artículos 132° y 133° de la Constitución Política materia de análisis.

3. La controversia en torno a la “cuestión de confianza”

La situación anotada ha generado sin embargo una serie de debates y comentarios no solo en las aulas universitarias sino también en los medios de comunicación. Este panorama conlleva —indudablemente— a un ambiente de gran preocupación dentro del Congreso, debido a que cada vez se especula que el Ejecutivo recogiendo los criterios de las anotadas sentencias del Tribunal Constitucional busca plantear hasta dos cuestiones de confianza en un sólo acto con la finalidad de cerrar el Congreso de la República, pues, la contrapartida de la negación a dicha confianza por dos veces, trae como consecuencia dicho cierre.

Considero que para un mejor entendimiento del tema es necesario tener en cuenta que los constituyentes con el objetivo de superar los enfrentamientos que históricamente han existido entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en el afán de anteponerse el uno al otro, asumieron esta fórmula como equilibrante de las atribuciones y funciones de ambas instituciones del poder.

No obstante, si se buscan los antecedentes referidos a esta figura jurídica de la cuestión de confianza y su incorporación en el sistema constitucional peruano; podremos advertir que no es una creación nuestra sino que ha sido importada de los países con gobiernos parlamentarista donde es

la mayoría del Parlamento la que elige al Presidente del Gobierno y a su gabinete y por ende es lógico que expongan ante ellos la política general de su gobierno y las medidas que requiere su gestión para que estas directrices sean aprobadas y —con ello— pueda ser considerado como un parlamento identificado con los mismos.

Esta situación difiere de la nuestra porque nuestro gobierno es de corte presidencialista, al ser el presidente elegido por el pueblo, correspondiéndole designar a los ministros a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros quien es previamente elegido por el propio mandatario de manera directa, por tanto, resulta poco claras las razones por las cuales el Consejo de Ministros le pide la confianza al Congreso de la República que nada tuvo que ver en su selección.

Revisado el artículo 82° del Reglamento del Congreso, se tiene que la Cuestión de Confianza es un Procedimiento de Control Político, no obstante, de las normas que la regulan se desprende que es una figura que juega a favor de la estabilidad de los ministros en tanto parte de la iniciativa ministerial que condiciona su estabilidad a la confianza que le otorgue el Parlamento, restándole así iniciativa al Congreso que por vía propia solo puede hacer uso de la interpelación y la censura para hacer efectiva la Responsabilidad Política del Consejo de Ministros o de los Ministros por separado.

No obstante se dice que la Cuestión de confianza es el correlato de la censura, pero analizando detenidamente el tema se puede advertir que tal correlato resulta forzado, pues los Congresistas son elegidos por el pueblo y representan al pueblo no así los ministros, por tanto, la consecuencia subsiguiente del cierre del Congreso cuando se niega la confianza a dos Consejos de Ministros (art. 134 de la C.P.P.) no es del todo equilibrante de las relaciones y coordinaciones que deben haber entre Ejecutivo representado por el presidente de la República y Legislativo.

La razón invocada por la doctrina para fundamentar la disolución del Congreso, es la apelación al arbitraje popular para resolver un impase político grave entre el Ejecutivo y el Legislativo, pero ello es explicable en un gobierno parlamentarista en donde los ministros provienen del Congreso, por ende, ambos —gabinete y Congreso— tienen su origen en la elección del pueblo y es y debe ser éste quien finalmente resuelve el conflicto que haya surgido entre ambos poderes.

Si esto es así, considero que, en nuestro caso los pesos y contrapesos de estas figuras no fueron debidamente equilibradas por los constituyentes, de ahí los problemas de interpretación de las normas constitucionales.

Siendo válido que nos hagamos las siguientes preguntas: ¿la negación de dos cuestiones de confianza por parte del Congreso, por sí solas, ameritan que el Poder Ejecutivo lo cierre? ¿El Congreso de la República se encuentra obligado a aprobar una política de gobierno que no considere adecuada para el país? ¿El Congreso de la República debe otorgar la confianza a un Consejo de Ministros compuestos sucesivamente por personas que han infringido la ley o carecen de valores democráticos? ¿En estos supuestos sería el Parlamento obstructionista, desequilibrante o entorpecedor de las políticas del gobierno?

Consideramos que la norma es en estos casos más bien contraria a los fines que persigue.

4. La política nacional y la cuestión de confianza

Actualmente nos encontramos en una situación como las anotadas, pues el Presidente del Consejo de Ministros Guido Bellido se presentó ante el Congreso junto a su gabinete para exponer su política de gobierno y las medidas que requiere su gestión, planteando al finalizar su presentación, cuestión de confianza, generándose una difícil situación debido a que algunos de sus ministros y el mismo premier tienen cuestionamientos por sus vinculaciones y manifestaciones de simpatía con organizaciones que buscaron alterar el orden interno del país, lo cual ponía en tela de juicio sus principios democráticos.

Para algunos congresistas esto fue considerado como una provocación para que el Congreso de la República le denegara la confianza y con ello quedara limitado a futuro y expuesto a su cierre, razón por la cual, la confianza se otorgó en base a las políticas propuestas y no debido a la persona de los ministros a los cuales decidió interpelarlos por separado.

Este hecho se torna relevante si se tiene en cuenta que los simpatizantes y miembros del partido del Presidente de la República tienen como objetivo político el cierre del Congreso para convocar durante el interregno a una Asamblea Constituyente que elabore una nueva Constitución que establezca una nueva forma de gobierno y una economía dirigida entre otros.

En medio de estas amenazas y provocaciones del Ejecutivo, el Congreso tenía ante sí los proyectos de ley que demandaban la interpretación constitucional de las partes pertinentes de los artículos 132° y 133° de la Constitución Política a fin de determinar su contenido y alcances, lo que además se tornaba una exigencia debido a la situación descrita, por lo que, en uso de sus facultades llevó adelante el procedimiento correspondiente,

teniendo como base para los efectos interpretativos las citadas sentencias del Tribunal Constitucional sobre esta materia.

El debate giró en torno a si el Congreso podía o no dar leyes interpretativas sobre normas constitucionales. En consecuencia, para poder absolver dicha interrogante, era necesaria la opinión de constitucionalistas, los cuales sostuvieron su posición sustentando que el art. 102° de la Constitución establece que el Congreso de la República es el encargado de interpretar y dar las leyes; además, es el único encargado de hacer las reformas parciales o totales de la Constitución. En ese sentido, era indudable que dicho órgano tenía competencia funcional para interpretar la Carta Magna.

Inicialmente se había propuesto un proyecto de ley de interpretación y con el dictamen favorable en ese sentido fue elevado al pleno del Congreso para su debate y aprobación. Sin embargo, luego de las exposiciones efectuadas por los congresistas y con la finalidad de consensuar se optó por una ley de Desarrollo Constitucional.

De acuerdo con esta ley, el último párrafo del artículo 132° de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que la cuestión de confianza facultativa está referida a materias de competencia del Poder Ejecutivo, las cuales —a su vez— se encuentran relacionadas con la concreción de su política general de gobierno, no encontrándose entre ellas aquellas que sean de competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la República o de otros órganos constitucionalmente autónomos.

Esto último se aprobó a nivel del Congreso de la República y ha pasado luego al Poder Ejecutivo, encontrándose dicha aprobación en una situación de incertidumbre.

5. Normas de interpretación constitucional

Hay quienes consideran que el Congreso de la República no tiene competencia para dar leyes interpretativas de la Constitución Política, desconociendo que el artículo 102° de la Constitución establece que entre sus atribuciones está la de dar leyes, resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes, por lo que está plenamente habilitado para hacerlo, facultad que el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 002-96-AI/TC le reconoce al señalar de manera expresa que el Congreso no constituyente tiene potestad legislativa para interpretar la norma suprema.

Además, se recuerda, que en el ejercicio de dicha facultad el Congreso, en el año 2000, expidió la Ley N° 27375, interpretando el Artículo 115 de

la Constitución, precisando que el mandato conferido al Presidente del Congreso de la República para que asuma las funciones de Presidente de la República por impedimento permanente del Presidente y vicepresidentes no implicaba la vacancia de su cargo de Presidente del Congreso ni de su condición de Congresista, interpretación que hasta la fecha no ha merecido cuestionamiento alguno ni por la forma y menos por el fondo. Y así podemos citar otras, como la Ley N° 28344 que regula la Autorización de Salida del Territorio Nacional al Presidente de la República; o la Ley N° 26773, que interpreta la norma Constitucional sobre la Libertad de Prensa, todas ellas vigentes y que vienen aplicándose día a día.

6. El Tribunal Constitucional y la negación fáctica de la cuestión de confianza

Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia 006-2019-CC/TC que si bien la cuestión de confianza requiere una aprobación expresa —a través de una votación determinada por la ley—, no se descarta la posibilidad de que pueda ocurrir una cuestión fáctica a través de la cual se desee pasar por alto al Ejecutivo, con la finalidad de colocarlo en una situación de zozobra. Sin embargo, en el caso materia de pronunciamiento en el expediente referido, no se realizó un análisis correcto, ya que el congreso nunca votó el tema planteado por el Ejecutivo, evidenciándose la intención de parar la elección de los miembros del Tribunal Constitucional.

Así, debido a que se planteó una cuestión previa —presentada por uno de los integrantes del Congreso—, esta fue puesta en debate y, antes de que se sometiera a votación la cuestión de confianza —propuesta por el presidente del Consejo de Ministros—, el Ejecutivo había interpretado que se le había negado dicha confianza y procedió a cerrar —consiguientemente— el Parlamento. Esta cuestión fue legitimada por el Tribunal Constitucional, omitiendo un análisis de lo verdaderamente ocurrido en el interior del Congreso.

Es por ello que, mediante la ley aprobada por el Congreso, se busca no volver a incurrir en una vulneración como la acaecida anteriormente, así como también que —con el pasar de los años— la relación entre Ejecutivo y Legislativo sea más fluida, constructiva y se oriente dentro del marco constitucional. Por otra parte, debe recordarse que la propia Constitución en su artículo 102 inciso 2, encarga al Congreso la responsabilidad de velar por el respeto de la Constitución, siendo un deber del que no puede abdicar.

En esta línea, la norma mencionada anteriormente no ha tenido por finalidad modificar el texto constitucional, sino brindarle el sentido pertinente que tiene la norma con respecto a una cuestión de confianza, mediante los propios términos del Tribunal Constitucional; ya que se encuentra dirigida a la comprensión de las políticas generales del gobierno; y no de aquellas materias que sean competencia exclusiva de otros órganos.

Por otro lado, la vacancia presidencial es un tema totalmente diferente; empero, sí le corresponde al Congreso —tal como le atañe la interpelación y la censura—, ya que se trata de un mecanismo concedido por la Constitución para el ejercicio del control político-ejecutivo. No obstante, estos últimos son distintos.

7. Respuestas a las preguntas del público

7.1. ¿Existe algún límite en el número de pedidos, que puede hacer el presidente del Consejo de Ministros, sobre la cuestión de confianza?

No. No existe límite alguno al respecto, pues conforme al artículo 133° de la Constitución el Presidente del Consejo de Ministros puede plantear ante el Congreso una cuestión de confianza las veces que lo estime necesario.

En la sentencia recaída en el expediente N° 006-2018-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que el ejercicio de la cuestión de confianza está en manos del Poder Ejecutivo y ha sido introducida al constitucionalismo peruano como un contrapeso al mecanismo de la censura ministerial asignada al Congreso para hacer efectiva la responsabilidad política de los ministros.

En buena cuenta puede ser planteada ilimitadamente por los ministros, siempre que no se refiera a la aprobación de temas relacionados con el núcleo esencial de la Constitución o de competencia exclusiva y excluyente de otros poderes u organismos constitucionales.

7.2. En caso de que el gabinete fuese censurado, ¿algunos de sus integrantes podrían formar parte de un nuevo gabinete?

En el modelo peruano, que es de corte presidencialista, sí es posible, porque los ministros son nombrados por el Presidente a propuesta del Primer Ministro y si bien por la censura de estos se produce una crisis total del gabinete, ello no quita que el nuevo Presidente del Consejo de Ministros proponga el nombramiento de alguno de los renunciantes, siempre que el nuevo gabinete no sea encabezado por el anterior, ni tampoco lo integre,

de ser el caso, el ministro o ministros involucrados en la crisis del gabinete, conforme al artículo 122 de la Constitución y al fj.89 de la STC 006-2018-PI.

Limitaciones a la cuestión de confianza a través de una ley interpretativa*

José Rodolfo Naupari Wong**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La ley de desarrollo constitucional / 2.1. En el marco del derecho positivo / 3. La cuestión de confianza / 3.1. La cuestión de confianza obligatoria / 3.2 La cuestión de confianza facultativa / 3.3. La responsabilidad política del ejecutivo en la cuestión de confianza / 4. Las diferencias en el fundamento del planteamiento de la cuestión de confianza obligatoria y facultativa / 5. La asociación entre la censura y la cuestión de confianza / 5.1. La política general de gobierno / 5.2. Sobre la Ley Mulder / 6. Congreso vs Tribunal Constitucional / 7. Sentencia instauración jurisdiccional del Congreso / 7.1. La praxis parlamentaria / 7.2. El interés público / 7.3. El dictamen en mayoría / 7.3.1 Antecedentes respecto al dictamen en mayoría / 8. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

Luego de haber vivido un turbulento quinquenio en el cual el pueblo parecía no tener más que vivir en el mundo constitucional porque ya se había presenciado una vacancia presidencial, una censura, una disolución constitucional del Congreso y, posteriormente, se habían evidenciado mociones de censura (aunque no prosperaron) contra la mesa directiva del Parlamento. Y en esa medida pareciera ser que el mundo constitucional se tornaba un poco aburrido, dicho de otro modo, se estaba llegando al fin de la historia constitucional, al menos en el país, pero la coyuntura nacional ciertamente nunca deja de sorprender ni entretener.

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional y Democrático Humanos de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Diplomado en Derecho Administrativo por la Universidad Continental. Diplomado en Elecciones, Representación Política y Gobernanza Electoral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Exasesor de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República.

2. La ley de desarrollo constitucional

En ese contexto, se observa que lo que no pudo lograr el congreso pasado sea a nivel de una reforma constitucional, una ley interpretativa o de interpretación auténtica, —en referencia específica al congreso 2020-2021— parece que lo va a lograr este congreso a través de una ley de desarrollo constitucional que en el dictamen de mayoría (de la Comisión de Constitución y Reglamento) se consideró como una ley interpretativa a esta autógrafa de la ley que se desarrolló el 16 de septiembre, ley que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza en el último párrafo del artículo 132 y 133 de la Constitución Política del Perú —en adelante CPP—.

Ciertamente, es una norma con rango de ley, no es una resolución legislativa y, en principio, el Poder Ejecutivo podrá observarla, específicamente, el presidente de la República haciendo uso de su prerrogativa constitucional en el plazo de 15 días hábiles, pero también atendiendo al número de votos que obtuvo (mínimo 80), lo más probable es que también se apruebe por insistencia.

Uno de los temas que también es bien curioso en la Constitución es que, en la insistencia, —en la ley dentro del marco normativo, la insistencia se aprueba por la mitad más uno de todo el marco del número legal, eso es atendible en el caso de leyes ordinarias la cual se vota por mayoría simple—, la mitad más 1 es un esfuerzo, es decir, una exigencia adicional a lo que se tendría para una ley ordinaria en el caso de insistencia. Pero en el caso de una ley orgánica el número de votos es el mismo, entonces hay un tema que habría que mejorar o evaluar.

En ese contexto, lo que habría que preguntarse es si es viable que a través de una ley se pretenda modificar la interpretación que ha tenido el Tribunal Constitucional, —en adelante TC—, respecto de un precepto constitucional, ya que no se está hablando de una ley que acoge parcialmente un precedente vinculante o una interpretación de un precepto legal o de una norma con rango de ley, sino de la interpretación de una norma constitucional.

2.1 En el marco del derecho positivo

Entonces, en relación con el mandato normativo o positivo se buscan responder interrogantes como ¿qué es la Constitución?, ¿qué se dice expresamente? En ese respecto se podrá observar que, en realidad, lo que termina haciendo luego el TC es identificar un precepto normativo que se extrae directamente de la redacción del texto constitucional.

Luego se dará cuenta de algunos fundamentos jurídicos de la jurisprudencia constitucional para ver específicamente qué es lo que termina diciendo el TC respecto a la cuestión de confianza, después se analizará al dictamen en mayoría de la comisión de Constitución y reglamento y por qué es importante. Si uno ha revisado el dictamen en mayoría y ha escuchado el debate del tema, muchos dicen “no, lo único que estamos haciendo es acoger lo que ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. La cuestión es responder si es así o no. En la situación de que sea así, es menester preguntarse ¿en qué estriba?, para luego aterrizar un poco en ciertos argumentos fundamentales en el dictamen en mayoría y si es que estos son atendibles o no.

3. La cuestión de confianza

3.1. La cuestión de confianza obligatoria

Entonces, con relación al parámetro normativo o positivo, efectivamente, el primer tipo de cuestión de confianza, que es preciso resaltar que la autógrafa de la ley no lo menciona, porque ciertamente estuviera implicado una reforma constitucional (artículo 130 de la Constitución), se tiene que este (entiéndase, al primer tipo de cuestión de confianza) refiere que dentro de los 30 días de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo de Ministros concurre al Congreso con todo el gabinete para exponer y debatir sobre política general del gobierno en término abierto y las principales medidas que requirieren su gestión, porque no se sabe de estas medidas, ni qué son, ni cuáles son las principales (primera cláusula abierta) y respecto a eso plantea cuestión de confianza. Esa es la denominada cuestión de confianza obligatoria.

3.2. La cuestión de confianza facultativa

El segundo precepto normativo se encuentra establecido en el artículo 133° que expresa en su contenido los objetivos de desarrollo constitucional que refiere esta autógrafa de la ley que ha sido derivada (ley interpretativa del 16 de septiembre).

Esta ley dice que “*el presidente de Consejo de ministros puede plantear cuestión de confianza ante el Congreso a nombre del Consejo*” y allí aluden al término “que se produce la crisis total de gabinete”. Aquí también surge un inconveniente o, en todo caso, otro tema que también queda abierto.

De ahí que: primero, ¿se debe requerir un acuerdo previo del consejo de ministros para que el presidente del Consejo de ministros plantee cuestión de confianza en representación de todo el gabinete?, eso también está

abierto. Ahora, en la referida norma se menciona “*puede*” (nuevamente, facultativo) y ¿sobre qué materia? No se dice.

Incluso, no solamente se puede estar hablando de la materia, sino también se podría pensar que se estaría hablando de razones. A saber, ¿podría virtualmente el Consejo de ministros plantear cuestión de confianza por uno de los ministros que integra el gabinete?, la Constitución no dice nada sobre el particular.

Ciertamente la crisis total del gabinete se produce —como ya se menciona— si se censura al gabinete, cuando se deniega la cuestión de confianza planteada a nombre de todo el gabinete, cuando hay una renuncia o cuando el presidente del Consejo de ministros es removido por el presidente de la república.

Ahora bien, no todos estos supuestos van a dar pie a la posibilidad de disolver el Parlamento, porque —como ya se verá más adelante— el Tribunal Constitucional precisa eso.

3.3 La responsabilidad política del Ejecutivo en la cuestión de confianza

Finalmente, se tiene el artículo 132 de la constitución, en cuyo primer párrafo se refiere a que el Congreso de la República puede hacer exactamente efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros o de los ministros por separado mediante la moción de censura o la denegatoria de una cuestión de confianza. Comenzando por ahí, habría que resaltar que la Constitución, la Comisión de Constitución y Reglamento y el TC también van a terminar asociando la moción de censura con la cuestión de confianza. Así pues, no se tienen reparos acerca de esa asociación más allá de este vínculo, al plantearse una cuestión de confianza se duda sobre qué responsabilidad política se le está atribuyendo al Consejo de Ministros o al ministro, porque primigeniamente él no es “culpable” de nada cuando está planteando una cuestión de confianza por una política pública, una iniciativa o eventualmente una persona. No obstante, nuevamente no se está incurriendo en alguna responsabilidad por algún defecto, hecho, falta o algo que haya incurrido un organismo adscrito al ministro o presidente para decir que se trata de una responsabilidad política.

En el mismo orden de ideas, se precisa en el artículo 132° que la cuestión de confianza procede únicamente por iniciativa ministerial, es decir, un congresista no puede plantear cuestión de confianza porque ello solamente corresponde a los ministros. Al respecto, no se hace referencia si es que

será decisión de los ministros dentro del gabinete; dicho de otro modo, si lo tiene que plantear previo acuerdo del Consejo, tampoco aclara cuando ocurra el caso donde el presidente del Consejo de ministros quiere plantear cuestión de confianza a su cargo cuando sabe que la denegatoria va a terminar arrastrando a todo el gabinete (por más que uno diga que lo plantee en nombre de todo el gabinete).

Además, este artículo, menciona en el último párrafo que *la desaprobación de una iniciativa ministerial* no obliga al ministro a dimitir, salvo que haya hecho cuestión de confianza de la aprobación de una iniciativa ministerial. ¿Qué se le entiende por iniciativa ministerial? ¿un decreto supremo, un proyecto de ley, una política pública desarrollada por el Poder Ejecutivo y no por el Congreso?

4. Las diferencias en el fundamento del planteamiento de la cuestión de confianza obligatoria y facultativa

Bajo esa lógica, si se imaginase que no existiese sentencias del TC, se podría decir que a partir de estos preceptos normativos se puede distinguir la cuestión de confianza obligatoria y la facultativa, donde la segunda (cuestión de confianza facultativa) puede ser solicitada por cualquier ministro o de manera colectiva por el presidente del Consejo de Ministros en representación dentro del gabinete. Lo imposible es hacer cuestión de confianza desde el Parlamento porque ellos tienen justamente otra figura como la moción de censura que se encuentra en el artículo 68 del reglamento del Congreso y se tramita así.

Con base a lo anterior, el TC identifica una diferencia sustantiva, pues mientras la cuestión de confianza obligatoria, sí, por lo menos, establece el porqué es que tienen que plantear; en cambio, la cuestión de confianza facultativa, no. Cabe resaltar que la cuestión de confianza obligatoria al menos dice “principales medidas que requiere su gestión y eventualmente la política general del gobierno”; mientras que la cuestión de confianza facultativa no lo tiene claro (más allá de que utilice el término “iniciativas ministeriales” que tampoco está llena de contenido) si es que solamente están comprendidos los proyectos de ley u otros supuestos.

5. La asociación entre la censura y la cuestión de confianza

El tema de la asociación de censura y cuestión de confianza efectivamente existe a nivel del derecho positivo. Ahora bien, existe otro elemento, –a juicio personal, importante–, ya que se utiliza el término de “ley de desarrollo

constitucional”: ninguno de los tres preceptos normativos constitucional que desarrollan la cuestión de confianza (y la moción de censura) hacen referencia a un desarrollo legislativo o a la necesidad de desarrollo legislativo, no dicen *“el ejercicio de la cuestión de confianza será desarrollada en la ley orgánica del poder ejecutivo o en el procedimiento de la cuestión de confianza será desarrollado en el Reglamento del Congreso de la República (...)”*. Ciertamente, podría resultar obvio que el procedimiento de debate y votación de la cuestión de confianza deba ser desarrollado mediante el Reglamento del Congreso, pero ello no supone que se encuentre legitimado que en dicho Reglamento se desarrollen las causales de procedencia, procedencia o procedimiento para plantear una cuestión de confianza. En suma, no hay una obligación, un mandato o una derivación expresa en una norma con rango de ley que desarrolle esta relación entre la censura y la cuestión de confianza.

No se está hablando de situaciones como el del derecho a elegir y ser elegido o los procesos constitucionales que se regulan por la ley orgánica o la ley ofrece protección frente al despido arbitrario, no hay una derivación así de expresa en la Constitución Política en lo que se refiere a la cuestión de confianza. Tema no menor si se abordará la cuestión de si habrá desarrollo constitucional o no, más si el constituyente no le está ordenando al legislador ordinario para complementar, desarrollar. Allí hay un tema para considerar.

5.1 La política general de gobierno

Es importante conocer que: primero, el entendimiento sobre política general de gobierno y su desarrollo; segundo, la identificación de los criterios para determinar qué se entiende por principales medidas a las que se refiere justamente la cuestión de confianza obligatoria: ¿proyectos de inversión, presupuestos para ejecutar proyectos la inversión pública, —ahora que ya se viene el debate de la ley de presupuesto—, normas reglamentarias que solamente son aprobadas de manera exclusiva y excluyente por el Poder Ejecutivo, por iniciativas legislativas que provengan del Poder Ejecutivo o iniciativas legislativas que provengan del Congreso?.

Se debe entender la naturaleza de la iniciativa ministerial de manera clara, esto es, si se refieren a ideas o única y exclusivamente a iniciativas legislativas.

Entre las cuestiones que pudieran ser materia de desarrollo, atendiendo al vacío normativo, podría preverse la exigencia de un acuerdo previo del Consejo de Ministros para plantear una cuestión de confianza a nombre

de aquel; asimismo, debiera precisarse el concepto de total del gabinete y qué tipo de crisis total de gabinete devienen en la disolución más allá de que efectivamente eso puede desprenderse de manera clara a través de la Constitución.

Lo otro que podría plantearse es, justamente, si se está asociando la censura a la cuestión de confianza, debiera regularse también en qué supuestos procede la presentación de una moción de censura, ya que de lo contrario solo se estaría limitando la cuestión de confianza; efectivamente, si es que tanto la cuestión de confianza como la moción de censura ministerial son equiparables porque son supuestos de responsabilidad política, siendo que no se distingue entre cuestión de confianza obligatoria o facultativa, no resultaría admisible que se pretenda limitar únicamente la cuestión de confianza, no así la moción de censura ministerial.

Podría haberse entendido que se hubiera podido plantear una ley de desarrollo constitucional o una ley “interpretativa” que desarrolle o responda a estas preguntas. Sin embargo, lo cierto es que antes de que se aprobase esta ley de desarrollo el 16 de septiembre ya habían existido dos sentencias respecto a la cuestión de confianza y siendo que esta autógrafa no puede borrar la realidad; en otras palabras, no se puede reescribir la historia.

5.2 Sobre la denominada “Ley Mulder”

En ese sentido, se tiene a la primera sentencia que recae en el Exp. N° 006-2018-PI/TC con ocasión justamente de la Resolución Legislativa del Congreso N° 007-2018, la denominada “Resolución Legislativa Mulder” que pretendía modificar el Reglamento del Congreso con la finalidad de, precisamente, regular en qué supuestos no procedía la cuestión de confianza y cuándo ellos consideraban que no se producía la crisis total del gabinete, limitando la posibilidad que los miembros del gabinete, respecto del cual se denegó la cuestión de confianza, pudieran integrar el próximo gabinete.

Sin perjuicio de lo expuesto, si se quería considerar esa denegatoria como una crisis total de gabinete ninguno de los miembros del gabinete al cual se le denegó la confianza podría ignorarlo e irse. ¿Qué dice entonces el TC sobre eso?; en primer lugar, le dice al Congreso que está regulando a través de una Resolución legislativa una competencia que no es suya sino del Poder Ejecutivo, so pretexto de regular cómo se vota o cuando tú determinas qué cuestiones de confianza procede y qué no, se está indirectamente regulando una competencia que corresponde al Poder Ejecutivo; en consecuencia, se está yendo más allá de los alcances de formación autónoma y, por ende, se estaría invadiendo el principio de separación de poderes.

En esa medida, lo que dice el TC es que el Congreso no lo puede hacer de manera unilateral porque es una relación Ejecutivo-Legislativa, lo cual lleva a plantearse justamente en esa primera etapa de la sentencia la pregunta: si una modificación o Reglamento del Congreso no es la vía para regular la cuestión de confianza, ¿cuál es la vía? ¿una ley interpretativa, una ley de desarrollo constitucional, una reforma constitucional o una nueva Constitución?

En ese contexto, lo primero que había que recordar es el fundamento jurídico número 49 de esa sentencia, en la cual el TC sostiene que ese Tribunal ha expresado de manera categórica que lo concerniente a la separación de poderes y al régimen político, porque está vinculado al tema de presencialismo con características de parlamentarismo, un régimen sui generis como lo diría el TC en el caso de disolución del Congreso, constituye un límite para la reforma de la Constitución por ser parte de una especie de núcleo duro conformado por aquellos valores y principios básicos que dan identidad al texto constitucional.

Si uno lee el fundamento jurídico pareciera que en realidad la única vía es una nueva Constitución, ni siquiera una reforma constitucional. Porque si al final de cuentas la cuestión de confianza está vinculada con el principio de separación y equilibrio de poderes y el régimen político otorgado mayores atribuciones al presidente de la República respecto del Congreso, en consecuencia, cualquier norma que pretenda limitarlo socava estos principios que son el núcleo duro del poder de la reforma y en consecuencia no debiera, en principio, quedar en manos de un poder constituido.

A consideración personal, hay una salida intermedia y es que, en ese tipo de supuestos, si bien es un poder constituido, se debe recordar que en el artículo 206° de la Constitución, se termina diciendo que la regla general debiera ser 66 votos en el Congreso y el referéndum lo ratifica.

Entonces, si se considera que la ciudadanía es el titular del Poder Constituyente y no la Asamblea Constituyente, y la ciudadanía la que va a terminar siendo consultada sobre una reforma que, —aunque parcial—, puede tocar este núcleo duro de la Constitución que es un límite al poder de la reforma; por lo tanto, el poder de la reforma no queda en manos solamente del poder constituido, sino que es trasladado a través de la conducta popular del referéndum, al pueblo. Si debiera ser posible una figura que modifique eventualmente los artículos 130, 132°, 133° y 134° de la Constitución a través de una reforma parcial pero que necesariamente tenga que pasar por referéndum, nada que excepcionalmente o el Congreso puede exonerarse

de la consulta popular de referéndum con los dos tercios menores que las legislaturas extraordinarias, ahí si necesariamente se debe validar ese tipo de reformas con un referéndum.

Entonces, el TC en esta sentencia también asocia la moción de censura con la cuestión de confianza, específicamente en el f.j 61, en el cual señala que justamente *“en ese orden de ideas la cuestión de confianza constitución cuyo ejercicio queda en manos del Ejecutivo fue introducido en el constitucionalismo peruano como un contrapeso a la censura ministerial asignado al poder legislativo la cual debe ser entendida a partir del principio de balance entre poderes”*.

Bajo esa lógica, si el Congreso quiere tocar la cuestión de confianza, debe también regular la moción de censura, porque si solo se limita una y no la otra se estaría desequilibrando el balance de poderes del Estado. Particularmente, hay discrepancias en la forma en cómo se asocian la moción de censura y la cuestión de confianza, aunque es lo que ha dicho el TC. En ese sentido, no se puede desconocer que la denegatoria de dos cuestiones de confianza o una censura y una cuestión de confianza o dos censuras va a terminar llevando a una disolución del Congreso.

6. Congreso vs Tribunal Constitucional

Respecto a la cuestión de confianza facultativa, efectivamente el TC en el fundamento 72 dice claramente que no se establecen supuestos para la cuestión de confianza facultativa, en esa medida se tiene cancha libre, hay un amplio nivel de discrecionalidad en el Poder Ejecutivo para plantear cuestiones de confianza, nuevamente esto en el ámbito de la primera sentencia del TC, incluso en esta sentencia se dice que la restricción a dicha facultad, llámese plantear cuestión de confianza introducida por la norma impugnada vulneraría el principio de balance entre poderes, que es un rasgo de la identidad de nuestra propia forma de gobierno de régimen político, el cual no puede ser alterado ni aún vía reforma constitucional, sin quebrantar la separación de poderes y dice además que la cuestión de confianza facultativa ha sido regulada por la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades que busca respaldo político por parte del Congreso para llevar a cabo la política que asume el régimen, es decir, el TC da cancha libre desde la primera sentencia al Poder Ejecutivo para plantear cuestión de confianza.

Entonces, con esta interpretación que tiene el TC de estos preceptos constitucionales ¿podría una ley ordinaria o eventualmente una ley orgánica pasar por encima de la interpretación del tribunal?

Respecto al tema de limitar la posibilidad que los ministros que integraron el gabinete al cual se le denegó la confianza pueden integrar el siguiente gabinete en las mismas carteras, lo que dice el Tribunal fundamentalmente es que el nuevo gabinete no se encuentre integrado por el presidente del Consejo de Ministros que interpuso la cuestión de confianza, y tampoco lo integre, de ser el caso, el ministro o los ministros involucrados en la crisis del gabinete. Acá por ejemplo el TC también deja margen a un desarrollo porque cuando dice “*ministros involucrados en la crisis del gabinete*” da entender que quien plantea es el presidente del Consejo de Ministros a nombre de todo el gabinete, pero: ¿Cuáles son los parámetros para determinar el nivel de involucramiento de otros ministros con la cuestión de confianza?, ¿Qué poder del Estado, en todo caso, debe de dilucidar si estuvieron involucrados o no?

A nuestro juicio, sería el Poder Ejecutivo el que interprete los alcances de la denegatoria de una cuestión de confianza facultativo, en el sentido de que pueda identificar qué ministros estuvieron involucrados con aquella materia que ameritó la denegatoria. Si el Poder Ejecutivo es el que propone la cuestión de confianza y se encuentra obligado a motivarla o sustentarla, es aquel poder público el primer llamado a interpretar qué ministros no podrían integrar el siguiente gabinete y en qué ministerios, por encontrarse “involucrados” con la denegatoria de una cuestión de confianza.

Respecto a los alcances también sobre ese tema, entonces podría sostenerse que no puede integrar solo el siguiente Consejo de Ministros, sino ningún otro, hasta el término del periodo de mandato representativo del presidente de la República. En el caso de los parámetros el tema es interesante porque ¿Qué pasa si por ejemplo se presenta cuestión de confianza por un ministro que está siendo interpelado o será censurado? Allí es claro, también podría resultar claro qué ministros están involucrados cuando se formule cuestión de confianza por un proyecto de ley que está suscrito o tiene sustento en una exposición de motivos con el sello o visto bueno de un ministerio específico.

Pero cuando se trata de cuestión de confianza así sea facultativa, por una política de gobierno que es transversal, ¿cómo se define, al final de cuentas, quienes son los ministros involucrados que ya no podrían integrar el próximo gabinete?. Entonces, se tiene que leer la política pública respecto de la cual se quiere hacer cuestión de confianza para ver qué competencias cada ministerio para saber cuántos ministros no deberían repetir el plato ni siquiera en otro ministerio. Aquellas preguntas, por ejemplo, tranquilamente podrían verse desarrolladas por una vía de desarrollo constitucional

porque ni el TC termina zanjando el tema, ni en la Comisión y Reglamento tampoco. Ciertamente, el TC dice que no se puede limitar la competencia del Poder Ejecutivo para configurar su gabinete, pero también reconoce que, si se denegó la cuestión de confianza, el presidente del Consejo de ministros no puede seguir y que los ministros involucrados en una cuestión de confianza no pueden seguir.

7. Sentencia sobre la disolución constitucional del Congreso

Con relación a ella habría que señalar que el TC considera que no es, en cierta medida, pasible o posible que se regule a nivel constitucional los supuestos por los cuales se pueda plantear una cuestión de confianza. Literalmente, en el fundamento jurídico 107 de esa sentencia dice *“la pluralidad de escenarios por la cual puede ser planteada la cuestión de confianza justifica, como no podría ser de otra forma, que no exista otra disposición constitucional que regule los supuestos en la cual ella debió ser planteada porque la cuestión de confianza dejaría de ser una facultad del ejecutivo para pasar a ser un mecanismo de utilización trazada”*.

Es decir, se reafirma en que no debiera colocarse tapices o en todo caso no debiera colocarse un catálogo taxativo dentro de las cuales podría plantearse una cuestión de confianza. Otro tema, que a mi juicio es importante reafirmar es que el TC si reconoce la posibilidad, aunque excepcional, de la denegatoria fáctica de una cuestión de confianza. Ello será base de lo que dice la ley de desarrollo que se pretende aprobar.

Otro elemento adicional que también habría que señalar es que el Tribunal dice: si hay un uso excesivo o no, yo soy, esto es, el Tribunal Constitucional, el que va a determinar si la cuestión de confianza hizo mal o no, o si la interpretación del Ejecutivo des que se denegó fácticamente la cuestión de confianza fue correcta o no, a través de un proceso competencial.

7.1 La praxis parlamentaria

El TC no solamente se sustenta en la praxis parlamentaria si no en el catálogo abierto o en el margen amplio del Poder Ejecutivo, para legitimar que se puedan plantear cuestiones de confianza por iniciativas de reforma constitucional, como ya había ocurrido en dos ocasiones anteriores, en las cuales el Congreso les había otorgado cuestión de confianza por el principio de la reforma constitucional. Una de ellas, fue conllevó a la consulta popular de referéndum de diciembre de 2018, y otras que se plantearon el 4 de junio de 2019.

En el caso concreto de la sentencia sobre la disolución constitucional del Parlamento, el TC reconoce que la cuestión de confianza se planteó por dos cosas: para suspender el procedimiento de elección de magistrados del TC, pese a que ello es una competencia exclusiva y excluyente del Congreso (precisando que no se estaba queriendo con ello que se elija o no se elijan a determinados candidatos), y para la aprobación de un proyecto de ley de modificación de ley orgánica del TC, esto es, un organismo constitucional autónomo distinto al Poder Ejecutivo.

7.2 El interés público

El Tribunal Constitucional sostiene o sustenta la presentación de cuestiones de confianza facultativas en la existencia de un marcado interés público. En el caso del procedimiento de selección de magistrados del Tribunal Constitucional que ameritó que se presente una cuestión de confianza, el intérprete final de la Constitución señaló que sí existía un marcado interés público y para ello se remite a posiciones expresadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Defensoría del Pueblo y la forma cómo se regulaba en el derecho comparado la elección de magistrados del Tribunal Constitucional o las altas cortes, que no quedaba en manos exclusivas y excluyentes del Congreso. El Poder Ejecutivo algo tiene que ver con los procesos jurisdiccionales que tutelan derechos de personas jurídicas y naturales y que son tramitadas por jueces, por lo que el procedimiento de selección de estos debe obedecer a principios de transparencia y meritocracia.

El Estado fundamentalmente se sustenta en el interés público. Un proyecto de ley o una ley que a veces en general es abstracta debe perseguir el interés público.

El Estado en general debe promover el bienestar general, entonces qué proyecto de ley no está no está revestido de interés público. En principio, todos tienen interés público y todo accionar del Estado debe estar guiado por el interés público. Entonces, si el límite es el interés público, está mal y el tema no es menor porque en la resolución de aclaración el TC justamente dice: no es que puedas hacer cuestión de confianza por cualquier proyecto de ley porque al final de cuentas el Poder Ejecutivo tendrá que argumentar o tendrá que sustentar efectivamente la vinculación de la iniciativa legislativa con el interés público pero, en realidad ¿qué va a motivar si per se entiende que toda iniciativa legislativa tiene interés público, ya que es la esencia, la razón de ser del Estado?

En esa misma línea, lo que podríamos tener es, a grandes rasgos que el TC, en esa segunda sentencia, reafirma 1) que al final de cuentas el Ejecutivo tiene cancha libre para presentar una cuestión de confianza; 2) que sí se puede plantear cuestiones de confianza por iniciativas de reforma constitucional, precisamente por esa cláusula constitucional abierta, no por la praxis parlamentaria, aspecto necesario de resaltar porque al principio pareciera que se ha pretendido introducir la idea de que el TC se sustentó únicamente en la praxis parlamentaria pero no es así; y, 3) que a final de cuentas el sustento fundamental es un vínculo con una política pública de gobierno con interés público, ya no es así porque el TC en la aclaración de esta sentencia, cambia luego.

El interés público es un presupuesto para todo accionar público, esto es, para todo accionar del Estado y no solamente para emitir normas, también para crear actos administrativos. Incluso el principio de legalidad se sostiene efectivamente en el interés público.

7.3 El dictamen en mayoría

Ahora bien, respecto al dictamen en mayoría de la Comisión de Constitución y Reglamento, es preciso mencionar que este dictamen que planteaba en ese texto sustitutorio en el dictamen en mayoría una ley que interpreta la cuestión de confianza expresamente señala que *“su finalidad era corregir o cuestionar la interpretación que había dado el TC a la cuestión de confianza lo que dice como se puede observar el TC ha realizado un desarrollo interpretativo sobre la cuestión de confianza en la materia que puede ser sometida a ella y respecto de las acciones interpretativas de las decisiones del Congreso con relación a su otorgamiento e involucramiento que como se puede ver en el siguiente punto al ser abierto, ambiguo e incompleto en la práctica ha creado un evidente desequilibrio entre el poder público y el legislativo en menoscabo de este último”*.

El dictamen en mayoría de la Comisión de Constitución y Reglamento se sustenta principalmente en que el TC se habría sustentado en la práctica parlamentaria, cuando era un tema mucho más abstracto y genérico que equipara moción de confianza sin límites con la cuestión de confianza, que tampoco deberá tener límites “causales”, por lo que solo debiera exigirse una motivación que, de ser el caso, tendría que ser dilucidada por el Tribunal Constitucional.

Incluso, el dictamen en mayoría utiliza términos como presión o amenaza, para sostener que el Congreso otorgó el voto de confianza bajo presión o amenaza del Poder Ejecutivo. Interpreta, la Comisión de Constitución y Reglamento, la finalidad del Poder Ejecutivo al plantear cuestiones de

confianza en esos términos, lo cual a mi juicio evidencia que se está pensando más que todo en una lógica confrontacional, más que una lógica de colaboración o cooperación al cual hace referencia el TC cuando desarrolla esta materia.

También menciona la Comisión de Constitución y Reglamento que la interpretación deviene en inconstitucional, porque el único que puede decidir si se otorga o no la confianza es el Parlamento, de conformidad con lo que establece la Constitución Política de forma taxativa en el artículo 134, pero lo que no dice la Comisión de Constitución y Reglamento es que en ningún extremo ha estado en cuestión quien es el que al final de cuentas otorga o deniega la cuestión de confianza, sino cómo se entiende que se ha otorgado o denegado aquella. Ni el TC ni el Poder Ejecutivo ponen en cuestión que el Congreso sea al final de cuentas quien otorga o deniega, el tema es si se plasma a través de votos o hechos o si se puede hacer mediante los dos mecanismos (votos y actos), esas dudas no se desarrollan en la Constitución

Y en esa medida que sí resulta válido interpretar, como lo efectuó el Tribunal Constitucional, que, de manera excepcional, se pueda entender que una cuestión de confianza ha sido denegada fácticamente, siendo que dicha interpretación no resultaría contraria a lo que establece el artículo 134 de la Constitución, habida cuenta que esta precisa quién y no cómo manifiesta su voluntad.

Ahora, con relación al término justamente de ley interpretativa que termina siendo corregida por el texto sustitutorio que presenta la presidenta de la Comisión de Constitución y Reglamento y que es aprobado en el Pleno, habría que recordar en todo caso que, en realidad, no sería ley interpretativa porque el propio texto sustitutorio que se aprobó con el dictamen en mayoría establecía que la norma surtiría efectos a partir del día siguiente de su publicación. Entonces, si esto es así, ¿cómo podríamos usar una ley interpretativa? Ya lo decía el Tribunal Constitucional, incluso en la propia sentencia 002-1996-PI/TC, en la que se sostenía que:

“la naturaleza jurídica de una ley interpretativa es que sus efectos se retrotraigan Al momento de que se emitió la ley la norma a interpretar”

En ese sentido, si estamos ante una ley interpretativa que tiene efectos para adelante; entonces, es cualquier cosa menos una ley interpretativa. Por ello, enhorabuena que se haya cambiado el término por “desarrollo constitucional”, en vez de mantener el término “ley interpretativa”, porque no tenía esa condición, además porque había una interpretación previa del Tribunal Constitucional.

Otro elemento también habría que mencionar es que el dictamen en mayoría se sostiene en qué quien es capaz de reformar la Constitución tiene la capacidad de interpretarla. En principio, si hablamos de ley de interpretación o ley de interpretación auténtica, el Congreso no emitió la Constitución, fue la Asamblea Constituyente o Poder Constituyente, por lo que, en estricto, no se trataría de la interpretación de una norma emanada del propio Congreso, en tanto poder constituido.

Cabe resaltar que cualquier persona está legitimada para interpretar la Constitución con la denominada categoría de intérprete ordinarios, especializados y supremo de la constitución.

Todos interpretan la Constitución, sí. Cuando se ejerce un derecho está interpretando la Constitución, porque se está determinando hasta dónde puede ejercer y hasta donde no; cuando la Administración Pública emite un acto administrativo está interpretando la Constitución; cuando el Congreso emite normas con rango de ley, también está interpretando la Constitución, porque al final de cuentas es un parámetro para emitir la norma o incluso dictaminar un proyecto de ley. Entonces, formalmente ¿tiene la capacidad el Congreso para interpretar la Constitución? Sí la tiene, pero en el marco de otra función, no para emitir una ley de interpretación auténtica o una ley interpretativa.

Se ha señalado que el Congreso tiene la facultad de interpretar la Constitución porque el numeral 1 del 102 establece que el Parlamento puede aprobar e interpretar las leyes; no obstante, dichas facultad interpretativa debe ser entendida respecto a las normas que el propio Parlamento emite. De ahí que, por ejemplo, el Congreso no podría emitir una “ley interpretativa” de un Decreto Legislativo emitido por el Poder Ejecutivo, por ejemplo.

7.3.1. Antecedentes respecto al dictamen en mayoría

Habría que recordar qué colocan como antecedentes en el dictamen de mayoría de la Comisión de Constitución y Reglamento, la Ley 26773. Dicha norma está relacionada con la libertad de empresa y fue publicada el 18 de abril del 97, pero si uno revisa esta norma, en realidad, lo único que dice es *“precítese que por efecto de la Constitución de 1993 quedó derogado del segundo párrafo del artículo 317 del Código de Procedimientos Penales”*; entonces, formalmente hablando no se está desarrollando el contenido de la libertad de prensa, simplemente estás diciendo que, en realidad, hay un artículo de una norma con rango de ley llamado Código de Procedimientos Penales, esto es, un párrafo que quedó derogado Y eso está así porque los proyectos de ley que dieron origen a esta ley, por ejemplo, un proyecto de ley que fue propuesto por Daniel Espichán, tenía por finalidad no emitir una ley de

interpretación auténtica sino única y exclusivamente derogar el segundo párrafo del artículo 317 del Código de Procedimientos Penales; así también, si uno revisaba justamente el dictamen de mayoría de la Constitución de Justicia y Pacificación, era lo mismo, no estaba en la cabeza una ley de interpretación auténtica; también ocurre lo mismo con el dictamen de minoría de Antero Flores Aráoz y el dictamen de mayoría de Carlos Chipoco, que no aludían a la ley de interpretación auténtica.

La figura de la “interpretación auténtica” se introdujo en el debate del Pleno del 17 de abril de 1997 por el señor Óscar Medelius Rodríguez, que utilizó el término de interpretación auténtica, lo cual fue secundado por congresistas de su propia bancada Veliz Núñez y Amuruz Gallegos, pero el tema no era del todo pacífico. Efectivamente, el entonces congresista Donayre Lozano cuestionó esta propuesta del señor Óscar Medelius Rodríguez en los siguientes términos *“señor presidente realmente no puede darse la intervención como justamente ha sostenido el doctor Medelius Rodríguez, es un error lo que el colega ha afirmado en su intervención respecto a las leyes porque estas se derogan solamente por otras leyes y en este caso, en particular, se requiere una ley que dicta el Congreso para dejar sin efecto la ley vigente, por consiguiente, hablar de interpretación auténtica es caer en profundo error en tanto que tenemos que proceder a derogar. Cómo se deroga una ley por otra ley. Señor presidente, no hay otro camino”*.

Entonces, bajo esa lógica se podría sostener que, en realidad, la remisión a la Ley N° 26773 era errada, porque en realidad si uno veía el contexto en relación a la ley, veía el debate de la norma y su origen, se da cuenta que en realidad nunca pasó por la cabeza interpretar la libertad de prensa en los términos descritos por la Constitución, sino únicamente anular el segundo párrafo de una norma con rango de ley y no una ley que desarrolla los alcances mínimos a la libertad de expresión.

La otra norma a la cual hace referencia es la Ley 27375, que interpreta el artículo 115 de la Constitución. Aquí sí hay que reconocer que tuvo su origen en iniciativas legislativas que tenían como finalidad interpretar el artículo 115 de la Constitución; también es cierto que se aprobó bajo un parámetro de ley Orgánica con 68 puntos a favor; sin embargo, habría que recordar que antes de la dación de esta norma interpretación auténtica no existía sentencia de Tribunal Constitucional que interpreta ese precepto normativo llamado 115 de la Constitución, cosa que si ocurre con los artículos 132 y 133 de la Constitución, puesto que sí hay dos sentencias en concreto. Entonces, bajo esa lógica esa otra norma no era un ejemplo o no era un antecedente válido para considerar que era viable aprobar una norma interpretativa de un precepto constitucional.

En ese sentido, –a juicio personal–, es innecesario que se emita una ley interpretativa o una ley de desarrollo ahí donde hay una sentencia del TC que lo diga.

Ahora, habría que señalar que, en todo caso, no podríamos remitirnos a la jurisprudencia del TC para terminar diciendo que es el máximo intérprete de la Constitución, porque el Congreso en mayoría diría que es el propio órgano que se autodefine por principio de la competencia de ser el supremo intérprete. Pero sí podríamos remitirnos a los propios preceptos constitucionales.

Al respecto, el artículo 201 dice *“el TC es el órgano de control de la constitución, es autónomo, segundo nos dice que los magistrados del TC tienen inviolabilidad de votos y opiniones entre ellos las sentencias”*. Es importante dar cuenta del citado precepto normativo, porque se escuchaba en su momento en debate en la Comisión de Constitución y Reglamento y en el Pleno del Congreso, que los magistrados del TC que resolvieron el proceso competencial sobre la disolución constitucional del Congreso, tendrían que ser acusados constitucionalmente; lo cual no es posible, porque no pueden ser acusados por sus votos y sentencias, en mérito a lo previsto en los artículos 93 y 201 de la Constitución.

Adicionalmente, es preciso recordar que el TC resuelve en instancia única y definitiva acciones de inconstitucionalidad y procesos competenciales sobre atribuciones o, valga la redundancia, competencias atribuidas en la Constitución. Por ello, ¿sobre qué recaen los procesos de inconstitucionalidad? Sobre leyes que puede emitir ¿quién? El congreso.

Bajo ese orden de ideas, si de repente no gusta el término de “intérprete supremo” sí se podría decir que es el intérprete final de la Constitución, porque si el Tribunal Constitucional ve procesos de inconstitucionalidad en la cual todos están vinculados a la interpretación que realiza el tribunal sobre ello; si el TC es el único que conoce procesos competenciales entre organismos autónomos y el Congreso puede ser parte demandada en procesos y acciones de inconstitucionalidad y parte demandante en procesos competenciales; si el Congreso no puede atribuir responsabilidad política los magistrados del TC por las sentencias emitidas; entonces, el Parlamento, so pretexto de una ley de desarrollo constitucional o mediante una ley interpretativa, no puede apartarse ni desconocer las interpretaciones que ha realizado el TC respecto de algún precepto constitucional. Cuestión distinta sería si nos encontramos ante normas con rango de ley, esto es, a la interpretación de una ley ordinaria, ya que el Congreso sí se encuentra

legitimado para derogar una ley que ha sido interpretada por el TC y ha sido validada luego de transitar por un proceso de inconstitucionalidad.

En suma, el Tribunal Constitucional es intérprete final de la Constitución porque así lo ha querido el Poder Constituyente, no porque así lo quiere el legislador o porque así lo quiere el propio Tribunal Constitucional. Quizás el término “supremo” no sea el más feliz, pero es el final porque es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y en ella, al final de cuentas, se dilucidan los alcances de la Constitución y de la validez de las normas o de los actos u omisiones del estado y de particulares a la luz de la Constitución.

En realidad, no cabe una ley de desarrollo constitucional que inobserve la jurisprudencia del TC, siendo que, si el Congreso quisiera apartarse de dicha jurisprudencia que interpreta un precepto constitucional, debiera tramitarse una ley de reforma constitucional, lo cual, a nuestro juicio, atendiendo a lo que ha señalado el TC, tendría que comprender necesariamente la participación de la ciudadanía en tanto titular del Poder Constituyente, a través de un proceso de consulta popular de referéndum.

Con relación a lo que señaló el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de que la cuestión de confianza es un mecanismo para controlar legislativo así como la censura es un mecanismo de control del Legislativo al Ejecutivo, ahí sí se puede coincidir plenamente con el dictamen en mayoría de que es un error de apreciación del Ministerio de Justicia, porque la cuestión de confianza no es un mecanismo de control, porque efectivamente el Ejecutivo no tiene la competencia para controlar a legislativo ni de controlar a nadie, para controlar se tiene la función fiscalizadora del Congreso, al control gubernamental que realiza la Contraloría General, no al Ejecutivo.

La cuestión de confianza es un mecanismo, como bien lo ha dicho el TC, que no tiene que ser entendido clave de confrontación sino en clave de cooperación, de una búsqueda para reafirmar las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo a efectos que el legislativo de luz verde a políticas públicas o iniciativas sectoriales del Poder Ejecutivo.

Tiene que haber límites, sí. Debe organizarse y poner límites a la cuestión de confianza, pero regular únicamente la cuestión de confianza (esto es, sin limitar también la moción de censura ministerial desde una dimensión cualitativa) sin hacerlo por una reforma constitucional, sino más bien por una reforma legal, desde nuestro punto de vista es un error, ya que va a incidir en el principio de equilibrio y balance entre poderes públicos.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1 ¿Cuáles son los beneficios de consagrar en la Constitución Política del Perú la cuestión de confianza?

Bueno, siguiendo un poco la línea de razonamiento de TC, lo que yo plantearía es que el beneficio que se da, es un beneficio para salvaguardar el principio de balance y equilibrio entre poderes públicos, en tanto que la cuestión de confianza te permite no solamente dar respaldo a las políticas públicas que propone ciertamente el Poder Ejecutivo por parte de Legislativo sino también sopesar eventualmente, —pensando en clave confrontacional—, un uso abusivo de la moción de censura.

Personalmente, creo que el problema no pasa por tener la cuestión de confianza, sino por tenerla tan abierta que pueda generar un uso abusivo y que ese uso abusivo pueda determinar la disolución del Congreso, por eso mi reparo respecto a que uno se quede en una equiparación de censura igual cuestión de confianza, porque la denegatoria de cuestión de confianza puede conllevar a la disolución.

El TC te dice “Oye, la censura no es poca cosa porque afecta la política de gobierno” y ahí sí yo partiría de una interpretación más institucional, es decir, la política de gobierno no estaba pensada en una persona está pensando en un plan de gobierno de una organización política que trasciende a las personas.

Entonces, no es equiparable una denegatoria de una cuestión de confianza o una censura de gabinete a una potencial disolución del Congreso, porque incluso allí se altera el principio de democracia representativa, ya que una nueva elección te puede llevar a un nuevo grupo o correlación de fuerzas políticas. Entonces aquella sería mi posición, el beneficio radica en el equilibrio de poderes, pero con una carta tan abierta como se está dejando a nivel jurisprudencial, sí creo que podría llevar a un desequilibrio no tan dramático como lo propone el dictamen en mayoría de la Comisión de Constitución y Reglamento, pero sí en desequilibrio.

8.2 ¿El Tribunal Constitucional ha dejado buenos precedentes en materia de cuestión de confianza?

Precedentes de observancia obligatoria en los términos que te da el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional nuevo o el antiguo, no. Pero sí tenemos la sentencia en el caso de la resolución legislativa número 007 2017-2018 en qué fue la primera la PI y la 006-2019 que es la del proceso competencial, en el caso de disolución constitucional del Parlamento. Ahí

es donde se han terminado desarrollando los parámetros para interpretar la cuestión de confianza y recordemos que, en tanto intérprete final de la Constitución, deben los poderes públicos seguir esas interpretaciones que realiza el Tribunal Constitucional.

No estoy diciendo que no sea posible apartarse de las interpretaciones del Tribunal Constitucional, pero hay formas de apartarse.

8.3 ¿Actualmente, hasta qué punto detalla la Constitución lo relacionado con la cuestión de confianza?

La Constitución, en términos de derecho positivo –salvo la obligatoria– en el caso de la facultativa, lamentablemente, no dice nada. Por eso es que el TC ha señalado que la cláusula es abierta, ya que el único término que utiliza la Constitución es la iniciativa ministerial; entonces, incluso ni siquiera te coloca la Constitución en términos expresos, por ejemplo, que la cuestión de confianza que hace el presidente del Consejo de Ministros en nombre todo el gabinete tenga que venir precedido de un acuerdo. Cuestión que a mí juicio sería ilógico, pero la Constitución en términos de derecho positivo no prevé esas exigencias.

Creo que en términos de fondo temas hasta incluso procedimentales como la que expresan un acuerdo del Consejo de Ministros, debiera haber alguna regulación, pero el tema es dónde lo colocas luego de lo que ya tienes como jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Incluso los efectos de la denegatoria de la cuestión de confianza tampoco están regulados, solamente están obligados a renunciar, pero no se precisa que pueden integrar al próximo gabinete. El Tribunal Constitucional indica que “tienes que saber que no puedes limitar la capacidad del presidente a nombrar su gabinete” pero el TC tampoco refiere que aquellos ministros involucrados con la crisis total del Gabinete no pueden integrarlo en la misma cartera lo que resta del mandato, ni precisa como determinar quiénes fueron los ministros que estuvieron involucrados en una crisis total aparte del presidente del Consejo de Ministros. Todo eso no está regulado ni en la Constitución, y así recaería en una imprecisión; ni siquiera la autógrafa qué enviado el Congreso y que ahora estoy en manos del Ejecutivo lo desarrolla.

8.4 ¿Considera que en el contexto actual la cuestión de confianza viene siendo utilizada como una herramienta política?

En sentido estricto la cuestión de confianza es una herramienta política igual que la moción de censura. Ahora, en el contexto actual, yo diría que

en el gobierno del señor Vizcarra sí hubo cuestiones de confianza facultativas, en el gobierno del señor Sagasti no hubo; en este gobierno –más allá de las investiduras–, todavía no, más allá de algunos discursos de otras personalidades del reciente Consejo de Ministros, por ejemplo, que quieren dar un discurso político que no se ve que esté siendo digamos utilizada en sentido estricto, vamos a ver si es que nuevamente volvemos a tener un uso abusivo de la cuestión de confianza. Y es algo interesante porque la Constitución en el artículo 103 dice “la Constitución no ampara el abuso del derecho” pero acá no hablamos de un derecho, estamos hablando de una competencia.

En todo caso, en un conflicto competencial por menoscabo de atribuciones, dependiendo sobre la base de qué se basa la cuestión de confianza, porque por ejemplo, si viene el Ejecutivo y hace cuestión de confianza por políticas públicas que corresponden al Ejecutivo pero que son provocadoras de un Congreso que tiene un perfil diferente, ahí no podríamos hablar en sentido estricto de un uso abusivo de una competencia, porque al final de cuentas la competencia para plantear políticas públicas es la misma; puede que no guste, pero normalmente se tiene cancha libre.

8.5 Teniendo en cuenta que en algunas ocasiones la cuestión de confianza se postula con la finalidad de que se apruebe una ley con la cual el Congreso puede no estar de acuerdo por motivos de ideología cómo pudo haber sido por ejemplo la ley de identidad de género considera usted que en estos casos debería haber una salvaguarda para que estas leyes llegué a poder aprobar se visibilice los derechos de sobre todo la persona en especial situación de vulnerabilidad.

Es un tema sumamente interesante porque la resolución de aclaración de la sentencia 006-2019 PCC/TC te mencionar que “*no necesariamente una cuestión de confianza de un proyecto de ley será actuada bajo sus propios términos*”, porque va a depender de la complejidad, de la extensión, evidentemente de la vinculación con un marcado interés público, y que no es lo mismo una cuestión de confianza por una ley simple, puntual, acotada y sectorial, que por una ley mucho más compleja. Así pues, habría que dilucidar si acaso la ley de identidad de género, más allá del término ideológico tendría viabilidad de contenido.

Si se trata de un tema transversal que involucra más de un sector pareciera que sería imperativo protegerlo, que debe establecerse implementarse medidas, sí. Ahora, que eso vaya a ser sencillo, no por un tema ideológico sino por un tema procedimental, generalmente más jurídico, creo que podría

darse una cuestión de confianza por una iniciativa legislativa en ese sentido, pero ese proyecto de ley no necesariamente tendría que ser aprobado.

8.6 ¿Qué refleja en si el hecho de querer limitar la cuestión de confianza de una ley interpretativa? ¿miedo, desconfianza, un ánimo perjudicial o algo similar?

El término de la ley interpretativa se terminó cambiando por ley de desarrollo constitucional con el texto sustitutorio que aprobó el Pleno del Congreso de la República.

Lo que hay es un temor frente a uso abusivo de la cuestión de confianza y que de repente una sentencia del TC no llegue a tiempo. Por ejemplo, si estamos ante la primera cuestión de confianza que pueda venir a plantear el Poder Ejecutivo que no se enmarque dentro de los términos del artículo 130 de la Constitución.

Pero si hablamos de una segunda denegatoria y traes a colación sobre un tema de un proyecto de ley que puede ser complejo y que yo interpreto que al final se ha denegado fácticamente y con eso se disuelve el Congreso, no hay vuelta que darle porque ni siquiera la medida cautelar se pudiera plantear, porque recordemos que en el Expediente 006-2019-PCC/TC, la Comisión Permanente planteó una medida cautelar para evitar que siga adelante el proceso de Elecciones Congresales Extraordinarias del 2020, pero el TC denegó la solicitud de otorgamiento de medida cautelar. En resumidas cuentas, lo que está detrás es el temor al uso abusivo y a que el TC no puede dar una respuesta oportuna ante una eventual disolución constitucional del Congreso. Respecto a eso, el TC dijo en la Resolución de Aclaración “ojo no quiere decir que el TC está pintado en la pared y no se pueda tener una sentencia fundada en un cuadro, ya que la sentencia fundada en el proceso competencial puede dar pie a responsabilidades políticas y penales, así como inhabilitaciones.

8.7 ¿Al limitar la cuestión de confianza estaría vulnerando la separación de poderes? ¿afectaría ello a la gobernabilidad del país?

Según el TC, más que separación diría balance o equilibrio entre poderes públicos. Ahora, si afectaría la gobernabilidad *per se*, no, porque al final de cuentas creo que la afectación a la gobernabilidad se va a dar en el uso tanto de las mociones de censura como de las cuestiones de confianza; es así que, al final de cuentas, lo que la autógrafa de la ley dice es no puedes hacer cuestión de confianza por leyes de reforma constitucional, que no

cabe en denegatoria fáctica de cuestiones de confianza y que no procede plantearlas, tampoco, respecto de procedimientos exclusivos y excluyentes del Congreso.

Pero el tema es que el Poder Ejecutivo sigue teniendo la posibilidad de plantear cuestión de confianza por políticas públicas, en los denominados “votos de investidura”, con lo cual igual le queda un margen de maniobra al Poder Ejecutivo si es lo que se quiere es confrontar, que no debiera ser la regla.

Ahora, de dónde podría venir más bien el término de la “governabilidad”. Se da en el momento en el que tú tienes a un Congreso de una composición distinta a la del Ejecutivo. Por eso es que, por ejemplo, en regímenes municipales se tiene la figura del premio a la mayoría o la mitad más uno, esto es, la organización política que gana la elección obtiene mayor número posible de miembros en el Concejo Municipal.

Se tiene, entonces, Ejecutivo por un lado y un Congreso por otro, y ahí depende mucho no tanto de la figura de la cuestión de confianza o no tanto de la figura de la ley de desarrollo constitucional o ley interpretativa, sino fundamentalmente de cómo haces uso de esas figuras tanto por parte del Congreso como del Ejecutivo. *Per se* una ley no afecta la gobernabilidad, ¿*per se* esa norma podría incidir en el equilibrio de poderes? sí, podría incidir, pero igual sigue teniendo un margen de discrecionalidad amplio el Poder Ejecutivo sí lo que se quiere es confrontar.

8.8 ¿Considera que más que una reforma que detalle mejor el proceso de cuestión de confianza, más no la interpretación de esta podría ser admisible?

Particularmente creo que al ya tener una interpretación por parte del Tribunal Constitucional, el Congreso no puede emitir, a mi juicio, una ley que vaya en contra de la Constitución. Entonces, se puede llenar aquello que el Tribunal Constitucional no ha llenado, pero no puede ir en contra de lo que el Tribunal Constitucional ya admitió o interpretó.

En este caso, el TC, a nuestro juicio, ha admitido que pueda plantearse cuestión de confianza para un proyecto de reforma constitucional, no por la práctica parlamentaria, sino por el carácter abierto de la cuestión de confianza que ellos entienden. Si el TC ha admitido, así sea de manera excepcional, que se pueda entender que una cuestión de confianza ha sido “fácticamente” denegado, una ley de desarrollo constitucional, una norma de rango inferior a la Constitución, no podría decir que ello no es posible.

Si el TC ha admitido que se presenten cuestiones de confianza por procedimientos parlamentarios como los de selección de altos funcionarios, en concreto, los de jueces del Tribunal Constitucional, en la medida que no se presente la cuestión de confianza para que se elija o no se elija a los candidatos X, Y o Z, una ley de desarrollo constitucional no podría disponer que no cabe plantear cuestiones de confianza por procedimientos exclusivos y excluyentes del Congreso.

Nos guste o no, el TC es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, el que se encarga de controlar que se cumpla la Constitución; entonces, podrá aprobarse una ley que vaya en contra de su interpretación o línea jurisprudencial, pero ello potencialmente también terminará en el TC a través de la interposición de una demanda de inconstitucionalidad.

Probablemente el TC si es que no cambia la conformación, desestimaré la demanda de inconstitucionalidad por no alcanzar el número de votos para declarar la inconstitucionalidad de la ley.

No tanto por un tema de si puede o no puede, sino por el mecanismo que ha utilizado, porque personalmente estimo que debió recurrirse a una ley de reforma constitucional y no una ley de desarrollo constitucional; creo que la eventual norma que apruebe el Congreso se encuentre viciada de inconstitucionalidad. Sin embargo, si nos remitimos a los fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los Expedientes 006 2019-PCC/TC y 006-2018-PI/TC, quizás incluso ni siquiera resultaría suficiente o válido que se limite la cuestión de confianza a través de una reforma parcial de la Constitución.

Catorce estándares internacionales de la consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional*

Henry Oleff Carhuatocto Sandoval**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Fundamento de los 14 estándares: sentencia de proceso de Acción Popular N° 291262018-Lima / 2. Los 14 estándares internacionales de consulta previa / 3. Conclusión / 4. Respuestas a las preguntas del público

1. Fundamento de los 14 estándares: sentencia de proceso de Acción Popular N° 29126-2018-Lima

Los 14 estándares internacionales de la consulta previa en el Perú tienen como base la sentencia de Acción Popular N° 29126-2018-Lima. Este es el precedente más importante de la corte suprema en materia de pueblos indígenas, en los últimos 20 años.

El objeto de la Acción Popular, Expediente N° 00259-2016, era fundamentalmente atender las demandas sociales de la Confederación Nacional Agraria, AIDSESP, ONAMIAP, ORPIAN-P, ORPIO, entre otros; que son organizaciones indígenas, amazónicas y andinas que representan a la mayoría de los pueblos indígenas en el Perú. Esta demanda se presentó el 12 septiembre del 2016; en ella, el Ministerio de Cultura sostuvo que la consulta previa de los servicios públicos era inviable. Es decir, para ellos, los pueblos indígenas debían soportar la imposición de servicios públicos, aunque estos no los beneficiara de forma alguna.

En síntesis, la Acción Popular tenía como fin, la 15ª disposición del Decreto Supremo N° 001-2012-MC, donde se consagraba que *“la construcción y mantenimiento de infraestructura en materia de salud, educación, así como la ne-*

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, por la misma casa de estudios. Presidente del Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible-IDLADS.

cesaria para la provisión de servicios públicos, que, en coordinación con los pueblos indígenas, esté orientada a beneficiarlos, no requerirán ser sometidos a procedimientos de consulta previa". En otras palabras, la construcción de carreteras, líneas eléctricas, aeropuertos o cualquier otra obra pública no iban a ser objeto de consulta previa; ya que, estas significaban de manera implícita un beneficio para las comunidades indígenas.

Sin embargo, conforme al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, donde se afirma que toda medida administrativa o legislativa que impacte pueblos indígenas debe ser objeto de consulta previa, esta disposición estaría limitando el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y con ello se generaría la infracción de un derecho colectivo clave para la reivindicación de las demandas sociales indígenas

Lamentablemente, esta disposición¹ fue reglamentada y se sigue reglamentando, a través de la Resolución Viceministerial 013-2016-VMI-MC, del 27 de mayo del 2016. Donde se afirma que:

“Una vez aprobada la medida administrativa la entidad promotora elaborará el plan informativo, el cual procurará emitirlo en un plazo de 30 días hábiles posteriores a la aprobación de la medida administrativa. Al respecto, debe observarse que la ejecución del plan informativo no supone la interrupción de las actividades previstas para el inicio de las actividades de construcción y/o mantenimiento de infraestructura de salud, educación o la necesaria para la provisión de servicios públicos”.

Además, el artículo 6.2 de la Resolución Ministerial —que reglamentaba la norma cuestionada por la Acción Popular— afirma que, una vez aprobada la medida administrativa, la entidad promotora elaborará el plan informativo, dejando de lado cualquier forma de participación ciudadana. Incluso, se menciona que la ejecución del plan informativo no supone la interrupción de las actividades, no existe ningún tipo de aviso previo.

Lamentablemente, todo ello ha generado gran conflicto social con los territorios indígenas. Ello se logró visibilizar en dos casos específicos: El primer antecedente, se remite al ámbito del Juzgado Mixto de Nauta. Donde se inició el recurso de amparo sobre la ejecución de la consulta previa; debido a que, en este caso en particular, la edificación de la hidrovía amazónica se convertiría en un foco de contaminación para la diversidad biológica, la calidad del agua y para las poblaciones locales que vivían a las riberas del

¹ Se expidió en el 2012 con gran protesta del movimiento indígena

río. Mientras, que el segundo antecedente, gira en torno al desarrollo del proyecto de una línea de transmisión eléctrica que iba de Moyobamba a Iquitos.

En base a esta, se inicia otra acción de amparo ante la Corte Superior de Justicia de Loreto, donde se busca que se consulte este proyecto; debido a que, afectaba a pueblos indígenas y no se les había hecho una adecuada participación ciudadana, ni un proceso de consulta previa.

Ambos acontecimientos fueron caldo de cultivo para que finalmente se presente esta demanda, el 2 de septiembre del 2016. Una vez agotadas las conversaciones con la comisión de energía y minas, la cual se negó tajantemente a la aplicación de la consulta previa, se inició la Acción Popular. Esta fue declarada fundada² y; en consecuencia, se dispuso la expulsión del ordenamiento jurídico y la declaración de nulidad con efecto retroactivo de la 10ª quinta Disposición Complementaria Transitoria Final del Decreto Supremo N° 012-1012-MS. Además, uno de los aportes más importantes de esta sentencia es la consagración por primera vez en la historia de nuestro país de los 14 Estándares Internacionales de Consulta Previa.

2. Los 14 estándares internacionales de consulta previa

Primer estándar. -

“Se debe efectuar la consulta previa en los pueblos interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

Esta es una regla elemental y la Corte Suprema lo establece como un estándar de cumplimiento obligatorio para todas las entidades públicas. Cuando; por ejemplo, se busque aprobar alguna medida administrativa, como el otorgamiento de una concesión minera carbonífera o la aprobación de un estudio de impacto ambiental; debido a que, cada una de estas medidas afectan de forma evidentemente a los territorios indígenas.

Segundo estándar. -

“La consulta previa debe efectuarse a los miembros individuales de los pueblos indígenas y tribales y a los pueblos como un todo, debiendo tener la oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”.

² Está pendiente la publicación de dicha sentencia por parte del poder judicial; ya que, el punto tres señala que esta vincula a todos los poderes públicos y produce efectos generales desde el día siguiente de su publicación.

Este mecanismo, mediante el cual, el estado dialoga de manera integrada con los pueblos indígenas con la finalidad de llegar a acuerdos, tiene que considerar al pueblo indígena como una colectividad y como individuos que deben tener pleno conocimiento sobre lo qué va a ocurrir en sus territorios, como se verán afectados sus derechos. Ellos deben ser considerados actores activos de la consulta previa; tanto niños, niñas, jóvenes, adultos y ancianos deben estar presentes en la toma de decisiones importantes para su comunidad.

Tercer estándar. -

“No se cumple con la exigencia del punto dos, cuando algunos miembros de los pueblos no tengan un rol efectivo en la selección, autorización o instrucción de supuestos representantes, en ese caso se tiene por incumplido el requisito de participación plena del pueblo interesado”.

En síntesis, mediante esta disposición, se establece que el representante de los pueblos indígenas debe ser elegido por los propios miembros de los pueblos indígenas; de lo contrario, nos encontramos ante una consulta previa inválida, sin ningún tipo de eficacia. En otras palabras, este requisito elemental, es un acto jurídico, pero de naturaleza indígena. que se hace imperativo para la Corte Suprema.

Cuarto estándar. -

“No se cumple el requisito de participación plena si la consulta solo se realiza a una determinada banda claro o segmento del del pueblo interesado sin mandato de las demás bandas clanes o segmentos o cuando no se desarrolla la consulta popular con esta propiedad entre los miembros de todo el pueblo al momento de adoptar decisiones sustanciales tales derechos e intereses en particular cuando las decisiones conlleven la extinción de derechos sobre territorios ancestrales”.

Esta regla se puede explicar de mejor forma mediante un mapa del territorio integral de los pueblos indígenas de las provincias de Daten del Marañón y el Alto Amazonas, en este aparecen diferentes culturas como los Wampis, Achuar, Shawi, entre otros. Si nos colocamos en el supuesto donde un proyecto hidrocarburo de extracción de petróleo esté afectando su territorio, se tendría que realizar una consulta previa por cada pueblo y considerando a cada uno de sus miembros. La Corte Suprema siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana es categórica y señala que, ante cualquier proyecto sobre territorios indígenas, se deberá consultar a todos los clanes presentes en el espacio geográfico en cuestión, teniendo en cuenta sus especiales condiciones.

Quinto estándar. -

“La decisión de que líderes o jefes deben ser los representantes consultados de los pueblos interesados le corresponde al pueblo indígena y no al estado”.

El quinto estándar internacional de consulta previa representa la reivindicación de los líderes indígenas, los cuales muchas veces sacrifican todo, incluso su vida, para poder proteger a su comunidad. Edwin Chota fue uno de ellos, uno de los líderes más insignes de nuestro país; hoy en día, que debatimos sobre el cambio climático, su nombre resuena en lo referente a su lucha por evitar la depredación y tala de sus bosques.

Este estándar internacional es clave para poder legitimar los acuerdos de consulta previa; ya que, si el líder que ha ido a suscribir acuerdo alguno con el estado no representa realmente a la comunidad, sus miembros no van a respetar ningún tipo de acuerdo. Es por ello, que la corte suprema ha establecido que tanto los líderes como los jefes indígenas deben ser nombrados por los pueblos, sin ningún tipo de intervención por parte del estado.

Es en base a ello, que se debería considerar la participación y representación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que repercutan en sus derechos. En otras palabras, los representantes de las comunidades indígenas deberían formar parte de organismos como el SENACE, OEFA, SERNANP; ya que, estos deciden sobre sus recursos naturales o territorios, sin tener en cuenta su participación.

Es sorprendente, el hecho de que dentro del SERNANP (organismo que administra las áreas protegidas por el estado) no se encuentra ningún pueblo indígena; a pesar de que, son sus territorios las principales zonas afectadas por las reservas naturales o protegidas, lo cual demuestra la marcada invisibilización y marginación de los pueblos indígenas. Incluso, en el ámbito del congreso, no existe una cuota indígena y en el ministerio de cultura, hasta la fecha, jamás se ha tenido un viceministerio de interculturalidad indígena. Es por ello, que esta regla, reafirma la idea de que los pueblos indígenas deben formar parte de los consejos directivos donde se toman decisiones que afectan parte de su territorio.

Sexto estándar. -

“Debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas en todas las fases de planeación e implementación de un proyecto o medida que pueda afectar el territorio de la comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo; desde las primeras etapas de

la elaboración planificación del proyecto o medida propuesta, garantizando que los pueblos puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales”.

Según este estándar, la corte suprema hace mención del hecho de que, ante un ciclo económico, ya sea en la etapa de elaboración del proyecto o en el estudio de factibilidad, se debería contar con participación indígena. Incluso, en la entrega de una concesión que va a afectar territorios indígenas o sus derechos, esta medida administrativa debería ser objeto de consulta previa. O si en el estudio del impacto ambiental, donde se identifican los impactos negativos que van a sufrir y las medidas que se van a tomar para poder cuidar su vida, su cultura o su ambiente; también debería ser consultado. Cada uno de estos supuestos son viables; debido a que la consulta previa es un derecho colectivo, dinámico, progresivo y va ajustándose a los momentos en los que se va desarrollando.

Además, en el supuesto en el que exista una modificación importante del proyecto, tiene que elaborarse una consulta previa. Es por ello que, en base a esta sexta regla, la Corte Suprema supera al tribunal constitucional que apenas consigue plantear principios de consulta previa como el de buena fe, el de plazo razonable, etc.

Esta disposición en particular nos pone al nivel de la Corte Constitucional colombiana y probablemente este caso sea un referente regional, pocos países desde la Corte Suprema han hecho mención sobre cómo debería ser el proceso de consulta previa, deconstruyendo y evidenciando las falencias de este proceso a nivel nacional. En un momento clave en el 2021, mediante esta sentencia se dejarán de lado diversos actos jurídicos que afectan a pueblos indígenas por haber omitido la consulta previa.

Séptimo estándar. -

“Cuando se pretenda realizar para actividades de explotación o extracción de recursos naturales o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que impliquen potenciales afectaciones al territorio o vectores esenciales de su cosmovisión o de su vida e identidad cultural es el pueblo deberá ser previa adecuada y efectivamente consulta de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia”.

En base, a este estándar, se está planteando que cualquier afectación a su cultura, a su ambiente, a su territorio y esencialmente si su cosmovisión, la manera que ellos tienen de ver el mundo, se ve afectado por una deci-

sión estatal, debe ser consultado previamente a la adopción de la medida; no cuando esta ya esté tomada. Se habla de una consulta efectiva y no de consulta meramente formal.

Es importante tener en cuenta dicho estándar cuando se pretenda realizar proyectos de extracción, exploración, o de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones al territorio; ya que, con la sola demostración de un daño potencial, se podrá establecer la consulta previa. En síntesis, se puede presenciar el tránsito de un estado nación a un estado plurinacional, donde el dialogo con esa cuarta parte de la población peruana, el pueblo indígena, debe ser respetado.

Octavo estándar. -

“La consulta debe ser previa a la adopción de la decisión o implementación de la medida, desde las primeras etapas del plan, inversión o medidas, el aviso temprano permite la evaluación y el debate al interior de las comunidades para adoptar la respuesta que consideren adecuada”.

Se estableció este estándar, que a simple vista puede sonar un poco reiterativo, debido a que el incumplimiento de esta premisa era una constante en nuestra realidad nacional. Es en base a ello, que se decidió establecer; a través, del Poder Judicial que la consulta previa debe ser realizada antes de adoptar una decisión o medida.

En nuestro país, abundan los casos dónde la falta de consulta previa ha generado diversos conflictos sociales. Muchos de los proyectos mineros que han paralizado al país y que han dejado cientos de heridos y algunos fallecidos son un claro ejemplo de que la falta de consulta previa genera diversos conflictos sociales. Es por ello, que parte de ser un estado constitucional y democrático, y un estado plurinacional intercultural; es que cuando se hagan proyectos de desarrollo, extractivos o de inversión en territorios indígenas, se dialogue con las comunidades para tratar de llegar a un consenso y poder así contar con su consentimiento. La consulta previa promete un mecanismo de democracia directa efectivo para pacificar al país y para lograr un desarrollo intercultural e inclusivo, donde las instituciones sólidas logren consolidar las necesidades que se requieren como país.

Noveno estándar. -

“Cuando se trate de la adopción de medidas legislativas, los pueblos indígenas deben ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, tratándose de consultas y no de propuestas”

La Corte Suprema dijo claramente que las leyes que apruebe el congreso y que afectan a los pueblos indígenas no deben consultarse cuando sean meros proyectos; sino cuando ya hayan pasado la primera votación del congreso. En esta etapa se debe realizar la consulta previa; es decir, cuando el proyecto de ley ya tenga una versión casi final. Actualmente, no contamos con una disposición similar, la Corte Suprema se dio cuenta de ello, demostrando el avance que se tiene respecto al derecho constitucional de consulta previa.

Décimo estándar. -

“El procedimiento de consulta previa debe ser un verdadero instrumento de participación de pueblos indígenas y no se agota y anota en un mero trámite formal; sino que está orientado a establecer un diálogo entre partes bajo principios de confianza respeto mutuo buena fe y con miras alcanzar un consenso”.

Teniendo en cuenta que muchas de las consultas previas mineras han sido consultas simuladas, sin ningún tipo de legitimidad y que la Defensoría del Pueblo ha emitido pronunciamientos en los cuales se las critica duramente; debido a que, el diseño actual de la consulta previa minera no garantiza ningún derecho colectivo indígena. Se establece que la consulta previa no se realiza con la finalidad de que el estado y los pueblos indígenas dialoguen sobre normas de manera interna. Sino que, el diálogo tiene que apuntar a un consenso, a un acuerdo con consentimiento libre e informado y sobre todo con buena fe.

Décimo primer estándar. -

“La consulta previa debe efectuarse conforme a procedimientos apropiados y adecuados; a través, de sus instituciones representativas, garantizando a los miembros de la comunidad, que puedan comprender y hacerse comprender, en los procedimientos legales, facilitándoles intérpretes y medios eficaces”.

Actualmente, no existe ningún protocolo de consulta previa, a todos se les aplica el mismo formato por igual y cuando el estado llega a alguna comunidad; y aplica este recurso, muchas veces lo realiza de forma incorrecta; debido a que, no conoce su organización social, económica, administrativa, etc. Es por ello, que, se tiene que elaborar, cuando se entra en alguna comunidad, un protocolo de consulta previa que debe ser validado por los propios pueblos indígenas afectados para así poder efectivizar el dialogo entre el estado y ellos. Los aspectos que se regulan dentro de los protoco-

los giran en torno a los términos en los que se presenta la información, el idioma hablado, entre otros; y estos deben ser regulados pueblo por pueblo, no se puede elaborar un modelo estándar. El protocolo de consulta es un conjunto de pasos que se deben seguir para dialogar con los pueblos indígenas, considerando sus instituciones ancestrales, su cultura en particular, sus jefes, sus líderes y su dinámica social; y su creación debe ser validada y consensuada por ellos mismos.

Décimo segundo estándar. -

“Procedimientos apropiados de consulta previa, se entienden con referencia a la finalidad de la consulta, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, la naturaleza de las medidas consultadas, se deben incluir criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, la consulta tiene una dimensión temporal, dependiendo de las circunstancias precisas de las medidas propuestas”.

En este estándar, la Corte Suprema afirma que no es lo mismo consultar una ley forestal o de fauna silvestre, que una ley de recursos hídricos, de educación intercultural, de salud o una concesión minera, de petróleo, de una hidroeléctrica o una concesión de transporte terrestre. Ninguno de estos proyectos es igual al otro y se debe tener en cuenta que cada uno de ellos actos afectan a los pueblos indígenas indistintamente. Es por ello, que debe existir una dinámica que permita sistematizarlos y facilite su comprensión, teniendo en cuenta que no se puede aplicar el mismo método a todos por igual y se debe utilizar los protocolos de consulta previa de cada pueblo indígena, todo ello en relación con la complejidad de cada medida.

Décimo tercer estándar. -

“La consulta conocimiento debe ser informada con suficiencia, permitiendo que los pueblos tengan conocimiento de los posibles riesgos de la medida plan o proyecto incluyendo los riesgos ambientales y de salubridad implicando comunicación constante”.

Incluyendo los riesgos ambientales y de salubridad e implicando la comunicación constante, los proyectos extractivos, de inversión o de infraestructura van a generar impacto dentro del ambiente de las comunidades. Lamentablemente, la tradición histórica del estado peruano es solo contarle los beneficios positivos de la medida que se va a adoptar. Sin embargo, en base a este estándar, la Corte Suprema hace hincapié en la comunicación obligatoria los riesgos al ambiente, a su cultura, a la salud, que estas producen. Por ejemplo, si va a construir una hidrovía amazónica, se va a

afectar la zona donde los peces dejan sus huevos y va a afectar la actividad pesquera que realicen las comunidades. Es por ello, que, para poder llegar a consensos con consentimiento libre e informado, se debe mencionar el impacto negativo que estas medidas pueden generar.

Décimo cuarto estándar. -

“Es obligación de los estados no solo de realizar la consulta previa, sino también de obtener obligatoriamente el consentimiento libre, informado y previo de los pueblos interesados cuando se vaya a llevar a cabo proyectos a gran escala con gran impacto en áreas ocupadas por los pueblos, así como los casos que involucran desplazamientos, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, así en casos de destrucción y contaminación del ambiente tradicional entre otras consecuencias”.

Acá se está solicitando que la consulta previa esté acompañada del consentimiento informado, se debe dejar de lado la idea de imponer algún tipo de medida; ya no se habla del derecho a veto ni el derecho a oponerse a algún proyecto. Sino del hecho que si el estado va a afectar gravemente el territorio indígena, su ambiente, su estilo de vida; ello deberá requerir su consentimiento libre e informado.

3. Conclusión

Las consecuencias de esta sentencia se van a observar en casos como el de la carretera Bellavista-San Salvador-El Estrecho, donde el proyecto se ha realizado sin consulta previa, afectando a diversos pueblos indígenas; y en muchos más. Para un mayor análisis de los 14 estándares de la consulta previa pueden consultar el libro “La consulta previa al consentimiento libre e informado en los proyectos de infraestructura, implicancias y consecuencias de la Acción Popular N° 291262-1018-Lima”.

4. Respuestas a las preguntas del público

4.1. Si la consulta previa es importante para la elaboración de diversos proyectos, ¿cómo el estado en sus 3 poderes vulnera esta medida? ¿Qué debería hacer el poder constituyente o nosotros como ciudadanos?

Cuando el Estado incumple la consulta previa, el Tribunal Constitucional establece como mecanismo reparador la acción de amparo. De hecho, en un famoso caso de IDLADS el tribunal establece que la vía idónea para efectivizar la consulta previa es el amparo y si se realizan medidas o actos estatales sin ella, no solo se anulará la sentencia; sino que se van a retro-

traer los efectos del fallo retroactivamente. Es por ello, que la vía, en el ámbito de recursos constitucionales, sería el amparo y advirtiéndose que el nuevo código procesal constitucional, plantea la admisión y la procedencia del amparo de manera exprés; se genera una oportunidad única, sobre todo cuando ya se está organizando la etapa de una audiencia en la misma, donde la sentencia debería ser muy rápida.

4.2. Desde su perspectiva, ¿cuál cree usted que sean las causales de que en pleno siglo 21 la invisibilización de los pueblos indígenas sigan siendo parte de nuestra realidad nacional?

Históricamente, la forma de desarrollo al Perú ha llegado desde un ámbito geográfico muy puntual, como los son las capitales, la costa fundamentalmente. Todo ello se ve reflejado en las elecciones tanto de Ollanta Humala como las del actual presidente, Pedro Castillo. Estos resultados nos han revelado que hay una división en el país y esta coincide con los lugares donde no hubo consulta previa sobre diversos proyectos que impactan gravemente a las poblaciones indígenas.

Lamentablemente, todavía nos debatimos como país, el reconocimiento de que somos un Estado Plurinacional, que no se centra solamente en Lima, Trujillo, Arequipa o en el propio Cusco; sino que hay provincias, regiones y pueblos lejanos que también reclaman un estado históricamente ausente. Es por ello que, se establece la consulta previa como una forma de generar mayor acercamiento entre ambos sectores.

Muchas de las consultas previas llevadas a cabo por los abogados comunales no están vinculadas a las medidas consultadas; sino que se relacionan a servicios públicos no atendidos por el estado o respecto a necesidades no satisfechas; en varias ocasiones se aprovecha la consulta previa como un mecanismo de democracia directa para llegar a acuerdos con el estado. La falta de representación de las comunidades indígenas es un problema estructural de la sociedad peruana y la sentencia de la Corte Suprema, junto a la consulta previa son un punto de inicio para poder reivindicar a ese Perú profundo andino, de campo rural, que mientras no tenga resueltas sus necesidades y sus demandas; generará que nuestro país siga teniendo un escenario muy parecido a lo que hemos visto en las últimas elecciones.

Es necesario tener claro que los pueblos indígenas no están en contra del Estado o del ordenamiento jurídico como tal; sino que existe una oposición a este ordenamiento, que le niega la posibilidad de defenderse en su propio idioma, de reivindicar sus instituciones jurídicas, incluso no se les permite

hacer justicia; ya que, viene la justicia ordinaria y le enmienda la plana. Además, se les impide llegar a consensos y acuerdos sobre su territorio, sobre actividades que eventualmente los enferman y terminan costándoles la vida. Esa es la realidad de una buena parte del Perú, de acuerdo con el censo del 2017, donde se evidenció que la cuarta parte de la población peruana es indígena.

Existe un enorme problema respecto a la falta de autoestima como ciudadanos peruanos, debido a este racismo y a la discriminación estructural que rige nuestro sistema social. Sin embargo, este tema no se resuelve solo por parte de los abogados, es una cuestión interdisciplinaria, que probablemente dentro de los próximos años será materia de análisis.

Elecciones Regionales y Municipales (RM-2022): entre las reformas políticas y contrarreformas*

José Andrés Tello Alfaro**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Cambios generados por la Reforma Política / 3. Las Reformas Políticas inconclusas / 4. ¿Reforma o contrarreforma? / 5 Las elecciones primarias / 6. La Contrarreforma / 7. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Actualmente se está atravesando una coyuntura muy particular, además de la proximidad con las contiguas elecciones, las mismas pretenden renovar la representación dentro de las instancias de gobierno regionales y municipales en el mes de octubre de 2022. Sin embargo, la política se encuentra en una situación donde el Poder Ejecutivo y Legislativo presentan relevantes discrepancias en base a la polarización de ideologías, la cual se produjo a raíz de un evento reciente presentado en el Perú.

Asimismo, es preciso hablar de las reformas y contrarreformas para conocer el escenario de las elecciones regionales y municipales que se está desarrollando en vías al 2022. Además, es necesario considerar la reforma generada hace 5 años, donde fue claro que el proceso quedó inconcluso. Esta reforma estuvo compuesta por tres momentos importantes: año 2017, 2018 y 2019 (el tercer momento relevante del año 2019 será discutido en el siguiente título.)

En el primer momento, ocurrido en 2017, se considera que fue una consecuencia de las elecciones del año 2016. En dicha situación se contó con

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Magíster en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Buen Gobierno y Procesos Electorales por la Universidad de Piura. Becario de la fundación Konrad Adenauer. Actualmente es consultor independiente, investigador y miembro del Instituto Peruano de Derecho Electoral. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

una mayoría parlamentaria que no pudo consensuar con el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski, tal es así que se evidenció un caos político que no fue ajeno a los ojos de la ciudadanía. Producto de ello se tuvo disfunción del parlamento, elección complementaria de congresistas, la renuncia de dos presidentes en momentos próximos, la vacancia de un presidente y la transición de uno nuevo para el cierre de ese periodo. Además de ello, dentro de este periodo de transiciones se creó un quinquenio accidentado.

Fue claro que el gobierno de Martín Vizcarra tuvo una multitudinaria aceptación ciudadana. Asimismo, es necesario señalar que en este periodo de gobierno se desarrolló la contrarreforma política de 2017, en aras de generar un cambio dentro del sistema electoral. Para ello se dieron normas y leyes con la finalidad de desarrollar este cambio en el año 2018, ya que en ese año se desarrollaron las próximas elecciones, a excepción del principio de intangibilidad normativa. Posteriormente, se desarrollaron las reformas políticas del año 2018.

Luego, están las reformas políticas del año 2018, las cuales son de carácter constitucional y se originan dentro del Poder Ejecutivo, donde (i) la primera norma de financiamiento de partidos políticos se generó por el Poder Legislativo; (ii) la segunda norma vinculada con la Junta Nacional de Justicia, bajo el mando del Poder Ejecutivo; y finalmente, (iii) la tercera norma de impedimento de reelección inmediata de los congresistas dada por el Poder Ejecutivo acompañado de una comisión de alto nivel. Asimismo, tuvo lugar una cuarta reforma constitucional sobre la bicameralidad legislativa, pero solo las tres mencionadas anteriormente fueron aceptadas en la votación realizada por el Congreso.

2. Cambios generados por la Reforma Política

El proceso de reforma política puso a prueba al Poder Ejecutivo por medio de la comisión de alto nivel, que en esa época representaba una etapa complicada en el Perú. En ese contexto, el gobierno de Martín Vizcarra cometió el error de priorizar seis de doce Proyectos de Ley; sin embargo, posteriormente se podría reingresar estas propuestas de proyectos de Ley.

Posterior a este análisis, resulta necesario mencionar que la contrarreforma se ocasionó por el expresidente Martín Vizcarra, pues se pensaba de manera absolutamente política y de cálculo, optándose por esta reforma política sin tener solidez de decisión. En ese sentido, actualmente se tiene un proceso de reforma incompleto que experimenta el tránsito hacia la aplicación de la normatividad electoral en función del principio de intangibilidad normativa. Dicha intangibilidad aparece luego de las elecciones

de disolución del parlamento, pues se brinda ultraactividad a la normativa ya derogada por las reformas políticas que se hicieron en cuanto a los seis proyectos, de los cuales cuatro se convirtieron en ley en agosto del año 2019 y solamente cuatro fueron parte de la reforma de doce.

Sin embargo, se aplicó solamente una de las cuatro reformas aprobadas. En ese sentido, surgió el principio de intangibilidad normativa aplicable para las Elecciones Congresales Extraordinarias del 2020, pues el proceso se llevó con normas derogadas con más de un año de antigüedad a la elección. Además, con la aplicación de solamente una norma de estas cuatro reformas dadas en el año 2019 se modifica el Código Penal (CP) en su artículo 359, porque se entendía que no era una norma electoral, sino de origen penal. Pese a la importancia de esto, es necesario advertir que en ese ínterin el Perú tiene una normatividad que no permite que el sistema de partidos políticos se purifique, porque no es una elección general sino una congresal extraordinaria.

A las elecciones generales 2021 se llegó con veinticuatro partidos políticos, lo cual generó una sobrecarga de ellos en el contexto del Covid-19; este hecho acontecido impactó a la sociedad porque se generó una normativa especial que se aplicó para procesos de Elecciones Generales 2021.

3. Las Reformas Políticas inconclusas

Existe la posibilidad de establecer un proceso político con miras a las elecciones regionales y municipales del año 2026, año en el cual, de mantenerse el periodo de mandato de cuatro y cinco años respectivamente, para autoridades subnacionales y nacionales, se tendría un panorama complejo a causa de que las elecciones se cruzan.

En el mes de abril del año 2006 se dieron las elecciones generales, pero en esa época las elecciones regionales y municipales de noviembre del mismo año se presentaron con complejidad, puesto que ni siquiera los participantes de este proceso pudieron presenciar las decisiones de proceso electoral. No obstante, cabe mencionar que en la actualidad este proceso se ha vuelto cada vez más difícil, tanto que es entre tres a cinco veces más extenso.

4. ¿Reforma o contrarreforma?

La única contrarreforma existente es la desarrollada por Martín Vizcarra en el año de 2019, quien priorizó seis de doce proyectos con la finalidad de facilitar la existencia de alguna coincidencia con el Congreso. Claramente este hecho podría retomarse; por ello, debe medirse el hecho de (i) exten-

der los plazos electorales; y, (ii) establecer un parámetro para el propio día de la elección que necesita un marco legal —como es el extender la jornada siete de la mañana hasta la cinco de la tarde—. Pero antes de ello, se debe considerar la actual situación del Parlamento, el cual se sitúa en una situación de equilibrio, puesto que ya no se cuenta con las mayorías Fujimoristas dentro del Congreso, y, en su lugar, se hace presente una reunión de diferentes partidos dentro del Congreso, entre ellos: Perú Libre (que actualmente es una bancada numéricamente con posibilidad de alianza), Somos Perú, el Partido Morado, el Partido Juntos por el Perú, etc.

También se evidencia un mayor equilibrio dentro del Poder Ejecutivo; este se encuentra liderando un proceso de reforma política complementado con un proceso de reforma constitucional integral, la cual tiene una oposición que rechaza una reforma constitucional total. Cabe mencionar que ambas propuestas son inconstitucionales, es decir: tanto aquellos que quieren realizar una Asamblea Constituyente como los que se encuentran equivocados por la falta de interpretación del propio mecanismo de control ciudadano o de participación ciudadana. Ello debido a que existe una dualidad en cuanto a la participación ciudadana: el primero es el control y, el segundo, la participación en sí misma. En este caso, se orienta a la participación ciudadana porque es la iniciativa de la reforma constitucional.

Existe la peregrina idea, discutida por el congresista Quito y Lucas Gheresi, de acceder directamente a un *referéndum*; sin embargo, esta es una idea equivocada, puesto toda reforma constitucional debe pasar por la aprobación del Congreso. Esto se encuentra en el artículo 206 de la Constitución Política del Perú y la norma de desarrollo constitucional que declara orientar la norma hacia ese punto. Adicionalmente, surge una mejor explicación apoyándose de la Ley N° 26300, la que precisa cuál es la dirección y determina que el Parlamento es el que observa y vela cualquier Reforma Constitucional.

El Congreso puede aceptar y cambiar drásticamente el contenido, e incluso rechazar la propuesta. En los dos últimos escenarios puede presentarse el caso de pasar a un *referéndum* ciudadano, siempre y cuando se cumpla con la obtención del 0.3% de la población que lo haya solicitado y que se complete el 10% del padrón de la última elección nacional. Por ende, ambas propuestas afectan el artículo 32 de la Constitución y la Ley N° 26300, en los que se menciona que no se puede llevar a referéndum temas de tributación, temas de presupuesto ni temas que afecten derechos humanos.

En concreto, cuando Lucas Gheresi determina que se tiene que mantener el Estado de Derecho y no debe realizarse una Asamblea Constituyente, se

debe analizar el negacionismo del ejercicio del derecho a la participación política. Es evidente que se ignora lo establecido en el artículo 31 y en el artículo 2 numeral 17 de la Constitución, debido a que su iniciativa limita y obstruye el derecho a la participación política, siendo este hecho inconstitucional y contraviniendo el artículo 32 de la norma fundamental.

Por otro lado, la propuesta del congresista Quito, se refiere a una Constitución producto de una Asamblea Constituyente, en donde participan las organizaciones políticas. Tal parece que no se toma en cuenta que la participación sería tan amplia que el sistema colapsaría, puesto que las organizaciones políticas enmarcan a los partidos y movimientos políticos. Actualmente se cuenta con diez partidos y con ciento cincuenta y ocho movimientos; es así como se genera una importante extensión dentro del proceso electivo, además de la afectación al derecho de ser elegido, el cual es un derecho constitucional y fundamental en todo el mundo.

Es necesario señalar que en ambas propuestas se vulneran derechos fundamentales como son el (i) derecho a la participación ciudadana; y, (ii) el derecho al sufragio. Asimismo, se puede precisar que este último derecho puede ser activo y pasivo, es decir, en derecho de elegir y derecho a ser elegido, respectivamente.

También es necesario señalar que una de las problemáticas actuales que se presentan es que las diferentes autoridades electorales prefieren no abordar estos temas, contribuyendo —de esta manera— a un escenario en el que las cosas no están claras. Por tal motivo, más adelante se le dijo al congresista Quito que su propuesta no era viable, porque contraviene el artículo 32 de la Constitución y, de otro lado, se le dijo a Lucas Garcí que su proyecto era inconstitucional. Desde la perspectiva ciudadana, se pueden observar dos posturas distintas: muy políticas y que no tienen un orden, pero es lo que acontece en el presente escenario enrevesado del Perú.

5. Las elecciones primarias

Las elecciones primarias para el 2022 presentarán muchos déficits, entre los que se encuentra la pandemia, cuyo desarrollo está siendo controlado por el proceso de vacunación. Otro aspecto importante es el costo del proceso electoral, el cual asciende a S/.300 000 000; ello se debe a la situación crítica que atraviesa la economía del país y, con ello, a la necesidad de aún más presupuesto para hacer las gestiones necesarias y garantizar un proceso electoral durante la pandemia.

Ergo, es importante señalar que no es una contrarreforma el acto de suspender las elecciones primarias. Este no es un tema de imposición desde

el gabinete porque no se conoce lo que significa una vida partidaria, proselitismo y la actividad de campo; más aún con el adormecimiento que presentan los partidos. Por lo tanto, no será fácil manejar la ausencia de las elecciones primarias.

6. La Contrarreforma

La Contrarreforma significa dejar sin efecto la valla electoral nueva que se ha colocado respecto a la participación política de los partidos y movimientos. Esto se observa en el artículo 13-A de la Ley N° 28094, Ley de Organizaciones Políticas, donde se menciona que los partidos políticos tienen que participar en tres quintas regiones del país (considerando que en total son 15 regiones); tienen que participar en la mitad de las provincias (considerando que son 98 en total); y también tienen que participar en un tercio de los distritos (son en total, aproximadamente 550). Es decir, la aplicación de estos parámetros, teniendo en cuenta la coyuntura actual, es muy compleja.

Tal es así que, dentro de la coyuntura, se cuenta con la presencia limitada de los partidos políticos, así como de movimientos, dentro de los cuales 50 de los 158 ya se encuentran en adecuación antes del 31 de julio. Por otro lado, es menester señalar que existe una cantidad considerable de organizaciones políticas que tienen multas electorales, y ello les impide adecuarse. No obstante, es necesario señalar que **no equivale a una contrarreforma la suspensión de elecciones primarias**, ya que aquellos que toman las decisiones no están realizando proselitismo ni se encuentran en las calles.

En conclusión, la única contrarreforma que ha existido es la desarrollada por Martín Vizcarra; sin embargo, actualmente esto —que mal se ha llamado contrarreforma— es un alza de la voz para que tanto los partidos como los movimientos políticos puedan ser escuchados, así como demás sectores sociales que han sido afectados por la coyuntura.

7. Respuestas a las preguntas del público

7.1 ¿Considera que existen partidos políticos que justifiquen gastar los 300 millones de soles por parte del Estado para las elecciones regionales y municipales? ¿Qué debería hacerse para que no existan ese tipo de fenómenos pseudo políticos o pseudo partidos en el Perú?

Los partidos políticos son buenos. Es importante mencionar que los partidos políticos, así como los movimientos políticos, son absolutamente

relevantes por su solidez. Es claro que el financiamiento de los partidos políticos es esencial para evitar que ingrese dinero de particulares para dicho financiamiento y así evitar la corrupción. Sin embargo, es importante conocer que los movimientos políticos no tienen ningún tipo de financiamiento al ser observado que estos no tienen representación, y ello debería ser evaluado. Por tal motivo deberían desarrollarse controles en base a la transparencia.

Asimismo, en siglos anteriores existió complicaciones para la fiscalización de los ingresos de dinero para financiamiento de particulares. En la actualidad, con la presencia de 158 intervinientes dentro de los procesos electorales, dentro de ellos partidos políticos y movimientos políticos, esta labor se vuelve mucho más compleja. Pese a ello, esto no se justifica, ya que no se trata de aplicar por aplicar una norma dentro de los procesos electorales.

7.2. ¿Considera que esta contrarreforma se extenderá a próximos procesos electorales? ¿Cuáles serían las consecuencias de ello?

Actualmente no existe una contrarreforma, esto existió únicamente en el gobierno de Martín Vizcarra al priorizar 6 de 12 proyectos de ley, pues las reformas no son parciales, sino completas. Existe la necesidad de tocar temas y entender que hay tiempos que son los que —finalmente— van a ser mandatorios para la aplicación de este tipo de normatividad. En consecuencia, es oportuna la aplicación de las elecciones primarias en la actualidad debido al costo que tiene, según lo observado en la experiencia argentina, y, además, por la necesidad de que los partidos políticos se fortalezcan.

Existencia y validez sustantiva de las normas. A propósito de la distinción entre la derogación y la declaración de inconstitucionalidad*

Lily Ku Yanasupo**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El Derecho / 3. El sistema normativo / 4. La norma jurídica / 5. Normas sobre la producción jurídica / 6. La derogación normativa / 7. La declaración de invalidez sustantiva / 8. Control constitucional de normas derogadas / 9. Conclusiones / 10. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

El presente tema de la teoría del derecho, que está vinculado con la práctica jurídica, tiene que ver con la forma cómo concebimos el sistema normativo y cómo este cambia o se modifica según el tipo de autoridad y las competencias constitucionales que estos pueden ejercer para ello, como son la derogación y la declaración de invalidez sustantiva de las normas, o también conocida como la declaración de inconstitucionalidad.

En estos dos actos jurídicos, y en sus distinciones, nos enfocaremos en la presente disertación.

2. El Derecho

Dar cuenta del derecho o del fenómeno jurídico pasa por responder una serie de preguntas vinculadas con sus propiedades esenciales o necesarias, las cuales lo hacen tal y le dan identidad. No obstante, las herramientas metodológicas para embarcarse en esta tarea son diversas, y esto hace que el estudio del objeto de la teoría del derecho sea un asunto complejo.

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Máster en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional por la Universidad de Génova - Italia, y Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con un diploma en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá de España. Actualmente es comisionada de la Defensoría del Pueblo de Perú. Correo electrónico: lku@puccp.pe.

En cualquier caso, respondernos “¿qué es el derecho?”, requiere siempre que partamos de un análisis conceptual (o de conceptos), como lo requiere en general la resolución de cualquier problema filosófico.

Una teoría del derecho tiene como objeto de estudio el derecho, y las herramientas metodológicas que se empleen —sea a través del análisis conceptual, de posturas esencialistas o un método interpretativo— deben ayudarnos a alcanzar la mejor aproximación al entendimiento general y sistemático del derecho.

Ahora bien, el hecho de que existan diversos conceptos sobre el derecho, es decir, que este se caracterice por un *pluralismo conceptual*, puede ser consecuencia de este afán que tiene el teórico del derecho de presentar una imagen cada vez más precisa del sistema normativo y de la realidad jurídica existente.

En ese sentido, el derecho —desde una perspectiva general— es un concepto social que se refiere al ámbito de lo jurídico. Si bien el derecho suele observarse como un sistema que agrupa un conjunto de normas con carácter prescriptivo y que están coherentemente relacionadas, el sistema normativo no representa en su totalidad el derecho, ya que este puede abarcar otros actos con valor jurídico que no necesariamente son normas. Entonces, cuando hablamos del sistema normativo nos estamos refiriendo en concreto al conjunto de enunciados que conectan casos con soluciones.

Desde otras posturas académicas, el derecho también puede ser entendido como un macrosistema, y el conjunto de normas que se aplica para resolver un caso puede reconstruirse como un microsistema. Cada microsistema puede conformarse por normas vigentes o por normas que ya no integran ningún sistema de la secuencia que conforma el derecho vigente, ya que las normas derogadas siguen formando parte del derecho.

3. El sistema normativo

El sistema normativo consiste en un conjunto de enunciados que tiene (algunas) consecuencias normativas (para algún universo de casos y algún universo de soluciones). En ese sentido, su función es establecer correlaciones entre casos y soluciones, de acuerdo a la conceptualización que nos brindan los filósofos jurídicos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (en adelante me referiré a estos autores como A&B).

4. La norma jurídica

Una pieza clave para el funcionamiento de los sistemas normativos son las normas jurídicas, entendidas estas como entidades o expresiones lin-

güísticas que correlacionan casos (circunstancias fácticas) con soluciones (consecuencias jurídicas).

Dicha definición no debe afectar el carácter ontológico de las normas jurídicas, en el sentido que el proceso de producción de las normas consiste en un acto pragmático cuyo resultado, es decir, la formulación normativa, tiene un lado sintáctico y otro semántico.

En efecto, tal como nos plantea el profesor Ricardo Guastini, el problema ontológico de las normas encierra dos cuestiones, el de la naturaleza y el de la génesis de las normas. La posición de este autor es que las normas son significados que solo adquieren existencia por medio de actos de lenguaje.

Sobre la naturaleza de las normas dicho autor nos plantea una *concepción semántica (o hilética)*, para la cual las normas existen independientemente de cualquier hecho empírico. Es decir, las normas son los significados de enunciados usados para prescribir, entidades abstractas similares a una proposición, pero que no deben ser confundidas con ella o con el enunciado que la expresa.

Sobre la génesis de las normas Guastini adopta una *concepción pragmática (o expresiva)*, para la cual el contenido semántico de un acto de prescripción es una proposición, por lo que desde esta concepción se identifican normas con proposiciones. Esto trae a colación las normas para la producción jurídica, pues es una convicción positivista que “no existen normas -sean morales o jurídicas- sin actos de producción de normas”, con lo cual “la existencia de cualquier norma depende, en última instancia, de un acto de producción normativa”.

En cuanto a este último punto, debemos tener presente que las conductas reguladas -es decir, aquellas que están contenidas en normas válidamente aprobadas por la autoridad y que, por ende, pertenecen al sistema normativo- permiten suponer que previamente el legislador ha valorado las razones para determinar las propiedades relevantes que configuran dichas conductas. Sin embargo, esto no debe llevarnos a pensar que todo aquello que no está regulado por norma es jurídicamente irrelevante, es indiferente para el derecho o constituye una laguna normativa.

Conviene también tener presente que el proceso de determinación de las propiedades relevantes para regular una conducta, es un problema subjetivo, valorativo o axiológico que atañe exclusivamente al legislador. Una vez que se han determinado los casos posibles, las conductas a que estos

casos se refieren se regulan a través de normas, pudiendo ser prescritas como obligatorias, prohibidas o permitidas.

En este tema me parece importante volver a incidir en que la tarea legislativa para la construcción de las normas, consiste en una labor dinámica, es un proceso que conlleva una amplia ponderación de intereses; pero también es necesario volver a mencionar que la existencia de conductas reguladas no determina la irrelevancia de las conductas no reguladas, en tanto estas no han sido sometidas (todavía) a la valoración del legislador.

Me parece que los conceptos de relevancia prescriptiva y descriptiva desarrolladas por A&B, nos permitirán distinguir con mayor facilidad entre conductas reguladas y no reguladas. Al respecto, estos autores señalan que una propiedad es relevante en el *sentido descriptivo* cuando se afirma un estado de cosas que de hecho se da; en cambio, una propiedad es relevante en el *sentido prescriptivo* cuando se afirma que un estado de cosas debe o debería darse. Para graficar esta situación, por ejemplo, diremos que las lagunas axiológicas suponen la existencia de una propiedad relevante en sentido prescriptivo para el caso en cuestión, aunque esta propiedad sea irrelevante en el sentido descriptivo para el sistema considerado.

Otro aspecto importante a considerar sobre las normas jurídicas, son los criterios de pertenencia y validez sustantiva a través de los cuales es posible identificar qué contenidos pertenecen al sistema normativo, y de esta manera determinar su identidad y estructura.

En general, la promulgación de una norma por el órgano competente para regular determinadas conductas, sería condición suficiente para que se considere que dicha norma “pertenece” al ordenamiento jurídico y goza de “validez formal”. La derogación es un acto normativo específico que también nos permite saber qué normas se encuentran vigentes (en tanto estas pueden ser derogadas o delimitadas en su aplicabilidad por la autoridad normativa).

También se debe distinguir entre criterios de validez y criterios de interpretación. Como hemos dicho, los criterios de validez permiten identificar -en principio- qué contenidos pertenecen al sistema normativo; en cambio, los criterios de interpretación permiten hacer explícitos los múltiples significados de un texto normativo a través de técnicas de razonamiento.

Sobre los criterios de interpretación, es preciso tener clara la diferencia entre “texto” (enunciado) y “norma” (significado).

En ese sentido, si bien como producto de un acto de interpretación podemos determinar que una norma es necesaria o indispensable para resolver un determinado caso, esto no quiere decir que ella (la interpretación) forme parte del sistema normativo, es decir, y tal como señala la profesora Cristina Redondo, no cualquier norma relacionada a los textos jurídicos es sin más una norma que pertenece al sistema.

Lo anterior puede llevarnos a la confusión de concebir al derecho como un sistema deductivo, o un conjunto de significados expresados en determinados textos, el cual contiene todas sus consecuencias lógicas. Esta no es una cuestión pacífica desde el punto de vista doctrinal, pues el modelo de deducibilidad considera que la aplicación de razonamientos lógicos válidos constituye un criterio de pertenencia al sistema normativo, y esta comprensión de cómo funcionan los sistemas normativos no se corresponde con la práctica jurídica.

Una clásica discusión al respecto, de arraigo positivista, es creer que a través de las técnicas de interpretación -como la tesis de la ponderación-, es posible extraer significados que tienen la categoría de normas válidas y que pertenecen al sistema normativo, aun cuando estas no han sido aprobadas por la autoridad y el procedimiento correspondiente.

Hablamos del conflicto que suele presentarse entre la labor que realiza el juez constitucional cuando interpreta los derechos, y la labor que cumple el legislador democrático cuando crea las normas. Es entonces cuando surge la pregunta ineludible de si ¿los jueces a través de la interpretación pueden crear derecho?

Finalmente, corresponde tener en consideración los atributos de las que gozan las normas que pertenece al sistema normativo. En ese sentido, una norma perteneciente al sistema goza de *existencia*, tiene *fuera vinculante* y es *aplicable* a los casos que se encuentran dentro de su ámbito de regulación, salvo que la autoridad haya postergado su vigencia. También se trata de normas que poseen *eficacia fáctica*, en el sentido que son razones para la acción, pudiendo guiar el comportamiento de los sujetos (ser efectivas) como no (la mera conformidad entre normas y conductas no proporciona información sobre las verdaderas motivaciones de los sujetos).

5. Normas sobre la producción jurídica

Como hemos visto, las normas que pertenecen al sistema normativo son aquellas que han sido aprobadas cumpliendo con las *normas sobre la producción jurídica*, también llamadas normas secundarias o constitutivas que disciplinan la creación de leyes.

Dichas normas pueden establecer condiciones de existencia jurídica de la fuente en cuestión o de validez formal, o establecer condiciones de validez sustantiva. Se consideran constitutivas porque no es posible definir la legislación sin mencionar tales normas.

El sistema de las normas sobre la producción jurídica se integra por normas formales y normas sustanciales, siendo las siguientes:

- Normas que confieren poderes: adscriben a un determinado sujeto el poder de crear una cierta fuente del derecho. Ej.: Art. 107° de la Constitución.
- Normas procedimentales: regulan las pautas para crear una fuente del derecho. Ej.: Art. 108° de la Constitución.
- Normas que acotan el ámbito del poder conferido: determinan qué materias se pueden regular a través de cierta fuente del derecho. Ej.: Art. 118°, inciso 19, de la Constitución.
- Normas que reservan una materia determinada a una cierta fuente: ninguna otra fuente puede regular esta materia ni tampoco es posible delegar dicha regulación. Ej.: Art. 106° de la Constitución.
- Normas relativas al contenido de la legislación: ordenan o prohíben al legislador emanar leyes provistas de un cierto contenido. Ej.: Art. 103° de la Constitución.

5.1. Sobre la existencia de las normas

Una norma jurídica existe cuando es creada de conformidad con algunas normas sobre la producción jurídica. La existencia de la norma en este caso es consecuencia de su vigencia y pertenencia al sistema normativo.

El Tribunal Constitucional ha precisado en su jurisprudencia (Exp. 00017-2005-PI/TC, FJ 4 y 5) que para que una norma jurídica se encuentre vigente, solo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico (Arts. 51°, 108° y 109° de la Const.).

Una norma vigente goza de validez formal, es aplicable y produce efectos jurídicos. No obstante, no toda norma vigente es una norma válida en sentido sustantivo (Exp. N° 0017-2005-PI/TC, FJ 3).

5.2. Sobre la validez sustantiva de las normas

Una norma jurídica es válida en sentido sustantivo cuando es conforme con todas las normas sobre la producción jurídica (es decir, las que gobiernan su creación y predeterminan su contenido normativo).

La validez sustantiva hace principalmente alusión a la compatibilidad de las normas con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores.

A diferencia de la validez formal de las normas, existe una presunción de validez sustantiva que subsiste en tanto no se expida un acto jurisdiccional que declare dicha invalidez (Exp. N° 0014-2003-AI/TC, FJ 15).

6. La derogación normativa

La derogación es un acto normativo del legislador que consiste en dejar sin vigencia una norma. Su finalidad —como refiere Josep Aguiló Regla— es el cambio normativo para evitar los inconvenientes de un sistema jurídico estático.

La derogación ataca los aspectos formales de la existencia de la norma, mas no su validez sustantiva. Por ende, no afecta la pertenencia de la norma al ordenamiento jurídico, pero su aplicabilidad quedará restringida a determinados supuestos.

En ese sentido, las normas derogadas siguen formando parte del ordenamiento jurídico, es por ello que estas pueden tener efectos ultractivos (Exps. N° 00004-2004-AI/TC y acumulados, FJ 2).

7. La declaración de invalidez sustantiva

La invalidez material de una norma puede ser declarada por su objeto (la materia disciplinada) o por su contenido (la forma en que dicha materia ha sido regulada).

Esta declaración solo puede ser dada por el órgano jurisdiccional competente, cuyo control —como señala Aguiló Regla— tiene por finalidad la conservación del sistema.

Por tanto, una norma sustancialmente inválida es anulable, es decir, posible de ser declarada inconstitucional. Pero, mientras no sea así, dicha norma se encuentra vigente, goza de validez formal y de los atributos que ello conlleva.

La declaración de invalidez sustantiva de la norma tiene como efecto su expulsión del ordenamiento jurídico, esto implica que deja de pertenecer

al sistema normativo y no puede volver a aplicarse en la resolución de ningún caso.

En el siguiente cuadro se pueden apreciar mejor las diferencias principales que hemos mencionado entre un acto de derogación y una declaración de inconstitucionalidad:

DEROGACIÓN	DECLARACIÓN DE INVALIDEZ
<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Es un acto legislativo. <input type="checkbox"/> Ataca la vigencia de la norma, pero no su pertenencia al sistema. <input type="checkbox"/> Constituye la aplicación de la ley posterior. <input type="checkbox"/> Su finalidad es el cambio normativo. <input type="checkbox"/> Tiene efectos <i>ex nunc</i> (a futuro). <input type="checkbox"/> Admite la ultractividad. 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Es un acto jurisdiccional. <input type="checkbox"/> Ataca la validez sustantiva de la norma provocando su expulsión del sistema. <input type="checkbox"/> Constituye la aplicación de la ley superior. <input type="checkbox"/> Su finalidad es la conservación del sistema. <input type="checkbox"/> Puede tener efectos <i>ex tunc</i> (retroactivos). <input type="checkbox"/> No admite la ultractividad.

Finalmente, se observa que las normas derogadas puede ser pasibles de aplicación ultractiva, con lo cual estas siguen surtiendo efectos hacia adelante. Esto hace que nos preguntemos válidamente si una norma derogada por el legislador, puede ser materia de control constitucional por el órgano jurisdiccional competente.

8. Control constitucional de normas derogadas

El Tribunal Constitucional dictó en el año 2005 una sentencia emblemática sobre el tema (Exp. N° 00019-2005-PI/TC), en la cual analizó la validez de la Ley N° 28568 que modificaba el Art. 47° del Código Penal, y asimilaba el tiempo de la detención preliminar, preventiva y domiciliaria con el tiempo de la pena impuesta, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Dicha ley, también conocida como la “ley Wolfenson”, se dictó para beneficiar a los dueños de los medios de prensa que habían vendido su línea editorial al fujimontesinismo y habían incurrido en actos de corrupción, tal como las y los peruanos pudimos apreciar en los “vladivideos”. La norma permitía que dichos dueños que habían sido sentenciados por conductas delictivas en el contexto señalado, pudiesen computar como prisión “efectiva” el tiempo que habían estado en arresto domiciliario.

Si bien la norma fue derogada durante el trámite del proceso de inconstitucionalidad contra ella, no era posible obviar que durante su vigencia se habían presentado y resuelto diversas solicitudes de excarcelación, por lo que los dueños de dichos medios de comunicación ya habían sido beneficia-

dos con la aplicación de la norma.

No obstante, ya el Tribunal Constitucional había establecido algunos criterios en su jurisprudencia (Sentencias 00004-2004-AI/TC, fundamento 2; 00045-2004-AI/TC, fundamentos 10-13), señalando que la norma derogada puede ser sometida a un juicio de validez a través de un proceso de inconstitucionalidad, en dos supuestos:

- Cuando la norma continúa desplegando sus efectos, y
- Cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, en casos de materia penal o tributaria.

En ese sentido, dicho Tribunal reiteró que la declaración de inconstitucionalidad —a diferencia de la derogación— anula los efectos de la norma —o lo que es lo mismo— su capacidad reguladora, por lo que, una vez declarada su inconstitucionalidad, será imposible aplicarla.

En consecuencia, se declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, ordenando que ningún juez aplique la norma por haber cesado en sus efectos; así como, se ordenó que las solicitudes en trámite o que todavía no hayan sido resueltas para que la norma se aplique sean desestimadas, y que los medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en los que se haya aplicado la norma se declaren fundados.

De esta manera, el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia remarcó la distinción entre una derogación (que es un acto puramente legislativo) y una declaración de inconstitucionalidad (que es un acto puramente jurisdiccional), lo que muchas veces genera confusiones sobre el objeto del control constitucional, que es cautelar la primacía de la Constitución y no la innovación del sistema normativo que es una tarea que exclusivamente le compete al legislador. Una demostración clara de esta distinción es la posibilidad misma de que las normas derogadas puedan someterse a un control constitucional.

Ahora bien, es necesario tener presente que no en todos los casos el Tribunal analiza la constitucionalidad de una norma derogada y —obviamente— no lo hace en los casos en los que no se cumple con los supuestos mencionados anteriormente, como —por ejemplo— que la norma derogada durante su vigencia no haya sido aplicada, pudiendo dar cabida a una declaración de improcedencia por la sustracción de la materia.

Dicha situación se dio con el Exp. 00004-2020-PI/TC, proceso de inconstitucionalidad en el cual se analizó la validez del Decreto de Urgencia 014-2020 que regulaba disposiciones generales necesarias para la negociación colectiva en el Sector Público.

Dicho decreto decía establecer disposiciones generales, pero en la práctica pretendía reglamentar los distintos niveles de negociación colectiva en el Sector Público, con lo cual se dejaban un exiguo margen de decisión a las partes, por lo que se trataba de una norma restrictiva que privilegiaba el principio de equilibrio presupuestal y desnaturalizaba un derecho fundamental de carácter social.

Esta norma también fue derogada durante el trámite del proceso de inconstitucionalidad, sin que haya sido aplicada en procesos de negociación colectiva en el Estado, por lo que en este caso el Tribunal reiteró su jurisprudencia para precisar que en un proceso de inconstitucionalidad se produce la sustracción de la materia cuando:

“la cesación de la vigencia temporal [de las disposiciones impugnadas] es acompañada de la cesación de la aplicabilidad de dichas disposiciones; en particular, a los hechos y situaciones jurídicas aún no agotadas que se hayan realizado durante el lapso en que aquellas estuvieron vigentes (Sentencias 00005-2001-AI/TC, fundamento 1. in fine; 00004-2004- AI/TC, fundamento 2; 00004-2007-PI/TC, fundamento 9, y 00024-2010- PI/TC, fundamento 3, entre otras).”

En ese sentido, se declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad al haberse establecido que la norma fue derogada, que no sigue surtiendo efectos y que ha cesado la inconstitucionalidad por omisión al haberse expedido la Ley N° 31188 que regula el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva en el ámbito público.

9. Conclusiones

- El derecho es un concepto social que se refiere al ámbito de lo jurídico. Suele observarse como un sistema que agrupa un conjunto de normas con carácter prescriptivo que están coherentemente relacionadas.
- El sistema normativo no representa en su totalidad el derecho, sino el conjunto de enunciados que conectan casos con soluciones.
- El proceso de producción de las normas consiste en un acto pragmático cuyo resultado, la formulación normativa, tiene un lado sintáctico y otro semántico.

- Los criterios de validez de las normas nos permiten identificar —en principio— qué contenidos pertenecen al sistema normativo.
- Los criterios de interpretación de las normas nos permiten hacer explícitos los múltiples significados de un texto normativo a través de técnicas de razonamiento.
- Las normas que pertenecen al sistema son aquellas que han sido aprobadas cumpliendo con las normas sobre la producción jurídica. Estas se integran por normas formales y normas sustanciales.
- Una norma jurídica existe cuando es creada de conformidad con algunas normas sobre la producción jurídica. La existencia de la norma en este caso es consecuencia de su vigencia y pertenencia al sistema normativo.
- Una norma jurídica es válida en sentido sustantivo cuando es conforme con todas las normas sobre la producción jurídica.
- La derogación ataca los aspectos formales de la existencia de la norma, mas no su validez sustantiva. Por ende, no afecta la pertenencia de la norma al ordenamiento jurídico, pero su aplicabilidad quedará restringida a determinados supuestos.
- Una norma sustancialmente inválida es anulable, es decir, pasible de ser declarada inconstitucional. Pero, mientras no sea así, dicha norma se encuentra vigente, goza de validez formal y de los atributos que ello conlleva. La declaración de invalidez sustantiva tiene como efecto la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico.
- La norma derogada puede ser sometida a un juicio de validez a través de un proceso de inconstitucionalidad: 1) cuando la norma continúa desplegando sus efectos, y, 2) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, en casos de materia penal o tributaria.

10. Respuestas a las preguntas del público

10.1 Es posible que el Tribunal Constitucional someta a control constitucional una norma derogada y que producto de ello confirme su constitucionalidad, ¿ello tiene algún efecto en la validez o aplicabilidad de la norma?

Se entiende que cuando el Tribunal Constitucional evalúa la constitucionalidad de una norma derogada, lo hace porque hay indicios de que está —en efecto— generando situaciones antijurídicas y vulnerando preceptos constitucionales. Es decir, es poco probable que el Tribunal ingrese al tema de fondo si no tiene suficientes indicios de esta presunta vulneración por parte de la norma derogada, y es por ello que se han establecido criterios previos para ingresar al análisis de los casos.

Asimismo, una norma derogada que no es declarada inconstitucional, es decir, que sigue siendo constitucional, no es que recobra su vigencia por ello, sino que se mantiene derogada por efecto de un acto legislativo, condición bajo la cual —como vimos— puede tener efectos ultractivos.

En este punto hay que recordar que una norma puede ser derogada por el legislador, no necesariamente porque es inconstitucional, sino porque simplemente el supuesto de hecho o los aspectos que ella regula han cambiado en el tiempo o dejaron de existir, por lo que en estos casos —tal como dijimos— la finalidad de la derogación es innovar el sistema normativo.

10.2 ¿Existe alguna posibilidad de que el Tribunal Constitucional, a través de una acción de inconstitucionalidad, devuelva al sistema una norma que se encuentra derogada o eso es imposible?

Esta cuestión sería demasiado controversial, pues el control constitucional de las normas derogadas no tiene por objeto que estas recobren su vigencia, sino que el Tribunal evalúe si la aplicación de las mismas —en el tiempo que estuvieron vigentes o por efecto ultrativo— dieron pie a situaciones antijurídicas.

Por otro lado, recordemos que la promulgación y la derogación de las normas son actos legislativos, y estas son competencias constitucionales exclusivas del legislador. Al Tribunal Constitucional le corresponde exhortar al Congreso legislar sobre alguna materia específica, si identifica situaciones —con relevancia prescriptiva— que necesitan ser reguladas, evaluación que puede darse a través de la figura de la “inconstitucionalidad por omisión”.

En conclusión, el Tribunal Constitucional no puede crear ni derogar normas, sino ejercer el control constitucional de las mismas a fin de preservar el sistema normativo.

Demanda y Estado: ¿por qué la inconstitucionalidad?*

Juan Alberto Castañeda Méndez**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Cuestionamiento de la norma (inconstitucionalidad) / 3. Estado Constitucional / 4. Cuestiones fundamentales respecto a la demanda de inconstitucionalidad / 4.1. El carácter inconstitucional del art.6 / 4.2. El carácter inconstitucional del ar.24 inciso 2 / El carácter inconstitucional del art. 66 / 5. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

El Estado constitucional en sus diversas manifestaciones ya sea su carácter democrático, constitucional o social; viene a responder desde su posición de la Constitución. Muchas veces pensamos que todo el mal pasa por la reforma, y que con sus normativas se solucionarán los problemas de la sociedad. Desgraciadamente, este pensamiento no es compatible con los hechos.

Se hará mención de los cuestionamientos puntuales al Nuevo Código Procesal Constitucional y la sugerente inconstitucionalidad que posee. La explicación parte desde una figura elemental, generando interrogantes sobre por qué o cuál es fin de los procesos constitucionales, el que pueden ser: (i) fin objetivo, relativo a la garantía de la Constitución como fin supremo o (ii) fin subjetivo, referido a garantizar los derechos fundamentales (art. 44).

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Especialista en Constitucionalismo Latinoamericano por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Justicia Constitucional e Interpretación por la Universidad de Castilla - La Mancha (España). Presidente del Instituto Iberoamericano de Investigación Interdisciplinaria Apex Iuris. Miembro senior de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Maestrando en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Docente universitario en pre y post grado.

Si las garantías constitucionales tienen dos finalidades, esto implica que deben desarrollarse en un marco que les permita una tutela, así como garantizar el cumplimiento de la Constitución. Estas dos consignas deben estar presentes, para así identificar si el Nuevo Código Procesal Constitucional las tiene como prioridades en su redacción.

Sin embargo, esta nueva regulación es calificada negativamente por su redacción apurada, influenciada, de poca apertura, de escaso debate, de no recoger lineamientos dados por el mismo Tribunal Constitucional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ni de las consideraciones u opiniones de la comisión consultiva, ni el esquema social institucional que se vive día a día en el Tribunal Constitucional. Si queremos hacer una nueva Ley procesal, una norma constitucional, se tiene que buscar un tipo de dinamismo; esto quiere decir que no solo debe tener un carácter académico, sino además práctico (litigio constitucional). Al evaluar, se crearán mecanismos y caminos idóneos, para poder abordar los problemas futuros de una mejor manera.

A partir de las 2 mencionadas consignas, se partió y promovió el Colegio de Abogados de la Libertad, el cual logró plantear una demanda de inconstitucionalidad contra este nuevo texto procesal. Además, se sumó a la causa de demanda, propiamente entablada por el poder ejecutivo y del Poder Judicial. Aquellas ya fueron admitidas por las mismas reglas del Nuevo Código Procesal Constitucional y, ahora, se está a la espera de la fecha y hora de la audiencia para debatir varios puntos de las cuales se ha planteado la inconstitucionalidad.

A continuación, se observarán los puntos más relevantes respecto a la admisibilidad y algunos aspectos del proceso de cumplimiento (requisitos).

2. Cuestionamiento de la norma (inconstitucionalidad)

Cuando uno se refiere a cuestionar una norma, a través de un proceso de inconstitucionalidad, se refiere a rendir informes al Tribunal Constitucional (control abstracto), para que este examine si determinada ley contraviene a la Constitución política del Perú. Un proceso de inconstitucionalidad está destinado a tutelar lo que tenga que ver con la garantía de la Constitución de manera suprema, dentro del estamento normativo. Por este motivo, se sustenta que se tiene que realizar un control abstracto, una evaluación para probar si los efectos normativos se contravienen. Si no hay un tema de sistematicidad normativa y coherencia constitucional, se declararía inconstitucional; de lo contrario, sí tendría vigencia.

Cabe situar correctamente la naturaleza o el destino de un proceso de inconstitucionalidad. Para ejemplificar, se puede considerar el caso de Ana Estrada, el cual esta apertura por parte del Juzgado Constitucional en declarar fundada en parte esta petición de amparo sobre el tema de la “muerte digna”. Esta sentencia no quiere decir que, al día de hoy, en el Sistema jurídico peruano, esté habilitada o legalizada la opción de la eutanasia. Los efectos de un amparo guardan diferencias con un proceso de inconstitucionalidad, el efecto que se da es *erga omnes* y tiene pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, en asumir una posición vinculante a nivel nacional. Así, se va marcando la diferencia de los efectos.

3. Estado constitucional

Cuando se piensa en un Estado constitucional y en la Constitución Política, esta no debe ser reconocida únicamente como una norma de rigor ficcional que ha quedado en el marco teórico y en la ilusión de las aulas universitarias. Se trata de un estamento superior; la Constitución Política tiene disposiciones normativas de carácter vinculante, su parte jurídica se vincula a razón de tutela de los derechos, en la composición de los Estados y a razón de los poderes, pero que también vincula el asunto político y democrático en la conformación. Esto se evoca en el panorama cultural y económico; por esta razón, cuando se menciona algún tipo de reforma parcial o total de la constitución, en realidad se debería estar pensando en clave de un Estado ramificado, distorsionado, bifurcado, abierto e incluso ignorado. El ser partícipes de un Estado Constitucional de Derecho, consiste también en ser partícipes de las instituciones, de la democracia y de la justicia; en otras palabras: cumplir deberes ciudadanos.

Respecto al equilibrio entre derechos y deberes, se considera que, si una persona tiene el derecho de vivir en una democracia sin corrupción, también tiene el deber de participar en las fórmulas de presupuesto participativo, de la revisión de cuentas, de saber en qué se destinan las arcas del Estado en los diferentes niveles de gobierno (municipal, departamental, etc.). Dicho así, si uno desea mantener y cautelar un derecho que la constitución le está reconociendo, también tiene que generar algún tipo de expresión de deberes para que este permita que los derechos se mantengan en el tiempo. En este contexto, de la misma forma se sustenta un proceso de inconstitucionalidad, lo que se buscó cautelar frente a una demanda hacia el Nuevo Código Procesal Constitucional. El reconocer que se vive en un Estado de Derecho y que hay ideas deben ser respetadas, valoradas y emancipadas —en algunos casos— como en las instituciones jurídicas procesales.

4. Cuestiones fundamentales respecto a la demanda de inconstitucionalidad

Se tendrá en cuenta el proceso de cumplimiento.

4.1. El carácter inconstitucional del art. 6

El juez está imposibilitado de rechazar laminarmente las demandas. El art. 6 de esta nueva versión del Código Procesal Constitucional enuncia que, de conformidad con los fines de los procesos constitucionales de defensa de los Derechos fundamentales, en los procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *hábeas Data* y de cumplimiento; no procede el rechazo liminar de la demanda.

Inicialmente, la pregunta no sería si el art. 6 vulnera algún tipo de derecho en sí, sino el preguntarse si este artículo respeta o ha considerado, el principio de separación de poderes. Será importante basarse en el principio de autonomía que tiene la función jurisdiccional, que viene a realizar aquí el Poder Legislativo, ordenando al Poder Judicial que haga determinada gestión.

¿Al Poder Judicial le compete impartir justicia conforme a la Constitución Política del Perú? ¿No es la competencia autónoma constitucional del Poder Judicial o es que las reglas frente a esta autonomía constitucional? ¿El Poder Legislativo puede ejercer, en ocasiones, de manera arbitraria? ¿Es factible que un legislador, luego de un lapso de tiempo, pueda comenzar a indicar la forma en la cual estará constituido y ejercerá sus funciones el Tribunal Constitucional o el Ejecutivo? Cada poder del Estado, estamento y entidad autónoma tiene funciones establecidas y corresponde que estas se vengan a cumplir.

Es importante reflexionar sobre los mecanismos que se tienen para prever el respeto de los principios formales, de la autonomía de los poderes del Estado y encauzar lo malo que hace el Poder Legislativo. Un ejemplo vendría a ser el del Juzgado Constitucional de Arequipa sobre el control difuso de constitucionalidad planteado. ¿Se pueden aplicar instituciones jurídicas procesales constitucionales de las cuales se permita generar un tipo de cautela, de la supremacía de la Constitución, de cautelar los Derechos fundamentales y la sociedad democrática? El Juzgado Constitucional de Arequipa sustenta que el legislador, conforme al segundo párrafo del art. 5, se plantea un *habeas corpus* sobre resolución judicial no notificada al magistrado; sin embargo, la Constitución prefigura que hay que respetar el derecho a la defensa y al debido proceso. No lo puede exceptuar, por más que exista una obligación legal, pero, ¿en qué consiste un control difuso?

Si la obligación legal e infraconstitucional va en contra de la constitución propiamente, sus postulados de cautelar los derechos fundamentales o la supremacía de la constitución resultan inaplicables.

En el caso de que se haya aceptado la demanda y se tenga en cuenta que, actualmente, no se requiere ninguna exigencia, ¿qué ocurriría? Se deben identificar las falencias del Poder Judicial, el TC o de las entidades administrativas de la llamada carga procesal ¿La presente problemática se ha tenido en cuenta para regular lo prescrito en el art. 6º? Se debió ver en la audiencia.

En el anterior código, se expresaban graves problemas tras un escaso debate constitucional; si bien pasó el primer filtro de la admisión de la demanda constitucional, llegaba a un debate donde únicamente la parte proponente o la defensa respecto frente al recurso constitucional o frente al proceso se subsumía por parte de la recurrente. Un recuento de hechos y debates que en muchos casos ya habían sido absueltos y debatidos en instancia ordinaria. Si esto sucedía, el problema se acrecentaba, puesto que no solo se discutirían problemas de fondo, sino también de forma. En los elementos de forma se puede encontrar un gran desgaste para la misma audiencia; se estaría produciendo un caso de ilegitimidad mayor (por elaboración y admisión de trámite de la demanda) del Poder Judicial y de la ciudadanía.

El Tribunal Constitucional no podrá emitir sentencias interlocutorias denegatorias. Estas se emitían cuando:

- a) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque.
- b) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional.
- c) La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente del Tribunal Constitucional.
- d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

Caso “Vásquez Romero” (Expediente N° 00987-2014-PA-TC)

No obstante, se siguen emitiendo hasta la fecha; sin una amplia fundamentación y solo asumiendo que son procesos en giro. He aquí la razón por la que se siguen emitiendo este tipo de sentencias: existe un precedente vinculante, conforme al código procesal constitucional, en el que la Constitución y la misma línea jurisprudencia no pueden quedar derogados. Algunos expertos mencionan que este nuevo Código Procesal Constitucional

ha derogado varios precedentes constitucionales. A través de un nuevo precedente vinculante, es cómo se puede ejecutar este mecanismo, en tanto que son unas cosas que son normas adscriptivas (autonomía de generar normas por precedentes vinculantes) y las otras son normas dadas por una autoridad (Poder Legislativo).

4.2. El carácter inconstitucional del art. 24, inciso 2

El inciso 2 del artículo 24 establece lo siguiente:

“Es obligatoria la vista de la causa, la falta de convocatoria de la vista, y del ejercicio de la defensa, invalidan el trámite del recurso de agravio constitucional”.

En el presente inciso se identifica una nueva vulneración del principio de autonomía jurisdiccional. En tanto se genera una obligación al Poder Judicial para que, de forma obligatoria, se establezca una vista de la causa y como quienes leen algún tipo de resolución bajo apercibimiento. Se invalida el trámite de recurso de agravio constitucional. ¿Se cumplirá dentro de los plazos? Se entiende que deben ser fijados dentro de los 30 días de la audiencia. En ese plazo se resuelve, o se tienen 10 días para pronunciarse por escrito en la sentencia.

Las complicaciones se producen cuando se generan mayores dilaciones al mismo proceso constitucional, y sobre todo cuando se indica que se invalidará el trámite de un recurso de agravio constitucional por ausencia de vista de la causa. Se estaría en serios problemas, porque ya no sería la responsabilidad del abogado, sino de los jueces. Se demuestra que no solo es un defecto de técnica procesal sino, un defecto institucional.

Con referente a todo lo explicado se quiere dejar sin efecto el precedente “Villanueva Valverde”:

La sentencia recaída en el Expediente N° 00168-2005-PC/TC a través de la cual estableció lo que se conoce como el “precedente Villanueva Valverde”. A través de este, se establecieron los requisitos mínimos comunes que debía cumplir cualquier mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso de cumplimiento.

Este precedente vinculante nos indicaba cuáles eran los requisitos mínimos para que prospere un proceso o demanda de cumplimiento; además, en ningún momento indicaba que estos requisitos eran a rajatabla para que el juez constitucional cumpla o reglamente su observación a un pro-

ceso de cumplimiento. En tanto, hay un asunto de reconocer los niveles de discrecionalidad judicial, sus aspectos y que los reconoce la justicia constitucional. Si uno revisa las sentencias constitucionales observará que no, únicamente, se esgrime o plantea un contenido normativo sino también un contenido jurídico, social, político, económico, cultural. Por esta razón se procura mantener la discrecionalidad judicial. Muchos sustentan que este precedente ha sido cambiado por la nueva regulación del Nuevo Código Procesal, pero se comparte la idea de que se debe tomar esta idea con cautela, debido a que los precedentes vinculantes tienen una naturaleza especial.

4.3. El carácter inconstitucional del art. 66

El artículo 66 – Reglas aplicables para resolver la demanda

Cuando el mandato sea genérico o poco claro, el juez, previa interpretación de la norma legal o del acto administrativo firme, entra a resolver el fondo del asunto, debiendo observar las siguientes reglas:

- a) Para la interpretación de la normal de la norma legal, el juez utiliza los métodos clásicos de interpretación jurídica; debiendo su resultado respetar lo que establecen las leyes de la materia y la propia constitución.
- b) La interpretación del acto administrativo firme debe respetar los principios generales del Derecho Administrativo; la jurisprudencia de los órganos administrativos correspondientes, así como la del tribunal constitucional.

Se debe tener en conocimiento que en un proceso de cumplimiento se debe efectuar el *mandatus o mandamus*, que contiene propiamente una ley o el que está alcanzado en acto administrativo. Lo que se indica es que el juez debe asumir alguna interpretación, pero no especifica si se hizo una interpretación conforme al mandato en sí o conforme a lo contenido dispuesto en el acto administrativo. Se asume que tiene que ser una interpretación bastante somera, porque aquí sí se aplicaría una interpretación de fondo o de valuación constitucional respecto a una ley. Sería una especie de control difuso porque se está razonando en el fondo para comprobar si el cometido está vulnerando o no la constitución. Cuando en realidad en un proceso de cumplimiento se debe exigir si esto se logra cumplir según los requisitos establecidos para que proceda el cumplimiento de una demanda que tiene que ver con ello y con el procedimiento de una institución jurídica democrática.

Con respecto a la interpretación clásica, se comenta que se está sesgando, puesto que, hay otros métodos jurídicos que no son “tan clásicos” y que han ido acrecentándose a lo largo de la doctrina constitucional y procesal. De la misma forma, en el acto administrativo, si está indicando una determinada situación, de la cual se está disponiendo para hacer este cambio de la situación jurídica en el administrado, conforme a la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) y sus leyes especiales que se tomen conforme al área o al asunto que se esté asumiendo en aquel acto, ¿el juez también asumiría una posición interpretativa sobre ello? Dónde quedaría todo el procedimiento que ha realizado la entidad administrativa y todo el procedimiento legal del parlamento.

Cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, el juez, previo esclarecimiento de la controversia, entra a resolver el fondo del asunto. Para ello deberá observar las siguientes reglas:

- a) El juez aplica una mínima actividad interpretativa para superar la controversia, atendiendo a los métodos clásicos de interpretación jurídica, y aplicando los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico.
- b) Asimismo, de ser necesario, el juez aplica una mínima actividad probatoria que, sin comprometer la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, permita confirmar la veracidad del mandato.

En un proceso de cumplimiento, el juez debe asumir la posición de legislador y de la doctrina administrativa. ¿Pero ello va a ser discreción, en el marco fundamental? Según estas reglas del Nuevo Código Procesal Constitucional, prescribe que no. Con lo mencionado en el 2.1, ¿no se reconoce que los métodos interpretativos se deben aplicar necesariamente? Se aplican en la justicia, en la docencia, en el litigio y en todos los campos.

En lo concerniente al 2.2, ¿un juez tendría que hacer una evaluación probatoria, para así verificar la veracidad de un mandato? No se puede agregar otra opinión que no sean preguntas que den lugar a la intrascendencia de dicha regulación.

Cuando, para determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme resulte necesario entrar al fondo del asunto, el juez admite a trámite la demanda, y esclarecerá la controversia.

Si hay un asunto del cual se quisiera investigar a profundidad, se tendrá que, necesariamente, discutirlo después de admitido el trámite de la demanda; a criterio propiamente de lo que se ha llevado a cabo en la ju-

jurisprudencia constitucional y como ha sido el “presidente Villanueva”. El mismo Tribunal Constitucional indicó en ese precedente vinculante: “En un proceso de cumplimiento lo que estamos discutiendo es el cumplimiento del contenido, del mandato de la ley o del acto administrativo”, he ahí la eficacia de la norma.

Cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución, el juez debe así declararlo, y, en consecuencia, desestimar la demanda.

De haberse verificado la admisión de la demanda y de haber tener claro que por obligación constitucional (art. 38) no sea contraria a la carta magna, el art. 66 no varía los lineamientos ya planteados por la normal, del “presidente Villanueva”, porque este tiene mucho más que aportar, no para admisión, pero sí para el debate de un proceso de cumplimiento.

5. Respuesta a las preguntas del público

5.1. A qué se debe o cómo se puede fundamentar o confrontar los actos inconstitucionales por parte del Estado?

Lo primero que se debe tener en cuenta es que la inconstitucionalidad se puede manifestar por acción u omisión (esta última debe explicarse).

La omisión se produce cuando el legislador ha dejado de hacer su función legislativa o su obligación constitucional de realizar determinadas leyes con determinada situación jurídica, social, política y cultural. Se puede plantear una demanda de inconstitucionalidad contra el Congreso de la República al promulgar o aprobar el Nuevo Código Procesal Constitucional. También se puede presentar una demanda de amparo contra algunos actos de la administración pública o resoluciones, lo que se tiene que acreditar es el efecto de dicha resolución, de cómo está vulnerando un derecho fundamental.

5.2. ¿Todo acto o ley inconstitucional es contraproducente para la sociedad? ¿Qué pasaría en el caso de un país que tuviera una constitución autoritaria que vulnerara derechos humanos?

Sí hay constituciones con esas características que son legítimas, no avaladas, pero omisivamente no reclamadas por la ciudadanía. Algunos ejemplos los encontramos en el Viejo Continente y en América latina. No obstante, un punto muy importante a considerar es que existe una presunción de que todas las leyes que se promulgan son constitucionales mas no siempre se cumplen.

5.3. ¿Cree usted, dadas las consecuencias que tiene el poder judicial que hacen parecer que las demandas de *Hábeas Corpus*, que los procesos constitucionales deben de ser separados del Poder Judicial?

En nuestro país tenemos un promedio de dos o tres juzgados constitucionales, es decir, las demás causas como amparo, *data* o *habeas corpus* se llevan a cabo con un juez penal. A pesar que este Nuevo Código Procesal Constitucional generó todo un problema innecesario, además fueron las mismas opiniones de aquellos que recurrieron a la comisión: Los *habeas corpus* deben ser atendidos por un juez constitucional estricto. Si no hay jueces constitucionales ya desde hace un buen tiempo en determinados procesos constitucionales, ya que los *habeas corpus* casi siempre lo atendían jueces penales, como podremos abordarlo si, de la misma manera, tenemos un problema organizacional e institucional en la cual se le exige a un juez civil que tenga un razonamiento de especialidad constitucional para que resuelva una causa de este tipo. Es el mismo problema que se presenta en el área penal; no es lo mismo discutir un juzgado constitucional en Lima que en un juzgado civil, porque las preguntas serán distintas, al igual que el debate, el razonamiento y la valoración, En resumen, todo será distinto y se demuestra una gran deficiencia.

¿Quiénes son los pueblos indígenas en Bolivia?*

Leonardo D. Villafuerte Philippsborn**
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La contradicción de conceptualizar a los pueblos indígenas / 3. Conceptualizaciones de los pueblos indígenas en documentos internacionales / 4. Categorías de análisis / 5. Perspectiva boliviana / 6. Conclusiones / 7. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

Los pueblos indígenas existen desde antes de las fronteras de los estados y, posiblemente, por dicha razón también se les conoce como *first nations* o primeras naciones. Algunos permanecen hasta la actualidad y otros han desaparecido debido a que han existido muchos cambios globales. Esto no es trivial, porque se habla de los indígenas y, por ello, la primera pregunta que surge es: ¿Qué son los pueblos indígenas y cuáles son los pueblos indígenas?

Desde el siglo pasado, empezaron a tener muchísima relevancia en la discusión jurídica, especialmente, empezaron a ser reconocidos como sujetos de derechos por la comunidad internacional y por algunos estados. Por ello, se tiene que realizar un énfasis en la diversidad mundial de los pueblos indígenas. Actualmente, existe un relativo consenso en llamarlos pueblos indígenas. Este nombre no debe ser desdeñado, porque se trata de una categoría jurídica que ayudó a su protección y reconocimiento. Al final del día, a menudo depende de esta denominación identificar quienes son sujetos titulares de derechos colectivos.

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Candidato a Doctor en Derecho en la efectividad de derechos colectivos de pueblos indígenas y justicia indígena por la Universidad de Amberes (Bélgica). Docente universitario. Docente investigador en la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (Bolivia). Editor responsable de la Revista de Derecho de la U.C.B. – U.C.B. Law Review. Par académico de revistas académicas científicas. Profesor guía de la Sociedad Científica Estudiantil de Derecho de la U.C.B.

2. La contradicción de conceptualizar a los pueblos indígenas

Hay una serie de desafíos prácticos y políticos que están relacionados con la conceptualización de los pueblos indígenas. Los indígenas tienen derechos colectivos que rara vez se le otorga a otras colectividades humanas. Esos derechos tienen la fuerza de empoderarlos. Así por ejemplo, la libre determinación, la posibilidad de la autonomía, el poder de elegir ante consultas, la potestad de ejercer jurisdicción dentro de sus territorios, entre otros. Por tales reconocimientos, algunos estados prefieren justamente negar la existencia de los pueblos indígenas planteando su soberanía, desarrollo, unidad u otras excusas.

Existe en verdad una encrucijada lógica, entre la aspiración de definir a los pueblos indígenas y la autoridad moral, y ahora legal, que ellos tienen de autoidentificarse. Mientras algunos queremos definirlos, algunos queremos autoidentificación; es en este punto donde se estructura una contradicción lógica, debido a que son los propios pueblos por su legitimidad, dignidad y autodeterminación quienes en verdad pueden identificarse como indígenas y pueblos indígenas. Así, la autoidentificación ciertamente perderá relevancia en la medida que se requiera un enfoque de carácter teórico o de carácter legal para definirlos. Si fuese así, serían la ley y la teoría las que definirían a los pueblos indígenas, no su autoidentificación. Pero la mera autoidentificación, en contraste, también plantea un desafío porque terminaría forzando una falsedad a quienes en realidad no son pueblos indígenas, pero que desean sumarse a esta calidad por las ventajas y los derechos colectivos derivados.

Los pueblos indígenas existen, independientemente de cualquier ley o teoría que tenga intereses de comprenderlos y definirlos. Muchos de ellos en realidad manifiestan que no prefieren una definición, porque de esa forma no se les encasilla en un criterio cerrado. De tal modo, el propósito de este escrito es aproximar algunos rasgos legales y rasgos formales que eventualmente podrían colaborar a identificar a los pueblos indígenas desde una perspectiva, primero, internacional y, seguidamente, una perspectiva local boliviana.

3. Conceptualizaciones de los pueblos indígenas en documentos internacionales

Desde una perspectiva internacional, se tiene a la Convención N° 107 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Muchos teóri-

cos se preguntan por qué la OIT se entromete con pueblos indígenas y con un convenio de esta naturaleza. Aquello encuentra respuesta en que esta organización les ha querido brindar una postura favorable, pero lamentablemente, este convenio ha tenido una profunda tendencia peyorativa asimilacionista de los pueblos indígenas. Esta convención conceptualizó a los pueblos indígenas, según el contexto y el pensamiento de esa época, como existentes en un proceso de supuesta evolución hasta desaparecer a través de su asimilación en la población mayoritaria que, a la sazón, se entendía por ese entonces como civilizada. En lógica, totalmente distinta a la actual, impone leer esta convención con los ojos de esa época.

Después de profundos años, el famoso y citado José R. Martínez Cobo, como relator especial de Naciones Unidas, presentó un estudio de más de 10 años, en 1983. Junto a este estudio, Martínez Cobo presentó su famosa definición de pueblos indígenas:

“Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos a otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. En la actualidad forman sectores no dominantes de la sociedad y están decididos a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales.” [Traducción propia]

Esta definición se halla en el marco de un estudio de más de 10 años que condujo sobre la discriminación contra las poblaciones indígenas, a partir de una comparación de 37 países. Dicha definición identifica a las comunidades, a los pueblos y a las naciones como pueblos indígenas, entre otros, por tener o mantener su identidad desde las épocas anteriores a la invasión y al coloniaje.

En el año 1989, la OIT presentó un nuevo convenio, el N° 169, con el propósito de eliminar la orientación asimilacionista que tenía su convención anterior. La OIT argumentó que adoptó un enfoque práctico y que, por esa misma razón, no ha identifica con una definición cuáles son los pueblos indígenas. De esta manera, subraya que la auto identificación como un criterio subjetivo debería ser concebido como el criterio fundamental para reconocer a los pueblos indígenas. Es decir, si una etnia decide autoidentificarse como un pueblo indígena, debería este ser el criterio principal a tomar en cuenta.

En 1996 Erica-Irene A. Daes, como Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas, sostuvo que indígena es un término utilizado históricamente para designar a quienes han sido dominados por la colonización, y que sin embargo tienen interés en perpetuar sus rasgos étnicos, auto identificándose de esa manera.

El trabajo de Erica-Irene Daes es sumamente interesante, ya que simplemente se reduce a las siguientes características esenciales: (i) prioridad en el tiempo, con respecto a la ocupación y uso de un territorio; (ii) la perpetuación voluntaria del carácter distintivo cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes y las instituciones; (iii) autoidentificación, así como reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como colectividad diferenciada y; (iv) una experiencia de sometimiento, marginación, despojo, exclusión o discriminación, persistan o no estas condiciones.

La Comisión Africana sobre Poblaciones y Comunidades Indígenas en el año 2003 sostuvo que en África, ciertos grupos se encuentran en una situación de urgencia debido a las graves amenazas que están sufriendo, incluso contra su existencia. Una forma que encontraron para enfrentar esta situación es vincularse con el término “pueblos indígenas” porque les permite ganar notoriedad internacional y protegerse, pues es un mecanismo de lucha. Sin embargo, comprendieron que la definición típica que se da de pueblos indígenas corresponde más al continente americano que a la realidad africana pues en África todos son indígenas y el concepto genera discriminación entre las distintas comunidades.

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, que si bien por tratarse de una declaración no tiene efecto vinculante, podría generar derecho consuetudinario y una *opinio iuris*. Este instrumento tampoco conceptualiza a los pueblos indígenas. Sin embargo, es posible extraer algunas de sus características de su contenido y de los derechos que reconoce. Algo similar ocurre con la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos que, en el año 2016 y luego de 27 largos años de negociación, finalmente fue aprobó.

Puede resultar interesante conocer que el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sostuvo que será pueblo indígena el que se autoidentifique como tal, que tenga su propio concepto de desarrollo, tenga identidad, territorio y sea anterior a la colonización.

4. Categorías de análisis

A partir de estas 8 fuentes, propongo 10 categorías de análisis para intentar caracterizar a los pueblos indígenas y la evolución de su significado, aclarando que no es posible establecer una definición universal que abarque a todos los pueblos indígenas en sus distintos contextos.

Designación como suma de individuos o como una colectividad. Los pueblos indígenas deben ser considerados una entidad diferenciada de sus miembros individuales. Esta situación hace que el pueblo indígena pueda ser sujeto de derechos colectivos, es decir, de derechos que sean distintos de los derechos individuales de sus miembros.

Salvo por el Convenio 107 de la OIT que identificó a los pueblos con “poblaciones” (suma de individualidades), todas las demás fuentes les refieren como pueblos o naciones, lo que equivale a colectividad.

Existencia dentro de un Estado. Respecto a la existencia de una población, en uno o en más países, los pueblos indígenas existen necesariamente en un contexto político ajeno; estos habitan en uno o más estados. En el trabajo de Erica-Irene Daes, la autora sostiene que, si un pueblo indígena hubiese sido exitoso al momento de llevar adelante sus relaciones frente al coloniaje, hubiera creado su propio Estado. Al no ser así, se los considera como pueblos indígenas. Hay una evolución en este criterio, desde el Convenio N° 107 de la OIT que señalaba su “pertenencia” a un Estado, como si fuesen objetos, hacia su “existencia” en un Estado, como sujeto jurídico.

Calificación relativa. Esta categoría refleja las calificaciones de los pueblos indígenas en relación con otros y, normalmente, de manera peyorativa. El convenio N°169, Erica-Irene Daes y las declaraciones de ONU y OEA no aplicaron ni implicaron tales calificaciones. En cambio, las otras fuentes seleccionadas sí lo hicieron, refiriéndoles como menos avanzados, dominados y explotados.

Desde un enfoque estratégico, esta perspectiva parece apropiada para lograr, por ejemplo, protección internacional. Sin embargo, pierde consistencia en la perspectiva general porque es peyorativa, sesgada, e indignante al hacer pretender perdurar tal situación. Un pueblo indígena puede lograr sus reivindicaciones sin perder su carácter de indígena, por lo que parece más exacto y justo identificar a los pueblos en su propia singularidad.

Experiencias negativas (persistentes o no). Sufrir una experiencia negativa, sea persistente o no, es un elemento identificador de los pueblos indígenas

sobre el que existe unanimidad en las fuentes consultadas. Ellas refieren a la conquista y colonización, sometimiento, marginación, despojo y exclusión, entre otros.

Sin embargo, el factor de experiencia negativa no es necesariamente universal para todos los pueblos indígenas. Por ejemplo, no necesariamente se aplica a los pueblos indígenas en contacto inicial. Hay que decir que la ausencia de esta experiencia, al menos en términos teóricos, no provocaría que los pueblos indígenas pierdan esa su calidad, pues no hace a su esencia.

Aborigenidad. La calidad de aborigen es un elemento usado por la mayoría de las fuentes. Solo la Comisión Africana no la considera. Aunque aborigen se relaciona con indígena, estos términos no son los mismos. Aborigen significa desde el principio o desde el origen. En cambio, indígena significa “ocurrir naturalmente en un lugar particular.”

Existe una evolución en esta característica. Hasta 1983, este elemento se entendía como la existencia anterior a la colonia o la conquista. El Convenio N° 169, en cambio, admite la existencia de los pueblos indígenas como anteriores al establecimiento de las fronteras estatales actuales, es decir, no requiere su existencia precolonial. Luego, Daes lo amplía más, como “prioridad en el tiempo, respecto a la ocupación y uso de un territorio específico”, omitiendo precisar el hito histórico.

En concordancia, surge una interrogante de gran interés para la Antropología: ¿El paso del tiempo hace que un pueblo pueda categorizarse como indígena? Sin embargo, el simple paso del tiempo, aunque necesario, no tiene sentido sin un trasfondo histórico de persistencia o resiliencia de mantener la propia estructura e identidad pese al paso del tiempo y a las capas políticas, sociales y económicas externas que surgieron “luego”.

Tierra, territorio y recursos. Cuando se habla de tierra, esta característica amplió su alcance desde que se aceptó que le pertenezca a los pueblos indígenas, y terminó incluyendo territorios indígenas y recursos naturales a partir del Convenio 169.

Diferenciación. La diferenciación, por su parte está presente en todas las fuentes. Con el tiempo, este rasgo se ha densificado y fortalecido. Desde la referencia genérica de instituciones sociales, económicas y culturales, hasta incluir criterios como el lenguaje, la organización social, los valores espirituales, los modos de producción, las leyes y las instituciones, entre otras.

Estos rasgos de diferenciación deben existir desde el origen, lo que no debe entenderse como petrificados en el tiempo, pues el proceso de diferenciación es dinámico.

Permanencia. La permanencia no solo implica la voluntad o el interés de permanecer sino la existencia previa, continua y presente de los pueblos. Esta característica es necesaria porque los pueblos indígenas existen en la actualidad. De lo contrario, solo los historiadores y arqueólogos estarían interesados en su estudio.

Reconocimiento por otros. Solo Daes propuso el “reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta”. Evidentemente, si un Estado no reconoce a un pueblo, como sucede muchas veces, no le va a otorgar los derechos colectivos que le corresponden, cometiendo una injusticia, pero ello no hará que el pueblo indígena deje de ser tal.

La realidad de los pueblos indígenas existe junto con todos sus elementos e independientemente de que un tercer observador, ajeno a esa realidad, la descubra, la comprenda o la quiera aceptar.

Identificación y distinción voluntarias. Todas las definiciones y características elegidas incluyen en cierta medida el elemento subjetivo de auto identificación. Podría decirse que esta característica es una de las más debatidas por los Estados para evitar reconocer a los pueblos indígenas, y simétricamente, es una de las preferidas por los pueblos indígenas.

Si bien la capacidad de autoidentificarse presupone existencia y organización colectiva, ella no pertenece exclusivamente a los pueblos indígenas, pues otros tipos de grupos también son capaces de hacerlo. Esto implica que la simple autoidentificación no es suficiente, pues ser pueblo indígena no es un simple acto arbitrario derivado de un capricho unilateral. Ella debe basarse también en aspectos objetivos.

5. Perspectiva boliviana

La actual Constitución boliviana fue aprobada en referéndum el 2009 luego de tres años de un duro proceso constituyente, conmoción social y posturas radicales opuestas.

El preámbulo de la constitución destaca la diversidad y pluralidad de sus habitantes, el racismo de la época colonial, la lucha popular e indígena por la liberación, la tierra y el territorio. El preámbulo también proclama que

Bolivia se refunda dejando el colonialismo, el republicanismo y el neoliberalismo en el pasado.

Este preámbulo fue criticado por algunos, como Guillermo Richter Ascimani, quien sostiene que tiene una lectura sesgada e incompleta de la historia, el desarrollo social y político de Bolivia. Por ejemplo, sostiene que se olvida la Revolución de 1952 que otorgó derechos a los excluidos, como el voto universal a los campesinos e indígenas, entre otros. Sin embargo, García Linera responde que la Revolución de 1952 supuso una redistribución de algunos bienes públicos materiales, como la tierra en Occidente y el excedente minero, pero reforzó la exclusión de los derechos colectivos de las mayorías indígenas.

Denominación. La Constitución llama a los indígenas como naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, denominación que ha sido muy criticada. En ese sentido, H.C.F. Mansilla, pensador boliviano, expresó que se trata de un adjetivo curioso que apenas guarda las concordancias de género y número.

Sin embargo, este nombre compuesto corresponde a la autodenominación que ha realizado el llamado Pacto de Unidad a través de su propuesta de Constitución. El Pacto de Unidad está compuesto por seis organizaciones que abarcan a un número relevante de los pueblos indígenas de Bolivia. En el antecedente se tiene que el carácter plurinacional abrió un debate entre 2004 a 2007 sobre la denominación de los pueblos indígenas en la Constitución, cuya formulación final fue atribuida al Pacto de Unidad.

Las autodenominaciones de cada organización implicaban la necesidad de consenso: los apelativos ‘pueblos y etnias’ eran en su mayoría de tierras bajas; ‘campesinos’, en cambio, provenía de las organizaciones sindicales para la gestión territorial, mientras que ‘naciones’ era el nombre escogido especialmente por las tierras altas (aymaras, quechuas, pero también guaraníes). Por su parte, el nombre ‘originarios’ fue planteado por las culturas originarias.

Según Valencia y Egido, el tema que generó mayor tensión fue el reclamo permanente de CONAMAQ (o Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu que representa a los pueblos indígenas) a la CSUTCB (o Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia, que representa a los sindicatos), justamente por su identidad como campesinos. Esta tensión visibilizó una disputa constante en muchas comunidades andinas y en los valles interandinos, entre dos formas de organización en un

mismo territorio, que en muchos casos representan a la misma población, el sindicato y el Ayllu.

El Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano, al que a continuación me referiré simplemente como Tribunal Constitucional, ha analizado cada una de las palabras del nombre “naciones y pueblos indígena originario campesino” en el caso 0388/2014. Afirma que:

a) Nación se refiere a un grupo de personas que tienen un historia, territorio, prácticas, cosmovisión, lenguaje y destino comunes. *b)* Indígena se refiere a una ubicación geográfica permanente. El Tribunal expresa que esta palabra no tiene traducción en aymara o quechua, y que el constituyente fue influenciado para usarla en la Constitución por los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y el nombre asumido por las organizaciones de los pueblos de las tierras bajas. *c)* El término originario utilizado por la Constitución se refiere a una colectividad humana natural de un lugar geográfico. *d)* Por su parte, el vocablo campesino pertenece a una construcción netamente occidental referida a la actividad o trabajo que realiza la persona en el área rural y que se aplicó en Bolivia para disolver y definir las identidades indígenas, dado que la Revolución Agraria Nacional de 1952 redujo la identidad de las personas indígenas a meros campesinos. En consecuencia, los campesinos, antes de esa condición, son aymaras, quechuas, guaraníes, entre otros.

Xavier Albó sostiene que la denominación constitucional de nación y pueblo indígena originario campesino implica unidad, a pesar de su diversidad, cuyo elemento diferenciador es su preexistencia a la época colonial. Al final, concluye este autor, esta denominación se refiere a la identidad y al origen y no, por el contrario, a la forma socioeconómica con la que se ganan la vida. Por esto, esta denominación excluye a todos los campesinos que tienen ascendencia distinta a los “originarios”, pero, al mismo tiempo, incluye a los habitantes rurales que tienen ese carácter.

El Tribunal Constitucional Plurinacional explicó en su sentencia 1422/2012 que este nombre debe ser entendido como un elemento único, que no es separable en sus componentes y que se refiere a quienes han habitado Bolivia antes de la colonia. En el marco de estos criterios, se podría concluir que la denominación nación y pueblo indígena originario campesino es una categoría. A continuación, usaré el acrónimo NPIOC para referirme a esta categoría.

La Constitución sostiene que es NPIOC “toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, te-

rritorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española” (Art. 30.I). Esta noción se complementa con otras normas de la Constitución y el Tribunal Constitucional ha explicado e interpretado el alcance de este artículo. A continuación, contrastaré esta noción con las categorías identificadas previamente.

Designación como una suma de individuales o como colectividad. La constitución identifica a las NPIOC como colectividades humanas y no como una mera suma de individualidades. Esta calificación, de acuerdo con lo revisado precedentemente, es la adecuada pues permite diferenciar los derechos individuales de los miembros de los derechos colectivos que pertenecen a las NPIOC.

Existencia en Bolivia. El artículo 3 de la Constitución incorpora a las NPIOC como una de las clases de sujetos jurídicos que conforman la nación o pueblo boliviano, junto a las bolivianas y bolivianos, las comunidades interculturales y afrobolivianas.

Calificación relativa. La definición boliviana no presupone ni implica una calificación relativa de las NPIOC. No les considera en mejor o peor posición respecto a otros grupos, por lo que recupera su dignidad.

Las experiencias negativas (persistentes o no). La definición boliviana requiere que las NPIOC hayan tenido una experiencia negativa.

Dada la historia del territorio actualmente ocupado por Bolivia, el artículo 30.I limita la experiencia negativa a una sola: la invasión colonial española, como un hecho histórico-dignificante a recordar con especial importancia en el carácter originario de las NPIOC. La Constitución refuerza esta postura en su preámbulo y artículo 2.

Originarios (desde el origen: ab-origen). La definición constitucional exige que las NPIOC sean originarios, en el sentido de que existían con anterioridad a la invasión colonial española de 1492 y la fundación de Bolivia en 1825. Esta característica también se utiliza en el preámbulo de la Constitución y sus artículos 2 y 270.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 388/2014 complementa que el término originario está relacionado más bien con el lugar geográfico de las NPIOC.

En el idioma aymara se diría “paschpä uraqit yuriri” (nacido en el mismo territorio o lugar), en quechua, “kaypi paqarisqa” (nacido aquí) y, en la expresión guaraní, “yandeva” (somos de aquí); es decir, el término origina-

rio aplicado a una colectividad o persona alude a quienes habitaron antes de la invasión española el Abya Yala.

Tierra, territorio y recursos. La Constitución define las NPIOC utilizando la palabra territorialidad. La territorialidad, según Victoria Reyes García, podría entenderse ‘como una acepción más amplia [que el territorio] que incluye una relación específica entre la sociedad indígena, la política y el espacio’.

La jurisprudencia constitucional interpreta territorialidad en el sentido amplio de territorio, tierra y recursos establecido desde el Convenio 169. También en el sentido de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Comunidad Moiwana contra Suriname del 2005, como un término único que engloba cualquier posible relación de las NPIOC con sus tierras, territorios y recursos, tales como propiedad legal o tradicional, el control, la posesión y la ocupación. El Tribunal explica que este requisito no es indispensable porque es posible que algunas NPIOC hubieran sido víctimas del despojo de sus tierras por los diversos procesos que ocurrieron a partir de la colonia.

Diferenciación. La Constitución declara que las NPIOC “comparten una identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorio y visión del mundo”. La suma de estos rasgos equivale a su diferenciación.

En el paradigmático caso 1422/2012 atendido por el Tribunal Constitucional, se tiene que una pareja y sus hijos fueron expulsados de la comunidad por la Junta Vecinal de Poroma (en Chuquisaca) pese a que se hubiera llegado a un acuerdo y se hubiera devuelto el dinero robado por el hijo mayor. Uno de los argumentos de la familia reclamante de libertad fue que la Junta Vecinal no era una NPIOC para administrar justicia indígena. Aunque el Tribunal se pronunció a favor de la familia por encontrar desproporción en la sanción, sostuvo que la Junta Vecinal de marras era una NPIOC porque ella, a través de un peritaje cultural-antropológico, demostró tener los elementos de cohesión cultural previstos por la Constitución.

La razón de esta decisión fue que el Tribunal argumentó que la existencia de cualquiera de los elementos de cohesión a los que se refiere la Constitución es suficiente para afirmar que una comunidad humana es una NPIOC. Aclaró, además, que su estructura organizativa, por razones de carácter sociohistórico, relacionadas al proceso de mestizaje vivido en el país, podría estar compuesta por organizaciones campesinas, juntas vecinales u otras.

También resulta interesante citar otro caso resuelto en el año 2014 por el Tribunal Constitucional, en el que existen dos estructuras organizativas paralelas en conflicto en una misma comunidad llamada “El Ingenio” en El Alto. Por una parte, un sindicato agrario campesino llamado “El Ingenio” y, por otra, un pueblo indígena también llamado “El Ingenio”. El sindicato denunció ante la jurisdicción ordinaria la comisión de delitos de falsificación de documentos contra las autoridades del pueblo indígena. Para comprender mejor este caso, se tiene que el sindicato, fundado en 1953, trataba de ignorar y socavar la existencia de la NPIOC que, por la impronta de la memoria ancestral y por iniciativa de algunos miembros del sindicato, se reconstituyó recién el 2009 cuando se reunieron en un Jach’a Tantachawi para tal fin. El Tribunal decidió reconocer que ambos son NPIOC.

El tribunal declaró que no importa tanto la forma de organización con tal que se cumplan los requisitos de identificación de las NPIOC previstos por la Constitución y el Convenio N° 169. Sostuvo que la organización sindical fue una imposición del Estado en el año 1952 a las NPIOC, emergente de la reforma agraria y que, sin embargo, la transición a una estructura sindical, que es una organización puramente occidental, en realidad no necesariamente ha disuelto los saberes y los conocimientos ancestrales.

Entonces, un sindicato, una junta vecinal u otro tipo de organización puede ser una NPIOC. Por este motivo, se tiene que es necesario hacer un análisis en cada caso en concreto a través de un peritaje cultural-antropológico que el Tribunal Constitucional está llevando adelante a través de su Unidad de Descolonización.

En la sentencia 0035/2019, el Tribunal amplió aún más el concepto de NPIOCS incluyendo a las comunidades interculturales, pese al número de disidencias que generó su resolución (3 de 9). Justificó que existen elementos objetivos y subjetivos para definir a las NPIOC. Esencialmente, la Constitución prevé los elementos objetivos, mientras que el Convenio 169 utiliza como criterio fundamental a la auto identificación cultural, que es un criterio subjetivo, aclarando que si bien se trata de un derecho individual, también puede ser ejercido de manera colectiva. Esta sentencia, el tribunal sostiene que es posible identificar tres tipos de comunidades en Bolivia: las NPIOC, las comunidades interculturales y las comunidades afrobolivianas. La sentencia argumenta que las NPIOC y las comunidades afrobolivianas gozan de los mismos derechos colectivos que las NPIOC según la Constitución y que, en cambio, la propia Constitución excluyó, o al menos no incluyó a las comunidades interculturales como titulares de estos derechos. Acá, cabe aclarar que la constitución no identifica a las co-

munidades afro bolivianas con las NPIOC, pues ellas no son originarias de Bolivia sino que fueron traídas desde África como esclavos. Sin embargo, les concede los mismos derechos colectivos que les reconoce a las NPIOC.

¿Qué son las comunidades interculturales? Según se puede ver en su sitio web, ellas manifiestan que:

Son aymaras, quechuas, guaraníes, y de otros pueblos originarios que han emigrado de las altas cumbres de Los Andes a zonas subtropicales en busca de mejores condiciones de vida. La causa fue la falta de tierra, desastres naturales y la contaminación que realizan las empresas agroindustriales.

... muchos migraron a zonas urbanas en busca de trabajo pero frecuentemente encontraron discriminación y explotación... en la década de 1960, el gobierno boliviano junto con la Alianza para el Progreso, programa del gobierno norteamericano, con la finalidad de frenar la migración urbana, organizaron asentamientos humanos en las zonas tropicales del país, programa denominado de colonización. Ignorando que son pueblos milenarios de lo que hoy se llama Bolivia, que desde esa fecha se les llamó colonizadores y que ahora se les conoce como interculturales.

... a pesar de promesas de alimentación e infraestructura, una vez en las tierras bajas fueron abandonados a su suerte y que más del cincuenta por ciento de su gente murió a causa de enfermedades como leishmaniasis, malaria y espundia. ...en muchos casos, ellos estaban regresando a tierras que antes de la colonia formaban parte de los pisos ecológicos de los aymaras y quechuas; y que es una triste ironía, que ahora son extranjeros en sus propias tierras.

... su organización matriz busca la reconstitución de los Pueblos Originarios de Bolivia, mal llamados colonizadores, en la lucha por la autodeterminación de las naciones originarias de Kollasuyo y la amazonía; y que su Confederación está constituida por 24 federaciones regionales y departamentales, que representan a los 1.000.000 colonos que radican en 7 de los 9 Departamentos del país.

Pues bien, la sentencia sostuvo que las comunidades interculturales, independientemente que no habiten en sus territorios ancestrales, colectivamente se han autoidentificado, por lo que cumplen con el criterio subjetivo fundamental previsto por el Convenio 169, por lo que desde una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad boliviano, es decir el convenio N° 169, las comunidades interculturales son pueblos indígenas en proceso de reconstitución.

Permanencia. La Constitución requiere que las NPIOC mantengan permanencia desde la invasión colonial española hasta la actualidad o que estén en proceso de reconstitución.

Reconocimiento por otros. En cambio, no requiere expresamente que las NPIOC sean reconocidos por otros para existir.

Identificación y distinción voluntarias. Por otra parte, y en sentido contrario al convenio N° 169, la Constitución no toma cuenta a la autoidentificación para determinar quiénes son NPIOC. Esto implicaría que las NPIOC son definidas únicamente por los criterios de la Constitución y no por autoidentificación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entendió, como se dijo, que el bloque de constitucionalidad impone que la autoidentificación también sea considerada como criterio fundamental.

6. Conclusiones

Se ha presentado un análisis del significado de los pueblos indígenas a través de los enfoques internacional y boliviano. Para comprender la perspectiva boliviana con respecto a la caracterización internacional de las NPIOC, se contrastó su definición constitucional boliviana con las diez categorías identificadas de fuentes internacionales. Se observa que Bolivia cumple con todas ellas, salvo la que se refiere a la cualificación relativa negativa. Esta exclusión me parece muy valiosa pues permite la recuperación de su dignidad. Que no se piense que las NPIOC son menos avanzadas respecto del resto de la sociedad.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano, al momento de interpretar la definición constitucional de las NPIOC, ha reconocido a la autoidentificación olvidada en el texto constitucional. Además, sostuvo que basta que se cumpla uno cualquiera de los criterios de cohesión previstos por la Constitución para identificar a las NPIOC, lo que es beneficioso para las colectividades humanas que buscan el reconocimiento de sus derechos.

Aunque la Constitución reconoce y protege a las NPIOC, la vida práctica demuestra que existen severas dificultades para comprender quiénes son ellas. Esto nos hace olvidar el profundo valor y sentido que las NPIOC dan a Bolivia. Lo mismo podría decirse de los pueblos indígenas respecto de los países de nuestra región y el mundo.

Con esta exposición quiero ofrecer los hallazgos obtenidos en miras a que exista mayor sensibilización al momento de reconocer e identificar a los pueblos indígenas para que gocen de los derechos que legítimamente les

corresponden. Por ello, al momento de discutir los derechos colectivos de estas entidades, parece aconsejable considerar criterios flexibles y amplios que reconozcan su dignidad. Al mismo tiempo, resulta valioso llevar a cabo peritajes antropológicos que permitan establecer inductivamente y con mayores certezas, un mapeo completo de su existencia.

En síntesis, NPIOC en Bolivia es cualquier 1) colectividad humana cuya 2) existencia es anterior a la invasión de la colonia española, que se 3) autoidentifique como tal, 4) comparta identidad cultural, lenguaje, tradición histórica, instituciones o cosmovisión; 5) sea que mantenga o no relación con sus tierras, territorios y recursos naturales; y 6) que, junto a las bolivianas y bolivianos y las comunidades interculturales y afrobolivianas, conforman el pueblo o nación boliviana.

7. Respuestas a las preguntas del público

7.1 ¿Cuál es la importancia del Derecho comparado en cuanto a los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento jurídico boliviano al momento de diseñar procedimientos y recursos legales específicos, que protejan colectivamente a los pueblos indígenas y tribales de Bolivia?

Se sostiene que los estados tienen el deber y la obligación de colaborar con la solución de los problemas y las dificultades que existen entre los indígenas y otras personas o con los estados. En tal sentido, una de las obligaciones de los estados es crear mecanismos para la resolución de los conflictos. Estos últimos tienen distintos enfoques.

En Colombia, por ejemplo, este mecanismo ha sido desarrollado esencialmente por la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional. A lo largo de muchos años ya, fue desarrollando y proyectando una serie de estándares, diferenciando criterios, otorgando valores y, al mismo tiempo, construyendo una doctrina jurisprudencial potente.

Un caso distinto es Bolivia, ya que se cuenta con un cuerpo normativo bastante fuerte, sobre el que la jurisprudencia puede desarrollar entendimientos y subreglas para el reconocimiento de los derechos colectivos.

Entre ambos modelos, es posible que el derecho comparado obtenga las mejores prácticas y mecanismos para el reconocimiento de los derechos colectivos y el respeto de los pueblos indígenas.

7.2 Sobre la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena y la aplicación de la Justicia Comunitaria, ¿por qué debe estable-

cerse jurídicamente los espacios territoriales? ¿Dónde puede aplicarse el Derecho Consuetudinario Indígena y la aplicación de la Justicia de acuerdo a las Sentencias Constitucionales que versan sobre el Derecho Consuetudinario Indígena?

Bolivia posee tres ámbitos de vigencia para lograr una jurisdicción indígena diferenciada de las otras jurisdicciones: personal, material y territorial. Este último ámbito limita el ejercicio de la jurisdicción indígena a sus territorios.

En verdad, limitar el ejercicio indígena a sus territorios resulta innecesario y desigual. Innecesario porque los otros dos ámbitos de vigencia son suficientes para proteger la seguridad jurídica de quienes no son indígenas, y desigual porque pese a existir una jurisdicción igualitaria en Bolivia, solamente las jurisdicciones ordinaria y agroambiental se aplican en todo el territorio boliviano. Como consecuencia, la jurisdicción indígena queda restringida de manera excesiva.

Las sentencias constitucionales bolivianas en general reiteran lo que establece la Constitución sobre la vigencia de la jurisdicción indígena en su ámbito territorial, es decir, que “se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.”

Reforma constitucional: parcial y total*

Domingo García Belaunde**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La reforma constitucional en la América Latina / 3. Las reformas constitucionales en el Perú / 4. Rol que cumple la Constitución / 5. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

El tema que hoy vamos a tratar se centra en la reforma de la Constitución, la cual puede ser total o parcial. Veamos, pues, cómo se llevan a cabo ambas modalidades, tanto de manera general como en el Perú.

El problema de la reforma constitucional siempre estuvo presente en el constitucionalismo clásico. Esta inquietud se inició con la Revolución norteamericana de 1776 que tuvo como producto la primera Constitución de ese país en el año 1787 —vigente hasta la actualidad— con numerosas enmiendas y con una serie de interpretaciones jurisprudenciales. En este país se dio una constitución general, válida para todo el territorio, que es de tipo federal y por tanto es muy genérica. Pero cada uno de los cincuenta estados que lo componen tiene su propia constitución y sus propios mecanismos de reforma. Y generalmente y a diferencia de la constitución federal, son más extensas y desarrollan con más prolijidad los temas o las competencias que se les atribuyen. Así en los Estados Unidos tenemos el estudio del constitucionalismo federal, que es en realidad el único que ha servido de modelo en el exterior y el constitucionalismo estatal. Existe, pues un constitucionalismo macro y uno micro. Estos últimos se mueven y

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por “Amachaq” Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Conferencista a nivel nacional e internacional.

desarrollan con bastante libertad, pero observando los grandes lineamientos de la constitución federal. Y por lo general son extensas y se modifican con relativa frecuencia.

Cada estado de la Unión tiene su propia estructura judicial. La federación tiene igualmente la suya que culmina, por así decirlo, en la Corte Suprema de los Estados Unidos, con sede en Washington, compuesta de nueve miembros y que tiene un ganado prestigio a nivel internacional.

En lo relacionado con la vigencia de la Constitución, se tuvo muy presente que ella no era eterna ni mucho menos de duración indefinida. Jefferson dijo muy claramente que los vivos no podían vivir atados por la opinión de los muertos y propuso la revisión periódica. Al final, después de largos debates se introdujo un modelo de reforma bastante complicado, y por eso es que ha tenido muy pocas reformas o enmiendas como se les llaman (27 en total). Y ha podido sobrevivir por una serie de circunstancias, en especial por la interpretación judicial, propia del sistema del *common law*.

2. La reforma constitucional en la América Latina

La reforma es siempre el último recurso cuando el texto existente no nos deja otra alternativa. Lo primero que se hace es buscar una interpretación y por lo general esto siempre es posible, pero no necesariamente en todos los casos.

Derechos tales como la salud y la educación que hemos visto tan desentendidos en nuestro país desde hace años, pueden tener una interpretación clara, pero es indudable que ellos se realizan a través de políticas de gobierno expresadas en leyes que lleva a cabo el poder ejecutivo. Aun cuando siempre es difícil saber si esos derechos se llevan a cabo en forma suficiente o no. En el caso de la salud y con motivo de la pandemia que azota a los países y en especial al nuestro, el colapso del sistema de salud se puso en evidencia al ver cómo la gente se moría por falta de camas UCI. En estos casos, el esfuerzo debe ser básicamente del Estado. Los centros de salud en el país pertenecen al Estado en un porcentaje del 95%; el 5% son del sector privado. Lo cual nos lleva a la conclusión de que este derecho fundamental de la salud no solo debe ser cubierto por el Estado, sino que tiene que darle prioridad.

Pero hay otros enunciados que no tienen interpretación, porque tienen un núcleo duro y entorno relativamente fijo. Así, los ministros los nombra el presidente, la acción penal está a cargo del ministerio público, los procesos

constitucionales son para defender derechos fundamentales, etc. Es decir, son claros en sus enunciados, pero su desarrollo debe hacerlo la legislación.

Y claro, cuando no es posible la interpretación se hace necesario hacer una reforma constitucional. Cuando es parcial y cuándo es total, depende de muchas circunstancias. No existe ningún problema para las reformas parciales, pues pueden llevarse a cabo sin mayores dificultades y muchas veces sin contratiempos. El asunto es cuando se lleva a cabo una reforma total y en este caso, estamos ante un momento constituyente.

La América Latina, cuando se independizó, lo hizo como república, con la excepción del Brasil que fue imperio en 1822 y se convirtió en república recién en 1889. Pero todos se dieron constituciones, que era como vestirse con un traje de gala. Sufrimos básicamente la influencia norteamericana (presidente, república, federalismo) y en menor medida la francesa, a través de las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y las que la siguieron. No obstante, ello, hasta mediados de los años cincuenta del siglo XIX, La vida política de los nuevos países independizados fue agitada y voluble, con gran cantidad de constituciones, copiadas miméticamente. Tan solo a fines del siglo XIX las cosas empiezan a cambiar en algo, si bien hay períodos de dictadura en los años sesenta del siglo XX. Y nuevamente ahora, con el llamado “socialismo del siglo XXI” que ha vendido la idea, falsa por donde se le mire, de que las constituciones son las que solucionan todos nuestros problemas.

Como decíamos, el número de constituciones ha sido extenso en muchos países, como México, Ecuador, Perú, Bolivia, Venezuela, con cambios continuos. Sin embargo, algunos países no han cambiado constituciones en los últimos cien años, como es el caso de México, que mantiene vigente la carta de 1917, si bien con numerosas reformas, y la Argentina, con la de 1853-60, con pocas reformas. A esto, lamentablemente se suma la ola del “nuevo constitucionalismo latinoamericano” que en realidad no trae novedades, salvo incidir en lo relacionado con los derechos humanos de la segunda generación.

Asimismo, han existido países con Constituciones casi permanentes, como otros países en donde las reformas constitucionales eran constantes. Es así como surge la duda acerca del por qué no se realiza una reforma total. En el caso de Argentina, esto se debe al valor histórico que posee su Constitución de 1853, que regía cuando se constituyó la República Argentina. De igual manera, se tiene el caso de México, con la Constitución de Querétaro del año 1917. Esta es una Constitución originaria y actualmente queda

muy poco de lo que se estableció en un comienzo; además, el motivo por el que no ha sido cambiada de manera total, radica en que dicha Constitución representa la revolución de 1910, de carácter agraria, anticlerical y el triunfo sobre la dictadura de Porfirio Díaz. Dichos acontecimientos marcaron la historia de este país y son reflejados en su Carta Magna. Por otro lado, la Constitución de Venezuela cambia cada 5 o 10 años. Entonces, se establece el gran dilema de si se debe cambiar o no una Constitución, considerando —en principio— que esta puede cambiarse, ya que los tiempos varían y la realidad social también.

3. Las reformas constitucionales en el Perú

En el caso peruano, tuvimos varias constituciones hasta que llegó la modélica de 1860, de larga duración. Tuvo solo una interferencia con la Constitución de 1867, que duró pocos meses y que luego se repuso. Y así duró hasta 1920. ¿Como fue que sucedió?

Lo primero es que ese lapso que corre de 1860 en adelante, es más tranquilo y sosegado desde el punto de vista político y sin mayores sobresaltos, con la excepción de la guerra del Pacífico (1879-1883). Luego viene un largo y próspero período desde 1895 hasta 1920, o mejor 1919. Este año, Leguía creyendo que va a perder las elecciones, da un golpe de Estado y convoca a una asamblea nacional. La Comisión de Constitución de la Asamblea decidió hacer una serie de reformas a la carta de 1860, pero por esas cosas de la vida, se volteó el proyecto y de ahí salió la constitución de 1920, muy interesante, pero que no tuvo seguimientos y se desacreditó prontamente. La caída de Leguía trajo consigo la constitución de 1933, de larga duración y la de más vigencia después de la de 1860.

El golpe militar de 1968 trajo grandes cambios que no han sido analizados en su totalidad, pero ello llevó a la constituyente de 1978 como exigencia de los militares para dejar el poder y convocar a elecciones en 1980. La Constitución de 1979 es modélica y debió tener larga vida. Pero el autogolpe de Fujimori del 5 de abril de 1992, trajo consigo la constitución de 1993, seguidora de la de 1979 pero remozada en su capítulo económico. Y que veintiocho años más tarde, pese a todo tipo de cuestionamientos, sigue en pie.

Actualmente, en la campaña electoral se puso de moda el proponer una Asamblea Constituyente; pero lo ha propugnado solo el partido Perú Libre, que representa el 18.9% de la población electoral; a este le sigue Fuerza Popular —que refleja tan solo el 13.8%—, es decir, ninguno de los partidos se acerca siquiera al 25%. Entonces, la pregunta que se genera es la siguiente: ¿cómo puede un partido —que obtuvo solo el 18.9% de

votos— imponer una nueva Constitución? Peor aún, cuando ni siquiera saben lo que quieren. Salvo que, como dicen algunos, lo único que busquen sea quedarse en el poder.

4. Rol que cumple la Constitución

Cabe resaltar que las Constituciones normalmente se originan en un gobierno de facto o en medio de grandes conmociones; por ejemplo, surgió una nueva Constitución alemana debido a que el país se encontraba arruinado después de la Gran Guerra y había cambiado de régimen político. Y lo mismo sucedió tras cuarenta años de franquismo en España. Pero estos países, no están aquejados por la novelería de cambiar la constitución. Esto nos lleva a concluir que —los textos constitucionales— surgen básicamente para ordenar un país. Sin embargo, en el Perú, se ha mantenido la creencia de que la aprobación de una nueva Constitución garantiza la salud, la educación, la seguridad, etc., lo cual es absolutamente falso.

La Constitución tiene un papel muy limitado; se encarga de reconocer los derechos, permite el surgimiento de leyes, códigos, reglamentos y señala cuales son los límites del Estado y los derechos de los ciudadanos. Todo ello debe realizarse siguiendo un orden específico, que fomenta un correcto desarrollo del país que precisamente permite salir adelante. En relación a ello, existe una famosa frase de Goethe, autor del Fausto, quien sostiene que prefiere la injusticia al desorden; porque la injusticia puede traer más injusticia, mientras que el desorden a la larga es menos dañino.

Veamos la situación sanitaria peruana; es lamentable, y es precisamente en estas circunstancias donde se ha podido evidenciar un gran desorden y un gran descuido; así como las desigualdades dentro de la población nacional, que se han agravado. Sin embargo, ello no puede ser atribuible a una Constitución, sino a la clase política. Se cree ingenuamente que la Constitución va a solucionar todo, pero no es así. Ésta solo se encarga de señalar el camino para un correcto desarrollo. Por otro lado, hay países que no tienen una Constitución como Gran Bretaña, y que han tenido una larga trayectoria de prosperidad.

Hoy por hoy, un cambio total de la Constitución en el Perú ocasionaría un caos. No se niega la posibilidad de cambiar la Constitución vigente; sin embargo, entiendo que ahora no es el momento. Lo que se podría hacer es formar una comisión multipartidaria de 10 o 12 especialistas en temas constitucionales, incluyendo a personas de otras profesiones como sociólogos y economistas, que permitan determinar cuáles serían los verdaderos cambios que necesita la norma suprema nacional. Y además hacerlo con calma.

Finalmente, comprobemos que en la actualidad se ha propugnado la idea de convocar a un referéndum; así, la población ha buscado la manera de obtener kits electorales, en aras de obtener firmas y cambiar la Constitución vigente. Sin embargo, se ha omitido decir que el referéndum para llevar a cabo una reforma total o parcial se encuentra previsto en el artículo 32° de la Constitución, dentro de la sección de los derechos políticos de las personas, es decir, que uno tiene el derecho a participar en el proceso del referéndum como ciudadano. Y para llevarlo a cabo hay que recurrir al artículo 206 que es el que precisamente señala el camino por donde debe transitar el referéndum. Por cierto, existen varias modalidades de referéndum para cambiar la Constitución, pero en nuestro ordenamiento ello está acotado en la fórmula del artículo¹.

Cabe resaltar que el procedimiento del referéndum se encuentra regulado en el artículo 206°, el cual indica que la reforma de la Constitución —ya sea total o parcial— debe ser aprobada por el Congreso. Entonces, debe tenerse presente que el referéndum es distinto a su procedimiento, a su implementación. Dicha diferencia se encuentra establecida en la Ley N° 26300 —denominada Ley de participación ciudadana—, donde se precisa dos tipos de reforma: las llamadas iniciativas, que deben ser promovidas por un congresista; y las de referéndum, las cuales sirven para cambiar la Constitución, total o parcialmente. Por ende, como el Congreso regula dichos procedimientos, es innecesaria la actividad de las personas que están comprando kits para pedir una Asamblea Constituyente, ya que solo generarán un eco político sin ninguna importancia.

En síntesis, la Constitución se cambia a través de su propio mecanismo, y toda reforma necesita obligatoriamente la aprobación del Congreso.

5. Respuestas a las preguntas del público

5.1. ¿A qué cree que se debe el constante cambio de constituciones que ha tenido el Perú, a comparación de otros países como Estados Unidos?

Depende de la historia política, de la madurez de cada pueblo y por cierto del sistema jurídico en el cual nos encontremos. En el caso peruano, se han aprobado —básicamente— 12 constituciones; de las cuales, en el siglo XX, ha habido cuatro: la de los años 1920, 1933, 1979 y 1993; que no todas fueron realmente necesarias. Ello se refleja en el caso de la Constitución de 1993, ya que solamente debía arreglarse la estructura del texto cons-

¹ La idea de referéndum fue propuesta por Francisco Miró Quesada Rada, maestro sanmarquino muy distinguido, quien —cuando hizo dicha propuesta— indicó que el referéndum era el derecho fundamental a participar en la política del país.

titucional de 1979 para mejorarla, sin la necesidad de un cambio total. Es más, uno de los congresistas de aquella época constituyente fue Enrique Chirinos Soto, quien sostenía que la Carta de 1993 se había configurado prácticamente calcando el esquema de la Carta de 1979.

En resumen, dichos cambios no eran necesarios y solo se hicieron por caprichos políticos, que se deben al desarrollo político y económico; así como a la formación de los ciudadanos, ya que —en la actualidad— aún hay gente que no conoce qué es la Constitución ni la han leído, por lo que el problema central es la falta de educación.

El cambio de constitución debe hacerse no solo cuando hay un sentir generalizado para ello, sino cuando la situación política y social así lo recomienda.

5.2. ¿Cuál cree que serían las razones que motivan a una necesaria reforma constitucional?

Básicamente, en la medida que impida un desarrollo para la población. O cuando se sienta la necesidad de actualizar contenidos o precisar instituciones. Por ejemplo, la Carta de 1933 rigió durante 47 años, pero se encontró con un problema en 1960 por las invasiones de tierras en el sur; además, hubo la conciencia de hacer cambios en la tenencia de la tierra y eso fue sentido por la Iglesia católica, los grupos empresariales, los grupos académicos y por la clase política, quienes sostenían la necesidad de una reestructuración en la regulación del uso de la tierra en el Perú, propugnado que esta varíe de acuerdo a la zona. Entonces, el presidente Prado, un hombre muy conservador pero muy listo, nombró una Comisión de Reforma Agraria que hizo un planteamiento interesante para su época. Más tarde, el Gobierno militar —durante los años 1962 a 1963— inició la reforma agraria en el Cusco. El problema radicaba en que —para el uso de la tierra— todo se debía pagar al contado; entonces, cuando llegó Belaunde a la presidencia en 1963, el Congreso, por consenso, modificó la Constitución con la finalidad de permitir una expropiación motivada por el interés social y poder pagar en bonos dentro de un periodo de 20 años, ya que el Estado no tenía suficiente dinero. Esto permitió que la reforma agraria pudiera iniciarse, si bien su implementación la hizo el gobierno militar que llegó al poder en 1968. En ese año, se comenzaron las expropiaciones masivas y el pago en bonos en forma regular, hasta que vino la gran inflación en la época de Alan García, donde dichos bonos se depreciaron varias veces y perdieron todo su valor. No obstante, al margen de ello, debe tenerse en claro que el motivo para una reforma constitucional es que sea necesaria, pero por motivos de importancia, no de coyuntura.

5.3. ¿Cree usted que en la actualidad es necesaria una nueva Constitución o sería suficiente realizar una reforma constitucional en algún aspecto, ya sea económica o en la parte de planificación del Estado?

Ciertamente, todo se puede mejorar y reformar. Sin embargo, una nueva Constitución en los momentos actuales de crispación, desconcierto, crisis sanitaria, entre otros sería un despropósito. En su defecto, si se desea ese cambio y es un sentir general, tendría que llegarse a un consenso; porque nadie ostenta una mayoría absoluta en el Congreso actual. La recolección de firmas no significa absolutamente nada.

Por consiguiente, cualquier cambio debe ser realizado de una manera pensada y consensuada; además de ser necesaria, pensada con toda calma.

El control de constitucionalidad en la reforma constitucional en la experiencia peruana*

Galimberty Ponce Flores**
Universidad Nacional del Altiplano

SUMARIO. 1. Introducción/ 2. Control de constitucionalidad en las reformas constitucionales/ 3. Los límites como mecanismo de control de constitucionalidad/ 4. Control de constitucionalidad en leyes legitimadas por voluntad popular: ¿conflicto entre Constitución y democracia? / 5. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

A lo largo de la existencia de las Constituciones y del propio constitucionalismo aparece la noción del cambio, que dinamiza los sistemas y los ordenamientos jurídicos. En específico, en el caso de las constituciones —una vez redactadas y aprobadas— están inmersas en el cambio, que es parte de su propia naturaleza. Ello se traduce en reformas, cuya intención es que no pierda su eficacia y su contenido frente a la realidad. De ese modo, la reforma constitucional aparece como una forma de defender la Constitución, pues cada vez que se modifica tiene que adaptarse a determinadas circunstancias, a su vez, afirmar su valor o contenido en la realidad, es decir, que no pierda vigencia. Mediante la reforma no pierde eficacia y asegura su continuidad.

Las reformas son bastante utilizadas. Son parte del sistema democrático y parten de la dinámica de los sistemas constitucionales contemporáneos en la medida que la actualizan. En el Perú, el órgano que realiza la reforma es el Congreso de la República y otros actores a los cuales se le adjudica esta

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano (Puno). Editor en Zela Grupo Editorial. Investigador adscrito a la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional del Altiplano-Puno. Autor de diversas publicaciones en Derecho Constitucional

competencia. El constituyente establece el mecanismo o la forma como se realizará la reforma, pero habitualmente en el escenario de la democracia representativa esta tarea recae en el legislador porque es quien representa a la voluntad popular. Tal facultad recae en dicha entidad porque actuar en nombre de los representados.

2. Control de constitucionalidad en las reformas constitucionales

Surge cuando asumimos que el órgano competente para reformar puede incorporar disposiciones o leyes incompatibles con la Constitución. En este caso leyes de reforma constitucional que son incompatibles con el contenido de la Constitución deben ser controladas y separadas del sistema jurídico por un órgano especializado. Actualmente, esos órganos son los Tribunales o Cortes constitucionales que se encargan de derogar disposiciones que generan incoherencias e inconsistencias en el sistema jurídico y en la propia constitución.

El control de constitucionalidad de las reformas involucra la participación de los Tribunales. Esto supone una protección de la constitución reforzada porque estos tribunales no dan pie a que pueda existir normas que sean incompatibles con la Constitución, de modo específico, las leyes de reforma constitucional no deben colisionar con la carta magna. Asimismo, implica vigilar las actuaciones de un órgano como el parlamento o también podría controlar las reformas iniciadas por los ciudadanos, siempre que en estos casos alteren los contenidos sustanciales de la Constitución.

Este tópico se relaciona estrechamente con los límites que imponemos a los órganos que reforman la constitución, al mismo tiempo nos lleva a afirmar que ningún órgano que reforme la misma actúa de forma ilimitada. Esto es producto del patrimonio común del constitucionalismo y de la experiencia de la modernidad. Todos los países acatan los componentes mínimos del constitucionalismo para vivir en paz dentro de un marco constitucional y democrático. Estos contenidos no podrían ser alterados o removidos por cualquier órgano. Es indisponible.

Si bien el poder que redacta la constitución, bajo la teoría del poder constituyente, es vista como ilimitado porque todo lo que esté dentro de sus alcances podría ser realizado, removido o desbloqueado. Sin embargo, tiene ciertas limitaciones como conquistas o patrimonios comunes de la humanidad y del constitucionalismo. Debido a que asuntos como los derechos fundamentales, la democracia, la dignidad humana, entre otros, no pueden

estar controlados o vigilados por órganos como el Congreso, dado que muchas veces estos órganos cometen errores que no pueden ser solucionados de manera inmediata. Por esta razón se acude al Tribunal Constitucional que puede corregir esos errores con mayor facilidad, a pesar de las críticas democráticas que se plantean.

3. Los límites a los órganos de control de constitucionalidad

Los órganos de reforma constitucional actúan dentro de los límites trazados por la Constitución y no pueden extenderse más allá. Dentro de la teoría constitucional contemporánea se habla de los límites formales y materiales. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos límites. En cuanto a los límites formales estableció que el órgano que reforma la Constitución, en este caso el Congreso, debe ceñirse a lo previsto en el texto constitucional para ejercer o incorporar la ley de reforma constitucional. En la Constitución peruana vigente esta se encuentra en el artículo 206, este es un límite vinculante para el legislador a nivel formal. Este artículo no puede ser inobservado por un órgano que reforma la Constitución como el Congreso de la República, en ninguno de los supuestos porque se trata de poder constituido, en consecuencia, debe ceñirse a los límites formales previstos en la Constitución.

Por otro lado, los límites materiales pueden ser establecidos de manera expresa o implícita. Los límites expresos o consignados en la constitución muchas veces se asocian con la idea de cláusulas “pétreas”, es decir inalterables o inalcanzables al poder de reforma constitucional. Muchas constituciones alrededor del mundo colocan como cláusulas inalterables aquellas referidas a la forma republicana de gobierno, a la dignidad, la forma democrática de gobierno o los derechos fundamentales, entre otros valores importantes para una determinada comunidad política¹.

En el Perú, no tenemos cláusulas o disposiciones irreformables; sin embargo, un sector declara que el artículo 32 al impedir el sometimiento al referéndum la restricción o disminución de los derechos fundamentales, tratados internacionales o aspectos de materia tributaria implicaría la presencia de una especie de cláusulas de esta naturaleza. Si partimos de esa

¹ Esto tiene mucho que ver con la noción de identidad constitucional debido a que para construir la identidad no es aspecto general o una proyección que pueda abarcar todo, sino que cada sociedad política. Al margen de reconocer la democracia o la forma republicana de gobierno, establecen sus propios contenidos que son parte de su actividad o dinámica político-social. En esa medida incorporan ese contenido en el texto de la Constitución.

idea, entonces, podemos llegar a la conclusión de que solo esos contenidos son irreformables; sin embargo, no es así².

De la misma forma, existe esta discusión cuando analizamos el artículo 206 como regula el procedimiento para incorporar la ley de reforma constitucional; se debate si este es un artículo “común” o tiene una relevancia especial. Dentro de lo anteriormente mencionado, consideramos que este artículo tiene una relevancia especial, porque es la norma que da competencia a determinados poderes constituidos para que puedan introducir cláusulas o disposiciones para reformar la Constitución o incorporar leyes de reforma constitucional. En esa medida, si el órgano competente para reformar, en este caso el Congreso, realiza actos para modificar el artículo 206, tendría que realizar una actividad argumentativa más compleja, y, a pesar de esto, actualmente observamos que no sucede esto. El Congreso actual ha presentado proyectos de ley cuestionando el artículo 206 para modificar y añadir dentro del procedimiento la asamblea constituyente. En este escenario como la Constitución no introduce ningún tipo de prohibición, se aborda su modificación como cualquier otro artículo. Por lo tanto, para las Constituciones futuras deberían establecerse restricciones para la disposición que regula la reforma constitucional, es decir, que existan mecanismos agravados para reformarla.

Así también existen límites implícitos que se extraen a raíz de la identificación con ciertos valores o patrones relevantes para una comunidad política, esto se traduciría en todos los contenidos relacionados con la defensa de la Constitución o forma republicana de gobierno. Si se produce una agresión a estos contenidos, el Tribunal Constitucional asume la competencia para expulsar o prescindir de la ley de reforma constitucional que agrede esos contenidos, en esa misma línea, su consagración o incorporación responde más a una situación de interpretación que realiza el Tribunal Constitucional. En el caso peruano, el principio de dignidad de la persona, la forma republicana de gobierno y el estado democrático de derecho constituyen los límites implícitos al poder de reforma constitucional. Son contenidos que no pueden reformarse o sirven como límites al ejercicio del poder de reforma.

4. Control de constitucionalidad en leyes legitimadas por voluntad popular: ¿conflicto entre Constitución y democracia?

² Por más que con la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional se haya establecido o delimitado determinados contenidos como irreformables es parte de la dinámica judicial de estos tribunales, pero dentro de la constitución no viene prevista como tal.

Algunos aspectos que son problemáticos en el ejercicio del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales son las siguientes: las leyes de reforma constitucional sometidas a referéndum, es decir, si el Tribunal Constitucional u otro órgano similar tiene la capacidad para controlar o prescindir de este tipo de leyes, las leyes ordinarias sometidas y aprobadas mediante referéndum y si estas pueden ser controladas por el Tribunal Constitucional. Estos tópicos plantean un límite en materia de control de constitucionalidad, es decir, no es fácil decidir en qué punto los tribunales son capaces controlar ese tipo de medidas.

En los casos que una ley de reforma constitucional ha sido aprobada por referéndum, ha intervenido el órgano constituido de reforma constitucional (el Congreso) y un órgano legitimado con mayor importancia como el pueblo. Reconocer que el Tribunal Constitucional es competente para controlar ese tipo de reformas no significa que hay un “resquebrajamiento” a la voluntad popular, sino que ha existido un desacierto por parte del pueblo, y este debe ser corregido por el Tribunal Constitucional.

Esta situación trae consigo una de las problemáticas de la teoría constitucional: la tensión entre constitución y democracia, pues los jueces al controlar las leyes de reforma constitucional actúan como defensores de la constitución, mientras que, por otro lado, el pueblo al referendar esa medida interviene como parte de la democracia. Por su parte, el Tribunal Constitucional menciona que el poder constituido y el pueblo pueden equivocarse. Entre esos desaciertos podemos mencionar restricción de derechos fundamentales o cambio de una forma de gobierno democrática hacia una autoritaria. El Tribunal añade otra premisa sobre estas reformas constitucionales aprobadas por referéndum, a las cuales se les debe tener preferencia porque viene con respaldo popular. En consecuencia, gozan de una presunción de constitucionalidad y en caso se pueda salvar su constitucionalidad se acude a ese mecanismo. Con el objetivo de no ocasionar mayores perjuicios en el ordenamiento constitucional.

5. Respuestas a las preguntas del público

5.1. Con respecto a las clases de modelos de control de constitucionalidad como el control difuso y el concentrado, ¿cuál es el que ha ganado mayor relevancia en los últimos años cuando se habla de una reforma constitucional?

El control concentrado ha tenido una mayor presencia, porque los órganos de mayor jerarquía (Congreso) en un país son los que aprueban una ley de reforma constitucional. Un órgano con esas mismas competencias ejerce

un control de constitucionalidad para que tenga una compensación en términos de legitimidad. Pero si se trata de proteger derechos fundamentales o una ley de reforma constitucional que agrede derechos fundamentales, entonces también podrían utilizarse mecanismos como el control difuso para inaplicar en una situación concreta (esto de ninguna manera implicaría expulsar del ordenamiento jurídico una determinada figura, sino dejar sin efecto para una situación específica).

En esa perspectiva los tribunales constitucionales, caracterizados bajo el modelo kelseniano del control concentrado, han adoptado un mayor protagonismo para realizar el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. Estos órganos han adquirido una mayor relevancia y garantizan la protección de la Constitución del ataque o iniciativa de reformas inconstitucionales por parte de los órganos constituidos. Siempre que los ataques estén en contra de la Constitución.

5.2. Cuando se habla de control de constitucionalidad siempre solemos hacer referencia al control sobre ciertas disposiciones y normas que contradicen el contenido de la constitución ¿Podría haber un control de constitucionalidad sobre actos estatales y actos inter privados?

Efectivamente, puede concebirse la idea de un control de constitucionalidad sobre estos actos, siempre que resulten ser ofensivos o agredan bienes básicos de una constitución o del orden constitucional. En estos casos se habla de los controles horizontales o eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Partiendo de la premisa que los contenidos de la constitución y la democracia no solo vinculan a los poderes del estado sino a los ciudadanos. Si consideramos ello, entonces, los actos privados y estatales son pasibles de ser controlados en el marco de los procesos constitucionales. Teniendo en cuenta que ese control se realiza para asegurar la eficacia de los derechos fundamentales y la defensa de la Constitución.

5.3. Reconociendo el papel transcendental del Tribunal Constitucional como órgano de control de la constitución, autónomo e independiente ¿Este podría ejercer un control de constitucionalidad de los procedimientos de reforma constitucional?

En principio, hay dos puntos que aclarar: primero el control de constitucionalidad ejercida por el Tribunal Constitucional es competente para controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales expedidas por el Congreso, en general. Este es de carácter procedimental y material o sustancial. El aspecto procedimental implica que se cumpla el trámite

o el procedimiento establecido para expedir una ley de reforma constitucional. Por su parte, en el ámbito sustantivo significa la contravención de derechos fundamentales o contenidos que sean vitales para un sistema constitucional (separación de poderes, forma republicana de gobierno, dignidad humana, etc).

En segundo lugar, con respecto al procedimiento mismo, es complejo, pero sí podría asumir esa competencia. Considerando que es el órgano que protege la constitución y buscará defender la cláusula que regula el procedimiento de reforma constitucional, que viene siendo agredida o alterada por una reforma constitucional. En tal caso, puede intervenir y realizar el control de constitucionalidad. Empero, considero que existe una desventaja y un obstáculo que superar, en la medida en que la Constitución vigente no regula expresamente que el Tribunal Constitucional sea competente para revisar el procedimiento de reforma constitucional.

En ese sentido, pienso que el Tribunal Constitucional puede realizar el control de constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional, ya que la misma Constitución no la prohíbe. Para que suceda ello habría que considerar que la misma no se extralimite, es decir, que el TC no actúe fuera de los límites materiales y formales que hemos descrito.

La función legislativa del Tribunal Constitucional frente a la omisión del constituyente*

José Rolando Cardenas Gonzales**

Universidad de Castilla - La Mancha

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Sentencia “*Marbury Vs Madison*” / 3. El control de constitucionalidad / 4. Omisión absoluta y omisión relativa / 5. El juez constitucional como creador de derecho / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Partiendo de una perspectiva lógica, la omisión ha sido precisada como el “dejar de hacer” para poder prever una situación en una ley. Esta omisión puede presentarse de las siguientes maneras: como una omisión total o absoluta y una omisión relativa. Cuando se realiza esta definición —esencialmente— se sostiene que la omisión viene dada por la voluntad del constituyente y en un “no hacer” o, en su defecto, de no cumplir con su función constitucionalmente establecida de dictar leyes.

Entonces, siguiendo esa línea, el tema de la voluntad es un poco observable ya que si —por ejemplo— se deseara analizar que existen muchos supuestos de hechos que el legislador no prevé, esto no se da necesariamente porque no quiera, sino que esta situación se puede presentar por una actuación de forma involuntaria o negligente.

En cambio, cuando se presenta la situación de la omisión relativa, la cuestión cambia porque —por lo general— se tiene la norma, pero no se encuentra completa, en este escenario, lo que existe, es un vacío normativo. De esta manera, el problema que se genera al juez, puede ser de justicia

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

**Máster en Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla- La Mancha (España). Especialista en Derechos Humanos en la Universidad de Castilla- La Mancha; y, especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la misma universidad.

ordinaria o de justicia constitucional. Lo que nos lleva al estudio de los modelos de justicia constitucional o control constitucional que se ha establecido en los diferentes órdenes, tanto en Europa como en América.

2. Sentencia “*Marbury Vs. Madison*”

Muchos autores constitucionalistas conciben que el control de constitucionalidad o, por lo menos, la jurisdicción constitucional su origen con la sentencia “*Marbury vs. Madison*” con la cual — básicamente— se establece la jerarquía normativa de la Constitución, ubicándola por encima de cualquier otro tipo de norma.

Si bien es cierto, anterior a este acontecimiento ya se había establecido constituciones; no obstante, estas eran consideradas como meros documentos o declaraciones textuales que no gozaban con fuerza suficiente para su cumplimiento por la mayoría de los jueces. Es por esa razón que la sentencia “*Marbury vs. Madison*” marca un hito importante originando un cambio en el paradigma constitucional puesto que a partir de ese momento se inicia el control de constitucionalidad, a pesar de que en la Constitución de los Estados Unidos no se hacía ninguna referencia acerca de ese término.

3. El control de constitucionalidad

Hans Kelsen y su Constitución austriaca establecen el control concentrado, considerado éste, el punto de partida para la creación del Tribunal Constitucional, teniendo como principal función la de controlar la constitucionalidad de las leyes.

Cuando Hans Kelsen instauró este órgano, lo hizo pensando que ceder la función de control de la Constitución al dominio del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo resultaría inútil ya que ambos poderes no iban a ser capaces de auto controlarse. Prueba de ello, es que el Poder Legislativo promulga una ley y luego puede derogarla, pero nunca declarar su inconstitucionalidad o su inaplicación porque sería como perder legitimidad.

Para el caso peruano, es particular, no existe un modelo de control de constitucionalidad absoluto sino, que se ha desarrollado una hibridación entre el control constitucionalidad difuso y el control concentrado. El primero es establecido en cada uno de los niveles del Poder Judicial; es decir, todos los jueces de mayor a menor rango hacen control de constitucionalidad, mientras el segundo, el control concentrado, es realizado por el Tribunal Constitucional, por ende, cuando se refiere a las omisiones, los incon-

venientes no solo se pueden presentar a nivel del Tribunal Constitucional sino también a nivel de los órganos del Poder Judicial.

4. Omisión absoluta y omisión relativa

La manera de tratar la omisión ha sido muy diversa, pero una de ellas, que a mi criterio resulta más útil, señala que la omisión absoluta, por lo general, no estaría sometida a control, y esto porque ante la ausencia de texto —consecuentemente— no existe ley ni hay disposición a la que uno pueda recurrir en vía de inconstitucionalidad.

La omisión —por lo general— ha sido recurrida vía recurso de inconstitucionalidad, sin embargo, para el caso de la omisión absoluta, donde se presenta la inexistencia de una ley, norma o disposición, la situación se torna ciertamente problemática. Otro punto interesante entorno a la omisión, es si el control se tendría que hacer sobre una omisión basada en una disposición o en una norma.

De acuerdo a esta última cuestión, muchos autores han debatido, y uno de ellos, el profesor Francisco Javier Díaz Revorio, incide que esta diferenciación no debería ser un punto importante porque —en la práctica— lo que se recurre en vía de inconstitucionalidad, por lo general, es la disposición siendo este el texto; y la norma es lo que deviene de la interpretación o lo que es aplicable al caso en concreto; es decir, cuando alguien recurre en vía de inconstitucionalidad va siempre al texto y no a la norma.

No obstante, se debe tener en cuenta que la omisión absoluta podría cambiar de sentido cuando la omisión vulnera derechos fundamentales; si bien no se tiene el texto de una ley, pero si con dicha omisión se estaría vulnerando derechos fundamentales de alguna persona, pese a no poder recurrir en vía de inconstitucionalidad ante la ausencia de texto, podría ser recurrible en vía de amparo.

Finalmente, el otro tipo de omisión es la relativa, que se presenta con mayor frecuencia en la práctica jurídica, en la que sí existe texto legal, para este caso, la disposición, norma o ley, sí puede ser recurrida ante el Tribunal Constitucional, y, por lo general, es el recurso de inconstitucionalidad su mecanismo de control.

5. El juez constitucional como creador de derecho

En la práctica constitucional, entorno a las omisiones se han dado muchas formas de solución y tratamiento, pero lo que normalmente se ha hecho es tratar de completar la norma. Para el caso del Tribunal Constitucional, la

forma de abordar la omisión ha sido a través de sus sentencias interpretativas y manipulativas, encontrándose dentro de esta última las reductivas, sustitutivas y aditivas.

Con las dos primeras no existe un mayor problema; sin embargo, con la sentencia aditiva sí se presenta una serie de complicaciones porque lo que hace generalmente el Tribunal Constitucional es adicionar contenido legal al texto original; y, en este proceso, no se tiene conocimiento cómo es que se produce dicho procedimiento, ya que puede hacerse por vía de interpretación o creando derecho.

Si se lleva esta temática a la Teoría General de Derecho, se tienen tres posturas interesantes: la positivista, la postpositivista y la neoconstitucionalista. Para este desarrollo resulta necesario centrar la exposición en las dos primeras posturas.

El positivismo tiene su inicio en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. En esta postura, el juez cuando quiere completar una laguna recurre a la discrecionalidad, teniendo entonces, capacidad de crear Derecho. Por otro lado, el postpositivismo, el cual critica a la primera teoría, y donde se introducen conceptos y preceptos específicamente de autores como Ronald Dworkin y Robert Alexy; señala que el sistema al ser completo, el juez no requeriría discrecionalidad, sino que simplemente interpretando principios se puede completar la norma. En palabras de Manuel Atienza, los principios conllevan a la ponderación y, por consiguiente, a crear Derecho, pero que no necesariamente lo hace como un legislador. Por su parte, Mauro Cappelletti, indica que, dada las circunstancias y necesidades de la aparición de nuevos derechos, es necesario que el Derecho evolucione y, por tanto, si se posee una Constitución vetusta que no ha podido prever todas las situaciones, es de completa utilidad que el juez cree Derecho, pero debemos tener presente que el comentario de Cappelletti se realiza en el contexto del Common Law en el cual se encuentra el sistema de precedentes que es diferente al Civil Law.

Ahora bien, debemos ser conscientes que la postura positivista encuentra muchas limitaciones entorno a la creación del Derecho, pero de la misma manera en la teoría post positivista y, más aún con el neoconstitucionalismo. Respecto de esta última, me parece que, sus seguidores comenten el error de llevar todo a los principios, y decir que en éstos están presentes cuestiones morales y que el Derecho está por debajo o, por lo menos, depende de la moral y la ética.

Retornando al positivismo, pese a todo lo que se pueda decir, pienso que, el juez viene impregnado de dichas cuestiones las cuales no pueden dejarse de lado al momento de resolverse un determinado caso, por lo que resulta difícil pensar que en él no intervengan cuestiones morales. Por su parte en el postpositivismo se recoge una cuestión significativa que, es que los jueces pueden crear Derecho, más la forma de crearlo no es la misma que un legislador.

Un autor interesante es un planteamiento, Santiago Nino, sobre el problema de la creación del derecho, hace un ejercicio mental sencillo y lo reduce a una cuestión lingüística. Otro autor, ciertamente cuestionado es Ferrajoli, quien no acepta la creación de derecho por parte del juez, porque señala por ejemplo que, para el caso de los precedentes, estos carecen de fuerza autoritativa, característica esencial, desde su punto de vista, del Derecho.

Por el contrario, la idea de Manuel Atienza es que la forma que crea Derecho el juez constitucional es distinta al de un legislador y, esa forma de generar una solución al caso, a lo que agregaríamos la idea vertida en el libro del profesor Eloy Espinoza-Saldaña, que sugiere plantear límites al juez constitucional en su función creativa, dentro de los cuales son las sentencias o el orden jurídico internacional o supranacional; con lo cual, resulta admisible que el juez se encuentra en la capacidad de crear Derecho, pero que dicha acción no la puede desarrollar sin límite alguno.

En Italia, por ejemplo, hay un sin número de sentencias que se denominan “sentencias-principio”, estas sentencias tienen una particularidad: el juez constitucional declara la inconstitucionalidad de la norma que se le está poniendo de conocimiento, pero deduce un principio aplicable al juez ordinario para no crear —de esta manera— un vacío con la declaración de la inconstitucionalidad, todo ello hasta que el Parlamento cree una norma que vaya a subsanarlo, sin embargo, en esa deducción del principio, existe total libertad de subjetividad del juez que podría entenderse como creación.

Una de las críticas realizadas a este modo de proceder en Italia respecto a este tópico anteriormente señalado, es que como es posible que el juez constitucional declare la inconstitucionalidad de la norma, pero deduzca un principio cuando apaciblemente, puede ir en vía interpretativa y solucionar el problema sin necesidad de otorgarle la libertad a los jueces ordinarios para que apliquen un principio e infieran lo que ellos consideren conveniente o adecuado para la solución de un determinado caso.

Ahora bien, si nos trasladamos al caso particular de España, no se declara la inconstitucionalidad sino al Parlamento se le señala la inconstitucionalidad de una norma y se le brinda un lapso para que este dicte la nueva ley y, por lo tanto, derogue la antigua.

Con todo lo antes dicho, queda claro que existen muchas formas, en diferentes países de poder solucionar la omisión, pero el marco normativo que brinda la Constitución va a ser el límite inicial para que se pueda actuar con libertad o, por lo menos, para que el juez constitucional proceda con libertad. Una vez que el juez constitucional decide, por ejemplo, en la vía de las sentencias aditivas ir más allá de lo establecido, tendrá que hacerlo justificando, exponiendo sus motivos o —en palabras de Manuel Atienza— argumentando, es en ésta sobre la que estará el control de la ciudadanía, quienes al leer las sentencias, podrán evaluar la idoneidad del juez, si realmente está actuando dentro de lo que ordena el Derecho, si está haciendo una interpretación conforme a la Constitución, y lo que —en suma— le otorgará legitimidad a sus sentencias.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. La facultad del Tribunal Constitucional de expedir sentencias interpretativas, precedentes vinculantes y de crear doctrina jurisprudencial, ¿implica realmente el ejercicio real de facultades legislativas o se trata solo de una manifestación del cumplimiento de su función como máximo protector de la Constitución?

La respuesta a esta pregunta gira en torno a la discusión sobre hasta dónde puede llegar el poder que tiene el Tribunal Constitucional. Si está invadiendo facultades que le corresponde al legislador, lo cual le deriva a convertirse en un legislador positivo, por lo general la crítica que se efectúa a la forma de actuar del Tribunal Constitucional será si se encuentra legitimado; es decir, si por norma expresa está regulado de que puede ir más allá de lo que sus facultades están previstas.

Por defecto y por origen el Tribunal Constitucional es un legislador negativo, puesto que —su función principal— consta en declarar la inconstitucionalidad de las leyes, siendo ese el motivo de su creación en 1919; sin embargo, las circunstancias eran distintas a las actuales. Kelsen, por ejemplo, cuando hace referencia al término inconstitucionalidad no pudo ser capaz de prever que en el Tribunal Constitucional iban a conocer amparos ni que en un país como el Perú se iba a fusionar el control difuso y el control concentrado.

Del mismo modo, el desarrollo, las nuevas formas de industrialización y el desarrollo del Derecho han traído a la par nuevas formas de derechos, los cuales no pueden encontrarse sueltos ni tampoco ser materia de vulnerabilidad.

En cuanto al ejercicio de sus facultades como máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional interviene con cierta libertad desencadenando su actuación como un legislador positivo. Reincidiendo sobre esta idea, el Tribunal Constitucional no está impedido o no obligatoriamente debería estarlo.

Como ya ha sido señalado, la creación de Derecho para el Tribunal no es exactamente crear una ley. Evidentemente es aplicable para todos, pero no es una ley como tal porque el procedimiento con el que se elabora una ley por el Poder Legislativo no es el mismo que se sigue en el Tribunal Constitucional. Ejemplo de ello es que el Tribunal, en sus sentencias que poseen parte expositiva, considerativa y resolutive, tiene la oportunidad de señalar las razones por las que dicta su decisión; por tanto, el Tribunal Constitucional actúa creando derecho, bajo el principio de su potestad para amparar y proteger los derechos fundamentales.

6.2. En materia procesal constitucional, el hecho de que tanto el artículo 201 de la Constitución como el principio de autonomía procesal le otorguen la facultad de desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional, ¿no implicaría una función legislativa por parte del Tribunal Constitucional?

En el Nuevo Código Procesal Constitucional, de manera aparente se puede declarar que se le está otorgando facultades al Tribunal Constitucional para que actúe con una mayor libertad. Por lo que se refiere al poder de actuación que tiene el Tribunal, no necesariamente requiere de un marco legal para hacerlo. En pocas palabras, para el caso del Tribunal Constitucional no deberían introducirse discusiones respecto de si la ley le permite proceder en una determinada forma porque al final y al cabo es la misma Constitución quien le otorga dicha potestad creativa.

6.3. El Tribunal Constitucional formula vía interpretación un nuevo alcance del texto legal para hacerlo compatible con la Constitución actuaría como un auténtico legislador positivo. En ese sentido, ¿La expedición de sentencias interpretativas manipulativas implicaría que el Tribunal Constitucional asuma un rol que le corresponde al Parlamento?

La pregunta se orienta alrededor de la problemática sobre qué tanto puede excederse el Tribunal Constitucional en su función y si puede invadir funciones de otro órgano. Todo el que está en contra del actuar del Tribunal Constitucional, manifiesta que este procede como legislador positivo ocasionando un enfrentamiento por razón de que es el parlamento la expresión de soberanía del Estado; en otras palabras, el Tribunal Constitucional no puede irrogarse el poder que le compete al Poder Legislativo. Por otro lado, el Tribunal Constitucional es un ente político el cual no se encuentra legitimado por la ciudadanía puesto que ellos no han sido elegidos como los miembros del parlamento.

No obstante, si se coloca como hito el control de inconstitucionalidad ubicado en la sentencia de “*Marbury vs Madison*” y se reconoce la evidente jerarquía y valor normativo con la que goza la Constitución, se vuelve prescindible tener en cuenta el dominio de la ley, puesto que la soberanía de ésta pasa a ser la soberanía de la Constitución, y se coloca por encima de los poderes del Estado.

Por tanto, no se puede ni debe ir en contra ella —la Constitución— y si el Tribunal Constitución tiene la potestad de poder interpretar la ley y crear derecho, no significaría ir contra el Poder Legislativo sino que estaría actuando dentro del pleno ejercicio de sus potestades que la Constitución misma le reconoce.

6.4. ¿Existen diferencias entre la facultad legislativa del Congreso y la facultad del Tribunal Constitucional como legislador positivo?

Existe una diferencia evidente, y se encuentra establecida a través de la Constitución. Mientras la función legislativa del Parlamento es —esencialmente— dictar leyes, la del Tribunal Constitucional es declarar la inconstitucionalidad de las mismas; sin embargo, abarca más que eso ya que se rige como el máximo intérprete de la Constitución.

A través de ello, la efectiviza y actúa como protector de los derechos fundamentales. Por otro lado, cabe aclarar que más allá de apuntar que el Tribunal Constitucional se encuentra invadiendo la función que constitucionalmente le corresponde al Poder Legislativo, es establecer que la creación de Derecho el Tribunal Constitucional no la realiza como un legislador puesto que la norma que el juez constitucional dicta no es igual a la ley ya que hay una argumentación detrás de esta.

Mecanismos de participación política de la ciudadanía: Análisis desde la perspectiva del derecho comparado*

Daniel Frías Toral**

Universidad Católica Argentina

Rubén Flores Dapkevicius***

Universidad Mayor de la República

Flor María Ávila Hernández****

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca

Roy Mendoza Navarro*****

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

I

El Quinto Poder del Estado de Ecuador: Como garantía del respeto a la participación ciudadana

Daniel Frías Toral

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Efectos de la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social / 3. Problemática y avance en

* Mesa de diálogo llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Ecotec (Ecuador). Doctorando en ciencias jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Exdirector general del consultorio jurídico Ecuador Consulting Group.

*** Doctor en Derecho por la Universidad Mayor de la República (Uruguay). Profesor recibido de Derecho Público de la Universidad Mayor de la República. Integrante fundador de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Autor de más de 40 libros. Ex asesor de la Presidencia de la República y del Parlamento.

**** Doctora en Filosofía de los Derechos Humanos de la Universidad de Nápoles (Italia) Abogada por la Universidad de Zulia (Venezuela). Magíster en Ciencias Políticas. Especialista en Derecho Público por la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Docente e Investigadora de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

***** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la misma casa de estudios. Ex asesor jurisdiccional del Jurado Nacional de Elecciones del Perú y especialista en temáticas electorales.

los mecanismos de participación ciudadana / 4. Efectos indirectos de las acciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social / 5. Conclusiones

1. Introducción

A diferencia de lo tradicional separación de poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). En el año 2008 en Ecuador, mediante Asamblea Constituyente, se crea una nueva Constitución en la que se establecen cinco poderes del Estado. Es decir, a partir de los tres poderes tradicionales, se agrega al poder Electoral dándole categoría de poder al Consejo Nacional Electoral y, con relación a la presente conferencia, se crea un quinto poder del Estado conocido como la Función de Transparencia y Control Social.

La Función de Transparencia y Control Social se crea, específicamente, como uno de los deberes primordiales del Estado, con el fin de asegurar que los habitantes del territorio ecuatoriano dispongan de una cultura de paz, seguridad integral y de la convivencia en una sociedad democrática libre de corrupción, cuyas características de su creación viabilizan una participación ciudadana óptima. Si bien esta función se encuentra integrada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social —en adelante (CPCCS)—, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y demás superintendencias; es importante recalcar la relevancia que posee el CPCCS¹, ya que al ser una entidad autónoma y poseer estructura electiva cuyo requisito primordial instaure que ningún miembro de esta institución debe haber pertenecido a algún partido político; asimismo, los miembros deben poseer una preparación académica de primer orden.

En las últimas elecciones tuvieron una votación dispersa en donde no hubo listas, partidos políticos, votos en planchas, sino que las elecciones fueron directas, en otras palabras, cada ciudadano votó solo por un líder político y no por un partido político propiamente.

2. Efectos de la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social

Si bien la Constitución de la República de Ecuador fue establecida en el 2008, los miembros del CPCCS no han estado siendo elegidos democráticamente, sino que los cargos ocupados han sido a través encargos políticos, en vista de ello, existe la incertidumbre sobre si tal entidad debe poseer

¹ Organismo creado por primera vez en el año 2008 por la Constitución de la República del Ecuador, como una entidad autónoma.

influencia sobre el poder Ejecutivo o viceversa. Sin embargo, a pesar de esta situación —sobre la forma ocupación de los cargos en el CPCCS—, es gratificante que las personas que poseen los mejores perfiles académicos, con relación a su cargo, lleguen a cumplir funciones en este órgano.

No obstante, al momento de la creación del CPCCS, surgió una problemática en la población debido a su naturaleza electoral, puesto que la elección de los miembros de esta entidad es directa. En su momento, los ciudadanos ecuatorianos no supieron por quién decantar su voto, lo cual produjo que esta situación fuera utilizada por los presidenciables (candidatos al gobierno) para emitir opinión sobre a quiénes ellos elegirían, con el objetivo de influir en el voto de la ciudadanía; sin embargo, a pesar de este ardid, dicha influencia no caló en los electores e incluso se ratificó el hecho de que los presidenciables no pueden ni deben sugerir la elección de los miembros candidatos al CPCCS. Por otro lado, la población en general tuvo mayor interés en la indagación de los perfiles de los candidatos para esta nueva entidad.

Luego de la primera elección de los miembros integrantes del CPCCS, los ciudadanos ecuatorianos cuestionaron las funciones de la entidad por su reciente creación. En ese sentido, podemos decir que el CPCCS se dedica a revisar los perfiles de los mejores candidatos a través de concursos entre la ciudadanía para elegir, posteriormente, a las autoridades de control. El CPCCS está encargado de elegir al Contralor General de la Nación, juez de cuentas de la administración pública; al Fiscal Federal de la Nación, quien maneja los procesos penales; a los miembros del Poder Electoral, quienes presiden las elecciones y llevan a cabo todos los procesos electorales del país; a las personas que integrarán la Corte Nacional de Justicia, quienes elegirán a los superintendentes del país; a los miembros de la Corte Constitucional; Defensoría del Pueblo; Defensoría Pública; etc. En otras palabras, el CPCCS, que es el principal rector del Quinto Poder en la Constitución ecuatoriana, permite que la elección de los cargos, relacionados a los órganos de control del país, no sea por parte del poder Legislativo a través de sus congresistas, que se encuentran en constante cuestionamiento.

3. Problemática y avance en los mecanismos de participación ciudadana

La experiencia que se tiene en Ecuador con relación a las elecciones presidenciales tiene relación con las opciones que escogen para los cargos parlamentarios, dado que, para poder acumular una mayor cantidad de votos, los candidatos convocan en sus filas políticas personas populares para la

población, pero no por el grado y conocimiento académico, sino por su influencia en el sector del entretenimiento. Al ser lo anterior una tendencia arraigada en el país, la mayor parte de las leyes establecidas surgen a partir de la propuesta de los congresistas escogidos por estos motivos, incluso, estas leyes suelen perjudicar a la población ecuatoriana por causa de su naturaleza no especializada.

Los cambios propuestos por la Constitución del 2008 se están recién visualizando, al menos con lo que respecta a las elecciones y funciones del CPCCS. El CPCCS nombra y selecciona a los cinco ciudadanos más capacitados en las áreas correspondientes. Luego de ello, los cinco poderes del Estado², en conjunto, delegan también a otras cinco personas para la ocupación de cargos. A causa de este tipo de elección se puede ejercer un contrapeso a las decisiones tomadas por los miembros escogidos del CPCCS. Además, como tercer ente de control, se forma también un grupo ciudadano de cinco personas presididas por un coordinador y estos últimos, ante la más mínima observación, poseen voz para evaluar y notificar correcciones.

Este modelo de meritocracia produjo que, en una ocasión, en donde se presentaron aproximadamente nueve vacantes para ocupar cargos de los jueces de la Corte Nacional de Justicia, solo llegaron a ocuparse dos de las vacantes. Si se hubiera mantenido el antiguo sistema de elecciones de cargos por parte del Congreso de la República, probablemente todos los cupos habrían sido llenados y, como consecuencia, habría magistrados no aptos para sus cargos que estuvieran ejerciendo el poder judicial en la Corte Nacional de Justicia considerado como el ente más alto en materia de justicia ordinaria. Entonces, podemos apreciar que sí ha tenido influencia la participación ciudadana en la elección de las personas más capacitadas para los órganos de control.

Con base en lo anterior, se denota que el sistema de elecciones ecuatoriano ha pasado por un proceso de cambio significativo legitimado por gran parte de la población debido a su carácter meritocrático. Pese a ello, las fuerzas políticas —principalmente los partidos políticos— ya están solicitando, a través de la Presidencia de la República, una consulta popular para eliminar las funciones del CPCCS y volver al antiguo sistema.

4. Efectos indirectos de las acciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social

² Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

Ahora último, se contempla directamente las funciones de los miembros integrantes del CPCCS, ejemplo de ello lo notamos en las acciones de los cargos designados por estos, dado que en las últimas fechas Contralor General de la Nación ha destituido y ha mandado a destituir a muchas autoridades del gobierno bajo las indicaciones de sus funciones, algo parecido también sucedió con la fiscal general de la Nación en el ejercicio de sus funciones. Esto resulta posible porque tienen libertad de acción y no responden o se deben a partidos políticos, ya que los ciudadanos que en este momento están ejerciendo cargos por parte del CPCCS son ciudadanos que no están vinculados a ningún partido político.

Este nuevo sistema de elección de cargos por parte del CPCCS permite notar que ya existan casos relacionados al correcto ejercicio de la autoridad producto de sus capacidades, por ejemplo, ahora que la regulación es estricta sin vinculación política ha producido que ha se tenga a un expresidente de la República con órdenes de prisión, exmandatarios con órdenes de prisión, incautaciones de cuentas, rastreos de dinero. Ha sido de mucha ayuda el poder romper con el modelo establecido en donde solo los políticos y congresistas deciden quiénes ejercerán cargos de control y que, por esa razón, jamás se poseerá autonomía en las entidades de control; pero si la propuesta sale 100% por parte de la ciudadanía y 100% de las mejores carpetas, en ese caso tendríamos una buena noticia al respecto, ya que tenemos una buena posición. Solo quedaría defender esa posición en las urnas producto de la solicitud planteada por los grupos políticos.

5. Conclusiones

La intención de esta intervención, fuera de explicar en sí las normas relacionadas, fue explicar la idea de fondo de cómo cinco poderes que se crearon —el quinto como el más fuerte— ha producido una reflexión en el ciudadano ecuatoriano. La elección de los miembros y sus carpetas por parte de los entes de control, sin que tengan a su haber ningún tipo de influencia o favor político y, a su vez, también el CPCCS promueve la participación ciudadana, establece mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones del sector público, proceder y solicita la investigación de informes sobre todo acto que afecte a la participación ciudadana aún más cuando se traten de temas de corrupción y la elección de autoridades. Es decir, a partir de ahora, los ciudadanos podrán acudir al CPCCS con el fin de denunciar alguna acción de corrupción, etc. Entonces, podemos decir que por primera vez los ciudadanos pueden ejercer una participación activa.

Mecanismos de participación ciudadana en la República de Uruguay

Rubén Flores Dapkevicius

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El recurso de referéndum en Uruguay / 3. Importancia de la participación ciudadana a través de ejemplos de los artículos impugnados para el próximo referéndum / 4. El Plebiscito como mecanismo de participación ciudadana

1. Introducción

Uruguay es una democracia plena. En su momento fue denominada como “la Suiza de América”, fue el único país latinoamericano en donde no se aplicó una cuarentena obligatoria para el COVID-19, sino que se aplicó el concepto de la Libertad Responsable, con el cual se tuvo excelentes resultados.

No obstante, hubo restricciones por vía legal al Derecho de Asociación y sobre todo al Derecho de Reunión, pero lo importante recae en la permanencia de la democracia.

El país posee un sistema de democracia semi-representativa, debido a ello, se elige cada cinco años a los gobernantes, no existe revocación de mandatos, además, existen mecanismos de democracia directa.

Los institutos de democracia directa del cual hacemos mención son los siguientes: La iniciativa por parte del cuerpo electoral, en materia de reforma constitucional y legislativa, referéndum de leyes como un importante instituto de corrección de la democracia representativa; mientras que, no existe iniciativa ciudadana en materias licitatorias o en materia de pliegos.

Actualmente nos encontramos en la época de las grandes plataformas de datos y, conforme a ello, nada resulta gratuito en internet.

Además, también la sociedad del siglo XXI atraviesa una quinta revolución industrial en donde la aparición de tecnologías ha cambiado radicalmente la relación en general de la población.

El mundo cada vez se encuentra más integrado, ejemplo de ello se denota en los acontecimientos de un país lejano pueden afectar las inversiones de otro.

El principal motivo de relucir estas cuestiones en esta intervención es para introducirnos en lo que entendemos como *GovTech* (Gobierno tecnológico-

co), ya que a través de este modelo tecnológico se propician las iniciativas ciudadanas.

Es así, entonces, que de esa manera se están regulando los instrumentos de democracia directa en Uruguay.

2. El recurso de Referéndum en Uruguay

El recurso de referéndum contra las leyes es fundamental.

Basta observar que el poder Legislativo a veces no se logra integrar con los ciudadanos más meritorios.

En Uruguay hubo un reciente cambio de Gobierno el 1 de marzo del 2020, el presidente electo, a través del poder Ejecutivo, plantea una ley denominada de “Urgente Consideración” en donde propone todas sus propuestas de cambio; al respecto, la ciudadanía logró la cantidad de firmas necesarias para impugnar dicha ley.

Por tal motivo, la ley que fue votada por la mayoría parlamentaria, será ratificada o no ratificada; derogada, o no, cuando se vote nuevamente lo que ella dispone.

El recurso de referéndum en Uruguay se encuentra regulado en el artículo 79 de la Constitución de la República. En este artículo se establece que:

“... El veinticinco por ciento del total de inscriptos habilitados para votar, podrá interponer, dentro del año de su promulgación, el recurso de referéndum contra las leyes y ejercer el derecho de iniciativa ante el Poder Legislativo.

Estos institutos no son aplicables con respecto a las leyes que establezcan tributos. Tampoco caben en los casos en que la iniciativa sea privativa del Poder Ejecutivo.

Ambos institutos serán reglamentados por ley, dictada por mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara”.

El veinticinco por ciento es una cantidad significativa.

Este recurso de referéndum contra la ley 19889 denominada ley LUC (Ley de Urgente Consideración); la primera ley de relevancia que aprobó el Gobierno y que propuso su programa de administración, tiene aproximadamente 400 artículos aproximadamente y, ciento treinta y cinco, fueron impugnados por el 25% de los habilitados para votar.

La Corte Electoral como órgano que debe controlar el proceso electoral, verificará que las firmas, huellas digitales sean correctas, que hayan firmado personas que solo pertenecen al padrón, etc.

Tiene un tiempo para expedirse y para convocar al recurso de referéndum para que la población decida.

El próximo referéndum se va a celebrar aproximadamente en marzo o abril del próximo año.

3. Importancia de la participación ciudadana a través de ejemplos de los artículos impugnados para el próximo referéndum

Una de las normas impugnadas estableció la portabilidad numérica (posibilidad de seguir poseyendo el número telefónico al cambiarse de una compañía a otra).

En Uruguay las distintas compañías telefónicas manejan formatos diversos en la estructura numérica de las líneas móviles, lo que, de cierta forma, dificulta la regulación de los números telefónicos; sin embargo, siguiendo el concepto del *GovTech*, el número telefónico, actualmente, forman parte de la entidad de cada ciudadano y, por tanto, también del derecho subjetivo de cada persona.

Se estableció la legítima defensa presunta para policías, militares y habitantes comunes, pero esta medida también fue impugnada para que la población, mediante referéndum, ratifique la legitimidad de esta norma.

Los efectos de un recurso de referéndum son *ex nunc* (desde ahora) hacia el futuro. Esto resulta muy importante porque, por el momento, la portabilidad numérica está vigente pese a que aún no se implementa, pero que se implementará antes del referéndum.

Si los ciudadanos cambiaron la compañía telefónica no habría problemas porque el efecto del recurso de referéndum es derogatorio y no anulatorio, es *ex nunc* y no es *ex tunc*.

Sin embargo, este mecanismo de participación ciudadana no se puede aplicar sobre leyes que establecen tributos, ya que se entraría en constante conflicto con la población cada vez que se establezcan nuevos tributos; además, tampoco se aplica el recurso de referéndum cuando la iniciativa es privativa, exclusiva del poder Ejecutivo.

4. El Plebiscito como mecanismo de participación ciudadana

Uno de los mecanismos de participación ciudadana principales es el Plebiscito, este mecanismo se encuentra regulado por el artículo 331 de la Constitución de la República de Uruguay, en el que se hace relación con la aprobación de las reformas constitucionales. En un inicio, las reformas constitucionales se aprobaban y el pueblo no votaba si estaba de acuerdo. Hoy en día, el pacto social que representa la constitución debe ser ratificado por la ciudadanía.

Mecanismos de participación ciudadana en Colombia

Flor María Ávila Hernández

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La participación ciudadana / 3. Artículo 40 de la Constitución Política de Colombia / 4. Artículo 103 de la Constitución Política de Colombia / 5. Clasificación de los mecanismos de participación ciudadana / 6. El referéndum / 7. El Plebiscito / 8. Conclusiones

1. Introducción

Actualmente en Colombia se acaba de salir de un conflicto armado de más de 60 años y la figura que empleó por el Ejecutivo Nacional en ese momento, por el expresidente Juan Manuel Santos, fue el Plebiscito (consulta nacional al cuerpo electoral por parte del Ejecutivo Nacional de un asunto de interés público, el cual tiene su origen en el propio ente, para temas de política pública nacional que se usa para saber la opinión de la población). Con base en ello, se consultó la propuesta del acuerdo de paz con la ex FARC (Fuerzas Revolucionarias Colombianas). El cuerpo electoral votó en su mayoría por el “no”; sin embargo, esto ayudó para que existiera una concertación nacional en torno al tema y se mejoraran algunos de las premisas de los Acuerdos de paz. Además, se puede decir que en Colombia han existido avances en materia de participación política ciudadana.

2. La participación ciudadana

Colombia es un Estado Social de Derecho estructurado en una República unitaria, descentralizada, democrática participativa y pluralista. La participación en Colombia es un derecho fundamental y como tal tiene toda la protección del Estado, posee una estructura de instituciones y organismos a través de los cuales se encauza la participación ciudadana. En esta demo-

cracia se ejerce la soberanía, de manera directa, a través del pueblo o por medio de representantes, los cuales disponen de un mandato recibido por el pueblo.

El Estado tiene que facilitar todos los mecanismos de participación para la vida económica, cultural y administrativa de la nación. En otras palabras, la participación debe ser entendida en sentido amplio, no solamente político; sino, también, social, económico y cultural.

En una entrevista sobre el concepto de Democracia realizada a Norberto Bobbio, él manifiesta que la Democracia es aquel modelo donde rigen 2 principios básicos: el gobierno de las mayorías e igual derecho de participación de cada miembro del cuerpo electoral. Es decir, la democracia tiene dos elementos formales; por un lado, el derecho de todos a una igual participación y, por otro, el principio de las mayorías. No obstante, según Bobbio, este principio político debe propiciarse para todos los niveles de la sociedad; es decir, a nivel económico, de la empresa, de la sociedad, en los partidos políticos como elemento fundamental del modelo democrático.

Los partidos políticos constituyen la base política fundamental de la democracia representativa moderna. Es más, por qué se pierde la democracia en Venezuela porque los partidos fueron coaptados por cúpulas o líderes llamados cogollos, de allí el surgimiento del término *cogollocracia*. Los partidos eran rígidos por cúpulas y, actualmente, en México se ha instalado una mesa de diálogo para llegar a un acuerdo político entre el gobierno irrito de Nicolás Maduro y los partidos de la oposición, representados a través de los cuatro partidos políticos de Venezuela, denominado el G4 (Acción Democrática, Voluntad Popular, Primero Justicia y Nuevo Tiempo).

3. Artículo 40 de la Constitución de Colombia

El artículo 40 de la Constitución colombiana establece que: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político ...”

En esta norma se establecen los mecanismos de la forma de participación política ciudadana. Entre ellos, están las elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. Incluso, los ciudadanos pueden constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. Sin embargo, la problemática que se suscita en los partidos políticos actuales tiene origen en la gran cantidad de éstos, su

atomización en Colombia, ya que ello, al momento de las elecciones, dificulta su distinción ideológica.

4. Artículo 103 de la Constitución de Colombia

El artículo 103 establece que:

“... Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato”.

Debemos resaltar que en Colombia existe el Referéndum de revocatoria de mandato para alcaldes y gobernadores; pero, en Venezuela, la revocatoria es para todos los cargos de elección popular, aquello significó una innovación que se dio con la Constitución del expresidente Hugo Chávez de 1999, debido a que consideramos que la revocatoria de mandato es un derecho del pueblo y una forma de control político.

En Colombia existe una Ley fundamental que regula la participación política, puesto que en esta nación la participación ciudadana es un derecho fundamental y, por tanto, se regula a través de Ley Estatutaria (leyes que regulan derechos fundamentales), y es la No. 1757 que establece regulaciones y garantías para hacer uso de los mecanismos de participación.

La Corte Constitucional como máximo intérprete constitucional busca una uniformidad de la interpretación sobre las iniciativas de participación política. En la Sentencia C-150 de 2015 señaló que los ciudadanos tienen ciertos grados de participación en la toma de decisiones a través de representantes, los ciudadanos también pueden promover una deliberación para la toma de decisiones (cabildo abierto e iniciativa popular normativa) o; pueden adoptar una decisión directamente (referendo, consulta popular). En Venezuela también existen los cabildos abiertos y, a partir de las protestas populares de 2014 y en años posteriores hasta la presente fecha, se han realizado muchos de ellos, en las principales ciudades del país.

5. Clasificación de los mecanismos de participación

Los mecanismos de participación ciudadana son de origen popular o de autoridad pública. Prácticamente, todos los mecanismos, excepto el plebiscito, tienen origen popular; no obstante, tanto el referendo como la consulta popular también pueden tener su origen en la autoridad pública.

La iniciativa popular legislativa y normativa ante las corporaciones públicas es el derecho político de un grupo de ciudadanos de presentar: Proyec-

to de Acto legislativo y de ley ante el Congreso de la República, Ordenanza ante las Asambleas Departamentales, Acuerdo ante los Concejos Municipales o Distritales y Resolución ante las Juntas Administradoras Locales.

6. El Referéndum

Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica (referendo aprobatorio) o derogue o no una norma vigente (referendo obligatorio).

En el caso de referendo de reforma de la Constitución, ya provenga de iniciativa pública o gubernamental, debe hacerse mediante Ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas cámaras.

El único referendo que se dio a nivel nacional, hasta la fecha, es el del 2003, que fue promovido por el expresidente colombiano, Álvaro Uribe, sobre una reforma constitucional consistente en 15 propuestas votadas de forma independiente, sobre temas de corrupción, transparencia, estructura del senado, las pensiones estatales, entre otros. Pese a que las 15 propuestas recibieron una votación positiva (13 de ellas con más del 90 por ciento de votos a favor), solo la primera, que prohibía ocupar cargos públicos o celebrar contratos con el Estado a aquellas personas condenadas por corrupción, superó el quórum necesario del 25% y, por ende, fue aprobada.

Existieron referendos para declarar el agua potable un derecho humano y un bien público; para dar cadena perpetua a quienes cometan los delitos de homicidio, maltrato severo, violación, explotación sexual y secuestro contra menores de edad; para permitir la reelección presidencial por un tercer mandato. Al respecto, sobre la cadena perpetua, la Corte Constitucional la consideró una pena infamante considerándola como un retroceso en materia política criminal y en materia de resocialización del victimario, por esa razón, fue declarada inexecutable. Con relación a la reelección presidencial, también fue declarada inexecutable, por cuanto, Colombia es una democracia pluralista y también de mandatos alternativos. Asimismo, con relación a la declaración del agua potable como un derecho humano, se propuso un Proyecto de Ley del agua potable, que tampoco se logró a dar.

7. El Plebiscito

El presidente, con la firma de todos los ministros, podrá convocar al pueblo para que se pronuncie sobre las políticas del Ejecutivo que no requieran aprobación del Congreso; salvo las relacionadas con los Estados de excepción. Además, el plebiscito no podrá coincidir con otra elección y

en ningún caso podrá versar sobre la duración del período constitucional del mandato presidencial, ni podrá modificar la Constitución Política. La elección se decidirá con la mayoría simple. Por ejemplo, en Colombia, se han promulgado más de 100 decretos ley en la cuarentena del Covid-19.

Entonces, el presidente de la República deberá informar al Congreso su intención de convocar un plebiscito, sus razones y la fecha de votación. Luego de este proceso, si las dos Cámaras, por la mayoría de las asistentes, ha manifestado su rechazo, el presidente podrá convocarlo.

8. Conclusiones

Solo un plebiscito ha sido realizado a nivel nacional en Colombia, que no fue otro que el Plebiscito sobre los Acuerdos de Paz, que tuvo lugar el 2 de octubre del 2016 y cuyo objeto era aprobar los Acuerdos de Paz, alcanzados entre el gobierno de Colombia y las ex FARC-EP. La elección, que requería un 13% del censo vigente para su validez tuvo una participación del 37,43% de los votantes inscritos, cerró con una ajustada victoria del “no” (con 6 431 372 votos, equivalente a un 50,21% del total) frente al “sí” (con 6 377 646 votos, equivalente a un 49,78%). Estas cifras denotan que los habitantes colombianos estaban divididos o polarizados, en dos bandos claros en un tema tan significativo y trascendental, pese a ello, el expresidente Juan Manuel Santos aprobó el Plebiscito sobre los Acuerdos de Paz.

La participación política con incidencia en el caso peruano

Roy Mendoza Navarro

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Regulación de la participación política ciudadana en el Perú / 3. Desafíos de la participación política en el Perú / 4. El Jurado Nacional de Elecciones y la participación política / 5. La participación política en el contexto de hoy / 6. La paridad en los mecanismos de participación

1. Introducción

Sin duda la Teoría del Estado es general, pero el diseño del Estado en sí no lo es y, eso se denota en la incorporación del quinto poder en Ecuador. La participación política podemos entenderla como un conjunto de actividades que realizan los ciudadanos de manera individual o manera colectiva para poder influir o participar en los asuntos públicos. Esta participación va a tener diversas manifestaciones.

2. Regulación de la participación política ciudadana en el Perú

En el Perú la participación ciudadana está protegida a nivel constitucional en el artículo 2 inciso 17 de la Constitución Política del Perú y en esta norma se señala que todo ciudadano tiene derecho a participar en los asuntos políticos, económicos y culturales de nuestra nación y, a su vez, el artículo 31 complementa este derecho señalando que el ciudadano tiene derecho a una participación directa.

En cuanto a los mecanismos de participación ciudadana encontramos al referendo, iniciativa legislativa, iniciativa de reforma de leyes, revocatoria y la rendición de cuentas. Estos cinco mecanismos de participación directa se complementan con lo establecido por el artículo 2 con relación a la participación indirecta a través de representantes y todo esto engloba, de cierta forma, lo que entendemos por Democracia.

Tenemos garantizado, a nivel constitucional el derecho a la participación política ciudadana y también, a nivel convencional, ya que el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagran como derecho fundamental, la participación política.

3. Desafíos de la participación política en el Perú

En el Perú han existido bastantes esfuerzos por mejorar estos mecanismos de participación política y mejorar también, el desempeño de quienes van a acceder a los cargos públicos. Desde el 2011 el Jurado Nacional de Elecciones, como ente que dirige el sistema nacional electoral, propuso una serie de modificaciones, las cuales en el 2019 fueron recogidas y ampliadas por un grupo de especialistas que van a introducir una serie de reformas electorales en cuanto la participación política, lo cual originó una convocatoria a referéndum en el 2019 en la cual se debatió las propuestas sobre reforma constitucional, conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia, bicameralismo parlamentario, financiamiento de organizaciones políticas y prohibición de la reelección inmediata de parlamentarios de la República.

Se debatieron, además, algunas formas relacionadas a la restricción del derecho fundamental de participación política. Convencionalmente se ha propuesto —como sucedió en el caso Jorge Castañeda vs México— que los derechos fundamentales se pueden restringir y estos no son completamente absolutos, sino relativos según el canon del Neoconstitucionalismo o Constitucionalismo contemporáneo.

En las actividades de reforma surgió un exceso en materia de su restricción para participar políticamente, por ejemplo, se ha modificado el artículo 34 de la Constitución Política del Perú y se ha insertado el artículo 34-A el cual establece que las personas condenadas por delitos dolosos, en primera instancia, no van a poder participar en el proceso electoral. Esta regulación es de carácter un tanto extremo.

Ejemplo de lo anterior lo notamos en el caso, Lula Da Silva en Brasil. En el año 2018 este candidato postuló a las elecciones presidenciales. El Tribunal Electoral notificó que la condena emitida en su contra en primera instancia no era un impedimento; no obstante, luego, se suscitó una condena en segunda instancia y ahí sí se suspendió su postulación. El Tribunal Electoral desde el 2010 mediante la Ley de “Ficha Limpia” donde se establece que las personas condenadas por un colegiado (más de un juez), están impedidas de postular. Consideramos que este impedimento al ejercicio de la participación ciudadana con relación a los cargos de poder, es acertado y no tanto lo es que se establezca a partir de la primera instancia, puesto que los fallos en primera instancia pueden ser corregidos por un colegiado especializado.

4. El Jurado Nacional de Elecciones y la participación política

También en Perú, el JNE ha impedido participaciones políticas para las personas condenadas. A través de la ley 30717 se pretendía impedir la postulación de las personas que hayan incurrido en determinados delitos condenados por tráfico ilícitos de drogas, violación de menores, corrupción de funcionarios, etc. aun cuando hayan sido rehabilitados. La ley no fue declarada inconstitucional en su momento, ya que no alcanzó la cantidad de votos que se requiere para declarar esta ley como inconstitucional con lo cual dicha ley estaba vigente. Sin embargo, luego de un caso en proceso de Amparo, de un sujeto individual en donde este alegaba que se encontraba rehabilitado y haber cumplido con su condena —el sujeto estaba condenado por negociación incompatible—, entonces el Tribunal Constitucional declara fundada la acción de Amparo y se menciona que el Jurado Nacional de Elecciones ha lesionado el derecho a la participación política.

Lo anterior implica que, para las elecciones del año del 2022, el reto del JNE esté en razón de aplicar el interés difuso de la ley o no, debido al fallo del Tribunal Constitucional sobre la restricción de la participación ciudadana. Advertencia, de no incurrir en conductas similares que lesionaron el derecho de participación política en el caso del señor Rolando Casillas. Por tanto, el Jurado Nacional de Elecciones en ese punto hará un control

difuso y permitirá la participación. Entonces así, se han ido dando diversas reformas en el tiempo, siendo una de las más importantes, las reformas a partir del referéndum del año 2019 sobre leyes que iban a combatir el tema de la corrupción.

También al combatir la cantidad y diversidad de los partidos políticos, y en cuanto a los partidos políticos le va a imponer o modificar los requisitos, ya sea para que se inscriban o conserven la personería jurídica. En Perú se establecía que para la inscripción de un partido político debían cumplir cierta valla electoral, en el 2010 se solicitaba el 1% del padrón electoral; en el 2014, el 3%. Ahora último llegó a solicitarse más del 4% del padrón electoral, lo cual significó la agrupación de más de medio millón de firmas o de adherentes. Entonces, producto de esta situación, la constitución de un nuevo partido político llegó a ser una tarea prácticamente imposible. A partir de esta problemática, se realizó una reforma para solicitar, ya no la firma de adherentes, sino solamente el 1% afiliados que equivalen a unos 25 000 afiliados para poder inscribir los partidos políticos, esta reforma se le exigía a los partidos que se adecúen a la reforma en las cantidades mínimas que debe tener un partido para poder mantener la personalidad jurídica, puesto que en el caso contrario se suspende la inscripción y, con esta suspensión, ya no se puede realizar actividades políticas participativas, lo cual constituye una liquidación del partido político.

En el contexto de la pandemia, el JNE suspendió la adecuación de los partidos políticos a la nueva reforma electoral. Luego de un tiempo, el JNE estableció la suspensión de los partidos en caso de que estos no logran adecuarse, alegando que el plazo extendido ya había culminado. Hasta ese momento existían un total de 24 partidos políticos; sin embargo, no se puede predecir exactamente cuántos partidos serán suspendidos por la no adecuación, no obstante, por ahora se asume que serán la mayoría debido a que hasta el momento no han cumplido con los últimos requisitos establecidos en la reforma mencionada. De los 24 partidos políticos existentes, se depuraron 15 por no haber pasado la valla electoral, de los 9 restantes se debe verificar si han cumplido adecuadamente con lo prescrito por la reforma.

5. La participación política en el contexto de hoy

En el Perú ha surgido un giro en el ambiente político del gobierno, la derecha o la centro derecha que ha estado gobernando por muchos años se vio irrumpida por grupos de izquierda. Estos grupos tienen una principal propuesta, el cambio de la Constitución. A causa de ello, surge la cuestión de cómo podría darse un cambio total de la Constitución, puesto que a

través del artículo 32 se establece que puede ser sometido a referéndum la reforma total de la Constitución, pero el artículo 206 que regula la reforma de la Constitución prescribe que toda reforma pasa por el Congreso de la República. Ahora bien, a partir del artículo 31 en donde se regulan los mecanismos de participación política ciudadana tiene una norma de desarrollo constitucional que es la Ley 26300, esta norma va a regular los procedimientos y cómo se va a concretar los mecanismos de participación directa y, debido a ello, se establece que en cuanto a la iniciativa de reforma constitucional para llamar a un referéndum que seguirá el camino del artículo 206 de la Constitución.

Lo que se está promoviendo a través del partido del gobierno es recolectar firmas, ya que consideran si se alcanza el 10% de las firmas de la población electora, se podrá convocar a un referéndum que poseerá, como principal cuestión, la realización de una Asamblea Constituyente, amparándose en el artículo 32 de la Constitución, en donde este mecanismo de participación permite la reforma total de la Constitución. Sin embargo, por el lado contrario, se argumenta que toda norma de reforma constitucional debe cursar su vía a través del Congreso de la República, es decir, que primero debería ser una ley aprobada por el Congreso y luego sometida a referéndum amparándose en el artículo 206 de la Constitución. Esta problemática indica la discusión sobre la vía adecuada para promover un cambio de la Constitución, aquello así que la norma fundamental recae en una multiplicidad de interpretaciones que generan una inseguridad jurídica.

En el año 2019, por parte del expresidente Martín Vizcarra se cierra el Congreso de la República porque el mandatario interpretaba que el Congreso al no acceder a una cuestión de confianza a la que no había expresado la negativa, se entendía que ya se cumplían las dos negativas o cuestiones de confianza rechazadas teniendo la potestad de su parte para el cierre del Congreso.

En el Perú se exagera con las interpretaciones que se da a la Constitución, a pesar de que esta práctica no es rechazada por la doctrina; sin embargo, esto genera muchos problemas.

6. La paridad en los mecanismos de participación

También en el país, han existido bastantes cambios en los temas de paridad y alternancia, mucho se había observado que la participación de las mujeres era mínima. El porcentaje de mujeres en el Congreso no pasaba del 30%, a partir de ello, se promulgó una ley que garantizará la paridad y alternancia de participación política femenina. En ese sentido, dicha ley establece que los partidos políticos necesariamente deben presentar en sus

listas el 50% de mujeres y el 50% de varones. A pesar de que la paridad no garantiza la calidad de los legisladores, sí lo hace con la participación de los legisladores. Hoy en día se observa que, de 130 congresistas, 47 son mujeres; en el 2026 se prevé que el 50% de ellos serán mujeres, ya que para el 2026 ya no se aplicará el voto preferencial (sistema que ordena la lista que se presenta) y este voto es individual y sirve para las personalidades que tienen mayor acogida en los electores.

II

Réplicas

Daniel Frías Toral

A pesar de la diferencia en la estructura gubernamental de cada nación presentada, aún se mantiene la esencia hegemónica de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). En Perú se obtuvo la experiencia del poder electoral, pero no como poder del Estado, sino a través de un organismo autónomo como hizo referencia el profesor Roy Mendoza. A partir de este punto, estaríamos resaltando las bondades y las virtudes de lo que ocurre en Ecuador sobre el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, como se indicó al inicio de la intervención, estas premisas que se encuentran tipificadas en el artículo 208 de la Constitución donde el mayor ente de participación ciudadana y de control social es el CPCCS que democratiza realmente la elección de los ciudadanos más capacitados para los organismos de control del Estado.

Como se menciona en el artículo 208 de la carta magna ecuatoriana, las atribuciones del CPCCS son las siguientes: La primera se refiere a la promoción de la participación ciudadana y estimular los procesos de deliberación pública y propiciar la formación ciudadana. La segunda tiene relación con el establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público. La tercera se encuentra relacionada con el proceso de investigación y emisión de informes, participar en parte procesal sobre actos u omisiones que afecten la participación ciudadana o generen corrupción. La cuarta respecto a la elección de autoridades que establece la Constitución y cuya competencia es del CPCCS y no del Congreso como se señaló anteriormente.

Entre los deberes y derechos del CPCCS, aparte de los mencionados, también encontramos los que son sobre emitir informes que determinen la existencia de responsabilidad, formular recomendaciones, actuar conforme

a las causas, coadyuvar a la protección de personas que denuncian actos de corrupción -resaltar esto último porque siendo esto un poder del Estado se le da la calidad de protección de testigos a quienes denuncian actos de corrupción. Además, independientemente de la calidad de fiscalizador que poseen los legisladores, los miembros de la CPCCS pueden solicitar a cualquier funcionario de cualquier institución del Estado la información que sea necesaria para la investigación de los procesos que ellos estén tratando, designar las principales autoridades y entre otras cosas. Consideramos que este modelo puede ser implementado en las demás regiones del continente debido a su éxito y seguridad jurídica que otorga su buen manejo al percibir la calidad profesional y académica de los ciudadanos miembros.

Rubén Flores Dapkevicius

En primer lugar, en Uruguay existen, a lo mucho, cuatro poderes del Estado; sin embargo, entendemos como poder del Estado al ejercicio de las funciones jurídicas. En tal sentido, existe la función administrativa, la función legislativa y la función jurisdiccional.

En el caso, por ejemplo, de otros órganos que ejercen funciones con relación a la Corte Electoral, entendida como un órgano que ejerce función jurisdiccional, decimos que es una excepción al principio de consagración de la función jurisdiccional.

En conclusión, podríamos hablar solamente de tres poderes del Estado.

En la Constitución de la República de Uruguay se establece la iniciativa de reforma constitucional total para el cuerpo electoral, en otras palabras, el pueblo puede solicitar una reforma total constitucional a diferencia de lo que sucede en Perú, ya que los ciudadanos peruanos, por medio de la regulación del artículo 206 de la Constitución Política del Perú, solo pueden solicitar una reforma parcial constitucional.

En Uruguay la iniciativa de reforma constitucional puede ser solicitada con mínimo de 10% de la población electoral.

Otros de los temas que se debatió en esta tribuna fue la fragmentación de los partidos políticos y la participación social como hizo referencia la profesora Flor María.

Agregando también, a partir de las exposiciones brindadas, fue el tema de la suspensión ciudadana en un punto de vista a considerar desde una óptica política, de derechos humanos, etc.

Se llegó a hablar de la imposibilidad de que los dictadores fueran candidatos y aquello, por ejemplo, se planteó en Chile. Los dictadores que violan la Constitución debido a su naturaleza, luego se presentan a las elecciones e inclusive logran los fueros parlamentarios, estos son hechos que se han discutido y hablado.

El artículo 80 de la Constitución uruguaya suspende la ciudadanía por ineptitud física o mental, condición de procesado en causa criminal mayor de dos años, no poseer la mayoría de edad y esto tiene relación con toda la participación ciudadana que es importante tener en cuenta.

En cuanto a la participación de la mujer, también se está discutiendo el tema, nosotros poseemos uno y dos, dos hombres y una mujer obligatorio y mínimo.

Flor María Ávila Hernández

En el presente debate se denotan diversos puntos de convergencia por un lado se evidencia las democracias representativas con elementos de la democracia directa con una necesidad de profundizar esos mecanismos, darlos a conocer, socializarlos, etc. Muchas veces no se sabe si la población conoce estos mecanismos o reconoce su importancia, ya que, al menos en Colombia, la mayoría de iniciativas han sido propuestas por parte de los partidos políticos, entonces, de aquí parte la necesidad que sea realmente el pueblo el que ejerza o el que se sienta ciudadano.

También se conoce que en Colombia existen altos niveles de abstención en cuanto a elecciones de congresistas, de presidentes, entre otros. Con base en ello, consideramos que la construcción de la ciudadanía es un tema que corresponde a toda la población.

La alta polarización política en Colombia y Venezuela producto de una desigualdad cultural, social y económica donde la demagogia cala con facilidad en las masas electorales, sobre todo, en aquella parte de la ciudadanía en donde existe más carencias en la satisfacción plena de las necesidades básicas. Al respecto, ARISTÓTELES creía que la democracia era mejor en una gran clase media porque a medida que el ciudadano carezca de medios de subsistencia, el convencimiento político por parte de los líderes sería más rápido, ya que estos ciudadanos no tendrían una plena libertad al momento de elegir a sus representantes; por otro lado, si el ciudadano poseía significativo patrimonio, lo que haría es buscar una plutocracia y oligarquía. En ese sentido, los Estados modernos deben trabajar en pro de

una calidad de vida saliendo primero de la pobreza porque a través de esta se produce una de las mayores violaciones de los derechos fundamentales.

También se comentó sobre el gobierno abierto. Colombia posee también normativa sobre gobierno abierto y también este país acaba de ingresar OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) y la transparencia en la función pública es uno de los centros medulares del gobierno para Colombia y también se observan una serie de implementaciones en todas las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales en torno al gobierno abierto.

También hoy la justicia en Colombia es digital, puesto que, debido a la pandemia, se dicta un decreto 806 para virtualizar la justicia y, por ese motivo, se está esperando un crédito del Fondo Monetario Internacional para modernizar todo el aparato judicial, ya que es una necesidad.

Por último tocaremos algunas funciones de control social en Colombia que consideramos relevantes y que se están utilizando en materia de vigilancia y derechos fundamentales, se concibe entonces a las veedurías ciudadanas, entendidas como mecanismos democráticos de representación que le permite a los ciudadanos o las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público.

Roy Mendoza Navarro

La consolidación y promoción de la democracia tiene relación con el combate a la pobreza crítica, algo que también había asumido la carta democrática interamericana del 2001. Entonces, la democracia como principio fundamental de la soberanía de los pueblos permite que todos nos podamos desarrollar en condiciones iguales compartiendo el respeto de la dignidad de la persona humana, libertades fundamentales, etc.

En el Perú, los mecanismos de democracia directa son bastante empleados, ya que se posee hasta cuatro experiencias de referéndum nacional, entre ellas, la Constitución de 1993 cuya brecha de votación no fue muy significativa lo que generó una demanda de inconstitucionalidad contra de la

Constitución de 1993, en otras palabras, se planteó una acción de inconstitucionalidad para declarar inconstitucional la presente Constitución y ello fue resuelto en su momento por el Tribunal Constitucional que alegó que al ser este una entidad constituida por esta Constitución no se podría declarar su inconstitucionalidad.

Otro de los referéndums fue en el 2005, en donde se pretendía reestructurar las regiones en nuestro Estado. El Perú posee 25 regiones y lo que se quería con esta reforma era realizar una reestructuración en macrorregiones y entonces se le consultó a la ciudadanía sobre esta propuesta; sin embargo, debido a la inexperiencia e incertidumbre de la propuesta, este referéndum no prosperó.

Luego en el 2010 también hubo un referéndum sobre la devolución a las contribuciones que realizaron algunos ciudadanos durante varios años y en donde el Estado no podía devolver el dinero porque se suponía que era una contribución de naturaleza de impuesto. Entonces se definió que no se trataba de un impuesto, sino de una contraprestación personal y que, por tanto, debía devolverse, aquello es una devolución del FONAVI (Fondo Nacional de Viviendas) que hasta hoy en día las personas de edad avanzada están recibiendo esta remuneración a propósito de este referéndum.

El último referéndum en el Perú se dio en el año 2019, de mayor carga política que los anteriores, promovido por el gobierno a partir de un escándalo “sobre los cuellos blancos” que se trató de una corrupción generalizada en las altas esferas del poder judicial generó que se cambie el nombre al CNM (Consejo Nacional de la Magistratura) que es, según la Constitución, el ente encargado de designar a jueces y fiscales a nivel nacional, su denominación a no sería Consejo Nacional de Magistratura, sino Junta Nacional de Justicia (JNJ). El segunda era para considerar o no que el financiamiento de las organizaciones políticas podría considerarse como delito, a partir de entonces, el financiamiento que no se encuentra debidamente reputado por las organizaciones políticas se considera financiamiento ilegal y, por tanto, un delito penal sancionable. También la prohibición de reelección de parlamentarios que demostró sus pro y contras, ya que no se volvería a contar con la experiencia de algunos parlamentarios. El cuarto punto fue sobre el bicameralismo, el Perú siempre fue bicameral, con la Constitución de 1993 se desistió de la bicameralidad y que trajo algunos problemas y que por ello se quiso corregir en el 2019 insertando la bicameralidad mediante referéndum; sin embargo, no se pudo conseguir por algunas “juguetas políticas” que trastocaron el referéndum y al final fue desestimada.

El referéndum ha tenido relevancia a nivel nacional y no tanto a un nivel subnacional; no obstante, la revocatoria de mandatos sí permite la participación ciudadana a nivel subnacional.

El Perú, con estas reformas constitucionales que ha ido introduciendo va a tener su primera experiencia sobre las elecciones primarias a través del mecanismo PASO (elecciones primarias abiertas simultáneas y obligatorias). Personalmente creo yo que todavía no estamos preparados para este mecanismo en tanto que ha habido un lapso de suspensión de la actividad política, la PASO va a ser una consulta a la ciudadanía para ver si los que quieren ser candidato finalmente serán candidatos en las elecciones finales y de no pasar el 1.5% de la votación nacional, el partido no va a poder participar en las elecciones generales. La propuesta esbozada no es una contrarreforma, sino es establecer un análisis de la circunstancia que hemos atravesado, ya que sería muy abrupto someter a los partidos políticos al mecanismo de la PASO, en tanto, que no han podido realizar actividades o desplegar acciones inherentes a las organizaciones políticas por el tiempo de parálisis ciudadana que hemos tenido a nivel mundial. Entonces estas serían algunas experiencias sobre la participación política en Perú.

III

Ronda de Preguntas del público

Pregunta dirigida al Dr. Daniel Frías Toral: teniendo en cuenta que en muchas ocasiones el problema no es la inexistencia de mecanismos de participación en los ciudadanos, sino la poca cultura política de los mismos ciudadanos ¿Cómo podemos fomentar en los ciudadanos la conciencia de que su participación política es de suma relevancia?

Partiré de un ejemplo que sucedió en Ecuador. Los ciudadanos no acostumbraban usar el cinturón de seguridad, de repente, una autoridad estableció que aquellas personas que no usen cinturón de seguridad asumirán una multa de un salario básico unificado. El país se “incendió”, hubo paralizaciones, marchas, descontento generalizado de las personas que usaban vehículos para su transporte diario; en ese sentido se colige que los cambios y metamorfosis que “duelen”, pero cuando se imponen, se exigen y se obligan poco a poco van mejorando la calidad de vida de los Estados, ya que obliga a los ciudadanos salir de un aletargamiento pacífico del cual están acostumbrados a un *status quo* en donde no tienen que participar a involucrarse en los asuntos políticos. La consecuencia de esta medida

tuvo como producto que ahora los ciudadanos ecuatorianos usan siempre el cinturón de seguridad y también se produjo una reducción en la multa y, ahora, en todos los vehículos se exige el cinturón de seguridad tanto de los conductores como también en los pasajeros, puesto que se comprendió que esta medida fue para el bien común. Por esa razón, se puede sostener que todo inicia justamente con un proceso muy doloroso de metamorfosis, es necesario que las personas entiendan y para ello están los entes estatales en los que la población tiene el deber de elegir a las personas más competentes y calificadas para cargos de participación ciudadana en donde se va a entender que efectivamente ya no hay partidos políticos a quien seguir, sino que obligatoriamente se tendrá que revisar el perfil de las próximas autoridades.

En Ecuador está tipificado cinco poderes del Estado y, entre ellos, el quinto poder es la función de transparencia y control social que la ejerce principalmente el CPCCS y de esta manera, al menos, la población electoral ahora hace el ejercicio de indagar sobre los candidatos. Con base en ello, se puede decir que al pueblo no se le puede obligar le guste algo, sino que se tiene que obligar a que se involucre porque si no vienen las quejas posteriores.

Pregunta dirigida al Dr. Rubén Flores Dapkevicius: teniendo en cuenta que en muchas ocasiones el problema no es la inexistencia de mecanismos de participación en los ciudadanos, sino la poca cultura política de los mismos ciudadanos ¿Cómo podemos fomentar en los ciudadanos la conciencia de que su participación política es de suma relevancia?

Considero que es muy importante establecer determinados mecanismos en forma directa.

En las puntualizaciones esbozadas, se manifestó que el voto en Colombia es facultativo y que posiblemente debido a ello la tasa de ausentismo es alta; este no sería el caso en Uruguay, puesto que el voto para la población es obligatorio y esto hace que los ciudadanos participen.

Una de las cosas que considero más importante en el desarrollo humano en general es el hábito, es la repetición de los actos, en tal sentido, podemos decir que la excelencia es una cuestión de hábitos. Entonces el hecho de establecer determinadas obligaciones como la acción de votación obligatoria hace que se propicie la participación ciudadana.

En conclusión, considero que determinadas obligaciones permiten constituir determinados hábitos, puesto que los talentos y las virtudes se

ejercen por hábitos. La educación entonces implica una mayor capacidad de propaganda de los temas, espacios gratuitos y determinadas sanciones pueden promover la mayor participación política de los ciudadanos.

Pregunta dirigida a la Dra. Flor María Ávila Hernández: teniendo en cuenta que en muchas ocasiones el problema no es la inexistencia de mecanismos de participación en los ciudadanos, sino la poca cultura política de los mismos ciudadanos ¿Cómo podemos fomentar en los ciudadanos la conciencia de que su participación política es de suma relevancia?

Como resaltó el profesor Rubén Flores, el voto no es obligatorio en Colombia y por ello existe bastante abstencionismo, además concuerdo también con la idea de que, al haber un voto obligatorio en Uruguay, la tasa de abstención es menor. Podemos decir que esto es relativamente cierto; sin embargo, desde mi punto de vista, considero que primero debe haber una educación en formación ciudadana en el sentido del ZON POLITIKON de ARISTÓTELES cuando se alude que la vida feliz se encuentra en la política o que somos animales políticos, es decir, que necesitamos trabajar por el bien común que aislados en nuestra zona de confort no llegaremos a ningún lado, necesitamos salir e interesarnos de lo público, interesarnos de lo que nos concierne a todos porque a veces, mucho de lo que ocurre en el exterior es por la inercia de la población ante la mala política o también llamada “politiquería”.

Es lamentable que la política hoy esté constituida en gran parte o se estén constituidos por mafias, en otras palabras, de verdaderos centros económicos que contratan empresas de gran marketing político y construyen candidatos y estos candidatos llegan a responder a una política de quien los llevó allí. Por otro lado, también se debe promover la formación de líderes comunitarios, es decir, hay que formar los liderazgos, ya que estos se forman o se desarrollan.

Pregunta dirigida al Dr. Roy Mendoza Navarro: teniendo en cuenta que en muchas ocasiones el problema no es la inexistencia de mecanismos de participación en los ciudadanos, sino la poca cultura política de los mismos ciudadanos ¿Cómo podemos fomentar en los ciudadanos la conciencia de que su participación política es de suma relevancia?

En el Perú el voto también es obligatorio, a pesar de haber existido proyectos para suspender la obligatoriedad, pues lamentablemente la cultura cívica no fortalece esta propuesta, ya que la cultura cívica en el país es muy

baja. En su mayoría, los ciudadanos van a votar por la multa pecuniaria establecida en caso de ausencia que existe sobre ella y la multa es aún mayor si no se ejerce el cargo de miembro de mesa. En ese sentido, hubo un proyecto donde se planteaba una especie de *vacatio legis*, o sea, se aprobaba la no obligatoriedad del voto, pero en 5 años con la condición de educar a la ciudadanía, garantizar la partición de la ciudadanía en ausencia del voto, aquel proyecto no prosperó. La obligatoriedad del voto se mantiene todavía en el Perú de forma necesaria.

Todo lo que se ha estado desarrollando durante esta jornada evidentemente resulta bastante importante e interesante porque finalmente nos encaminamos a ver o analizar las formas de cómo se garantiza que las personas y los ciudadanos sean los que participen en los asuntos públicos. En ese sentido, es muy importante la participación de la ciudadanía en tanto que estas decisiones de asuntos públicos y estatales finalmente redundan en la vida individual de cada ciudadano, interesa mucho también el fortalecimiento de la democracia y el ejercicio y respeto de las libertades fundamentales, sus garantías y respeto por el Estado de Derecho son resultado de la construcción democrática que se va haciendo a partir de la ciudadanía, entonces esa triada que se encuentra recogida en la Carta Democrática Interamericana irradia a todos los países.

Latinoamérica y la Asamblea Constituyente: análisis desde la perspectiva del derecho comparado*

Carlos Daniel Luque**

Universidad Nacional del Nordeste

Ana Claudia Santano***

Universidad de Salamanca

I

Formación y elementos de una Asamblea Constituyente

Carlos Daniel Luque

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La legitimidad democrática de las constituciones / 3. El análisis comparado de una Asamblea Constituyente / 4. Los poderes de la Asamblea Constituyente

1. Introducción

En primer lugar, tuvo que haber un poder constituyente con el objetivo de instaurar una Asamblea Constituyente y —a su vez— para que se ostente este poder, debió considerarse la creación de una Constitución que se encuentre escrita, para ello hubo un movimiento que nació con la Independencia norteamericana de 1776, la Convención de Filadelfia de 1787 y la Revolución Francesa de 1789. Lo descrito hace referencia a lo que se entiende como el movimiento denominado constitucionalismo, donde se propone la existencia de una Constitución para cada Estado,

* Mesa de diálogo llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogado por la Universidad Nacional del Nordeste, Argentina. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

*** Doctora y maestra en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad de Salamanca, España. Estancia postdoctoral en Derecho Constitucional en la Universidad Externado, Colombia. Además, es profesora de Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Electoral.

como respuesta al decadente absolutismo de hace 250 años. Así, se obtiene la respuesta al absolutismo del rey que tenía la dirección administrativa, además era el legislador y también era quien juzgaba la conducta de los súbditos. Ese absolutismo era la síntesis de la inseguridad. Por ende, el mundo debía buscar una manera de empezar a contradecir lo que estaba ocurriendo; pues los ciudadanos no intervenían, no intervinieron y no intervienen en la vida política de la comunidad.

En ese contexto, ni en Estados Unidos, ni mucho menos en Francia, se llevó a cabo la creación de una constitución para la unión y para el pueblo como tradicionalmente se enseña en el grado universitario. En Francia, Emmanuel Sieyès en su libro *¿Qué es el Tercer Estado?* aclara que en el estado llano que era quien siempre perdía contra la nobleza y el clero en las votaciones, porque se votaba por estamentos, no se encontraba el pueblo. Así, había burgueses y muchísimos asesores de nobles se encontraban justo en el estamento de al lado. En consecuencia, hay que desmitificar que las constituciones fueron hechas para el pueblo porque no fue eso lo que realmente ocurrió.

Ergo, nunca —a partir de dicho evento hasta la fecha— se ha podido sostener con certeza que existe alguna norma suprema hecha para el pueblo y mucho menos en Latinoamérica.

Por otro lado, la contradicción que nos ofrece Estados Unidos es enorme. Por ejemplo, Thomas Jefferson era un esclavista de miles de personas de color. En el mismo sentido, no cabe duda de que existe una contradicción muy grande en el tema de la Constitución, la igualdad y —a la vez— la realidad. Por ello, es o era importante analizar el documento de la Constitución como posible método de igualación popular.

2. La legitimidad democrática de las constituciones

En el inicio de las constituciones existe un tema muy relevante pero que no se menciona mucho más allá de la clásica división de poderes y es la cuestión estricta del poder y como se estructura en una Constitución. El poder en sí mismo y como se lo diseña dentro de una Constitución es la llave del posible cumplimiento o no de esa carta de derechos inmensa que ostentan las constituciones; sobre todo las latinoamericanas, que van reformando sus normas supremas y se van inflando de derechos los cuales difícilmente se cumplen.

Por ello, con tantas democracias tan disímiles, debe haber un parámetro. En ese sentido, se encuentra la legitimidad democrática, la cual refiere a

un orden constitucional con determinados principios: el principio de la participación popular sobre el que todos los políticos y académicos suelen alardear; y el principio de la apertura democrática. Estos conllevan a un sistema de autogobierno, el cual supone la distribución equitativa del poder y de la actividad política ante los ciudadanos. Pues, en una democracia, las decisiones políticas deben prever la mayor participación popular posible.

Así, la primera condición de la legitimidad democrática de la Constitución consiste en satisfacer el principio de la participación popular, esto es, que el proceso de creación constitucional debe permitir la mayor participación posible de aquellos que estarán sujetos a la Carta Magna. Al respecto, algunas doctrinas mencionan que esta debe ser realizada a través de iniciativas, tales como el referéndum, asambleas locales o regionales. Esto resulta bastante relativo, ya que —hasta la fecha— ha sido difícil cumplir con las cuestiones exigidas; porque —aun habiendo iniciativas, referéndum o asambleas— no se ha podido corregir algo constitucionalmente o —al menos— seguir fielmente la letra de la Constitución.

Por otro lado, la segunda condición en la legitimidad democrática de la Constitución refiere a la apertura democrática, mediante la cual una Constitución siempre debe permanecer abierta a la modificación, a través de un procedimiento similar a la de su creación, esto es, debe facilitar el poder constituyente futuro. Esto se debe a que, en la práctica constitucional moderna, el mecanismo que más se acerca a satisfacer la condición de legitimidad democrática es la Asamblea Constituyente.

3. El análisis comparado de una Asamblea Constituyente

El análisis comparado estudia como mínimo cuatro aspectos de esta institución: su convocatoria, el proceso de las elecciones de sus miembros, los poderes que tendrá y el modo de ratificación de su obra. Al respecto, la convocatoria puede ser constitucional, cuando se encuentra prevista en la propia Constitución y establece la modificación de la futura Carta Magna a través de la Asamblea Constituyente o extra constitucional.

No obstante, en esta se suscitan inconvenientes; pues, o no existe un mecanismo constitucional —es decir, no se cumple— o lo ejercen los poderes constituidos, o se ejerce popularmente, como también ha ocurrido (el actual proceso chileno y la Constitución colombiana de 1991 son ejemplos en ese sentido). Así, la elección de los miembros puede ser o indirecta; siendo este último el que hace referencia a la elección por la Legislatura. Es precisamente en este punto donde se encuentra el problema de la legitimidad democrática del Congreso o de las Legislaturas, aquí

es importante referirse a la Constitución de los Estados Unidos que, si bien prevé el sistema de Convención, todas las enmiendas menos una (la enmienda vigesimoprimera) que se aprobó a través del método de Convención, se ratificó a través de la aprobación de los tres cuartos de las legislaturas estatales de los Estados Unidos.

Asimismo, las primeras diez enmiendas también fueron ratificadas, pero nacieron de la Convención de Filadelfia. En ese sentido, para llegar a los tres cuartos, tuvieron que esperar hasta 1891, fecha en la que comienza a regir el *Bill of Rights*. A partir de allí, todas las enmiendas, con la excepción mencionada, fueron ratificadas por los tres cuartos de los estados que conforman los Estados Unidos de América, lo que a su turno define la gran legitimidad democrática de las legislaturas estatales en ese país del norte.

4. Los poderes de la Asamblea Constituyente

Emmanuel Sieyès, el creador de la teoría del poder constituyente, clásicamente menciona que la Asamblea representa y ejerce el poder constituyente en nombre del pueblo. No obstante, a su vez, Carl Schmitt indica que el pueblo delega en la Asamblea constituyente el poder de proponer una Constitución, pero es el propio pueblo quien —a través de un acto político— decide positiva o negativamente sobre la cuestión de aprobar o no lo trabajado por la Asamblea constituyente. Así, Sieyès refiere que lo que realiza la asamblea es lo que corresponde, ya que lo hace en nombre del pueblo directamente.

Ya en nuestra época, la ratificación de la obra constituyente —en términos democráticos— se realizaron a través de un referéndum. Siendo las más reconocidas las de Bolivia, Ecuador y Venezuela; mientras que, las no ratificadas más importantes fueron las de Colombia y Argentina. Esta última posee una Convención constituyente pura por lo que no se necesita la ratificación por referéndum de lo actuado por el poder constituyente.

Formación de la Constitución brasileña de 1988

Ana Claudia Santano

SUMARIO: 1. La Constitución brasileña de 1988 / 2. Oportunidades de la constitución brasileña de 1988/ 2.1. Bloque de constitucionalidad /3. Carácter progresista de la Constitución brasileña de 1988 / 4. Cambio de la Constitución brasileña de 1988 a través de las enmiendas / 5. Conclusión

1. La Constitución brasileña de 1988

La Constitución brasileña de 1988 es considerada una constitución rígida, bastante amplia, la cual ha tenido más de doscientos artículos. Así mismo, ha sido objeto de más de cien enmiendas desde 1988; sin embargo, la simbología de esta Constitución es bastante representativa del contexto brasileño, ya que enmarca un momento de transición democrática, una vez que el país se encontraba en una larga dictadura militar que duró veinte años y que ha dejado heridas que no han sido sanadas hasta la actualidad. De hecho, si hubiera existido en su momento una justicia de transición, eventualmente no se viviría en la actualidad una situación tan difícil como ha sucedido durante la pandemia.

En ese sentido, se tiene un cuaderno de derechos fundamentales bastante generoso. Esto es optimista, porque el Derecho Constitucional y los Derechos Humanos aportan elementos para pensar y buscar una sociedad más justa, igualitaria y equilibrada. Por eso, se considera que el derecho es un motor de transformación social o de realidades; pero solo cuando son tomados en serio, ya que el gran problema recae en que muchas ocasiones existe una presión natural, debido a las sociedades tan complejas que conviven, donde el progresismo termina siendo *boicoteado* por el *statu quo*.

De ese modo, se ostenta una Constitución con una simbología muy fuerte, ya que —inclusive— aportaba la nueva democracia en Brasil, pues — desde entonces— se encuentran en un sistema político donde se realizan elecciones periódicamente, se elige a los representantes y se ha progresado en algún momento. No obstante, hay un elemento que se ha repetido en países latinoamericanos cuando se hace referencia al derecho social, ya que este es el núcleo del Derecho Constitucional del siglo XXI. Los derechos de libertad se encuentran bastante naturalizados, aunque estén sufriendo peligros, porque hay impactos que lo están contaminando por dentro; sin embargo, en Latinoamérica no se ha tenido la oportunidad de vivenciar realmente los derechos sociales.

2. Oportunidades de la Constitución brasileña de 1988

El poder constituyente puede y debe aportar derechos a los ciudadanos, no solo en principios de libertad; sino también en principios de las prestaciones del Estado que garanticen estos derechos. La pandemia ha evidenciado de forma clara estos problemas, tales como el derecho a la salud, educación, vivienda y todos aquellos que forman parte del conjunto de derechos sociales y que todavía no han sido implementados en América Latina. Por esa razón, se considera que hay una enorme desigualdad, justamente por no haber derechos sociales concretados.

La Asamblea Constituyente en Brasil —antes de 1988— dio oportunidad para la gesta de un movimiento muy fuerte, en torno a la participación de los más variados grupos sociales para la confección de la Constitución brasileña de 1988. Para dicha ocasión, estuvieron presentes los grupos indígenas, mujeres, los negros y negras, los grupos LGTBIQ y demás; es decir, había un llamado colectivo a que todos comparecieran en el Congreso Nacional y aportaran a los grupos de trabajo sus ideas, lo cual generó un material bastante adecuado con el verdadero *iter* de la Constitución, que es un Estado social y democrático de derecho.

De esta forma, se considera que la Constitución brasileña no es una Constitución liberal, sino una bastante intervencionista en la economía, justamente para garantizar derechos. Y esto, de cierta manera, funcionó en la pandemia, ya que una de las cosas que ha salvado a los brasileños del caos, negacionismo y la falta de control del COVID fue el sistema único de salud, el cual es universal, por lo que todas y todos —independientemente de ser brasileños o no— pueden acceder. Con esto, el sistema público de salud garantizó —por lo menos— el tratamiento generalizado de las personas. Así, aunque muchos han fallecido, es gracias al SUS que se ha logrado evitar la muerte de más personas. Entonces, lo que fue creado por algunos grupos de trabajo, de una manera progresista y garantizadora de derechos, se refleja en estos días; a pesar de no estar exento de críticas debido al coste de estos servicios del sistema.

Por otro lado, la Asamblea Constituyente dio una oportunidad de voz para toda la gente; aportando a su texto algunos artículos muy interesantes, que requieren de interpretación para su aplicación. Además, esta Constitución trajo consigo la visibilidad de muchos problemas que no eran contemplados de esa manera en su momento; no obstante, dicho Código sí tiene reglas para cruzar momentos más complejos y problemáticos, razón por la que ha sido tan atacada desde entonces.

En su momento, junto con la progresividad de los grupos de trabajos tan variados, existían otros conservadores, que no ahorraron esfuerzos para bloquear o impedir la llegada de los demás colectivos sociales y —así— mantener todo en calma. De hecho, el régimen militar no se fue del poder, justamente, por los movimientos conservadores que existieron durante la Asamblea Constituyente de 1988. En ese sentido, no se debe considerar que se tenga una militarización del Gobierno brasileño; porque, además de no tener una justicia de transición, no se sabía cuál era el verdadero rol de las fuerzas armadas en el Estado. Por consiguiente, los grupos conservadores mantuvieron a dichas personas y organizaciones en el Estado, pues se beneficiaban de la dictadura militar; toda vez que, cuando

hay beneficios, difícilmente se logra traer una progresividad de derechos para cambiar una realidad.

En suma, es posible sostener que se tuvo un buen momento de participación intensa de grupos sociales en la Asamblea Constituyente. Incluso, se adelantaron a unas problemáticas muy emblemáticas como el medio ambiente, la cuestión indígena y tantos otros derechos.

2.1. Bloque de constitucionalidad

Dentro de las cien enmiendas —a pesar de ser una constitución rígida— se tiene de igual forma una apertura. Así, en un primer momento, existía un bloque de constitucionalidad en el párrafo segundo del artículo 5, el cual establecía:

“Se consideran con status constitucional todos los tratados de derechos humanos que fueron ratificados por el estado brasileño”. (las cursivas son propias)

Por lo tanto, se hace referencia a un bloque de constitucionalidad muy agresivo y futurista, que —no obstante— fue boicoteado por los diputados después de la Asamblea constituyente, ya que fue aprobado, pero no puesto en práctica. Sin embargo, la propia Corte Constitucional tenía muchas oposiciones sobre la aplicación de este bloque.

Asimismo, en el 2004, se llevó a cabo una reforma constitucional para restringir este bloque de constitucionalidad. De tal manera que ahora los Tratados internacionales de Derechos Humanos —principalmente los ratificados antes del 2004—, lamentablemente no poseen más nivel que el *status* constitucional de la jerarquía de normas.

3. Carácter progresista de la Constitución brasileña de 1988

Se considera que la Asamblea Constituyente puede ser elaborada y trabajada de manera progresiva, inclusiva y participativa, la cual puede obtener como resultado un producto final muy completo; no obstante, se debe tener en cuenta si las instituciones se encuentran listas o no para la aplicación de este texto tan progresivo.

Durante mucho tiempo, en Brasil se tuvo una conformación de la Corte Constitucional muy conservadora. En esta se evidenció la distancia muy marcada que existía entre las mentalidades de los ministros de la Corte constitucional y el cuaderno constitucional. En ese sentido, la Constitución mencionaba que el Estado brasileño era uno social y democrático de

derecho, con diversas normas que son necesarias hasta la actualidad, pero que se deben retirar del papel y colocarlo netamente en la práctica.

Por otro lado, la Corte Constitucional —hasta el año 2002 aproximadamente— era muy conservadora y cerrada; además, existía una fuerza contenedora en la aplicación de los derechos. Por ese motivo, el Congreso nacional no se preocupaba tanto en un cambio de Constitución; pues, muchos de los derechos que ellos no congeniaban, eran impedidos de ponerse en marcha por obra de la Corte Constitucional. Entonces, no había una tensión tan marcada entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial; sin embargo, la Corte empezó a cambiar mucho a partir del momento en que se reemplazaron a los ministros de la Suprema Corte. A partir de ese momento, con la entrada de otros juristas y operadores del derecho que pensaban más allá de la letra de la ley, se tuvo un nuevo escenario. En consecuencia, se suscitó un conflicto entre los poderes de la República, provocados por este comportamiento más progresista de los nuevos ministros de la Suprema Corte.

Por otro lado, se comenzó a llevar a cabo una lectura progresista de la carta constitucional, la cual establecía:

“Estos artículos no son más programáticos, ya que ellos son autoaplicables”
(las cursivas son propias)

Con esto, se cambió la idea de la aplicación de derechos sociales. Así, ya no se trataba más de un orden constitucional para el estado de garantía de salud, educación u otros, sino que era un derecho concreto. Por ese motivo, las personas empezaron a buscar al Poder Judicial para garantizar la aplicación de estos derechos. Además, se empezó a formar una jurisprudencia novedosa y progresista en el ámbito de la Suprema Corte, en aras de garantizar el cumplimiento de los derechos por parte del Estado brasileño.

Así, no importaba demasiado las cuestiones económicas, sino que el derecho a la salud estaba en la Constitución y —por ende— tenía que ser cumplido. Esto empezó a generar conflictos entre los poderes de la República, porque el Poder Legislativo empezó a considerar a la Corte Suprema como activista.

4. Cambio de la Constitución brasileña de 1988 a través de las enmiendas

Durante los gobiernos de Lula y Dilma, existía un respeto muy fuerte a las decisiones de la Corte Suprema, pero también una tensión entre el

Poder Judicial y el Legislativo. En ese sentido, para frenar las decisiones del Poder Judicial, se empezó a cambiar la Constitución. Ellos cambiaban por enmiendas, es decir, por el poder constituyente derivado y diversas reglas constitucionales; a tal punto que —acorde a algunos autores constitucionalistas de Brasil se ha considerado que se desconfiguró el principal espíritu del Código de 1988.

Una de las enmiendas referidas fue el desecho de gastos públicos, ya que esto iba en contra de la idea de Estado social y democrático de derecho que dicha constitución había firmado. Por lo tanto, existe —desde ese momento— un conflicto no solo entre poderes; sino también por la ostentación del poder en sí mismo, lo que —en palabras de Max Weber— se entiende como “Poder por autoridad”.

En consecuencia, desde ese entonces Brasil sufre una crisis política que culminó en el golpe del 2016, con la caída de la ex presidenta Dilma Rousseff. Asimismo, los gobiernos subsiguientes han atacado la Constitución en su núcleo; desconfigurando sus reglas, incumpliendo sus órdenes y generando que —incluso— la referida Carta sea cuestionada por el pueblo brasileño. La realidad —sin embargo— es que, quien cuestiona esta Carta constitucional, probablemente nunca la leyó.

5. Conclusión

En el paradigma brasileño se ha realizado bien la labor de configurar una Constitución; sin embargo, cuando esta empezó a tener defectos en la práctica, la élite comenzó a cuestionarla, tratando —consiguientemente— de desconfigurarla. Ergo, es a partir de ese momento que parte de la sociedad empieza a atacar la norma suprema, originando que las personas se pregunten si realmente es necesaria.

Al respecto, es menester resaltar que la Constitución sirve —principalmente— para avanzar y hacer que la sociedad brasileña se mantenga firme después de momentos de conflictos tan profundos como los que acontecen en la actualidad. Por lo tanto, no resulta descabellado concluir que la Constitución molesta a las personas que simplemente desean explotar a los demás y no quieren realizar una sociedad íntegra y plena.

Las constituciones ostentan la función de componer el tejido social de manera inclusiva y participativa. Así, resulta evidente que los poderes elitistas colisionan con los propósitos de la Constitución brasileña; por ello, ahora existe un conjunto de decisiones judiciales que demuestran que —de un lado— se encuentra la Corte Suprema, la cual siempre intenta

aplicar los derechos de la Constitución brasileña; mientras que, por otro, se tiene a los ministros más conservadores en la lectura de los derechos.

Finalmente, desde el punto de vista histórico de Brasil, se considera que la Constitución es buena y —por ende— no debería cambiarse, pero esta debe ser aplicada. Por otro lado, respecto a América Latina, el problema no es que existan demasiados derechos, sino es que se han olvidado de su existencia y —en consecuencia— no los ponen en práctica.

II

Réplicas

Carlos Daniel Luque

El sistema de Convención Constituyente argentino se encuentra en el artículo 30 de su Constitución Nacional, que menciona:

“La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el congreso con el voto de las dos terceras partes, al menos de sus miembros, pero no se efectuará, sino por una Convención convocada al efecto”. (las cursivas son propias)

Respecto del enunciado: “En el todo o en cualquiera de sus partes”, dicha cláusula rígida echa por tierra el asunto de las estipulaciones pétreas y también los contenidos de la misma característica.

Así, la función preconstituyente, se encuentra en manos del Congreso nacional. Además, esta demarca los puntos de reforma bajo pena de nulidad, esto es, hace referencia al control de constitucionalidad de una reforma de la misma naturaleza, bajo pena de nulidad.

En ese sentido, la ley que declara la necesidad de reforma menciona que si son enmendados puntos que no han sido incluidos en el temario no tendrían valor. Así, la sanción de nulidad implica —ni más ni menos— la no existencia del derecho que se promovió.

Por otro lado, todas las etapas del poder preconstituyente son ejercidas por el Congreso nacional. En ese orden, la etapa constituyente se encuentra adherida a la ley declarativa; por lo que, si la reforma es parcial, sucede que los puntos declarados pueden ser reformados todos o algunos de los incluidos, pero nunca pueden ser más de los que se han incorporado. Esto fue lo que ocurrió en 1994, cuando se agregó una cláusula que no estaba en el núcleo de coincidencias básicas.

Finalmente, en la última reforma constitucional de 1994 —en el núcleo de coincidencias básicas— el artículo 4° de la ley N° 23409, que declaraba la necesidad de la referida reforma, mencionaba que todo el paquete de reformas a disposición de la Convención de la reforma constituyente debía votarse por si estas procedían o —por el contrario— si no debía llevarse a cabo. Ergo, si se votaba por el sí, se reformaba todo; en cambio, si se optaba por el no, entonces no había reforma. En consecuencia, de este grave problema se llega a la cuestión de ¿para qué sirve el voto en la representatividad?, debido a que uno puede desear ampliar los derechos de los pueblos originarios, así como no querer hacerlo, tal como ocurrió en Argentina, en lo referido a la reelección del presidente. Entonces, el voto no sirve para solucionar todas las opciones que se dan; en cambio, la representatividad se encuentra cada vez más debilitada y por eso es importante el principio de participación popular; pero no solo por un referéndum, sino de la manera en la que se realizó en Chile, por ejemplo, donde existen más convencionales independientes que los pertenecientes a partidos políticos.

Ana Claudia Santano

Tener esperanza, no es exactamente ser optimista, sino es creer en un futuro mejor o distinto. Esto debe ser tomado en cuenta conforme con el camino que ostentan las constituciones; en donde existe una crisis generalizada de confianza hacia las instituciones, partidos políticos, las élites e incluso hacia uno mismo; debido a que existe una falta de capital social muy importante en toda América latina, lo cual genera que uno no se guíe de sí mismo, es decir, no se preserva aquella confianza mutua en la que, si uno cumple las reglas, entonces el otro actuará de igual manera. Esto no suele suceder.

Dentro del campo de la democracia y del constitucionalismo, se debe considerar que la Constitución es una reunión de muchos factores sociales que se presentaron en un determinado momento, los cuales tienen que ser válidos y aplicados. Es claro que, si la futura generación no está de acuerdo con la constitución, puede convencionar a hacer otra. Así, en el constitucionalismo brasileño ya no se permite reformar toda la Constitución, porque existen tratados internacionales de Derechos y cláusulas pétreas, especialmente protegidas en contra de reformas. Este tipo de compromisos deben mantenerse aún en caso de la promulgación de una nueva norma suprema. Por ende, el solo cumplimiento acorde a los Derechos Humanos ya los ubica en un nivel de compromiso social que no puede ser el mismo de antes.

Entonces, las constituciones deben permanecer aún en momentos de crisis, pues si las personas no escatiman las circunstancias, generalmente se pierden derechos que son importantes en un determinado momento de la historia del país. Por lo que, con esto, solamente se favorece a las élites, generando mayor desigualdad, exclusión y pérdida de derechos. En ese sentido, los pactos sociales de hecho contemplados en la Constitución de 1988 deben permanecer, aunque sea en las futuras generaciones; justamente, porque fueron conquistas pactadas y legitimadas democráticamente. En todo caso, si las futuras generaciones desearan cambiar la Constitución, podrían hacerlo por medio de una Asamblea Constituyente u otro mecanismo; sin embargo, se debe atender igualmente los compromisos internacionales que Brasil ya ha firmado con anterioridad.

En momentos de crisis generalizada de confianza, diversas constituciones han conllevado a que se recurra al populismo. Este ha sido considerado como el salvador de la patria, el cual vende soluciones muy sencillas y reducidas para problemas complejos, siempre llamando a las masas para que estas sean las que decidan. Asimismo, emplea retóricamente el voto popular o la fuerza popular. Así, el líder populista no se preocupa de las masas, sino de que estas le otorguen soporte político para que él siga actuando en el poder; por lo que, solo abandonando la falta de confianza, se podrá abrir espacios para el populismo.

Por último, se debe tener en cuenta los ataques hacia los pactos sociales que se hallan incorporados en las constituciones. Por eso, los mensajes constitucionales deben ser preservados; sin importar el gobierno, clase política o élite que se encuentre, sino si la sociedad se identifica o no con dicha Constitución. Se considera —entonces— que la constitución brasileña de 1988 aún tiene muchos reflejos en la sociedad. Así también, que el conflicto impuesto en dicho código ha sido dado por aquellos que nunca lo tuvieron como referencia; y —por el contrario— siempre atacaron, incluso en su momento de elaboración, ya que no estaban de acuerdo con el cambio del *status quo*. Así, se trata de un derecho a intervenir en los asuntos públicos, donde el elemento clásico es el voto; ergo, es importante intervenir en las elecciones. En suma, a pesar de la decepción que han generado estos procesos electorales en los que se prometió mucho, pero no entregaron lo mismo; uno no debe desistir de ir a votar.

III

Respuestas a las preguntas del público

Pregunta dirigida al Dr. Carlos Daniel Luque: ¿qué relación existe entre la crisis política actual y la constitución?

No es adecuado sostener que, cambiando un artículo en una Constitución, —mucho más en países con constituciones rígidas como México y Argentina—, se podría lograr solucionar algo en la pandemia. Lo importante es que se debe cumplir la Constitución.

La crisis política es gravísima, ya que no se tienen más controles internos, es decir, controles intra-poderes, tampoco existen controles externos, o sea no hay participación popular que controle al poder. Por tanto, la crisis en la actualidad no se soluciona con un cambio constitucional. Sin embargo, no todo es tan lineal ya que, por ejemplo, Chile puede salir muy beneficiado de su proceso en plena pandemia, realizando una nueva Constitución. En cambio, para quienes no poseen la suerte del proceso chileno, no es recomendado tocar la norma suprema por el solo hecho de encontrarse en una pandemia.

Pregunta dirigida a la Dra. Ana Claudia Santano: ¿qué relación existe entre la crisis política actual y la Constitución?

Se debe distinguir dos cosas: una crisis constitucional, que puede estar referida al Estado de derecho; y política, porque generalmente esta puede ser administrada por la Constitución. El gran problema que se suscita de ello es que algunos países latinoamericanos tienen fraccionado el Estado de derecho; por ende, a partir del momento en el que no existen controles, no es fácil solucionarlo, ya que el problema no es constitucional, sino de las personas.

La Constitución no se encuentra establecida con el propósito de ser admirada, sino para ser aplicada y defendida. Justamente, para fortalecer el Estado de derecho, lo cual solo se logra con el mantenimiento de la Carta madre.

Pregunta dirigida al Dr. Carlos Daniel Luque: ¿una constitución debe tener contenidos mínimos o indispensables en su elaboración?

Se deben ostentar contenidos mínimos dogmáticos, las cartas de derechos deben estar en la Constitución. Este panorama no sucede en Chile que actualmente está bregando por incorporar derechos sociales en su futura nueva Constitución.

Una vez lograda la primera parte, se debe también poder obtener un contenido mínimo de poder flexible al cumplimiento de esos derechos; porque, —de lo contrario— colisionarán, como sucede en todas las constituciones americanas lo referente a los derechos frente a la estructura de poder, lo cual conlleva a una situación cada vez más difícil, respecto a la posición de los contenidos mínimos.

Pregunta dirigida a la Dra. Ana Claudia Santano: ¿una constitución debe tener contenidos mínimos o indispensables en su elaboración?

Se debería adicionar en la Constitución, aquellos derechos de distintas naturalezas, en aras de asegurarlos y para garantizarlos, pero no se sabe hasta qué punto. Por ello, se suscita mucha crítica en este asunto, en contra de la Constitución brasileña —e igual sucede en otras—; ya que, a partir del momento en que se colocan reglas, se pueden tener problemas futuros.

En consecuencia, es aconsejable que se realice, pero no se sabe hasta qué punto lo es el tener reglas que se oponen; porque muchas veces las constituciones deben ceder a negociaciones políticas muy intensas y realizar, casi todo, dentro de la misma Constitución, que agrada a las élites y a la sociedad en general; sin embargo, los grandes conflictos constitucionales de Brasil se originaron porque el capítulo de la orden constitucional económica brasileña colindó significativamente con la parte de derechos fundamentales.

El Nuevo Código Procesal Constitucional bajo análisis*

Eloy Espinosa-Saldaña**

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Disposición complementaria derogatoria / 3. La inaplicación de los principios procesales en el caso de las personas jurídicas / 4. El *amicus curiae* / 5. Los nuevos requisitos para fijar precedentes por parte del Tribunal Constitucional / 6. La elección entre la norma convencional y la norma de Derecho interno / 7. Los códigos a fines del vigente Código Procesal Constitucional / 8. La función de los procesos y las medidas coercitivas / 9. El peligro de las normas autoaplicativas y la acción de amparo / 10. La tutela procesal efectiva y sus componentes / 11. La libertad personal y la libertad individual / 12. Los estados de excepción / 13. Las casillas electrónicas como requisito y sus imprecisas excepciones / 14. Las audiencias únicas / 15. Sobre la “subsanción de la nulidad” / 16. Medios probatorios y dirección del proceso / 17. Las medidas cautelares del juez constitucional / 18. Las apelaciones / 19. La eliminación del rechazo liminar / 20. Sobre los Procesos constitucionales / 20.1. El *habeas corpus* y el plazo de detención / 20.2. El proceso de amparo / 20.3. El proceso de *habeas data* / 20.4. El proceso de cumplimiento / 21. Conclusiones / 22. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

El tema que interesa en esta oportunidad es la existencia de un código procesal constitucional nuevo, el cual ha tenido el detalle de hacerse llamar *Nuevo Código Procesal Constitucional*. Este, en realidad, es un error técnico, porque si este código tiene vigencia durante seis o más años no habría razón de seguir llamándolo “nuevo”.

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Actual Magistrado y exvicepresidente del del Tribunal Constitucional del Perú. Doctor en Derecho con mención sobresaliente *summa cum laude* en Madrid (España). Profesor visitante o conferencista invitado en universidades, cortes constitucionales y centros de estudios en Alemania, Italia, Francia y España, entre otros países europeos, latinoamericanos, asiáticos y africanos. Catedrático de diversas universidades peruanas, e integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, la red peruana de docentes en Derecho Constitucional y las asociaciones peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal. Posdoctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia) y Premio Extraordinario en Madrid.

Justamente esa es la temática que se abordará, puesto que, al haber tres demandas de inconstitucionalidad contra este código, aún no se puede diferenciar qué artículos de este son —efectivamente— inconstitucionales. En el presente trabajo se señalará situaciones que, de repente, no son inconstitucionales, pero donde sí hay imprecisión en el código, lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a formular vías de solución al respecto; o cuestiones conceptuales graves que, en esencia, no refieren a la constitucionalidad o no del Código porque lo erróneo no es necesariamente inconstitucional. Para ello, se desarrollarán los puntos en el orden en que aparecen en el Código, tomando todo lo que sea posible y mostrando dónde se encuentran los problemas conceptuales o técnicos.

2. Disposición complementaria derogatoria

De entrada, curiosamente, se tocará el punto de salida: el Código establece como Disposición Complementaria Derogatoria, que solo derogará el código procesal constitucional anterior: esto es mentira. También deja sin efecto varias normas del Reglamento y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; entonces, no se traduce solamente en un cambio de código procesal por otro, pues se están afectando otras normas.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional debe organizarse de distinta forma conforme al nuevo código, por ello está reformulando su Reglamento; de igual forma, se espera que el Congreso haga los ajustes respectivos en la Ley Orgánica.

3. La inaplicación de los principios procesales en el caso de las personas jurídicas

Existen elementos preocupantes en el Título Preliminar, por ejemplo, el artículo III: ¿por qué los principios procesales no se aplican a las personas jurídicas que reclaman contra resoluciones judiciales? Además, en la Cuarta Disposición Final se disponen tasas en el proceso de amparo para personas jurídicas.

Cuando se piensa en personas jurídicas, hay que tener una cuestión clara: no todas son empresas. Una persona jurídica puede ser una asociación sin fines de lucro, una comunidad campesina, entre otras. Con estas disposiciones se está confundiendo los términos y dificultando las coberturas de los procesos al no aplicarles principios procesales importantes para poder determinar cuánto se puede avanzar en él. En este caso, no se entiende por qué han legislado estas dos normas que van de la mano: el artículo III del Título Preliminar y la Cuarta Disposición Final del código ahora analizado; estas van contra las personas jurídicas sin distinguir entre, por

ejemplo, *Alicorp* y una empresa familiar, o una MYPE que desee reclamar su derecho ante el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial.

4. El *amicus curiae*

Por otro lado, también hay límites al impulso del juez, aparentemente, pues al leer el artículo IV del Título Preliminar, se encuentra la figura del *amicus curiae* (traducido del latón como “el amigo de los jueces”), que es el que conoce de la materia y el que antes ofrecía un informe escrito y, en algunos casos, uno oral.

Al realizar una lectura literal de la norma, se puede observar que solamente pueden participar del proceso los *amicus curiae* por invitación del juez, no por autoofrecimiento. Esto podría tener sustento si los jueces conocieran a todos los especialistas en genética, bioquímica, etc., del Perú; entonces tendrían una lista enorme para seleccionar a quién invitar: claramente este no es el caso.

Lo que ha hecho el Tribunal Constitucional a fin de ajustar el Reglamento es aceptar el contenido del código; pero ello no es impedimento para que, si se presenta alguien que quiera informar sobre una materia en concreto, el Tribunal Constitucional pueda evaluar el autoofrecimiento y su posible adición en el proceso. Es decir, el Tribunal Constitucional ha tenido que modificar el Reglamento para cubrir este notorio error dentro del código.

5. Los nuevos requisitos para fijar precedentes por parte del Tribunal Constitucional

Continuando con el análisis, el artículo VI es muy peculiar: se sigue insistiendo en hablar de precedentes vinculantes: ¿existe algún precedente que no sea vinculante? La idea del precedente es, precisamente, establecer reglas procesales, del contenido de los derechos o de los límites al poder que están establecidos. Entonces, continuar con la idea de “precedente vinculante” no es más que un error redundante porque los precedentes, como tales, vinculan.

Asimismo, se pueden mencionar algunas cosas adicionales: el Tribunal Constitucional, en su autonomía procesal constitucional, había establecido en que deben estar de acuerdo cuatro de los siete magistrados para fijar un precedente, ¿por qué? Porque es mayoría calificada: no se puede llegar a un precedente si tres están de acuerdo, dos en contra y uno con una decisión diferente; sin embargo, ahora el Nuevo Código exige cinco votos para fijar un precedente, con lo cual, luego del sensible fallecimiento del magistrado Carlos Ramos, es casi imposible que el Tribunal Constitucional pueda fijar

un precedente en el tiempo que le queda porque coincidir en la voluntad de cinco de seis magistrados, es casi una unanimidad para un precedente que incide sobre temas complejos.

Ocurre lo contrario con el rechazo liminar sobre una acción de inconstitucional, pues se reduce el número de votos a cuatro. Lo curioso es que se puede aprobar un precedente con cinco de seis magistrados, pero cuando se trata de una acción popular (que se revisa en la Corte Suprema, donde hay tres Salas Constitucionales y Sociales -una titular y dos, supuestamente, provisionales, pero que por necesidad del trabajo se convierten en permanentes-, las cuales cuentan con cinco miembros) se requiere solo cuatro votos para fijar un precedente respecto de este proceso. Esto aparenta ser una distorsión: en los procesos donde se necesitan tener más directivas, se requiere casi unanimidad; mientras que, en las acciones populares, es muy fácil establecer precedentes obteniendo cuatro votos de quince.

6. La elección entre la norma convencional y la norma de Derecho interno

Ahora bien, el artículo VIII del código presenta elementos muy extraños. El Perú ha firmado, como muchos otros países, la Convención de Viena, el “Tratado de los tratados”, el cual en su artículo catorce establece que no se puede eludir la aplicación y observancia de los tratados suscritos alegando el Derecho interno, ni siquiera la Constitución. Es más, ha habido casos donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha hecho cambiar la Constitución a algún país —Chile, por ejemplo— para que la norma fundamental esté de acuerdo con el tratado convencional.

Sin embargo, el artículo VIII del Código, dispone una salida muy “creativa”: el juez escogerá la alternativa que le parezca más protectora (la de los tratados o la del Derecho interno). Esto es un enredo que traerá problemas internacionales, sin duda. Por ejemplo, ¿qué hacer si aparece un caso en donde se ha aplicado -desde el Poder Judicial- el Derecho interno? Esto considerando que existe un tratado convencional que regula la misma materia, pero de forma distinta Aquí se ha creado, sin saber las intenciones, un problema que no tiene razón de ser.

7. Los códigos afines del vigente Código Procesal Constitucional

El artículo IX también presenta algunos enredos: el primer párrafo no presenta mayor dificultad; sin embargo, luego se dispone que se deben aplicar los códigos procesales afines ante la ausencia de otros criterios. Cabe la pregunta, ¿cuáles son los códigos procesales afines? De adivinan-

za, en el Tribunal, se está considerando que para el *hábeas data*, acción amparo y acción de cumplimiento, el “*afin*” sea el Código Procesal Civil y, para el *hábeas corpus* sea el Código Procesal Penal, pero -en realidad- esto de los “códigos a fines” nos puede conducir a cualquier lado.

Además, se debe tener algo bien claro: ¿cómo es que se aplica lo “supletorio”? Lo supletorio se traduce “en vez de”, si existe una norma —entonces— en vez de aquella, se aplica otra; si no hubiera una norma, se recurrirá a la jurisprudencia, a la doctrina y a los principios generales, en ese orden. Uno puede leer el artículo IX del Título Preliminar y dará cuenta del carente orden, el cual, antes del código que se está analizando, ya estaba previsto en la normativa de todo el país.

8. La función de los procesos y las medidas coercitivas

Continuando con el análisis del Código en forma ordenada, sigue el artículo 1 del cual corresponde señalar ciertos detalles. Los procesos no tienen naturaleza, sino que atienden intereses individuales o plurales —sean colectivos o difusos—, es decir, no hay procesos que atiendan casos de una persona y otros que atiendan casos de veinte individuos, por ejemplo. Lo que existe es un mismo proceso; sin embargo, lo que habrá serán especificaciones: si hay veinte en la legitimación procesal activa o si los hay en la legitimación procesal pasiva. En la regulación del Código existe una confusión de conceptos que pareciera intentar apoderarse de los procesos.

De otro lado, sobre las medidas coercitivas, ¿cuáles sin exactamente?, ¿son solamente las que se encuentran en el penúltimo párrafo del artículo 27 o son todas las que se hallan en dicho artículo? Esto es importante porque si no hay un sometimiento a la decisión jurisdiccional de parte del obligado, podría generarse una multa o -incluso- este podría irse a la cárcel; por eso hay que dejar en claro cuáles son las medidas coercitivas, pues estas se traducen en limitación de derechos y, por ello, no se puede decir que hay medidas coercitivas de forma tan ligera.

9. El peligro de las normas autoaplicativas y la acción de amparo

No queda del todo claro en el artículo 8 si todavía siguen los amparos sobre normas autoaplicativas. Sobre esto, vale aclarar qué son las normas autoaplicativas. En ese respecto, son aquellas normas que no necesitan reglamentación y que, por eso, con su sola existencia representan una amenaza al ejercicio de los derechos. Por ejemplo, una norma que ordena el fusilamiento a todas las personas que midan menos de un metro con veinte

centímetros; allí no hay reglamento necesario, tan solo la ejecución de la orden de fusilar vulnera los derechos fundamentales de toda persona con una altura dentro del rango establecido en esa norma. Este es un claro ejemplo de las normas autoaplicativas; como se mencionó son aquellas que pueden afectar, ya sea violando o amenazando, el ejercicio de derechos porque no necesitan reglamento alguno para ponerse en vigencia.

Entonces, al leer este artículo 8, parece que la inaplicación de la norma solo es posible para el caso concreto, pero ¿qué sucede si la norma autoaplicativa es una ley? La ley no se expide para casos concretos, por su naturaleza deben ser para casos generales. El Tribunal Constitucional ya se pronunciará sobre uno de estos casos cuando se presente. Felizmente aún no ha ocurrido ninguno.

10. La tutela procesal efectiva y sus componentes

El artículo 9, sobre la procedencia respecto de resoluciones judiciales, también presenta una serie de errores conceptuales. En primer lugar, cabe resaltar que ya desde el caso *Ccolca*, se había permitido un *hábeas corpus* y un amparo amplio para proteger cualquier caso. El caso *Ccolca* trata sobre una señora que compra un automóvil que resulta ser usado para la comisión de un delito, entonces, el juez penal ordena el secuestro del automóvil; ante esto, la señora *Ccolca* no desea una resolución que reconozca la existencia de una violación del debido proceso, lo que ella busca es su automóvil, y es a partir de aquí que se abre el escenario jurisprudencial que adopta el Tribunal Constitucional.

El artículo 9 no “se enteró” del caso *Ccolca*, del caso *Dirección Regional de Pesquería* ni de otros cien casos que el Tribunal Constitucional ha resuelto a partir de este (por lo menos, en la presente composición de magistrados (sin mencionar todas las anteriores), manteniendo la redacción que dispone la aplicación del amparo solamente a casos de vulneración de la tutela procesal efectiva y planteando mal el tema respecto de esta institución.

Esto porque la tutela procesal efectiva es una suma muy sencilla: el debido proceso —en sus dos dimensiones, vale decir, la dimensión formal y la material, o también llamadas procesal y sustantiva— y el acceso a la justicia; sin embargo, el artículo 9 ni resalta el acceso a la justicia ni menciona en lo absoluto el debido proceso material, entonces, se desconoce si están protegidos o no, generándose la necesidad de recurrir al concepto de la tutela judicial para argumentar y convencer —dentro de un proceso— al juez o jueza; porque siempre hay magistrados que realizan solo interpretaciones literales a fin de no generarse problemas y, de esta manera, puede susci-

tarse el escenario de un derecho desprotegido debido a la mala redacción del Código.

11. La libertad personal y la libertad individual

Otro punto sumamente relevante está en relación con el proceso de *hábeas corpus*, el cual se establece para proteger la libertad individual, es decir, la autodeterminación en todos los aspectos, pero ¿el *hábeas corpus* es para ello o se limita a la libertad física? La respuesta es lo segundo: el *hábeas corpus* protege la libertad individual, sino para la libertad personal. Este es otro error de carácter conceptual, por lo que se muestra —nuevamente— que no ha sido muy fina la redacción de esta ley.

12. Los estados de excepción

En el artículo 10, el cual versa sobre los estados de excepción, existe un error del “tamaño de una catedral”. Anteriormente, se advirtió en dos opiniones consultivas de carácter vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en un estado de excepción no se suspenden los derechos, puesto que la suspensión implica una pérdida temporal, es decir, quedarse sin el derecho.

En un estado de excepción los derechos se limitan o restringen. Por ejemplo, en este contexto de pandemia, una persona sale de su vivienda a la una de la mañana y es intervenido por un policía. Es ese supuesto, el policía que interviene a la persona no le estaría quitando su libertad personal, sencillamente su libertad se restringe durante la una y las cuatro de la mañana porque se ha considerado que, para evitar el COVID-19, no debe estar esas horas en la calle; pero si la misma persona sale de su vivienda, pero justo a las doce con cincuenta y nueve regresa, no hay ninguna afectación.

Entonces, es necesario no repetir el error del artículo 10: los derechos en un estado de excepción no se suspenden, se restringen. Algunos atributos no se pueden ejercer al tener nuestra libertad personal restringida. Por ejemplo, si de una a cuatro de la mañana la persona anterior resulta tener una emergencia o es periodista encargado de reportajes de madrugada, tendrá un pase con el cual podrá salir de una a cuatro, no es que haya perdido el derecho a salir en ese horario.

De otro lado, en el Perú se insiste en no ejercer el control amplio, sino solo controlar las medidas que se dan en un estado de excepción, pero ¿qué sucede si la declaratoria del estado de excepción es altamente defectuosa? En este caso, no hay forma de controlarlo. Y, ¿si la declaratoria del estado de excepción, como sucede en el Perú, se prolonga tanto que la excepción

se convierte en la regla? En ese supuesto, lo lógico será establecer límites para la prórroga de los estados de excepción; sin embargo, no se cuenta con ellos ni en la Constitución ni en el Nuevo Código Procesal Constitucional.

13. Las casillas electrónicas como requisito y sus imprecisas excepciones

En cuanto al análisis del artículo, 11 se puede constatar que, a pesar de haber avanzado hasta una fracción reducida de la extensión del Código, se encuentran muchos errores. Este artículo asume que el país está en iguales condiciones respecto de Estados Unidos y Corea del Sur: considera que todos los ciudadanos cuentan con una casilla electrónica; sin embargo, es sabido que en el interior del país eso no es así. A pesar de ello se establece que para ser parte de un proceso las personas deben dar el número de sus casillas electrónicas, salvo algunas circunstancias razonables. Entonces, ¿quién determina cuáles son esas circunstancias razonables? Queda el misterio.

14. Las audiencias únicas

El artículo 12 establece que podrá sostenerse el sistema de audiencia única. Esta institución funciona en los países donde existe una enorme cantidad de jueces. La *ratio* de jueces por habitantes en el Perú es muy baja, solo se supera a dos países en todo América Latina; además, los jueces constitucionales son todavía menos porque, obviamente, el juez constitucional emite una sentencia que puede controlar incluso una sentencia de la Corte Suprema; por eso, al Poder Judicial nunca le gustará asignar muchos jueces constitucionales.

El Tribunal Constitucional le ha planteado muchas formas para salvar tal situación, abarcando varias regiones cuando no hay suficientes jueces, por ejemplo, en Tacna, Moquegua y Arequipa, pero a pesar de las respuestas afirmativas no se ha dado la aplicación concreta. Entonces, ¿qué sucede si se exige la audiencia única para revisar el caso de un solo momento? Suena maravilloso: se procede con una audiencia única, se delibera y el juez ya tiene una resolución lista al instante; sin embargo, ¿cuántos casos podrán resolverse a ese ritmo? Los jueces constitucionales tienen que resolver cientos de casos por mes, ¿cómo podrán resolver esa cantidad si se requiere la aplicación de una audiencia única?

La redacción del Código tiene una buena intención, pero, si no se va a permitir que el juez de primera instancia —en el mejor de los casos, solamente a él— aplique un rechazo liminar, entonces, no hay ningún sentido.

15. Sobre la “subsanción de la nulidad”

En el artículo 14 se dispone la subsanción de la nulidad. ¿Es lo mismo una subsanción que una nulidad? No, la subsanción es tener un texto que en —líneas generales— es correcto y conforme a Derecho, pero que tiene algún error material, por lo que se procede a subsanar; de otro lado, la nulidad implica la existencia de un vicio grave e insubsanable que hace que esa sentencia no se sostenga, e incluso eso se puede hacer a nivel del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en el caso *Cardoza*, se ha establecido reglas sobre este mecanismo en caso de vicios tan graves que no se pueden sostener.

Sin embargo, el juez no puede subsanar una nulidad, se están confundiendo conceptos, es como si se buscara aclarar una reposición: son elementos totalmente diferentes. Se desconoce quién ha sido el ingenioso que ha planteado que a nivel de los jueces y del Tribunal Constitucional, pueda subsanarse una nulidad. Son dos conceptos que no van de la mano, ni por casualidad.

16. Medios probatorios y dirección del proceso

Siguiendo el análisis, en el artículo 13 se dispone que el juez, solo a petición de parte, puede pedir la exhibición de documentos, ¿dónde quedó el principio de dirección e impulso del proceso? Se conoce la lógica del principio inquisitivo por el cual el juez manda lo que sea necesario para encontrar su verdad, y el principio dispositivo (que se ha ido descartando), por el cual esperamos que las partes decidan y el juez sea un mediador entre las partes. Este artículo parece buscar regresar al principio dispositivo.

Luego, perdiéndose la posibilidad de entender el texto normativo, la norma expresa que el juez puede admitir medios probatorios siempre que no requieran actuación: ¿qué medios probatorios no requieren actuación? Todo medio probatorio requiere de una actuación, incluso si esta es la sola lectura de un documento. Pero no es solamente ello, el texto entra en contradicción al sostener primero que el juez (solo a petición de parte) puede exhibir documentos y, casi inmediatamente después, se establece que el juez puede admitir medios probatorios.

17. Las medidas cautelares del juez constitucional

Otro punto a tratar es el siguiente: anteriormente, el Tribunal Constitucional, al observar que las medidas cautelares del juez constitucional eran muy pobres en el anterior Código Procesal Constitucional, por medio de su jurisprudencia, estableció la medida de no innovar —es decir, mantener

las cosas tal como están—; también medidas innovativas, las cuales son aquellas que se traducen en acciones concretas que cambian la realidad a fin de preservar un derecho o una circunstancia. Incluso para proteger el trámite y el resultado se planteó la posibilidad de aplicar medidas genéricas anticipadas. ¿Todo ese avance jurisprudencial tendrá que ser nuevamente desarrollado por el Tribunal Constitucional? Habrá que esperar.

18. Las apelaciones

Sobre el artículo 21. Todo el mundo ha pensado en las apelaciones. Cuando terminan los casos y alguna de las partes no está de acuerdo con la decisión del juez o jueza de primer grado, se apelaba a una Sala y; si no está de acuerdo con esta, planteaba el recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional y había que justificarlo; sin embargo, ahora no es así.

Con la nueva regulación, no se requiere de una fundamentación por la interposición de los medios impugnatorios, es decir, ahora ante la pérdida de un caso —o incluso— la victoria parcial del mismo, las partes tienen la posibilidad de apelar sin necesidad de explicitar una razón para dicha apelación, y el juez aun sin saber por qué, tiene que conceder la apelación al ya no exigirse una argumentación para la impugnación.

Esto no favorece a los justiciables, sino solamente a los abogados de los justiciables que no quieren tener el trabajo de preparar una apelación “como Dios manda”, es decir, bien sustentada, en un plazo corto, sino que bastará con apelar y se llegará a la instancia superior. Es casi como consagrar una apelación automática porque, ¿quién se pondrá a hacer una apelación durante dos o tres días, esforzándose para cumplir con un eventual plazo, si basta con decirle a la audiencia, sin presentar mayores razones, “apelo”? Lógicamente, se levantará la mano y procederá la apelación automática.

19. La eliminación del rechazo liminar

El artículo 24 es el gran dolor de cabeza. Todas las altas Cortes están pensadas no para revisar todos los casos, sino aquellos que puedan marcar líneas jurisprudenciales que favorezcan a la comprensión y aplicación de las normas; por eso no es posible generar precedentes por decisión de un juez de primer grado, ello se hace con el Tribunal Constitucional.

Este organismo había planteado que la Constitución establezca que somos parte de un sistema de casos. No somos un sistema de precedentes como en Estados Unidos —donde la Corte, porque se lo permite su Constitución, escoge no más de doscientos casos al año y resuelve, de ello salen sen-

tencias maravillosas—, sino que existan casos que realmente no tengan ningún sentido, por ejemplo, en el caso Vásquez Romero, una señora que perdió una tercería de dominio y demanda por crimen de lesa humanidad al juez que vio su caso, a la Sala que le tocó resolver su apelación, al presidente del Poder Judicial y al presidente de la República, entonces el perder una tercería de dominio se convierte en un caso de lesa humanidad. ¿Ese caso tiene que llegar al Tribunal Constitucional? ¿No es esto disparatado?

A razón de estos casos, el Tribunal Constitucional formó una serie de criterios y la intención de esta norma —el artículo 24— es volarse esos criterios y hacer obligatoria la vista de la causa. Pero, el Derecho da para interpretaciones si uno lo hace entender, además, esto daba una cuestión muy peligrosa como antecedente: ¿qué prima en la interpretación constitucional? ¿Un precedente del Tribunal Constitucional que es el máximo intérprete de la Constitución o una ley del Congreso? Obviamente el precedente.

Sin embargo, en este caso, por ley están cambiando el precedente Vásquez Romero. Peligroso, pero como todavía no hay posibilidad de discutir si el código es constitucional o no, el Tribunal Constitucional hizo lo que todo buen abogado hace: ¿la vista de la causa es lo mismo que una audiencia con informe oral? No, puesto que el primero es el paso previo del segundo: la vista de la causa consiste en la revisión de los expedientes y evaluar si estos tienen mérito para entrar en una audiencia con un posible informe oral o no, eso es justamente lo que se está haciendo en el Tribunal Constitucional para evitar que todos los casos vayan a audiencia.

20. Sobre los procesos constitucionales

20.1. El *habeas corpus* y el plazo de detención

En el *habeas corpus* se toca el tema de una cuestión muy delicada: ya no se sabe cuál es el plazo máximo de detención, porque en un artículo se plantea que el plazo máximo se amplía de veinticuatro a cuarenta y ocho horas; sin embargo, en el artículo 35 que regula el *habeas corpus* en casos distintos —se entiende, todos los subtipos de *habeas corpus* que no son el reparador—, el juez requiere al que va a ser intervenido en un plazo de setenta y dos horas, la pregunta inmediata es: ¿aquellas setenta y dos horas dónde las pasa?, ¿en su casa, en la cárcel? Entonces, ¿cuál es el plazo? ¿Veinticuatro, cuarenta y ocho o setenta y dos? Un grave problema en el *habeas corpus* porque se puede plantear un *habeas corpus* en razón de haber detenido a una persona por más tiempo que el que corresponde.

20.2. El proceso de amparo

Respecto al proceso de amparo, ya muchos cuestionamientos se han dicho líneas arriba, pero un punto que sí ha de preocupar especialmente es el artículo 43, donde se han reducido las excepciones al agotamiento de las vías previas del amparo. Antes se contaba con un espacio más flexible, ahora con uno más constreñido y por lo tanto debemos confiar en que la Administración cumpla con sus obligaciones, por ejemplo, que las autoridades sean más diligentes; caso contrario, la composición del asunto tardaría mucho más.

20.3. El *habeas data*

Sobre el *habeas data*, tal vez lo más llamativo sea que se ha inventado un término: ya no se regula una etapa previa y una contenciosa, sino una etapa “precontenciosa”: ¿qué significa este nuevo término? Si lo que se quiere hacer es poner requisitos previos como había en el antiguo artículo 62 del *habeas data*; que se redacte de esa forma, porque esto de etapa precontenciosa es una creación jurídica *made in Peru* muy difícil de sostener.

20.4. El proceso de cumplimiento

Sobre el proceso de cumplimiento, queda en manifiesto que se ha afectado el precedente Villanueva —el cual contaba con varias causales de improcedencia—, pues allí se establecieron una serie de requisitos para plantear algunas garantías constitucionales, entre ellos, la inexistencia de una controversia compleja; esto es lógico.

Esto es lógico porque se “habla” del proceso de cumplimiento, el *habeas data* y el *habeas corpus*, los cuales son procesos de tutela urgente; entonces, si hay una controversia compleja y se dispone resolverla en un proceso de cumplimiento, ¿dónde queda su carácter de tutela urgente? Por eso el precedente establecía la improcedencia de estos casos.

Con el código vigente se establece que hay un trámite especial —artículo 66, inciso 2— para resolver las controversias complejas, ¿cuál es ese trámite? Se desconoce totalmente. El artículo se limita a recomendar la aplicación de los principios generales del Derecho, pero no ha puesto ningún trámite.

Además, una controversia compleja puede ser una *muy* compleja, no hay forma de aplicar el criterio de tutela urgente allí. Por último, se establece que debe haber una mínima actividad probatoria en un proceso de cumplimiento, pero en todo proceso constitucional de tutela de derechos hay

actividad probatoria, lo que no hay es una etapa probatoria, entonces, ¿cuál es el sentido de la expresión “mínima actividad probatoria” en la redacción de la ley? ¿Una reducción de determinados medios probatorios que no se podrán tomar? Nadie lo sabe.

21. Conclusiones

Es claro que, al ser el actual código procesal constitucional una norma nueva, se genera la tendencia de encontrar problemas no solo de inconstitucionalidad —asunto del cual el Tribunal Constitucional se pronunciará en su momento— sino muchas imprecisiones y defectos conceptuales y notorios, frente a los cuales se debe ir con cuidado. Sobre todo, en el caso de aquellos que empiezan a litigar para que puedan advertir a los jueces y juezas de los errores a los que no deben incurrir producto de una lectura literal de una norma que sin duda es imprecisa y está mal redactada.

Estas han sido solo unas breves reflexiones sobre algunos puntos por mejorar del Código que —se espera efectivamente— que pueden ser mejorados o el desarrollo de una línea jurisprudencial que pueda tapar este tipo de imprecisiones o deficiencias conceptuales.

22. Respuestas a las preguntas del público

22.1. Algunos autores sostienen que la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional constituye un conjunto de normas con rango constitucional y que el Nuevo Código Procesal Constitucional al ponerse en vigencia, deroga tácitamente varias normas de origen jurisdiccional, ¿es factible que el Congreso pueda modificar o derogar normas constitucionales con la facilidad que puede emitir una norma legal?

Lo que hace siempre la jurisprudencia es una labor normativa de segundo plano, es decir, no hace la ley, pero tiene que completarla cuando esta lo necesita y, además, existen los casos de las llamadas sentencias interpretativas, aquellas donde el juez se esfuerza para salvar la constitucionalidad de una norma a través de señalamientos de los aspectos que la misma necesita modificar, entre adiciones, sustracciones o cambios en general. Siempre hay un margen de acción, incluso cuando el legislador haya recortado, como en este caso, ámbitos de acción que estaban planteados por la misma jurisprudencia.

¿Qué puede pasar? Que el Tribunal Constitucional insista con su jurisprudencia y, como es el intérprete supremo de cierre, pueda traer de vuelta aquellos elementos que el legislador ha excluido.

El gran problema de este Código es que contiene algunos artículos — como los ya mencionados 24 y 66— que están modificando precedentes. Por ejemplo, el artículo 24 busca desaparecer el precedente Vásquez Romero, no es posible obviar ello, no admite el rechazo liminar de casos, sino que todo vaya en audiencia; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha buscado la salida interpretativa para evitar una restricción insensata, porque algunos profesionales buscaban de forma temprano plantear que dicho artículo es inconstitucional. Además, lo mejor ha sido esperar a que sean las propias demandas de la ciudadanía las que inicien el proceso. Similar hecho ocurrió con el artículo V, sobre el *amicus curiae*, donde, nuevamente, se buscó una salida jurisprudencial para salvar la situación.

Pero lo que es realmente peligroso es el cambio a los precedentes Vásquez Romero y al de Villanueva Villaverde, que introduce, por cierto, una situación extraña para el legislador: pide que una controversia compleja se resuelva previamente a la resolución del proceso de cumplimiento, pero no en otro proceso, sino en el mismo proceso de cumplimiento, pero este es uno de tutela urgente, ¿cómo se entiende esto? La ley, aparte de llevarse abajo un precedente del Tribunal Constitucional, hecho que no debiera ocurrir, se genera un enredo normativo contrariamente práctico. Una controversia compleja puede ser, por ejemplo, desde recibir la autorización para construir toda una urbanización, hasta la autorización para pedir un café o internet en la av. Universitaria.

El término “controversia compleja” puede meter muchas posibilidades en un mismo saco, a las cuales no se les puede dar el mismo trámite. ¿Qué se hará cuando se presente un caso con controversia compleja? ¿Qué trámite se le dará? El cual, por cierto, no será el mismo para todas las controversias complejas, debido a los distintos niveles de complejidad.

Este tipo de hechos pone en términos complejos la relación entre el legislador y el juez constitucional. El asunto se complica aún más debido a la falta de un magistrado, debido a que para declarar inconstitucional una norma se necesitan por lo menos cinco de los seis votos.

¿Qué puede pasar? Que jurisprudencialmente haya una salida: se logre juntar milagrosamente los cinco o hasta los seis votos posibles para decidir el carácter constitucional o no del Código Procesal Constitucional vigente; o que tengamos que retroceder lo que en líneas jurisprudenciales se ha avanzado, advirtiéndose así, que el Congreso puede modificarle un precedente al Tribunal Constitucional.

22.2. ¿Quiénes son los que crean los códigos constitucionales? ¿Cuál es la duración que tiene este tipo de normas?

En el caso peruano existen dos tipos de leyes: las leyes comunes y las llamadas leyes orgánicas. Las segundas son las que desarrollan y regulan algunos organismos que están previstos en la Constitución, ¿cuál es la diferencia respecto a las leyes comunes u ordinarias? Para legislar leyes orgánicas se requiere una mayoría calificada en el Congreso; para las leyes ordinarias hace falta una mayoría simple, es decir, sin importar si no están todos los congresistas, basta con que haya *quórum* y se obtenga la mitad más uno para legislar leyes de este tipo.

En principio, no hay plazo de vigencia para una ley orgánica ni para una ordinaria, entonces, no hay plazo de vigencia para un código que contiene normas de regulación de numerosos temas.

¿Qué puede pasar para afectar a este nuevo Código? Que llegue una demanda por inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional y que algunas de sus partes sean declarada inconstitucional; sin embargo, dicho escenario es difícil de conseguir al tener solo seis de los siete magistrados originales de este periodo. Otra alternativa son las llamadas sentencias interpretativas, por ejemplo, disponer que, para salvar de la inconstitucionalidad a un determinado artículo, se debe fijar un sentido específico y claro al momento de aplicarlo, sino es inconstitucional, ello se puede hacer solo en el caso de que llegue la demanda al Tribunal Constitucional, pues dicho organismo es el único con la capacidad de generar sentencias interpretativas.

Entonces, ¿cuántos años puede durar el código? Los años que desee el legislador, pues es este el que, finalmente, aprueba y deroga las leyes. Lo que hace el juez es tratar de salvar las normas, y en algunos casos debe declarar inconstitucionales algunos artículos, difícilmente todos, pero ya se han planteado formalmente tres demandas pidiendo la inconstitucionalidad de una serie de artículos, las cuales —seguramente— se juntarán en un solo proceso y luego se determinará si se retiran o no los artículos. Solamente el legislador puede determinar cuánto tiempo durará una ley, y con ella, cuánto dura un Código.

Una mirada crítica al Nuevo Código Procesal Constitucional: cambios innecesarios y retos de una reforma*

Christian Donayre Montesinos**

Docente universitario

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Los alcances de la demanda y el trámite de los procesos constitucionales / 3. Los cambios que han afectado el margen de acción del juez constitucional / 4. Obligaciones que se desprenden del Código / 5. Casos que grafican la problemática del actual Código / 6. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

El Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPC) ha visto la luz hace solamente unas semanas atrás y ha entrado en vigor prácticamente de manera inmediata, es decir, no nos ha dado tregua. Y hay algunas modificaciones que trae consigo esta norma que, de pronto, desde una perspectiva quizá no muy enterada de la jurisprudencia constitucional, podríamos calificar como aportes, innovaciones o cambios necesarios y la verdad es que no es así.

* Ponencia magistral realizada en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestro en Educación con mención en Docencia en Educación Superior por la Universidad San Ignacio de Loyola. Master of Business Administration in International Business (MBA) por San Ignacio University (Miami). Maestro en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid (España). Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado del Executive MBA de la Universidad San Ignacio de Loyola. Diplomatura Internacional en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Fue Director Académico de la Escuela de Postgrado de la Universidad San Ignacio de Loyola y del Centro de Educación Ejecutiva de la Universidad del Pacífico. También se desempeñó como Asesor Principal en el Congreso de la República, integró el Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial y fue asesor del Despacho Viceministerial de MYPE e Industria en el Ministerio de la Producción. Es autor de múltiples libros y trabajos especializados publicados tanto en el Perú como en el extranjero. Conferencista en actividades nacionales e internacionales. Actualmente, se desempeña como docente universitario tanto a nivel de pregrado como de postgrado.

Dicho esto, este artículo va a formular una crítica al llamado “nuevo” código procesal constitucional, que de hecho para empezar de nuevo tiene muy poco y creo que, por ello, hay que partir de la propia denominación con la que el Congreso de la República ha aprobado esta norma. En efecto, si hacemos un análisis comparativo, en estricto, estamos más bien ante una reforma el código procesal constitucional que entró en vigencia en el año 2004, más que ante un nuevo código procesal constitucional. Es más, los aspectos que podríamos calificar como nuevos, no solamente no lo son desde el punto de vista de que ya tenían algún respaldo jurisprudencial, sino que, además, algunos cambios que podríamos calificar como “nuevos” no son necesariamente bien recibidos o por lo menos no han sido tan indispensables de llevar a cabo y, por el contrario, nos pueden terminar complicando el ejercicio de la defensa en el ámbito procesal constitucional.

2. Algunas modificaciones relativas a los alcances de la demanda y el trámite de los procesos constitucionales

Uno de los primeros cambios vinculados con los alcances de la demanda y el trámite de los procesos constitucionales, y que se ha visto como algo positivo del actual código procesal constitucional es la posibilidad de interponer la demanda en una lengua o idioma distinta al castellano. Esto es algo positivo desde la perspectiva del principio de socialización del proceso y del principio de igualdad, pues se hace bien en no poner como un obstáculo el tema del idioma o la lengua para el acceso de la justicia constitucional. Sin embargo, aun cuando esto sea positivo, eso no quiere decir que no se tengan que adoptar algunos recaudos o, por lo menos, hacer algunas precisiones.

En primer lugar, creo que es un cambio importante, pese a que tal vez no era tan indispensable o necesario si lo vemos desde la perspectiva de que de conformidad con el artículo 2 inciso 19 de la Constitución, ya era factible presentar o canalizar demandas de procesos constitucionales en una lengua o idioma distinta al castellano. En cualquier caso, viene bien de cara a la impartición de justicia positivizar la exigencia o el planteamiento de forma tal de que no haya duda al respecto.

En segundo término, y pese a su alcance en términos generales positivos, estamos ante una modificación que no deja de generar algunas preocupaciones. Concentrémonos principalmente en dos: La primera preocupación es que si hay algo que es preciso garantizar en el ámbito de los procesos constitucionales es, entre otros, el principio procesal de intermediación, en razón del cual se busca que el juez tenga el mayor contacto posible, tanto

con las partes como con el objeto del proceso. De esta manera, dentro del breve plazo que se tienen en el ámbito procesal constitucional, se espera que el juez pueda adquirir convicción y resolver —finalmente— el asunto en controversia.

Sin embargo, no se puede pasar por alto que para que esta labor jurisdiccional del juez se lleve a cabo de la manera más efectiva y rápida posible, no debería haber intermediarios entre la víctima o el demandante y el juez. No obstante, ante el supuesto de que el juez no maneje el idioma de la víctima o del que ha demandado, esto va a generar la necesidad de contar con un intérprete o un traductor. Así, asoma la presencia de un tercero que puede algún de alguna manera condicionar el sentido del lenguaje o de los términos en los que finalmente el juez va a tomar conocimiento no solamente de los hechos que se relatan en la demanda sino también de la pretensión de la víctima y, consecuentemente, del alcance de la decisión que pueda adoptar.

Dicho eso, lo que se tiene que evitar es que la figura del traductor o intérprete condicione justamente el cabal entendimiento por parte del juez constitucional del sentido o el tenor de los hechos y de la pretensión que ha sido formulada, ya sea por la víctima o por el demandante.

El segundo recaudo que es importante mencionar o, por lo menos, causa preocupación tiene que ver con un aspecto presupuestal. Así, una de las preguntas que surgido también alrededor del tema es quién se supone que debe que asumir el costo si, dependiendo del trámite del proceso, se requiere ese intérprete o ese traductor.

En nuestra opinión, si partimos del supuesto de que el Código Procesal Constitucional pretende allanar el terreno para que la víctima, es decir, aquella persona que viene padeciendo una situación lesiva a sus derechos fundamentales, no tenga que soportarla porque no tenga los recursos económicos para acceder a la justicia constitucional; en principio tendría que asumirlo el Poder Judicial. Precisamente por eso existe el principio procesal constitucional de gratuidad de la actuación del demandante, pues, entonces se entendería que, bajo la coherencia del Código, si se requiere de una figura como el intérprete o el traductor para el trámite de un proceso constitucional en una lengua o idioma distinta al castellano, ese costo tendría que asumirlo el sistema de impartición de Justicia, salvo mejor parecer.

Un segundo frente en el que se han presentado cambios importantes y que impacta en la demanda o el trámite de los procesos constitucionales, tal

vez, ya no como el primero que está más orientado a redundar en lo que de pronto la Constitución podía decirnos y, sin perjuicio de los recaudos que se han comentado; es el frente del trámite de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales.

En efecto, resulta que a lo largo de los años se ha ido, poco a poco, migrando y evolucionando en lo que concierne a los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales pasando de un esquema de contralor judicial negativo a uno de corte parcial. En efecto, se partió de un primer escenario de contralor judicial negativo, allá por la década de los 90's, en donde sobre la base de una interpretación textual del artículo 200, se le había cerrado la puerta por completo a la posibilidad de iniciar procesos constitucionales contra resoluciones judiciales.

Luego, se pasa un esquema de contralor judicial parcial en el que se admite la posibilidad de cuestionar resoluciones judiciales a través de procesos constitucionales bajo el entendido de que solamente será factible en la medida que se viole, o bien el derecho debido al proceso o bien la tutela jurisdiccional efectiva, es decir, bajo la existencia de un "proceso irregular".

No obstante, hay una sentencia que hasta cierto punto ha pasado por agua tibia pero que, en su momento, concitó mucho interés. Se trata del caso *Apolonia Collca* (Expediente N° 3179-2004-AA), en el que el Tribunal Constitucional parecía haber abierto la puerta a la figura del contralor judicial amplio dejando entrever que ya no solamente los procesos constitucionales procederían contra resoluciones judiciales, en tanto y en cuanto aquel proceso en el que se expide la resolución se haya configurado o no la violación del debido proceso o de la tutela jurisdiccional efectiva, sino por la violación de cualquier otro derecho fundamental; es decir, insisto, no solo por el debido proceso ni por la tutela jurisdiccional efectiva. Finalmente, hoy por hoy, será el esquema del contralor judicial parcial el que terminará siendo positivizado en el año 2004 con el Código Procesal Constitucional anterior y hoy se reafirma con el NCPC.

Sin embargo, el NCPC en este frente plantea dos cambios importantes: el primero tiene que ver con la notificación de la demanda. En el esquema normativo anterior cuando uno iniciaba un proceso constitucional contra una resolución judicial, eran emplazados y notificados todos aquellos jueces o magistrados que hubieran participado en el trámite de aquel proceso judicial cuya resolución se estaría cuestionando a través del proceso constitucional; no obstante, hoy del NCPC se infiere que la demanda tiene

que ser emplazada y notificada puntualmente al procurador encargado de asuntos constitucionales del Poder Judicial. En otras palabras, ya los jueces o magistrados que —eventualmente— podrían haber participado en aquel proceso judicial cuya resolución se estaría cuestionando no estarían notificados ni emplazados en el proceso constitucional en cuestión.

Desde una perspectiva de un sector se ha considerado que es lo correcto porque los jueces o magistrados no responden por los votos opiniones que emiten como parte de su labor jurisdiccional. Otro sector, en cambio, lo ha calificado como un recorte injustificado del derecho a la defensa de los jueces o magistrados. De hecho, actualmente están en trámite sendas demandas de inconstitucionalidad contra el vigente y cuestionado NCPC. Entre los argumentos que se encuentran en tales demandas está —precisamente— la supuesta o presunta violación del derecho a la defensa de los jueces y magistrados del Poder Judicial que eventualmente podían verse afectados por ese control constitucional que se activaría contra aquellas resoluciones judiciales que han visto la luz en el marco de estos procesos judiciales cuestionados. Entonces, ahí hay un frente que está siendo materia de escrutinio constitucional. Estaremos alertas a lo que el Tribunal Constitucional pueda establecer al respecto, aunque no es el único frente sobre el cual hay que llamar la atención ya que el código actual ha planteado un cambio adicional de importancia en lo que se refiere a los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales.

Así, un segundo frente muy importante está relacionado con el juez competente o con el trámite que sigue la demanda del proceso constitucional cuando se cuestione una resolución judicial. Anteriormente, en el Código Procesal Constitucional, se iniciaba un proceso constitucional contra una resolución judicial —por ejemplo—, un Proceso de Amparo o un *Hábeas Corpus* a nivel de juzgado —naturalmente—; luego, se podía apelar y el proceso llegaba a la Corte Superior y; finalmente, se podía recurrir al Tribunal Constitucional vía recurso de agravio. Ahora, el NCPC establece que los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales inician en Sala Superior; suben en segunda instancia a la Corte Suprema y; eventualmente, puede terminar en el Tribunal Constitucional vía recurso de agravio. Es decir, el cambio se ha generado en el ámbito de que el proceso constitucional cuando se cuestiona una resolución judicial no inicia en un Juzgado sino en la Corte Superior.

Este es un aspecto que también ha concitado mucho interés y crítica porque desde el punto de vista de promover el acceso a la justicia constitucional y, en atención a las condiciones físicas o geográficas de nuestro país, no se trata realmente de un cambio que coadyuve el acceso a la justicia.

Sin embargo, se podría decir que con la conectividad y las tecnologías de la información no es necesario trasladarte físicamente a la sede de la Corte para presentar el escrito, sino que el trámite se podría hacer virtualmente. Esta afirmación sería válida si se tuviera un esquema de conectividad garantizado, independientemente del lugar en el que uno se encuentre (sea cercano o lejano a la capital, en cualquier provincia o región del país), lo que desde luego no es así.

Efectivamente, se podría considerar que los recursos digitales permiten el acceso a la justicia, pero no se puede negar que nuestro país presenta serios problemas de conectividad y, si actualmente una persona está siendo afectada por una resolución judicial sea porque viola su tutela procesal efectiva en los términos del código, será necesario que se traslade físicamente a la Corte Superior para dar por iniciado el proceso constitucional. (así no sucedía con el esquema procesal constitucional anterior). Entonces, hay un cambio en el que es pertinente ahondar y reflexionar más si lo que se pretende —como pareciera ser el espíritu de la norma— es facilitar o promover el acceso a la justicia constitucional.

Otro de los cambios interesantes está relacionado a los medios impugnatorios y a la figura de la apelación. Un primer cambio interesante, aunque no necesariamente bueno, es que actualmente con el NCPP se pueden presentar medios impugnatorios o recursos sin fundamentación. El Código actual establece que se puede (apenas se notifica o es puesta en conocimiento la resolución que te puede ser adversa) presentar el recurso y dejar en suspenso la sustentación o la fundamentación de este para hacerlo ante el juez de instancia superior que va a resolver el medio impugnatorio en cuestión. En otras palabras, esto significa que ante cualquier eventualidad que se reciba una resolución adversa lo que se tiene que hacer —prácticamente de manera automática— es apelar o presentar el recurso respectivo porque ya no se requiere fundamentación como condición para que este pueda ser admitido.

Así las cosas, esto puede generar un incentivo perverso para la presentación de medios impugnatorios y no necesariamente conllevará a que los procesos constitucionales sean más ágiles y céleres o que los plazos legales que establece el Código verdaderamente se puedan cumplir.

Otra de las modificaciones que trae consigo el actual Código tiene que ver con una institución que no es innovación del código actual. Se trata de la figura de la apelación por salto, la cual ya tenía respaldo jurisprudencial; es decir, el propio Tribunal Constitucional, así la había adoptado como parte de su jurisprudencia.

En cuando a la apelación por salto para comprender en qué consiste, habría que tener en cuenta que cuando se ha tramitado un proceso constitucional de tutela de derechos, se empieza en el juzgado; si no se obtiene una decisión favorable, se pasa —vía apelación— a la Corte Superior y; finalmente, al Tribunal Constitucional vía recurso de agravio. Al pasar por todo ese proceso y se logra por fin que el Tribunal Constitucional conceda una decisión favorable, el expediente baja en ejecución para que el juez de primer nivel ejecute lo ordenado por esta instancia máxima.

El tema es que, en esa etapa, es decir, en ejecución de sentencia, se presentaban ciertas prácticas dilatorias o no necesariamente los jueces ejecutores cumplían con la sentencia del Tribunal Constitucional en sus justos términos. Ante esta situación, lo que hacía la víctima o quien se veía perjudicado por la ejecución de la sentencia fuera de los plazos establecidos o en términos distintos a los que el Tribunal había ordenado, pues, iniciaba un segundo proceso constitucional alegando la violación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, coadyuvando —de esa manera— a que nuevamente la autoridad máxima obligue al juez executor a cumplir —dentro de los plazos— la sentencia. Pero esto significaba no solamente haber pasado por el primer proceso constitucional —que ya demandaba cierto tiempo— sino que significaba seguir un segundo proceso que también iba a pasar por esas tres instancias especificadas anteriormente.

Entonces, el Tribunal se percató que, si bien este no podía conocer en instancia única y definitiva los procesos constitucionales de tutela de los derechos (porque la propia Constitución establece que el Tribunal solamente conoce los casos de resoluciones denegatorias de estos procesos de tutela de los derechos fundamentales), podía tratar de acortar el trámite de este segundo proceso y así lograr una tutela más eficaz los derechos fundamentales que estaban de por medio.

En ese orden de ideas, la figura de la apelación por salto es una figura que consiste —básicamente— en que en el segundo proceso constitucional que se inicia ante el hecho de verse afectado porque el juez competente en la ejecución no cumple dentro de los términos establecidos o quizá no cumple con la sentencia en el sentido que ha sido ordenado por el Tribunal; se va directamente al Tribunal Constitucional vía apelación en caso que el juez de primer grado no emita una sentencia favorable. Por eso, se le llama apelación por salto porque se salta la segunda instancia del Poder Judicial, que sería la Corte Superior, y es, por lo tanto, una forma de llegar mucho más rápido al Tribunal Constitucional y ver salvaguardado el derecho.

Esto es justamente lo que se puede ver recogido en el artículo 22 del NCPC en cuyo literal “c” se señala lo siguiente:

“De forma excepcional, se permitirá la apelación por salto en casos de resoluciones judiciales en proceso de ejecución de sentencia, cuando se verifique una inacción en su ejecución o cuando se decida en contra de la protección otorgada al derecho fundamental agredido y se despreteja los derechos fundamentales cuya protección ya se otorgó”

Como se puede observar, esto que trae consigo el actual Código está lejos de ser una innovación, es una figura procesal que ya había sido adoptada o acogida por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia y, por lo tanto, no es en rigor un aporte de la actual norma.

Otro de los aspectos que resultan de interés en la parte referida a la demanda y al trámite de los procesos constitucionales tiene que ver con el tema cautelar. Quienes son entendidos en la teoría cautelar saben perfectamente que, en el marco de un proceso, a veces se requiere salvaguardar ciertos supuestos de la realidad para que al término del proceso pueda hacerse eficaz la sentencia que se vaya expedir.

En esa línea de pensamiento, para que eso no pase se cuenta con la facultad —incluso en los procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales, salvo en el caso del *Hábeas Corpus*— de solicitar medidas cautelares. Lo que es importante advertir de cara a lo que propone el actual Código es que el esquema cautelar supone una evaluación preliminar de la situación que se va a resolver luego con un pronunciamiento de fondo; y es que el escenario cautelar —básicamente—, como su nombre indica, es asegurar o salvaguardar una situación de facto para luego hacer eficaz la sentencia del proceso principal. Por lo tanto, no es necesariamente un pronunciamiento cabal sobre el fondo sino una evaluación aparente o presunta de aquellos indicios que harían suponer que quien está solicitando la cautelar tendría la razón.

Es por tal motivo que entre los requisitos para solicitar una medida cautelar está la apariencia del derecho, es decir, no hay certeza de que el derecho efectivamente le asista a quien solicita una medida cautelar sino una presunción de que puede ser así y; por eso, se denomina de esa manera: apariencia del derecho.

Ahora bien, a su vez, se requiere que la medida cautelar sea adecuada y razonable según lo que se pretende y, finalmente, se establece como tercer

requisito que haya un peligro en la demora, es decir, que se necesite proteger cierta situación de facto para que durante el trámite y el tiempo que pueda demorar el proceso en cuestión, no se vaya a ver alterada haciendo a la larga impracticable o inejecutable la sentencia que se vaya a expedir.

Entonces, lo que resulta extraño del articulado del NCPC es la referencia al concepto de certeza en el esquema cautelar, lo que es absolutamente contrario a toda la teoría cautelar, ya que, como se ha visto, se maneja más bien en el ámbito de las posibilidades o de las probabilidades. En efecto, si se observa el artículo 19 del NCPC, llama la atención que —en el caso de las cautelares— se establezca que el juez que conceda la medida cautelar debe observar que el pedido sea adecuado y razonable —aquí no hay nada que cuestionar—, que tenga apariencia de derecho y —esta es la parte que resulta bastante inusual— que exista “certeza razonable” de que la demora en su expedición pueda constituir un daño irreparable. Si hay algo que no es propio del esquema de la teoría cautelar es la certeza; por lo tanto, que se haga mención o referencia a una “certeza razonable” para el otorgamiento o concesión de cautelares es —por lo menos— discutible.

3. Algunos cambios que han afectado el margen de acción del juez constitucional

Sumados a los anteriores, hay algunos cambios que merecen un comentario a parte como es el caso de los referidos al margen de acción del juez constitucional. En este sentido, uno de los cambios o incorporaciones más interesantes de este Código es el relativo a la figura del control de convencionalidad. Si observamos el artículo 8 del Título Preliminar del Código, nos daremos cuenta que expresamente se recoge precisamente la figura del control de convencionalidad. En efecto, ahí se establece con todas sus letras que, en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces deberán preferir la norma.

Dicho esto, en cuanto a si ¿era preciso que el control de convencionalidad estuviera expresamente en el Código Procesal Constitucional? No, creo que no era necesario que se incorporará como tal en el Código. No hace daño, pero también es cierto que desde las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos como *Almonacid Arellano vs. Chile* o *Gelman vs Uruguay*, ya estaba muy claro que los jueces debían aplicar el control de convencionalidad. Es más, en el caso *Gelman vs Uruguay* la Corte IDH tuvo una comprensión bastante más generosa y amplia de lo que implica no solamente el control de la convencionalidad sino de los sujetos obligados a ejercer dicho control y, si esto no fuera sufi-

ciente, ya el Tribunal Constitucional e inclusive el Poder Judicial cuentan con pronunciamientos en los que se aplica el control de convencionalidad; por lo tanto, en rigor no es un cambio necesario, pero, reitero, tampoco hace daño.

Sin embargo, lo que sí vale la pena rescatar es la manera en como el Código aborda el control de convencionalidad en este extremo, es decir, la incorporación del principio *pro homine* como parámetro para su aplicación. Y es que se observa que en la parte final se dice que, de presentarse esa incompatibilidad entre una norma interna y la internacional, los jueces tendrán que preferir la que sea más favorable.

Esto es bastante interesante porque el Código no parte del presupuesto de una presunta jerarquía entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho local o nacional; más bien todo parece indicar que el código parece partir de una relación de complementariedad entre el Derecho Internacional y el Derecho interno y, justamente, como producto de esa relación de complementariedad establece como pauta para resolver cualquier situación de conflicto, controversia o contradicción entre un estándar internacional y una normativa o pauta interna, el principio *pro homine*. Esto da pie a la posibilidad de que, si se presentase un caso de conflicto entre un estándar, por ejemplo, de la Corte IDH y alguna disposición nacional como un precedente constitucional vinculante, pueda tranquilamente aplicarse este último si es más favorable.

Entonces, este es un cambio, aun cuando innecesario porque —reitero— que jurisprudencialmente ya se tenía la base suficiente para desplegar este control de convencionalidad, considero que tampoco hace daño. Sin perjuicio de ello, es importante e interesante la manera en cómo se ha incorporado el control de convencionalidad, esto es, sobre la base del principio *pro homine*.

Otro de los aspectos interesantes sobre el margen de acción del juez constitucional que trae consigo el actual Código, aunque no necesariamente significa que se esté de acuerdo con ello, es el de establecer cuáles son los votos que se necesitan en sede del Tribunal Constitucional, ya sea para crear, modificar o para apartarse de un precedente constitucional vinculante.

Este es un cambio que no ha sido bien recibido por algunos sectores que —de hecho— han presentado una demanda de inconstitucionalidad, porque consideran que esto es un aspecto que debía ser —más bien— regulado en

la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y no en este espacio. Pero no es el único cambio que ha concitado crítica.

El otro cambio que trae consigo el artículo 6 del Título Preliminar del NCP es que pueden observar que habilita a la Corte Suprema para que, a través del proceso de acción popular, que es ese proceso constitucional a través del cual se controla la constitucionalidad de normas de rango inferior a la ley; pueda crear precedentes constitucionales vinculantes.

Este es un aspecto que ha generado fuertes críticas y creo que no falta razón. Y es que sin perjuicio de negar la independencia judicial y la ventaja que puede significar manejar precedentes o jurisprudencia de carácter vinculante, tanto nivel del Tribunal Constitucional como también del Poder Judicial; el gran problema que subyace a este planteamiento del código es: ¿y que nos asegura que no vaya a presentarse alguna controversia, conflicto o pronunciamientos discrepantes entre la Corte Suprema (a través de un proceso de acción popular que establezca como precedente constitucional vinculante) y el Tribunal Constitucional?

Por cierto, desde el año 2004 el Tribunal Constitucional ha podido crear precedentes; es con este Código que se le da la misma atribución a la Corte Suprema. Se trata de un aspecto que no deja de ser preocupante porque lo que se debe evitar y, de hecho, la figura del precedente se inspira en ello, es que haya discrepancias o pronunciamientos jurisprudenciales discordantes.

Este es un aspecto sobre el cual que hay que darle vueltas para evitar que los jueces, los operadores de justicia y los operadores del Derecho en general caigan en la incertidumbre y no tengan claridad acerca de la pauta a seguir, ya sea lo dispuesto por Corte Suprema o lo que determina el Tribunal Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir que los espacios u oportunidades que —eventualmente— podría tener el Tribunal Constitucional, de pronto para pronunciarse y corregir —si es que corresponde— algún precedente que la Corte Suprema haya creado vía proceso de acción popular son: en primer lugar, bien porque ese precedente se aplica dentro de un proceso de tutela de derechos fundamentales en los que el Tribunal Constitucional participa como última y definitiva instancia; o, en segundo término, en un proceso competencial o de inconstitucionalidad —a propósito de la norma con rango de ley—, cuyo reglamento ha motivado ese proceso de acción popular producto del cual se ha establecido el precedente constitucional vinculante.

Siguiendo con los cambios que trae consigo el actual Código referidos al margen de acción del juez constitucional; surge uno que también merece comentario y es el relativo a la incorporación de la figura del “amigo de la Corte” o el *amicus curiae*.

Esta es una figura muy interesante porque el “amigo de la corte” busca ilustrar a la autoridad jurisdiccional para que pueda resolver de mejor manera la causa que llega a su competencia. Naturalmente, el “amigo de la Corte” es una persona o una entidad que tiene cierto conocimiento particular o cierta experiencia y que puede resultar de capital importancia para que el juez pueda resolver el caso en trámite. Sin embargo, lo que no se desprende de manera expresa del artículo 5 del Título Preliminar del Código es que su incorporación sea sólo factible por invitación del juez o acaso también a solicitud de parte.

Ahora bien, estando así las cosas cabe la pregunta: ¿la incorporación del “amigo de la corte” es una innovación del Código? Pues, no lo es. Si uno revisa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, resulta que so pretexto de la autonomía procesal, ha creado, entre otras figuras como el litisconsorte necesario, también la del “amigo de la Corte”. De hecho, hay procesos en los que ya ha participado el *amicus curiae*; por lo tanto, no estamos —en realidad— ante una innovación del actual Código Procesal Constitucional.

De otro lado, entre otros cambios referidos al margen de acción del juez constitucional, se tiene la eliminación del rechazo liminar. Para poner en contexto, con el Código Procesal Constitucional anterior, es decir del año 2004, los jueces tenían la posibilidad de rechazar de plano aquellas demandas que no tuvieran elementos suficientes que justifiquen la intervención del juez constitucional. En otras palabras, tenían la posibilidad de rechazar demandas de plano, bajo el argumento de que no presentaban indicios que justificaran la intervención de dicho juez. Esto ayudaba a depurar, de alguna manera, la sobrecarga procesal que pudiera afectar la justicia constitucional. Sin embargo, con el NCPC, se ha eliminado por completo la figura del rechazo liminar. Tan claro es el tema que lo ha mencionado de manera expresa, es decir, está proscrita la figura del rechazo liminar y eso no es todo, sino que además de haber eliminado este mecanismo, el NCPC ha establecido la figura de la audiencia única.

En efecto, hoy en día, no sólo los jueces constitucionales no pueden rechazar de plano las demandas, con lo cual tienen que admitir y tienen que aceptar todas las demandas que lleguen a su conocimiento, según corresponda; sino que, además, están obligados a programar audiencias únicas

públicas para discutir y valorar las pretensiones de las partes, las pruebas y, si corresponde dentro de ese mismo acto, resolver la causa que llega a su conocimiento.

Como podrá suponerse, no se está tomando en consideración cómo esto puede impactar en el quehacer del juez constitucional, el cual se puede ver absolutamente avasallado a un extremo tal que se corre el riesgo de que los plazos legales existentes para acceder a la justicia constitucional y obtener un pronunciamiento judicial oportuno, comiencen a no respetarse.

Siguiendo con las modificaciones que el NCPC establece en relación con el margen de acción del juez constitucional, hay otra figura que no es tampoco una innovación de esta norma, y es la actuación de la sentencia impugnada. Para poner nuevamente en contexto, cuando uno inicia un proceso constitucional y recibe una decisión favorable, por ejemplo, en primera instancia, naturalmente el interés de la víctima es que esa sentencia se ejecute independientemente de que la parte vencida apele o impugne. De esta manera, el demandante espera que se puede dar cobertura a su derecho independientemente de que todavía se siga el trámite del proceso constitucional. Esa es la figura de la actuación de la sentencia impugnada, por eso se llama así: porque es actuar la sentencia, pese a que ha sido impugnada por la parte vencida.

La idea que subyace al mecanismo de la actuación de la sentencia impugnada, es intentar reparar o evitar que la situación lesiva perdure durante el trámite del proceso constitucional. En este sentido, lo que establece el actual código y que no ha dejado también de despertar crítica, es que en su artículo 26 se señala que la actuación de la sentencia impugnada es factible, pero que la decisión del juez que ordena ejecutar la sentencia (pese a que haya sido impugnada) no es impugnable.

Así, una de las grandes preocupaciones detrás de este mecanismo es que cuando se ejecute esa sentencia que ha sido materia, por ejemplo, de una apelación, no se genere una situación que luego no se pueda retrotraer. En efecto, no olvidemos que el proceso constitucional continúa, por lo que, si al final del mismo pierde el demandante, la sentencia debe igual hacerse factible a favor del demandado, lo que sería imposible si como producto de la aplicación de la actuación de la sentencia impugnada, se genera una situación irreversible.

En esa línea de pensamiento, un límite de la actuación de la sentencia impugnada tiene que ver —justamente— con no generar una situación que no se pueda retrotraer, no generar una situación que no se pueda revertir.

Es el caso, sin embargo, que, si bien ello también se señala en el NCPCP, éste añade que la decisión del juez que ordena la actuación de la sentencia impugnada no podría ser objeto de recurso o medio impugnatorio alguno. En otras palabras, si el juez se equivoca al momento de establecer la actuación inmediata de su sentencia, pese a que ha sido impugnada, y no valora, por lo tanto, de manera correcta la eventual situación que estaría produciendo, la parte perjudicada no tiene remedio procesal dentro de ese proceso, quedando sólo el escenario de la vía civil para la indemnización respectiva, sin perjuicio de la responsabilidad funcional del juez.

Como se puede observar, el temperamento del NCPC deja en situación de indefensión al demandado. Entonces, aquí hay un frente que también hay que tomar mucho recaudo porque en un proceso constitucional, independientemente que la balanza suele inclinarse para facilitar el acceso a la justicia de quien demanda porque es la víctima que viene padeciendo una situación lesiva a sus derechos fundamentales, no se debe perder de vista la existencia de la parte demandada, que también tiene derechos fundamentales y, por lo tanto, se hace preciso tener en consideración.

Por otro lado, a propósito de algunos cambios adicionales que tienen que ver con el margen de acción del juez constitucional, se tiene que el actual Código aborda la participación del Ministerio Público en el marco de la ejecución de las sentencias constitucionales. Efectivamente, como ha quedado dicho cuando comentamos la figura de la apelación por salto, una de las grandes preocupaciones en el seno de los procesos constitucionales es cómo asegurar el cumplimiento eficaz y oportuno de las sentencias constitucionales. Pues bien, para estos fines el NCPC ha incorporado al Ministerio Público.

En ese orden de ideas, me parece interesante y rescatable que el actual Código haya establecido la posibilidad de remitir los actuados al Ministerio Público para que este pueda adoptar alguna acción penal en contra de aquella autoridad o persona renuente a cumplir con la sentencia constitucional. Es decir, se trata de una medida de apercibimiento como puede adoptar el juez y que se erige en un “espada de Damocles” que tendrá sobre su cabeza aquel agresor contra el cual se ha expedido finalmente sentencia.

Sumado a ello, es también interesante que se incorpore la figura de la prisión preventiva, esto es, en el marco de los procesos constitucionales es factible que —eventualmente— se dicte prisión preventiva contra aquella persona o autoridad que no cumple con el mandato judicial.

No obstante, y a pesar de lo positivo que nos puedan parecer estos últimos cambios, tampoco constituyen una innovación del Código porque si uno se remite proyecto de Código Procesal Constitucional, o sea, ese documento que llega a manos del Congreso y que parte de una iniciativa estrictamente de un grupo de destacados académicos y profesionales, sí se había contemplado la figura de la prisión preventiva o detención; por lo tanto, no es una innovación o aporte, aunque ello no desmerece en lo absoluto su pertinente incorporación el día de hoy.

4. Algunas obligaciones pendientes, a propósito de la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Constitucional

En esta parte de la exposición se abordarán algunas obligaciones que se desprenden del Código hacia otros organismos distintos al Poder Judicial o al Tribunal Constitucional, y que se hace necesario que se cumplan con miras a la mayor y mejor eficacia de los procesos constitucionales.

En este caso estamos hablando principalmente de las tareas que el código les asigna implícitamente tanto a la junta Nacional de justicia (JNJ) como al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS).

En ese sentido, en primer lugar, hoy en día el NCPC establece que todos los procesos de tutela de los derechos fundamentales serán de conocimiento de los jueces constitucionales. Si bien es cierto la norma anterior hacía lo propio, mantenía para el particular caso del *Hábeas Corpus*, la competencia del juez penal sin observar turnos. Sin embargo, es el caso que, bajo la norma actual, incluso en el caso de los *Hábeas Corpus* el juez competente es el juez constitucional.

Hemos señalado en otras oportunidades que para que el control del poder y tutela de los derechos fundamentales estén garantizados en el marco de un Estado Constitucional, se hace necesario que la institución cuente —por lo menos— con tres características claves: imparcialidad, independencia y especialidad.

Evidentemente, la especialidad en el ámbito procesal constitucional no es un asunto menor porque hay principios que es preciso observar para lograr el mejor resultado posible en estos procesos. Así, por ejemplo, el principio de suplencia de queja deficiente es de especial importancia en estos casos y para su aplicación es preciso que el juez lo conozca y sepa cuál es su alcance. El problema radica entonces en que actualmente no se tiene tantos jueces constitucionales como quizá el código presupone.

Efectivamente, en Lima existen poco más de 10 jueces constitucionales y la situación es aun peor a nivel de otros distritos judiciales que es donde se necesitan más jueces de esta especialidad jurisdiccional.

Debido a esa situación se necesita que tanto la JNJ como la Academia de la Magistratura trabajen de manera conjunta para cada vez tener no solamente jueces constitucionales, sino que estos conozcan realmente la dinámica de los principios procesales y todas aquellas herramientas y mecanismos que contribuyen a que realmente se alcance la finalidad de los procesos constitucionales en generales y de los de tutela de derechos en particular.

Un segundo punto dentro de las obligaciones que emanan del código y cuyo cumplimiento se torna en una tarea de primer orden, se refiere al MINJUS. Y es que uno de los aspectos rescatables de este nuevo Código, es la creación de la Defensoría Pública Especializada en Procesos Constitucionales.

Según el artículo 4 del código, si la persona no tiene recursos para contratar un abogado a título particular, contará con un defensor público especialista en asuntos constitucionales o procesales constitucionales. Esto es absolutamente valioso ya que, si nos ponemos a pensar que el Código Procesal Constitucional, tanto el anterior como el actual, está orientado a facilitar el acceso de la justicia al que sufre una lesión de sus derechos fundamentales, pues con mayor razón debe hacerlo si la víctima no tiene siquiera los recursos para acceder a la justicia constitucional y contratar un abogado para tal efecto. Corresponde, por lo tanto, llamar la atención al MINJUS para que se pueda garantizar esa defensa técnica para quienes puedan verse vulnerados en sus derechos fundamentales y vean depositadas sus esperanzas en los defensores públicos especializados que pueda proveer esta institución del Estado.

5. A modo de conclusión

Como se habrá podido observar, lejos de tener hoy un NCPC innovador o que haya planteado algunos cambios indispensables o necesarios, pareciera ser más bien un código que —para empezar— de nuevo tiene poco o nada y; por lo tanto, más propiamente sería hablar de una reforma del Código Procesal Constitucional, e inclusive dentro de una reforma hay cambios que no son necesarios.

En efecto, por un lado, hay instituciones procesales o figuras que ya venían aplicándose, sea por que el código anterior ya las había contemplado o por

que el Tribunal Constitucional así lo estableció en su jurisprudencia. Y, por otro lado, si hay algunas modificaciones a destacar, como se ha visto, no necesariamente se trata de cambios que sean para bien. Más de uno genera serias preocupaciones o deja entrever serios problemas para su implementación, sin perjuicio de los eventuales visos de inconstitucionalidad que también se han señalado.

Finalmente, hay obligaciones que emanan o se desprenden del código y que bien vale la pena tomar nota, sobre todo en el caso de la JNJ y del MINJUS, al menos para que se cumpla con ellas de forma oportuna y se contribuya a alcanzar una justicia constitucional y una defensa técnica especializada, tal como también se ha intentado relevar aquí. Muchas gracias.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. Debido al poco tiempo en el que fue aprobado el Nuevo Código Procesal Constitucional, el tema más preocupante ha sido el hecho de que esta nueva norma no ha establecido un plazo de adecuación para poder entrar en vigencia y causar sus efectos, ¿cuál es su opinión respecto a la forma tan apresurada de aprobar una norma de gran relevancia como lo es el NCPP?

Disconforme con ese proceder del Congreso de la República. Con el anterior Código Procesal Constitucional no olvidemos que se tuvo casi seis meses para adecuar los procesos a las pautas que establecía. En cambio, el código actual se publicó un día viernes y el día sábado ya entraba en vigencia. Si bien hay una disposición final que establece que la entrada en vigor de este Código no alterará temas de competencia o medios impugnatorios ya presentados, que son algunas figuras o excepciones procesales, en todos sus demás extremos (muchos de ellos muy debatibles, como se ha visto) se han aplicado de manera inmediata.

Pero lo más preocupante aún —y es punto de crítica— es que como hemos visto; hay cambios que no solamente son innecesarios si no que hasta podríamos calificar de negativos o perjudiciales para la justicia constitucional y, la existencia de un plazo de *vacatio legis* a lo mejor hubiera permitido socializar un poco más los cambios y hacer algunos ajustes antes de que la norma tuviera plena eficacia —cosa que por cierto no ha sucedido.

6.2. Respecto al artículo 6 del NCPP sobre la prohibición del rechazo liminar y el artículo 24 que establece la obligatoriedad de la vista de causas, deja la duda sobre si esto colisiona con el

precedente vinculante Vázquez Romero dejándolo sin efecto y, en consecuencia, cabe preguntar. ¿Una ley dada por el Congreso de la República puede derogar un precedente vinculante del Tribunal constitucional?

Comparto la preocupación y, de hecho, resulta bastante extraño que una ley del Congreso pudiera dejar sin efecto un precedente constitucional vinculante, aunque hay antecedentes que ya se han presentado en el Perú y en estos casos el Tribunal Constitucional ha terminado expulsando leyes del Congreso que no han sido conformes con precedentes constitucionales vinculantes.

Uno de esos antecedentes es el caso del “amparo electoral” en el que el Tribunal Constitucional termina expulsando la modificación que el Congreso hizo al Código tratando de cerrar la puerta del amparo electoral, nada más y nada menos que sobre la base del precedente constitucional vinculante Pedro Andrés Lizan Puelles.

Ahora bien, en el caso puntual del precedente “Vásquez Romero”, es necesario tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ya emitió una resolución administrativa, la número 154 del 19 de agosto del 2021, en donde se observa que el Tribunal Constitucional concretamente se refiere a la vista de la causa, que era precisamente el extremo al que alude el Código Procesal Constitucional actual estableciendo su obligatoriedad como condición de validez del recurso de agravio constitucional.

Entonces, por dicha resolución pareciera que Tribunal Constitucional se habría allanado o adaptado a lo que el Código plantea sin entrar al debate de si —efectivamente— en este extremo, el Código es conforme o no con la Constitución por no ajustarse a un precedente constitucional vinculante.

La Jurisdicción internacional desde un enfoque del nuevo Código Procesal Constitucional*

Krupskaya Rosa Luz Ugarte Boluarte**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El tratamiento del marco normativo peruano frente al Derecho Internacional / 3. Los “puentes” necesarios frente a los tratados o acuerdos internacionales / 3.1 Artículos pertinentes / 3.2 “Puentes políticos” / 3.3 Una cultura de derechos humanos / 3.4 Trabajo jurisdiccional / 3.5 Leyes efectivas / 4. La situación general de la jurisprudencia / 4.1 Relación con el Nuevo Código Procesal Constitucional / 4.1.1 Ausencia de suficiente literalidad / 4.1.2 El problema en territorio nacional / 4.2 Comparación de medidas adoptadas a nivel internacional / 5. Conclusiones / 6. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

Jurisdicción Internacional es un libro que recoge el Nuevo Código Procesal Constitucional, este contiene un enfoque sobre el derecho de los tratados.

Cuando se hace referencia al Derecho de los Tratados, se reconoce necesariamente un Derecho de orden internacional, mientras que el tratamiento de la Constitución Política del Perú establece lo referido al orden interno. Si se revisa la Constitución de 1993 —aún vigente— se puede notar la presencia de un catálogo de derechos fundamentales (artículo 2º). Así también, se establecen las diferentes garantías en compañía de procesos constitucionales como mecanismos presentes en la Constitución para pro-

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogada por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Doctora y Magister por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Cursó en el programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Posee un Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Internacional Público. Docente de pregrado y posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y otras universidades nacionales e internacionales.

teger los derechos fundamentales (artículo 200°). Desde esta perspectiva, se debe reconocer una puerta de acceso en nuestro marco constitucional para la recepción de derechos humanos internacionales.

2. El tratamiento del marco normativo peruano frente al Derecho Internacional

La normativa peruana da acceso al Derecho Internacional mediante lo dispuesto en el artículo 55° de la Constitución Política¹, que afirma lo siguiente que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

Esta disposición reconoce a los tratados en materia de derechos humanos. Así también, estos tratados son interpretados acorde a lo fundado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Lo cierto es que el Perú cuenta con un Nuevo Código Procesal Constitucional (dado el proceso de reforma) que contiene al libro llamado “Jurisdicción Internacional” que tiene tres artículos dedicados a la protección de los derechos presentes en la Constitución y con mecanismos para que se logren operativizar estos.

Al analizar el libro es —indudable— percatarse de la existencia de una jurisdicción con organismos internacionales, de los cuales el Perú es un Estado que forma parte. Se observa el procedimiento de la ejecución de resoluciones emitidas por los organismos y, dado que el Estado ha expresado su voluntad en la firma y ratificación de tratados, hay un contenido que promete compromisos internacionales de parte de la nación.

Sobre los compromisos del Estado en materia internacional, es evidente que está sujetos a normas, reglas y principios contenidos en los mismos tratados y en la Convención de Viena. La Convención mencionada², se podría decir que contribuye no solo al Derecho Internacional sino a las diferentes ramas del Derecho; por consiguiente, se resaltan artículos que son básicos para interpretar los tratados y son los siguientes:

Artículo 26. Pacta sunt servanda

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

1 Este artículo es corroborado por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual se ciñe a que un precepto de la Constitución debe ser interpretado acorde a la regulación de un derecho en un tratado de derechos humanos (obviamente, este tratado debe ser aprobado y ratificado).

2 La Convención de Viena sobre el tratado de los derechos entró en vigencia en 1980 y creó condiciones para mantener justicia y respeto por las obligaciones emanadas en los tratados sobre derechos humanos.

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por ejemplo, el *pacta sunt servanda* prevé que los Estados tengan buena voluntad y sean honrados, y el siguiente artículo reconoce la composición de un orden jurídico internacional visibilizado en los tratados o instrumentos jurídicos que cuenta con un control convencional. En consecuencia, los Estados que han ratificado un tratado deben establecer “puentes” para poder implementar uno de manera eficaz en el territorio nacional.

3. Los “puentes” necesarios frente a los tratados o acuerdos internacionales

Estos puentes se entienden como medidas necesarias que pueden tener distinta índole acorde a la exigencia constitucional. Los cuales son los mencionados a continuación.

3.1. Artículos pertinentes

Las constituciones deben tener artículos pertinentes para así posicionar efectivamente la recepción del Derecho Internacional. Hoy, masivamente hay conocimiento de esta gran rama de Derecho Internacional compuesto por derechos humanos y, como país, tenemos el artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución como los pertinentes para el respeto a los tratados.

3.2. “Puentes políticos”

Este también es más que necesario en el sentido de que la clase política tiene como tarea fundamental generar mecanismos para establecer políticas públicas que logren estar contenidas en los tratados. Es decir, no se puede prescindir de una efectividad en la protección de derechos fundamentales desde una visión político-estatal.

3.3. Una cultura de derechos humanos

El fortalecimiento de una cultura que abarque a los derechos humanos es equivalente a un entendimiento de la importancia de estos al considerarlos como patrimonios de la humanidad. Organismos internacionales, Estados e individuos que son titulares de derechos deben hacer un esfuerzo que se visibilice en un conjunto de organizaciones de eventos que consoliden la formación en derechos humanos. Hay una cultura jurídica que puede perpetuarse mediante el fortalecimiento y trabajo arduo.

3.4. Trabajo jurisdiccional

Los jueces internacionales deben estar imbuidos de conocimientos sobre los derechos humanos internacionales. Estos derechos deben ser requisito para una excelente formación y aplicación en la vida diaria porque los jueces realizan un control convencional³. Deben contar con una amplia formación que priorice a los saberes de la Constitución, y no solo eso, sino conocer toda la normativa internacional de derechos internacionales dado que Perú es un Estado que forma parte de tratados.

Si los jueces están imbuidos de derechos humanos internacionales pueden realizar aportes críticos a la supletoriedad de la justicia internacional (esta restituye a la justicia nacional y repara errores cometidos por acción u omisión), siempre y cuando no olviden el principio *pro homine*⁴.

3.5. Leyes efectivas

Establecer leyes que permitan la efectividad o materialización de derechos humanos es otro gran puente. Por ejemplo, si se hace referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos —con especial énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales— se resalta el artículo 26° que prescribe lo siguiente:

Artículo 26: Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

En este artículo, se hace referencia al concepto de progresividad en el cual los Estados se amparan, por lo que debe existir un compromiso que debe ser progresivo. Lo mismo sucede en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; entonces, se debería definir y adoptar

3 Un control convencional se entiende como una herramienta dispuesta por la Convención Americana de Derechos Humanos para que se cumplan tratados y acuerdos internacionales de los Estados que forman parte.

4 Principio muchas veces considerado como complejo. Últimamente entendido como principio pro persona por el que se interpreta que para defender derechos se recurre a la normativa más amplia que exista.

un término justo a este concepto de progresividad, pues si se adopta la esencia del principio *pro homine* no sería justo que existan ciudadanos que no puedan hacer uso de sus derechos fundamentales.

4. La situación general de la jurisprudencia

Si bien es cierto, existe toda una estructura jurídica, así como sistemas jurídicos universales bajo el auspicio de las Naciones Unidas, también están presentes nueve tratados en el mismo marco de este organismo en materia de derechos humanos, entre ellos están los relativos a la mujer, migrantes y otros. Al interior de cada uno de estos tratados operan los comités específicos encargados de supervisar el cumplimiento de los Estados frente a los compromisos en diferentes materias.

Se conoce un sistema universal con diez tratados importantes en materia de derechos humanos con mecanismos de control y supervisión. Estos tratados tienen como centro fundamental a la Convención Americana de Derechos Humanos, pero no solo se debe conocer el contenido de los tratados sino su jurisprudencia; si se revisa la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es evidente que, en términos históricos, es un tratado que representa un periodo histórico del mundo contemporáneo y el valor de los derechos humanos, pero la jurisprudencia es esa pieza clave que ayuda a unificar ese pasado y contextualiza este a la realidad. Los derechos no dejan de ser vigentes: se alza una voz mensajera a través no solo de la jurisprudencia y tribunales internacionales, sino por medio de informes o recomendaciones que emiten los comités y Naciones Unidas.

4.1. Relación con el Nuevo Código Procesal Constitucional

El Nuevo Código Procesal Constitucional posee un libro con título de “Jurisdicción Internacional” que establece mecanismos de cumplimiento frente a resoluciones o recomendaciones que emiten estos organismos de los que el Perú forma parte; sin embargo, no hay claridad en la redacción de los artículos, por lo que se pueden generar múltiples interpretaciones.

4.1.1. Ausencia de suficiente literalidad

No se reconoce la presencia de organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), además no se ve plasmado —de manera literal— un compromiso frente a las emisiones de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Hay una discusión teórica frente a las recomendaciones que emiten los comités o la misma Comisión por entablar un “derecho blando”⁵, es decir, no hay obligatoriedad ni sanción al incumplimiento de recomendaciones. Esto no sucede con fallos de tribunales internacionales, dado que son cumplimientos obligatorios (además de inmediatos y sin ningún recurso que pueda presentarse).

Esta ausencia deber ser revisada en términos de eficacia pues si se quiere consolidar la cultura de derechos humanos, estas reformas —tanto de la Constitución Política como de un Nuevo Código Procesal Constitucional— deben recoger los compromisos internacionales en derechos humanos y normarlos generando obligatoriedad en sede interna para los actores o agentes del Estado encargados, y sea de conocimiento de jueces y fiscales que la acción u omisión de conductas de Derecho Internacional pueden generar una responsabilidad internacional al Estado. El Estado debe recibir una sentencia condenatoria conforme a la norma establece: si es que un funcionario genera un daño a través de su conducta conformada por hechos ilícitos, el Estado será denunciado internacionalmente.

Textualmente, tampoco se establecen mecanismos de reparación en el Nuevo Código Procesal Constitucional. En el anterior Código se estableció una mención a la Ley N° 25777 para las reparaciones en materia de derechos humanos de sede interna, donde el sujeto que estaba obligado a reparar en sede interna era el Ministerio de Justicia. Se establecieron estudios sobre las sentencias de la Corte (con contenido patrimonial) en los que los jueces de sede nacional fijaban un monto de reparación, así como en ciertas ocasiones la Corte no fijaba montos, pero establecía la extensión de trabajo de la misma por medio de sus comités especiales.

Bajo lo anteriormente explicado, surgió cierta confusión respecto del tecnicismo y uso. La ley N° 25777 se modificó o estuvo parcialmente vigente y parcialmente derogada por el Decreto Legislativo N° 1068. Este Decreto Legislativo liberó al Ministerio de Justicia de un cumplimiento total de los fallos frente a la Corte IDH, lo que conllevó a una desagregación. Por ejemplo, si en un fallo el ente vulnerador era el Ministerio de Defensa por desaparición forzada, este era notificado; asimismo, si hubiera reparación en materia de una beca de estudios, se notificaba al Ministerio de Educación. Entonces, se desagregaron los contenidos de los fallos para una reparación en sede interna, se perdió el sentido reparador del fallo.

⁵ También conocido como “*soft law*” por establecer solo un estándar de conducta sin una significación legal que sea obligatorio, lo cual es cuestionado en materia de doctrina.

Esta improvisada desagregación era un obstáculo en la justicia, pues si bien el mismo Ministerio era un ente con personas que trabajaron en el tema de reparación por años y aun así surgían problemas de concepto y contenido, la situación era similar en los demás sectores. Las barreras eran existentes, los propios colegas de sectores no tenían la mínima idea de lo que es el Derecho Internacional y las responsabilidades que podía generar o no el cumplimiento de un fallo a nivel internacional. Es así que los fallos y sentencias del Estado peruano siguen pendientes de cumplimiento.

4.1.2. El problema en territorio nacional

La realidad es así: el Perú tiene casi cincuenta sentencias ante el Sistema Interamericano, de los cuales tres han tenido un final en el 2013, pero aún hay otros pendientes de pronto cumplimiento. Existen algunos casos que pueden repararse de manera pronta, pero se necesita de un puente político (o una voluntad, mejor dicho).

No existe un fondo para reparación en materia de derechos humanos. Antes existió un Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Lícitamente (FEDADOI), y aunque lo último que se utiliza de este fondo era destinado a reparaciones en derechos humanos, la normativa está prevista. El FEDADOI⁶ no tuvo —en muchas ocasiones— lo suficiente para reparar, y ahora no se tiene un marco legal si quiera que lo contemple. No existe un fondo exclusivamente para reparaciones (no solo de materia de Corte Interamericana sino de manera interna para derechos humanos), lo que es importante porque en la medida de su implementación habrá seguridad del cumplimiento de estas reparaciones fijadas. En el presente, una persona debe esperar alrededor de quince o veinte años para que obtenga el pago de reparación.

4.2. Comparación y medidas adoptadas a nivel internacional

Si se comparan los fallos de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷, el segundo solo fija reparaciones en materia económica y, en consecuencia, los cumplimientos son rápidos. En sí, todo el sistema europeo se caracteriza por su agilidad, pues existe un órgano llamado Consejo de Ministros de la Unión Europea, conformado por todos los ministros de Relaciones Exteriores que se reúnen dos o tres veces al

6 Fondo anteriormente adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, creado para tener una libre disposición de dinero cuando se agraviaba al Estado.

7 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encarga del enjuiciamiento de derechos fundamentales que se reconocen en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

año para recibir los fallos del Tribunal Europeo e implementar los fallos en los respectivos Estados en los cuales ejercen su función. En el caso del Sistema Interamericano hay reparaciones patrimoniales e inmateriales, y estos son —en conjunto— una dificultad porque a nivel del sistema regional es que debe realizarse un balance para establecer una mirada frente al cumplimiento de los fallos respecto a los distintos casos.

Lo que debería cambiar en el Sistema Interamericano es apostar por alentar el uso de los acuerdos de solución amistosa como mecanismo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos. Algunos países como Uruguay y Argentina usan esta herramienta, a diferencia del Perú que sigue con cincuenta sentencias y en casi todas se vulneró el debido proceso, así como a las garantías judiciales. Hay un grave riesgo cuando la justicia se politiza o deja de ser objetiva, se desnaturaliza al punto de elevarse a tribunales internacionales con un resultado evidente: se sanciona al Estado.

Hay ausencia en el Nuevo Código Procesal Constitucional puesto que solo se menciona al órgano del Comité de Derechos Humanos y no a los otros comités de los cuales el Perú también forma parte. Hay algo dicho, pero a la vez nada. Se dispone una verdad “a medias” que genera una doble interpretación. Por un lado, se percibe un reconocimiento tenue y, por otro lado, una ausencia frente a la terminología idónea que debió usarse para hacer mención al tema de reparaciones. No se refleja una redacción clara que permita entender como se es necesario.

5. Conclusiones

En síntesis, se tiene un sistema jurídico, también a una Constitución y un Nuevo Código Procesal Constitucional con artículos medianamente pertinentes, pero se debe realizar esfuerzos para mejorar y dar cabida a un eficiente control convencional en la Constitución, ya que en la reforma del Nuevo Código ya está presente.

A lo mejor, pudo contemplarse un estándar internacional presente —que no esté en el preámbulo a cortas líneas— y un desarrollo mucho más protector respecto de los derechos humanos. El tema es fortalecer la justicia nacional. El gran trabajo es de la función jurisdiccional (jueces y fiscales), los cuales que deben apostar sí o sí por un control convencional y reconocer a los tratados para hacerlos propios.

Los tratados son parte del derecho interno y deben impartir justicia los jueces imbuidos en Derecho Internacional sobre derechos humanos. El

*caso Ugarteche*⁸, por ejemplo, comprende un fallo en primera instancia donde la jueza correspondiente opera con un control convencional en términos prácticos; por ende, no es imposible que se cuente con jueces de este tipo que se arriesguen dado que el derecho recoge circunstancias y realidades para aplicar una base igualitaria y no discriminatorio. Se necesita construir una base sólida con columnas básicas conforme a la normativa *ius cogens*⁹.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. La jurisdicción internacional, que ahora comprende a los artículos 122, 123 y 124 sigue teniendo un mismo contenido que en el anterior Código Procesal Constitucional. Al ser tres artículos con misma disposición que los anteriores, ¿hay algún cambio sustancial que se encuentra de manera implícita?

Un cambio sustancial no lo hubo. De repente, el haber omitido la presencia de la Ley N ° 27775 (que era materia de reparaciones) se puede considerar como un pequeño cambio, pero un cambio fundamental no se realizó. No se hizo una gran reforma —de manera sustancial o con un tema de fondo— y, por ello, se anticipa la propuesta de reconocer un órgano del sistema y denominar con nombre propio la presencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligatoriedad de sus fallos y fijar una necesidad de establecer políticas en materias de reparación. Se debió buscar un camino en pro de la consolidación de este Sistema Interamericano en nuestro territorio.

6.2. A raíz de problemas del pasado es que es indispensable que el Estado peruano respete en su totalidad las resoluciones emitidas por los organismos jurisdiccionales. ¿Considera que con el contexto de inestabilidad política y grandes cambios que se quieren a nivel constitucional, este respeto a las resoluciones pueda ponerse en duda?

El compromiso internacional es del Estado, mas no del gobierno. Hay una diferencia notable, pues, para compromisos internacionales se hace referencia al Estado peruano, y en esa lógica, debe seguir cumpliendo sus compromisos internacionales.

8 Caso conocido en el Perú, sobre una pareja que celebró nupcias en México y busca un reconocimiento peruano a través de la RENIEC hacia su matrimonio. Es sabido que el Tribunal Constitucional declaró improcedente el pedido por mayoría de votos.

9 Se aplica este concepto en normas de carácter imperativo.

Se destacan unos gobiernos de otros por establecer políticas de derechos humanos, o políticas en cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fijar y cumplir reparaciones. También existieron gobiernos donde se violaron derechos fundamentales de manera grave.

6.3. Teniendo en cuenta que muchas veces el problema es el poco conocimiento que se tiene respecto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la obligatoriedad que tiene el Perú por haber ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ¿cómo considera que se debe contrarrestar ello para que no sea necesario colocar esta obligatoriedad en el Nuevo Código Procesal Constitucional cuando debería estar implícito por la firma de nuestro país en la Convención Americana?

Es necesario establecer puentes, y estos deben reformarse de manera continua a través de las constituciones. No hay que tener miedo a las reformas. La Constitución mexicana tiene casi cien años de vigencia y se realizaron en ella alrededor de setecientas reformas; de igual manera la Constitución norteamericana se ha ido reformando a través de la jurisprudencia. Entonces, las constituciones deberían orientarse a recoger esa necesidad, y si bien somos parte del Sistema Interamericano, es exigible reconocer las debilidades del Estado peruano.

Un fortalecimiento del Estado frente a la comunidad internacional es un punto a considerar, ya que no es correcto que Perú sea poseedor de cincuenta sentencias en su contra —además de las que nos depara el futuro— por lo que se debe atender una política desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para trabajar los acuerdos de solución amistosa.

Hay un punto delicado a tratar, y es que defender el Estado no significa defenderlo a través de mentiras o solo “defender por defender”. El Estado tiene como característica ser uno digno y si este, por acción u omisión, es responsable por hecho ilícitos, pues no se puede —ni debe— defender. No es corrector enseñar a abogados a mentir; consecuentemente, si se defiende al Estado será por medio de la verdad, principios y bajo imperio de la ley y la Constitución acompañándose de las normas del Derecho Internacional.

Usar todas las herramientas que están previstas a nivel de sistema de la Convención Americana es la mejor opción. Con soluciones amistosas y acuerdos que recojan estándares internacionales es que debe regirse la continuación del Derecho, con acuerdos convalidados por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Hay un Estado responsable en derechos humanos, que goza de mecanismos para comprometerse. Ya sea por el *pacta sunt servanda*, o el contenido de normas *ius cogens*, así como el principio de buena fe y demás, se entiende la responsabilidad exclusiva de los Estados. Si se revisa el contenido de los tratados, jamás se empieza por mostrar un catálogo de derechos, pues es mucho más importante que se prime la obligación de responsabilidad (en garantías y compromisos) por lo cual se empieza con estos.

6.4. En función de los diversos cambios que se han dado en procesos constitucionales (muchos de los cuales son catalogados como perjudiciales), ¿considera usted que hace esto más proclive a que el Estado sea responsable por la vulneración de derechos relacionados con el plazo razonable y el debido proceso a nivel internacional?

Lo que se tiene que censurar es que los Estados tengan un doble estándar. Es decir, aquellos tratados o acuerdos en materia de comercio internacional (beneficiosos para el desarrollo del Perú y para los ciudadanos) son importantes, pero el mecanismo de reparación frente a un incumplimiento de un acuerdo con una empresa transnacional es casi inmediato. Esta reparación inmediata no es la misma en materia de derechos humanos, por ende, ese doble estándar debe erradicarse.

Si se logra entender que el objeto del mismo Sistema Interamericano –incluso del mismo sistema universal– es el individuo con derechos y obligaciones, se comprende que la estructura jurídica del Estado son las personas y se les debe protección. El principio *pro homine* debe visibilizarse en la función estatal para cuando el Estado celebre acuerdos.

El *Hábeas Corpus* en el Nuevo Código Procesal Constitucional*

Guillermo Sevilla Gálvez**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El nuevo Código Procesal Constitucional / 3. El *habeas corpus* en el Código Procesal Constitucional / 4. Disposiciones Complementarias / 5. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

Se considera que, dentro del Nuevo Código Procesal Constitucional, no se han suscitado cambios sustanciales, sino algunos aspectos debatibles que se plantearan con la finalidad de que se evalúe y se forme una idea al respecto. Así, antes de tratar propiamente lo que se conoce como *habeas corpus*, es necesario ver las nuevas normas del nuevo Código Procesal Constitucional; comparándolas con las que establecía su versión anterior.

A partir del título preliminar, es posible analizar y comparar sendos artículos. Por ejemplo, el art. I menciona que el presente código regula los procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia; todos previstos en los artículos 200° y 202° de la Constitución. No obstante, ante ello surge la interrogante: ¿Cuál es la finalidad de los procesos constitucionales? Al respecto, se puede deducir que se trata de fines esenciales de los procesos constitucionales, abocados en garantizar la vigencia efectiva de los derechos reconocidos por la Constitución de 1993

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Unidad de Postgrado de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Miembro activo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

y los Tratados de Derechos Humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa vinculante. En resumen, toda norma infra legal tiene que estar en armonía con la Constitución.

Actualmente existe un debate si debe existir una nueva Constitución vía reforma constitucional, o si se debe producir algunas reformas constitucionales.

2. El nuevo Código Procesal Constitucional

Existen principios procesales que rigen el nuevo Código Procesal Constitucional; así, es posible reconocer su gran similitud al cuerpo normativo en materia procesal civil, los cuales comparten principios como: *(i)* principio de dirección judicial del proceso; *(ii)* principio de economía procesal; *(iii)* principio de intermediación; *(iv)* principio de socialización procesal; y *(v)* principio de gratuidad en la actuación del demandante, salvo que se trate de procesos constitucionales iniciados por personas jurídicas contra resoluciones judiciales.

Asimismo, la implementación del nuevo Código Procesal Constitucional trajo consigo la figura del *amicus curiae*. Este es aquella persona natural o jurídica invitada por el juez, la Sala constitucional u otro para que exprese —por escrito u forma oral— opinión jurídica sobre una materia compleja. Puede invitarse al *amicus curiae* en aras de ilustrar al juez acerca de relevantes conocimientos no jurídicos, técnicos o especializados para resolver la causa. En ese sentido, los requisitos que debe cumplir el *amicus curiae* son los siguientes:

- No es parte ni tiene interés en el proceso.
- Tiene reconocida competencia e idoneidad sobre la materia que se le consulta.
- Su opinión no es vinculante.
- Su admisión al proceso le corresponde al órgano jurisdiccional.
- Carece de competencia para presentar recursos o interponer medios impugnatorios. El único escrito que presentará es sobre la materia sobre la cual se le consulta.

En esencia, quien asume la figura de *amicus curiae* es la Defensoría del pueblo, la cual es criticada a pesar de su importancia; no solo como *amicus curiae*, sino también como accionante a favor de algunas personas.

Una de las variaciones que trae el nuevo Código Procesal Constitucional es el precedente vinculante, que es la regla creada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional a partir de un caso concreto; es decir, si en una situación específica se emitió una sentencia y esta adquiere calidad de cosa juzgada, entonces se convierte en precedente vinculante. Esta regla jurídica debe ser obligatoria, ser obedecida y vinculante; no solo para los órganos de justicia constitucional inferiores al Tribunal Constitucional, sino también por los órganos de la justicia ordinaria.

Otro de los aportes que tiene el nuevo Código Procesal Constitucional es la interpretación de los Derechos Humanos y los Tratados internacionales; así como, del contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el código. Ello debido a que deben interpretarse en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Tratados sobre Derechos Humanos, además de las decisiones adoptadas por los Tribunales internacionales sobre Derechos Humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. Por ejemplo, se tienen los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las sentencias —que estas instituciones expiden acerca de diversas materias constitucionales— se deben tener en consideración para resolver controversias constitucionales.

Además, en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y otra constitucional, los jueces preferirán la que más favorezca a la persona y sus Derechos Humanos.

La norma también refiere que —en caso de supuestos vacíos o defectos que presente el nuevo Código Procesal Constitucional— son de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, en lugar de decir “supletoria” podría haberse abordado como una “consideración”, ya que los jueces constitucionales siempre han aplicado de manera supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Asimismo, los códigos procesales afines a la materia —por ejemplo, el Código Procesal Civil— son de aplicación subsidiaria, siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional.

Existen disposiciones generales, las cuales guardan algunas similitudes con el antiguo código procesal. Esto sucede en lo referente a los procesos constitucionales de la libertad, que se encargan de la protección de los derechos de las personas, tales como: los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento. La finalidad de estos procesos es proteger

los derechos constitucionales, ya sea de naturaleza individual o colectiva, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de esta de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo, esto último en el caso específico del proceso de cumplimiento.

Es así que el código establece cómo interponer una demanda, además de hacer referencia a todos los requisitos; sin embargo, es menester centrarse en lo que respecta al *habeas corpus*.

3. El *habeas corpus* en el Nuevo Código Procesal Constitucional

En el proceso de *habeas corpus*, la demanda se puede presentar de forma escrita o verbalmente, pues se trata de uno de los procesos más informales en materia constitucional; debido a que el derecho que se protege es extremadamente valioso: la libertad personal. Asimismo, se protege aquellos derechos conexos, denominados derechos individuales.

Entonces, queda claro que el *habeas corpus* se puede presentar por cualquier medio. Sin perjuicio de ello, la norma también establece que las demandas se pueden interponer a través de medios electrónicos u otra vía de comunicación idónea; por ejemplo, correo electrónico, fax, entre otros.

Adicionalmente, otra de las novedades que trae el nuevo Código Procesal Constitucional es que —en aquellos lugares donde predominan el quechua, aymara y demás lenguas aborígenes— la demanda escrita o verbal podrá ser interpuesta en los idiomas en mención. Evidentemente, esto representa un reto para el Poder Judicial; ya que tendrá que designar jueces y secretarios concededores de estas lenguas o —en todo caso— contar con profesionales intérpretes.

En todos los demás procesos encontramos lo que es el turno, el *habeas corpus* no lo posee pues se rige bajo sus propias normas de competencia. Es decir, la demanda de *habeas corpus* se puede interponer de lunes a domingo, incluyendo feriados, en horario judicial. Evidentemente, es complicado esto en tiempos de pandemia.

Por otro lado, en los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y de cumplimiento; el demandante que no cuenta con los recursos económicos suficientes, o se encuentra en estado de vulnerabilidad por lo que puede recurrir a la defensa pública; y, si la hubiere, a la especializada en defensa constitucional y Derecho procesal constitucional.

Una de las críticas que se le hace al nuevo Código Procesal Constitucional, gira en torno a la defensa del Estado —o de cualquier funcionario público—, ejercida por el procurador público de su sector o el representante legal respectivo. Sobre esto, debe notificarse a la propia entidad estatal o en su defecto— al funcionario o servidor demandado, quienes pueden intervenir en el proceso; inclusive, aún cuando no se apersonen, se les debe notificar la resolución que puso fin al grado. Teniendo en cuenta, además, que su no participación no afecta la validez del proceso.

En aquellos procesos constitucionales contra resoluciones judiciales (así sea *habeas corpus* o amparo), no se notifica ni se emplaza con la demanda a los jueces o magistrados del Poder Judicial. Entonces, si no se les notifica a estos magistrados ¿Cómo se van a poder defender? Se estaría vulnerando su derecho de defensa. Sin embargo, en la práctica esto puede ser subsanado, porque se tendrá que notificar —en todo caso— al procurador público de su sector.

Otra de las novedades que trae el código, y que también ha recibido críticas, es sobre la prohibición de rechazo liminar de la demanda. En realidad, con el antiguo código, cuando un juez observaba que el asunto carecía de relevancia constitucional, estaba referido a un tema de derecho legal o cuando era simplemente una birria; el juez declaraba límites. Ahora, pese que al final pueda declararse la improcedencia de la demanda, se debe admitir a trámite; notificando con ello el inicio de la investigación al demandado o demandados, para luego emitir un pronunciamiento.

Así, pese a que el juez considere que el tema o caso carece de relevancia constitucional, igual tiene que admitir la tramitación. Un punto positivo sobre esto podría darse en lo referente a que —de todas maneras— se va a iniciar una investigación sumaria, para determinar si se vulneró o no derechos fundamentales. No obstante, las críticas se encuentran dirigidas en el sentido de la posible afectación de la independencia y autonomía de los jueces; pues, si ellos lo consideran irrelevante, podían rechazarlo liminarmente.

En cuanto a las causales de improcedencia, en el nuevo Código Procesal Constitucional, no ha variado demasiado; siendo las que se aplican al *Hábeas Corpus*:

(I) Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invo-

cado. Eso quiere decir, por ejemplo, si en el proceso de *habeas corpus* se demanda un tema legal o un tema que carece de relevancia constitucional, se va a declarar luego del desarrollo del proceso: improcedente la demanda.

(II) El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional. El *habeas corpus* protege al derecho a la libertad personal y a otros derechos conexos, y es difícil que se acuda a otra vía judicial distinta a la constitucional.

(III) Cuando haya litispendencia por la interposición de otro proceso constitucional. Por ejemplo, se puede interponer una demanda de *habeas corpus* en el primer y segundo juzgado, este último tendría que declarar la improcedencia porque ya se está debatiendo en el primer juzgado constitucional.

Una de las importantes innovaciones es que se puede interponer recurso de *habeas corpus* —así como para con los demás— durante los regímenes de excepción, que comprende el Estado de sitio y el Estado de emergencia sanitaria. Actualmente, el país se encuentra en el segundo caso, donde — pese a que los derechos fundamentales han sido restringidos (como el derecho a la libertad personal, derecho de libertad y seguridad personales, libertad de tránsito y libertad reunión)— se mantienen estos derechos en su aspecto básico o mínimo, que cada vez van restituyéndose. Sin embargo, se pueden vulnerar derechos básicos e instaurar el proceso de *habeas corpus* durante los regímenes de excepción.

En todos los procesos constitucionales hay audiencia única, a excepción del proceso de *habeas corpus*. Asimismo, el ofrecimiento de medios probatorios que se interponen con la demanda y en el escrito de contestación.

Adicionalmente, otra crítica realizada al nuevo cuerpo normativo se encuentra referida a los medios impugnatorios; pues la interposición, con excepción de la queja, no requiere fundamentación, salvo en el proceso de *habeas corpus* si el apelante es la parte demandada. En ese sentido, si el demandante apela el *habeas corpus* de primera instancia, no necesariamente tendría que fundamentar su medio impugnatorio.

El recurso de apelación, en los procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y de cumplimiento, procede contra las resoluciones que las partes consideran que los agravia. Los plazos para impugnarlas en el proceso de *habeas corpus*, es de dos días hábiles, contados a partir del día siguiente en que se les notificó esta resolución.

Otro aspecto importante del *habeas corpus*, es que —a diferencia del derogado Código Procesal Constitucional—, el nuevo establece que las demandas se interponen ante el juez constitucional acorde a donde se produjo la amenaza o afectación del derecho, o donde se encuentre físicamente el agraviado si se trata de procesos de detenciones arbitrarias o de desapariciones forzadas. Antes, en el antiguo código, se podía interponer ante el juez penal; asimismo, había prórroga de la competencia.

En esa misma línea, surge una nueva interrogante: ¿Quiénes pueden interponer la demanda de *habeas corpus*? La demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación. Así mismo, tampoco requerirá firma del letrado ni otra formalidad, pudiéndola interponer la Defensoría del Pueblo. Entonces, ¿Qué sucede si la persona se halla imposibilitada por una cuestión material, como encontrarse detenido en una comisaría y no tener las posibilidades? La respuesta es clara, se puede interponer. Como se señaló anteriormente, cualquier persona a su favor; sin que ostente necesariamente poder de representación alguna.

En adición a lo expuesto, otra singularidad del proceso de *habeas corpus* es que no se requiere la firma del abogado o algún otro requisito de forma. Por ello, el *habeas corpus* se caracteriza por ser informal, además se rige por los siguientes principios:

- **Informalidad:** No se requiere de ningún requisito para presentar la demanda, sin más obligación que detallar una relación sucinta de los hechos.
- **No simultaneidad:** No existe otro proceso para salvaguardar los derechos constitucionales que protege. No existen vías paralelas.
- **Actividad vicaria:** La demanda puede ser presentada por el agraviado o cualquier otra persona en su favor, sin necesidad de contar con representación procesal.
- **Unilateralidad:** No es necesario escuchar a la otra parte para resolver la situación del agraviado.
- **Imprescriptibilidad:** El plazo para interponer la demanda no prescribe.

El nuevo Código Procesal Constitucional recoge la mayoría de los derechos protegidos, pero hace algunas incorporaciones y precisiones. Por ejemplo:

- La integridad personal y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.
- El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni forzado u obligado a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge o conviviente, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.
- El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia.
- El derecho a no ser detenido por deudas, salvo en el caso del delito de omisión de asistencia familiar.
- El derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, explotación infantil o trata en cualquiera de sus modalidades.
- El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.
- El derecho a la verdad, de conformidad con su reconocimiento jurisprudencial.
- El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.
- El derecho a la protección de la familia frente a actos de violencia doméstica.
- El derecho a la defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual; entre otros.

Asimismo, el nuevo cuerpo normativo de la materia en cuestión establece acerca del procedimiento de trámite en caso de detención arbitraria e indica que el juez debe resolver de forma inmediata. Así como también señala el trámite en caso de desaparición forzada; pues cuando se trata de esta, si la autoridad, funcionario o persona demandada no proporcionan elementos de juicio satisfactorios sobre su paradero o destino; entonces, el juez deberá adoptar todas las medidas necesarias que conduzcan a su ha-

llazgo, pudiendo incluso comisionar a jueces del distrito judicial donde se presume que la persona pueda estar detenida en aras de que las practiquen. Asimismo, el juez dará aviso de la demanda de *habeas corpus* al Ministerio Público para que realice las investigaciones correspondientes.

El nuevo código también señala que no cabe recusación, salvo por el afectado o quien actúe en su nombre; lo quiere decir que, el afectado, podría recusar al juez constitucional. Por otro lado, los jueces deberán habilitar día y hora para la realización de las actuaciones procesales, pues, en el *habeas corpus*, incluso el juez se puede constituir en el proceso; y, si ve que el afectado se encuentra detenido, puede ordenar su libertad. No obstante, no interviene el Ministerio Público, aunque puede presentar documentos cuyo mérito apreciará el juez en cualquier estado del proceso.

Finalmente, cabe precisar que las actuaciones procesales son improrrogables y no hay vista de la causa, salvo que lo pida el demandante o el favorecido.

4. Disposiciones complementarias

En las disposiciones complementarias finales del nuevo Código Procesal Constitucional, se indica que las normas de este nuevo cuerpo normativo son de aplicación inmediata, tanto por el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional. Sin embargo, señala que continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

Asimismo, en los distritos judiciales —que son la mayoría en el país—, donde no existan jueces ni salas constitucionales, los procesos de amparo, *habeas data* y cumplimiento son competencia de los juzgados especializados en lo civil o mixto, según corresponda; y, en segunda instancia, las salas civiles correspondientes. En los procesos de *habeas corpus*, la competencia recae en los jueces de Investigación preparatoria; mientras que —en el segundo nivel— se encuentran las salas de apelaciones respectivas.

Finalmente, la labor del Tribunal Constitucional es importante —sobre todo para los procesos de *habeas corpus*— pues se han reconocido muchos derechos a la libertad personal, libertad de tránsito, entre otros. Por eso es la importancia de tener un Tribunal Constitucional autónomo e independiente de los organismos del Estado.

En ese sentido, resulta un despropósito que se pretenda incorporar el Tribunal Constitucional a la Corte Suprema de Justicia del Perú, debido a que el mejor control constitucional radica en que los propios jueces y operadores de justicia del Tribunal Constitucional gestionen y actúen desde una sede institucional autónoma e independiente.

5. Respuestas a las preguntas del público

5.1. ¿Considera que el nuevo código procesal constitucional posee vacíos?

El Código Procesal Constitucional es bastante nuevo, existen algunos vacíos que pueden ser resueltos por la propia jurisprudencia; no solamente del Tribunal Constitucional, sino también del Poder Judicial. En el Perú, se tiene un sistema compartido de justicia constitucional en materia de los procesos constitucionales de libertad (amparo, *habeas corpus*, *habeas data* e incumplimiento); entonces, en primera instancia se encontraría el Poder Judicial y —como ya ha sido mencionado anteriormente— el Tribunal Constitucional debe entrar a tallar en última y definitiva instancia. Como ejemplo se suscita el tema de notificación a los jueces. Al respecto, cuando se interpone un *habeas corpus* contra la sentencia judicial, podría generarse un vacío que es posible de ser subsanado por la jurisprudencia, pues si un juez superior es demandado ¿Cómo va a defenderse? Se entera de casualidad.

5.2. ¿Considera que se ha abusado del recurso o figura del *habeas corpus*?

Sí, debido a que —lamentablemente—, para dilatar innecesariamente el proceso penal, a veces los abogados remiten el tema a la judicatura constitucional, tal vez producto de una deficiente formación. Se realiza de esta manera porque albergan la esperanza de que esto pueda ser revertido, alegando la reevaluación de las pruebas que han sido materia o han servido para sustentar una condena: esto podría considerarse un abuso.

Asimismo, para alegar la inocencia de su patrocinado, la determinación de inocencia o responsabilidad le corresponde al juez penal, no al de naturaleza constitucional. De esta manera, los procesos constitucionales como el *habeas corpus*, sirven para tutelar los derechos fundamentales cuando estos hayan sido impedidos o vulnerados.

A veces, también los abogados quieren obtener mayores honorarios de su cliente y les otorgan falsas esperanzas, postulando la idea de que la judi-

catura constitucional —posiblemente— pueda lograr lo que no en la ordinaria.

5.3. ¿En algún caso se podría presentar una demanda en lugar distinto al de la infracción como en el caso de reos internados en lugares donde tienen familiares?

El nuevo Código Procesal Constitucional especifica claramente que la demanda de *habeas corpus* se interpone en el lugar donde se afectó el derecho, o donde se amenazó este. En el caso de los internos, se tendría que interponer una demanda en el lugar donde uno de ellos se encuentre recluido. De no ser así, los jueces constitucionales deben declarar la improcedencia de la demanda.

Latinoamérica y la Asamblea Constituyente: análisis desde la perspectiva del derecho comparado*

Alfonso Jaime Martínez Lazcano**
Universidad Autónoma de Chiapas

Henry Eynner Isaza***
Universidad Autónoma de Chiriquí

Pablo Darío Villalba Bernié****
Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción

I

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

SUMARIO: 1. Noción de supremacía y jerarquía / 2. El Derecho convencional / 3. La finalidad del convencionalismo / 4. El Rol de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos / 5. El control difuso de la convencionalidad / 6. Conclusiones

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Doctor en Derecho Público. Investigador Nacional del Conacyt. Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas (México). Vicepresidente de Investigaciones de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos.

*** Dr. PhD en Ciencias Políticas y Derecho Constitucional. Maestría en Derecho Procesal. Maestría en Administración de Institución de Justicia. Postgrado en Derechos Humanos. Postgrado en Docencia Superior. Especialización En Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos. Especialización en Justicia Constitucional e Interpretación de la Constitución. Director de Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiriquí (Panamá).

**** Doctor en Ciencias Jurídicas. Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional. Decano de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Paraguay). Conferencista internacional, autor de libros y artículos especializados.

1. Noción de supremacía y jerarquía

La “supremacía” es un concepto que no debe ser utilizado en el sentido de jerarquía. Referirse a jerarquía implica determinar si la Constitución o la Convención Interamericana, por ejemplo, se encuentra en una cúspide superior y, en este sentido, traería consigo que una estuviera por encima de la otra, una estaría subordinada —sea la Constitución o la Convención—.

En esa misma línea, hoy, referirse a jerarquía es desatinado y es algo que debe ser superado. La sociedad es dinámica y el derecho pareciera que no lleva ese mismo ritmo porque aún se habla de una jerarquía.

2. El derecho convencional

Desde que el hombre llegó a la Luna en 1969, se estableció la Convención de Viena sobre tratados. Dicho tratado determinaba las consecuencias jurídicas de suscribir tratados entre los Estados y establecía que ninguno de ellos podría invocar una norma interna para desconocer una norma de un tratado o una norma convencional.

Los tratados de la Convención Interamericana de Derechos cuentan con una cláusula que establece que los Estados parte deben de adecuar y adoptar sus normas internas conforme a la Convención —sea realizando actividades reglamentarias, legislativas e inclusive prácticas sociales—. En este sentido, resalta la característica de la Convención resulta ser invasiva porque determina que el derecho nacional tiene que adecuarse al derecho convencional. Sin perjuicio de ello, también resulta profiláctica, pues tiene la finalidad principal de proteger al ser humano. Cabe agregar que, el derecho convencional, más que establecer una jerarquía, establece el amortiguador más importante: el principio *pro homine* —que determina que si hay una norma nacional que protege más al hombre, prevalecerá esta—.

Los operadores jurídicos tienen una tarea ante el convencionalismo. Bajo el pensamiento positivista, la Ley era la respuesta, ante todo. En la actualidad, la Ley se deja a un lado y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) asume el rol de interpretar a la Convención más allá de lo literal. Un claro ejemplo es el artículo 21, donde se incorpora la propiedad colectiva sin que se exprese literalmente. De igual manera, al artículo 26 —sobre los derechos económicos, sociales y culturales— incorpora en su última sentencia —caso de las *comunidades indígenas Lhaka Honhat versus Argentina*— la protección al ambiente sano, la identidad cultural, el derecho al agua y el derecho a la alimentación. En consecuencia, se habla acerca de

un cambio dinámico del derecho provocado por los mismos operadores que tienen la función de construir una respuesta frente a la realidad.

3. La finalidad del constitucionalismo

La finalidad del constitucionalismo es proteger al ser humano de los que ejercen el poder, es por ello que hay una división de competencias para evitar que una sola persona tenga todo el poder. Por lo tanto, para ejercer el poder, en determinado momento, será necesaria una elección democrática.

En otros términos, las finalidades del constitucionalismo es controlar el poder, cómo se eligen, quienes ejercen el poder, y cómo ejercen el poder los elegidos¹.

Actualmente, la protección de los derechos humanos ya no se encuentra monopolizada por los Estados. Los Estados han llegado a la conclusión que son incapaces de proteger y garantizar los derechos. En ese marco, hay un requerimiento de protección multi nivel; es decir, no solo se está en la búsqueda de una protección a nivel nacional, sino también convencional por parte de todos los Estados, sea a través del sistema universal o regional.

4. El rol de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

El hacer alusión a la supremacía constitucional o convencional no se hace referencia a principios, sino a las reglas. Y una de las cosas importantes es que la interpretación del Derecho Constitucional y convencional se mueve a base de principios. Ello quiere decir que una situación puede tener diferentes respuestas y, esas diferentes respuestas las debe dar el juez frente a la realidad.

Así se tiene, por ejemplo, el mejor modelo que utiliza la Corte IDH en materia de reparación integral. El artículo 63 de la Convención establece que toda violación debe repararse de manera integral, pero no dice cómo. Frente al caso concreto se establece que, por ejemplo, puede entregar a las víctimas una casa, una beca, un nombre de una calle, la realización de un monumento, que se reforme una ley, una indemnización por daño moral, una indemnización por daño material, inclusive el pago de gastos y costos.

En este sentido, la Corte IDH al interpretar vuelve a una norma en flexible. Si se señala que el constitucionalismo tiene una jerarquía sobre el

¹ Ferrajoli habla de dos democracias, democracia sustantiva —los derechos humanos, en el sentido protector—; y de democracia instrumental — cómo se ejerce el voto o en ser votado para elegir.

convencionalismo, se estaría negando el Pacto de San José. Ello debido a que los elementos de los propios textos de los convenios señalan qué debe imperar. En ese sentido, es el convencionalismo quien impera —a través de la interpretación teleológicamente y sistemática se plantea alcanzar la finalidad del objeto del tratado internacional de protección de derechos humanos—.

5. Control difuso de la convencionalidad

Hay una herramienta muy importante: el control difuso de la convencionalidad. Este control implica determinar a priori una jerarquía. Todos los jueces, operadores jurídicos, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo tienen la función de ejercer el control difuso de convencionalidad. Antes, se hablaba de un derecho comparado; sin embargo, hoy se habla del derecho universal y regional. Y es que, el Derecho es un producto cultural, en cada país aterrizan las ideas de manera diferente. Pero se encuentra dos posiciones: una cuestión eminentemente jurídica y política.

La cuestión política despliega problemas, por ejemplo, si un órgano convencional condena a un Estado, se alega que la soberanía se ha vuelto un poco más flexible o se ha visto vulnerada. Pero si se ve desde el punto de vista teleológico-jurídico, se dice que ha fortalecido la soberanía porque la soberanía reside en el pueblo. La soberanía no debe verse de modo abstracto, sino como dice Ferrajoli, debe verse fraccionada en cada uno de los seres que tienen derecho a la autodeterminación, tienen libertades y derechos que son oponibles al Estado. La soberanía se concreta al ejercer cada uno de los derechos².

Por otro lado, es delicado mencionar que los derechos que se crean en la Convención son supranacionales debido a que el derecho es un producto cultural y requiere del lenguaje. Si se habla de derecho supranacional ya no será necesario hablar de jerarquía porque se está diciendo que está por encima de la nación. Y esto es violento, porque no está por encima de la nación, sino que está en las propias naciones. Es como si firmara un contrato de compraventa y se estableciera normas supraindividuales. No se trata de normas supraindividuales, sino normas contractuales; y en el caso en concreto, no son normas supranacionales, sino normas convencionales³.

² Entonces, los Estados se reúnen para establecer pactos, éstos a la vez, llevan a crear normas, principios y directrices de protección de derechos humanos y, también generar instituciones convencionales de supervisión.

³ Si en caso, no se quiera estar en el Sistema como lo hizo Venezuela y, en su momento Trinidad y

6. Conclusiones

Es importante reflexionar sobre los conceptos tratados. Hay una filosofía que es la filosofía convencional que se adecua a la problemática: “Esto es así porque todos queremos que sea así, aunque no sea así”.

Hace mucho tiempo se pensaba que la tierra era el centro del universo, que la tierra era plana y, esto era así porque todos estaban de acuerdo. El derecho como una práctica social cultural tiene que tener un consenso, por lo que todas las personas tienen que ponerse de acuerdo. Ello siempre partiendo del fenómeno de la realidad. De la misma manera, antes estaba en el centro del derecho las normas, ahora, es el ser humano. Este es un cambio cultural de 360 grados para regresar al mismo lugar, pero con nuevas ideas para el cambio.

Henry Eyster Isaza

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos / 3. Control de convencionalidad / 4. ¿Supremacía convencional o constitucional? / 5. Los roles del control difuso / 6. Conclusiones

1. Introducción

Actualmente, la comunidad internacional conformada por México, Panamá, Perú, Paraguay y demás estados latinoamericanos se encuentra comprometida no solo a proteger y promover los derechos fundamentales, sino también para proteger y promover los derechos humanos —que son aquellos derechos están a nivel internacional en convenios, protocolos y tratados—.

La nueva rama del derecho, el derecho convencional, encuentra su génesis en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y ello lleva a replantear el primer tema a abordar.

2 La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos

Es necesario replantear la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos. Hasta hoy, se ha manifestado en diversas Constituciones latinoamericanas. Colombia en su artículo 93, México en su artículo 1 y 133, República Dominicana en su artículo 74 y Ecuador en su

Tobago, pueden retirarse. El elemento fundamental aquí es el consentimiento.

artículo 462; han establecido que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional. Ello quiere decir que le han otorgado el mismo valor que la Constitución. En ese sentido, se habla de una adecuación, de una armonización o de una protección multinivel.

En el caso de Panamá, los Tratados de Derechos Humanos tienen rango legal; sin embargo, se apunta a rango constitucional. Panamá incorporó el Tratado de Derechos Humanos al bloque de la constitucionalidad, esto es, los criterios que utiliza el Pleno de la Corte Suprema de Justicia para determinar que un acto o una ley es inconstitucional. Asimismo, se incorpora el Tratado de Los Derechos Humanos que hace parte del *corpus iuris* interamericano.

3. Control de convencionalidad

Con el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos nace el control de convencionalidad. Un mecanismo procesal que ejerce la Corte IDH si el derecho interno de un Estado es incompatible con la Convención Americana de los Derechos Humanos o con cualquier otro tratado que forme parte del *corpus iuris* interamericano.

Se trata de un examen de confrontación normativa entre el derecho interno y la jurisprudencia de la Corte IDH, entre el derecho interno y la opinión consultiva de la Corte. Su finalidad es lograr un diálogo y una armonización a los estándares, principios y lineamientos interamericanos (protección multinivel).

El control de convencionalidad se clasifica en un control concentrado y control difuso. El control concentrado es el que realiza la Corte IDH cuando conoce un caso contencioso y ordena modificaciones a ese derecho interno. Un ejemplo de ello es el caso de Panamá, en el cual se ordenó que se tipificase el delito de prohibición de desaparición forzada en el código penal.

Por otro lado, se encuentra el control difuso o sede nacional. Es un control que la Corte IDH ha venido construyendo a través de la jurisprudencia, por ejemplo, en el caso Almonacid Arellano versus Chile se estableció que el control debiera ejercerse por los jueces o por el Poder Judicial. En el 2011, con el caso Gelman versus Uruguay, se amplió el control hacia el Poder Ejecutivo y Poder Legislativo. Y, otro caso importante es el de Gudiel Álvarez, dispuso o que el parámetro de convencionalidad se extendería a todos los tratados de derechos humanos que hacen parte del *corpus iuris* interamericano.

4. ¿Supremacía convencional o constitucional?

El caso que replantea si hay una supremacía convencional o constitucional es el de *Ali Alibux versus Surinam*. La Corte IDH menciona en dicha casuística que la Convención no impone a los Estados parte de cómo deben realizar el control de la convencionalidad⁴.

Y es que la Corte entiende que los Estados latinoamericanos tienen modelos de justicia constitucional diferentes. Están los Estados que han incorporado el Tribunal Constitucional —Bolivia, Perú Chile, República Dominicana Guatemala—, los que han incorporado Cortes Constitucionales —Ecuador y Colombia—, los que han incorporado Salas de Garantías Constitucionales —Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Paraguay y Venezuela—, los que tienen un Máximo Tribunal de Justicia —Argentina, Brasil, México Uruguay y Panamá—. Finalmente, un quinto modelo, que ocurre con los países Surinam, Guyana, Belice, Trinidad y Tobago, que han extrapolado el modelo de justicia constitucional de los países que lo han colonizado.

Así que, para poder ejercer el control de convencionalidad difuso o en sede nacional, la Corte establecerá a los Estados que busquen la forma de poder implementar el control, de tal manera que no resquebraje su sistema constitucional.

5. Los roles del control difuso

El control difuso se lleva a cabo desde 2 roles, desde el rol exclutorio y constructivo. Desde el rol exclutorio, el juez no aplica o excluye las normas por ser contrarias a la Convención o a cualquier otro tratado de derechos humanos. Para ello, el juez tendrá que poseer la facultad de excluirla. Por ejemplo, en el caso de Panamá, ese rol solo podrá ser aplicado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

El otro rol es el constructivo. El juez va a aplicar la norma más favorable a la persona humana (principio *pro homine*) y, es por ello que denota una adecuación o armonización y, no una supremacía.

Se tiene que buscar la construcción de un derecho constitucional común en las Américas, este derecho se viene construyendo por los sistemas supranacionales (sistemas convencionales).

No hay duda de que el derecho convencional y la doctrina de los Derechos Humanos crean un catálogo de derechos humanos a favor de la persona;

⁴ Personalmente lo denominó “un dialogo”.

sin embargo, tiene que buscarse el mecanismo de poder adecuarse o armonizarse estas al derecho interno, sin quebrajar los sistemas constitucionales.

6. Conclusiones

Tiene que concretarse el diálogo jurisprudencial entre los jueces nacionales y los jueces interamericanos para que ocurra la adecuación o armonización entre el derecho interno y constitucional. Además, aportar una constitución que responda a esos estándares, lineamientos y principios fijados por el Sistema Interamericano (Constitucionales convencionalizadas).

Se debe transitar de las llamadas garantías constitucionales a las garantías convencionales y, buscar que la constitucionalización de los derechos humanos cause que los Estados les otorguen jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos. Asimismo, apostar al neoconstitucionalismo: aplicar principios por encima de reglas, aplicar tratados de derechos humanos. También, que el último intérprete sea el juez constitucional debido a que él se legitima a través de sus fallos —no solo aplicando sobre los derechos fundamentales, sino también sobre los derechos humanos—. Se tiene que implementar códigos procesales constitucionales que puedan, de alguna manera, replantear el derecho constitucional y el derecho convencional. Y, por supuesto, aplicar el principio a la dignidad humana, — hoy un principio importante que va de la mano del principio *pro homine*⁵—.

Pablo Darío Villalba Bernié

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Supremacía constitucional y los derechos / 3. Puente constitucional, cultural y políticas públicas / 4. Sobre el control convencional / 5. Razones de la involución de la problemática / 5. Conclusiones

1. Introducción

No cabe plantear ni la idea de supremacía constitucional, ni la de supremacía convencional, sino corresponde reflexionar sobre la supremacía del principio *pro homine*: es la solución que cabe a toda la problemática. Actualmente, lo fundamental dentro del marco de proteccionismo es la tutela adecuada de la persona humana. No importa donde se encuentre la

⁵ El verdadero cambio de plantear la supremacía constitucional o la supremacía convencional, que denomino “diálogo o protección multinivel” queda a manos de todos. La persona es el agente de cambio social. La Constitución sola no resuelve los problemas de los países, se necesita futuros profesionales del derecho, comprometidos con los derechos fundamentales, derechos humanos y con el escenario. Como refería Quijote: “Cambiar el mundo Sancho, no es locura ni utopía, sino justicia”

prescripción legal, lo que atañe es que se aplique la norma proteccionista, es decir, aquella tutela de los derechos fundamentales y de los derechos humanos que mejor proteja a la persona humana, sea que este ubicada en el orden constitucional o en el convencional.

En tal sentido, cabe explicitar que tanto la idea de la supremacía constitucional como la convencional son la antesala de un debate mal planteado. Pareciera ser que el objetivo en algún momento se desvió, por lo que ahora corresponde rescatar al centro de la protección, que siempre fue la persona humana. Sea que se aplique el orden internacional, o el orden supranacional, o incluso, el orden doméstico, lo fundamental es proteger a cada ciudadano latinoamericano.

Cuando se realiza un análisis del ámbito transnacional o convencional, estos resultan ser marcos muchos más abarcativos y sin las limitaciones propias de los contornos estatales. Aparentemente en Latinoamérica, emerge una Convención Americana de Derechos Humanos que protege mejor a la dignidad humana, si se lo compara con los órdenes internos. Así se razona que desde fuera de las fronteras la tutela tiene una visión más amplia con la impronta de los derechos humanos que los repertorios domésticos⁶.

Al no poder salir del marco de legalidad y del contorno de constitucionalismo en que se enmarcan los órdenes internos, se asiente aquello refiriendo que al provenir de afuera regula una mejor carga proteccionista, produciendo una lógica crisis de relacionamiento. Se trata de superar esta vieja distinción entre el orden internacional y el orden interno, donde los derechos humanos pasan a ser la materia aglutinadora de ambos.

Posicionar al hombre como el centro de la protección es el objetivo a alcanzar, que ocurre incluso a través de la fuerza normativa de los derechos humanos, desde el momento que forma parte del orden convencional los Estados están obligados a esta adecuación constitucional. Este reacomodamiento parte del mismo concepto constitucional que admite y asimila la idea de un orden jurídico supranacional o transnacional, implicando así la vigencia del control de convencionalidad.

Hoy día, se avizora la presencia de una visión que plasma fuertes embates de globalización, de universalización, de homogeneización de los derechos fundamentales y, donde básicamente, se pueden visualizar políticas

⁶ Esto ocurre, porque el modelo teórico de los derechos humanos fue concebido en su origen en clave de un marco teórico iusnaturalista: a diferencia de los órdenes internos, pues en la mayoría de los países latinoamericanos estos fueron concretados en clave de modelos teóricos anclados en el positivismo jurídico.

tendientes en pro de la protección de los derechos humanos. Por eso no es correcto asentar una supremacía constitucional ni una convencional, sino que lo correcto es moldear una supremacía del principio *pro homine*.

La mayoría de los países latinoamericanos tienen la idea —muy consolidada— que el orden internacional ingresa en el espectro del orden interno rompiendo el esquema clásico de hermenéutica interna de los Estados. Frente a ello, lo importante será que cada Estado tenga un órgano constitucional que se encargue de la protección de esta garantía. En dichas resoluciones deberá plasmarse esta idea de impregnación del control de convencionalidad.

2. Supremacía constitucional y los derechos fundamentales

No cabe quebrantar la supremacía constitucional en sí misma, debido que con ello se rompería el esquema sobre el cual fue concebida la legalidad, esta no es la salida que se plantea. Entonces, lo que se debe buscar es *una supremacía constitucional si, pero impregnada de derechos humanos*. Ya no cabe hablar solo de supremacía constitucional, sino que este debe ser lograda a través del respeto a los derechos humanos. Se busca concretar una especie de alejamiento del constitucionalismo clásico basado en el principio de legalidad, reemplazada por otra visión que propicie al marco constitucional, pero con la aplicabilidad de la norma que mejor protege a la persona humana.

3. Puente constitucional, normativo, cultural y políticas públicas

Actualmente, el objetivo viene dado por la protección del ciudadano común puesto que se busca que la tutela jurídica efectiva se concrete en favor del ciudadano. En ese sentido, se habla de un tendido de puentes que propicien diálogos interjurisdiccionales.

En primer lugar, se tienda un puente constitucional, que tiene el objetivo de que la propia Constitución se asimile la perspectiva del control de convencionalidad. Dos claros ejemplos de ello ocurren con la Constitución Colombiana y con la Constitución Argentina (esta última que incluso le otorga rango constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos).

Hay que tener en presente que este “puente” tiene que ir acompañado con otro tipo de relacionamiento, promoviendo un diálogo fructífero y agudo. En tal sentido surgen dos puentes más: *a)* Por un lado, el puente normativo

secundario, que implica que las normativas internas de cada uno de los países tienen que ir adecuándose al marco convencional, es decir, tienen que ir adecuándose en pro de una mejor protección del ciudadano común; b) por otro lado, gestarse un puente cultural, que exteriorice una noción de derechos humanos como un cambio paradigmático. Esto definitivamente en algún momento va arribar y desarrollarse, sobre todo en Latinoamérica, mutación cultural que poco a poco se va concretando. Ocurre que las mallas curriculares de las Facultades de Derecho de la actualidad que basan en posicionamientos de extremo positivismo y de un legalismo intenso.

En tercer lugar, hay un puente de políticas públicas, incluso la propia Corte IDH está tendiendo un puente de políticas públicas, recomendando a países integrantes del concierto interamericano, la reforma de determinados aspectos del orden interno que no se adecuan a los derechos humanos. Ello se ve por ejemplo en el caso *Favela Nova Brasilia vs Brasil*, entre otros.

Y, finalmente, en cuarto lugar, hay la necesidad del planteamiento de un puente jurisdiccional. Cada uno de los países latinoamericanos tuvo en su momento, la obligatoriedad de realizar un análisis interno conforme a cada una de las legislaciones del orden positivo vigente y, luego, de haber aprobado la Convención adecuarla a estos nuevos postulados. Se debe de reconocer aun es un lento peregrinar continuo de avance de la convencionalidad hacia el estamento jurisdiccional

4. Sobre el control convencional

Es importante entender que cuando se habla del control convencional, además de ser un elemento doctrinario que implica un compromiso de la Corte IDH de aplicar la Convención, también es un mandato que se impone a los jueces nacionales obligando en cada uno de los fueros, casuísticas y materias, la aplicabilidad de la Convención. En ese sentido, no solo el empleo del control de convencionalidad corresponde a la Corte IDH, sino a cada uno de los jueces domésticos. Es en el caso Gelman en el cual se concretaron las dos características vitales del control de convencionalidad: el efecto erga omnes de la sentencia de la Corte IDH y el efecto de precedente vinculante obligatorio.

Los inconvenientes de la asimilación de la convencionalidad se encuentran visualizados en el gran predicamento ius positivista de los órdenes internos que impiden la viabilización de visiones de convencionalidad comprometidos con el valor justicia. Los países están enmarcados en un radicalizado territorialismo y ello genera que lo “exterior”, “lo que viene de afuera, extramuros” no se quiera aplicar.

Sin embargo, el problema más agudo constatado consiste en la incomprensión de los gestores de la existencia de un orden internacional. Es muy difícil que se aplique el control de convencionalidad, si no se conoce la Convención ADH y sus consecuencias jurídicas.

5. Razones de la involución de la problemática

a) En una primera etapa, la justicia constitucional, derecho procesal constitucional y derecho procesal convencional, hasta bien entrado el siglo XIX, prácticamente no tuvo desarrollo alguno. Las constituciones y los marcos constitucionales no asumieron el objeto de crear un control constitucional y una jurisdicción constitucional efectiva.

Recién comienza la jurisdicción constitucional con Kelsen a principios del Siglo XX, pero en su visión a su vez no le otorgaba un mandato al Poder Judicial, sino que organiza un Tribunal Constitucional independiente del Poder Judicial. En ese sentido, al no desarrollar la jurisdicción constitucional, chocó con el impedimento del desarrollo de la jurisdicción internacional, que de hecho reconocía que no era parte del orden interno en una postura de claro monismo jurídico.

b) Otra cuestión radica en noción de la división de los poderes, un hito que no ha sido comprendido. Vivir en democracia implica la consolidación del poder judicial, que si bien es cierto es un poder débil, no implica que no se busque una consolidación efectiva de todos los poderes del Estado. Si falta el equilibrio de poderes, con seguridad se acabaría en tiranías o estados totalitarios. En ese marco de irregularidad no cabe dudas que no se desarrollaría la convencionalidad.

c) Por otro lado, hay una carencia del análisis iusfilosófico dentro de Latinoamérica. No se ha podido generar marcos teóricos propios, en una vereda se encuentra la ciencia constitucional con el positivismo a ultranza; en la otra, los derechos humanos con el iusnaturalismo; nunca se referencia a la armonización de ambos. Es muy difícil ahondar en la convencionalidad, sino se parte de un constitucionalismo renovador sobre bases post positivistas o de neoconstitucionalismo.

d) Finalmente, la incomprensión de la idea de Estado Social de Derecho. Tras la pandemia se ha agudizado que la convivencia en un Estado debe cumplirse sobre bases de justicia social, con una clara visión solidaria y cooperacionista.

6. Conclusiones

Los Derechos Humanos invitan a entender que la ciencia jurídica se encuentra en la antesala de un gran dinamismo, que requiere de menos mitos y más eficiencia. Ahí radica el secreto en la búsqueda de construir Estados latinoamericanos eficientes.

Los Tratados Internacionales son instrumentos vivos que deben acompañar la evolución, el tiempo y las condiciones de vida, no son meras declamaciones líricas que se dan en determinado momento.

Ha llegado el momento del revisionismo serio y profundo de toda la problemática de la ciencia jurídica. No interesa analizar si la supremacía constitucional o convencional es la que proliferará, sino hacer un análisis filosófico profundo para poder entender y llegar a la conclusión que hoy, la supremacía constitucional o sistema constitucional tiene que estar integrado al sistema internacional de protección de los derechos humano; es decir, todos los ámbitos de la litigación impregnada de los principios rectores, tantos del ámbito constitucional como del ámbito convencional

La apuesta que se realiza constituye un voto en concreto de pro de la supremacía del principio *pro homine*. Carece de relevancia en que cuerpos legales se encuentra la norma a sea aplicada al caso concreto, sino que importa que se aplique la más adecuada a la protección de la persona humana. Este es el gran reto a conquistar.

II

Réplicas

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Antes, cuando un estudiante se preparaba en pregrado o en la licenciatura no llevaba una materia respecto de los Derechos Humanos, de los sistemas universales o el sistema regional. Ello pese a que la Convención Americana data desde 1969 y que, poco a poco los Estados parte fueron suscribiendo la Convención y también aceptando su jurisdicción. Hoy veinte países, más del 50% de los países integran la Organización de Estados Americanos (OEA) —que son treinta y cinco— aceptan en determinado momento, la jurisdicción de la corte interamericana.

Actualmente, hay una Corte IDH integrada por siete jueces y que no sesiona de manera permanente. Por otro lado, mirando la experiencia

de ciertos lugares, como Europa —primer continente que estableció el sistema jurisdiccional regional de protección de los derechos humanos—, indica un Tribunal europeo con cuarenta y siete jueces que sesionan de forma permanente.

En esa misma línea, parece que la Corte Europea sigue funcionando con una comisión interna, en donde hay un único juez que desecha más del 90% de los casos. Por otro lado, se tiene la Comisión en América cuyo funcionamiento es diferente. Muchas de las soluciones amistosas quedan ante esta instancia. La Comisión no solamente conoce los casos de los 20 Estados que aceptan la jurisdicción de la Corte, sino que también acepta de los otros 15 Estados que se le aplica la Declaración Americana sobre los Derechos Humanos y la carta de la OEA. Entonces, en términos generales, el sistema absuelve a todos los Estados con diferentes magnitudes de protección.

En América, las sentencias de la Corte IDH tienen un efecto expansivo —se expande en todo el continente y llega a los sistemas nacionales—. Un claro ejemplo de ello es el caso de México, cuando se reformó la Constitución en el 2011—. Se trató de una convencionalización de la Constitución, en donde se aceptó a la vez, el control difuso de constitucionalidad —a partir del caso *Radilla Pacheco* (una sola sentencia modificó de manera radical el sistema normativo)⁷.

Y, entonces, pese a no contar con un sistema permanente regional se nos obliga a llevar un sistema permanente nacional. Hay una doble naturaleza en todo derecho, naturaleza sustantiva y procesal. No puede haber derecho sustantivo que no tenga garantía y, no habría garantía si no hay un derecho. Entonces son 2 ámbitos de competencia. De hecho, se habla de la autonomía científica del derecho procesal. En ese sentido, se tiene un derecho sustantivo convencional, que es el que se incrusta en el bloque de constitucionalidad⁸.

Hay un bloque de constitucionalidad o de convencionalidad que únicamente abarca el derecho sustantivo —que son las libertades y derechos que están en el artículo 1 de la Convención—. Y segundo, hay otra normativa —que no está en el derecho nacional, y no debe estarlo— en la parte orgánica de la Convención, también en los estatutos, en los reglamentos, en la

7 En el caso europeo siempre hubo una preferencia jerárquica del derecho constitucional sobre el derecho de los derechos humanos. Quizás haya algo parecido con el derecho comunitario que, en ese sentido, si es superior al derecho constitucional. En lo que toca al derecho convencional, se maneja el control difuso de convencionalidad. Sin embargo, bajo cierta perspectiva no existe más que el control difuso de convencionalidad, no cabe ningún control concentrado.

8 En México no hay problemas para distinguir entre derechos humanos y derechos fundamentales, debido a que la Constitución llama derechos humanos a los que están en la Constitución y Convención.

jurisprudencia —tanto vía consulta, como vía resolver— que es el derecho procesal convencional (un derecho dinámico y constante).

Es necesario estudiar todo el procedimiento: cómo se presenta el sistema de peticiones, cuáles son las partes, cuales son la legitimación, que pruebas se admiten, como se valora, cuáles son los efectos de analizar las excepciones preliminares, que es una recomendación, que es presentar el caso ante la Corte, como se presenta, quienes participan. Todo ello es un ámbito de estudio que debe ser visto desde el punto de vista autónomo y científico⁹.

Finalmente, no se habla de un iusnaturalismo de los derechos humanos, sino de un positivismo. Ello debido a que ya los países se están situados, tanto en la Convención, como en las Constituciones. Hay cuatro elementos importantes que se han visto de manera paralela, pero que deben verse de manera conjunta: los derechos humanos, el neoconstitucionalismo, la argumentación y el derecho convencional. El Derecho, en última instancia, es uno.

Henry Eyner Isaza

Hay una importancia de los derechos humanos, pero no solo en la formación del futuro profesional del derecho, sino en su aplicación en la administración de justicia.

Bajo esta premisa, cabe preguntarse cuál es el rol de las instituciones en la educación superior frente a este nuevo escenario. Definitivamente uno de ellos es la revisión y adecuación de los planes de estudio en la licenciatura de Derecho y Ciencias Políticas para incorporar una materia de derecho convencional o derecho transnacional de los derechos humanos. Además, las universidades tienen un rol en el fenómeno educación continua; es decir, generar postgrados, maestrías, doctorados relacionados a los derechos humanos y derechos fundamentales.

Por otro lado, es preciso reflexionar sobre el rol de la Organización de Estados Americanos, ver el papel que viene desarrollando a través de su secretario Luis Almagro. Ello debido a que los Estados han salido a denunciar el sistema Interamericano. Es demás decir que dicha actividad genera una alerta porque lo que se busca es que se logre que más Estados ratifiquen la Convención Americana de los Derechos Humanos y, que más Estados acepten la competencia de la Corte. Denunciar al sistema estaría

⁹ Y antes, no se conocía ello cuando se estudiaba derecho, por lo que cuando empezaron los fallos de la Corte IDH a los países latinoamericanos, los argumentos de los jueces nacionales empezaron a través del diálogo jurisprudencial.

llevando un mensaje negativo y, por eso resulta necesario revisar el caso Trinidad y Tobago, el caso de Perú y Venezuela¹⁰.

Para entender lo que la Convención establece a los Estados parte es preciso dar lectura al artículo 1.1 que establece:

“Los Estados parte de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella. A garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”.

Sin embargo, el artículo 1.1 debe también leerse conjuntamente al artículo 2, que establece:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados por el artículo 1, no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas, u otro carácter, los Estados se comprometen a adoptar, con arreglo a su procedimiento constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, medidas legislativas o de otro carácter que fuera necesaria para hacer efectivos tales derechos”.

De ello se desprende que, para la aplicación del artículo 2, primero el Estado tiene la obligación de lograr una armonización y adecuación a través de una política, de sus órganos o de disposiciones legislativas. En caso, no ocurra ello, el Sistema Interamericano logrará dicha armonización a favor del principio *pro homine*.

Este último punto lleva analizar cuatro aspectos importantes con la adecuación del derecho interno a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.¹¹ Primero, la obligación de adoptar medidas legislativas inmediatamente exigibles; segundo, legislar a favor de la convención; tercero, abrogar la norma de derecho interno incompatible con la Convención y; cuarto, jamás legislar contra la Convención. Para la interpretación de los cuatro puntos será necesario tener en cuenta las reglas de interpretación de los derechos. Esta se encuentra establecidas en la Convención, en su artículo 29:

“Esta Convención no puede ser interpretada en el sentido que permita a alguno de los Estados parte, grupo o persona suprimir el goce o ejercicio de derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en la mayor

10 Los temas juntos de los derechos humanos y del principio *pro homine* consolida el Estado Social de Derecho; personalmente, lo denominó el Estado Constitucional y Convencional de Derecho

11 Se trata de un deber derivado hacia el Estado que ratifica la Convención. Se desprende que al legislar se debe seguir la Convención Americana de los Derechos Humanos.

medida que la prevista en ella; limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad; excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa del gobierno”

En otras palabras, el artículo 29 establece algunos estándares sobre cómo interpretar la Convención y, excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración y otros actos internacionales —los cuales también deben ser interpretados con la Convención de Viena; con el artículo 26, la buena fe; artículo 27, la imposibilidad de ampararse en el derecho interno para justificar el incumplimiento convencional; con el artículo 31, el tratado debe ser interpretado de buena fe; con el artículo 32, los medios de interpretación complementaria—.

Sin embargo, será necesario tener en cuenta la norma *ius cogens* —normas de derecho internacional público de imperativo cumplimiento—, hoy aplicada a los casos de la Corte IDH. Allí se ha reconocido, por ejemplo, que el debido proceso, el acceso a la justicia, la prohibición de desaparición forzada de la persona, derecho a la igualdad de las personas, son normas *ius cogens*. Todas ellas han servido de interpretación a la Corte IDH en los siguientes casos: *Ximenes Lopes versus Brasil* (2006), *Almonacid Arellano versus Chile* (2006), *Penal Miguel Castro Castro versus Perú*, *La Cantuta versus Perú*, *Goiburú y otros versus Paraguay* (2006) —en este último, se incorpora el acceso a la tutela judicial efectiva como una norma *ius cogens*—.

Pablo Darío Villalba Bernié

Los latinoamericanos deben rescatar lo suyo, es decir, confiar en sus instituciones e ir generando transformaciones. Un paso para ello es entender que el control de convencionalidad es una institución jurídica que se está desarrollando dentro del contorno del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos.

Cuando se hace alusión al control de convencionalidad, no se encuentran símiles, en sentido de compararse con otros ámbitos legales, estamentos o regiones —el control de convencionalidad casi no se da en Europa—. Eso significa que es en Latinoamérica donde se están construyendo la doctrina convencional conforme a su idiosincrasia y necesidades.

En esa misma línea, el control de convencionalidad con el que se cuenta es uno totalmente atípico —que si bien es cierto en algunos casos tienen

una tendencia concentrada o difusa—. Lo que resulta más adecuado es calificarlo como control mixto o multimodal¹².

Es mixto, porque admite al control de convencionalidad como parte integrante de esa realidad constitucional que puede ser aplicado por las Altas Cortes nacionales o por jueces inferiores de los países signatarios de la Convención. Ello hace pensar que el control de convencionalidad ha llegado para desterrar todas las concepciones de literatura jurídica, generando un verdadero sistema interno de protección de la tutela de los derechos fundamentales adecuado a la realidad latinoamericana.

Por otro lado, será necesario rescatar aquellas cosas que se han hecho bien, por ejemplo, la codificación del Código Procesal Constitucional de Perú. Hoy, tras la aprobación en julio de una reforma, se evidencia que está funcionando y sirviendo para la cosmovisión peruana. Ello demuestra a los demás países la necesidad de una codificación en específico dentro del área procesal constitucional, con mayor razón si se tiene en cuenta que el área constitucional-convencional no se adecuan a las otras materias, requiriendo normativas específicas propias.

En ese sentido, se dice que el control de convencionalidad invita a adentrarse en todos los ámbitos del orden jurídico interno. Cuando se habla del control de convencionalidad, una cosa es el fallo de la Corte IDH, pero otra fundamental, es que a partir de esos fallos se generan una irradiación de efectos jurídicos que tienen que ser plasmados en el orden interno. Claro ejemplo de ello, es el caso *Rosendo Radilla Pacheco y otros vs México* (2009), donde a partir de esta sentencia comenzó a plasmarse una reforma constitucional en México, que terminó consolidándose con la Constitución Mexicana de 2011. También, el caso de *Última Tentación de Cristo vs Chile*, que generó un cambio normativo en Chile sobre determinadas cuestiones jurídicas.

Entonces, hoy a partir de los fallos orientadores se está invitando a transformar todo el orden jurídico. La convencionalidad no solo está comenzando a atacar el derecho sustancial, sino también empieza a evidenciar grandes inconvenientes dentro del ámbito procesal¹³. Conlleva

12 En 1841, con el nacimiento de Manuel Crescencio Rejón, con la famosa Constitución de Yucatán, comienza a generarse un nuevo sistema, el cual no se ha estudiado. Ello llama a la reflexión, con el fin de desarrollar esta cuestión cultural y jurídica. Prácticamente si todos los países latinoamericanos cuentan con un control de constitucionalidad mixto lo que se debería hacer es profundizar, desarrollar y concretar toda esa idea.

13 El control de convencionalidad está tocando las puertas a la teoría general del proceso, del derecho procesal constitucional, del derecho procesal civil, del derecho procesal penal, del derecho procesal laboral.

que se están generando mutaciones o irradiaciones de efectos con el fin de que el orden interno se vaya adecuando a los nuevos postulados.

No obstante, sucede que los órdenes internos son muy poco propensos a la asimilación de los nuevos mandatos. Es ahí donde se tiene serios inconvenientes, consistiendo en otro reto, trabajar fuertemente en el ámbito académico para comprender la realidad.

¿Cuál sería la solución para la problemática de los derechos humanos? La solución sería que el orden interno tenga una mejor protección a la planteada por el orden internacional. En ese caso, todos los mandatos del Sistema Interamericano no tendrían razón de ser. Pero la realidad en Latinoamérica, es que ello no ocurre, por eso los mandatos de convencionalidad proyectan efectos de forma muy aguda

En ese orden de ideas, es primordial trabajar en el plano educativo. Los derechos humanos no se van a consolidar si es que no se transforman todas las mallas curriculares de las Facultades de Derecho, si no se solucionan la carencia filosófica (filosofía y epistemología jurídica).

III

Respuestas a las preguntas del público

Pregunta al Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano: ¿la incorporación de la supremacía convencional podría implicar efectos negativos?

El avance cultural jurídico más importante ha sido generado a través de las convenciones y las interpretaciones que se hacen de las mismas. La pregunta debería ser ¿Cuál es la mejor forma de proteger derechos humanos? ¿Qué se debe hacer en los ámbitos internos antes de llegar al ámbito convencional? En lo convencional el fin es proteger a la persona¹⁴.

Tiene que utilizarse la cultura jurídica más avanzada. Actualmente en México, la Suprema Corte de Justicia ha establecido que la interrupción del embarazo es un derecho humano para la mujer; sin embargo, no en

¹⁴ El derecho es un producto cultural. Por ejemplo, hoy se utilizan las plataformas virtuales, no fueron creadas ni en Panamá, Paraguay, México, ni Perú, pero es una tecnología que ha servido para hacer las reuniones. Por otro lado, el nacionalismo muchas veces es un problema, de hecho, una de las generaciones de discriminación sistemática para los emigrantes es, por ejemplo, frases como “por qué vamos a ayudar a los afganos y haitianos, si en México tenemos muchas necesidades”, “por qué mandan vacunas a otros países si no hemos vacunado a todo México”. El principio *ius cogens* implica no a la discriminación y, su premisa es que todos son iguales y semejantes en cuanto derechos. Al fin y al tanto, los derechos humanos son derechos de especie.

todos los países se considera así. Inclusive se ha establecido que no es posible hacer una objeción de conciencia por parte del personal médico porque ello vulneraría el derecho humano a la decisión de la mujer. En este sentido, la Corte toma una decisión que en otros contextos no puede, porque requiere del consenso.

Entonces, se debe buscar la mejor protección posible y, si hay casos en los cuales no pueden protegerse a las personas, sería el perjuicio menor. Pero, la prudencia es una ciencia práctica que busca encontrar la mejor solución posible al caso concreto —decían los romanos “el derecho nace en el hecho”—. Por lo tanto, no solo tiene que verse el texto, sino, además, el contexto, la cultura y la coyuntura. Mientras más elementos se tengan para operar, y más elementos se tengan en concertación, se legitima a los jueces¹⁵.

Pregunta al Dr. Henry Eyner Isaza: ¿la incorporación de la supremacía convencional podría implicar efectos negativos?

La incorporación de la supremacía convencional no genera efectos negativos. Al contrario, siempre será positivo si se incorpora bajo el principio *pro homine*. La incorporación se presenta como un reto para el profesional de derecho, pero no solo para él, sino también para la persona que está vinculada a la administración de justicia —poder lograr que la aplicación de ese derecho convencional sea acorde al sistema constitucional que tiene el Estado—.

En un estudio sobre cómo se ha aplicado el control de convencionalidad en Panamá se encontraron once jurisprudencias desde que Panamá aceptó la competencia de la Corte en el año 1990 y, a partir del caso *Almonacide Arellano versus Chile* en 2016. Lo que se puede resaltar de esas once jurisprudencias es el papel del juez, en cada una aplica la norma más favorable a la persona humana. Y eso es positivo.

La onceava jurisprudencia es sobre una demanda de adopción de mayor de edad ante un juez seccional de familia. La Ley que regulaba la adopción de mayor de edad de Panamá establecía, como requisito de presentación del proceso, que la persona que adquiere la condición de adoptado debería presentar la demanda 2 años antes de haber cumplido la mayoría de edad, es decir antes de los 20 años.

15 El uso de la razón es algo que nos distingue de las demás especies vivas. Se prueba el uso de la razón y la mejor protección posible no solo a los seres humanos, sino también a las demás especies vivas y, al propio planeta.

La persona en cuestión tenía veinticinco años de edad, por lo que se solicitó al juez revisar la Convención Americana en tanto, el derecho a la identidad, el derecho a un nombre, el derecho a la dignidad. Ante ello, la juez aplicando el control de convencionalidad difuso, desde el punto de vista de la aplicación *pro homine*, decide admitir la demanda —pese a que no se cumpliera el requisito de los veinte años de edad. El Ministerio Público presentó un mecanismo de defensa, un incidente de prescripción, aduciendo que la demanda no podía ser admitida porque la persona en cuestión había pasado los 20 años de edad¹⁶.

La juez termina emitiendo una sentencia favorable, y refiere:

“El verdadero cambio en materia de derechos humanos y derechos fundamentales debe venir de los abogados. Ello porque si en el caso, el abogado no argumentaba para la aplicación del principio *pro homine*, yo como juez me hubiese limitado al *petitum* de la demanda y solo hubiera tenido que aplicar la ley”

Se ratificó la sentencia y hoy, es la onceava jurisprudencia que hace parte de la interpretación a favor de la persona humana. Siempre será positiva si se aplica la norma más favorable al ser humano. La Convención está para los seres humanos y, esa es la línea que todos los Estados deben mantener en pro de una mejor sociedad, de un país y seres humanos.

Pregunta al Dr. Pablo Darío Villalba Bernié: ¿la incorporación de la supremacía convencional podría implicar efectos negativos?

Bajo ningún punto de vista se puede considerar que sea negativa, salvo que el mandato de los derechos humanos contenga algunas cuestiones negativas. Siempre y cuando se aplique el principio *pro homine*, tendrá un efecto positivo¹⁷.

A partir de la convencionalidad hoy se transforma la ciencia jurídica. Actualmente, existe un fuerte embate de humanización de las ciencias jurídicas, se están irradiando efectos por todo el orden legal y no cuestiones negativas. Por otro lado, sí hay exceso de negatividades y limitaciones con respecto a la obtención de la verdad y justicia en los órdenes legales internos.

16 Se trataba de una interpretación meramente de la ley, no de la Constitución, no de un tratado de derechos humanos, y no de un caso de la Corte IDH —que ya había analizado el tema del derecho al nombre, de identidad y dignidad—.

17 Fundamentalmente se tiene que aportar muy fuertemente en la transformación educativa y cambiar el paradigma.

Están presentes los valores axiológicos que no han dado una prioridad a la consecución a la verdad y a la obtención de justicia. Es por ello que los derechos humanos están consistiendo en un embate muy fuerte hacia todos los órdenes domésticos. El problema es respecto a los repertorios internos, que se caracterizan por estar enmarcados dentro de un marco de legalidad, donde lo que prima es la ley (*dura lex, sed lex*). En tanto que en este tiempo las fuentes del derecho, no solo está son las leyes, sino también la Constitución y la Convención

La cuestión es si siguen enmarcados dentro de la negación en la admisibilidad del control de convencionalidad, pues con seguridad sí esbozará una visión negativa. En contraste, de asentir al control de convencionalidad, aportará a los órganos internos grandes efectos positivos.

Pregunta al Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano: ¿puede hablarse de supremacía de la humanidad versus supremacía normativa interna o externa de los estados?

Resulta necesario tener en cuenta que cuando se crea una norma, se congela en determinado momento, se vuelve estática. Ahora la norma tiene que tener una finalidad. Por ejemplo, en México, en una reforma constitucional que señalaba que el Derecho Procesal no podía suprimir a un derecho sustantivo.

Todas las normas se emiten en un determinado momento y contexto en el que se emiten, pero también tienen un momento y contexto en el que se interpretan y se aplican. En caso la norma no cumpla con su finalidad, será necesario modificarla. pues como bien se ha dicho, existe el control difuso de convencionalidad que es dejar de aplicar la norma, pero aplicar otra o un principio que protege más a la persona.

Pregunta al Dr. Henry Eyner Isaza: ¿puede hablarse de supremacía de la humanidad versus supremacía normativa interna o externa de los estados?

La norma tiene que buscar cuál es su finalidad. Es por ello que los Estados deben revisar su principal instrumento normativo: la Constitución. En el caso de Panamá, actualmente se cuestiona si cabe modificación en la Constitución o no. Frente a ello, la respuesta es sí, porque cuando se revisa la Constitución del año 72 se apunta que ya no responde al paradigma constitucional y convencional de la época. Entonces, lo que busca la norma es proteger a la persona humana, pero no solo a ella, sino que también a todos los sujetos de derecho –hoy hay un gran debate de los seres vivos, la naturaleza, los seres humanos–.

Actualmente hay un reto de los profesionales y estudiantes de provocar los verdaderos cambios en materia legislativa, en materia constitucional, materia convencional para lograr siempre que las normas respondan a la persona humana. El fin de ello, es contar con mejores sociedades, mejores seres humanos, personas,

De nada serviría modificar la Constitución de Panamá y establecer 500 artículos, si la Constitución no consagra derechos y garantía y mecanismos de protección.

El tema constitucional no solo es un tema de abogados o profesores de derecho, es un tema que compete a toda una sociedad que tiene que entender que la materia constitucional debe ser analizada y estudiada por todos los que forman parte de un país o sociedad. Los verdaderos cambios tienen que darse a través de reformas que cumplan con los estándares y lineamientos de estos principios constitucionales y convencionales

Pregunta al Dr. Pablo Darío Villalba Bernié: ¿puede hablarse de supremacía de la humanidad versus supremacía normativa interna o externa de los estados?

La norma es una creación humana, al ser una creación humana se está en presencia de un ser humano que ha debido haber generado esa norma para un determinado momento histórico. Se ha legislado, pero no muchas veces se ha prestado atención en la tutela de la persona humana, es por eso que hoy la civilidad jurídica está en un proceso de humanización de la ciencia jurídica. Bajo esta idea, no cabe afirmar que “en la Constitución tenemos que humanizar”, sino al revés “tenemos que humanizar la Constitución, el orden legal, las resoluciones judiciales.”

La tutela, que tiene que llegar en favor de la persona humana, básicamente busca rescatar el proceso de humanización, que no solamente va a una esfera del ámbito jurídico, sino dirigida a la ciencia jurídica en general.

Hoy se tiene que rescatar el orden legal y jurídico sobre la base del respeto de la persona humana. En pleno siglo XXI tienen que comenzar a reconquistar toda esa idealización porque, en definitiva, la norma jurídica debe estar al servicio de la persona, no al revés.

Pregunta al Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano: ¿cuál sería el remedio más idóneo para lograr la humanización en el ámbito de la administración pública?

La administración pública es el órgano encargado de realizar los derechos humanos, sobre todo, de los llamados derechos DESCAs, como es el derecho

al agua, el derecho a la alimentación, derechos que son indispensables para el desarrollo humano, tanto en lo individual como colectivo.

Entonces las políticas públicas deben estar encaminadas a este fin, no es posible que se crean normas tanto constitucionales como convencionales y la administración pública no haga lo propio. De hecho, uno de las cuestiones fundamentales que me gusta mucho de los derechos humanos es que le dice al Estado como debe de utilizar el recurso o el presupuesto con el que cuenta, porque debe destinar lo más posible de manera progresiva a derechos que requieran asistencia para las personas, sobre todo para los grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad. La administración pública es fundamental. Se necesita en todas las áreas del Estado, inclusive de la propia familia y de la escuela.

La corte mexicana ha observado recientemente que muchos políticos de manera discrecional destinaban gran parte del presupuesto a realizar publicidad a través de los medios de comunicación que se estableció el factor de la discrecionalidad y ante ello la corte mexicana señaló que la difusión no es para presumir los alcances que haga el estado, sino para difundir las actividades que existan a favor de la sociedad y en ese sentido acabo con la discrecionalidad. Desde mi perspectiva es fundamental el derecho convencional en ese sentido, porque el derecho constitucional establecía a estos “DESCA” como derechos programáticos de la buena voluntad y ahora necesitamos que se exija como unos derechos determinados como la corte ya había señalado.

Pregunta al Dr. Henry Eyner Isaza: ¿cuál sería el remedio más idóneo para lograr la humanización en el ámbito de la administración pública?

Es preciso señalar que, a partir del caso Gelman versus Uruguay en el 2011 toda autoridad pública tiene el deber de tomar en cuenta o aplicar el llamado control de convencionalidad. Esto lleva a un reto: la divulgación de la materia de derechos humanos, la capacitación continua a esos servidores públicos, la creación de políticas públicas que respondan a ayudar al principio pro homine, pro persona y, lograr con ello que las instituciones del Estado no solo apliquen la ley, sino que tomen en cuenta los precedentes, los tratados, las opiniones consultivas que viene a raíz de formar parte del sistema de protección de los derechos humanos.

Pregunta al Dr. Pablo Darío Villalba Bernié: ¿cuál sería el remedio más idóneo para lograr la humanización en el ámbito de la administración pública?

Hay una labor cultural y académica que debe ir haciéndose. Los que se encuentran en la administración pública no se vuelcan en pro a estas nuevas ideas, implicando así que la transformación pública sea muy compleja. De hecho, incluso con los fallos paradigmáticos del Sistema Interamericano puede notarse estas carencias, por ejemplo, el caso *Fontevecchia vs Argentina* (2011). En este caso, la Corte Suprema de Justicia argentina en el año 2017, que en un principio admitía todos los fallos de convencionalidad, en forma posterior comienza a poner trabas de admisibilidad para el cumplimiento de la resolución. Es a partir de esa realidad creadas dentro de la propia administración judicial, que surgen los inconvenientes para la asimilación del control de convencionalidad.

Entonces, la humanización solo llegará en pos de una transformación paradigmática cultural, con seguridad no será una solución a corto plazo. Para ello se debe trabajar en una transformación educativa a largo alcance.

Pregunta al Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano: ¿la Corte Interamericana de Derechos Humanos protege el derecho a la propiedad y al debido proceso? ¿Existe jurisprudencia al respecto?

El artículo 21 establece el derecho a la propiedad y no solo habla de la propiedad privada, sino de la propiedad social; el artículo 8 establece los requisitos para que se establezca un debido proceso; y el artículo 25 señala que en un Estado debe haber un órgano jurisdiccional y un proceso que tutele de manera eficaz la protección a los Derechos Humanos, cumpliendo el debido proceso que establece el artículo octavo.

De hecho, todas las Constituciones tienen a estas figuras como derechos. Así mismo, para la Corte, la interpretación a la convención no basta que una legislación esté en la constitución o catálogos de leyes, sino que lo que importa es la práctica. Entonces, lo que busca la Corte en las condenas, sobre todo, es que se cumpla en la práctica estos derechos.

Pregunta al Dr. Henry Eyner Isaza: ¿la Corte Interamericana de Derechos Humanos protege el derecho a la propiedad y al debido proceso? ¿Existe jurisprudencia al respecto?

La propiedad privada es un derecho fundamental de rango constitucional, tal como está reconocido en la constitución de Panamá y, también reconocido en la Convención Americana de los Derechos Humanos. Existen algunos precedentes importantes, sobre todo en comunidades indígenas. Por ejemplo, Panamá obtuvo una condena del caso *Kuna de Mdungandi versus Panamá* (llamado así por el nombre de la comunidad),

donde se reconoce el tema del derecho a la propiedad; también el caso *Awas Tingni vs Nicaragua* que reafirma el concepto de propiedad privada vs propiedad colectiva (como una propiedad ancestral). Respecto al debido proceso el caso llamado *Costa Cadogan vs Barbados*, donde la corte analiza el debido proceso y los elementos que deben componer. Son derechos fundamentales humanos que deben ser reconocidos tanto a nivel interno como a nivel internacional de los derechos humanos.

Pregunta al Dr. Pablo Darío Villalba Bernié: ¿la Corte Interamericana de Derechos Humanos protege el derecho a la propiedad y al debido proceso? ¿Existe jurisprudencia al respecto?

Encontramos algunos casos respecto al debido proceso, *Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001), *Instituto de Reeducación del Menor vs Paraguay* (2004), caso *Chocrón vs Venezuela* (2011), caso *Alibux vs Surinam* (2014), caso *Carcía Ibarra vs Ecuador* (2015), caso *Maldonado Ordoñez vs Guatemala* (2016) y también hay una opinión consultiva donde la Corte IDH moldea la idea del debido proceso, donde establece las reglas básicas del debido proceso. En suma, existe mucha jurisprudencia en materia de debido proceso y la protección de la propiedad.

Pregunta al Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano: ¿qué ha permitido la apertura de las constituciones al derecho internacional a los jueces?

El parteaguas de la convencionalidad fue la crisis post Segunda Guerra Mundial. Ocurrió al ver la barbarie a la que puede llegar el ser humano. Hubo un relevo y un llamado a crear el derecho convencional, que hoy tiene las mismas finalidades en cuanto a la protección de derechos humanos. Así fue como se desplazó la tarea del Estado.

Poco a poco se fueron creando los primero 30 derechos básicos en la Declaración Universal. Posteriormente, en 1966 se emitieron dos tratados internacionales vinculatorios, los derechos civiles y políticos. Luego, vinieron los derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, antes en Europa y, luego en América se establecieron los sistemas regionales (posteriormente en África). De forma paralela, nació el Sistema de Tratados de Derechos Humanos cuya función fue que cada comité se encargara de vigilar y supervisar que los Estados parte cumplieran con los tratados¹⁸. En ese sentido, fue un efecto expansivo. Ello ha sido posible

¹⁸ Cuando el ser humano se convierte en un sujeto de derecho internacional y se le otorga el derecho de acción para concurrir a esos órganos, los Estados empezaron a ser condenados. Es por ello que se empezó a crear los comités de observaciones generales, con el fin de determinar directrices de interpretación de los tratados.

por el valor ético, el valor moral, el valor moral que han sido la resistencia de los formalismos.

El punto fundamental es la creación de organismos jurisdiccionales regionales, tanto en Europa, América, como en África. Aquí el papel de los operadores jurídicos se volvió fundamental. El control difuso de convencionalidad en el caso Helman versus Uruguay, irradió a todos los funcionarios públicos del compromiso a la protección, garantía y respeto a los derechos humanos.

Pregunta al Dr. Henry Eyner Isaza: ¿qué ha permitido la apertura de las constituciones al derecho internacional a los jueces?

Actualmente existe un reto de esta y la futura generación de lograr consolidar el tema de los derechos humanos y los derechos fundamentales. Actualmente, el derecho humano permite entender un derecho globalizado, un derecho transnacional, pero definitivamente es un reto para los futuros profesionales de lograr que la formación sea parte de la materia de los derechos humanos y derecho convencional

Pregunta al Dr. Pablo Darío Villalba Bernié ¿qué ha permitido la apertura de las constituciones al derecho internacional a los jueces?

Se ha pasado la primera etapa de una incipiente concreción del control de convencionalidad y todas las cuestiones que se dan dentro de la protección de los derechos humanos. ¿Qué fue lo que originó la necesidad de humanización? Fue la presión internacional, a consecuencia de la barbarie que habían generado los seres humanos. Cada país tuvo sus particularidades, así como la Segunda Guerra Mundial con el nazismo. Todos los países han pasado por una situación así, no tan agresivas como aquella, pero al fin y al cabo han generado una cuota de responsabilidad, del no respeto de la persona humana. Es por ello que fundamentalmente se debe empezar a trabajar en la consolidación de los derechos humanos, así se apuntalarán los derechos de todos los ciudadanos.

Hoy más que nunca es necesario un curso de derechos humanos. En este tiempo, vía control de convencionalidad, los jueces tienden a desplazar la legalidad. Vale la pena comenzar a luchar con este derrotero de la consolidación de los derechos humanos porque en definitiva consisten en el derecho de todos.

El Mínimo Vital: un derecho humano con grandes desafíos*

Carlos Antonio Montoya Charris**

Universidad Libre

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Exclusiones sociales / 2.1. Vulneración de los derechos por el género / 2.2. Vulneración de los derechos por condición especial / 2.3. Vulneración de los derechos por orientación sexual / 3. Mandatos constitucionales y convencionales / 3.1. Constitución política de Colombia / 3.2. Derecho convencional / 4. El Mínimo Vital / 4.1. Concepto / 4.2. Subderechos del Mínimo Vital / 5. Análisis jurisprudencial de su reconocimiento / 5.1. Sentencia de tutela N° 244-7-2021 de la Corte Constitucional / 5.2. Mínimo Vital en relación con la salud / 6. Conclusiones / 7. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

El Mínimo Vital es un concepto amplio y abierto. Sin embargo, también es un instrumento muy importante socialmente para lograr la materialización de derechos que guardan relación con este mismo concepto; estos derechos son constantemente vulnerados, de ahí la importancia de la consagración constitucional y convencional de los instrumentos que los protejan.

2. Exclusiones sociales

Existen diversas vulneraciones a los derechos fundamentales en las sociedades. Para evidenciar ello, se partirá de casos reales en Colombia, que fueron objeto de pronunciamiento judicial.

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogado por la Universidad Libre (Colombia). Abogado litigante. Docente de posgrado en diversas universidades, entre ellas en la Universidad Libre, la Universidad Sergio Arboleda, Universidad Católica de Colombia, Universidad Santo Tomas y Tunja Autónoma de Colombia. Miembro de la Asociación de Colombia de Derecho Procesal Constitucional, del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Actualmente es director del Centro de Altos Estudios Jurídicos Procesales.

2.1. Vulneración de los derechos por el género

Caso 1:

Miriam, una niña de 13 años, cuyo sueño es ser científica, tuvo que dejar el colegio y debe levantarse a las 3:00am para alimentar a sus 5 hermanos hombres que sí asisten al colegio. En este caso, se observa una materialización de la discriminación de género; la UNESCO, en un estudio, indica que hay 16 millones de niñas, alrededor del mundo, que no asisten o asistieron a la escuela por su condición de mujer.

Caso 2:

Laura fue acosada laboral y sexualmente; luego, despedida de una universidad. Actualmente, lleva 9 años en los estrados judiciales exigiendo el respeto y restablecimiento de sus derechos, para restaurar su dignidad.

Otros datos que evidencian la vulneración de los derechos, por cuestión de género, es que las mujeres representan las 2/3 partes de los 750 millones de personas que carecen de conocimientos educativos básicos; son también quienes se dedican, en un promedio de 7 horas y 30 minutos, a actividades de cuidado y del hogar, mientras que el hombre emplea 3 horas y 25 minutos.

2.2. Vulneración de los derechos por condición especial

Caso 1:

Emanuel, un niño con síndrome de Down, tiene 9 años. Su peso, desarrollo psicomotriz y estatura son de un niño de 3 años. Le encanta la música y es muy alegre; sin embargo, su familia lleva buscando (desde hace 5 años) un centro educativo acorde a sus necesidades, pero nadie tiene el personal capacitado ni la infraestructura requerida. Además, su padre maneja un salario mínimo de 350 dólares, por lo que le es imposible pagar 200 o 300 dólares mensuales, aun excluyendo los útiles escolares y el transporte. El Estado no ha posibilitado la adquisición de estas garantías especiales, y necesarias.

2.3. Vulneración de los derechos por la orientación sexual

Caso 1:

Sergio es un escolar de 16 años que dio a conocer su orientación sexual, como homosexual; sin embargo, ha sido objeto de discriminación por parte de administrativos y compañeros. Esta situación lo orilló al suicidio.

Caso 2:

Camila es una niña transgénero que quería vestirse con falda para ir al colegio. Fue expulsada por atentar contra la moral, y sus padres han acudido a la justicia para poder defender sus derechos.

3. Mandatos constitucionales y convencionales

3.1. Constitución política de Colombia

Algunas de las consagraciones que buscan frenar la discriminación originada en las desigualdades de la sociedad colombiana, están recogidas en la Constitución.

En su art. 1, se menciona que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran. Este concepto va ligado al concepto del Mínimo Vital, porque la dignidad humana propicia condiciones básicas que permiten tener una vida digna; la solidaridad es un factor necesario para la convivencia de las personas, al tratarse de un Estado de Derecho, en el que no se pueden establecer diferencias academicistas, donde solo una parte de la población puede acceder a beneficios estatales.

En el art. 2, se establecen los fines del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes. Estos son los fundamentos del Mínimo Vital.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todo residente en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos. Esta es la base de la igualdad en una sociedad, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y recibirán la misma protección y trato. Además, gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Asimismo, cabe resaltar que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea efectiva; adoptará las medidas necesarias en favor de los grupos discriminados o marginados. De igual modo, protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.

Otros artículos muy importantes —que son la plataforma del Mínimo Vital— son los art. 43 y 44, que mencionan que, la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades, no podrán ser sometidos a ningún tipo de discriminación. Por otro lado, los derechos fundamentales de los niños

velan por la vida, integridad física, salud y seguridad social, por tener una familia y no ser separados a ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura.

3.2. Derecho convencional

Colombia ha ratificado varios acuerdos —instrumentos internacionales— que forman parte de la legislación, en virtud de la existencia de artículos constitucionales que hablan del bloque de constitucionalidad y, de este modo, abrir las leyes a los instrumentos internacionales. En esos acuerdos, Colombia se ha comprometido a superar cualquier tipo de discriminación; algunos de los convenios que forman parte de esta legislación son: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), la Convención de *Belem do Pará*, convención para erradicar y sancionar todas las formas de violencia y la Convención Americana de Derechos Humanos, y a los tratados internacionales de la ONU.

Estos acuerdos no han podido, completamente detener aún a persistentes sesgos de discriminación.

4. El Mínimo Vital

4.1. Concepto

El Mínimo Vital es el conjunto de oportunidades, suministros y bienes a los que todas las personas tienen derecho de acceder, para así tener una vida digna. Es un concepto de amplia adaptabilidad, que busca garantizar que las personas accedan a los bienes materiales básicos para una subsistencia en condiciones dignas. Asimismo, tiene su fundamento en el principio de dignidad y fija su punto de partida en el Derecho del desarrollo de la personalidad.

El Mínimo Vital brinda protección: (i) a los trabajadores frente a la mora en el pago del salario, cuando esta constituya la única fuente de ingreso del trabajador; a las personas de la tercera edad, que se encuentran a la espera del pago de sus pensiones atrasadas y; (ii) a las mujeres embarazadas despedidas de su centro de trabajo, como consecuencia de su estado.

Un caso resaltante se dio en la situación que atravesó una profesora de un jardín de infancia. A ella le enviaron el registro de unas conversaciones vía chat, donde le mencionan que seguirá laborando en dicha institución; ella está embarazada, y cuando la noticia llegó a conocimiento de los administrativos, no quisieron contratarla. Solamente se cuenta con capturas de pantalla de este chat. La validez de estos materiales no es algo de lo que

se haya anticipado, por lo que se desligan del derecho; en este caso fue el Mínimo Vital de gran importancia para la resolución del caso, considerando el registro de las conversaciones como indicio para el despido de la profesora.

A las personas discapacitadas, a obtener tratamiento médico. A pesar de la amplia cobertura de este servicio, su atención posee falencias destacables, merecedoras de debate y análisis. Actualmente, en Colombia se están debatiendo reformas en el sistema de salud, por la presencia de muchas Empresas Públicas de Salud (EPS) en quiebra, debido a que el Estado no ha cubierto con los pagos de sus servicios aún deficientes, esto genera un atentado contra el Derecho a la Salud y; *las personas en estado de indigencia*, etc.

4.2. Sub derechos del Mínimo Vital

Supone que la persona pueda satisfacer necesidades básicas: educación, vivienda, salud, servicios públicos, alimentación, medio ambiente, acceso a la justicia, entre otros. Estos derechos están protegidos de manera constitucional, convencional, legal y por medio de la tutela.

La tutela es el derecho de amparo, usado como instrumento jurídico que permite –como última instancia– acudir ante la jurisdicción para procurar la defensa de los derechos fundamentales, sobre los derechos humanos.

La jurisdicción ordinaria en Colombia está conformada por distintas especialidades; es ahí donde se acude cuando se tiene una demanda contra una entidad pública, a través de un proceso contencioso administrativo y diversas acciones como la reparación directa. Esta es una demanda en contra del Estado, donde se declara su responsabilidad civil. Cuando esta modalidad no funciona, se activa la justicia constitucional, donde se pretende proteger los derechos fundamentales y humanos; los jueces de tutela son los mismos jueces ordinarios. La ventaja de esta situación es que, cuando se está adelantando un proceso frente a un juez civil del distrito, puedo adelantar el juicio de tutela, por ser de su competencia, situación que evitará limitaciones en ese aspecto.

5. Análisis jurisprudencial de su reconocimiento

5.1. Sentencia de tutela N° 244-7-2021 de la Corte Constitucional

“El Mínimo Vital se trata del acceso básico a condiciones dignas de existencia para el desarrollo del individuo, que depende de su situación parti-

cular y que constituye un concepto indeterminado, cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso, por lo que requiere un análisis cualitativo, caso por caso”.

5.2. Mínimo Vital en relación con la salud

En la Sentencia de tutela 378/97, Debilidad manifiesta, Corte Constitucional, se menciona la relación entre el Mínimo Vital, de la dignidad humana y la pensión de sustitución.

Se dio el caso de una familia, de la cual la menor de ellos nace con terribles problemas de salud, incluyendo un tipo de retraso mental, cuadriplejía, epilepsia, etc. Su padre cuenta con un trabajo, y consigue afiliarla al sistema de salud de su país; gracias a ello, tiene los cuidados mínimos respecto a su delicada salud, y acceso a dignidad humana. Sin embargo, fallece el padre y, con un proceso de sustitución pensional, la madre queda a cargo de la pensión del esposo.

A través de la pensión a la que es acreedora la familia, cuentan con la posibilidad de seguir gozando con el beneficio para la niña, quien es totalmente dependiente al sistema de salud. Pasado un tiempo, fallece también la madre, por lo que la menor queda sin sostén familiar, con una situación económica terrible y un par de hermanos, por lo que no le pueden brindar los cuidados que su hermana necesita. Ellos, al ver la situación, acuden al Derecho de petición, donde solicitaron una sustitución pensional, ante la entidad prestadora de servicios. Desgraciadamente, no puede haber sustitución pensional de una anterior sustitución pensional, puesto que ya lo había hecho una primera vez la madre. Ante esta respuesta y falta de solución, los hermanos desistieron de la petición.

Tras dos años de los hechos, la reducida familia adquirió conocimiento de la existencia de la tutela, pero que tiene requisitos para su ejecución. Para ser acreedores a este beneficio, uno de los requisitos es la inmediatez, en otras palabras, no puede pasar mucho tiempo desde que se vulneró el derecho, hasta el momento en el que se declaró.

Otro requisito radicaba en el carácter subsidiario, es decir, primero se deben agotar todos los instrumentos jurídicos legales ordinarios, para luego acudir a la tutela; en este caso concreto, ellos no habían agotado todas las instancias previas, ya que no habían interpuesto los recursos para demandar al Estado.

En el caso de que sí lo hubieran hecho, una vez agotados todos los demás recursos, se puede acudir a lo Contencioso Administrativo, para solicitar

ante la administración de Justicia. Al no haber sido de esa manera, en sede de tutela en primera y segunda instancia, no se pudo acceder a su pretensión; en la sede de revisión, que es la última instancia que se hace ante la constitucional, se seleccionó este caso para que la corte pueda realizar un análisis y una ejecución humanista de los derechos, la dignidad humana particular del Mínimo Vital, que dice que Colombia es un Estado social de derecho y un sentir solidario. El Estado no avalará que sus ciudadanos padezcan de condiciones lamentables, como la niña del presente caso, porque se tienen que procurar las condiciones mínimas de una subsistencia digna. La Corte Constitucional a la revisión de tutela concluyó que no tenía la competencia para asignar esa Seguridad Social, pero se lo proporcionará temporalmente.

En conclusión, esta sentencia brindó como instrumentos jurídicos la tutela —para permitir el acceso al Mínimo Vital—, la salud y la educación.

Al hablar del acceso a la educación, en el caso de Colombia, la pandemia y crisis sanitaria por la COVID-19 incrementaron la necesidad del acceso al internet. En Bogotá es donde se encuentran mayores posibilidades y acceso a los servicios de Internet, puesto que cerca del 50% de la población no tiene ese acceso.

El resto del país, quienes no cuentan con un acceso óptimo a Internet, pasó a encontrarse en una grave necesidad y falta de acceso a la educación. Uno de los factores principales que frena el cumplimiento de este derecho es la corrupción, y, haciendo alusión a un caso particular, se conoce que el Estado ha sido acreedor a un contrato que debió activar numerosos puntos de internet, a un aproximado de más de 16,000 colegios; dicho contrato se valorizó en un promedio de 3 millones de pesos, para el desarrollo del proyecto seleccionaron a través de licitación pública a 2 consorcios y se les dio un anticipo de 70,000 millones de pesos, pero cuando los organismos de control entraron a investigar, resultó que la empresa no tenía la experiencia necesaria para poder desarrollar el contrato, e incluso habían presentado documentos falsos que garantizaron la viabilidad de ese contrato, al caerse las garantías porque eran falsos respaldos, el proyecto no se realizó y la planta que se les había entregado desapareció. Estas deficiencias en cuanto al acceso a Internet, se tipifican como subderechos vinculados al Mínimo Vital.

6. Conclusiones

Los legisladores tienen en sus manos importantes y efectivos instrumentos, con los cuales podrían generar una obligación al Estado en el cumpli-

miento de sus deberes objetivos para la materialización y ejecución de los derechos constitucionales y convencionales. De no hacerlo, la realidad se ve cada vez más alejada de los conceptos teóricos de la Constitución de Colombia.

Asimismo, a través de normas, se debe regular la actividad, desarrollo y cumplimiento de los deberes del sistema educativo, encausándolos en una cultura de inclusión, aceptación e igualdad. De igual modo, se requiere el compromiso y activismo del derecho vivo, la jurisprudencia, del derecho de los jueces con énfasis en la tutela. Empero, se debe tener en cuenta que la emisión de leyes puede recaer y limitarse a lo teórico, la ratificación de instrumentos internacionales, los pronunciamientos y llamados de atención de las cortes; de ahí la importancia de que la sociedad asuma un compromiso que pueda devenir en un cambio de mentalidad y que genere la capacidad de aceptar al otro como un igual diferente, respetando sus derechos y libertades.

7. Respuestas a las preguntas del público

7.1 ¿Cuál es la principal problemática que afronta el derecho al Mínimo Vital actualmente?

Desde el punto de vista social, el principal problema es la desigualdad que genera la sociedad. Desde el punto de vista del Derecho, es la materialización jurídica de dicho derecho. A pesar de la existencia de numerosas leyes, algunas de ellas no se cumplen del todo en la práctica, por lo cual, no es garantizado; por ejemplo, existen demandas contra el Estado por más de 500 millones de pesos, de las cuales entre el 60-70% de ellas son por violaciones a los derechos fundamentales de la salud, cuya tutela se han instaurado, pero que no se cumple. Existe una grave falta de compromiso político del Estado en invertir los recursos necesarios que agilizarán los procesos de este tipo, y así evitar un atasco innecesario de demandas y tutelas.

7.2. ¿Cómo el Estado y sus diversos organismos pueden garantizar el cumplimiento de este derecho para todos los ciudadanos?

Se le debe dar, a toda la población, las condiciones suficientes para garantizar el Mínimo Vital. En Colombia y en Latinoamérica, una situación que priva a la ciudadanía menos favorecida, de tener una calidad de vida adecuada, se vuelve a centrar en la corrupción. En el cohecho se utiliza, de forma injusta y errónea, capital que estaría mejor destinado en el servir a la ciudadanía.

7.3. ¿Cuáles son los factores que pueden aumentar el Mínimo Vital?

El factor que aumenta el Mínimo Vital es la condición de cada persona. El Mínimo Vital invita al análisis particular, caso por caso. Por ejemplo, una pareja, con intenciones de divorciarse, está conformada por una doctora y un paramédico, siendo ella el sustento económico de su familia; el cónyuge, buscando protegerse en la liquidación, extrae 3 bienes de su sociedad conyugal; a raíz de esto, la señora inició varios procesos judiciales, los cuales le fueron denegados. En casos como el expuesto, se puede llegar a la Corte Constitucional, donde se sostiene que existe violación del enfoque de género, revictimización de la mujer y violencia económica en su agravio. De este ejemplo, se sustrae que los factores dependen de cada persona, pues no sería el mismo desarrollo del caso al hablar de una persona con baja solvencia económica.

La fuerza vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Juan Carlos Diaz Colchado**

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Las funciones de la Corte IDH como escenario del problema / 3. Los alcances y límites de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH como problema / 4. Argumentos para construir una definición de “estándar” de la Corte IDH / 5. El debate en torno a la fuerza vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos / 6. La recepción de los estándares en sede nacional / 7. Consideraciones finales

1. Introducción

El tema a desarrollar se puede abarcar desde diversas perspectivas debido a que supone un punto de confluencia entre el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional (en general) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en particular). Bajo esta premisa, cabe indicar que el presente trabajo recoge de forma resumida los resultados de una investigación desarrollada en el año 2017¹, la cual aborda una problemática vinculada con el sistema de fuentes del derecho: se analiza la inserción de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dentro del sistema de fuentes del Derecho Constitucional en el Perú. Asimismo, se indaga si es que, al insertarse, los estándares tienen fuerza vinculante; en otras palabras, si vinculan de modo efectivo a las juezas y los jueces del país.

* Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021, y se basa íntegramente en el trabajo de investigación citado en el pie de página 1.

** Licenciado en Derecho por la Universidad San Pedro de Chimbote. Magíster en Derecho Constitucional y en Investigación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como profesor de pregrado y posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ La tesis titulada “La fuerza vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: alcances y límites” puede ser ubicada en repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el siguiente enlace: <<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/13393>>

2. Las funciones de la Corte IDH como escenario del problema

La Corte IDH desarrolla esencialmente tres funciones: contenciosa, consultiva y precautoria. Producto del ejercicio de la función consultiva se encuentran las opiniones consultivas; por su parte, como producto del ejercicio de la función contenciosa están las sentencias que recaen sobre casos donde las partes bien pueden ser un Estados contra otro Estado; o una persona (nacional o no) contra un Estado. En adición, es necesario recordar que la Corte IDH tiene la potestad de emitir decisiones cautelares denominadas medidas provisionales. Bajo estas premisas, la investigación señalada se inserta en el ejercicio de la función contenciosa, pero no aborda los aspectos vinculados con las medidas provisionales ni la función consultiva².

De modo que el tema que se aborda se inserta en el ámbito de los casos contenciosos que resuelve la Corte IDH, pero no en relación con el Estado condenado, dado que sobre este tiene pleno carácter vinculante la sentencia en todos sus extremos (sobre lo que no hay duda)³, sino sobre si los estándares que derivan de esa sentencia pueden ser exigidos de forma obligatoria a terceros Estados que no han sido parte del caso de referencia.

Por ello, el escenario en el que se ubica el tema se relaciona con el desarrollo que ha hecho la Corte IDH sobre el control de convencionalidad y su ejercicio por parte de jueces nacionales en el ámbito del derecho interno⁴. De esta manera, el objeto de reflexión se limita al control de convencionalidad y al llamado efecto de “cosa interpretada” que se derivaría de todos los casos de carácter contencioso que resuelve la Corte IDH y que resulta vinculante también para los Estados que no han sido parte de ellos.

3. Los alcances y límites de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH como problema

Tras lo mencionado, se plantea la siguiente pregunta: ¿cuáles son los alcances y los límites de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) respecto de aquellos Estados que no han sido parte del caso contencioso en el que se han establecido dichos estándares?

² Sobre el carácter vinculante de la función consultiva puede revisarse el siguiente trabajo: Guevara Palacios, Augusto (2012). *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Interpretación constitucional y convencional*. Madrid: JM Bosch, pp. 285-367.

³ La Convención Americana en sus artículos 67 numeral 1 y 68 numeral 1 establece, respectivamente, que “*El fallo de la Corte será definitivo e inapelable*” y que “*Los estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte*”.

⁴ Al respecto, puede revisarse el párrafo 124 del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* del año 2006, así como la resolución de supervisión de sentencia del 20 de marzo de 2013 del caso *Gelman vs. Uruguay*.

Al respecto, si se considera el escenario en el cual un Estado es condenado, este tiene que dar cumplimiento a la sentencia y, por consiguiente, a los estándares que se deriven de ella. Este carácter vinculante sobre el Estado condenado se deriva de lo establecido en los artículos 67 numeral 1 y 68 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como ya se ha indicado

No obstante, existe otro escenario que se origina cuando la Corte IDH instituye el control de convencionalidad, que es una herramienta que deben aplicar los jueces en el derecho interno para hacer efectivos las disposiciones de la Convención que reconocen derechos humanos. Para ello, as juezas y jueces nacionales deben hacer uso de los lineamientos o principios jurisprudenciales que desarrolla la Corte IDH, precisamente, estos son los estándares de la misma.

Frente a esta problemática, se plantea como hipótesis que los alcances y los límites de la fuerza vinculante de los estándares de la Corte, respecto de aquellos Estados que no han sido parte en los casos en que se establecieron dichos estándares, va a depender de la forma de incorporación de los tratados de derechos humanos por parte de los ordenamientos nacionales (aspecto formal) y, fundamentalmente, de la recepción y uso de dichos estándares por parte de las juezas y jueces nacionales (aspecto material), es decir por las cortes supremas y tribunales constitucionales (en un primer momento), pero también por parte de jueces de menor rango dentro de la estructura jerárquica de los sistemas judiciales nacionales (segundo momento), porque ellos son quienes pueden seguir los estándares y utilizarlos como parte de la *ratio decidendi* de las decisiones que adoptan en los casos que conocen (grado fuerte de vinculación) y, otras veces, como parte del *obiter dictum*, en el cual existe un uso débil de estos estándares o, simplemente, son ignorados, con lo cual no se reconocería ningún grado de vinculación a los estándares de la Corte IDH (grado débil de vinculación). Cabe indicar que, además, la realidad ha demostrado que existen casos y situaciones de manipulación de los estándares interamericanos por parte de los jueces nacionales.

La razón por la que se emplea la idea de una fuerza vinculante y los grados de vinculación es que, en el escenario en el cual un Estado es condenado, este no tiene margen para eludir el cumplimiento de la sentencia y, por consecuencia, el acatamiento de los estándares que se van desprendiendo de la misma. Sin embargo, ese grado de vinculación no es el mismo que el de los Estados que no han sido parte del caso. Por ello, es posible hablar de gradualidades o intensidades en cuanto a la pretendida doctrina de la Corte IDH, donde los jueces para aplicar el control de convencionalidad tienen

que utilizar, necesariamente, sus principios y criterios de interpretación de la Convención Americana en los casos que resuelven.

Como parte del trabajo que se realizó se han desarrollado los objetivos que se detallan a continuación: a) establecer un concepto de estándar de la Corte IDH; b) analizar los argumentos que sustentan la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH respecto a los Estados que no han sido parte de los casos acontecidos; y, c) identificar los alcances y los límites de la fuerza vinculante de los estándares interamericanos.

4. Argumentos para construir una definición de “estándar” de la Corte IDH

¿Qué es un estándar?⁵ Esta pregunta se plantea debido al uso indiscriminado e indistinto del concepto en la literatura académica⁶, así como por parte de organizaciones internacionales y no gubernamentales. Por ejemplo, la propia Corte IDH en ocasiones puede emplear el concepto de “estándar” para referirse al contenido normativo de los instrumentos de derechos humanos, también para aludir a los aspectos que son objeto de cumplimiento y que derivan del *decisum* o fallo de las propias sentencias interamericanas o, incluso, para aludir a las interpretaciones que desarrolla sobre la Convención Americana en el marco de las sentencias que resuelven⁷. Entonces, se aprecia que existe un uso irreflexivo del concepto de “estándar”. Por ello, se busca desarrollar un concepto claro sobre este término.

El concepto como tal es una importación del derecho anglosajón. No obstante, se debe señalar que los términos circulan en los ámbitos geográficos y, finalmente, son las prácticas sociales las que determinan el significado que se les puede atribuir. Entonces, ¿por qué problematizar sobre este concepto y qué tan útil es para comprender los vínculos entre la jurisdicción interamericana y la jurisdicción constitucional de los Estados? La clari-

5 Un esfuerzo similar al desarrollado en este trabajo para aproximarnos a una definición de “estándar” puede verse en Molina Vergara, Marcela (2018). “Estándares jurídicos internacionales: necesidad de un análisis conceptual”. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 25, número 1, pp. 233-254.

6 En esa dirección puede revisarse Salmón Gárate, Elizabeth (2011). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

7 En ese sentido, en la sentencia del caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015) se dijo que: “346. (...) la Corte recuerda que la interpretación de la normativa aplicable en materia indígena, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Lo anterior, resulta especialmente aplicable a la interpretación de la legislación en materia de minería a la luz de los estándares expuestos en la presente Sentencia” (subrayado y cursiva es nuestro).

dad conceptual del término “estándar” permite tener claridad en cuanto al objeto de análisis debido porque la Corte IDH, a pesar que no lo ha empleado para hablar de control de convencionalidad, sí lo ha hecho en otros casos (por ejemplo, en los casos *Gelman v.s. Uruguay o Aguado Alfaro v.s. Perú*). Entonces, desde una perspectiva analítica, se puede entender que el estándar es un enunciado de carácter normativo que se construye, o se reconstruye, a partir de la interpretación que desarrolla la Corte IDH en las sentencias de sus casos contenciosos⁸. Esto se podría entender como una suerte de precedente y, en ese caso, quizás surge la pregunta ¿acaso no sería recomendable aplicar la *teoría del precedente* para comprender toda la discusión?

Al respecto, existen dos argumentos desarrollados por Renata Bregaglio⁹ para descartar esta aproximación. En dicho sentido, se afirma que, en primer lugar, esta teoría se funda en el principio de *stare decisis* que presenta características particulares, dentro de las cuales se encuentra cierta homogeneidad de los criterios que las altas cortes desarrollan debido a la reiteración constante en el tiempo. Sobre esto, es posible que ciertos estándares de la Corte podrían obedecer a esta línea de trabajo, pero no todos los estándares se reiteran en el tiempo. Existen casos en los que se cambia de criterio y ello no brinda uniformidad al tratamiento que tiene la Corte IDH sobre los derechos. En segundo lugar, otro elemento importante para la doctrina del precedente es que aquellos que están en capacidad de dictar precedentes, que presentan carácter vinculante para los jueces de menor jerarquía, son los órganos de vértice de un sistema (las altas cortes)¹⁰. Desde esa perspectiva, entre la Corte IDH y las cortes nacionales, no existe una relación jerárquica, pero tampoco funcional, debido a que la Corte no es una cuarta instancia. Por consiguiente, su finalidad no es corregir la labor de interpretación del derecho que desarrollan las altas cortes de justicia de los Estados que forman parte del sistema de la Convención.

Entonces, estos argumentos señalan que no es posible aplicar la *teoría del*

8 En este punto podría argumentarse que tal concepto podría ser también aplicable a las interpretaciones que desarrolla la Corte IDH en sus opiniones consultivas. Ello sería posible por ahora a modo de hipótesis, no obstante, el trabajo de investigación al que se hizo referencia en la nota al pie 1 no aborda ese escenario, por lo que sería importante desarrollar estudios complementarios que permitan analizar los argumentos que lleven a tener una posición debidamente sustentada sobre este aspecto.

9 Bregaglio Lazarte, Renata (2016). «Reflexiones en torno a la noción de estándar jurisprudencial y sus posibilidades en el sistema Interamericano de Derechos Humanos en el marco del control de convencionalidad. ¿Es posible pensar en un sistema de precedentes?». En Priori Posada, Giovanni (coordinador). *Proceso y Constitución. Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra Editores, pp. 341-355.

10 Sobre el rol de las altas cortes en los sistemas judiciales puede verse los trabajos reunidos en Taruffo, Michele; Marinoni, Luiz Guilherme y Daniel Mitidiero (coordinadores) (2016). *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons.

precedente a la interrelación que se genera por la doctrina del control de convencionalidad. La alusión al uso *cuasi* firme y obligatorio de los estándares interamericanos que propugna la propia Corte IDH sobre los jueces nacionales debe ser abordada de otra manera.

Por ello, se plantea que el concepto de “estándar” debe ser entendido como la interpretación que hace la Corte IDH de los tratados sobre los que tiene competencia para formular enunciados interpretativos sobre los derechos humanos que esos tratados reconocen y buscan proteger.

Finalmente, son estos estándares los que se emplean, o deberían emplearse, como parte de la *ratio decidendi* de los casos que van a ser resueltos por las juezas y los jueces en el ámbito interno de los Estados, de tal manera que estos estándares integran el parámetro de control (de convencionalidad y de constitucionalidad) que tienen los jueces para resolver casos en conjunto con las constituciones y con la interpretación que se ha generado en una corte suprema o un tribunal constitucional.

5. El debate en torno a la fuerza vinculante de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹

Aun cuando se pueda pensar que es pacífico asumir el carácter vinculante de los estándares de la Corte IDH, lo cierto es que existe un encendido debate académico al respecto que reúne a los defensores de derechos humanos (para quienes lo que desarrolle la Corte IDH es vinculante *per se*) y los especialistas en Derecho Internacional (generalmente escépticos y críticos) y en Derecho Constitucional (generalmente favorables).

En este debate, en ocasiones, por el argumento de autoridad, se deja de buscar cuestionamientos en el panorama y se considera suficiente lo dictaminado («lo dicho») por la Corte IDH. Sin embargo, desde una perspectiva académica, se puede y se debe cuestionar siempre que el argumento que se plantea no esté suficientemente justificado.

Siguiendo esta línea, indicar que los jueces nacionales deben aplicar los estándares de la Corte IDH porque así lo estableció en sus sentencias, es apelar a un argumento de autoridad que requiere un tamiz crítico a partir de lo que se desarrolla en las distintas opiniones sobre el tema. En el ámbito del litigio y, especialmente, en el ámbito de las organizaciones no gubernamentales de protección de derechos humanos, está asentado que lo que expresa la Corte es “*ley*” debido a que esta apunta al carácter vincu-

¹¹ Un trabajo del suscrito que recoge de forma amplia los principales lineamientos de este debate puede ubicarse en el siguiente enlace: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/169009>.

lante de sus estándares. No obstante, existe una discusión académica y se presentan buenos argumentos para desarrollar un debate sobre la materia.

En ese sentido, hay argumentos que buscan justificar por qué los estándares interamericanos deben ser vinculantes para los jueces nacionales. Para ello, se apela al estatus o posición de la Corte IDH como el órgano de cierre del sistema interamericano y como intérprete autorizado de la Convención Americana. Asimismo, se apela al argumento de la eficacia o del efecto útil de las disposiciones de la Convención, debido a que ella no tendría un efecto útil *per se*, se requiere partir de los desarrollos que se obtienen en la interpretación de la Corte IDH sobre la Convención. Entonces, para brindar un efecto útil a la Convención Americana, se debe atener a lo que la Corte IDH ha desarrollado.

Además, se apela al concepto de “cosa interpretada”, con el cual la Corte IDH señala que todas sus sentencias tienen dos tipos de efectos: uno de “cosa juzgada” (*res judicata*), que vincula al Estado condenado; y el de la “cosa interpretada” (*res interpretata*), en el cual su interpretación resulta vinculante para todos los Estados que forman parte del sistema de la Convención, aun cuando no hayan sido condenados en el caso. Finalmente, la Corte IDH reproduce una serie de pronunciamientos de distintas salas supremas, cortes supremas y tribunales constitucionales de la región, en donde, según la Corte, todos ellos apuntan a seguir los estándares de la misma.

Los argumentos presentados se reconducen, en mayor o menor grado, al argumento de autoridad, porque tanto los argumentos de la eficacia y el efecto útil, así como el de *res interpretata*, son señalados por la Corte. El juez Ferrer Mac Gregor, en su voto razonado a la resolución de supervisión del caso *Gelman vs. Uruguay* (20 de marzo de 2013), indica que el efecto de *res interpretata* se derivaría del artículo 69 de la Convención Americana, que establece como obligatoria la comunicación de la sentencia a todos los Estados; sin embargo, se trata de solamente una comunicación sin efectos vinculantes *per se*, porque los Estados podrían ir más allá de la Convención o de la interpretación que tiene la Corte IDH. Aunque no puede negarse escenarios de retroceso también (lo que constituye lamentablemente una constante en los países latinoamericanos).

En el marco de la doctrina, hay argumentos que justifican la fuerza vinculante de los estándares de la Corte IDH, que añaden nuevos argumentos a los previamente desarrollados por esta; existen otros que replican lo que ya se ha señalado y apelan al argumento de autoridad; y hay voces críticas en la academia que tienen argumentos interesantes. En este sentido, se

comprende que, en el ámbito académico, no es homogéneo sostener que los estándares de la Corte son vinculantes para los jueces en el derecho interno.

Desde una perspectiva argumentativa, se reconoce que es una falacia acudir al argumento de autoridad porque incurre en una petición de principio. Por otro lado, hay argumentos críticos desde el derecho internacional público, del cual forma parte el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con sus características de especialidad. Por ello, se señala que el tratado establece un intérprete judicial, pero también se les otorga esa capacidad a los propios Estados, considerando que, tanto la Corte como los Estados que lo suscribieron, son intérpretes autorizados del tratado. Entonces, los Estados podrían adoptar mejores niveles de protección o tener niveles de cumplimiento de las obligaciones que derivan del tratado mucho más efectivas y eficaces¹².

Asimismo, se apela al argumento del consentimiento, que está relacionado con la literalidad del tratado. De esta manera, si se parte del hecho que son los Estados los que prestan su consentimiento para ser parte del tratado, el límite del consentimiento es el límite de las competencias de la Corte IDH y, en el marco de la Convención Americana, no se ha establecido que las sentencias, en sus casos contenciosos frente a terceros Estados, tengan un carácter vinculante¹³.

Los argumentos críticos generan un debate que amerita reflexión. Este debe partir desde el Derecho Internacional Público, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y desde el Derecho Constitucional. Además, se debe tener en consideración las características y los principios propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la forma en que se integra este derecho en el ámbito nacional, su posición dentro del sistema de fuentes y, el aspecto más importante, la recepción y práctica que se tiene en el ámbito interno de los estándares de la Corte IDH.

6. La recepción de los estándares en sede nacional

Se debe tener en cuenta que la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional debe ser explicadas

12 Malarino, Ezequiel (2011). «Acercas de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales». En Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel y Gisela Elsner (editores). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, pp. 435-455.

13 Benavides-Casal, María Angélica (2015). "El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, número 27, pp. 141-166.

a partir del fin propio de ambas áreas, vinculadas con la protección de los derechos en general, a partir de ciertos principios, como los de subsidiariedad, complementariedad, interacción entre el sistema internacional del sistema nacional y el principio *pro persona*. En este punto, se generan los debates en torno a la recepción formal, en general, del Derecho Internacional y, en particular, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el ámbito interno. Esto tiende a orientarse hacia una tesis integracionista, la cual busca integrar y armonizar el derecho interno con el derecho internacional¹⁴. Además, el principio *pro persona*, en relación con esa dinámica, otorga un margen de flexibilidad, tanto a la propia Corte IDH como a juezas y jueces nacionales¹⁵, en la medida que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se concibe como un derecho de mínimos y no de máximos; por lo tanto, el derecho internacional de los derechos humanos sienta una base, a partir de la cual los Estados deben mejorar los niveles de satisfacción de los derechos humanos.

En la actualidad, la mayoría de países se encuentran por debajo de los mínimos que establece la Corte IDH, por lo que hay mucho trabajo por hacer, tanto para alcanzar los mínimos como para poder construir hacia arriba.

Por otro lado, la incorporación de los estándares en sede nacional, se desarrolla por dos vías. En primer lugar, se debe tener en cuenta la jerarquía que tienen los tratados en cada sistema nacional. Por ejemplo, en el Perú se señala que los tratados son parte del derecho interno (artículo 55 de la vigente Constitución de 1993), pero los tratados sobre derechos humanos no tienen rango constitucional (como sí sucedía con la hoy derogada de la Constitución de 1979), por ello se necesitó de una construcción jurisprudencial que le adjudicara dicho rango, que fue realizada a partir de la IV Disposición Final y Transitoria del texto constitucional. Entonces, lo indicado resulta fundamental para considerar a los estándares interamericanos como parte del nivel constitucional dentro de la estructura jerárquica del sistema de fuentes, con lo cual adquieren una fuerza normativa indiscutible, al menos en lo que al Perú respecta, ya que para otros países se tiene que tomar en cuenta su derecho interno.

En segundo lugar, hay una cuestión material que va más allá de la recepción formal de los tratados y está vinculada con uso que se hace de los estándares interamericanos por parte de los jueces nacionales. En esa di-

14 Al respecto, puede revisarse los trabajos recogidos en: Capaldo, Griselda; Sieckmann, Jan y Laura Clérico (directores) (2012). *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Eudeba y Fundación Alexander von Humbolt.

15 Aguilar Cavallo, G. y Humberto Nogueira Alcalá (2016). «El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa». En *Revista de Derecho Público*, número 84, pp. 13-43.

rección, en el trabajo al que se hizo referencia al inicio del presente escrito, se analizó el estándar más asentado que tiene la Corte IDH: la invalidez de las leyes de amnistía en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Siguiendo la jurisprudencia sentada por tribunales internacionales (de Núremberg y otros tribunales penales internacionales *ad hoc*, así como el Derecho Internacional Humanitario), no cabe mecanismos de exención de responsabilidad dentro del Estado frente a las graves violaciones a los derechos humanos, como el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, la tortura, entre otros. Entonces, este estándar se traduce en que las leyes que buscan exonerar de responsabilidad o prescribir la acción penal en este tipo de casos son nulas o inválidas de pleno derecho. Estos actos no tienen validez jurídica dentro de los Estados, son nulas desde su propia promulgación porque son limitadas por las normas de *ius cogens* como el acceso a la justicia, la verdad, la reparación, el debido proceso y los derechos vinculados con estas graves violaciones: vida, integridad, libre desarrollo y salud.

Este estándar de la Corte IDH se ha ido construyendo desde diversos casos, como los que han involucrado a Perú, Uruguay, El Salvador y Honduras, que permiten señalar que hay una línea jurisprudencial homogénea, respecto de este estándar, que ha sido adoptado por países que no han sido parte de casos contenciosos sobre estas materias, como el caso de Argentina (sentencia del caso Simón), donde sus cortes nacionales lo han aplicado en los juicios contra los miembros de la dictadura militar; o como el caso de Colombia para enjuiciar y eliminar normas que pretendían eludir la responsabilidad penal de las graves violaciones a los derechos humanos suscitadas durante el conflicto armado interno. En ese sentido, la Corte Constitucional (C-007/18) evaluó la Justicia Especial para la Paz, que se creó como un mecanismo de reparación, transición, de enjuiciamiento, verdad y reparación para las víctimas del conflicto armado interno entre las FARC y el Estado colombiano. Asimismo, dicha Corte evaluó la compatibilidad de todo este sistema de justicia en relación con este estándar sobre la invalidez de las leyes de amnistía.

Ahora bien, teniendo en cuenta que Colombia y Argentina no han tenido un caso similar a violaciones de derechos humanos en conflictos armados internos y/o en el marco de dictaduras militares juzgados por la Corte IDH, este estándar deja en evidencia que los jueces nacionales siguen los estándares interamericanos y reconocen que las sentencias de la Corte IDH tienen un grado vinculante fuerte porque está dentro de la *ratio decidendi* de las sentencias a las que se hace referencia.

Por otro lado, no se puede dejar de mencionar que existe una casuística que traiciona los estándares mediante su manipulación. En el Perú ha sido recurrente en esa materia, tales son los casos de la justicia militar (Exp. 0001-2009-PI/TC) o Panamericana Televisión (Exp. 4617-2012-PA/TC), en donde se utilizan de manera manipulada, interesada y tergiversada los estándares de la Corte IDH para favorecer intereses de los militares y/o de una empresa privada para no hacer frente a sus obligaciones con el fisco.

7. Consideraciones finales

Como se puede advertir de lo dicho, hay un debate sobre si los estándares de la Corte IDH tienen o no carácter vinculante, asimismo que no solo hay aspectos positivos (mejorar los niveles de protección de los derechos), sino también dificultades (por la renuncia a la incorporación de los estándares al derecho nacional) y riesgos (de manipulación para favorecer intereses particulares o de grupos o ciertos sectores).

Todo lo cual, debe llevar a la necesaria discusión y seguimiento en torno a los aspectos formales (sobre la incorporación al sistema de fuentes), pero de forma especial, sobre la forma de uso de los estándares en sede nacional. A estos debe sumarse la reflexión muy rica también sobre si los estándares que derivan de opiniones consultivas resultan igualmente vinculantes.

En fin, hay mucho camino por andar en esta materia y en ese tránsito debemos avanzar.

Derechos de las personas LGTBIQ+: estándares convencionales del matrimonio igualitario*

Merly Martínez Hernández**

Universidad del Valle de México

Alinne Cardim Alves***

Università Degli Studi di Pisa

Catalina del Pilar Cardozo Arango****

Universidad de Medellín

Manuel Hildebrando Forno Castro Pozo*****

Universidad Nacional Mayor de San Marcos I

* Mesa de diálogo llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Licenciada en Derecho por la Universidad del Valle de México. Máster en Derecho Constitucional y Amparo. Maestranda en Defensa de los Derechos Humanos. Abogada litigante e investigadora. Docente de la Universidad Autónoma de Chiapas (México). Miembro del Colegio de Abogados procesalistas latinoamericanos. Cuenta con publicaciones académicas en México, Colombia, Paraguay, Brasil y España.

*** Maestra en Derecho Constitucional por el Centro de Post Graduación de la Institución Toledo de Encino Bauru. Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad *Degli Studi di Pisa* (Italia). Investigadora del Centro de Universitario de Sistema de Derecho Constitucional de Garantías de Derechos Fundamentales Asociada al Consejo de Investigación y Post Grado de Derecho.

**** Abogada por la Universidad de Medellín (Colombia). Experta en derecho de familia, género, sexualidades diversas, capacidad, enfoque diferencial. Abogada litigante más de catorce años. Asesora de varias entidades públicas y privadas. Profesora en diversas universidades de Colombia y conferencista internacional.

***** Máster en Género, Sexualidad y Políticas Públicas en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Realizó un diplomado de Estudios en Género por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Exdirector del Observatorio de Derechos Humanos y Violencia Contra la Población LGTBIQ. Miembro de diversas mesas de trabajo sobre derechos humanos LGTBIQ. Ponente sobre la necesidad de reconocer e incorporar políticas públicas que reconozcan la problemática y discriminación hacia las personas LGTBIQ+ en el Perú.

Los derechos de la comunidad LGTB+ y el matrimonio igualitario

Merly Martínez Hernández

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La importancia de la regulación del matrimonio igualitario/ 3. Los prejuicios dentro del tratamiento del matrimonio igualitario/ 4. Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos/ 4.1 Caso Duque v.s. Colombia / 4.2 Caso Atala Riffo y niñas v.s. Chile / 4.2.1 Derecho a la igualdad y prohibición de discriminación / 4.2.2 Lo reprochable entorno al caso de Atala Riffo Vs. Chile / 4.2.3 Conclusión de la sentencia / 5. Tipos de familia / 6. Consideraciones finales

1. Introducción

Existen diversos estándares convencionales, a nivel de países y normativas, que se instan a ser acatados por la sociedad y sus autoridades al momento de suscribir tratados internacionales a los cuales están sujetas todas las personas. Es una tarea universal, que acercará a las sociedades cada vez más a lo convencional del derecho interno.

2. La importancia de la regulación del matrimonio igualitario

Se abordará la importancia de la regulación del matrimonio igualitario y serán absueltas interrogantes, alusivas a los conceptos de familia, uniones de hecho y matrimonio. Estas tres formas de distinguir la convivencia continua, por amor y solidaridad, tienen los mismos fines.

Esta forma de clasificar las relaciones humanas comprende una serie de derechos y obligaciones, los cuales se ven reflejados dentro de la familia y matrimonio, donde a través del ordenamiento civil existen derechos que tienden a poder reclamarse; entre ellos se puede señalar el derecho de dar y recibir alimentos, contar con servicios médicos, adoptar y el derecho a un seguro. También se encuentran deberes, como dar, proteger, proveer y servir de ayuda mutua y solidaria.

Se puede afirmar que el matrimonio tiene una lista de expansión de derechos gubernamentales, compuestos por una lista de beneficios y responsabilidades que deben de ser atendidas y acatadas, cuando exista la concretización y unión de la familia.

En cuanto a los derechos y responsabilidades, se debe hacer mención a los impuestos, la herencia, los derechos de la propiedad, las reglas de la sucesión intestada, el privilegio del cónyuge en la ley de las pruebas,

derechos de adopción, derechos y beneficios de los sobrevivientes en caso de que alguna de las partes fallezca, certificados de nacimiento y de defunción, las normas de ética profesional, entre otros. Esta gama de derechos son resultado de la unión de personas que desean vivir en familia.

Resulta necesario establecer una regulación jurídica garantice el derecho a la dignidad, en medida que la dignidad es un derecho principal de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cabe resaltar, el factor diferenciador entre un derecho humano y una prerrogativa jurídica. Por ello, la regulación jurídica del matrimonio no debe estar solo a expensas de la autonomía de la voluntad de unir a dos personas, sino que esta autonomía no debe ser sometida a la voluntad de los límites del Estado; dichos límites deben encontrarse en permanente vigilancia del interés público y social. Gracias a esto es, la Convención Americana en su art. 17 menciona que el Estado debe proteger a los miembros de la familia.

3. Los prejuicios dentro del tratamiento del matrimonio igualitario

Se puede señalar que la inestabilidad de las prerrogativas, son los prejuicios; entendidos como los juicios que uno posee antes de conocer algo. Por ejemplo, la presencia de religiones como el cristianismo, lograron instalar un contexto de obligatoriedad en cuanto a cierto tipo de conducta o cierto tipo de familia, modificando la realidad de grupos sociales hoy marginados. Según esta creencia, no es concebida como natural la homosexualidad, incluso siendo este un tipo de orientación sexual común en los romanos, antes del cristianismo.

Sin embargo, hay una evolución en los derechos de las familias, donde el Estado no puede adoptar una postura autoritaria, tratar de infringir o estigmatizar los lazos de la familia. En ese sentido, no existe la incapacidad de las parejas homosexuales para establecer relaciones.

Es conocido el prejuicio que sostiene que una pareja homosexual no puede criar hijos en un ambiente sano. Dicho esto, es necesario recordar dos derechos determinantes, acogidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en los que se ha determinado la libertad en el matrimonio: el libre desarrollo de la personalidad, en donde cada miembro de la unión tiene el deber de elegir la opción sexual o la preferencia entre otras prerrogativas y, el derecho a no ser discriminado.

Existe discriminación cuando hay presencia de exclusión o distinción basada en el sexo u orientación sexual, que puedan hacer que las personas no posean los mismos derechos.

4. Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Se presentarán casos que han permitido establecer las bases o criterios que deben seguir los estados, al momento de resolver conflictos que se les otorgan a los juzgados a través de las sentencias.

4.1. Caso Duque v.s. Colombia

Caso contencioso de la Corte IDH, del 26 de febrero del 2016.

En ese contexto se evidencia la participación de derechos del señor Ángel Alberto Duque, quien es la parte que inicia el proceso, y el señor J. O. J. G, con quien tuvo una relación; convivieron en pareja y compartieron domicilio hasta el 15 de septiembre del 2001, en donde este último falleció por el Síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

El señor Duque, el 4 de agosto de 1997, ingresa a un programa de ETS-VIH / SIDA, en el cual se somete a un tratamiento antirretroviral. En dicho tratamiento, tiene que consumir una cantidad de entre 800/1000mg de azt- 3ct- idv- rtv. De no hacerlo, podría perder la vida, situación que incrementa su estado de vulnerabilidad.

Al momento de fallecer, J. O. J. G estaba afiliado a COLFONDOS S.A., en Colombia. Falleció el 19 de marzo del 2002; ante ello, se manifiesta que, si el señor Duque fuera una mujer, tendría derecho a una pensión de sobrevivencia. El señor Duque, a pesar de conocer esta situación legal en Colombia, el 3 de abril del 2002 solicita esta pensión, siéndole negada. Dicha negativa se fundó mediante la Ley N° 100 de 1993.

La legislación colombiana, en materia de seguridad social, entorno a esta ley, regula que, para los beneficios de una pensión de sobrevivencia, el cónyuge, compañera o compañero son beneficiarios. Sin embargo, esta calidad de beneficiario se establece siempre que la unión sea entre un hombre y una mujer. Actualmente, la legislación ya contempla la unión de personas del mismo sexo, desde el 28 de febrero del 2016.

Sin embargo, la Ley N° 54 del 28 de diciembre, en su Artículo 1ero refiere que, para los efectos de la ley civil, se denomina unión marital de hecho: aquellos que no se encuentran casados, formada de la unión entre hombre y mujer. Aquí se encuentra el prejuicio y la distinción, ya que sin estar casados pueden formar una comunidad de vida permanente y similar, igualmente para todos los efectos civiles que denomina un compañero o compañera permanente, al hombre y a la mujer que forman parte de la

unión marital de hecho. Por ello, se realiza una distinción y exclusión para las personas que son del mismo sexo, que sin estar casados tienen una comunidad de vida permanente.

En ese sentido, en el Decreto N° 1889 del 3 de agosto de 1993, en su artículo 10 determinó que el compañero o compañera permanente tiene el derecho a una pensión de sobreviviente del afiliado, quien ostentará la calidad de compañero permanente siempre que sea de sexo diferente al del causante y que haya vivido con esta persona en vida marital, durante el lapso no inferior a dos años.

Este tipo de circunstancias son violatorias de los Derechos Humanos, ya que el Sistema General de Seguridad Social solo permite dos tipos de regímenes: afiliados a través de un régimen contributivo (que son los que tienen el privilegio de tener un trabajo) y ser servidor público. Todas las demás personas que requieran acceder a un régimen de seguridad social, tienen que recurrir a otro régimen, llamado subsidiario, el cual es amplio y prevé un costo alto, que generalmente es cubierto por personas de clase económica alta.

A raíz de esto, se da inicio a la acción de tutela, en el cual se alegó que Duque no contaba con dinero propio, en su situación de portador de VIH y de encontrarse en un tratamiento antirretroviral; por lo cual se le negó el amparo, manifestando que podía acudir a instituciones públicas como el Sisbén (Sistema de Identificaciones de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales). Sin embargo, sus niveles de calidad y accesibilidad son bajos.

El décimo segundo juzgado civil del Circuito de Bogotá, afirmó que la familia únicamente se formaba por la unión de un hombre y una mujer, únicos potencialmente capaces de conservar la especie, mediante la procreación de los hijos. Así, la unión de personas homosexuales queda excluida de la posibilidad de preservación de una familia. Difieren las relaciones a nivel íntimo en una pareja del mismo sexo, de la unión que conforma una familia, categorizándolas como diferentes maneras de amor.

El Poder Judicial debe ejercer, en cualquier país, un control de convencionalidad *ex officio*; por iniciativa solicitada por las partes entre las normas internas y la Convención Americana. Siempre vigilando la protección al derecho de igualdad ante la ley y la no discriminación, esas normas referencian un trato desigual hacia la orientación sexual de las personas; evidentemente, viola el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, lo cual se encuentra protegido por el art. 24 de la Convención Americana.

No debe haber una distinción que no sea razonable u objetiva; de ser así, se estaría violando el *ius cogens*, que se traduce en igualdad y no discriminación. Este tipo de derecho no se puede controvertir, dado que es la base de los derechos primogénitos, que no pueden violar o generar discusión normativa que los controvierta.

En la esfera de dicha sentencia, se desarrolla un contenido que comprende legislaciones de diferentes países de Latinoamérica. Determina que, en el caso de México, la sociedad de parejas del mismo sexo era válida en el 2006, estableciéndose el matrimonio igualitario en el 2009. En el 2015, mediante un amparo se determinó la inconstitucionalidad al determinar que solo las personas de sexos diferentes podrían contraer matrimonio.

En Uruguay, en el 2007, se estableció la ley sobre la unión concubinaria y, en el 2013, se estableció que el matrimonio podría ser entre personas del mismo sexo; como consecuencia, podrían ser beneficiarios de la pensión de sobrevivencia. Además, Argentina estableció en Buenos Aires, en el 2002, la unión civil a nivel nacional, por lo que se permitió el matrimonio en personas del mismo sexo en el 2010. En el 2008, la Suprema Corte determinó que había un derecho a una pensión a los convivientes del mismo sexo y en el 2010 se permitió una pensión por fallecimiento a las personas que tuvieran una relación homosexual, esto regulado en el párrafo 115.

Consecuentemente, en el párrafo 116, la Corte reconoció que, en Brasil, a través de su decreto del 10 de diciembre del 2010, se permitió la pensión de muerte en las parejas del mismo sexo. Se aprobó el matrimonio igualitario el 14 de mayo del 2013 y el Supremo Tribunal Federal permitió, el 10 de diciembre del 2013, que contrajeran matrimonio las parejas del mismo sexo.

Asimismo, Chile, en octubre del 2015, determinó que los convivientes civiles de mismo sexo tienen todos los derechos en materia de pensión que las parejas heterosexuales, regulado en el párrafo 17. En conclusión, la sentencia determinó que Colombia era responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación contenida en el artículo 24 en perjuicio del señor Ángel Duque, toda vez que, no se le permitió acceder a condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en la normativa interna colombiana.

4.2. Caso *Atala Riffo y niñas v.s. Chile*

Este resulta ser un caso paradigmático, donde las autoridades han implementado argumentos discriminatorios para limitar derechos a las

personas por su orientación sexual. Cabe resaltar que Atala Riffo es juez en su país (Chile).

El caso refiere a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del ciudadano y custodia de sus menores hijas M., V. y R.

Los hechos iniciaron en 2002, cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes. En ese momento, por mutuo acuerdo decidieron que la custodia quedaría a cargo de la señora Karen Atala, quien vivió con sus hijas en la ciudad de Villa Rica.

Sin embargo, en el año 2002 decidió hacer vida en común con Emma de Ramón. Ellas convivieron con las hijas de Atala y, ante ello, en el 2003, el padre de las niñas decidió interponer una demanda de custodia ante el Juzgado de Menores de Villa Rica. En octubre del 2003, dicho Juzgado rechazó la demanda de tuición; sin embargo, esta se impugnó y, en marzo del 2004, la Corte de apelaciones confirmó la sentencia en la cual determinó que la custodia sería a favor del señor Ricardo.

A raíz de ello, en mayo del 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo López Allende y concedió la tuición definitiva.

4.2.1. Derecho a la igualdad y prohibición de discriminación

Se pondrán en análisis los derechos de igualdad y la prohibición de discriminación; en medida que estos están ligados a los demás y el conjunto prevé la posibilidad de modificar las instituciones del país.

Los dos derechos señalados tienen fundamento y desarrollo en los art. 1.1 y 24, donde el primero refiere al deber del Estado de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos. Por otra parte, el segundo, protege el derecho de igualdad de protección a la ley. La orientación y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la convención.

4.2.2. Lo reprochable entorno al caso de Atala Riffo v.s. Chile

Se había manifestado que Atala había superpuesto sus intereses ante los de sus hijos, debido a que, al vivir con su pareja, había cometido algún tipo de daño que podía repercutir en las menores, aludiendo al poder producir una

confusión en el desarrollo de las niñas. Resaltar que todos los argumentos parten desde la orientación sexual de una persona y se utiliza un principio para negar otro, el interés superior del niño, se dijo que las niñas podían ser discriminadas en su entorno; situación que resultaba totalmente errónea.

Para los jueces, pasó desapercibido que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio, y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

4.2.3. Conclusión de la sentencia

El 24 de febrero del 2012 se concluye que el Estado era responsable por violación de garantía de imparcialidad; que existían, además, prejuicios y estereotipos que recaían entorno al accionar que había emprendido Atala Riffo.

5. Tipos de familia

Dice la Convención Americana, mediante sus art. 11.2 y 17.1, parámetros que sirven a los alegatos y así poder proteger a las personas de esta comunidad. El primero refiere a que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su domicilio o correspondencia.

Entorno al segundo artículo, la familia es el elemento fundamental y natural que debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Es necesario señalar que la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo está regulada y respaldada por la Corte, que señala que en la Convención Americana no se encuentra un concepto cerrado de familia ni se protege a un concepto cerrado de la misma.

6. Consideraciones finales

Finalmente, se concibe que una familia puede conformarse por personas con diversas identidades de género y/u orientación sexual. Merecen, cada una de ellas, ser respetadas por la sociedad, pero también, por el Estado.

La situación LGBT en Brasil desde el enfoque jurisprudencial

Alinne Cardim Alves

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Disposiciones generales entorno a la familia / 2.1. El afecto dentro de la familia / 3. Entorno al Tribunal de

Justicia y sus diferentes manifestaciones / 3.1. Tratamiento constitucional de la familia actualmente / 3.2. El deber de los Poderes / 4. Consideraciones finales

1. Introducción

Enfocada desde la praxis, refiere a un tema de suma relevancia para Latinoamérica. Desde el análisis jurisprudencial, se estudiarán algunos detalles entorno a la situación LGBT dentro del contexto brasileño.

2. Disposiciones generales entorno a la familia

Con el advenimiento de la Constitución Federal de 1988, la familia dejó de ser sólo el advenimiento del matrimonio. El concepto de Familia entonces extremadamente taxativo, pasó a presentar un concepto plural. Los cambios fueron tan pragmáticos que, como un punto de inflexión, podemos dividir el Derecho de familia entre antes y después del Advenimiento de la Constitución Federal de 1988.

En su artículo 226 de la Constitución Federal enumera la Familia como base de la sociedad, mereciendo especial atención al Estado. La propia Constitución vino a romper con el prejuicio legal, instalando, en el texto jurídico, una nueva concepción de familia, pues además de inaugurar la igualdad entre el hombre y la mujer, amplió el concepto de familia, reconociendo la Unión Estable a las familias monoparentales. Consagró la igualdad de los hijos fuera del matrimonio, o por adopción, garantizándoles los mismos derechos.

La familia dejó de ser entendida como un núcleo económico y reproductivo, avanzando hacia una concepción socioafectiva (como expresión de unidad de afecto y entre ayuda).

Se abandonó el matrimonio como punto de referencia necesario, para buscar la protección y el desarrollo de la personalidad del hombre. Es la búsqueda de la dignidad humana, superando valores meramente patrimoniales.

Anclada en la seguridad constitucional la familia se ha convertido en igualitaria, democrática y plural. Las familias modernas y contemporáneas se constituyen en un núcleo evolucionado a partir del desgastado modelo clásico, matrimonializado, patriarcal, jerarquizado, patrimonializado y heterosexual, centralizador de prole numerosa que confería estatus a la pareja.

En análisis al artículo 226 Constitución Federal, tutela los tres tipos de entidad familiar explícitamente previstos en el ordenamiento jurídico

brasileño, configurando „*numerus Clausus*“, habría dejado fuera los otros tipos reales, generando soluciones jurídicas inadecuadas o de total desconsideración de ellas. Se defiende que el „*caput*“ de dicho artículo es una cláusula general de inclusión, ya que las entidades familiares enumeradas en el texto constitucional tienen un carácter meramente ejemplificativo, por lo que no es admisible excluir cualquier entidad que cumpla los requisitos de efectividad, estabilidad y ostensibilidad. La regla del artículo 226, § 04º es la cláusula general de inclusión y este es el sentido del término que contiene. Tiene también el significado de igualmente de la misma forma, además, de inclusión de hecho sin exclusión de los otros“.

Las relaciones del mismo sexo son nominadas, en la moderna doctrina brasileña de „homoafectividad“ „homoerotismo“ „homosexualidad“.

2.1 El afecto dentro de la familia

La familia puede ser sintetizada como toda relación que tenga un vínculo de afecto y solidaridad. Anclada en la seguridad social, la familia se ha vuelto una unidad igualitaria y democrática, respecto a las familias modernas y contemporáneas que se constituyen en un núcleo que evoluciona a partir del desgaste del modelo clásico (modelo centralizador del matrimonio donde se podía ver insertado el sistema patriarcal).

En la práctica a pesar del silencio legislativo, las uniones homosexuales han presentado avances significativos, gracias al reconocimiento por medio de la jurisprudencia.

3. Entorno al Tribunal de Justicia y sus diferentes manifestaciones

En el año 2011 marcó la historia de los derechos fundamentales, siendo un verdadero punto de inflexión. El Tribunal Supremo, al juzgar la Acción de Inconstitucionalidad n.º 4277, propuesta por lo Procurador General de la República con el objetivo de reconocer la unión entre personas del mismo sexo como entidad familiar y la extensión de los derechos y deberes de los compañeros en las uniones estables las uniones homoafectivas y la Acción de Arguição de incumplimiento de precepto fundamental n. 132 propuesta por el Gobernador de Río de Janeiro ante la omisión legislativa que regula el servicio público en relación con las uniones homoafectivas, buscando la equiparación de la unión homoafectiva a la unión estable, reconoció la unanimidad, la posibilidad de reconocimiento de los derechos a las parejas formadas por persona del mismo sexo.

La Corte referencia constitucional a la dualidad básica hombre/mujer en el § 3º de su artículo 226, se debe al centrado objetivo de no perder la menor oportunidad para favorecer las relaciones jurídicas horizontales o sin jerarquía en el ámbito de las sociedades domésticas. Refuerzo normativo, a un más eficiente combate la cuestión patriarcal de las costumbres brasileñas.

Ante la posibilidad de interpretación en sentido prejuicioso o discriminatorio del artículo 1.723 del Código Civil, no se ha resuelto a la luz de sí mismo, se hace necesaria la utilización de la técnica de „interpretación“ conforme a la Constitución. Esto para excluir del dispositivo en cuestión cualquier significado que impida el reconocimiento de la unión continua, publica y duradera entre personas del mismo sexo como Familia. Reconocimiento que debe hacerse según las mismas reglas y con las mismas consecuencias que la unión estable y heteroafectiva.

A continuación, el Tribunal, aún por votación unánime, juzgó procedente las acciones, en eficacia *erga omnes* y efecto vinculante, autorizados a los ministros a decidir monocráticamente sobre la misma cuestión.

Por otro lado, la prohibición de la discriminación afirma que el constitucionalismo fraterno toma la idea del pluralismo sociopolítico y cultural, puesto que eso implica la libertad de los individuos en disponer de su sexualidad, como derecho fundamental del individuo. Con objetivo de proteger la intimidad y la vida privada, se considera a esta categoría del sexo como un factor al que no se le puede trazar una des igualdad jurídica.

Se puede revisar otro punto diferente donde el protagonista es el derecho a la preferencia sexual, como emanación de una divinidad humana. Esta lógica, se interpreta por medio del artículo 3 de la Constitución Federal.

3.1. Tratamiento constitucional de la familia actualmente

En vísperas del 28 de junio de 2011 —conocido internacionalmente como el Día del Orgullo LGBT— en el interior de *São Paulo* hubo, por primera vez en la historia, la conversión de la unión estable homoafectiva en matrimonio. Después de esta decisión otras peticiones también fueron atendidas judicialmente, incluso casos de matrimonio directo, sin previa unión estable.

Los acontecimientos son consecuencia lógica del histórico juicio dictado por el Superior Tribunal Federal que equiparó la protección jurídica estatal

concedida a las uniones convivencias entre heterosexuales y las uniones homoafectivas. Esto se debe a que el artículo 226, § 03 de la Constitución Federal, que dispone sobre la unión estable, prevé que „la ley debe facilitar su conversión en matrimonio“. Sin embargo, el legislador no ha atendido la tarea de simplificar el procedimiento, ya que conforme al artículo 1.726 del Código Civil, para que sea posible tal conversión, es necesaria autorización judicial y posteriormente, el asiento en el registro civil.

Mientras tanto, los Poderes Judicial y Ejecutivo, atendiendo al clamor social de justicia y equilibrio, a pesar de las resistencias y prejuicios comienzan a dar efectividad a las normas y principios constitucionales y dispensar un tratamiento especial al tema, objetivando no más excluyendo. Hay que respetar la orientación de cada ser humano, especialmente en el campo sexual. La libre elección sexual es un derecho de todos y no puede ser una razón para descalificar a un ciudadano.

La posibilidad de conversión de unión estable entre personas del mismo sexo es idéntica en matrimonio viene impuesta por la presencia de todos los elementos que caracterizan a las uniones estables y entidades familiares: convivencia duradera y continua, asistencia mutua y, especialmente, lazos afectivos.

Lo cierto es que, a partir de entonces, —aun necesitando de intervención judicial— Brasil pasó a figurar en los países que posibilitaron y aceptaron el matrimonio gay, aunque en la forma de la conversión, en una patente demostración de acatamiento de las diferencias, sin hipocresías, posibilitando sobre todo la felicidad de sus ciudadanos.

En el caso de la habilitación para el matrimonio, otra victoria fue conquistada por el Super Tribunal de Justicia, bajo la relatoría del Min. Luís Felipe Salomão, a fines de octubre de 2011. El caso originario de *Rio Grande do Sul*, objetivaba la solicitud de habilitación para el matrimonio dos mujeres que se relacionaban de manera estable tres años antes de la Postulación de la solicitud. Como la solicitud fue denegada por dos Registros Civiles de Porto Alegre - RS la pareja entró con la acción.

Sin embargo, los artículos 1.514, 1521, 1.523, 1.535 y 1565 del Código Civil de 2002 no prohíben expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo, y no se puede ver una valla implícita al matrimonio homosexual sin afrenta a costosos principios constitucionales, como el de la igualdad, el de la no discriminación, el de la dignidad de la persona humana y el del pluralismo y la libre planificación familiar.

Según el juzgado, mientras el Congreso Nacional no asuma, explícitamente, su coparticipación en el proceso constitucional de defensa y protección de los socialmente vulnerables, no puede el poder judicial, dimitir de ese mister, bajo pena de aceptación tácita de un Estado que sólo es democrático formalmente, sin que tal predicativo resista una mínima investigación sobre la universalización de los derechos civiles.

3.2. El deber de los Poderes

Las uniones homosexuales no difieren en nada de las demás entidades familiares existentes, y la falta de regulación no frenará la existencia de las uniones ya formadas. Del mismo modo, la legislación tampoco aumentará el número de personas que practican la homosexualidad.

Dado que la unión homosexual no está reconocida como una entidad familiar, no se está aplicando el principio de justicia, ya que no se están cumpliendo los principios de igualdad, derecho a la opción sexual, derecho a la intimidad, derecho a la sociedad justa, solidaria, fraterna, del reconocimiento del afecto como valor jurídico y del pluralismo jurídico.

El contenido jurídico de la libertad sexual va mucho más allá de la posibilidad de mantener una vida familiar con la persona de los mismos sexos y recibir una protección adecuada, por parte del Estado, para la vivencia de esta relación conyugal.

La justicia no puede permitir situaciones de desigualdad e injusticia. Desde el momento en que el afecto pasó a merecer reconocimiento jurídico, la consecuencia no podría ser otra: no son más las leyes o la Justicia que determinan cuáles son las entidades merecedoras de la protección del Estado, sino el sentimiento existente entre dos personas, independientemente de su orientación sexual, raza, religión, o cualquier otra designación.

4. Consideraciones Finales

Superado el obstáculo del reconocimiento de la unión homoafectiva con entidad familiar, cuando —en las palabras de Rodrigo da Cunha Pereira— „los restos de amor son llevados al Judicial“ es necesario conferirles los mismos derechos asegurados a las demás células familiares.

La disolución, sin duda, deberá tramitar en las Varas de las Familias. Prueba de ello es el enunciado n. 524 de las Jornadas de Derecho Civil para la siguiente previsión: „Las demandas involucrando unión estable entre personas del mismo sexo constituyen materia de Derecho de Familia.“

No sería admisible ningún retroceso en las conquistas garantizadas, con ardua lucha, en las últimas décadas. Cualquier intento de disolución de relaciones entre personas del mismo sexo en el Tribunal Civil sería, como mínimo, un intento de un desastroso viaje a una época que debe quedar restringido a los libros de historia

El presente, pasado y futuro de la comunidad LGTBIQ+

Catalina del Pilar Cardozo Arango

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Situación actual en Colombia / 2.1. Entorno a las sentencias / 3. Un suceso de activismo en el año 2012 / 3.1. Entorno a los hechos / 4. En búsqueda de poner determinados factores a la orden de la Constitución / 5. El logro de reconocimiento / 5.1. El activismo judicial / 6. Consideraciones finales

1. Introducción

Se comentará la historia colombiana en presente, pasado y futuro. Se revisará la evolución de la construcción de la conquista de los derechos de las poblaciones o grupos LGTBIQ+ y, asimismo, conocer su estado presente en Colombia y analizar nuestra proyección sobre cuáles serán los próximos retos y perspectivas.

2. Situación actual en Colombia

La situación colombiana, en cuanto a los matrimonios de parejas del mismo género, no fue una construcción legislativa, el Congreso se mostró siempre bastante apático en legislar al respecto; por lo tanto, todo el activismo ha sido judicial y a partir de acciones de tutela, de amparo o desde el reconocimiento de la Corte Constitucional.

La Corte Suprema de Justicia, en sus 3 salas (Civil, Penal y Laboral) también ha hecho destacables reconocimientos, situación similar a la del Consejo ESSAU, el alto Tribunal de lo contencioso administrativo. El reconocimiento ha sido jurisprudencial y de grandes avances en América Latina.

2.1. Entorno a las sentencias

La primera sentencia fue en el año 1995, cuando en Colombia se había decretado la nueva Constitución del 1991; un Estado Social de Derecho

crea La Corte Constitucional. Es en el año 1995, cuatro años después de inaugurar la nueva Constitución, momento en que se presenta la primera demanda, para pedir adopción por parte de una persona homosexual.

En medida de ello, la tutela fue negada y se dio inicio a una serie de demandas en sede de tutelas y acciones públicas de constitucionalidad, demandando algunas leyes colombianas por no ser conformes o coherentes con la Constitución, con relación a la igualdad y no discriminación por sexo u orientación sexual. Es hasta el año 2007 que la Corte Constitucional negó todas las solicitudes en relación la igualdad y no discriminación; sucedía que no admitían la demanda por no cumplir los requisitos normales, o que la Corte todavía no estaba preparada para tomar esas decisiones de este tipo.

A partir de la década del 90, se empezaron a señalar las equivocaciones que se cometieron en dichas solicitudes; comentado por la profesora Merly Martínez, esta situación le da inicio al activismo judicial; para casos similares, se acudía a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para poder ser reconocidos su pensión de supervivientes y su afiliación a salud.

Cabe resaltar el manejo de 2 regímenes: primero, el sistema contributivo, donde están afiliadas las personas contribuyentes al sistema; en situación de dependencia, bajo contrato laboral o trabajadores independientes y; segundo, el sistema subsidiado, impuestos y recursos que permiten que una persona está afiliada al sistema contributivo afiliarse a su pareja del mismo género como beneficiario. Logro destacado a favor de la igualdad.

Se reconoció, entonces, este derecho a la pensión de sobrevivientes.

Finalmente, se obtuvo la sentencia C-075 del 2007, donde la Corte Constitucional revisa la Ley N° 54 de 1990, aquella que Merly Martínez mencionaba. Esta ley regula la unión marital de hecho, la vida en unión permanente singular entre un hombre y una mujer. Sobre dicha sentencia, la Corte asegura que se debe interpretar de diferente manera, y lo extendió a las parejas homosexuales; este fue un hecho glorioso para el ordenamiento jurídico, ya que fue la primera vez en que se reconoce el derecho a tener una familia, a decidir cómo conformarla y con quien a partirla. Inició así una serie de sentencias de tutela de constitucionalidad; es decir, se empieza a revisar el ordenamiento jurídico colombiano, para estar en orden con la Constitución en cuanto a la igualdad y a la libertad.

A partir de estos principios, valores y derechos fundamentales, se ha indicado que forma parte del catálogo de libertades individuales, en particularidad del libre desarrollo de la personalidad; es decir, que las personas son quienes

eligen cuál es su orientación sexoafectiva, posicionándolo como un asunto de igualdad real. El art. 11 de la Constitución colombiana menciona que no se puede discriminar por género, etnia, raza, origen, ideología política, religión y orientación sexual.

La Corte se concentra en el debate sobre el punto de partida de la homoafectividad. Si se afirma que una persona nace homosexual, tiene derecho de ser tratado como cualquier otra persona; y, si se afirma que una persona se desarrolla y descubre como homosexual, es porque puede decidir libremente cual va a ser su orientación sexual. Se entra en este debate, principalmente, en un Estado Social de Derecho, donde el principio de valor primordial es la dignidad humana, de ahí el argumento jurídico, constitucional y convencional para el reconocimiento.

3. Un suceso de activismo en el año 2012

En el año 2012, empieza una nueva lucha después de obtener gran parte del reconocimiento de derechos patrimoniales y personales. En dicho año, una pareja lésbica se manifiesta con el fin de poder obtener el derecho a adoptar; una de ellas era decana de las Facultades de Ingeniería de la Universidad Nacional de Colombia.

3.1. Entorno a los hechos

Hasta ese momento, solamente se les reconocía la unión marital de hecho. Previamente a los hechos, cabe mencionar que una de ellas ya había conformado una familia y dos niños anteriormente, con otra mujer; habían sido ellas quien habían concebido, gestado y dado a luz a estos niños, a través de inseminación artificial.

Sin embargo, la otra madre no había sido reconocida formalmente por el ordenamiento jurídico. Para poderlo hacer, en Colombia se encuentra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, autorizado para realizar el trato oficial de los procesos de adopción, luego para realizar una modificación del estado civil en su Jurisdicción.

Esta pareja inicia un proceso para que la compañera permanente de la madre biológica y registral pueda proceder a la adopción. Lamentablemente, en el ICBF, fundamentados en el código de la infancia y adolescencia, se les niega la adopción; a pesar de ello, ambas inician el proceso a través de una acción de tutela y amparo.

Por último, en el año 2012, mediante la sentencia de tutela 276, les es permitido adoptar. Sectores inclusivos celebraron la moción, a pesar de

que agrupaciones ortodoxas, de derecha y religiosas se opusieron a esta sentencia en defensa. El supremo defensor de los Derechos Humanos de ese entonces, religioso simpatizante de Opus Dei y muy defensor de los derechos de familia tradicionales, se opuso a la sentencia y pidió la nulidad. Sin embargo, la pareja logró su cometido. Cabe señalar que se trata de una sentencia de tutela con efectos interpartes, con efectos solo para ellas.

Posteriormente, mediante otra sentencia, la Corte Constitucional indica que el derecho reconocido a esta pareja se extenderá a cualquier otra que cumpla los mismos presupuestos básicos; es decir, bajo efectos intercomunes. Cualquier otra pareja de mujeres lesbianas o pareja marital que esté en esas condiciones, contará con esos derechos.

4. En búsqueda de poner determinados factores a la orden de la Constitución

Se deja de buscar la sentencia particular, sino una del código de la infancia y adolescencia, que pueda ser corregido y puesto a la orden de la Constitución.

Se podría comentar que las demandas surgieron de manera errónea, puesto a que se solicitaba el reconocimiento del derecho a constituir una familia a través de la adopción, entre parejas homosexuales. Ante esto, la Corte se negó.

El maestro Sergio Estrada Vélez, presentó una gestión pública de constitucionalidad; argumentando que el derecho a formar una familia no está referido a la persona individual con determinada orientación sexoafectiva, ni a parejas homosexuales, ni al libre desarrollo de la personalidad o su trato igualitario; este es un derecho radica en las infancias y adolescencias en situación de vulnerabilidad. Los menores tienen el derecho fundamental a tener una familia y no ser separados de ellas, pero, como dice la Constitución en el art. 44, tienen derecho al amor (derechos prevalentes en el ordenamiento jurídico).

5. El logro del reconocimiento

A pesar de haber conseguido logros importantes para las familias homosexuales, aún no se había considerado el derecho a la unión matrimonial. En la Corte Constitucional, se refiere en el art. 42 al matrimonio entre un hombre y una mujer; entonces, para poder permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo había que modificar la constitución. Además de asuntos religiosos alrededor del matrimonio y su sacristía, debe ser considerada la sentencia ITO, la cual remarca el derecho

de las familias al bloque de constitucionalidad, conformado por tratados y convenios internacionales sobre los Derechos Humanos sobre los que el gobierno colombiano dispone en el Congreso de la República.

Ha ratificado, dentro de la constitucionalidad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, en particular, el caso latinoamericano respecto de los deberes y derechos de los hombres y mujeres. Forma parte de la Constitución, del ordenamiento jurídico y de los Tratados Internacionales. Dentro de las normas constitucionales, están estos tratados y convenios internacionales.

5.1. El activismo judicial

El activismo judicial está muy orientado a la convencionalización de los derechos. Las altas cortes son quienes deciden, mediante fallos, estos convenios y tratados internacionales. La Corte se orienta al bloque de constitucionalidad y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, su art. 16 es la expresión que funda a la familia, sin restricción alguna, encontrando en cláusulas referidas a los deberes y derechos.

Según el derecho a constituir una familia, la Corte sugiere, de conformidad con los derechos convencionales las parejas del mismo sexo, que se tiene el derecho a conformar una familia sin restricción alguna. El art. 42 de la Constitución menciona que, después de afirmar que la familia es la institución básica y núcleo fundamental de la sociedad, que se constituye de la voluntad responsable para conformarla; que las parejas del mismo género pueden, de manera voluntaria y responsable, formar una familia a través del matrimonio.

6. Consideraciones finales

Múltiples sentencias entorno a tutelas, orillaron a que notarios y jueces aprueben la solemnización del matrimonio. Es así que la Corte reunió una sentencia unificada; a partir de esta construcción constitucional, se permite el matrimonio igualitario entre parejas del mismo sexo.

La lucha de las personas LGBTIQ+

Manuel Hildebrando Forno Castro Pozo

SUMARIO: 1. Un reencuentro histórico 1924-2021 / 2. La educación: brechas, diferencias y género / 3. Comunidad LGBTIQ+ salud y seguridad / 4. Legislación, figuras y el futuro para la comunidad LGBTIQ+ / 5. COVID-19 y comunidad LGBTIQ+ / 6. Conclusión

1. Un reencuentro histórico 1924-2021

En 1924 se elimina a la sodomía: la homosexualidad no es un delito en Perú; mientras que el 17 de mayo de 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) retiró de su lista de enfermedades mentales a la homosexualidad. Es decir, en la actualidad, ningún centro de rehabilitación homosexual debería estar habilitado. Desde la instauración de la Constitución de 1993, se han presentado múltiples proyectos de ley, como en contra de la discriminación por orientación sexual, identidad de género o crímenes de odio, para reconocer derechos de las personas LGTBIQ+, además de otros como la unión civil y el matrimonio igualitario. Todos quedaron archivados.

2. La educación: brechas, diferencias y género

Hasta la fecha, no se ha recibido una educación integral donde se aborde la orientación sexual, identidad de género u otro similar como parte intrínseca de toda persona. Entonces, el desarrollo se ve condicionado por estigmas, prejuicios y roles de género de nuestros allegados, ignorando una educación sobre esta temática.

Desde un principio, la socialización, nos brinda un proceso de aprendizaje diferenciado: los hombres dedicados a lo público y las mujeres a lo privado (actividades del hogar). De la misma manera desde una visión distinta, como el caso de que los varones pueden salir a divertirse e involucrarse en actividades sociales; mientras que las mujeres están destinadas a la cocina, quedarse en casa, no salir a encuentros sociales, a atender a sus hermanos, entre otros. Todo esto representa un mecanismo de vigilancia, control e identificación a los diferentes, o sea, a las personas LGTBIQ+. La constante segregación a los niños, las niñas y adolescentes pertenecientes a la comunidad LGTBIQ+ constituye un problema donde ellos son violentados y discriminados a causa de su orientación sexual e identidad de género.

Se deben incorporar cursos y propuestas a nivel superior, no solamente en las facultades de Psicología, Derecho y Pedagogía; sino en todos los niveles, a fin de propiciar un proceso integral y continuo, que fomente la posibilidad de que la violencia estructural cese. De esta manera, las personas pertenecientes a la comunidad LGTBIQ+ podrán vivir con la misma dignidad y derechos que todos y todas.

3. Comunidad LGBTIQ+: salud y seguridad

Muchas veces, se dan casos donde personas con VIH que residen en provincia, acuden a Lima para no ser reconocidos y recibir antirretrovirales de manera gratuita. Otros, terminan siendo asesinados por sus compañeros sexuales. Tal es el caso, de una mujer transexual que fue asesinada recientemente.

Sin embargo, se tienen que desarrollar procedimientos de prevención y sanción para los responsables. Por ejemplo, un canal abordó este tema en su cobertura informativa. Si bien se realizó bajo las condiciones de respeto de los derechos humanos de la persona afectada al decir mujer transgénero (al referirse a la persona, debería también nombrarla por su nombre social), Es necesario que los medios de comunicación respeten, a las personas y no incentiven el odio hacia ellas.

Lamentablemente la PNP y Serenazgo, son las instituciones que violentan con mayor frecuencia a las mujeres trans, y esta situación dificulta el poder denunciar, “Es como ir a la boca del Lobo”, ya que son las autoridades quienes violentan a la misma comunidad LGBTIQ+. Esa es una de las principales razones por la que las personas LTGBIQ+ no acuden siempre a las autoridades. Ya que si bien hay manuales para tratar este tipo de situaciones donde se vulneran los derechos, la autoridad que se encuentra presente suele no tomarla en cuenta. Incluso, se menciona que estos manuales no han sido recibidos por ellos. Esto se contradice con lo real, ya que existe un manual del “Seren Municipal” y el Manual de Derechos Humanos aplicados a la Función Policial, ambos aprobados por el Ministerio del Interior en 2018-2019 y 2018, respectivamente. La problemática mencionada perpetúa que se sigan dando vulneraciones de derechos; y permite afirmar la poca voluntad política del Congreso para agilizar estos procesos y protocolos para la aprobación de Proyectos de Ley, como Crímenes de Odio, Ley de Identidad de Género, y Matrimonio Igualitario.

De igual manera, el Ministerio de Salud no ha generado propuestas de salud integral que incluyan los protocolos y procedimientos que aborden aquellos necesitados por la comunidad, específicamente, las personas transexuales. Los Centros de Emergencia Mujer también deberían incluir protocolos de atención diferenciados en cuanto a violencia sexual, acoso y violencia contra las personas LTGBIQ+.

A partir de la problemática mencionada en cuanto a las relaciones de los denunciados y la policía, en las comisarías se deberían incorporar estrategias para generar confianza en la población afectada, y así se

visibilicen las denuncias sin necesidad de recaer en estereotipos, acoso o revictimización ligada a la justificación de la violencia por la orientación sexual e identidad de género del vulnerado. Existen diversas limitaciones al momento de denunciar, por ejemplo, la falta de incorporación de carpetas fiscales por parte de la Fiscalía, a la cual puedan acceder los médicos legistas en las morgues cuando se producen asesinatos o una muerte impronta en la cual se incluya parámetros relacionados a aspectos relevantes en cuanto a crímenes de odio para la comunidad LGTBIQ+.

La violencia persiste, pues no hay mecanismos de control. Por ejemplo, hace pocos años, en el Gobierno Municipal, se elaboraron informes con respecto a violencia, donde una de las alternativas para erradicar la violencia era la eliminación de la homosexualidad. Evidentemente, esta situación es una muestra de que el Perú continúa siendo un país heteronormativo, prejuicioso, opresivo y discriminatorio a causa de la identidad de género y orientación sexual de una persona.

4. Legislación, figuras y el futuro para la comunidad LGTBIQ+

Un ejemplo de la temática mencionada es aquello que afirmó una congresista de un partido conservador en la comisión de Constitución. Aquí, ella aludió a que, si procedían las iniciativas mencionadas, el Perú se terminaría sometiendo a un proceso de homosexualización, esto ligado a adoptar a menores por parte de la comunidad LGTBIQ+.

Se espera que, con el gobierno actual, se empiecen a desarrollar los mecanismos necesarios para poder denunciar de manera adecuada, abordar en la educación y en el trabajo; evitando así situaciones donde se violenta, discrimine y los prejuicios continúen vigentes.

Asimismo, el Ministerio de Justicia ha planteado que es posible realizar procesos judiciales sumarios en la vía civil a fin de posibilitar que las demás personas inicien el trámite de cambio de nombre. La RENIEC, como órgano de registro nacional de identidades y estado civil, es la entidad a la que le corresponde estos procesos. Es aquel que puede contribuir a disminuir la vergüenza y violencia hacia las personas transexuales y transgénero.

5. COVID y comunidad LGTBIQ+

Considerando a la pandemia y como la comunidad se encuentra al margen de todo; es decir, protocolos que reconozcan su situación, se termina propiciando situaciones donde las personas continúan en espacios de

vulnerabilidad sin ayuda del Estado. Tal es el caso de una persona gay que había quedado viudo y terminó siendo expulsado por el hermano del fallecido; según afirmaron, no tenía derecho a absolutamente nada. Situaciones como la expuesta no sucederían si se contara con protecciones legales, que se mencionan como necesarias y faltantes.

Otro es el caso de un grupo de jóvenes que se encontraban alquilando un departamento en la modalidad de “roomies”; pero que, debido a la pandemia, tuvieron que volver a una situación de dependencia de sus padres al perder el empleo, encontrándose en situación de vulnerabilidad social, siendo proclives de verse afectados por la violencia familiar a causa de su orientación sexual y/o identidad de género.

6. Conclusión

Para las organizaciones LGBTIQ+, es importante llegar a consensos e instar y persistir en la elaboración de políticas públicas, que consideren a quienes se posicionan como aliados estratégicos. Con el fin de que se pueda vivir de manera digna, con libertad, amor, placer, orgullo, seguridad y sin vergüenza en el Perú.

II

Réplicas

Merly Martínez Hernández

El Derecho va ajustándose a la realidad y creando parámetros más justos, sobre todo para esta comunidad que ha tenido crímenes de odio muy intensos y perjudiciales y sin acceso a la justicia, además del alto grado de impunidad.

Entre las ideas principales, entorno a la protección de derechos de este grupo vulnerable, cabe mencionar lo siguiente: Primero recalcar que hay un derecho inalienable e imprescriptible que determina que toda persona tiene derecho a tener una familia. Este derecho se encuentra regulado y contemplado en diversos artículos. Existe un alcance de la protección del vínculo familiar de una pareja de personas del mismo sexo que trascienden las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales.

El significado de la palabra “matrimonio” y “familia” han variado a lo largo del tiempo. Evidentemente, estos conceptos y la posición con respecto al matrimonio de personas del mismo sexo ya no se basan en convicciones religiosas, sino en una concepción que se ha extendido.

No es correcto brindarle un nombre distinto para referirse a la vinculación jurídica de este grupo, pues al dar una terminación distinta a las uniones heterosexuales que a las homosexuales se recae en segregación, tal y como sucedió en Estados Unidos años atrás. Debe haber una elección libre y autónoma, se protege a la dignidad. Por lo tanto, los estados tienen la obligación de vencer las dificultades institucionales para adecuar la legislación y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las personas del mismo sexo. Por lo cual, se debe velar por garantizar los mismos derechos derivados del matrimonio y modificar las figuras existentes a través de medidas legislativas, judiciales y/o administrativas. Además, debe considerarse pertinente la inflexión en la autoestima y la felicidad cuando se trata de derechos de la comunidad LGBTI+.

Finalmente, a partir del caso mencionado durante la mesa; nuestra preferencia sexual no debería ser algo que tenga que debatirse o que una autoridad deba calificar para poder brindarnos un derecho.

Alinne Cardim Alves

Para el fortalecimiento del Estado democrático de derecho, la importancia del debate de estas temáticas debe permanecer en la responsabilidad de todas las personas. En 2011, la Corte Suprema tomó una decisión con respecto al Tribunal general. Tras una ley “abierta” que había perjudicado a personas, la Corte Suprema sostiene que los derechos serían igualitarios para las uniones heterosexuales y homosexuales. El problema radica en cómo a partir de su decisión, la Suprema Corte ha ido legislando sobre nuestro legislativo; y esto representa una superposición de poderes, ya que la Suprema Corte “creó” la ley en Brasil.

Esta inflexión invita a cuestionar si la decisión de la Corte podría ser una decisión de política equívoca para las personas, comunidad o ciudadanos. El desenvolvimiento de las cortes en sus países, sus tribunales y jueces se alinean con las decisiones, producto del efecto vinculante existente; sea la decisión una con efectos positivos o negativos.

Catalina del Pilar Cardozo Arango

En Colombia, se puede concluir que el país ha sido autor de avances en cuanto al reconocimiento de derechos familiares, personales y patrimoniales con respecto a las parejas o familias homoparentales, y los precedentes jurisprudenciales. Sin embargo, el presente manifiesta la falta de eficacia de esta norma jurisprudencial por diversas causas. Entre estas, se puede mencionar al gobierno actual de derecha, el cual desde su campaña política

se manifestó contrario a la diversidad y en defensa de la familia nuclear heterosexual, lo cual facilitó los votos disectores ortodoxos religiosos.

Dicho gobierno fue opositor a los acuerdos de la Habana, relacionados al enfoque de género y diferencial. Aquí hubo una oposición muy fuerte para que se apruebe a partir de un plebiscito por esas dos razones, sin entender que se pretendía un reconocimiento a las víctimas en cuestión de género y a aquellas LGBTIQ+. Asimismo, los funcionarios gubernamentales han presentado conductas similares y si bien no se han opuesto de manera explícita al reconocimiento, tampoco han realizado algo porque haya un reconocimiento de manera activa.

También, se puede mencionar a la falta de políticas públicas para el desarrollo del reconocimiento aludido, por lo tanto, no hay recursos para que se den. Es así como la formación jurídica ha sido escasa para que los abogados conozcan estos derechos y sean activistas en la defensa de los mismos. Cabe resaltar que muchos docentes, en el desarrollo de sus clases virtuales, han manifestado su opinión entorno al reconocimiento de los derechos familiares y patrimoniales para las parejas homoparentales y su negativa. Además de eso, nuestros funcionarios administrativos y judiciales también desconocen estos derechos y, por lo tanto, no lo reconocen. Se han encontrado casos donde se niegan el reconocimiento de estos derechos aún en contra de la Constitución.

Es así como se observa que la ley se ha quedado en un nivel normativo sin aplicación. Para quienes sí han podido acceder a la información, entonces se les ha facilitado ser eficaces con respecto a la ley mencionada. Otro problema es que, debido a la falta de acceso a educación, muchas personas desconocen sus derechos, que pueden casarse y acceder a la adopción, Por eso, es importante involucrarse en el activismo, a fin de contribuir de manera social y democrática.

Es relevante mencionar también como debido a la pandemia, muchas personas se han visto obligadas a volver al “closet” y ser víctimas de violencia intrafamiliar, acoso, etc. Asimismo, este año en particular en Colombia el feminicidio contra mujeres transexuales se ha incrementado de manera notable. Por otro lado, el enardecimiento de la guerra también afecta a la población LGBTIQ+ de manera diferenciada. Se vuelve a pensar que el derecho a la vida de todas esas personas, debe merecer un proyecto de vida. La disolución o desaparición del género entra al debate como una posibilidad, de modo que no existirían las diferencias por sexo y no se tendrían que tener más leyes o jurisprudencia diferenciada, porque para todos debe ser igual.

Manuel Hildebrando Forno Castro Pozo

El Perú ha firmado ocho tratados vinculantes, los cuales deben no solo ser ratificados por el Congreso de la República, sino implementados e incorporados en la normativa nacional a través de las instancias públicas, llámese ministerios u otras oficinas públicas que funcionan como privadas. Todos estos tratados de Derechos Humanos y de protección a los mismos han desarrollado propuestas que involucran a las personas LGTBIQ+, ya que se reconoce su condición de especial protección y con alta vulnerabilidad.

Otro punto relevante es como el art. 1 de la Constitución se refiere a la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad y como estos son el fin supremo del Estado. La justificación de muchas organizaciones conservadoras, religiosas y de derecha, es que la orientación sexual e identidad de género no se encuentran escritas en la Constitución, sino solo se menciona “otra índole” en el artículo mencionado precedentemente. Asimismo, se puede mencionar al plan nacional de Derechos Humanos que se refiere a cómo se deben generar propuestas inclusivas para la comunidad LGTBIQ+, pues son personas en situación de vulnerabilidad.

Otro punto a acotar es el de la encuesta realizada por IPSOS entre el 11 y 13 de junio del 2021, en donde se manifiesta que tan solo el 38% de la población aprueba la unión civil no matrimonial entre personas del mismo sexo, mientras que el 59% la desaprueba. En cuanto a adopción por parte de la comunidad LGTBIQ+, el 31% se manifiesta a favor y el 64% en contra.

De igual manera, la pregunta referida a si es peligroso dejar a un niño con una persona homosexual, el 40% afirma que sí, mientras que un 47% menciona que no, y un 11% ni en acuerdo ni en desacuerdo. Además, el 31% cree que el VIH es una enfermedad exclusiva de personas homosexuales, transgénero, y travesti; en desacuerdo un 58%.

Por último, ante la pregunta si la homosexualidad es una enfermedad, el 19% lo afirma y el 66% lo niega. Evidentemente, estas respuestas visibilizan que el problema de la violencia estructural sigue siendo vigente. Debido a esto, es sumamente relevante el papel de quienes sean aliados.

Entre los ejemplos a acotar, se puede aludir al de dos mujeres lesbianas que se casaron en México y tuvieron un hijo allí. Hasta la actualidad, la RENIEC se niega a entregarle un documento que reconozca que el menor, de 7 años ya, tiene dos mamás. Luego, está el caso de Oscar Ugarteche, quien se casó en México hace 11 años, realizó todos los procesos pertinentes y

hasta ahora se encuentra en vista del Tribunal Constitucional. Además, se encuentra el caso de la congresista Susel Paredes, quien se casó en Estados Unidos y su solicitud de reconocimiento de su matrimonio ha pasado la primera instancia, pero la segunda no.

III

Respuestas a las preguntas del público

Pregunta dirigida a la Profa. Dra. Merly Martínez Hernández:
¿Considera que con la implementación de leyes a favor de la comunidad LGBTIQ+ las personas comprendan estas medidas o hacen falta también planes sociales?

Las normas regulan las relaciones entre los individuos y las autoridades resuelven los problemas que las partes no pueden resolver. Sin embargo, existen otros factores como los valores, el contexto, la cultura, la educación, la idiosincrasia que se encuentran dentro del panorama. Por eso, a veces los problemas de discriminación no solo son legales, sino culturales.

Es así, como es importante generar planes de desarrollo, herramientas de gestión que promueven ciertas características que adolece la comunidad y así se sientan las bases para atender las necesidades insatisfechas. El litigio estratégico facilita la realización de cambios paradigmáticos para mejorar la condición de derecho y sociedad. Empero, la educación en casa es primordial para extinguir este tipo de discriminaciones. Entonces, la respuesta a la pregunta es un sí determinante.

Pregunta dirigida a la Profa. Dra. Catalina del Pilar Cardozo Arango:
¿Considera que con la implementación de leyes a favor de la comunidad LGBTIQ+ las personas comprendan estas medidas o hacen falta también planes sociales?

La democratización real del conocimiento no hace que solo sea necesario la creación de políticas públicas a nivel gubernamental, sino en cada departamento y a nivel estatal también. Es así como se facilita una formación integral para todos los ciudadanos y ciudadanas. A fin de que las personas reconozcan sus derechos, y se respeten entre sí. Asimismo, es necesario que la Academia se comprometa a brindar una educación integral en igualdad, solidaridad, humanismo, empatía y comprensión.

Así, desde todos los entornos educativos, de trabajo y cualquier escenario no haya nunca más discriminación por identidad de género u orientación

sexo afectiva. Y de esa manera solamente se podrá alcanzar esa eficacia total de las normas convencionales constitucionales y jurisprudenciales de reconocimiento de estos derechos.

Pregunta dirigida al Prof. Dr. Manuel Hildebrando Forno Castro Pozo: ¿Considera que con la implementación de leyes a favor de la comunidad LGTBIQ+ las personas comprendan estas medidas o hacen falta también planes sociales?

Debe haber la voluntad política de los gobiernos de turno para contribuir a la disminución de esta violencia estructural y la discriminación persistente. Países como México y Argentina nos llevan mucha ventaja con relación a la aprobación de estas leyes, pero a pesar de que las tienen aprobadas se ha visto todo un proceso de transición. Específicamente, como las personas han modificado sus estructuras mentales previas, esto es sumamente importante. La elaboración de propuestas y trabajo comunitario con municipios es relevante para transformar conciencias, mentes y desarrollar actividades inclusivas. Ya que así esto influirá en que la ley se cumpla en la realidad.

Pregunta dirigida a la Profa. Dra. Merly Martínez Hernández ¿De qué manera considera que afecta la sentencia del Tribunal Constitucional del matrimonio Ugarteche a la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo? ¿Podrían los jueces ordinarios que vean futuros casos similares preferir los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para apartarse del criterio de matrimonio adoptado por el Tribunal Constitucional?

La Convención Americana de Derechos Humanos ha establecido los parámetros para afirmar que todos somos iguales y el Estado tiene el deber y obligación de respetar los derechos humanos y no se puede discriminar a nadie por ninguna prerrogativa. Por lo tanto, cualquier argumento en contrario es inválido, no convencional y, para quien haya asistido a los tratados internacionales, inconstitucional pues en nuestras Cartas magnas está establecido que los hombres y las mujeres son iguales ante la ley. Dicha igualdad no es limitativa, sino extensiva.

Pregunta dirigida a la Profa. Dra. Catalina del Pilar Cardozo Arango: ¿De qué manera considera que afecta la sentencia del Tribunal Constitucional del matrimonio Ugarteche a la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo? ¿Podrían los jueces ordinarios que vean futuros casos similares prefe-

¿Por qué los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para apartarse del criterio de matrimonio adoptado por el Tribunal Constitucional?

Desde el punto de vista colombiano, se puede mencionar al instrumento constitucional extraordinario llamado “la excepción de constitucionalidad” a partir de la cual los funcionarios judiciales, administrativos, particulares pueden excepcionar, es decir, no aplicar cierta norma jurídica que contraríen la Constitución. Incluso, se puede considerar a las convenciones como un escenario donde se puede aplicar dicho instrumento constitucional. Entonces, si cualquier norma, sea particular o concreta, como una resolución administrativa, acuerdo entre particulares u otro puede no aplicarse si este contraría los principios tratados hoy, los cuales son sagrados en la Constitución, así como cualquier tratado internacional pertinente. Es así como esta sería la vía a partir de la cual se aplicaría lo mencionado en la pregunta.

Pregunta dirigida al Prof. Dr. Manuel Hildebrando Forno Castro Pozo: ¿De qué manera considera que afecta la sentencia del Tribunal Constitucional del matrimonio Ugarteche a la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo? ¿Podrían los jueces ordinarios que vean futuros casos similares preferir los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para apartarse del criterio de matrimonio adoptado por el Tribunal Constitucional?

Que se haya atrasado la emisión de la sentencia casi 2 años no representa una buena señal para la comunidad LGBTIQ+. Asimismo, se debe reconocer que no han emitido una sentencia para no recibir presión del lado conservador y fundamentalista, para no determinar una respuesta o porque se encuentra a favor, pero no para validar el matrimonio. Incluso si se aceptara, la medida solo serviría de manera particular y no para otras personas. Constituirá un precedente, pero no puede ser usado por la jurisprudencia.

Finalmente, mencionar que cuando se solicita ciertas medidas para la comunidad LGBTIQ+, no se trata de privilegios sino de necesidades que tiene la comunidad con respecto a cierta índole para ser tratada como el resto de los peruanos.

Políticas públicas en materia de derecho humanos: análisis desde la perspectiva del derecho comparado*

Karen Maribel Rebaza Vilchez**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Gustavo Adolfo Pozas Marquez***

Universidad Autónoma del Estado de Morelos

David Mendieta Gonzáles****

Universidad de Medellín

I

Políticas Públicas en materia de Derechos Humanos

Karen Maribel Rebaza Vilchez

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Políticas Públicas / 3. Elementos constitutivos de las políticas públicas / 4. Características principales / 5. Retos / 6. Ciclo de las Políticas Públicas / 7. Políticas Públicas en materia de Derechos Humanos / 8. Etapa para la operativización de un enfoque de derechos / 9. Conclusiones

* Mesa de diálogo llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Magíster en Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Gestión Pública por la Universidad San Martín de Porres (USMP). Docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

*** Subdirector jurídico en el Congreso del Estado de Morelos - LIV Legislatura. Asesor en la Cámara Federal de Diputados del Congreso de la Unión (México). Profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México). Proyectista en el Tribunal Electoral del Estado de Morelos.

**** Abogado especialista en Derecho Constitucional. Magíster en Derecho por la Universidad de Antioquia (Colombia). Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid (España). Docente y director del doctorado en derecho de la Universidad de Medellín (Colombia).

1. Introducción

Ya desde la década de los 70's, en el lenguaje de las ciencias administrativas y ciencias políticas apareció una gran preocupación sobre cómo formular teóricamente las decisiones de naturaleza política. Estas decisiones deben buscar superar eficazmente situaciones de exclusión y desigualdad estructural en su jurisdicción conforme a los procedimientos normativos ya establecidos. En ese sentido, en la presente ponencia, analizaré tanto la legitimidad de dichas decisiones políticas como su real eficacia en la práctica peruana explicando detalladamente cómo se forman las políticas públicas y se plasma el enfoque de derechos humanos.

2. Políticas Públicas

Cuando se menciona a las políticas públicas se hace referencia a una rama que va a estudiar y dilucidar las mejores estrategias para resolver problemas públicos. En ese sentido, se trata de decisiones de índole nacional, regional o local sobre situaciones problemáticas o insatisfactorias presentes en la sociedad.

Los instrumentos necesarios para plantear e impulsar una política pública van a ser tanto las normas jurídicas, los recursos humanos, materiales y la capacidad de persuasión. Esta última es sumamente importante; sin embargo, también es la característica en la que más gobiernos muestran una grave deficiencia.

Cuando el ciudadano no se encuentra comprometido con la solución de una problemática de carácter común, difícilmente se logrará alcanzar la finalidad de una política pública. Es más, el Estado no conseguirá que el ciudadano desarrolle la sensación de satisfacción de sus necesidades; y, como consecuencia, la población advertirá indiferencia por parte del gobierno hacia sus demandas sociales,

3. Elementos constitutivos de las políticas públicas

Para conceptualizar las políticas públicas, se debe tener en cuenta una serie de elementos constitutivos.

El primer elemento para considerar es la solución a un problema de carácter público. Es fundamental detectar grupos objetivos con necesidades especiales; y, además, reconocer aquellas con carácter de urgencia. En este escenario, la conducta del Estado debe estar orientada al aseguramiento de una gestión adecuada y acorde con el grupo objetivo previamente identificado.

Para conseguir lo anterior descrito, es necesaria la presencia del segundo elemento: coherencia formal. Ello significa que, la base conceptual que se arma entorno al problema detectado junto a las soluciones que se deberían de tomar: tiene que ser única con los mismos lineamientos y enfoque; caso contrario, no sería posible atender a cabalidad un problema público.

El tercer elemento lo conforman las decisiones y actividades. Esto implica que se deben establecer metas y objetivos, así como en actividades a corto, mediano y largo plazo.

El cuarto elemento es uno que ciertamente ha sido dejado de lado por algunos Estados: el consenso entre los actores involucrados. Sin duda alguna, actores públicos y privados tienen que unir esfuerzos para crear la sinergia necesaria y, de ese modo, alcanzar la constitución de una política pública integral que atienda a una problemática de carácter público.

Finalmente, el último elemento que se debe considerar cuando se aborda la temática de políticas públicas, es la naturaleza obligatoria de sus decisiones y actividades. Las decisiones son tomadas en el seno del poder político administrativo, en ese sentido, es imperante que se cumpla con los plazos establecidos; y ante el caso de incumplimiento, estos deben estar correctamente justificados.

Si una política pública es solo un “pliego de buenas intenciones”, lamentablemente no conseguiremos un impacto para la solución de un problema público; por ello, es importante impulsar su naturaleza obligatoria mediante la sensibilización de cada uno de los operadores públicos. Del mismo modo, resulta vital que se encuentre establecido en forma clara; por ejemplo, a través de indicadores y actividades de gestión.

Teniendo en cuenta todos estos elementos, podríamos decir que una política pública está compuesta por un conjunto de acciones intencionales que se encuentran orientadas al cumplimiento de un objetivo de interés público o para el beneficio de un sector de la población.

Entonces, ¿qué se debe hacer para lograr objetivos? En primer lugar, emplear una estructura estable que seas capaz de desarrollarse durante un período de tiempo razonable; del mismo modo, deben ser capaces de realizar correcciones marginales —cuando acontecen situaciones sorpresivas que impiden a la política pública desarrollarse con normalidad—; y, también, se debe brindar un espacio para la discrecionalidad con el fin de que las propias entidades públicas cuenten con la capacidad de establecer sus propias estrategias de llegada.

4. Características principales

En relación a las características principales de las políticas públicas podemos mencionar tres. La primera es la resolución de problemas públicos acotados; es decir, problemas de la ciudadanía y no de un particular.

En segundo lugar, se discute el problema y la manera de abordarlo. En este punto resulta importante la determinación de las actividades, estrategias y sinergias que deben crearse dentro del propio aparato estatal.

Finalmente, todo debe desarrollarse como un ciclo y no una secuencia lineal. Esto se relaciona con la necesidad de gozar de la facultad para cambiar determinados aspectos en torno a la implementación de nuestra política pública. Con la llegada de nuevos elementos es vital que se tengan en cuenta posibles cambios sustantivos o marginales para continuar avanzando camino a nuestros objetivos, lo que no se debe hacer en este contexto es ignorarla y procurar cumplir a raja tabla el plan inicial. La Covid-19 fue un factor clave a tomar en cuenta en la implementación de políticas públicas, lo cual, sin duda, ha representado un reto enorme para las naciones en vía de desarrollo.

5. Retos

Los retos que enfrentan las políticas públicas tienen gran relación, por ejemplo, con la flexibilidad que deben tener en aras de enfrentar cambios. Es importante asegurar la participación de la ciudadanía en la elaboración de políticas públicas; lograr una realidad aplicable, evaluable y consensuada. Finalmente, se debe garantizar la capacidad de revertir el problema y no solo administrarlo; el objetivo principal, por tanto, debe ser desaparecer el problema.

6. Ciclo de las Políticas Públicas

Diversos autores abordan esta temática. Considero adecuada la postura de Ortégón, Pinilla y Lahera, quienes sostienen que se debe partir por una agenda pública a fin de priorizar las tareas que realizará el gobierno; además, dentro de estas consideraciones, se debe tener presente a los grupos de interés y de presión. Un movimiento social de apoyo de algún grupo en especial vulnerabilidad puede impulsar el establecimiento de una problemática en la agenda de gobierno. Por ejemplo, la promulgación de una ley que establece la necesidad de crear un programa especial para el tratamiento integral del cáncer de niñas, niños y adolescentes ha sido posible gracias a los grupos involucrados en ello, los cuales, en su mayoría, están conformados por los padres de familia.

El siguiente paso es la formulación de la política pública. Evidentemente, la formulación se elabora sobre la base de un diagnóstico previo que indicará qué es lo que se debe hacer. En esta segunda etapa es imprescindible el establecimiento de las ideas centrales sobre la visión de la política que tiene un gobierno, determinar los fines y propósitos, los alcances, actores intervinientes y, finalmente, las restricciones financieras que se van a presentar; en suma, presentar un bosquejo del programa.

A continuación, se encuentra la fase de implementación, la puesta en práctica o empoderamiento en el diseño de determinada política pública. Esta etapa se caracteriza por la recurrencia de conversaciones y acuerdos entre personas expertas en la materia; por ejemplo, se invita al diálogo a grupos de sindicatos, grupos empresariales, a las ONG o cualquier otra agrupación que se relacione con el problema que se busca solucionar. De esta manera se revisa que los objetivos y estrategias sean claros y se encuentren encaminados, evidentemente, a la desaparición del problema público.

Luego, finalizado el establecimiento de plazos para la política pública, se debe realizar y evaluar un seguimiento, que en algunos textos se toma como “monitoreo”; es decir, que continuamente se proporcione información sobre el grado de avance de las actividades establecidas. Posteriormente, al término de la política pública, se debe realizar un informe con el fin de determinar si fue o no pertinente luego la política pública implementada, si cumplió con los objetivos que se plantearon o, por el contrario, si existieron fallas en alguna etapa de su ciclo.

7. Políticas Públicas en materia de derechos humanos

Al abordar el tema de políticas públicas en materia de derechos humanos es imperante señalar la necesidad de lograr que el Estado mire a los derechos humanos como su fundamento, mas no como un simple objetivo. Esto último es una oportunidad para que la sociedad desarrolle su solidaridad y compromiso con el bien común; además, tendrá que identificarse con las instituciones estatales, con el fin de alcanzar la igualdad de oportunidad y garantizar el respeto por los derechos fundamentales y libertades.

El compromiso de los Estados para con el cumplimiento de los derechos humanos encuentra su base en un enfoque regional, pero también dentro de la comunidad internacional. En 1993 se realizó la Cumbre de Viena en donde se abordó la necesidad de que los Estados desarrollen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos según determinados planes. En ese sentido, se comenzó a formular planes y estrategias que apuntaran a atacar estos problemas, se genera una nueva mirada al proceso de desa-

rrollo de los pueblos, orientado –evidentemente– a una repotenciación de sus capacidades y a la atención de problemas que podrían estarse presentando en casos de vulnerabilidad. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, por su parte, aborda la importancia de que las políticas públicas estén orientadas bajo los estándares que se manejan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La política pública, entonces, es una herramienta que analiza desigualdades y se centra en observar la problemática bajo un enfoque de corrección de prácticas discriminatorias y de desarrollo humano. El Perú, actualmente, cuenta con el Plan Nacional de Derechos Humanos 2018 – 2021, el cual es el tercero aprobado a lo largo de nuestra vida republicana. Es un compromiso asumido por el Estado con la finalidad de efectivizar la agenda internacional que gira en torno a la protección de los derechos humanos. Su creación pasa por una deuda histórica con la sociedad peruana post conflicto armado.

Luego de la entrega del informe elaborado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) se empezaron a formular programas y planes que buscaban el retorno al Estado de Derecho. Se genera la necesidad de contar con herramientas de acción que habiliten la obtención de un respeto no solo de los derechos de unos cuantos sino de los derechos de todos.

Es importante destacar que, tanto el primer como tercer plan, han generado varias cuestiones muy positivas. Por ejemplo, en el último se advierte que ya se encuentra delimitado quiénes son los sectores responsables del cumplimiento de cada una de las metas y objetivos del plan de Derechos Humanos. A partir del establecimiento de grupos de especial atención, se observa cómo el Estado entiende la situación de vulnerabilidad de ciertos sectores de la población y cómo ello es compatible con los estándares que se manejan en la comunidad internacional.

Para la elaboración del tercer Plan, el Estado peruano invitó para su elaboración a la sociedad civil, gobiernos regionales, gobiernos locales y a diferentes instituciones privadas. Lamentablemente, el impacto del Covid-19 ocasionó que los objetivos previstos para el 2021 se vean gravemente comprometidos, complicando el cumplimiento integral de éstos. En ese sentido, considero que es muy importante que el Estado peruano tenga presente que es necesario el seguimiento a cada uno de los objetivos expresados en los planes, además de analizar de qué manera puede enfrentarse los obstáculos inesperados tal como fue la Covid-19. Con ello se daría un paso más para la consolidación del manejo de nuestras políticas públicas; no obstante, esto no implica desmerecer los progresos que se han obtenido

hasta el momento en la materia, hay una diferencia notable entre la técnica utilizada para diagramar el primer plan frente al tercer plan.

8. Etapa para la operativización de un enfoque de derechos

Para operativizar una política pública, en primer lugar, debemos preguntarnos: ¿cuál es el problema? ¿qué está pasando? ¿A quién vamos a atender? ¿dónde se atenderá? El siguiente paso será analizar las causas: ¿cuál es la situación y por qué requiere de una especial protección? Y luego, identificar quién debe tomar acciones. Aterricémoslo.

Hoy nos encontramos inmersos en un problema migratorio por la llegada masiva de migrantes venezolanos al país. Los migrantes, en general, se encuentran considerados como un grupo que necesita de una atención especial, y ello ha sido expresado en nuestro último Plan Nacional de Derechos Humanos. Evidentemente, todas las acciones humanitarias de la región se encuentran centradas en la garantía de los derechos humanos de los ciudadanos venezolanos, lo cual debe darse en todo el territorio nacional y tener un especial énfasis en los que tienen menos recursos.

Además, se debe analizar el contexto jurídico-social de los ciudadanos venezolanos y tener presente que su escenario político impacta directamente en los movimientos migratorios. Del mismo modo, es vital revisar nuestros compromisos internacionales, es decir, identificar qué tratados se han ratificado y las obligaciones que se tienen frente a estos. Asimismo, ver cómo se va tratando a nivel de la Organización de Estados Americanos (OEA) la problemática venezolana en la región.

En ese sentido, se debe identificar que se requiere de la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio del Interior y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Este último ministerio resulta importante, bajo el enfoque de derechos humanos, porque, por ejemplo, se debe tomar en consideración que puede tratarse de migrantes que poseen alguna discapacidad, es así que es importante también la participación del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), quien debería asegurar que los ciudadanos que pertenecen a dicho grupo ver garantizados sus derechos y sentir el adecuado respeto a su dignidad.

9. Conclusiones

Teniendo en cuenta lo hoy conversado, cabe preguntarse: ¿cuáles son las capacidades que debe tener cada una de estas instituciones públicas? ¿cuá-

les es el nivel de involucramiento de los gobiernos regionales y locales? ¿cuál es la capacidad económica que tienen los gobiernos regionales y locales? ¿cómo puede coadyuvar en el cumplimiento de los objetivos la sociedad civil? ¿hasta dónde es posible alcanzar los objetivos que se plantean en una política pública ante escenarios de crisis económica o sanitaria? Como es posible advertir, las respuestas a estas y otras interrogantes resulta indispensable para completar la fase de operativización de una política pública enfocada en derechos humanos.

En ese sentido, reafirmo que es necesario que la ciudadanía se relacione directamente con la solución de los problemas públicos involucrándose en la elaboración de políticas públicas. Solo así podremos exigir resultados frente a necesidades de índole social. Los principios de igualdad y no discriminación deben ser una realidad y no letra muerta.

Políticas Públicas con enfoque en derechos humanos, derecho comparado y constitucionalismo

Gustavo Adolfo Pozas Márquez

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Las herramientas teóricas / 3. Las Políticas Públicas / 4. ¿Qué es una Constitución? / 4.1. Postura de Ferdinand Lassalle / 4.2. Postura de Lucio Pegoraro / 5. Conclusión

1. Introducción

Es de conocimiento que en materia de derechos humanos se ha declarado que todas las autoridades están en la obligación de materializar los estándares que estos exigen desde la óptica internacional, constitucional o de los marcos normativos que le rigen. En otras palabras, —en teoría—, cada autoridad puede hacer únicamente lo que la Ley le faculta a hacer; por ello, deberían asumir el cargo público con una capacitación en derechos humanos que preponderantemente contemple el estudio teórico de estos.

2. Las herramientas teóricas

La teoría funge como un detonante que armoniza los principios y que no busca únicamente el seguimiento de normas formales. Frecuentemente, las batallas en torno a los derechos humanos son ganadas de forma simple por los estratos de poder: establecen una norma y esta ilusión nos hace pensar que se cumple de acuerdo con los estándares; sin embargo, el establecimiento de una norma es apenas el inicio, debemos esperar la crítica a la norma para conocer si el derecho que se encuentra contemplado en lo formal se está cumpliendo en el campo de lo sustancial.

En ese sentido, lo primordial es empezar con un estudio teórico que nos permita tener herramientas para armonizar, ponderar y dar seguimiento a las situaciones de los distintos derechos humanos. En suma, debemos dotar a las autoridades de la herramienta de la derrotabilidad de la norma; es decir, identificar en qué momento debemos dejar el seguimiento formal de la ley, para optar por una materialización que busque guardar el principio de la norma, mas no el texto literal. Para lograr esta efectiva diferenciación se requiere de una capacitación que no se da desde la práctica, sino desde la teoría. Las herramientas teóricas son necesarias para poder transportar todo lo necesario hacia la práctica, pero no la deben ostentar únicamente los pensadores universitarios o los grandes dirigentes nacionales, sino todas las autoridades e incluso las más básicas.

3. Las Políticas Públicas

Para el cumplimiento de los mandatos en torno a los derechos humanos, se requiere de las políticas públicas.

Las políticas públicas son esa forma en la cual las estructuras institucionales de poder público deciden, actúan y cumplen —de alguna manera— con los parámetros legislativos, constitucionales y convencionales a fin de colmar las necesidades sociales y las proyecciones comunes de la sociedad. Dichas proyecciones sociales las encontramos establecidas en el documento fundante del Estado: la Constitución, el proyecto común de nación.

Se advierte que las políticas públicas representan el modo que tienen las autoridades para materializar los mandatos legales de derechos humanos. Por lo tanto, estas deben iniciar con la siguiente interrogante: ¿cuáles son los derechos en juego que les corresponde proteger? De ese modo se halla la manera óptima para que la sociedad, a través de su actuar, materialice los derechos humanos.

Una vez que las autoridades han determinado cuáles son los derechos que deben tutelar a través de su accionar, el siguiente paso es el internamiento en el proceso de materialización. Por ejemplo, el director del sistema de salud tiene la responsabilidad de resguardar el derecho a la salud; un profesor, derecho a la educación; y así sucesivamente.

La siguiente pregunta que debe realizarse es: ¿cuáles son las situaciones de tensión que dichos derechos humanos —que corresponde proteger— presentan? Se debe entender a la “situación de tensión” como la colisión de derechos, las interpretaciones correctas o incorrectas entorno a la aplicación de estos, las limitaciones que son impuestas en virtud de situaciones

especiales, el nulo actuar de las autoridades y otras tantas variantes. Una vez determinadas las situaciones de tensión, se debe encontrar la forma adecuada para materializarlas, por ejemplo, el principio de paridad de género, espacios culturales comunes para los cannabinoides, etc.

Cada autoridad debe determinar el alcance del espectro normativo con el que cuenta y, además, hasta donde alcanza su actuar para resolver las dinámicas de tensión. Del mismo modo, debe determinar si los espacios normativos permiten solventar soluciones; o, por el contrario, nos encontramos frente a una laguna jurídica en el sistema normativo, que bien puede ser subsanada por otra parte del derecho internacional. Las lagunas normativas existen, pero las lagunas en el derecho no.

Para encontrar la solución a la situación de tensión, es necesario elaborar un ejercicio previo de expansión del derecho. La expansión del derecho se refiere a conocer hasta qué punto se extiende el derecho que corresponde tutelar. En otras palabras, cuando se hace referencia al derecho a la educación, se debe comprender que este implica el establecimiento de instituciones públicas, planes de estudio, el presupuesto, selección de profesores, calidad de docentes y otros tantos aspectos que expanden el espectro de lo que implica este derecho. En síntesis, la autoridad debe determinar hasta donde hará suyo el derecho que le toca resguardar.

Al examinar las alternativas, se puede elaborar una conjugación de técnicas, tales como el análisis, la comparación y la prospectiva para tomar la decisión a partir de la exclusión e inclusión.

4. ¿Qué es una Constitución?

La Constitución es una herramienta que tiene gran relación con la comparación de sistemas jurídicos con visiones de políticas públicas. Al revisar la obra de Ferdinand Lassalle, este hace referencia a la determinación del objeto específico de estudio; en este caso, el derecho que se pretende proteger. Desde la óptica de situación de tensión, el problema que surge es el objeto. Como segundo paso, se debe identificar la intención de la actividad. Habrá teóricos que se centren en la raíz del problema, otros se centrarán en verificar el alcance de este, y también habrá aquellos que busquen la solución o todas las anteriores.

4.1. La postura de Ferdinand Lassalle

Lassalle separa cuestiones secundarias. Al desentrañar qué es la Constitución en su obra, dice que existirá alguno que afirme que es aquel pacto

entre gobernador y gobernado; sin embargo, esta tan solo es la forma en la cual la Constitución se integra.

El segundo elemento son las herramientas que se van a utilizar. Lassalle indica que empleará la comparación con el fin de alcanzar su elemento previo de la esencia de la Constitución.

En el siguiente paso indica que, si bien se debe comparar, esta tiene que hacerse con el elemento que sea más semejante. Por esta razón, cuando contrasta la Constitución, lo hace con una Ley porque incluso en el estricto sentido, la Constitución es una ley, con la salvedad de que se trata de una de carácter fundamental.

Luego se debe realizar una lista de diferencias y semejanzas. Es aquí donde Lassalle hace tal lista e indica que de ahí debe brotar la esencia de lo que es una Constitución.

Finalmente, llega la determinación de apego a la realidad, es decir, si el modelo teórico que se ha generado a partir de la comparación con el elemento más semejante tiene realmente un apego con todos los ciudadanos. Lassalle determina que no, puesto que la Constitución tiene variantes y es la suma de los factores reales de poder porque optó por el parámetro real, mas no por la esencia teórica que se tiene.

Una vez respondida la pregunta del apego teórico y apego a la realidad, se debe elaborar la estrategia de la solución de la disociación; es decir, cómo hacer para que lo que se encuentra en la teoría sea implementado en la práctica. Lassalle indica que es necesaria una consciencia colectiva. Con todo esto, el autor intenta dar solución a problemas constitucionales de su época.

4.2. La postura de Lucio Pegoraro

Lucio Pegoraro indica que la forma en la cual hay que empezar con los análisis de comparación, es encontrando un rango de comparabilidad; es decir, elementos en los cuales se ha logrado puntos de encuentro entre dos sistemas. El segundo paso es conseguir la información desde los formantes del Derecho, así indica tres clases de ellos: el formante legislativo; el formante jurisprudencial y el formante doctrinal. Además, agrega un cuarto formante que no es institucional y que en ocasiones no es reconocido, pero se encuentra en el ambiente: los criptotipos, los cuales hacen referencia a los prejuicios sociales.

Este autor también indica que habrá que verificar si la solución empleada en otra latitud es compatible con nuestro sistema. Podría darse el caso de que la solución que se emplea en determinado lugar no funcione de la misma manera en otra ubicación; aun cuando se trate del mismo problema. Entonces, cuando no hay empleabilidad, se debe determinar la causa y analizar la posibilidad de ajustar la figura que examinamos a la realidad con la finalidad de decidir incorporarla o, en todo caso, desecharla.

5. Conclusión

Una vez determinada la expansión (opciones que se tienen para la solución del problema y las dinámicas de tensión), se debe proponer la *integración* de las practicas sobre los *derechos humanos* —estas deben estar dirigidas hacia lo más básico—, y la evaluación del cumplimiento de estos derechos como una herramienta de verificación para —posteriormente— determinar si la política pública implementada merece ser ratificada, modificada o erradicada.

El Derecho a la Salud en Colombia

David Mendieta González

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La Constitución / 3. El Sistema de Salud / 4. La desigualdad en el Sistema de Salud / 5. Conclusión

1. Introducción

Las políticas públicas son entendidas como el conjunto de medidas normativas encaminadas a transformar una sociedad. En el caso de Colombia, a principios de la década de los 90's, solo el 23% de la población tenía acceso efectivo a la salud; hoy, pasados treinta años, la cobertura es del 100%. En ese sentido se comentará la experiencia colombiana y se identificará el papel de las políticas públicas.

2. La Constitución

La Constitución de Colombia es de 1991 y en el artículo 48 consagra el derecho a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, en los términos que establezca la ley. Del mismo modo, dice que se garantizará a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social. El Estado, con la participación de los particulares, puede ampliar progresi-

vamente la cobertura de la seguridad social y la prestación de todos los servicios.

Cuando los colombianos hablamos de la Constitución, no solo hacemos referencia al “librito” de 1991, sino que también nos referimos al bloque de constitucionalidad. En materia de seguridad social, las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) forman parte del bloque de constitucionalidad; por ejemplo, la carta de interamericana de garantías sociales, la declaración de derechos sociales del trabajador, el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

A partir de ello, se puede decir que en Colombia durante los últimos 30 se tomaron medidas en aras de contrarrestar el déficit de garantías de los derechos; en este caso, del derecho a la salud de la población colombiana.

3. El Sistema de Salud

La Ley N° 100 de 1993 fue —probablemente— la primera gran política pública en materia de seguridad social en general y salud en particular. Esta ley crea el Sistema General de Seguridad Social en Salud. En este modelo interactúan entidades del Estado, como el Ministerio de Salud y entidades privadas, públicas y mixtas denominadas Instituciones Prestadoras de Salud (IPS). Cuando el sistema fue creado se generaron dos regímenes; uno denominado contributivo, al que pertenecen todas las personas que tiene un contrato laboral de trabajo, los pensionados y trabajadores independientes, que hoy en Colombia representan algo más del 41% de la población; el otro, es el régimen subsidiado, aquí se encuentran todas las personas que no cuentan con los recursos necesarios para cubrir o pagar su salud. En Colombia, esto se mide de acuerdo a la pertenencia o no siguiendo el modelo denominado *Sisbén* (Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales), que a través de puntos califica a las personas junto a su capacidad de subsistencia; es así, que pertenecen al régimen subsidiado aquellos que se encuentren en el nivel uno o dos (estos representan, en promedio, el 47% de la población).

Es importante destacar que los datos que acabamos de exponer han sido obtenidos antes de la llegada de la pandemia. La COVID-19, de alguna manera, expandió la brecha entre ricos y pobres, entre quienes tienen recursos y quienes no. La situación en Colombia rápidamente se vio comprometida. En ese sentido, es muy probable que cuando el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) establezca nuevos índices actualizados, el porcentaje de población subsidiaria sea mayor.

En Colombia, el 42.5% de la población vive con menos de 200 dólares americanos al mes. Esta cifra debería causarnos vergüenza, pero representa la situación actual y el gran reto que tenemos como sociedad es que las necesidades de todos sean satisfechas. La pandemia no es la causa de nuestros males sociales y desigualdades, pero si consiguió que estas fueran más evidentes en un país que de por sí ya tenía niveles muy altos de población vulnerable.

Cuando el sistema fue creado la idea era que fueran muchos más los que cotizaran en comparación del número de subsidiados. Hoy, la realidad indica que a pesar de haber aumentado 20 puntos en treinta años el número de cotizantes, estos no superan aún al número de subsidiados.

Al sumar cifras entre los que pertenecen a uno u otro régimen, no se alcanza el 100%; en ese sentido, quedan fuera los del régimen especial. En este último encontramos a personas que cotizan con empresas o entidades del Estado, tal es el caso de Ecopetrol, el magisterio y la fuerza pública.

Un dato para nada despreciable es el número de migrantes venezolanos, que —estimamos— oscila entre un millón ochocientos y dos millones de ellos. Esto genera que el sistema, de alguna manera, colapse a pesar de que previamente ya se encontraba saturado en una situación complicada y muy compleja. Quienes no hagan parte ni del régimen contributivo ni del régimen subsidiado que hoy en Colombia son cerca del 6% de la población, tienen derecho a la salud con cargo a los entes territoriales. Se puede concluir entonces que pasados treinta años de haber sido creado nuestro Sistema de Seguridad Social en Salud, hemos alcanzado el primer principio enunciado en nuestro artículo 48 constitucional que es la Universalidad.

4. La desigualdad en el Sistema de Salud

Pasados treinta años se ha logrado la cobertura total a nivel nacional; sin embargo, la salud no es igual para todos. En Colombia, los hospitales y las IPS se encuentran divididos por categorías donde el nivel más bajo es el uno, pasando por los niveles dos, tres e incluso cuatro. Las entidades o grupos económicos poderosos se han preocupado por la inversión en costosa tecnología en hospitales de alto nivel. Es más, cuando salen los famosos rankings de los mejores hospitales de Latinoamérica Colombia siempre tiene un gran número de centros hospitalarios en esta lista.

En síntesis, Colombia encabeza la lista con el mayor número de hospitales nacionales que forman parte del grupo de mejores hospitales de América Latina. Esta situación responde al interés de los grupos económicos por

invertir en grandes hospitales; sin embargo, esto no es sinónimo de salud para todos.

En Colombia, además, es posible acceder a gastos o a tratamientos de alto impacto y costo sin tener los recursos para pagarlos. Esta es una de las bondades de nuestra tutela –que en Perú se denomina amparo–. A pesar de lo difícil y complejo de nuestro modelo, especialmente en el tema de los recursos, sí es posible que personas de escasos recursos puedan acceder a tratamientos de alto costo, lo anterior casi siempre por orden judicial.

El sistema de salud colombiano se alimenta de los recursos provenientes de diferentes fuentes. El primero de ellos está representado por los recursos que aportan los trabajadores: en Colombia. Todo trabajador paga al Sistema de Salud el 12.5% de su salario mensual. De este porcentaje, un 4% es aportado por el trabajador; y el empleador aporta un 8.5%. Este dinero va a un fondo común administrado por una entidad del Estado. Los trabajadores independientes también hacen aportes al igual que los pensionados.

Los aportes hechos por los trabajadores dependientes, pensionados y trabajadores independientes representan cerca del 75% del valor del funcionamiento del sistema. El otro 25% es obtenido a través de impuestos a los juegos de azar, licores y cigarrillos. Evidentemente, son recursos limitados, pero que permiten que el sistema de salud continúe funcionando.

Entonces, cuando nos preguntamos si nuestro Sistema General de Seguridad Social en Salud es solidario, se tendría que responder que, en treinta años de vigencia de la Constitución de 1991, también se ha alcanzado la Solidaridad.

En Colombia se invierte aproximadamente el 7% del PBI en salud. Esta no es una suma despreciable si se tiene en cuenta que el Producto Bruto Interno (PBI) es el cuarto de la región y solo es superado por Brasil, México y Argentina; no obstante, desde hace un par de años el PBI se está acercando a este último.

Es importante destacar que el manejo de los recursos resulta a lo menos vergonzoso, en muchas situaciones: se han despilfarrado los recursos de los trabajadores. El sector de salud, lamentablemente, tiene uno de los niveles más altos de corrupción en Colombia.

La Constitución de 1991 y la Ley N° 100 de 1993 tienen gran incidencia y relevancia en cuanto a todos los objetivos que se han logrado hoy. Antes, por ejemplo, existía una gran diferencia entre los regímenes a los que per-

tenecía uno u otro ciudadano, escenario que hoy casi no se presenta o se suscita en menor medida. Sin embargo, aún debemos seguir combatiendo con los graves problemas que acarrea la corrupción, como la fuga de capital y malversación de fondos.

El congreso de Colombia elevó a rango fundamental el derecho a la salud. La Ley N° 1751, que es una ley estatutaria, le dio dicho estatus. No obstante, a pesar de la buena intención, lo anterior resultó innecesario debido a que la Corte Constitucional ya había declarado que el derecho a la salud era un derecho fundamental autónomo, dado que durante mucho tiempo se le otorgó el trato de fundamental en conexidad con otros derechos catalogados como tal.

El derecho a la salud cumple con los principios de Universalidad y Solidaridad que se establecen en el artículo 48; pero no con eficiencia. En Colombia la salud es el segundo derecho más tutelado, tal es así que muchos ciudadanos se ven obligados a acudir a la tutela para acceder a una salud de calidad y eficiente. En el 2019 hubo un total de 620 mil tutelas de las cuales 200 mil fueron contra el sector salud. Evidentemente, esto es señal de que algo no está funcionando adecuadamente en ese sector.

Las políticas públicas que se crearon a principios de los 90's llegaron hasta un punto donde se satisfizo parte de lo buscado, pero aún falta y es necesaria una completa reforma, especialmente en este tiempo de pandemia.

Actualmente, la situación en Colombia se ha salido de control. Frente a la pandemia –al virus que nadie esperaba– no se obtuvo una política pública seria y fuerte para hacerle frente. El gobierno colombiano, amparado en la confidencial y la contratación directa, se ha negado a entregar datos importantes en relación con la compra de vacunas. Los críticos no buscamos conocer la fórmula o composición de las vacunas, lo único que buscamos es conocer cuántas vacunas se han comprado, cómo se ha efectuado el trato y cuál ha sido el valor de estas; sin embargo, el Gobierno Nacional alega que –de hacerlo– las farmacéuticas y transnacionales se negarán a seguir negociando con ellos; esto, evidentemente, es un chantaje.

Se está vulnerando el principio de transparencia –principio fundamental en cualquier contratación pública–. En estos momentos, el Gobierno colombiano no está siendo transparente. Toda esta situación que se viene evidenciando, es un “caldo de cultivo” idóneo para la corrupción, que de por sí ya era una característica fuertemente enraizada en la sociedad colombiana.

5. Conclusión

La universalidad es uno de los principios que regula la Seguridad Social en Salud de Colombia y pasados treinta años desde su creación, se puede afirmar que se alcanzó la meta establecida. Se pasó de tener el 23.7% en 1991 al 94.6% de la población asegurada y a un 6.5% restante con acceso al derecho a la salud a cargo de las entidades territoriales. Esta información conforme a datos de 2019.

La solidaridad es el otro principio alcanzado por el Sistema de Seguridad Social en Salud de Colombia. Los recursos con los que funciona el sistema provienen, en un 70-75%, de la mitad de la población y el porcentaje restante es cubierto con dinero público proveniente de impuestos y por lo tanto pertenecientes a todos los colombianos.

Las deudas millonarias acumuladas por el sistema siguen siendo pagadas con el dinero obtenido a través de impuestos. El sistema sería autosostenible y los recursos podrían destinarse a otros sectores si el número de trabajadores fuera mayor. Parte del problema se debe al altísimo nivel de informalidad laboral; además de la incapacidad del Gobierno colombiano y de las políticas tomadas para formalizar más trabajadores.

La eficiencia se encuentra en entredicho y la corrupción es el principal problema que aqueja al sistema. Existe una gran cantidad de personas afiliadas, pero no todos tienen acceso efectivo a la salud, el país sigue siendo increíblemente desigual a la hora de acceder a centros hospitalarios y profesionales de la salud. En el año 2019, de los cincuenta y ocho mejores hospitales latinoamericanos, veinticuatro eran colombianos; pero no todos tienen acceso a esos centros hospitalarios.

Las políticas públicas transforman a una sociedad. En Colombia se han tomado decisiones acertadas y coherentes encaminadas a que más personas puedan acceder al servicio de salud; sin embargo, estas decisiones actualmente se han quedado cortas y es hora de buscar un nuevo horizonte. El gobierno debe comprometerse con hacer efectivo el derecho a la salud; no obstante, se debe reconocer que la pandemia ha cambiado las reglas del juego y ha puesto en evidencia una gran cantidad de problemas sociales que existían desde antes pero hoy se han hecho mucho más visibles.

II

Réplicas

Karen Maribel Rebaza Vilchez

Sin duda resulta importante que las políticas públicas sigan los enfoques constitucionales. Especialmente en el caso peruano, se debe señalar que la Constitución de 1993 asume, tanto en el artículo 3 como en la Cuarta Disposición Complementaria y transitoria, que la carta constitucional debe ser interpretada de acuerdo con estándares internacionales que inciden en materia de derechos humanos.

En nuestro Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, observamos que hay ciertos grupos que están establecidos como de especial atención y, sin embargo, no han sido referidos directamente por la Constitución e inclusive ni por las propias sentencias del Tribunal Constitucional. En este escenario, es importante resaltar cómo los estándares internacionales pueden impactar velozmente en la elaboración e implementación de políticas públicas, incluso antes que nuestros propios ordenamientos jurídicos. El impulso de la población para establecer una agenda de gobierno es muy importante para que nuestras políticas públicas lleguen a ser eficientes.

Nuestro país tiene una realidad muy similar a la colombiana. Si bien el derecho a la salud constituye un derecho constitucional contenido en el artículo 7 de la Constitución, a la fecha todavía existen determinadas deficiencias en torno al acceso y goce; inclusive, en ocasiones se han divisado medidas que constituyen denegaciones arbitrarias a su acceso. Sin lugar a duda, estas situaciones perturban el goce real del derecho a la salud.

A través de las políticas públicas que se generen (algunas de ellas en la actualidad se encuentran en fase de implementación) se debe tener en cuenta el impacto a corto, mediano y largo plazo de la pandemia. Esto implica, entre muchas otras cosas, velar por la obtención de vacunas, a corto plazo; y acceso generalizado a las vacunas, a mediano y largo plazo.

De otro lado, la corrupción es un tema que no debe ignorarse. Su naturaleza pluriofensiva genera un gran impacto en los derechos humanos dado que va en desmedro del derecho a la salud, a la libertad, integridad, entre otros.

Gustavo Adolfo Pozas Márquez

En México se ha desarrollado un sistema a partir de un organismo constitucional autónomo, pero aún se encuentra en proceso de evolución y en búsqueda de su propia consolidación. Este ente comparte herramientas con organismos que devienen de un poder legislativo que, entre otras funciones, se enfocan en cuestiones fiscales.

Por otro lado, si bien la agenda pública está diagramada por el ente estatal, es de saber que pueden suscitarse una serie de escenarios naturales, sociales o jurisdiccionales que repercutirán en los efectos u objetivos que se vayan a seguir en la agenda pública. No debemos entender esto como una crítica al hecho de que surja o no la innovación, sino que gira en torno a la rapidez de dicha innovación.

Para dar respuesta al problema que se comentó inicialmente, se suele tener como única solución —efectiva pero lenta— a las acciones jurídicas. Por suerte, hace un par de años, Perú le entregó al mundo los códigos procesales constitucionales. Ahora bien, lo siguiente a analizar es la accesibilidad de estos procesos; es decir, si los ciudadanos tendrían que acudir, por ejemplo, a un abogado para poder plantear su juicio de amparo. Sobre esto último, es evidente que existen países en donde la cuestión es mucho más laxa, donde sin necesidad de un profesional, solo con conocimiento y a partir de la Constitución y formulación básica se pueden activar los mecanismos. Esta situación es óptima. Cuando llega el momento de emitir resoluciones, los entes públicos sienten una presión social y un mandato jurisdiccional; evidentemente, no será sencillo librarse de aquello.

El problema de estas herramientas gira en torno a la lentitud con la que se avanza. Es un obstáculo a nivel de Latinoamérica que los juicios jurisdiccionales sean aletargados, salvo en ciertas materias donde la naturaleza misma de estas obliga que sean veloces. Por ejemplo, en México, cuestiones electorales deben ser atendidas y resueltas con la mayor brevedad posible.

Probablemente, hemos enfrentado otro tipo de agendar los problemas públicos, que en ocasiones devienen de cuestiones accidentales; o, pueden tratarse de intenciones de factores reales de poder. Se debe velar por conocer e identificar quien tiene en sus manos la toma de la agenda; esta tarea teórica se le adjudica a los politólogos, sociólogos y abogados.

David Mendieta González

Colombia es pionera en la acción ciudadana de inconstitucionalidad, la cual data de 1910. Esto quiere decir que diez años antes de que empezara a funcionar el Tribunal Austríaco de Constitucionalidad y diecinueve años antes de que saliera la traducción francesa de la garantía jurisdiccional de Kelsen en Colombia ya existía control jurisdiccional, abstracto y posterior de constitucionalidad, lo anterior a petición ciudadana. Indiscutiblemente, nos encontramos frente a un gran instrumento de control ciudadano.

En Colombia se tiene el derecho a la muerte digna desde 1997; despenalización de la dosis personal desde 1994, despenalización del aborto en las tres circunstancias clásicas desde el 2006, matrimonio entre parejas del mismo sexo desde el 2011, adopción por parte de personas de orientación sexual diversa desde el 2015, entre otras. Asimismo, en estas últimas semanas se suscitaron dos decisiones importantes del Tribunal Constitucional: una amplió las condiciones para acceder al derecho a la muerte digna (si antes solo era para enfermos terminales, ahora lo es para cualquier persona que considere que tiene una enfermedad grave que le genera un gran sufrimiento) y, por otro lado, declaró inconstitucional la reforma del Congreso que establecía cadena perpetua para violadores y asesinos de niños. Todos estos logros se han alcanzado gracias a acciones de inconstitucionalidad presentadas por ciudadanos. Es un excelente mecanismo contramayoritario.

Pasando al tema de las políticas públicas en Colombia, la mayoría son tomadas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) que es uno de los máximos organismos en la coordinación de la política económica en Colombia. No dicta decretos, sino que marca líneas de orientación macro. Está conformado por el presidente, el director del Departamento de Planeación Nacional, por varios ministros, etc. Pero muchas veces los documentos CONPES no reflejan ni satisfacen la necesidad nacional, sino que son imposiciones de la banca internacional o la OCDE y mientras esto siga sucediendo la realidad y las políticas públicas no coincidirán.

III

Respuestas a las preguntas del público

Pregunta dirigida a la Dra. Karen Maribel Rebaza Vilchez: ¿cuál sería el mecanismo para que los gobernantes dejen de lado la corrupción teniendo en cuenta el compromiso de trabajar por

el pueblo que muchos realizan en campaña política? ¿Será que las fuerzas armadas de cada Estado deben tomar los mandos gubernamentales?

No creo que las fuerzas armadas sean las indicadas para intervenir directamente en temas de corrupción. Esto último escapa de su ámbito funcional. Lo que debería manejarse en cualquier nación es el fortalecimiento de sus códigos penales en relación con la sanción a los delitos de corrupción. En el caso peruano, por ejemplo, encontramos el delito de peculado, el delito de malversación de fondos, el delito de colusión, de negociación incompatible, entre otros. Por lo tanto, debería abordarse desde la perspectiva de la aplicación real de estos tipos penales; además, de una adjudicación independiente que abarque este flagelo.

En Perú contamos con una secretaría que, justamente, vela por la implementación de políticas públicas en contra de la corrupción. Desafortunadamente, esta secretaría ha dejado de reunirse en los meses recientes; sin embargo, nuestro contexto político demanda que reanuden sus encuentros y realicen reuniones intersectoriales con la finalidad de entender cuáles son las falencias dentro de cada sector del Estado, teniendo en cuenta el dinamismo en el que opera el aparato estatal. Es importante que se determine en qué momento la detección de un acto de corrupción tendría que ser llevado bajo la jurisdicción de una sanción administrativa o penal.

Pregunta dirigida al Dr. Gustavo Adolfo Pozas Márquez: ¿cuál sería el mecanismo para que los gobernantes dejen de lado la corrupción teniendo en cuenta el compromiso de trabajar por el pueblo que muchos realizan en campaña política? ¿Será que las fuerzas armadas de cada Estado deben tomar los mandos gubernamentales?

No es tarea de las fuerzas armadas integrarse en dinámicas castigadoras de elementos de corrupción; sin embargo, la corrupción tendría que ser una actividad previsible. Dicho de otra manera, se tendría que trabajar no en el castigo, sino en la prevención. En ese sentido, será posible generar diversas situaciones a través de las cuales prevenir: el mecanismo de prevención clásico, bajo la perspectiva de muchos teóricos es la educación. La sociedad es la que tendría que comenzar a educarse con la finalidad de participar en las cuestiones de lo público.

Frente a un desinterés, los sectores de poder pueden permanecer resguardados dentro de su ámbito de protección normativo y quizá hacer y disponer de cuánto les venga en gana. Esto se tendría que prevenir no a partir

de la formación de un sector específico, sino de una formación común. Una vez que el ciudadano se encuentre interesado, le corresponde vigilar que el prójimo actúe bien y ya no solo tendrá una vigilancia estatal o institucional, sino que también se tiene que estar vigilante desde los ojos sociales. Evidentemente, no es la misma vigilancia la que brinda una institución que la que otorga toda una sociedad.

Otro elemento que lastima a los entes políticos es la diagramación pública. Cualquier acto de corrupción, al volverse público, enfrenta un escarnio y encono distinto. De otro lado, se cree frecuentemente que, cambiando la norma o implementando delitos o aumentando las penas las situaciones cambiarán; sin embargo, de esta manera no se arreglar tales situaciones.

Pregunta dirigida al Dr. David Mendieta González: ¿cuál sería el mecanismo para que los gobernantes dejen de lado la corrupción teniendo en cuenta el compromiso de trabajar por el pueblo que muchos realizan en campaña política? ¿Será que las fuerzas armadas de cada Estado deben tomar los mandos gubernamentales?

Definitivamente se debe descartar la intervención de las fuerzas armadas como autoridades sancionadoras de los corruptos.

Una vez un presidente de Colombia afirmó: “La corrupción en sus justas proporciones”. En ese sentido, muchos colombianos creen y profesan: “Que robe pero que haga algo”. No, normalizar la corrupción y aceptarla es parte del problema. Necesitamos del cambio y de la transformación social. Las futuras generaciones deben indignarse por los actos corruptos y no justificarlos. La sociedad debe reclamar y exigir que no haya corrupción; es un grave error evidenciarla, anunciarla y perdonarla. De alguna manera nuestros valores o antivalores sociales han facilitado que la corrupción sea premiada. En Colombia se dice que el vivo vive del bobo y el bobo de su trabajo.

Pregunta dirigida a la Dra. Karen Rebaza: ¿considera que se ha desnaturalizado la etapa de operativización como consecuencia del carácter populista de algunas políticas públicas?

La agenda pública es ejecutada por el Estado, en ese sentido, se debe tomar acciones inmediatas frente a lo que resulta de mayor interés social. Lamentablemente, esta agenda puede desnaturalizarse por gobiernos de corte populista con propuestas falsas para obtener el apoyo que necesitan.

Implementar políticas públicas a favor de los más necesitados no está mal y es lo correcto siempre y cuando no vaya en desmedro de nuestras obligaciones constitucionales e internacionales. En ese sentido, considero que en su implementación u operativización debe conservar ese enfoque hasta su finalización.

Pregunta dirigida al Dr. David Mendieta: en Perú se está buscando unificar las redes asistenciales sanitarias y aún no se ha logrado a pesar de que hace poco se sacó un decreto legislativo que buscaba promoverlo. En el caso de Colombia, ¿los sistemas de salud también tienen diferentes presupuestos y direcciones, es decir, no tienen unidad?

La unidad del modelo está dada por ley. Hay una ley fundacional: la Ley N° 100 de 1993 y, posterior a ella, el sistema ha sufrido varias reformas. En el modelo interactúan particulares y también entidades del Estado. Uno podría decir que es un modelo mixto; sin embargo, las directrices están dadas desde la ley, aunque es indiscutible el papel que ha venido desempeñando la Corte Constitucional y los jueces a la hora de garantizar el acceso efectivo al derecho a la salud. De alguna manera, esto es parte del problema, toda vez que los jueces no tendrían que ser los responsables de garantizar el acceso al derecho, el sistema tendría que hacerlo por sí mismo. No obstante, hoy debido a cómo está diseñado el sistema, son los jueces quienes garantizan el acceso a este derecho en la mayoría de los casos.

La Corte ha establecido, a través de sentencias emblemáticas, cambios fundamentales en la estructura del modelo. Para algunos, la Corte es activista; en ese sentido, es blanco de críticas por considerarse que hay una invasión de competencias de los otros poderes públicos. Si bien esto trae consecuencias económicas, nos queda preguntarnos: si no es la Corte, entonces, ¿quién?

Pregunta dirigida al Dr. Gustavo Pozas: ¿a qué cree usted que se deba que en ocasiones no se preste la suficiente atención a la teoría y en otros a la realidad? ¿Cómo se podría obtener un equilibrio adecuado para mejorar las políticas públicas?

El profesional es como un pastel, si no ha culminado con su proceso formativo y se incorpora dentro de ciertas funciones, tendría que reconocer sus límites. Debe determinar para qué actividades sí se encuentra capacitado y qué es lo que podría hacer. Sin embargo, el problema radica en que cuando

los políticos se incorporan, ellos no necesariamente integran el grupo de profesionales preparados dentro de las estructuras de poder, sino que integran formaciones de personas que constituyeron parte de su equipo en el camino a ganar la campaña política.

Tenemos que, de alguna manera, denunciar la corrupción dentro de los centros formativos. Si bien los títulos universitarios deben ser ganados sobre la base de esfuerzos académicos no siempre el proceso se realiza con esta sintonía. Cuando esta situación no se da, se está frente a los denominados títulos sin profesionales.

En síntesis, no se alcanza a conocer el efecto teórico y, cuando se desconoce el espectro teórico se está intentado solucionar el problema dando palos de ciego. Entonces, debemos buscar conciliar el plano teórico con el plano real. Para lograr esta misión, se debe elegir correctamente a los servidores públicos, manteniéndolos en una constante formación o actualización.

**Pregunta dirigida a la Dra. Karen Maribel Rebaza Vilchez
¿cómo podríamos contribuir para que la población comprenda que cambiar una Constitución no modifica mágicamente la realidad?**

Es importante que la ciudadanía entienda que la Constitución no es un pliego de buenas intenciones ni de ideales, sino un documento que debe establecer cuáles son aquellos objetivos viables que como nación se puede obtener. Estos objetivos deben ir de conformidad con aquellos tratados en materia de derechos humanos que se hayan ratificado.

La ciudadanía no puede perder de vista que para que una Constitución sea realmente válida se tiene que garantizar los derechos fundamentales y el respeto a la separación de poderes. Mientras la ciudadanía no tenga en claro ambas cosas o no se encuentren bien establecidos en la normativa interna, lamentablemente, no se estaría creando un texto constitucional sino un instrumento imposible de ejecutar. La ciudadanía, además, debe entender que la Constitución no es el documento que va a solucionar la vida, sino que va a establecer los límites y vías adecuadas para garantizar los derechos.

Frecuentemente, se piensa que un cambio constitucional va a modificar la situación actual; sin embargo, esto no es así. Una lucha importante a tomar

sobre todo debe estar centrado en la efectividad de las políticas públicas ya que a través de ellas se pueden dinamizar el sistema y garantizar derechos.

Pregunta dirigida al Dr. Gustavo Adolfo Pozas Márquez: ¿cómo podríamos contribuir para que la población comprenda que cambiar una Constitución no modifica mágicamente la realidad?

Tenemos que vigilar los límites constitucionales para establecer qué sí y qué no podría establecerse en la Constitución, y así mostrárselo a las personas con la finalidad de que ellos también realicen un ejercicio de crítica constitucional. La población debe olvidar que la Constitución es la panacea de todos los flagelos sociales.

Los derechos humanos han sido conquistas de las personas, alguien tuvo que pelear para que tuviéramos libertad, alguien tuvo que pelear para obtener el acceso a la educación, para obtener salud, etc. Es importante destacar que la lucha no siempre se da en términos bélicos; a veces, solo basta charlar con un político, desarrollar un convencimiento social, una presión, etc. En ese sentido, aun cuando el derecho se instaure en la Constitución, en reiteradas ocasiones causa hipnotismo en las personas para que bajen los brazos y dejen de pelear.

Que un derecho se encuentre contenido en el texto fundamental no implica –necesariamente– que ya se tenga materialmente. Para conquistarlo, se debe lograr las condiciones materiales necesarias para ejercerlo. En ocasiones el Estado entrega las condiciones; sin embargo, cabe la posibilidad de que no suceda, siendo necesario que se tenga que arrancar las condiciones a punta de movimientos sociales, denuncias públicas o herramientas jurídicas.

Pregunta dirigida al Dr. David Mendieta Gonzales: ¿cómo podríamos contribuir para que la población comprenda que cambiar una Constitución no modifica mágicamente la realidad?

Es muy fácil decir “hay que cambiar la Constitución”, “una nueva Constitución nos traerá un paraíso”, pero esto no es verdad. La pobreza no se acaba por decreto. Si eso fuese así, la solución para Colombia sería una reforma constitucional, para pasar a denominarse República Pacífica de Colombia y ya está; sin embargo, esto no es así. Una nueva Constitución no cambia un país.

Retos del derecho parlamentario para el Perú post pandemia*

Manuel Alexis Bermúdez Tapia**
Universidad Privada San Juan Bautista

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Los retos parlamentarios en la etapa pre-pandémica / 2.1. La realidad política / 2.2. Los problemas estructurales y materiales / 2.3. El proceso democrático / 3. Los sucesos parlamentarios en la etapa pandémica / 4. Los retos y desafíos del parlamento en la etapa post pandémica / 4.1. La estabilidad o reforma constitucional / 4.2. Proyectar el esquema de las relaciones institucionales entre el Poder legislativo y el Poder Ejecutivo / 4.3. La facultad para el control político del Congreso de la Republica / 5. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

Desde el punto de vista sociológico y, de la ciencia política, los peruanos tienen una perspectiva limitada respecto a su pasado histórico, económico y social; a la vez, una falta de proyección al futuro mediato. Lo último, es provocado, principalmente, por la ausencia de una política pública programática. Ante esto, los hechos parlamentarios se sitúan en tres grandes momentos: la etapa pre-pandémica, la etapa en pandemia y la etapa post pandemia; que resultó ser un reto del derecho parlamentario peruano estudiar y regular las relaciones entre los representantes políticos por cuenta de un interés general; es decir, en este caso, el derecho a la salud.

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogado titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Bachiller de derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho civil y empresa por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Docente de las Escuelas de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Privada Antenor Orrego, Universidad Nacional de Trujillo, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Universidad San Antonio Abad del Cusco, Universidad Hermilio Valdizan de Huánuco, Universidad Nacional de Cajamarca.

2. Los retos parlamentarios en la etapa prepandémica

En el caso peruano, la etapa prepandémica hace referencia a que no se debe reducir un proceso parlamentario a ser evaluado, de la misma manera, como los años anteriores debido a que no se puede limitar una etapa tan compleja como han sido estos últimos 5 años. Es útil comparar los periodos de 1980 y el 2019 puesto que contienen similitudes en sus circunstancias como la realidad política, los problemas estructurales y materiales y el proceso de democracia, que resulta ser débil.

2.1. La realidad política

En 1979, los partidos políticos eran consolidados, mantenían una ideología y se desenvolvían en un contexto partidario sumamente sólido; no obstante, el problema era que no lograron un vínculo profundo con la población respecto a sus necesidades y conflictos. Por ello, los partidos políticos más representativos fueron los que destruyeron el sistema democrático siendo dos específicamente: Acción Popular liderado en ese momento por Fernando Belaunde Terry y el APRA liderado por Alan García Pérez¹.

2.2. Los problemas estructurales y materiales

Desde 1990-1992, los problemas estructurales y materiales del Parlamento se caracterizan por la falta de representación política efectiva y el caudillismo en el ámbito político.

Respecto a la falta de representación política en el ámbito del Congreso de la República eran notorios por el aumento de formación de alianzas políticas dentro del Parlamento, pues en la mayoría de las bancadas políticas optaban por formar una alianza, por ejemplo: el FREDEMO y el partido Nueva Mayoría liderada por Alberto Fujimori. Esta misma realidad, se reflejó en los Parlamentos de 1992, 1995, 2000, 2001, 2006 y el 2016, este último por cuestiones históricas, fue disuelto durante el gobierno de Martín Vizcarra.²

Por otro lado, el caudillaje en los partidos políticos han tenido una institucionalidad débil debido a las alianzas regionales y locales al dejar de ser simbólicas y convertirse en indispensables para un partido político, por ejemplo: Alianza para el Progreso (APP) no es un partido formal ni tampoco organizado ya que no tiene una ideología, entonces, es una agrupación de varias personas que se asocian a disposición del presupuesto que

¹ El primer gobierno (1985-1990) de Alan García Pérez es el gobierno más corrupto en la historia del Perú.

² Keiko Fujimori lideraba el partido político que obtuvo la mayoría de congresistas en las elecciones del 2016. El Congreso de la República fue disuelto el 30 de septiembre de 2019.

dispone el líder Cesar Acuña, y así, logran consolidar una bancada, pero el problema de ello es que al término del periodo del Congreso, no terminan con el mismo número de miembros a diferencia del inicio del periodo. Esto se debe a una causa principal, pues estos miembros se retiran de la bancada política, a efectos de consolidar una identidad personal o formar parte de otra bancada. Por ello, se evidenció en el periodo 2000-2001 cuando varios parlamentarios “A” renunciaban a su bancada para pertenecer a otra.

Ante estos sucesos, los Congresos prepandémica representan tres cualidades negativas: 1) La falta de organización; 2) Un desdén por la institucionalidad y el control político y 3) Una sesión permanente de facultades para el poder ejecutivo —los últimos Congresos no poseen legitimidad, puesto que no ejecutan su función de la representación política efectiva—.

2.3. El proceso democrático

El proceso democrático resultó ser débil debido a que antes de la disolución del Congreso de la República se generó un periodo de interfecto, por el cual se mostraron dos cualidades: 1) El Ejecutivo terminó nombrando su propio presupuesto —Presupuesto 2019—siendo la primera vez después de 45 años se optaba por esa medida- y 2) Después del interfecto se ejecutó la limitación de derecho por la aparición de la pandemia (inicia el periodo pandémico).

3. Los sucesos parlamentarios en la etapa pandémica

Dentro del periodo pandémico, un suceso característico fue que el Congreso de la República —al inicio de la pandemia— emite leyes que limitan o restringen determinados derechos para hacerle frente al Covid-19. Otro suceso, fue la redacción sobre el nuevo Código Procesal Constitucional, encargado por el expresidente del Tribunal Constitucional Carlos Mencía, quien convocó a profesionales sin previa experiencia para la comisión de redacción puesto que al final —en ese proyecto— se ha identificado 60 inconstitucionalidades.

Respecto a las elecciones presidenciales y congresales 2021, la pandemia ha provocado condiciones desfavorables a los ciudadanos para asistir a sufragar en dicho periodo electoral. Por ello, se ha registrado que aproximadamente nueve millones de peruanos no sufragaron en la primera vuelta presidencial; en la segunda vuelta, no votaron cinco millones. Por lo tanto, el contexto de legitimidad fue crucial. Ahora, en las elecciones congresales 2021, algunos partidos políticos no pasaron la valla electoral, por ejemplo: el Partido Morado que cuenta con tres congresistas en su bancada.

Nos encontramos en una realidad socioeconómica crucial, por el cual se necesita una proyección de políticas públicas con programas que se deben ejecutar inmediatamente ante esta etapa pandémica, en donde existe una fuerte limitación de las actividades públicas y de las instituciones. Por ende, es necesario o urgente que el Congreso decida estructurar acciones sobre el ámbito de la realidad política para enfrentar la pandemia.

4. Los retos y desafíos del Parlamento en la etapa de la post pandemia

En el periodo post pandémico, el Congreso de la República debería proyectarse y planificar para ejecutar tres acciones: 1) La estabilidad o reforma constitucional; 2) Proyectar el esquema de las relaciones institucionales entre el Poder legislativo y el Poder Ejecutivo y 3) La función del control político del Congreso de la República.

4.1. La estabilidad o reforma constitucional

En la Constitución Política del Perú no se detalla la conformación ni los procedimientos para una Asamblea Constituyente; por lo tanto, no se puede forzar figuras jurídicas, a partir de una premisa. Aunado a ello, la Comisión encargada de este proyecto mantiene cuestionamientos respecto a la materia económica³. Sin embargo, el modelo neoliberal plasmado en el artículo 58 de la Carta Magna ha sostenido un progreso económico del Perú, a partir del año 1993 hasta la actualidad, en sí, el modelo opuesto, que es el socialismo, no ha logrado grandes beneficios en los países que han adoptado este modelo económico, sino conflictos y retroceso.

En este contexto nos conviene conformar un procedimiento parlamentario, en vez, de debatir sobre la reforma o cambio de la Constitución –modelo económico–. La ausencia es un procedimiento que se refleja en las acciones de los congresistas.⁴

4.2. Proyectar el esquema de las relaciones institucionales entre el Poder legislativo y el Poder Ejecutivo

Actualmente, la relación institucional entre el Ejecutivo y el Legislativo es un conflicto político que no se relaciona con el Derecho Constitucional ni con las instituciones, puesto que no existe organización que regulen este

³ Art. 58 de la Constitución Política del Perú: La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado (...).

⁴ En julio del 2021, una congresista, en vigencia de la legislatura del 2020, conforme una cuarta legislativa con el tiempo de duración de 13 días. Esto resulta ser un error crucial, a causa del caudillismo existente en los partidos políticos.

vínculo o lo programen a la realidad peruana a futuro para que se concrete una línea de acción. Por ende, se encuentran enfrentados no por una diferencia de ideologías, sino política.

4.3. La facultad para el control político del Congreso de la República

Hoy por hoy, la facultad para el control político del Congreso de la República no se ha ejercido satisfactoriamente para evitar una futura disolución del Parlamento; sin embargo, el Congreso tiene un “as bajo la manga”, y ha empezado a cuestionar e interpelar a los ministros, y así poder aplicar censuras. Probablemente esto termine en cuestión de confianza o en la vacancia del presidente, pero cabe mencionar, que, hasta el momento, el Parlamento no ha trabajado en emitir leyes favorables para las políticas públicas programáticas, debido a que los congresistas se encuentran enfrascados en un debate político —cero control y fiscalización de las entidades públicas—. Ahora bien, ante la ausencia del Parlamento para emitir una política pública que proyecte la necesidad de la población, debe afrontar los tres retos y desafíos que se le aproxima: 1) La legitimidad institucional⁵; 2) Mejorar la Ley Orgánica Judicial⁶; 3) Un menor manejo presupuestal para una mejor autocapacidad en el presupuesto público y 4) Programar políticas públicas programáticas, especialmente servicios públicos.

5. Respuestas de las preguntas del público

5.1 ¿Qué debe hacer el Congreso de la República para tener legitimidad, y si esta depende del poder constituyente o de la propia Constitución?

Los peruanos estamos acostumbrados a sostener, que la Ley soluciona los problemas del país, pero esto no es cierto porque la Ley es un reflejo de las necesidades de la sociedad. Aquello debe ser entendido por la Comisión, que plantea la reforma constitucional, en el cual no poseen un margen de acción, debido a que no existen concesos políticos. Cabe señalar que no se puede cambiar la Constitución, sino adecuarlos a los patrones establecidos en la Carta Magna. Ahora bien, la Comisión propone una reforma constitucional, por el cual quebrantaría la única opción programática para ello. Este comportamiento por parte de los congresistas se relaciona con los partidos políticos, pues si estas no son eficientes, entonces, no tendremos un sistema democrático eficaz.

⁵ El Congreso de la República debe proyectar y planificar, en base a un sustento ideológico con iniciativa legislativa.

⁶ Julián Palacin menciona: “una persona sin ninguna experiencia sin especialidad es evidente que no está preparada”.

Además, el Congreso no ha mejorado los sistemas del partido político, la evasión tributaria y enfrentar el lavado de activos. Entonces de qué nos sirve una democracia interna, si los partidos políticos son arbitrarios en sus decisiones. Por ende, la representatividad política depende de los ciudadanos, pues no busquemos la legitimidad del Congreso, sino a una ciudadanía responsable, y así poder participar activamente en el país.

5.2. ¿Existe una relación directa entre las políticas públicas programáticas y la legitimidad de los representantes públicos?

No existe tal relación directa puesto que en conformidad a lo señalado en la Constitución Política, los congresistas no tienen el mandato imperativo, sino la discrecionalidad; sin embargo, la aplicación de uso de la discreción elevada por parte del Congreso puede perjudicar al país, pues esto, se ha visto en los proyectos de ley que pretende pervertir la realidad social, por ejemplo: el Congreso planteo un proyecto de ley, que buscan mencionar que la época del terrorismo debería denominarse “un conflicto armado interno” con el fin de suavizar o desacreditar el evento pasado. A la vez, la discrecionalidad limita la capacidad del ciudadano puesto que no puede ejercer un control de las acciones de los congresistas.

5.3. ¿Cuáles son los errores del Congreso de la República para perder la legitimidad?

El principal error del Congreso de la República es crear y emitir normas inconstitucionales puesto que, actualmente, los congresistas creen que su facultad les permite comportarse arbitrariamente, y esto ha provocado su condición negativa.

5.4 ¿Puede existir una influencia positiva del control político del Ejecutivo hacia el Congreso, y así garantizar con mayor eficacia el derecho a la salud frente a la pandemia?

Quien ejecuta el control político es el Congreso, pues no tiene facultades de gastos ni ejecución, mientras que el Poder Ejecutivo realiza actividades políticas a nivel regional, local y nacional, por lo cual no se encuentra en condición de poder de otros. Sin embargo, el Ejecutivo puede controlar al Congreso, a través de la presentación de proyectos de ley, pues no existe otro mecanismo, y luego de ello, el propio Congreso los evalúa, y si son favorables los aprueba, incluso en contra de su propio interés.

Control normativo parlamentario: análisis desde la perspectiva del derecho comparado*

Raúl Andrade Osorio**

Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

Mario Gonzalo Chávez Rabanal***

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Gabriel Barragán García****

Universidad Católica de Argentina

I

Control normativo parlamentario: análisis del caso mexicano

Raúl Andrade Osorio

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Instauración del Parlamento mexicano / 3. Control normativo en sede parlamentaria / 4. Procedimiento de promulgación de proyectos de ley / 5. Conclusiones

1. Introducción

En el caso de México, se tiene un régimen presidencialista, matizado en llegar al semiparlamentarismo debido a la poca intervención del Congreso Federal, en relación con la formación del gobierno y la remoción de algunos de los secretarios. El nombre de las personas que ocupan las carteras del gabinete es secretario, porque se advierte que tienen un matiz presidencialista. El régimen mexicano está determinada por la forma de gobierno federal, ya que concurren a dos competencias dentro de un mismo territorio: una que es en todo el territorio nacional y bajo legislación de autoridades tanto judiciales como las normas que emanan del Congreso Federal así como las facultades que tiene el Ejecutivo en todo el país, y también

* Mesa de diálogo llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Abogado y doctor en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México)

*** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

**** Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil. Abogado de los Tribunales de la República. Juez de familia de Ecuador.

cada entidad federativa o estado también hay una serie de competencias que son distintas o en ocasiones concurren tanto la federación como los estados para regular ciertas ramas del cúmulo de facultades, donde deben intervenir los gobiernos.

2. Instauración del parlamento mexicano

A nivel federal, en relación con las leyes ordinarias, se maneja una forma parlamentaria imperante bicameral. Hay una Cámara en México de diputados, la cual se integra por la elección de 300 personas por el principio de mayoría relativa (votación directa en cada distrito electoral federal) y 200 personas por el principio de representación proporcional, quienes son los diputados del partido. La representación proporcional se asigna precisamente en proporción a la votación que haya tenido cada partido en la votación general.

En el caso del Senado, cuando México nace como nación independiente, se toman ideas referenciadas en los Estados Unidos y el Senado, representados por los estados y conformados por dos senadores por cada entidad federativa. Posteriormente, se agrega un senador más en relación al principio de primera minoría, a cargo del control normativo parlamentario; debido a que, en el Senado, cuando en un Estado ganaba su partido político, los dos senadores que llegaban a la Cámara alta, se dejaba muchas veces de darles voz a otros partidos políticos.

México tenía un régimen de partido hegemónico y el partido que estaba en el poder siempre ganaba la posterior elección de candidatos al Senado, se conformaba un partido hegemónico y no había representación de los otros partidos políticos que habían tenido votaciones importantes, pero porque no tenían una mayoría no llegaban a la Cámara alta; entonces, se introduce que a los senadores de primera minoría se agregan 32.

Siendo 32 estados, dos representantes por cada estado, uno más de primera minoría y 32 más de representación proporcional; es una forma de integración ajena a la naturaleza jurídica y típica de lo que es el Senado, ya que este está representado por los Estados, debe haber un equilibrio derivado de la voluntad democrática de los electores, pero lo cierto es que este principio de representación proporcional ocasiona que haya casos de más senadores de otras entidades federativas.

3. Control normativo en sede parlamentaria

En el caso de México, no se tienen medios en sede legislativa de un procedimiento claro en el cual se puedan entender las maneras jurisdiccionales

en sede legislativa. El control de México es eminentemente político, este control se da *prima facie* en la Cámara de origen por ser un sistema bicameral, a través de los procedimientos parlamentarios y figuras que existen, como es la interpelación, las preguntas las mociones suspensivas. El debate que se da en relación a alguna reforma o expedición de una ley total, no centraliza un mecanismo jurídico donde exista un control claro; se da por el debate que existe entre las fuerzas políticas que están representadas en el Congreso; algunas formas de control que se han ideado para cuestiones importantes, en el caso de decisiones que tienen trascendencia o implicancias sustantivas, en la aprobación de alguna reforma federal.

A veces, se requiere la mayoría calificada ($2/3$ partes de los presentes en la Cámara) para abrirse la discusión y la creación de una norma de adición, modificación o derogación de una ley; para ello es necesario que estén de acuerdo las $2/3$ partes presentes. Esto implica, como sucedió en México, donde se transita este régimen de partido hegemónico, ya ningún partido tenía en materia parlamentaria la mayoría absoluta el poder hacer una reforma, por lo que debe haber un diálogo con otras fuerzas políticas, para poder aprobar alguna norma, una forma de control normativo en sede legislativa. Este control es eminentemente político, porque lo que se discute en muchas ocasiones no es si la norma que se está tratando de aprobar está pegada a la Constitución, sino las negociaciones que derivan del disenso y consenso de ciertas concesiones del partido que están en el gobierno. Un control, eminentemente jurídico en México, no existe.

Una vez aprobada una norma, por una de las cámaras, otro medio de control se da en los trabajos liminares de la creación de las normas en las comisiones, dónde se dictaminan las iniciativas que se presentan; ahí es donde se toman votos particulares de los disidentes, que integran la comisión al momento de pasar al pleno. Estos votos influyen en el pleno y, muchas veces, se cambia el sentido de la redacción de alguna norma o inclusive se llega a no aprobar derivados de esos votos particulares que se dan en las comisiones.

Después de que se aprueban las normas, pasan a la colegisladora, la cual siempre debe ser la Cámara de Diputados. Después de pasar a la etapa post legisladora, se da un control normativo en sede legislativa en la Cámara revisora, dado que —en muchas ocasiones— la Cámara revisora no comparte lo que está ya aprobado por la colegisladora; generando observaciones y retroceso a la cámara de origen, para que discutan en aquello que no está de acuerdo con la colegisladora, de no ser así el proyecto de ley, no puede ser discutido sino en un periodo legislativo posterior. De haber aquiescencia a las observaciones que hace la Cámara revisora, ya es posible

mandarla al Poder Ejecutivo para su sanción promulgación y publicación, esos serían los medios de control.

En cuanto a las minorías parlamentarias, cuando se opone a la aprobación de esa norma, se sientan las bases para dar una impugnación constitucional para que en sede jurisdiccional constitucional que es ante la Corte Suprema de México, a través de lo que se llama acción abstracta de inconstitucionalidad. La minoría debe representar al menos el 33% de los legisladores que perdieron la votación, que aún pueden usar el medio de control constitucional: la acción abstracta. A partir de ahí, se cuestiona la constitucionalidad de la norma, pero salen del control parlamentario las discrepancias que hay de las minorías; están legitimadas y tienen acción para promover ese medio de control constitucional, pero ya ante la Corte Suprema de México, una vez que las cámaras logran consensuar esa norma, pasa al Ejecutivo, donde existen dos medios de control de regularidad constitucional en sede parlamentaria.

4. Procedimientos de promulgación de proyectos de ley

El proceso inicia como la mayoría de naciones: con una iniciativa de ley que se dictamina, se discute, se aprueba, se manda a la colegisladora, se discute, se aprueba y se manda al Ejecutivo; el cual tiene la facultad de hacer observaciones que, en la dogmática constitucional, se le conoce como el veto presidencial, de considerarse que algunas de las nuevas leyes aprobadas violan la Constitución. Se tiene también el derecho a no promulgar una reforma o ley, hacer observaciones al poder legislativo y la discusión de dichas normas aprobadas que vulneran la Constitución; por tanto, haya que hacer alguna modificación o cancelación de aquello que se estaba proponiendo.

Un caso muy reciente en México fue que se precisó que, quien ocupaba el cargo actualmente de presidente de la Corte Suprema, su periodo no terminaría sino hasta el 2014, cuando había sido elegido para terminar su periodo en 2012. Se le estaba prorrogando en un transitorio su mandato. El presidente de la República, en ese entonces, se encontraba en la capacidad de decir que la Constitución dispone que el presidente de la Corte Suprema va a durar en su encargo cuatro años y no podrá ser reelegido, ya que viola la Constitución el tener un presidente de la Corte Suprema durante 6 años. Desafortunadamente, el Poder Ejecutivo no hizo uso del medio de control constitucional en sede parlamentaria; después la Corte, impugnó y declaró su invalidez. Esto lo puede hacer también el Ejecutivo que, a pesar de no formar parte del poder legislativo, tiene capacidad de iniciativa y también capacidad de hacer observaciones como en el derecho de veto.

Otro medio de control constitucional que existe en México es el referendo del decreto promulgatorio; esto es cuando a un secretario se le pide que firme el tal decreto; entonces, si él considera que esa norma esa ley vulnera la Constitución. Si no lo firma, no deberá ser obedecida esta norma, por lo que se evidencia que existe la facultad de un secretario de poder controlar la constitucionalidad de una norma a través de negarse a refrendar el decreto.

Por último, otro mecanismo de control en el caso de las reformas de la constitución es cuando se va a reformar La Carta Magna, donde no solamente participa el Congreso federal, sino también convergen legislaturas de los Estados. Estas son unicamerales, pero en el caso de una reforma constitucional —además de aprobarse la forma de la Constitución por la Cámara de Diputados— la Cámara de Senadores y la mayoría de las legislaturas de los Estados, por mayoría calificada, deben discutir, aprobar o desaprobar la reforma constitucional, ya que eso conceptualiza otra forma de control normativo en sede parlamentaria, llamada poder reformador de la Constitución. Hasta la actualidad, en México, no ha ocurrido que la mayoría de las legislaturas rechacen una norma constitucional y no llegue a concretarse y publicarse una norma vigente.

Las legislaturas de los Estados dada nuestra forma de gobierno federal pueden en su mayoría desaprobar aquello que el Congreso Federal aprobó y dejar sin efecto esa reforma constitucional que se está proponiendo.

5. Conclusiones

Las formas en que México desarrolla el control normativo parlamentario en sede legislativa propiamente dicha y *lato sensu*, por formar parte del procedimiento con el Ejecutivo. Si se estima que se viola la Constitución, no se publicaría dicha reforma ni alcanzaría la categoría de ley, lo que es también un medio de control normativo. Un secretario forma parte del gabinete presidencial que, a pesar de no ser un legislador, forma parte del proceso legislativo y de actos de la administración pública.

Control normativo parlamentario: análisis del caso peruano

Mario Gonzalo Chávez Rabanal

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Historia de la instauración del Parlamento / 3. Surgimiento de los poderes del Estado / 4. Teoría institucional

de los pesos y contrapesos y el check and balance / 5. Formas de control político normativo parlamentario / 6. Desarrollo del control político normativo parlamentario en el Perú/ 7. Conclusiones

1. Introducción

En las siguientes líneas se analizarán las relaciones que se presentan entre los poderes del Estado y el control que hace el Parlamento en el marco dentro de una categoría muy conocida en la estructura del Estado como es la separación de poderes.

En el principio del check and balance, los pesos y contrapesos, que proviene de la teoría del constitucionalismo norteamericano, se encontrará la salida a la concentración del poder político tan cuestionada por los filósofos liberales.

Cuando se establece la idea de que los poderes deben de estar divididos, por ejemplo, según la tesis de Montesquieu en el “El espíritu de las leyes”, se estaba pensando en instaurar un tipo de gobierno donde el poder político ya no quede concentrado en manos de una sola autoridad o en manos de una sola persona, y que esta persona no pueda ejercer el poder absoluto. Se soluciona mediante la teoría de la división de poderes, que establece la existencia de un control de pesos y contrapesos entre los poderes del Estado.

El control de pesos y contrapesos entre los poderes del Estado va a permitir que se mantenga el equilibrio entre estos denominados poderes del Estado; que el Parlamento pueda controlar al Ejecutivo y este, a su vez, pueda controlar al Parlamento, por lo que se puede dar un control en relación recíproco del judicial contra estos poderes.

2. Instauración del Parlamento

Con el surgimiento del Parlamento surge el Estado de Derecho, el Parlamento es una institución medular en la consagración de la teoría del Estado moderno, que es el estado de derecho.

El Estado de Derecho es viable por la existencia del Parlamento, en la medida que este último se presenta de forma distinta a las demás instituciones que han existido a lo largo de las civilizaciones; es un fenómeno moderno a partir del siglo XVIII, principalmente en Inglaterra, con el triunfo de la Revolución Gloriosa, donde el Parlamento asume el poder político, lo cual implica la potestad de instaurar un Gobierno, y literalmente en el modelo inglés el gobierno emana del Parlamento.

El Estado de Derecho emerge con el modelo parlamentario; a partir de la lectura del modelo inglés (distinto del modelo absolutista) se va a encontrar que existe división de poderes y control del Parlamento, en función de la voluntad popular, el pueblo frente a un gobernante, quien en su momento se había entendido como un gobernante absolutista.

La idea primera era limitar el poder mediante la elección del gobierno. Esto va a depender del modelo del Parlamento, encargado de instaurar el Gobierno, a través de un modelo y la instauración del Primer Ministro. Esta situación da a entender cómo surge y cómo se explica el modelo inglés; ya que, en el modelo inglés, no se da una elección de congresistas, sino más bien una elección con proyección a vistas de quién va a ser el Gobierno o el Primer Ministro. El líder del partido político se instaura también como jefe de Gobierno. Sin embargo, en este contexto se puede encontrar que la figura de la monarquía se mantiene, dejando la figura de la realeza en relaciones internacionales de representación del Estado, pero sin mando ni dirección en lo que respecta al eje de Gobierno de la nación.

3. Surgimiento de los poderes del Estado

Aquí aparecen y surgen dos poderes del Estado: la figura del Parlamento y la del gobierno. En el continente americano años después genera zozobra entre las 13 colonias en la Independencia Norteamericana, y en el que antecedente al modelo francés, ya que al depender de un órgano dos poderes del Estado, es más probable concentrar el poder.

Existirá la preocupación por asegurar que no solo se instaure un tirano, sino un gobierno absolutista, que cae manos de una persona, como era la monarquía. El ejercicio ilimitado del poder político puede caer en el propio Parlamento. Esta preocupación la vivieron los norteamericanos que no tenían representación dentro de los contextos de la limitación de la propia autonomía, la cual habían estado perdiendo junto con las colonias en desmedro de la propia instauración del Parlamento, por ejemplo, como lo era el incrementar impuestos sin representación de los colonos; representó una situación límite para la independencia de las 13 colonias.

La historia nos ha demostrado, que lo que fue un antecedente de lo que se había vivido, se repitió en pleno siglo XX, sobre quienes ejercen el poder irracional, absoluta, tiránica o arbitrariamente, quedando demostrado que no solamente puede ser una persona, sino también una mayoría parlamentaria. Por lo que resultaba indispensable asegurar una división tajante entre estos poderes del Estados, división que se considerará como elemental

en la estructura del Estado. Los poderes son debidamente separados con funciones propias entre ellos, manteniendo la autonomía de su reciprocidad, institucionalizándose así la división de poderes.

4. Teoría institucional de los pesos y contrapesos y el check and balance

La teoría institucional de los pesos y contrapesos, el check and balance, es un aporte del constitucionalismo norteamericano, donde el Parlamento debe controlar al Ejecutivo, mientras este debe de controlar al Parlamento. En Perú se ha materializado este mecanismo, bajo determinados procedimientos del Parlamento; se logra controlar al Ejecutivo, por lo que hay que tratar de diferenciar las relaciones de control, cuestionar si se trata de un control político o control jurídico, ya que –desde la teoría de la Constitución– es muy importante separar y distinguir estas tres clases de defensa, en lo que respecta a la Constitución y a la defensa de la autonomía de los poderes del Estado.

Los más antiguos son los controles políticos, los cuales se ejercen entre los poderes del Estado, Parlamento y Ejecutivo; para evitar que uno de ellos ejerza un poder irracional o ilimitado. Este, no solamente se va a dar como una forma de defensa de la propia estructura del estado moderno; entendido no solo como estado de derecho, sino como un estado constitucional. A diferencia del control político, el control jurídico se hace ante las instancias jurisdiccionales y por mecanismos procesales.

A mediados del siglo XX, Hans Kelsen, publica su artículo sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, en lo que respecta al defensor de la Constitución, proponiendo la creación del Tribunal Constitucional como mecanismo de un control jurisdiccional, un control jurídico de la defensa de la constitución frente a los actos normativos que realice los poderes del Estado como el Parlamento y como el Ejecutivo; con la idea de la instauración de un debido proceso, de un debate procesal y la decisión argumentativa judicial, se llega a determinar si los poderes del Estado han actuado o no dentro del marco normativo. Es aquí donde aparece el control jurisdiccional, del cual la mayoría de naciones utilizan por medio del Tribunal Constitucional, o de un modelo acorde al control norteamericano de judicial review.

Los actos del Estado pueden ser determinados como válidos por jueces u órganos jurisdiccionales que establecerán si son compatibles o no con la Constitución. De ser incompatibles, se declarará su invalidez y se derogará, según el modelo concentrado, y se inaplicará según el modelo difuso

americano. Esto lo decide el Tribunal Constitucional, que convive con el control difuso que lo realizan los jueces del Poder Judicial.

El tercer control está constituido por controles sociales, como el derecho de protesta; es decir, la ciudadanía haciendo ejercicio de su poder para expresar su voluntad, apreciaciones y opinión pública en lo que respecta a la toma de decisiones de los gobernantes. En lo que respecta a esa toma de decisiones, la ciudadanía ejerce esa presión para que esa política pública que se ha adoptado, pueda ser cambiada, revisada y en su caso modificada. Lo que se ha evidenciado en Latinoamérica, en los últimos años, es que existe una mayor y activa participación de la ciudadanía, en controlar el modo y la forma como los gobernantes han estado ejerciendo el poder, expresándose en aspectos normativos.

5. Formas de control político normativo parlamentario

Desde esta perspectiva se ha encontrado que en el control aparecen tres dimensiones delimitadas: control político, control normativo y control social. Puede surgir la interrogante, sobre si el control que el Parlamento ejerce hacia el Ejecutivo es un control eminentemente político o tiene también vistas en de un control jurídico. De haber surgido esta duda a mediados del siglo XX, se hubiera asegurado que es un control eminentemente político, donde lo primordial es la decisión política fundamental del Parlamento; ya sea censurar un gabinete, vacar un presidente, o dejar sin efecto una norma, se estará frente a una decisión política fundamental.

Lo que ha estado haciendo el Tribunal Constitucional en las últimas décadas, es ingresar en todas las áreas del Estado para asegurar que las decisiones del Estado sean conformes a la Constitución. También, se ha ingresado a analizar el proceso parlamentario y a verificar si los actos del Parlamento se justifican en sí y por sí mismos, en las decisiones políticas fundamentales, bajo determinados mandatos normativos constitucionales.

La idea de un Estado de derecho es que no exista un gobernante que imponga su voluntad; el Estado de derecho implica no un gobierno de personas, no como como un gobierno de la voluntad del individuo, una agrupación o de una mayoría parlamentaria, sino un gobierno de las leyes.

Se debe mencionar que el Estado moderno se caracteriza por la no existencia de un soberano, como afirmaría el maestro Martín Kriele; porque todo está controlado y limitado, no hay un ente que tenga un poder ilimitado o un poder que pueda sobrepasar las funciones y competencias de los otros poderes del Estado.

Esto se ha ido paulatinamente insertando dentro del fuero parlamentario, con lo que respecta al respeto y garantías de los derechos que están reconocidos en la Constitución; los derechos son mandatos de obligatorio cumplimiento hacia los poderes del Estado, dentro de los cuales se encuentra al Parlamento, como exigencia al derecho fundamental, hay un derecho al debido proceso parlamentario. El Parlamento, con la incorporación, del debido proceso se le exige cumplir con las garantías del proceso, dándosele una limitación. Se implica que la decisión política en sí no se justifica, sino que está guiada bajo los cánones y bajo las guías de derechos fundamentales, de estos mandatos del debido proceso.

Se puede deducir que las funciones parlamentarias han encontrado una limitación en el ámbito jurídico normativo, objetivo, respecto a los derechos fundamentales con el debido proceso. Sucede lo mismo con el control de check and balance en lo que respecta a los otros poderes del Estado, en este escenario tuvimos lo que se sometió a debate en los últimos años, en el Tribunal Constitucional, en el año 2019, respecto a la disolución del Congreso por parte del Ejecutivo, y en lo que respecta a la vacancia presidencial, del Congreso al Ejecutivo. Para determinar si la decisión política fundamental basta, se justifica para ejercer ese control, o resulta necesario las garantías procesales que impone la Constitución. Al menos en la forma, sobre el debido proceso formal existe unanimidad, el Parlamento como el Ejecutivo para ejercer el control político tienen que cumplir con el debido proceso formal, queda solo que el Tribunal Constitucional, delimite el debido proceso sustantivo, por ejemplo, en el caso de la vacancia, si es un decisión política del Parlamento como parte del control político, es una decisión objetiva que opera frente al vacío de poder.

Bajo esta línea, se desarrolla cómo se presenta el control normativo y, en qué medida resulta aplicable, la exigencia de determinados parámetros normativos que vienen de la Constitución; ya que toda decisión parlamentaria que afecte un debido proceso es una decisión inválida.

6. Desarrollo del control político normativo parlamentario en el Perú

El Perú, como la mayoría de países latinoamericanos, se ha instaurado bajo el principio de la separación de poderes, expresándose como una República; es decir, lo que le pertenece al pueblo, el pueblo es el titular del poder legítimo y es quien instaura el Gobierno y otorga legitimidad a sus gobernantes.

Del mismo modo, la relación de división de poderes presupone la existencia una relación de pesos y contrapesos, el check and balance una relación

de controles entre sus poderes del Estado. La idea y el mandato constitucional del check and balance, de pesos y contrapesos, que se da entre los poderes del Estado, es una expresión de las aspiraciones del liberalismo, frente al poder absolutista, para contener un poder ilimitado y evitar el exceso de uso de poder, situación que se controla en la medida que se mantenga una división de poderes, distribución de competencias entre los órganos del Estado y aparición de este contexto un sistema de controles mutuos, que permitan hacer una efectiva responsabilidad de las autoridades que ejercen este poder político y la Constitución; esto, consagra principalmente es este mandato de racionalizar el ejercicio del poder colectivo.

En el Derecho Constitucional existen dos principios o fines, reconocidos como como elementos básicos imprescindibles: la limitación del ejercicio del poder político, entendida también como la racionalización del poder político y su evidencia institucionalmente orgánica, a través y mediante la división de poderes; y de otro lado, la defensa de la persona humana como eje de la comunidad política, en la defensa y la garantía de sus derechos fundamentales.

En este contexto, el Parlamento tiene la función de legislar y fiscalizar competencias asignadas por la Constitución a estos poderes del Estado. El Ejecutivo tiene la potestad y función de dirigir la política general del gobierno, para gestionar, por ejemplo, la prestación de los servicios públicos.

En Perú, se ha creado un Modelo semipresidencial. En el país, el Consejo de Ministros es responsable políticamente frente al Parlamento, el modelo parlamentario es el primero que surge a partir del constitucionalismo inglés, un modelo parlamentario donde el gobierno es instaurado por el Parlamento.

En el modelo americano aparece el modelo presidencial, donde se tiene una separación tajante entre los poderes del Estado. El Parlamento se instaura a través de una elección popular, respetando los Estados federados, los cuales son elecciones que se instauran de forma autónoma y de forma distinta.

En Perú, no se concibe que el jefe de Estado sea elegido e instaurado por el Parlamento, sino eso lo haría parlamentario, donde el Primer Ministro es instaurado por el Parlamento. Y si el presidente además es elegido directamente por el pueblo, ello sería un modelo semiparlamentario.

En nuestro país (Perú), se da que el Presidente y el Parlamento son elegidos directamente por el pueblo, mientras que el Presidente de la República elige a su Consejo de Ministros, el cual ejerce funciones bajo la investidura

del voto de confianza. A partir de allí, aparece un control político por parte del Parlamento hacia el Ejecutivo, situación denominada modelo semipresencial; es decir, el Parlamento puede controlar una parte, un sector del Ejecutivo, que viene a ser la figura ministerial, la figura del Consejo de Ministros. El Parlamento puede retirar la confianza y de su cargo a los ministros de determinado gabinete, incluyendo al Primer Ministro. Puede generar una crisis en el gabinete este retiro de confianza, sin embargo, el Parlamento no puede generar la cuestión de confianza, con el Presidente de la república electo.

En ese contexto, en Perú, el control parlamentario se ejerce teniendo el sistema semipresencial, donde el control político y la decisión política fundamental recae en lo que respecta a la figura del gabinete ministerial; sin embargo, en lo que respecta a la figura de la Presidencia de la República, hay requisitos jurídicos y normativos establecidos por la propia Constitución peruana. Por otro lado, el Parlamento también ejerce un control normativo.

El legislativo dicta normas con rango de ley, mientras que el Ejecutivo puede ejercer la función legislativa previa delegación de facultades en el Congreso. A partir de esta delegación de facultades, aparecen los decretos legislativos y los decretos de urgencia, cuando se está frente a exigencias de naturaleza económico-financiera. El Parlamento va a ejercer sobre estos un control normativo.

Además, el control parlamentario, en lo que respecta hacia el Ejecutivo, presenta tres mecanismos en la línea del check in balance, en el marco constitucional del control de pesos y contrapesos, y del sistema político semipresidencial. Así aparece como un primer mecanismo, el denominado como control político estricto; un segundo mecanismo como el control político amplio; y un tercer mecanismo de control político normativo.

El control político estricto está bajo la égida de que el Parlamento puede controlar políticamente parte del Ejecutivo, esta es una expresión propia del régimen político parlamentario que se basa en la decisión política fundamental del Parlamento, quien toma la decisión y se ejercen sus efectos; por ejemplo, en este modelo de mecanismo de control político estricto, aparece el cese de la autoridad en el ejercicio del cargo, esto se materializa en la figura de la moción de censura o en la cuestión de confianza; se concretiza también en el voto de investidura el antejudio político y el juicio político. Estos dos últimos han dejado en base a la propia intervención del Tribunal Constitucional, de ser eminentemente decisiones políticas funda-

mentales para estar supeditadas a un proceso y además a unos requisitos y condiciones jurídicas.

En este tipo de antejuicio político del Perú, se han establecido los requisitos mínimos de garantía del debido proceso; el Parlamento va a dar validez a las decisiones. Es sabido que, en el país, está en trámite un Proceso de Amparo del expresidente Vizcarra, ahora en sede judicial, que cuestiona inhabilitación en el cargo. Este es un ejemplo de control de una decisión política parlamentaria por parte del control jurisdiccional, situación que pone en evidencia que la decisión política fundamental ha dejado ser eminentemente política; es decir, que es pasible de ser sometido a un control jurisdiccional.

El mecanismo de control político amplio que ejerce el Congreso, se presenta con la figura de la interpelación y la estación de preguntas y respuestas. Así, bajo este contexto, aparecen solicitudes de información y procedimientos de investigación que hace el Congreso y el Parlamento, por lo que se encuentra que este control político amplio está referido a la fiscalización del Congreso, en lo que respecta a estos pedidos de información sobre la forma y el modo como el Ejecutivo, por ejemplo, está ejerciendo sus funciones y sus competencias. En esta medida, el Parlamento permanece bajo la égida de la fiscalización va a tener una función de asegurar que el ejecutivo cumpla con su función de Gobierno y de la prestación de los servicios.

Desde otra perspectiva, se tiene el control político normativo frente a un control *ex post facto*, que realiza el Parlamento sobre las normas con rango de ley, frente a las dadas por el Ejecutivo. En este caso, cuando el Ejecutivo ha emitido la delegación de facultades, los decretos legislativos van a exigir un control posterior por parte de este Parlamento. El único mecanismo de control tiene el Parlamento es a través y mediante la derogación; se solicita la información requerida y se considera que esta normativa no es conducente a los lineamientos de la política pública nacional, o se entiende interpretativamente que no encaja dentro de los marcos y márgenes constitucionales, el Parlamento decidirá controlarlos a través de la derogación y esto también va a suceder con los actos de los decretos urgencia.

En los decretos legislativos, el control se ejerce ya sea por la materia que fue delegada o el tiempo en el cual se delegó esta materia, entonces el Congreso va a tener la potestad de dejar sin efecto esta norma, si ha excedido la delegación de funciones. Si el Congreso también estima que las situaciones de emergencia no constituyen un supuesto para un decreto de urgencia, también está en la potestad de derogar la norma.

7. Conclusiones

Referido a la reciprocidad, aun cuando el Parlamento puede ejercer actos de control amplio, restringido y propiamente normativo sobre el Ejecutivo; en sentido inverso, el Ejecutivo tiene control frente al Parlamento. En esta figura de control que tiene el Ejecutivo, se encontrará la facultad de disolver al Congreso frente a la denegatoria de confianza de dos gabinetes ministeriales, o de dos consejos de ministros, así como también.

En el año 2019, cuando el expresidente Martín Vizcarra se encontraba frente al planteamiento de la cuestión de confianza en el hemiciclo por el exministro Del Solar, el Ejecutivo dio por denegada la cuestión de confianza de manera fáctica, lo que fue objeto de interpretación por parte del Tribunal Constitucional; por consiguiente, ordenándose y decretándose la disolución del Parlamento.

Además, otra forma de control es la potestad que tiene el ejecutivo con la observancia de las leyes; es decir, que las leyes aprobadas por el Parlamento, deben ser trasladadas al Ejecutivo para la debida promulgación y publicación. En dicho contexto, el Ejecutivo observa y estudia las normas, si las considera conformes con la Constitución y no acorde a los lineamientos de la política general del Gobierno, el Ejecutivo la devuelve al Congreso para que este decida si permanece con la observación o si se insiste con la aprobación y publicación.

En tal sentido, el Estado moderno no puede existir sin un control o equilibrio de poderes, siendo uno ellos el control parlamentario, lo que significa que los poderes del Estado van a tener control en lo que respecta a otro órgano, si el Ejecutivo no respetó la ley autoritativa. El Estado de Derecho también es equilibrio de poderes y anulación del poder soberano dentro del Estado.

Control normativo parlamentario: análisis del caso ecuatoriano

Gabriel Barragán García

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Fuentes del control normativo parlamentario / 3. Procedimiento de promulgación de proyectos de ley / 4. Función de la Asamblea Nacional y el CAL en el control normativo parlamentario / 5. Procedimiento para lograr un control normativo parlamentario efectivo / 6. Conclusiones

1. Introducción

Al referirnos al procedimiento normativo parlamentario nos enfocamos en un primer momento en la legislatura y el proceso legislativo como tal, enfocándonos sobre todo a las etapas previstas para la elaboración o modificación de las leyes, conociendo que es el órgano legislativo el encargado de su aprobación.

Este proceso resulta propio en cada país conforme al ordenamiento jurídico vigente, pero como símil se tiene que el objetivo es uniforme, observar el cumplimiento de los requisitos sean legales y sobre todo constitucionales en el proceso formativo de la ley.

A efectos de este texto consideraremos que en el Ecuador el control normativo parlamentario parte de la Constitución de la República y de la Ley de la Función Legislativa a más de otras normas aplicables a determinados casos por cuestiones de iniciativa que las señalemos a continuación.

La elaboración de las leyes no es una actividad sencilla, por el contrario, el procedimiento parlamentario centrado en el control normativo ejercido requiere del buen criterio, sentido común y razonabilidad, todo lo cual se ajustará al debido proceso y a la legalidad.

El objetivo del control normativo parlamentario en todos los países de Latinoamérica entonces es uniforme, y dicha uniformidad se enfoca en la observancia sobre el cumplimiento de requisitos legales y constitucionales en el proceso formativo de la ley. Esta lo asimilamos con la teoría del fruto del árbol envenenado considerando que, si algo nace mal, si nace con algún vicio de inconstitucionalidad, no tendrá eficacia jurídica *ex post*, por lo que deberá ser observada posteriormente por este defecto.

2. Fuentes del control normativo parlamentario

El procedimiento y el control normativo parlamentario parte de dos fuentes importantes, siendo una de ellas la norma constitucional, como principal norma en el ordenamiento jurídico del Ecuador. Adicionalmente, se cuenta con la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que determina todo lo inherente respecto al manejo desarrollo y desenvolvimiento de la Función Legislativa como tal, entre ellos el proceso formativo de las leyes y el control normativo propiamente dicho.

Se puede constatar que este proceso orientado al control normativo debe tratarse con bastante cuidado, ya que el procedimiento parlamentario se concentra en el control normativo; para lo cual, se requiere (además de ostentar el cargo de legislador o de asesor parlamentario) de buen criterio,

sentido común y razonabilidad como ya se anotó. Estos estándares son estrictamente necesarios para el control normativo porque en base a ello se ajustará el contenido de las normas, que se analizará en la legislatura o en la Asamblea Nacional y que a la par deberá, sujetarse al debido proceso y a la legalidad.

Para los abogados, es común hablar del debido proceso, legalidad y reserva de ley; pero no se debe perder de vista la particularidad de que cuando uno alega a la legalidad y reserva de ley en el control normativo, se debe hacer énfasis en que el procedimiento parlamentario y el control normativo deben estar ajustados al debido proceso. Se deberán observar las normas previamente determinadas para su concreción; en el caso del Ecuador, deberán estar sujetas a lo que dispone la Constitución y a los que dispone la Ley Orgánica de la función legislativa para que tenga estricta legalidad y sujeción al debido proceso.

Destacamos entonces la sujeción del procedimiento parlamentario y el control normativo al debido proceso, al principio de legalidad y al principio de reserva de ley a fin de evitar en las nuevas leyes o en las reformas de otras, cualquier viso de ilegalidad o inconstitucionalidad, entendiéndose que estas serán las leyes aplicadas a posteriori por las autoridades competentes.

Entendemos así que la legalidad está ligada al cumplimiento de la normativa interna de cada país para la producción normativa; y, el principio de reserva tiene que ver con la facultad privativa para la iniciativa de ley en materias específicas.

Por otra parte, refiriéndonos al principio de legalidad, este prevé que los órganos del Estado deben el sometimiento a la legislación vigente, lo cual se halla contenido en el Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, en la cual se indica:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

La reserva de ley determina la exigencia atribuida al legislativo por mandato constitucional para que sistematice materias específicas mediante la expedición de una ley, es así que el Art. 132 de la Constitución del Ecuador al respecto determina la necesidad de ley e indica:

“Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

- 1.Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.*
- 2.Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.*
- 3.Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.*
- 4.Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados.*
- 5.Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias.*
- 6.Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.”*

Además de ello el artículo 52 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa en el mismo sentido señala la necesidad de regulación mediante ley en materias específicas e indica:

“Art. 52.- Expedición de leyes. - La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

- 1.Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales;*
- 2.Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes;*
- 3.Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución de la República confiere a los gobiernos autónomos descentralizados;*
- 4.Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados;*
- 5.Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias; y,*

6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.”

Apreciamos de tal manera la similitud y armonía de las referencias constitucional y normativa citada, de la cual no se infiere duda alguna sobre las materias que necesitan de ley de manera obligatoria

El control normativo está previsto desde antes que un proyecto de ley llegue a la Asamblea. Deberán observarse entonces todos los pasos previos que se dan para la formación de la ley, conocidos también como procedimientos legislativos.

Entonces ratificaremos que el procedimiento legislativo no es otra cosa que la serie de actos de carácter jurídico orientados a la creación de una ley.

Existen varios criterios —dispuestos por distintos autores— en cuanto a que existen varios pasos a seguir para la creación de las leyes que incluyen el control normativo, más no existe un criterio uniforme en cuantos o cuales son los pasos a seguir para esta formación de normas, sin embargo, de aquello, por su practicidad acogeremos el criterio que identifica a tres etapas para crear las leyes, que guiarán al control normativo parlamentario. Estas son la etapa pre legislativa, la etapa legislativa y la etapa post legislativa; cada una de estas, ancladas a un momento en la formación de la ley. En la primera etapa se puede identificar a la iniciativa legislativa (Cuando se presentan los proyectos de Ley por quienes están facultados para hacerlo); la segunda es la etapa constitutiva de la ley (Es la tramitación misma de las iniciativas hasta la aprobación, se realiza en la Asamblea Nacional, parte de las facultades parlamentarias y esencia del procedimiento); y a la tercera etapa se le conoce e identifica como integrativa de eficacia (Actividades posteriores a las funciones parlamentarias como requisitos previos para la vigencia de la ley: sanción, promulgación y publicación).

3. Procedimiento de promulgación de proyectos de ley

El punto de partida para la creación, modificación o derogatoria de una ley lo constituye la iniciativa legislativa, entendiéndose a la misma como la propuesta que proviene de un ente estatal facultado o de la misma ciudadanía para realizarla y que cumpliendo con los requisitos podrá ponerla en conocimiento del legislativo tendiente a su conocimiento tramite y aprobación¹.

¹ Art. 55.- Presentación del proyecto. - Los proyectos de ley serán presentados a la presidenta o al presidente de la Asamblea Nacional, quien ordenará a la Secretaría General de la Asamblea Nacional: distribuya el proyecto a todas y todos los y las asambleístas; difunda públicamente su contenido en el

La iniciativa entonces es cuando se presentan los proyectos de ley por quienes están facultados, es la etapa constitutiva inicial de la tramitación en sí de las iniciativas presentadas como proyecto de ley hasta la aprobación de las mismas.

En Ecuador, se realiza el estudio y análisis al interno de la Asamblea Nacional, y forma parte de las facultades parlamentarias y es la esencia misma del procedimiento; donde se discute se debate y se trabaja para el control normativo necesario de los proyectos de ley presentados.

Recordemos que la etapa pre legislativa es anterior a la Asamblea; mantiene como punto de iniciativa la presentación del proyecto de ley, que puede nacer de un órgano estatal facultado para realizarlo mediante ley; o en el Ecuador, puede ser presentado inclusive por la misma ciudadanía. La Constitución de Ecuador del año 2008 brinda un amplio poder ciudadano; por ejemplo, contempla como el quinto poder del Estado el de Participación Ciudadana y Control Social, el cual resalta la importancia de la participación ciudadana en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Entonces, no podría estar exenta la participación ciudadana de la iniciativa de ley, por lo que se pueden presentar iniciativas de ley por parte de los ciudadanos, para ser luego trasladados a la asamblea, para su trámite y conocimiento.

Dentro de las instituciones y organismos facultados para presentar los proyectos de ley el Presidente de la República, carteras de Estado: la función legislativa, la función judicial, la función de control social, la Corte Constitucional la Procuraduría General del Estado, la Contraloría General del Estado, la Defensoría del Pueblo y demás instituciones estatales.

La ciudadanía cumple con el requisito del apoyo del 0.25% del total del último padrón electoral registrado. Se ha identificado que la iniciativa puede ser, en este sentido, absoluta o restringida, dependiendo de quién nazca este proyecto.

Así podemos advertir y clasificar a la iniciativa legislativa como: Iniciativa Absoluta; e, Iniciativa Restringida.

portal web oficial de la Asamblea Nacional; envíe a la Unidad de Técnica Legislativa para la elaboración del informe no vinculante; y, remita dicho informe al Consejo de Administración Legislativa. Toda iniciativa legislativa contará con una ficha de verificación en la que la o el proponente justificará la alineación de la normativa propuesta con el Plan Nacional de Desarrollo y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. El Reglamento respectivo establecerá el formato de la ficha de verificación, así como su proceso de presentación. La Unidad de Técnica Legislativa, después de haber recibido la comunicación de Secretaría General, elaborará el informe técnico-jurídico no vinculante por proyecto de ley, en el término máximo de cinco días.

a) *Iniciativa Absoluta.*

Presidente de la República: Atribuida al presidente de la República quien puede presentar por sí solo proyectos de ley en cualquier tema o materia, quien además tiene la potestad única y exclusiva de presentar proyectos relativos a materias que creen, modifiquen o supriman impuestos, o aquellos proyectos de ley que acrecienten el gasto público o los que pudieren modificar la división político administrativa del Ecuador.

Legisladores: La posee la Asamblea Nacional por medio de los asambleístas, es sumamente amplia limitada solamente por cuestiones propias de la iniciativa general como el tema de impuestos o modificación de la estructura política administrativa del Estado.

Esta iniciativa requiere a del apoyo de una bancada legislativa para su procedencia o por lo menos del cinco por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional

Ciudadanos: Puede nacer de la ciudadanía u organizaciones sociales siempre que se cuente con no menos del 0,25 de las personas constantes en el último padrón electoral y está orientada también a la creación, reforma o derogatoria de leyes.

b) *Iniciativa restringida. Orientada a un ámbito específico.*

Función Judicial: Reservada para la Corte Nacional de Justicia, Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública.

Corte Nacional de Justicia: “Art. 184.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: ... 4. Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia...” (Constitución de la República)

Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública: “Art. 134.- La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde...4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones.” (Constitución de la República)

Función de Transparencia y Control Social: Reservada solo para esta Función del Estado: “Art. 206.- Los titulares de las entidades de la Función de Transparencia y Control Social conformarán una instancia de coordinación, y elegirán de entre ellos, cada año, a la Presidenta o Presidente de la Función. Serán atribuciones y deberes de la instancia de coordinación, además de los que

establezca la ley: ... 4. Presentar a la Asamblea Nacional propuestas de reformas legales en el ámbito de sus competencias.” (Constitución de la República)

Función Electoral: Le corresponde al Consejo Nacional Electoral y Tribunal Contencioso Electoral: “...*Art. 219.- El Consejo Nacional Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes:...* 5. *Presentar propuestas de iniciativa legislativa sobre el ámbito de competencia de la Función Electoral, con atención a lo sugerido por el Tribunal Contencioso Electoral.*” (Constitución de la República)

Otros: Entre los que se encuentra la Procuraduría General del Estado; y, la Corte Constitucional: “*Art. 134.- La iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde: ... 4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones.*”

Advertimos desde ya que el tema medular del debate de estas iniciativas al interior de la Asamblea está relacionado con la etapa legislativa; esta es la etapa en la que se produce el control normativo propiamente dicho, al interior de la Asamblea Nacional.

En Ecuador, inicia con una calificación a los proyectos de ley que la realiza la asamblea, por medio de un órgano regulador al interior de la asamblea, integrado por siete asambleístas que son escogidos de las bancadas de la Asamblea Nacional; este es considerado el máximo órgano de la administración legislativa, conocido como el Consejo de Administración Legislativa (CAL).

El máximo órgano de administración legislativa es el Consejo de Administración Legislativa (CAL)², y como parte de sus funciones le atañe la calificación de los proyectos de ley remitidos por el presidente de la Asamblea Nacional para su conocimiento y tratamiento legal³.

² Ley Orgánica de la Función Legislativa. Art. 13.- Del Consejo de Administración Legislativa (CAL). - El Consejo de Administración Legislativa, CAL, es el máximo órgano de administración legislativa y estará integrado por la presidenta o presidente de la Asamblea Nacional, quien lo presidirá, dos vicepresidentas o vicepresidentes y cuatro vocales. Actuará como secretaria o secretario del Consejo, la secretaria o secretario general o la Prosecretaria o Prosecretario General de la Asamblea Nacional.

³ Ley Orgánica de la Función Legislativa. Art. 14.- Funciones y atribuciones. - (Sustituido por el Art. 10 de la Ley s/n, R.O. 326-S, 10-XI-2020). - El Consejo de Administración Legislativa ejercerá las siguientes funciones y atribuciones:

(...)

2. Resolver sobre la calificación o no de los proyectos de ley presentados y establecer, de manera motivada, la prioridad para su tratamiento. Si el proyecto no reúne los requisitos, se notificará con la debida motivación, enunciando las normas y principios jurídicos en los que se fundamenta...

(...)

12. Establecer la prioridad en el tratamiento de los proyectos de evaluación de las leyes aprobadas por

El presidente de la Asamblea Nacional es quien recibe todos los proyectos de ley como representante del legislativo, los cuales se remiten al CAL para el inicio de su tratamiento.

Las funciones del CAL se hallan previstas, determinadas y singularizadas en la Ley Orgánica de la Función Legislativa; es una ley minuciosa que administra principalmente el proceso formativo de las leyes.

La primera comisión —para que pueda presentarse y clasificarse un proyecto de ley— es la del cumplimiento de los requisitos generales establecidos para los proyectos de ley; allí empieza el control normativo. La misión de la Asamblea radica en controlar que los proyectos de ley que sean remitidos, cumplan con tres características fundamentales: primero, que se refieran a una sola materia.

No puede haber confusión de materia según proyecto de ley, porque tiene que ser específico a una sola materia. Segundo, que contenga la exposición de los motivos y desarrollo articulado de manera integral, debe explicarse el porqué de la necesidad de la presentación del proyecto de una nueva ley, el porqué de la necesidad de reforma de una ley existente, el porqué de la necesidad de una derogatoria de una ley existente, el articulado que contempla integrar a la nueva ley, el articulado que reemplazará la ley vigente o el articulado con el cual queda derogada la ley que se pretende derogar. Y tercero, la indicación precisa sobre la posibilidad de derogatoria o reforma normativa; además los efectos que esta puede generar, efectos que pueden ser tanto en otras normas como efectos de orden social, el efecto que produce al ciudadano como tal, la implementación de esta norma.

Este es el primer paso del control normativo. La Asamblea y el CAL ejercen control normativo desde el momento mismo que reciben el proyecto de ley; de no contener estos tres requisitos determinados en la constitución y además previstos en el art. 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, no lo califican. Es importante el control normativo desde el primer momento; esta calificación no solo limita la revisión de los requisitos, sino que observa: la pertinencia y procedencia de una nueva ley, cómo va a impactar en la ciudadanía y al Estado y, por último, necesidad de la existencia de esta ley.

el Pleno de la Asamblea Nacional, de conformidad con esta Ley;

(...)

19. Devolver, con motivación, las iniciativas de Ley, solicitudes de indulto o amnistía, solicitudes de juicio político y demás requerimientos, cuando los mismos no cumplan con los requisitos constitucionales y legales.

En Latinoamérica se encuentran casos de estallidos sociales y de conmoción social, dados a raíz de que una ley no cumple las expectativas de la sociedad. Se puede ejemplificar esta situación, aludiendo a lo acontecido en Ecuador, en octubre del año 2019, donde hubo un estallido social sin precedentes; Quito se vio al borde de una guerra civil, fruto de la inadecuada presentación de un proyecto de ley, en la cual no se midió hasta dónde esto iba a afectar a la ciudadanía y al estado como tal.

4. Función de la Asamblea Nacional y el CAL en el control normativo parlamentario

La Ley Orgánica de la Función Legislativa prevé que el análisis realizado, primariamente en el CAL, debe analizar otras disposiciones legales vigentes, este control normativo es necesario desde este punto de vista.

Los requisitos generales previstos en el Art. 136 de la Constitución de la República tendientes al trámite de los proyectos de ley son:

1. Que se refiera a una sola materia;
2. Que contenga exposición de motivos y su articulado; y,
3. La indicación precisa sobre la posibilidad de derogatoria o reformara normativa por efectos de la nueva ley propuesta.

Si el proyecto de Ley no congrega estos requisitos, simplemente no se califica.

Más si se cumple con los mismos, se calificará el proyecto de ley por mayoría absoluta de los miembros del CAL, y a la par se determinará la prioridad para su tratamiento, eligiendo además la comisión especializada a cargo de continuar con el trámite correspondiente e indicando.

La decisión del CAL en que se califica o no el proyecto de ley será distribuido a todos los asambleístas en el término veinticuatro horas de adoptada, disponiéndose además por efectos de control social también la publicación de tal decisión en la página Web de la Asamblea Nacional.

La calificación a la que nos hemos referido es un acto de suma importancia en el control normativo, por cuanto constituye un primer filtro, no solamente limitado a la primaria revisión de requisitos de forma sino que desde ya observa la procedencia y pertinencia o no de la ley propuesta considerando en el análisis la afectación a otras disposiciones legales vigentes, el

lenguaje utilizado en especial por cuestiones de género, y algo muy importante, la apreciación del costo que alcanzaría su implementación⁴.

Es importante destacar que desde este momento se analizará inclusive el lenguaje que se empleará, por cuestiones de género, para la creación o modificación de la nueva ley de relevancia trascendental, o el costo que va a implicar la implementación de esta ley para el Estado; debe considerar además la repercusión presupuestaria, la viabilidad de su implementación y la posibilidad de que el proyecto de ley no afecte al Estado, y a su estabilidad.

En el seguimiento del proceso de la ley, el CAL emite un informe. Posterior a esto, existe el primer debate al interior de la asamblea; tiene un momento de antesala y uno previo al informe para el primer debate. Este informe lo elabora el CAL y se lo traslada a la comisión especializada, la

4 Art. 56.- Calificación de los proyectos de ley. - El Consejo de Administración Legislativa, en un plazo máximo de sesenta días, desde su presentación, calificará los proyectos de ley remitidos por la presidenta o el presidente de la Asamblea Nacional siempre que cumplan, con los siguientes requisitos: 1. Que todas las disposiciones del proyecto se refieran a una sola materia, sin perjuicio de los cuerpos legales a los que afecte; 2. Que contenga suficiente exposición de motivos, considerandos y articulado; 3. Que contenga el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían o se reformarían; y, 4. Que cumpla con los requisitos que la Constitución de la República y esta Ley establecen sobre la iniciativa legislativa. La exposición de motivos explicitará la necesidad y pertinencia de la Ley evidenciando su constitucionalidad y la no afectación a los derechos y garantías constitucionales, en particular, de las personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria. La exposición de motivos tendrá enfoque de género cuando corresponda; especificará los mecanismos para la obtención de los recursos económicos en el caso de que la iniciativa legislativa requiera; y, enunciará los principales indicadores, medios de verificación y responsables del cumplimiento de la ley. El Consejo de Administración Legislativa constatará que el lenguaje utilizado en el Proyecto no sea discriminatorio en ningún sentido y que cuente con la ficha de alineación al Plan Nacional de Desarrollo y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Los proyectos de ley calificados por la presidenta o el presidente de la República como urgentes en materia económica se referirán a aspectos sustantivos de la política económica, cuyo trámite expedito es necesario para garantizar el equilibrio de las finanzas públicas o para enfrentar una situación económica adversa. El Consejo de Administración Legislativa no calificará proyectos de ley que reformen diversas leyes que no se refieran a una sola materia. Si el proyecto de ley no cumple con los requisitos, contiene vicios de inconstitucionalidad e inobserva los criterios antes detallados no será calificado y será devuelto, sin perjuicio de que pueda ser presentado nuevamente, subsanadas las razones que motivaron su no calificación. La resolución de no calificación incluirá la debida motivación, enunciando las normas o principios jurídicos en que se fundamenta y será notificada a la o el proponente o proponentes en el plazo máximo de cinco días. Si el proyecto de ley es calificado, el Consejo de Administración Legislativa establecerá la prioridad para el tratamiento de este y la comisión especializada que lo tramitará. El secretario general del Consejo de Administración Legislativa, en un plazo máximo de tres días, remitirá al proponente o proponentes y a la presidenta o el presidente de la comisión especializada, el proyecto de ley, el informe técnico-jurídico no vinculante con sus anexos elaborado por la Unidad de Técnica Legislativa y la resolución en la que conste la fecha de inicio de tratamiento del mismo. La presidenta o el presidente de la Asamblea Nacional ordenará que, en el mismo plazo establecido en el párrafo anterior, la Secretaría General de la Asamblea Nacional, distribuya a todas las y los asambleístas el contenido de la resolución que califica o no el proyecto de ley, junto con el informe técnico-jurídico no vinculante elaborado por la Unidad de Técnica Legislativa y que difunda su contenido en el portal web oficial de la Asamblea Nacional.

Asamblea Nacional del Ecuador, que tiene doce comisiones especializadas permanentes, conocedoras de los temas y materias de que se traten en cada proyecto de ley. La Comisión Permanente de Justicia, de Educación, de Salud, de Derechos Humanos, entre otras, son comisiones permanentes y sin perjuicio de que puedan crearse comisiones especiales para determinados casos.

Cuando el CAL ha emitido el informe correspondiente, este es trasladado a la comisión especializada designada para dar inicio a la tramitación del mismo; se considerará la fecha del acto de calificación, porque desde ahí empiezan a correr los términos. Ya trasladada a conocimiento de la comisión especializada, se la pone en conocimiento de los asambleístas y de la colectividad, a través de la página web de la de la Asamblea Nacional.

El tema de control social es bastante exigido en el Ecuador, busca la exposición social o comunicación a la colectividad, lo que implica que aquella persona que tenga interés y desee participar tiene la posibilidad de participar activamente en el procedimiento; es facultativo.

El objetivo del permanente debate es alimentar el espíritu de la ley, que es la esencia misma de toda ley; estos debates quedan en constancia para determinar cuáles fueron las motivaciones, los argumentos y la necesidad que determinó que el legislador emita dicte o elabore una ley. Además, busca la coherencia en el contenido de la misma norma, esta también es una cuestión a destacarse en el control normativo; la coherencia del contenido normativo, que en la práctica puede resultar en normas inaplicables.

5. Procedimiento para lograr un control normativo parlamentario efectivo

Una vez calificado el proyecto de ley, el mismo se lo traslada a la Comisión Especializada designada, con el objeto de dar inicio a la tramitación del mismo, considerando la fecha señalada en el acto de calificación, luego de lo cual inmediatamente el presidente de la referida comisión trasladara el conocimiento (indicando que inicia el tratamiento del proyecto de ley) a todos quienes la integran, de la colectividad.

Así iniciada la tramitación del proyecto de ley, esta comisión especializada, tiene un plazo límite de cuarenta y cinco días contados desde la fecha de inicio de trámite, para presentar a la presidencia de la Asamblea Nacional el respectivo informe, el cual contendrá las observaciones que la misma comisión estime pertinentes para ser incluidas en el texto de la ley. El plazo referido puede ser ampliado hasta por veinte días a petición de la

comisión, siendo discrecional del Presidente de la Asamblea el conceder o no tal ampliación.

Por otra parte, existe la posibilidad que la ciudadanía pueda presentarse ante la comisión y exponer los argumentos que consideren deben ser tomados en cuenta, en donde explicaran el porqué de su presencia, la posible afectación de derechos y las observaciones respectivas a fin de ser incluidas en el proyecto de ley, para lo cual tienen quince días dentro del plazo previamente señalado.

La comisión especializada en el plazo indicado debe elaborar el informe correspondiente, luego de lo cual dentro de este plazo lo remitirá a la presidencia de la Asamblea y esta a su vez lo trasladará a la totalidad de asambleístas y lo incluirá en alguna sesión para su tratamiento y discusión en el pleno.

Ya en el pleno de la Asamblea se producen los debates, momento en el cual todos los integrantes de la misma contribuyen con sus opiniones y criterios respecto de la ley que se pretende aprobar.

El primer debate tiene lugar en el Pleno de la Asamblea Nacional, luego de que el este conste en el orden del día de determinada sesión, convocada con las formalidades de ley por parte de la Presidencia de la Asamblea Nacional, instalada la sesión se discute el proyecto en donde los asambleístas están en la posibilidad de realizar observaciones inclusive por escrito al momento mismo de la sesión o hasta tres días después de ella, este debate en teoría alimenta el denominado espíritu de la ley y busca coherencia en su contenido con el objeto de lograr su eficacia al momento de su puesta en práctica.

En este primer debate no existe votación del informe (respecto del proyecto de ley en análisis), por cuanto el objetivo del mismo es recoger observaciones y sugerencias solamente, por lo que para la consecución del trámite no se requiere aprobación en esta fase, ya que el interés del mismo es lograr el conocimiento del pleno en general; con la salvedad de poder disponer el archivo ante el pedido de la misma comisión o tras haber sido mocionado esto en el pleno con el respaldo de la mayoría absoluta de los asambleístas.

Luego del primer debate al que nos referimos previamente, le corresponde a la misma comisión especializada la continuidad del proceso de formación de la ley, por lo cual debe proceder a la elaboración del informe para segundo debate en el que existe la posibilidad discrecional de incluir en el nuevo informe para segundo debate las observaciones recibidas.

De igual manera esta comisión tiene un nuevo plazo de cuarenta y cinco días a contarse desde finalizada la sesión del primer debate, con opción de prórroga a ser estimada pertinente o no el presidente de la Asamblea.

El referido informe debe dar aprobado por la mayoría absoluta de la comisión y la posibilidad de presentación de un informe de minoría adicionalmente y presentado para el segundo debate a la presidencia de la Asamblea, el cual será también puesto en conocimiento de los asambleístas además de publicarse en la página web del organismo legislativo.

Es de suma importancia que a este segundo informe deberá adjuntarse el texto definitivo del proyecto de ley (íntegro), ya que el debate del mismo será integral en base al texto de la Ley más no del informe como tal.

El segundo debate se instalará luego de la convocatoria correspondiente y solo después de haberse socializado el informe correspondiente y el texto íntegro de la ley como se indicó, sesión en la cual se debatirá minuciosamente sobre aquel.

Para este segundo debate la comisión especializada nombrará de entre sus integrantes a uno que realizará las veces de ponente, presentara y expondrá el informe al pleno y a la par será el encargado de recoger las sugerencias y observaciones (sin necesidad de que esta inclusión sea objeto de aprobación por los demás miembros) vertidas en el debate para su incorporación al texto previo a la votación del mismo.

En este segundo debate y antes de cerrar el mismo, el señalado ponente realizará los cambios al texto conforme al debate y los expondrá nuevamente al pleno, entregándolos además por escrito a la secretaria de la Asamblea y solo después de esto se someterá a votación el texto final e íntegro de la ley.

Para la aprobación de la ley también se requiere mayoría absoluta y es menester señalar que la votación debe ser previamente mocionada en cuanto a su forma y luego de aprobada la misma, puede realizarse esta sea respecto de la ley en su totalidad, por títulos, por capítulos o por artículos individuales. Destacando además que de no aprobarse el informe de mayoría podría ser tratado y votado el de minoría.

La posibilidad de archivo del proyecto de ley también está presente en este segundo debate al igual que en el primero.

Finalmente, aprobado el proyecto de ley, la Asamblea Nacional por medio de secretaria general en el plazo de dos días lo consignará a la Presidencia de la República para su sanción u objeción también conocido como veto.

Una vez que concluye la tramitación en la Asamblea pasa el mismo al primer mandatario como señalamos en líneas anteriores, es así que las atribuciones, de sanción y objeción de las leyes, son exclusivas del Presidente de la República.

El primer mandatario tiene dos posibilidades respecto de una ley: 1. La sanción o conformidad con la misma en donde no se produce modificación alguna y se ordena la promulgación y publicación de la ley; y, 2. La objeción o veto, que implica inconformidad con la ley.

Esta objeción puede presentarse como total o parcial, cada una con sus particularidades, así con la objeción total el proyecto vuelve a la Asamblea a efectos de ser tratado luego de un Año y para ser aprobada necesita de los votos de por lo menos las 2/3 partes de los asambleístas (83 votos). De ser parcial el proyecto regresa a la Asamblea con las observaciones del caso y la motivación de rigor con las sugerencias de textos opcionales por efectos de las observaciones, en donde la Asamblea tendrá treinta días para conocerla y resolverla y tiene la opción de aceptar los textos alternativos requiriendo para ello de la votación de la mayoría simple, la mitad más uno de los asambleístas asistentes; o la opción de ratificación del texto aprobado en el segundo debate, requiriendo para ello de la votación favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea.

Es importante destacar que, si fenecidos los treinta días no existe pronunciamiento, la ley entrará en vigencia por el ministerio de la ley, presumiéndose un allanamiento total por parte de la Asamblea.

El Presidente de la República, puede fundamentar su objeción en la inconstitucionalidad del proyecto, para cuyo efecto siempre debe atenderse en un primer momento de análisis la objeción por inconstitucionalidad, para lo cual se requiere un dictamen de la Corte Constitucional el cual deberá ser emitido dentro del plazo de treinta días.

Si el dictamen de la Corte Constitucional ratificara la inconstitucionalidad total del proyecto, éste será archivado y de ser una inconstitucionalidad parcial, la Asamblea Nacional deberá rectificar el mismo previo a su remisión al Presidente de la República.

Si la Corte Constitucional dictamina que no hay inconstitucionalidad, la Asamblea Nacional promulgará y ordenará su publicación.

Ejemplificando lo referido, hace poco en el Ecuador se pretendió aprobar una ley aplicable a los docentes a nivel primario y nivel secundario del Ecuador, mejorando sus condiciones económicas; la Asamblea que terminó

su periodo en ese momento, tramitó un proyecto de ley con cuestiones presupuestarias muy atractivas para los docentes, incluyendo el alza de salarios e incentivos. Se consideraba que los maestros deben ser bien pagados y reconocidos (lo cual es plenamente válido), pero no se había analizado el impacto presupuestario que esto iba a tener para el Estado; cuando se iba a aprobar el proyecto, el Presidente observó que este proyecto tenía vicios de inconstitucionalidad, ya que ponía en riesgo a las arcas fiscales, al Estado, inclusive la existencia y la permanencia del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, órgano encargado de las pensiones jubilares de todos los ciudadanos del Ecuador así como de atención médica a sus afiliados. Se remitió, como dispone la ley, a la Corte Constitucional del Ecuador para que emita un dictamen de constitucionalidad, el cual fue negativo, argumentando que no se observaron los principios constitucionales al desarrollar el proyecto de ley, evidenciándose así que el control normativo de la Asamblea Nacional no fue constitucional y eficiente.

6. Conclusiones

Queda advertida la importancia, en todas nuestras legislaciones (de América Latina), del control normativo; ya que este es determinante para que se puedan crear normas útiles, beneficiosas y que puedan ser ejecutadas en la *praxis* con efectividad y conforme a su espíritu.

Como consecuencia de un inadecuado o errado control normativo quienes ejercen la profesión del Derecho, pueden encontrarse sumidos a normas que obstaculizan cuerpos legales diferentes, lo que dificulta el trabajo de los agentes jurídicos.

En el curso del procedimiento parlamentario no se evalúa el impacto que tendrá la aprobación de una norma, no hay un control normativo parlamentario adecuado para determinar la incidencia en otras de las normas ni en la realidad socio cultural. Se destaca la importancia del proceso porque el determinar la pertinencia, coherencia, razonabilidad e impacto de control normativo *a posteriori*, será lo que denote la efectividad y responsabilidad de los organismos.

En reiteradas ocasiones, se encuentra que las Asambleas Nacionales o Congresos, no están debidamente integradas por profesionales del Derecho o por otros conocedores del procedimiento parlamentario o del control normativo parlamentario; además, se evidencia la presencia de asesores poco imbuidos de este conocimiento. A raíz de esta situación, es posible detectar falencias en la creación de las normas y en el control normativo en sí y, muchas veces su consecuencia deviene en normas y mecanismos ineficaces al momento de ser aplicadas en la *praxis*.

II

Réplicas

Raúl Andrade Osorio

En relación al control normativo en sede legislativa, que es la cuestión de que la Cámara de Diputados de acuerdo con la tradición inglesa, se tiene la facultad positiva, existe también un control *ex post facto* de la aplicación de la normatividad que se aplica en materia de gasto público.

La cámara de diputados, junto con su colegisladora, aprueba la Ley de Ingresos, la cual indica cuáles van a ser los recursos que van a llegar al estado para ejercer su función. La cámara de diputados solamente emite un decreto o ley; es a la cámara de diputados a la que le corresponde vigilar que el ejecutivo, el poder judicial y los órganos constitucionalmente autónomos ejerzan el gasto público de acuerdo con los lineamientos normativos que dio la Cámara de Diputados en este tipo de casos cuando, se hace la fiscalización de los recursos que fueron asignados a cada poder y a cada órgano constitucionalmente autónomos.

En muchas ocasiones, el ente que se encarga *prima facie* de realizar la auditoría superior de la federación, hace interpretación de las normas para poder determinar si una persona o servidor público en realidad manejo con pulcritud y se apegó a la normatividad en relación a la aplicación del dinero que se le fue asignado, esto debe ser realizado de manera honesta y pertinente; es probable que el agente jurídico no necesariamente haya realizado actos de corrupción, sino que simplemente lo destinaron a otra actividad, como puede ser una obra pública o un programa social, pero a *prima facie* no fue asignado para eso.

En este tipo de casos, el órgano superior de la nación interpreta las normas en relación con la ejecución del gasto y en ocasiones, aunque ocurran este tipo de cosas determina que a pesar de que el servidor público tal vez inobservó la norma, actuó dentro de la constitución porque era una situación de emergencia. Lo que lo obligó a ejercer el gasto público de esa forma o puede ocurrir a *contrario sensu*, que esa persona rebasó los límites de la norma. Y al ejercer los gastos públicos lo que hizo fue vulnerar la norma que había sido aprobada con antelación, llegando a cometer una falta administrativa y hasta un hecho criminal; por lo que se le deben dar las sanciones que correspondan por un manejo irregular de los recursos que se le fueron asignados en el ejercicio de su función.

Entonces, ese cambio es otra manera en sede legislativa, al decidir si se debe invocar un procedimiento en materia de responsabilidad por un desvío a lo que fue asignado, o si incurren en actos de corrupción o cuando hay actos de simulaciones y cuando va la auditoría superior de fiscalización y resulta que no hay un resultado verdadero. Por ejemplo, últimamente se ha encontrado un fenómeno donde se crean empresas llamadas facturas que son empresas que conforman la sociedad mercantil, se inscriben ante el servicio de administración tributaria, se otorga la firma electrónica, y, en muchas ocasiones, las utilizan para simular operaciones. Lo cierto es que cuando se expide esa factura, se ve en los comprobantes fiscales, se busca en donde está la empresa, y van al domicilio, pero no encuentran nada.

Son simulaciones de actividades que se hacen con el Estado y que ameritan sanciones, ahí se interpreta si las normas de actividad programática fueron bien aplicadas o no. Hay ocasiones donde la realización de estas acciones toma los servidores públicos tendentes a ejercer el gasto público que, si bien no se apegan a la norma, sí están dentro de los márgenes de la Constitución. Por otro lado, hay casos donde están fuera de la norma y de la constitución e inclusive rebasan esos límites al grado de ser hasta hechos criminales.

Mario Gonzalo Chávez Rabanal

En lo que respecta a los mecanismos que se han denominado como de control normativo del Parlamento, la particularidad radica en la regulación de la Constitución y, por ende, también por su propio reglamento del Congreso donde establece la organización, competitividad y funcionamiento de las instancias con el Ejecutivo, actualmente reconocidas a un tercer órgano.

Aparece en la figura de las supervisiones y los actos de los poderes del Estado constitucionales, en manos del Poder Judicial y en los modelos concentrados de control de la constitucionalidad. Resulta también dable que el Parlamento pueda revisar y supervisar aquellos actos que el Ejecutivo ha realizado cuando éste ejerce funciones legislativas.

Dentro del fuero parlamentario, se abordan procesos de elaboración de la ley en relación a la conformación de la voluntad política, a las fases y las etapas de esta elaboración de la ley que son 9: propuesta inicial, la iniciativa legislativa, el estudio en la comisión, los dictámenes de la comisión, la comisión en sí (llevadas al debate en el pleno del Congreso de la República), la aprobación en el pleno para la autógrafa, la remisión de esta norma aprobada al Ejecutivo, promulgación y publicación. Se busca determinar si la norma, si la voluntad expresada por el Parlamento, está dentro de los marcos constitucionales.

No están reguladas múltiples teorías y doctrinas que; por ejemplo, un tipo de control preventivo de constitucionalidad es propio del modelo francés del control de constitucionalidad, que en Latinoamérica lo desarrolla Chile. La determinación sobre si la ley está hecha y ha sido aprobada por el Parlamento es conforme a la Constitución, debe hacerse antes de que la norma entre en vigencia.

Dentro del modelo concentrado, se maneja un control posterior de la constitucionalidad de las leyes. Empero, a partir del modelo francés, se habla de un control preventivo donde se pueda determinar si la norma resulta ser incompatible por la Constitución, ya sea por la forma o el fondo. Puede hacerse la revisión de la misma dentro del proceso de elaboración, antes de que la misma norma entre en vigencia; desde la estructura del sistema francés, se identifica a la Asamblea del Parlamento como la expresión máxima de la soberanía nacional.

En el Parlamento, la soberanía nacional no se sabe a quién le pertenece. Se ha creído en expresiones como la voluntad divina en las monarquías, pero se ha extrapolado a la idea de que el pueblo —en lo que respecta a las normas— no se equivoca. Se llegó a establecer que una norma hecha por el pueblo no puede ser desobedecida, ya que sería vulneración del principio de no contradicción; para evitar ello, el control se hizo dentro del proceso de elaboración. El Consejo Constitucional francés y el Tribunal Constitucional chileno hacen control y verificación de que la norma entre en vigencia, antes de su publicación.

Este órgano jurisdiccional puede ingresar a revisar antes de que las normas sean publicadas por el Ejecutivo, para revisar si la norma es conforme a la Constitución y si son solo leyes orgánicas de forma, de oficio o si son normas ordinarias que requieren de la demanda de inconstitucionalidad para que se pronuncie este Tribunal o Consejo constitucional.

El control es estricto en lo que se refiere a un juicio político, los cuales han estado supeditados a judicializarse una vez adoptada la decisión, sobre la vulneración del debido proceso. Asimismo, la función de control político normativo que hace el Parlamento, en lo que respecta a la acción de normas por parte del Ejecutivo que recaen en los elementos de los decretos legislativos, de los decretos de urgencia y de los tratados internacionales; se conoce que la decisión del Parlamento no es igual a la de un fuero parlamentario o de un fuero judicial, ya que existen etapas que buscan determinar si es que este acto estatal está contraviniendo a la Constitución.

Desde esta perspectiva referente a la decisión política, el decreto de urgencia no está dentro de los cánones que se ameritan; el Congreso procede a

derogarla. El Congreso no necesita justificar jurídicamente la derogación de las normas porque está facultado para hacerlo, este también determina la oportunidad, la necesidad o la viabilidad para hacer el cambio normativo; es decir, en estos tipos de actos normativos frente a los actos del Ejecutivo como son los decretos legislativos, los decretos de urgencia. Es así como el Parlamento decide en base a su función de legislación que esa norma podría ser cambiada o sustituida, lo mismo con los decretos de urgencia.

La figura de la derogación puede dejar sin efecto dichas normas. En Perú, se ha utilizado reiteradas veces esa forma de derogación, específicamente en los años 90, como también en el nuevo milenio, en el que el Ejecutivo ha derogado normas cuantiosas veces, debido a esta atribución normativa lo que le da la potestad también al Parlamento de hacer esta supervisión.

Respecto a esto, ya no se está solo frente a un control por parte del Parlamento en lo que respecta a la delegación de facultades sino es un control bilateral entre este y el ejecutivo.

Puede darse la inconstitucionalidad de estos decretos de urgencia en materia económica y financiera cuando lo requiera el interés nacional y con la justificación de parte del Congreso, para que pueda proceder a su posterior derogación si es que considera pertinente dejar sin efecto dicho decreto de urgencia. En base a los tratados internacionales, en base a lo establecido en el Art. 57 de la constitución, esto se materializa a través de una resolución legislativa el Parlamento puede dejar sin efecto en el orden interno de referido tratado.

Gabriel Barragán García

Se destacaría algo importante dentro del control normativo parlamentario en cuestión de control de peso, este está presente en posibilidades del presidente de la República al momento de sancionar u objetar las leyes. Un aspecto como característico, dentro del Ecuador, es cuando la objeción representa una objeción total por parte del presidente de la República y el presidente devuelve el proyecto a la Asamblea Nacional; cuando esto sucede, la ley en Ecuador prevé que habrá un espacio de tiempo muy amplio para volver a ser analizado, este tiempo será de un año y para ser aprobado necesitará de la mayoría de las 2/3 partes de la asamblea. Se evidencia que el control político incide en el control normativo parlamentario, pero buscando analizar y que desarrollar un control parlamentario de carácter normativo efectivo real, que pueda ser aplicable a la norma final; en el caso de que se produzca una objeción parcial, se pasa nuevamente a la asamblea y se dará un tiempo reducido (30 días) para su observación y análisis, incluidos en las sugerencias.

Dentro de la cuestión de la constitucionalidad de la norma y del control normativo parlamentario en cuanto a su constitucionalidad, el presidente de la República tiene relevancia importante en el aspecto constitucional ya que de advertirse la inconstitucionalidad del presidente *per se* y además con el apoyo de la Corte Constitucional resulta favorable disponer archivo del proyecto de ley, este también será un control normativo por lo que se puede advertir sobre la importancia y trascendencia del control normativo a la interna.

El control político ejercido posteriormente, en cuanto al control normativo en general este dictamen de la Corte Constitucional, resulta trascendente y reducido en el tiempo porque el acuerdo constitucional tendrá solamente 30 días desde que el presidente de la República lo remita a consulta de constitucionalidad. Si la Corte Constitucional, por el contrario, establece que no existe aviso de inconstitucionalidad, dispondrá la promulgación y ordenará la publicación inmediata de esa ley.

En efecto, los países de Latinoamérica presentan una realidad similar, un procedimiento similar en cuanto al control normativo parlamentario. Sin embargo, también se encuentran similitudes en cuanto a la deficiencia del control parlamentario, materializadas en normas inaplicables y procedimientos inejecutables que se pueden advertir desde la *praxis* y el momento de la práctica jurídica. Se establece que el texto y la ley manejan estudios distantes de la realidad, ya que se suelen enfrentar a realidades desconocidas; determinar que el control normativo no siempre resulta efectivo contribuye a la existencia de diversos filtros de control normativo para lograr una ley adecuada, haciendo parte de los pesos y contrapesos como control del poder político y social añadido.

III

Respuestas a las preguntas del público

Pregunta dirigida al Dr. Raúl Andrade Osorio: ¿existe alguna relación entre el control normativo y el principio de separación de poderes o el sistema de pesos y contrapesos?

La República se rige bajo el sistema de pesos y contrapesos. Por ejemplo, es la facultad del ejecutivo federal en el caso de México que cuando considera que la norma violenta la Constitución puede regresar con sus observaciones el proyecto de la ley, puesto que quien aplica esas normas es el poder ejecutivo. Se puede decidir si esto es materialmente imposible de cumplir o si va a violentar derechos fundamentales, lo que puede ser la base de sus objeciones para no publicar la ley.

Por otro lado, es el refrendo a cargo del secretario el cual puede negarse a firmar los decretos promulgatorio aduciendo precisamente violaciones a derechos humanos o alguna otra situación y esos son órganos que no pertenecen al poder legislativo, pero que le hacen ese contrapeso a este poder para poder dar una certeza constitucional a las normas.

Por último, la acción abstracta de la inconstitucionalidad; si se pierde la minoría parlamentaria la votación entonces se promueve un medio de control constitucional donde la corte puede tomar una decisión, actuando como legislador negativo. Esto se da si la norma violenta la Constitución, derogándola con efectos *erga omnes*, lo cual invalidará dicha norma y clarificará el sistema de pesos y contrapesos. Al haber un medio de control constitucional, el Poder Judicial, de manera casuística, puede fungir que se trata de una facultad propia del legislativo, pero que violenta Derechos Humanos; se evidencia la de organización de la República y sistema de pesos y contrapesos, no necesariamente relacionada a la separación de poderes, sino que la teoría del *check and balance* es a veces cuando un poder toma facultades del otro para regresarlos al orden constitucional.

Pregunta dirigida al Dr. Raúl Andrade Osorio: el artículo 4 de la Constitución colombiana de 1991 contempla la excepción de inconstitucionalidad, es decir, es una facultad que tienen los jueces de inaplicar una norma por considerar que vulnera los principios que orientan la Constitución. ¿En México opera la misma situación entendiendo que es un estado federativo, y que Colombia posee un estado unitario, pueden los jueces de México aplicar la excepción de inconstitucionalidad y no aplicar normas que consideren contrarias a la constitución?

La Corte Interamericana ha sostenido de manera reiterada que todos los jueces, dentro sus competencias, deben inaplicar aquellas normas que sean no sean conforme a la constitución y a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, como parte del orden constitucional. Un juez está obligado a inaplicar aquella norma que estime una violación a la Constitución, sin que se haga una declaración de inconstitucionalidad que violente una norma fundamental o tratado internacional en materia de Derechos Humanos.

Sin embargo, en México aún no existe una cultura de inaplicar normas; son casos aislados del Poder Judicial y de la Federación, que durante muchos años se han encontrado en el monopolio del control constitucional de las normas y los jueces ordinarios de los Estados, quienes todavía no están habituados a inaplicar normas. Hubo casos particulares, de ocasiones en

que se ha inaplicado una norma, en que la contraparte apelaba al amparo y se le solicitaba al juez de otra instancia.

Esta situación ha repercutido en que, actualmente, un juez de instancia no se anime a inaplicar una norma, por no encontrarse habituado; situación similar para quien en lo haya intentado, pero que en el amparo le dieron una negativa. Esencialmente, es una obligación y sentencia; en el caso de *Radilla Pacheco*, relativo a México, se dice que todos los jueces están obligados a inaplicar normas que contradigan a la convención y a la Constitución mexicana.

Pregunta dirigida al Dr. Mario Chávez Rabanal: ¿existe alguna relación entre el control normativo y el principio de separación de poderes o el sistema de pesos y contrapesos?

Desde esta teoría de las ideas desde el liberalismo, como se ha ido instaurando institucionalmente. Se entiende que la característica particular del Estado moderno es que un Estado está basado en el equilibrio de poderes, de pesos y contrapesos. Desde la Declaración Francesa de 1789, es conocido su art. 16, donde se señala que si en un Estado y en su Constitución, no están claramente garantizadas la separación de poderes y los derechos de la persona ese estado, no se tiene Constitución.

Esto se consagra como un elemento estructural del Estado moderno y va a referir al peso y contrapeso entre esos poderes del estado. La particularidad con la que se presenta la modernidad es con la figura de los tribunales constitucionales y, en los últimos tiempos, con el Sistema Internacional de los Derechos Humanos, conjuntamente a la participación de la Corte Interamericana en la región. Además, el ejercicio del poder político en la intromisión de los derechos de las personas, es controlado por la corte; no cuenta con una intervención del rubro orgánica de la estructura del estado, pero si se puede entender de forma indirecta que cuando el estado ha incumplido sus obligaciones internacionales, implica que este estado se ha extralimitado en sus funciones y deviene la reparación.

Pregunta dirigida al Dr. Gabriel Barragán García: ¿existe alguna relación entre el control normativo y el principio de separación de poderes o el sistema de pesos y contrapesos?

El control normativo está relacionado con la organización del Estado y con la división de poderes. El sistema de pesos y contrapesos es parte del control normativo, por cuanto se controla el contenido de la norma partiendo desde su legalidad y constitucionalidad.

Tensiones entre Ejecutivo - Legislativo como obstáculos al desarrollo y crecimiento económico de los países*

Isabela Moreira Domingos**

Pontificia Universidad Católica de Paraná

Luiz Arcaro Conci***

Pontificia Universidad Católica de São Paulo

Martín Acevedo-Miño****

Pontificia Universidad Católica Argentina

Isabela Moreira Domingos

En cuanto al desarrollo de políticas públicas, éstas deben estar orientadas al respeto de los derechos fundamentales; así como, a la buena administración, transparencia y participación ciudadana. Del mismo modo, las políticas públicas ambientales deben procurar la consecución de un desarrollo sostenible; e –incluso–, en la práctica de factores *ESG*, que son utilizados

* Mesa de diálogo llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Magíster en Derecho Económico y Desarrollo por la Pontificia Universidad Católica de Paraná, con beca completa por la CAPES (Coordinación de Perfeccionamiento de Personal de Nivel Superior). Estudiante de Posgrado en Políticas Públicas y Desarrollo Regional por la UNEMAT. Estudiante de Posgrado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (USC). Investigadora de la Universidad de São Paulo/CNPq. Miembro de la Comisión de Compliance de la OAB. Autora de artículos publicados en revistas jurídicas de derecho. Docente internacional invitada en cursos de grados y posgrados.

*** Coordinador del Curso de Postgrado en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de São Paulo. Profesor de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Profesor Titular de Teoría del Estado en la Facultad de São Bernardo do Campo (São Paulo - SP - Brasil). Profesor visitante en las Universidades de Bolonia, Buenos Aires, Medellín (2019), Messina (2019) y Torino (2021). Líder del Grupo de Investigación en Derechos Fundamentales (PUC-SP / CNPq).

**** Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor de la Universidad Católica de Argentina, sede Paraná. Miembro directivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

por las organizaciones y los Estados, el impacto se puede sentir a medio y largo plazo, según las investigaciones en curso.

Dentro de este orden de ideas, cabe destacar que la Administración Pública, para cumplir con el legislador constitucional, actúa en la formulación de políticas públicas con el propósito de conservar los recursos naturales e impulsar el derecho fundamental a un medio ambiente sano, mediante Programas de Integridad y medidas adecuadas para promover el desarrollo nacional sostenible, con base en la Nueva Ley de Licitaciones brasileña (Art. 25, §4º) y las directrices de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En Brasil, las leyes para la implementación de las estrategias contra a corrupción se manifiestan a través del control interno dos contratos público-privados, así como de los portales de transparencia supervisados por los gestores públicos, los ciudadanos y los organismos fiscales. Los llamados Programas de Integridad en la Administración Pública (*compliance*) se basan en normas sociales vinculadas a la ética, la probidad, la moralidad, la legalidad y la transparencia de las cuentas.

Se examina que el fraude en la adjudicación de contratos o en la autorización de licencias medioambientales suele basarse en la sobrefacturación de productos, la construcción en lugares inadecuados o el uso de productos de baja calidad, lo que repercute en la salud de las comunidades y genera daños en los biomas. Se ha demostrado que la gestión del riesgo a través de un programa de cumplimiento público tiende a mejorar el control de estos contratos y a promover una cultura de la legalidad en la Administración Pública.

Por otro lado, el desarrollo sostenible debe considerarse como un objetivo global para mantener la calidad de vida en la tierra y reducir las injusticias sociales. La desigualdad suele estar alimentada por la corrupción y los servicios públicos inadecuados. Las propuestas de sostenibilidad deben incluir: la protección del medio ambiente; el respeto a los grupos vulnerables; las políticas públicas de inclusión y ciudadanía; la supervisión y la transparencia en los contratos de la Administración Pública para la correcta asignación de los recursos públicos; más oportunidades de formación técnica; y una gestión medioambiental adecuada para evitar la amenaza de desastres.

Las inversiones internacionales necesitan atender con criterios de contratación sostenible, en aras de la buena gobernanza y de los objetivos del desarrollo perenne; por ello, es esencial cambiar los estándares de consumo y producción, promoviendo la tecnología, innovación e investigación.

En este sentido, las multinacionales tienen el compromiso de priorizar sus acciones para evitar daños en detrimento de los ecosistemas; las poblaciones vulnerables —que residen en los lugares donde se asientan las empresas— se encuentran en condiciones insalubres debido a los daños ambientales, por ejemplo, la contaminación de las aguas subterráneas, la limitación de los recursos locales y la mala calidad en la operación de los servicios públicos esenciales para su subsistencia. Se observa que los daños ambientales aumentan la pobreza, el trabajo infantil, la indigencia y la violencia; la desigualdad social afecta directamente a las comunidades indígenas, sociedades cimarronas, poblaciones ribereñas y *caícaras*, pues son los habitantes de la comunidad quienes dependen de agricultura familiar para sustentarse económicamente.

Con relación a la problemática expuesta, ante ciertos hechos que perjudican a los pueblos vulnerables, existe una responsabilidad por parte de las autoridades para implementar políticas públicas y realizar la contratación de expertos profesionales multisectoriales, a fin de colaborar con los tres Poderes; y así, alcanzar la sustentabilidad. Lo expuesto se encuentra previsto; tanto constitucionalmente, como por otras leyes internas y tratativas internacionales. Se trata de un control realizado por la Administración Pública que radica en la licencia ambiental, tras el análisis de los expertos, la autoridad competente puede autorizar o no, la ubicación, instalación, construcción, ampliación, modificación y exploración de una iniciativa económica.

En ese sentido, si las actividades vigentes presentan riesgos, ello dependerá de la aprobación *a priori* de los organismos técnicos, como el otorgamiento de la licencia ambiental, que es necesaria para el ejercicio de la actividad económica y conlleva una triple responsabilidad en materia administrativa, civil y penal.

Por tanto, lo que pretenden los programas de integridad (*compliance*) es que el Estado debe actuar con la debida diligencia, aplicando un control sobre las actividades que puedan causar daños al medio ambiente. Con lo cual, se busca que este derecho sea ecológicamente equilibrado y se garantice la protección ecológica por las generaciones presentes para las generaciones futuras. Asimismo, se considera que las prácticas sostenibles son realizadas por factores de responsabilidad medio ambiental, con el apoyo de políticas que favorezcan el desarrollo sostenible.

Cabe mencionar que, la realización del desarrollo sostenible implica no solo un valor para las partes interesadas; de manera especial para el logro de normas éticas de consumo y prestación de servicios con el fin de mini-

mizar el impacto de la actividad humana en el medio ambiente. En esta línea, al igual que las empresas deben optar por la logística de los productos, así como buscar que los insumos biodegradables permitan una innovación para un mercado con mejor control; en consecuencia, la administración promueve la transparencia mediante la aplicación del *compliance*, con la debida diligencia de los productores y proveedores, dando prioridad a las empresas sostenibles.

No obstante, no momento en que se defrauda el curso de una licitación, esto resulta ser una ofensa a los principios de la Administración Pública; tales como la legalidad, la imparcialidad, publicidad y eficacia; además de los principios implícitos que esta contiene, entre ellos: la proporcionalidad, la búsqueda de la buena fe y la supremacía del interés público. La corrupción es una cuestión profunda que afecta al ejercicio de la democracia.

Cabe considerar, por otra parte, la licitación sostenible busca oportunidades para el desarrollo nacional, en la medida en que selecciona la propuesta más ventajosa para los ciudadanos, analizando los impactos de la actividad económica en el medio ambiente y la elección de las obras y servicios realizados por empresas realmente comprometidas con el cambio climático, el interés público y la protección de la dignidad humana, respetando los criterios de impersonalidad, legalidad e igualdad de oportunidades - los criterios de oportunidad acompañan desde la planificación de la licitación, el proyecto y la fase de ejecución del contrato, con el fin de garantizar la sostenibilidad de la operación.

Desde otra perspectiva, la aplicación de la conformidad en Brasil está vinculada a la buena gobernanza, en virtud de la cual se fomenta la formación ética y se adoptan medidas para promover la sostenibilidad. Se trata de un programa que contiene un marco para la evaluación de los controles de riesgo, la denuncia de irregularidades y la presentación de informes por parte de los funcionarios públicos. La diligencia debida actúa en términos de prevención de los procedimientos penales, administrativos y civiles que verifican la responsabilidad, mitigando así los riesgos de daños ambientales que eventualmente podrían conducir a la indemnización en caso de perjuicios. Por último, cabe destacar que los gobiernos deben tener en cuenta las ventajas que se derivan de un control interno eficaz, como la reducción de los costes, demandas y mejora del equipo técnico.

En conclusión, la corrupción es un problema sistémico que afecta a las empresas públicas y sociedades de capitales –como las corporaciones–; así también, es un problema de impacto social, lo que impide el acceso a los derechos sociales fundamentales. Hay que tener en cuenta que las organi-

zaciones con fines delictivos suelen utilizar el aparato del Estado; por ello, es muy importante la participación ciudadana para controlar la actuación de los gobernantes y promover la transparencia.

Luiz Arcaro Conci

Al hacer referencia a los modelos presidenciales en Latinoamérica, cabe precisar que estos sistemas presidencialistas se encuentran involucrados en una región donde la democracia tiene un proceso de fuerte adopción. Por otro lado, para entender la relación entre Latinoamérica y la democracia, se utiliza el informe de latinobarómetro del 2018, donde se señala la percepción de los ciudadanos sobre la democracia. Cabe decir que la indiferencia por la democracia crece de manera intensa y rápida, reflejándose —por consiguiente— la baja confianza que se tiene en un régimen de esta naturaleza. Tal es así que, existe una relación directa de la desilusión con la democracia y el crecimiento de las desigualdades sociales.

Asimismo, la mayoría de los ciudadanos tienen la idea de que, si la democracia tiene sus problemas; entonces no existe ningún régimen mejor que de estas características. Según las estadísticas, los latinoamericanos creen que en la región se gobierna para algunos pocos. Por ejemplo, en Brasil, el 90% de la población cree que se gobierna para un sector reducido; en México, el 88 % de la población cree lo mismo. En consecuencia, la sensación de injusticia social aumenta en torno a los problemas que poseen las instituciones para comprender los modelos de gobierno. Así pues, la institución más confiable es la Iglesia, a la que le sigue las Fuerzas Armadas, el Poder Judicial, Gobiernos, Congresos, Parlamentos y finalmente los Partidos Políticos.

Por otro lado, para poder entender las relaciones entre Ejecutivo y Legislativo, primero se debe entender el contexto de la región; esto se debe a que la estabilidad política —referida al presidencialismo— se impone en los países. Asimismo, el proceso de democratización que se vive desde los años ochenta, produjo en los textos constitucionales formas de disminución del poder presidencial, para que la relación entre Ejecutivo y Legislativo fuese más igualitaria.

Además, existe una fragmentación parlamentaria en los países, lo que produce —a su vez— inestabilidad en los gobiernos. Cabe decir que, en los diversos Estados, existen cambios a nivel constitucional; sin embargo, el sistema político no permitió la producción de los resultados esperados. En ese contexto, el problema radica en la falta de entendimiento de los problemas del gobierno, que no solo se ciñen a la relación entre Legislativo

y Ejecutivo; sino que involucra a los sistemas partidarios. Así también, existe otro problema concerniente a la falta de confianza que tienen los ciudadanos sobre las instituciones.

Cabe precisar que en varios países se registró el desarrollo y crecimiento económico; sin embargo, se evidenciaron también altos índices de desigualdad. En ese sentido, la pandemia exige que el Estado actúe como protagonista en diversos ámbitos. Así pues, en países donde lideran las oligarquías partidarias, no existe la confianza en el sistema político, quedando acreditado que solo se gobierna para un sector; por ello, se señala que donde existe crecimiento económico no hay crecimiento personal. El problema de políticas populistas es que no articulan, sino que destruyen el sistema político con ideas revolucionarias de supuestos cambios.

Por último, en la historia latinoamericana se produjeron muchas tensiones, como el crecimiento del autoritarismo que había generado un desarrollo negativo en las economías. En conclusión, la realidad latinoamericana exige saber cómo esta impacta en las relaciones entre los poderes; por ende, ese tipo de formas de gobiernos no aceptan otro tipo de poder causando diversas consecuencias negativas para los países.

Martín Acevedo-Miño

En primer lugar, cabe precisar que la estructura constitucional argentina es muy parecida a la de Estados Unidos; por ello, Argentina presenta una república presidencialista. Además, tiene la característica de ser un Estado federal; cuyo mandatario concentra cuatro jefaturas: jefe de Estado, jefe de Gobierno, jefe de Administración Pública y comandante de las Fuerzas Armadas. Por otra parte, el Poder Legislativo –que es bicameral– también cuenta con representación en el Senado, donde la representación es territorial; pues las provincias se hallan representadas de forma igualitaria en el Senado Federal, mientras la representación popular lo hace en la Cámara de Diputados de la Nación.

Es preciso señalar que el objetivo de mitigar el presidencialismo, con el objetivo de equilibrar la vinculación entre los poderes del Estado, que fue uno de los objetivos de la última reforma constitucional, no ha dado resultados. Así, en torno a las tensiones existentes entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, aparecen algunas posibilidades que tiene el presidente de la República de avanzar sobre competencias del órgano legislativo. Lo mencionado surge a partir de la reforma de 1994, que –lejos de atenuar el presidencialismo– ha logrado acrecentarlo. De ello, se tiene –por ejemplo– la posibilidad de dictar Decretos de Necesidad de Urgencia (DNU); así

como la delegar la función legislativa del Congreso al Ejecutivo. Tanto es así que, desde que se instauraron los DNU hasta la fecha, todos los presidentes han hecho uso y abuso de los DNU; generando el desplazamiento del Congreso a un segundo plano, en cuanto refiere a materia legislativa al momento de ejercer la función legislativa, a lo que el Ejecutivo irrumpe en las actividades que ha debido ser realizada por el Congreso.

Asimismo, en muchas ocasiones se dictaron disposiciones administrativas de la Jefatura de Gabinete de Ministros; ello demuestra que el Ejecutivo ya no solo brindaba disposiciones a través de los Decretos de Necesidad de Urgencia, sino que también se suscitaron avances normativos a través de decisiones administrativas de la jefatura de ministro, lo que no solo significó el desplazamiento de la autoridad federal, sino el desplazamiento de los otros actores del federalismo (las provincias argentinas).

Por último, en un interesante pronunciamiento de la Corte Suprema denominado Ciudad de Buenos Aires contra Estado Federal, se debatía la posibilidad de regular las clases presenciales en los niveles primario y secundario. Al respecto, la Corte le otorgó –a estos avances del Ejecutivo– el rótulo de “Desbordes competenciales”; puesto que, ello se justifica por la ruptura de los lineamientos señalados en la Constitución, que –a su vez– representa un desbalance en los poderes del Estado Federal, así como a los otros actores del federalismo. Además, los problemas de las tensiones entre el Ejecutivo y Legislativo en Argentina no son recientes; no obstante, en el actual contexto de pandemia, se ha evidenciado un desbalance, que se puede solucionar con el acuerdo y el respeto de los principios mencionados.

II

Rélicas

Luiz Arcaro Conci

La pandemia trajo consigo algunas novedades acerca de la mitigación y disminución de los procesos presidenciales, que es parte de la redemocratización de un movimiento de la región. En Brasil, por el contrario, no sucedió eso; ya que para hacer referencia a la Constitución de 1988 no se realizaron cambios de mitigación presidencial. El más claro ejemplo de ello se suscitó en gran parte de la década de los 90's, donde los presidentes gobernaron a través de medidas provisorias, similares a los decretos de urgencia en Argentina, los cuales son expedientes normativos que tienen los presidentes en la región.

Precisamente, se pedía al presidente que no solo expidiera las medidas; sino que además pudiera ratificarlas; en consecuencia, lo hacía por treinta, cincuenta o hasta ochenta veces. No obstante, el Congreso no analizaba estas medidas, por lo que —en los 90's— existía una delegación legislativa intensa al presidente de la República. El sistema de partidos se fragmentó en magnitudes considerables; así, los gobiernos debían convivir con quince partidos, mientras hoy en día son 23 partidos en el Congreso Nacional.

Desde la última década, se dio un proceso fáctico sin cambio constitucional que versaba acerca de la disminución de los procesos presidenciales; debido a que tenía que convivir con la colisión de diez o doce partidos; ergo, los poderes presidenciales eran mitigados por el sistema partidista. Actualmente, desde la redemocratización, se contemplan más decretos anulados por el Congreso Nacional y más medidas provisorias no fueron confirmadas.

El presidente se volvió más débil desde la redemocratización, pero —al mismo tiempo— en el plan financiero no hubo una mitigación, ni contención de los gobiernos; por ello, tiene en sus manos un poder muy grande. La pandemia profundizó que los poderes del Congreso aumentaran, principalmente los presidentes de la Cámara y del Senado. Por consiguiente, el Congreso tiene entre sus manos el poder político: todo ello es el escenario del presidencialismo brasileño.

En la pandemia, el presidencialismo federal también pasó por momentos diferentes; porque el gobierno fue omiso. Los gobernadores y alcaldes pudieron aumentar su fuerza; además, el Supremo Tribunal Federal fue el protagonista de la región. Con ello, este pudo cambiar su pronunciamiento acerca de la federación, porque el supremo tenía una jurisprudencia muy centralizadora; lo que no fortalecía a los entes subnacionales.

Finalmente, debe tenerse en claro que la crisis institucional es grande; por ende, si el presidente es populista, resulta muy difícil superar dicha crisis. Además, no existe una dirección federal para los gobernadores y alcaldes. Por otro lado, en el gobierno multipartidista de Brasil, los gobernadores son los que organizan esta colisión. Por consiguiente, en los últimos años, los gobernadores perdieron fuerza en el ámbito federal; asimismo, la pandemia, produjo que algunos de ellos retomen los lazos que sostenían con el gobierno. Actualmente, lo que existe es un caos administrativo cuando el presidente se desplaza a otros lugares.

Martín Acevedo-Miño

En Argentina, los rasgos negativos de la vinculación institucional se suscitan entre los poderes del Estado; por ende, resulta injusto atribuirle al COVID-19 el desplazamiento hacia el Poder Ejecutivo y el Legislativo. La crisis sanitaria acrecentó los déficits que ya se tenía; reflejándose un presidencialismo muy fuerte. En momentos de crisis el gobierno ha enviado el presupuesto para el año próximo; pero en realidad estas debilidades del sistema venían de antes. Lo que produjo es COVID-19 fue acrecentarlas.

Es preciso mencionar que, las discusiones entre el Ejecutivo y el Congreso generan crisis institucional, que también está vinculada al proyecto de ley del presupuesto. Esto se debe a la falta de una ley en sentido formal y material que regule las restricciones en este tiempo de crisis sanitaria, consecuencia de una relación poco saludable entre Poder Ejecutivo y el Congreso en Argentina. Es por ello que se ha seguido la anómala regulación de los Decretos Necesidad de Urgencia.

Por ende, se debe afirmar la idea de considerar a la Constitución como ese pacto que los ciudadanos eligieron para vivir pacíficamente la vida en sociedad, lo que se concreta propiciando comportamientos diarios; mas no se debe esperar grandes proyectos, ni grandes planes para llegar al cumplimiento de la norma suprema. Por último, la conducta que asuman los actores, los poderes y todos los estamentos a través de pequeños pasos; puede concretar el ideal de la posibilidad de fácil concreción, en la medida que haya voluntad por parte de todos.

III

Respuestas a las preguntas del público

Pregunta dirigida a la Dra. Isabela Moreira do Nascimento Domingos: más allá de un consenso político, ¿debería existir una reforma constitucional que regule un mecanismo legal para solucionar una crisis política?

En Brasil se cuenta con herramientas constitucionales que buscan controlar la crisis bajo un sistema democrático. Por otro lado, se postula que la corrupción se mitiga con una educación de calidad, una conciencia ética de la sociedad y el fortalecimiento de la transparencia gubernamental.

Pregunta dirigida al Dr. Martín Acevedo-Miño: más allá de un consenso político, ¿debería existir una reforma constitucional que regule un mecanismo legal para solucionar una crisis política?

En Argentina, el diseño constitucional –propuesto en la crisis más recordada de esos tiempos, cuando se tenía hasta cinco presidentes en una semana– para la resolución del conflicto institucional, se llevó a cabo según los cánones de la Constitución; en consecuencia, no hace falta una reforma constitucional para delegar.

Pregunta dirigida al Dr. Martín Acevedo-Miño: ¿cómo lograr una gran estabilidad en la gobernabilidad?

El mejor modo de asegurar la estabilidad es cumpliendo las reglas de juego. Estas se encuentran en el texto constitucional, en el caso argentino sin plantear la modificación del mismo. Así pues, la constitución ofrece las herramientas para sortear cualquier imprevisto como lo sucedido con el COVID-19.

Sin embargo, a pesar de que la propia Constitución contiene herramientas, estas no han sido empleadas; por consiguiente, a partir de ello surgen algunos inconvenientes, tales como la falta de estabilidad y previsibilidad. Es por ello que, el descubrimiento de la norma constitucional resulta ser el mejor camino para lograr estabilidad institucional. En ese sentido, en Argentina no es realmente necesario admitir una reforma constitucional.