

CONSTITUCIÓN Y PROCESOS CONSTITUCIONALES
TOMO II

ADRUS D&L EDITORES

BIBLIOTECA PERUANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

48

CONSTITUCIÓN Y PROCESOS CONSTITUCIONALES

TOMO II

GERARDO ETO CRUZ

INDEJUC



Instituto de Divulgación y Estudios
Jurídico Constitucionales

adrus



editores



INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE DERECHO CONSTITUCIONAL
SECCIÓN PERUANA

**CONSTITUCIÓN Y PROCESOS CONSTITUCIONALES
TOMO II**

Primera Edición: julio de 2013
Tiraje: 1000 Ejemplares

© **Gerardo Eto Cruz**
gerardoeto@gmail.com

© **ADRUS D&L EDITORES S.A.C.**
Av. Tacna 535 Of. 704-B
Lima - Perú
Teléf. 01-4016451
adrusyleditores@hotmail.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº XXXX-XXX
ISBN: XXX-XXX-XXXX-XX-X

Composición y diagramación:
José Luis Vizcarra Ojeda

Diseño de carátula:
Omar Suri
www.cromosapiens.com

Corrección ortográfica:
ADRUS D&L EDITORES S.A.C.

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



A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, sweeping lines that form the name Gerardo Eto Cruz.

GERARDO ETO CRUZ

SEGUNDA PARTE

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

(Continuación)

EL AMPARO EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO: ALGUNOS PERFILES CARACTERISTICOS*

Sumario: I. Resumen. II. Introducción. 2.1. Realidad problemática. 2.2. Antecedentes. 2.3. Problema. 2.4. Objetivos de la investigación. III. Resultados. 3.1. Introducción. 3.2. El proceso de amparo como garantía constitucional específica de la defensa de la constitución. 3.3. El amparo en el sistema mexicano: el gran aporte de México al derecho comparado. 3.4. Primera visión panorámica del amparo en los ordenamientos latinoamericanos: la competencia. 3.4.1. El Amparo como acción o como recurso ante un solo tribunal. 3.4.1.1. El Amparo a cargo de un Tribunal Constitucional. 3.4.1.2. El Amparo a cargo del órgano supremo de la vía judicial. 3.4.2. El Amparo como una Acción o Recurso pero ejercido ante una globalidad de tribunales. 3.4.3. Los derechos que tutela el Amparo en el sistema latinoamericano. 3.4.3.1. El sistema que protege vía el Amparo todos los derechos fundamentales. 3.4.3.2. El sistema que protege el Amparo sólo ciertos derechos fundamentales. 3.4.4. Motivos de la Protección del Amparo. 3.4.4.1. El amparo frente a particulares. 3.4.4.2. El amparo frente a leyes. 3.4.4.3. El amparo contra las sentencias. IV. Conclusiones y recomendaciones. V. Referencias bibliográficas.

* Este trabajo fue objeto de exposición en octubre de 1999 en la Universidad de Bologna, en un encuentro bajo la batuta y coordinación del profesor Lucio Pegoraro. Participaron en dicha velada académica, Domingo García Belaunde, Ernesto Blume Fortini y José F. Palomino Manchego. La reconstrucción de esta exposición fue presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo, en el 2000.

I. RESUMEN

El proceso constitucional de amparo hoy se ha convertido en el instrumento procesal por excelencia para la tutela de los complejos derechos ius-fundamentales de las personas, sean estas naturales o jurídicas, y se ubican bajo los marcos de la llamada jurisdicción constitucional de la libertad.

El amparo está prefigurado en casi todos los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica, en dos niveles normativos en sede constitucional y luego proyectado en legislaciones ordinarias específicas; aún cuando debe recordarse que en el séptimo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional realizado en México en el año 2002 se llegó al acuerdo que debería existir un Código Procesal Constitucional *tipo* para América Latina y del cual el Perú ya cuenta con un anteproyecto elaborado por una comisión de académicos.

Este singular proceso constitucional no necesariamente en toda Latinoamérica es identificado con el mismo *nomen iuris*; sin embargo más allá de su expresión morfológica, cumple el mismo fin que los demás procesos, esto es, convertirse en un extraordinario instrumento afilado para reparar los derechos humanos de sus titulares.

Sin embargo, dentro de los heterodoxos modelos que existen en Latinoamérica hay ciertas características particulares, propias de cada país, lo que permite afirmar el enriquecimiento de esta figura, que tiene mayor utilidad frente al modelo continental europeo como son los casos emblemáticos de Alemania, Austria y España.

II. INTRODUCCIÓN

2.1. Realidad Problemática

No cabe duda que el proceso constitucional de amparo se ha convertido a nivel planetario en una manifestación concreta de la defensa constitucional; pero con la particularidad de que lo puede utilizar cualquier persona, sea esta natural o jurídica, para la defensa de complejos derechos fundamentales, así como principios constitucionales, valores *ius fundamentales*, y cualquier contenido esencial de la constitución que pretende ser desconocido mediante un acto lesivo.

Sin embargo, el *thelos* protector de esta paradigmática garantía constitucional no tiene necesariamente una misma identificación en todos los procesos que existen en América Latina. Para empezar, su ropaje morfológico del nombre no necesariamente es el mismo; y aunque este no es en sí un problema, si lo es la *efectividad* que viene en los últimos años manifestándose a través de una discusión teórica: el amparo, en estricto rigor, puede presentarse como de naturaleza optativa u alternativa o heroica o residual. Afirmar la primera tesis significaría que cada justiciable puede usar indistintamente un proceso ordinario o paralelo para la defensa de sus derechos fundamentales; o bien puede usar la vía excepcional de esta garantía constitucional. En buen romance, la naturaleza o tesis optativa significa que queda a capricho discrecional del presunto agraviado utilizar una u otra vía.

La tesis residual esgrime, entre otros aspectos, que cuando se afecta o amenaza un derecho constitucional, no necesariamente el justiciable tiene que residenciar inmediatamente un proceso de amparo constitucional, en tanto que los ordenamientos jurídico-procesales suministran otras vías, otros procesos ordinarios o paralelos y en donde existe una etapa probatoria en que puede verificarse la complejidad del asunto; en consecuencia es allí donde debe entablar su reclamo en sede judicial. Es decir, la naturaleza residual indica que, sólo y tan sólo debe plantearse este proceso constitucional cuando no hay otra vía en donde se podría enervar o dejar sin efecto, o restituir el presunto derecho conculcado.

En esta perspectiva, es natural que los ordenamientos jurídico-constitucionales en América Latina nos presenten un vasto mosaico de particularidades y aún dentro de ellos diversos matices difícil de encuadrar en ciertos cánones en torno a esta vía excepcional del amparo. De allí que nos vamos a permitir utilizar el método comparativo pues nos brinda una información de cómo las instituciones se practican en cada realidad; y a la postre nos va servir para comparar a otros países de cómo se utiliza lo bueno y depurar lo malo de lo que ocurre en otras latitudes.

2.2. Antecedentes

Específicamente en el Perú no se ha abordado por la literatura constitucional trabajos orgánicos sobre esta materia; y a nivel compa-

rado sólo tenemos trabajos parciales sobre el mismo; y así podemos ver los aportes formulados desde Venezuela por el gran académico Allan R. Brewer-Carias, en México debemos el esfuerzo a Héctor Fix-Zamudio y a su discípulo Eduardo Ferrer Mc Gregor; fuera de éstos académicos, los demás trabajos son más sectorizados entre estudiar el Amparo de un país con otros¹.

2.3. Problema

Bien se podría, para los efectos metodológicos de una breve investigación monográfica formular una pregunta específica: ¿el Proceso Constitucional de Amparo, en América Latina, pese a ser el instrumento de la defensa de la Constitución para proteger los Derechos Fundamentales; en rigor, puede redimensionarse para la tutela de otras manifestaciones como son los principios constitucionales, los valores constitucionales; en suma, la defensa del contenido esencial de una Constitución? ¿Y, por otro lado analizando su esencia o carácter (naturaleza): es optativa como lo que viene primando en el Perú y que lamentablemente tiene funestas consecuencias como son las de ordenarizar el proceso de amparo; o, en rigor, debe reconducirse a ser un proceso excepcional o residual, que sólo debe entablarse cuando no hay otra vía paralela? Estos y otros problemas más, son los que están en la agenda de discusión del Derecho Procesal Constitucional. Y, finalmente, ¿resulta positivo contar ya con Código Procesal Constitucional, a fin de que se estructure en un corpus unitario, todos los procesos constitucionales; o debe seguir la regulación de manera dispersa con la consiguiente falta de sistematicidad que afecta el desarrollo jurisprudencial de la justicia constitucional?

1 Nota de 2012: en los últimos tiempos, hay una producción bibliográfica que da vértigo (*cf.* nuestra futura publicación: *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*); con todo, Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor han publicado una monumental obra: *El derecho de amparo en el mundo*, UNAM / Porrúa / Konrad Adenauer Stiftung, México, 2006; y más recientemente, FERRER MAC GREGOR, Eduardo, conjuntamente con VILLABELA ARMENGOL, Carlos Manuel (Coordinadores) han publicado *El Amparo en Latinoamérica*, Fundap Edit., Querétaro, 2012 (Nota a marzo de 2013).

2.4. Objetivos de la investigación

- a) Realizar un brochazo panorámico de los ordenamientos constitucionales en América Latina.
- b) Auscultar las particularidades que existen en los procesos constitucionales de la región.
- c) A partir de un análisis descriptivo, plantear la posibilidad de que exista un Código Procesal Constitucional tipo para América Latina.

III. RESULTADOS

3.1. Introducción

La célebre frase de Norberto Bobbio, recientemente fallecido, sigue hoy teniendo un interés providencial. Había afirmado este iusfilosófico en 1964 en el coloquio sobre la fundamentación filosófica de los Derechos Humanos en L'Aquila, que el problema de los Derechos Humanos no es el de fundamentarlos, sino el de protegerlos.

Así, el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Hombre y del ciudadano sigue teniendo no sólo el regusto histórico de una gran verdad, sino que el vigor de esta concepción es hoy puntualmente más válida. En efecto, decía este artículo que "toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, carece de Constitución".

Hoy predomina la idea que los Derechos Fundamentales deben gozar de un régimen especial de protección. Es más, se afirma que un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías. En tal perspectiva, las garantías nos muestran la sinceridad del ordenamiento jurídico de un país.

Héctor Fix-Zamudio ha encardinado el concepto de las garantías constitucionales, de innegable influencia italiana, con el concepto genérico de la "defensa de la constitución", y que ésta se divide o se integra en dos grandes sectores, por un lado la llamada "*protección de la Constitución*", y por otro, el concepto de las *garantías constitucionales*. Dentro de este marco conceptual, es que resulta importante realizar una aproximación analítico-descriptiva de cómo se ha venido y viene

configurando el proceso o la garantía constitucional del Amparo en América Latina.

3.2. El proceso de amparo como garantía constitucional específica de la defensa de la constitución

Mauro Cappelletti ha logrado aportar a los predios del derecho procesal constitucional la categoría de la jurisdicción constitucional de la libertad que consiste en la diversidad de instrumentos procesales con que cuentan los actuales sistemas jurídicos, a fin de afirmar y preservar, tanto como proteger y restituir los diversos derechos fundamentales en su expresión de la tutela de la libertad. En el caso peruano, estos instrumentos protectores se expresan en el hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción de cumplimiento.

Sin embargo, en el caso del proceso de amparo, este resulta ser un instrumento procesal macro y protector de complejos derechos que probablemente abarcan un universo más amplio que los demás procesos ya citados. Y ello es así, porque el amparo, en rigor, protege todos los derechos fundamentales, a excepción de la libertad individual que tiene su carril procesal en el hábeas corpus.

Visto así, no cabe duda que el Amparo viene a ser una manifestación específica de la defensa de la Constitución, en tanto, la *lex legum* se expresa en dos grandes partes: la *orgánica* y la *dogmática*; esta última que alude a un sistema de protección de los derechos humanos.

El Amparo es una garantía jurisdiccional específica de tutela de urgencia, y a través de ella se expresa la protección de la Constitución a través del sistema de garantías constitucionales, que no son más que los instrumentos procesales que van a permitir preservar todo ese complejo ámbito sustantivo de la Constitución; es decir, todo ese complejo sistema de derechos fundamentales de contenido constitucional.

3.3. El amparo en el sistema mexicano: el gran aporte de México al derecho comparado

Abordar el tema del Amparo en América Latina, pasa por hacer también una aproximación especial al caso del modelo mexicano, en tanto fue en este país donde nace y evoluciona el juicio de amparo y

como hoy lo conocemos, pese a que esta institución, reconoce aportes del derecho comparado.

Así, el Amparo en México se expresa, conforme coinciden todos los estudiosos, en cinco tipos, como son:

- a) El *Amparo de la Libertad*.- Que se expresa como amparo de estricto derecho, esto es, para la tutela de los diversos derechos fundamentales; y también el amparo funciona como hábeas corpus, esto es, se encuentra subsumido bajo este *nomen iuris*. En México, no existe el habeas corpus como tal, sino que este instrumento, tutelador por excelencia de la libertad, encuentra su desarrollo vía el amparo.
- b) El *Amparo Judicial o Amparo Casación*.- Aquí, el Amparo funciona como un medio excepcional de revisión contra todo tipo de resoluciones que pueden ser enervadas, vía el Amparo-casación.
- c) El *Amparo Administrativo*.- En rigor, estamos aquí ante un recurso contencioso-administrativo contra los actos administrativos violatorios de la Constitución o de la Ley.
- d) El *Amparo Social Agrario*.- Se trata de un proceso interdictal sobre los problemas derivados del régimen de la reforma agraria y de la tutela de los beneficios de los campesinos.
- e) El *Amparo contra Leyes*.- Esta modalidad opera vía la revisión judicial de las leyes. Aquí, a su vez se expresa en dos modalidades; por un lado vía el control difuso con efecto entre los particulares en conflicto; y, por otro lado, vía el llamado "recurso de inconstitucionalidad", donde no se combate directamente un ordenamiento legal, sino la legalidad de una resolución ordinaria, y a través de ella se decide previamente si son constitucionales o no las disposiciones legislativas aplicadas por el tribunal que pronunció dicha sentencia.

Como se podrá apreciar, el modelo mexicano reviste una complejidad especial, y ello funciona en forma *sui géneris* frente a los restantes ordenamientos constitucionales latinoamericanos.

3.4. Primera visión panorámica del amparo en los ordenamientos latinoamericanos: la competencia

3.4.1. El Amparo como acción o como recurso ante un solo tribunal

La figura más generalizada es que el Amparo se residencia ante un solo tribunal, bien sea especializado (jurisdicción constitucional concentrada) o ante la Corte Suprema. Aquí, se podrá apreciar dos variantes que se pueden precisar según la competencia ante un Tribunal Constitucional o ante la Suprema Corte. Veamos:

3.4.1.1. El Amparo a cargo de un Tribunal Constitucional

En este caso, estamos ante una competencia exclusiva de la jurisdicción constitucional concentrada vía un colegiado constitucional. Entre los países que tienen esta competencia tenemos a Alemania, Austria y España.

En el caso de Alemania, vía reforma de 1969, se produce a través del llamado "Recurso de Amparo Constitucional" y sólo sirve para la defensa de los Derechos Fundamentales.

En el modelo austriaco, al Amparo se le conoce con el *nomen iuris* de "Recurso Constitucional Austriaco", se introdujo en 1920 por la Constitución aún vigente y por la Ley del Tribunal Constitucional de 1953. Y finalmente tenemos el caso del "Recurso de Amparo de España" a través de la Constitución de 1978, y más específicamente a través de su regulación legal ordinaria, vía la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

3.4.1.2. El Amparo a cargo del órgano supremo de la vía judicial

Entre otros sistemas constitucionales, el amparo se establece como una acción ante un solo Tribunal, pero integrado dentro del Poder Judicial y específicamente ante la Corte Suprema o ante el órgano judicial supremo. Veamos una mirada comparativa de este particular sistema:

Los países latinoamericanos son Costa Rica, El Salvador y Nicaragua; y a nivel Europeo, tenemos el caso de Suiza. En el caso de

Costa Rica, allí existe el llamado “Recurso de Amparo” a través de la Reforma Constitucional de 1984 y cuya competencia lo detenta la Sala Constitucional, que es una Sala especializada de la Corte Suprema. En el caso de El Salvador, el Amparo está incorporado en su texto de 1983, vía la Corte Suprema o denominada la “Sala de Amparo”. Nicaragua en su texto de 1986 establece el Amparo a través de la Suprema Corte. También podríamos decir que México, en parte también se encuentra en esta sub-modalidad competencial.

3.4.2. El Amparo como una acción o recurso pero ejercido ante una globalidad de tribunales

Siguiendo el más puro estilo del modelo difuso, en la mayoría de los sistemas latinoamericanos que consagran expresamente el Amparo, la definición de estos procesos lo definen una globalidad de tribunales, cuyos casos son los siguientes: Argentina, Uruguay, Brasil, Colombia, Guatemala, Panamá, El Salvador, Bolivia, Honduras, Venezuela y el Perú. Así, en Argentina desde la Ley 16986 sobre la Acción de Amparo; el Perú vía la Acción de Amparo que lo conocen los jueces de primera instancia en lo civil; Chile, vía el “recurso de protección ante las Cortes de apelación”; Brasil, el elenco de las garantías constitucionales: el mandato de *segurança*, el recurso de hábeas corpus, el mandato de *injunção* y el hábeas data. En el caso del mandato de *segurança*, lo conoce el Tribunal Superior de Justicia; luego Venezuela tiene la Acción de Amparo que lo conoce los Tribunales de primera instancia; Colombia tiene la Acción de Tutela, Panamá el Recurso de Amparo, Bolivia el Recurso de Amparo y Honduras la Acción de Amparo. Todos estos países, son los jueces civiles los competentes para conocer estas materias.

3.4.3. Los derechos que tutela el Amparo en el sistema latinoamericano

Existe una gama de sistema de protección que van desde el extremo de proteger todos los derechos fundamentales y derechos constitucionales o sólo alguno de ellos. Aquí, igualmente podemos observar, por razones convencionales de exposición dos modalidades. Veamos:

3.4.3.1. El sistema que protege vía el Amparo todos los derechos fundamentales

Aquí tenemos el universo de los siguientes países: Venezuela, Costa Rica, Argentina, Uruguay, Perú, Guatemala, El Salvador, Bolivia, Honduras, Nicaragua, Brasil.

El caso de Venezuela, con su reciente Constitución de 1999, protege vía el Amparo todos los derechos fundamentales. Costa Rica, distingue entre el Hábeas Corpus y Amparo a través de la Ley de Jurisdicción Constitucional de 1989; Argentina, vía la Ley 16986 protege todos los derechos fundamentales sin excepción. Uruguay a través de la Ley 16011 de 1988, el Perú a través de la Ley 23506, Guatemala a través de la Constitución de 1985 distingue el hábeas corpus cuyo *nomen iuris* es la acción de exhibición personal y el Amparo.

Existe una Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad de 1986. El Salvador cuenta con la Ley de Procedimientos Constitucionales y allí se prevé los siguientes procesos: el de la inconstitucionalidad de las leyes; el Amparo, el de exhibición personal. Bolivia en su artículo 19 de la Constitución de 1967 regula el Amparo; Honduras en la Carta de 1982 vía el artículo 183 igualmente prevé la tutela de los diversos derechos fundamentales; Nicaragua, a través del artículo 45 de la Ley de Amparo de 1988. El caso de Brasil, la protección de los derechos fundamentales se expresa a través de los siguientes remedios procesales: el hábeas corpus para la libertad individual; el mandato de *segurança*, para la protección de los derechos líquidos y ciertos frente al abuso del poder, a su vez este mandato de *segurança* se expresa vía el individual y colectivo; el hábeas data tutela el acceso a la información y el mandato de *injunção*, frente a la omisión de normas reglamentadoras de derechos fundamentales.

3.4.3.2. El sistema que protege el Amparo sólo ciertos derechos fundamentales

Normalmente esto ocurre en el sistema europeo, como es de Alemania, España y en latinoamérica tenemos el caso excepcional de Chile y Colombia.

3.4.4. Motivos de la Protección del Amparo

Los motivos por los que una persona puede utilizar el proceso de Amparo son diversos y complejos en el derecho comparado; pero en todo caso, siempre que se trata de una hipótesis de acción u omisión lesiva de derechos constitucionales, y que se identifica como “acto lesivo”, “acto reclamado” o “agravio constitucional”. Ahora bien, estas acciones u omisiones pueden ser de particulares, de autoridades o funcionarios. Veamos un brochazo panorámico.

3.4.4.1. El amparo frente a particulares

- a) Sistemas que lo admiten en forma general.- Tenemos los casos de Argentina, Venezuela, Uruguay, Chile, Perú y Bolivia. Es decir, aquí procede interponer un amparo contra una persona particular y no necesariamente contra una autoridad estatal.
- b) Sistemas que lo admiten restrictivamente.- En este caso, se pueden plantear en forma excepcional, y aquí están los países de Costa Rica, Guatemala y Colombia. En rigor, la procedencia del amparo contra particulares ocurre siempre y cuando estos se encuentren cumpliendo actos de autoridad.
- c) Sistemas que excluyen el amparo frente a autoridades u omisiones de particulares.- Aquí se encuentran los regímenes de España, Alemania y Austria a nivel Europeo; y México, Brasil, Panamá, El Salvador y Nicaragua, a nivel latinoamericano.

3.4.4.2. El amparo frente a leyes

Aquí estamos ante un complejo problema que no es abordado de forma sistemática en América Latina; en primer lugar habrían dos modelos:

- a) Sistemas que lo admiten.- En este caso, los regímenes que lo admiten, distinguen dos tipos de leyes, las normas *auto aplicativas* y las normas *heteroaplicativas*. Las primeras son aquellas que no requieren de ninguna intermediación para que surta efectos instantáneos; son normas de eficacia directa; y en este supuesto, los países admiten el amparo directo contra leyes, y en este modelo

se encuentra Venezuela, México, en parte el Perú, Guatemala, Honduras y Costa Rica.

Igualmente se admiten contra leyes auto aplicativas en Alemania vía el recurso de amparo constitucional.

- b) Sistemas que lo prohíben.- Los países que lo proscriben son Argentina, Brasil, Uruguay, Colombia y España.

3.4.4.3. El amparo contra las sentencias

Este tópico es de por sí complejo y bien se podría quintaesenciar en tres grandes modelos:

- a) *Tesis negativa*.- Que prohíbe en amparo contra sentencias y en este modelo se ubican Argentina, Uruguay, Costa Rica, Panamá, El Salvador, Honduras y Nicaragua.
- b) *Tesis permisiva débil*.- Que plantea la posibilidad de residenciar amparos contra sentencias pero en forma excepcional y siempre y cuando se den determinados presupuestos. En este modelo se encuentran los casos de Perú, Venezuela, Guatemala, Honduras, Colombia; Brasil sólo lo permite sino existe algún recurso contra la sentencia.
- c) *Tesis permisiva fuerte*.- Aquí, es factible plantear acciones de amparo contra todo tipo de sentencias, y ello ocurre en México y España.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. En primer lugar, el proceso de amparo se encuentra normado en casi todo el repertorio constitucional latinoamericano; y a partir de su configuración constitucional se ve regulado luego en leyes ordinarias.
2. El amparo en América Latina, mantienen puntos comunes, como es por ejemplo para la tutela los derechos fundamentales de las personas; aún cuando dentro de ello, existen *sub-especies*, como aquellos países que tutelan sólo derechos constitucionales líquidos; y que no podrían ser extendidos para otros derechos de naturaleza innominada.

3. No existe una posición comparativa uniforme por el carácter o naturaleza de este proceso; es decir, en algunos países se le mantienen como un proceso de naturaleza optativa; y en otros residuales, el primero es paradigma Venezuela, en el otro, Argentina. Sin embargo, un análisis empírico de lo que ocurre en los países que mantienen la tesis optativa ha contribuido a desprestigiar al instituto, y ha permitido que se ordinarice el proceso de amparo; perdiendo la celeridad que debe subyacer en este tipo de procesos, que por regla y en esencia son de tutela de urgencia.
4. En el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional con sede en México realizado en el 2001, se arribó entre las conclusiones, a que debe existir un Código Procesal Constitucional tipo para América Latina; por lo pronto, Costa Rica, en parte y Argentina en Tucumán, ya se cuenta con un Código Procesal Constitucional y recientemente el Perú, a través de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional ha planteado, a través de su reciente Ministro de Justicia el ante proyecto de Código Procesal Constitucional que esperamos se llegue a legislar².
5. Como recomendaciones pues, se plantea, a través de esta brevísima información, la necesidad hoy impostergable, de tener ya en el Perú un futuro Código Procesal Constitucional que llegue a sistematizar todas las figuras de los procesos constitucionales.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BREWER-CARIAS, Allan R.: *El Amparo a los Derechos y Libertades Constitucionales (una aproximación comparativa)*, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.
- BURGOA, Ignacio: *El Juicio de Amparo*, Edit. Porrúa, México, 1998.
- ETO CRUZ, Gerardo: *Régimen Legal del Hábeas Corpus y Amparo*, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

2 Bolivia igualmente ha promulgado ya un Código Procesal Constitucional en el 2012 (Nota de marzo de 2013).

- FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, Edit. Porrúa, México, 1999.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Temis, Bogotá, 2002.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, Edit. Astrea, Vol. 3, Buenos Aires, 1995.

EN TRES ANÁLISIS: EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO. SU ITER LEGISLATIVO Y SUS PRINCIPIOS PROCESALES*

Sumario: I. Un hito en la historia legislativa de América Latina: el primer Código Procesal Constitucional del mundo. 1. ¿Por qué el primer Código Procesal Constitucional de Iberoamérica y del mundo? II. El iter legislativo del Código Procesal Constitucional. 1. La etapa de la iniciativa académica. 2. La etapa de la iniciativa legislativa multipartidaria. III. Los principios procesales que rigen a los procesos constitucionales. 1. El título preliminar del código. 1.1. Introducción. 2. Los principios procesales que regirán a los procesos constitucionales. 2.1. Principio de Dirección Judicial del Proceso. 2.1.1. Los deberes del Juez en el Código Procesal Constitucional. 2.1.2. La superación del Principio dispositivo al Principio inquisitivo. 2.1.3. El rol determinante del Juez en el Principio de Dirección Judicial. 2.1.4. El principio de dirección judicial a partir de la jurisprudencia del TC. 2.2. Principio de Gratuidad en la Actuación del Demandante. 2.2.1. Los perfiles de la Constitución de 1993. 2.2.2. El carácter tuitivo de la norma. 2.2.3. ¿Por qué el legislador no ha extendido la gratuidad a todas las partes? 2.2.4. La excepción al principio de la gratuidad: la condena de los costos y costas. 2.3. El

* Escrito con la colaboración de José F. Palomino Manchego. Publicado en *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. (Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde)*. José F. Palomino, Coordinador, 2 vol, Grijley; Lima, 2005. El ensayo ha sido actualizado en la parte pertinente a los principios procesales, a partir del capítulo específico de nuestra tesis doctoral *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo*, Gaceta Jurídica Edit., 2 Vol., Lima 2013 en prensa (Nota de enero de 2013).

Principio de Economía Procesal. 2.3.1. La posición del TC en torno al principio de economía procesal. 2.4. El Principio de Inmediación. 2.4.1. El principio de intermediación según la doctrina jurisprudencial del TC. 2.5. El Principio de Socialización del Proceso. 2.5.1. El principio de socialización del proceso a partir de la doctrina jurisprudencial del TC. 2.6. El Impulso Procesal de Oficio. 2.6.1. El principio de impulso de oficio a través de la jurisprudencia del TC. 2.7. La Adecuación de las Formalidades al logro de los Fines de los Procesos Constitucionales. 2.7.1. El principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales en la doctrina jurisprudencial del TC. 2.8. La Continuidad del Proceso Constitucional frente a la duda de su Conclusión. 2.8.1. El principio de favorecimiento del proceso o pro acción en la jurisprudencia del TC.

I

UN HITO EN LA HISTORIA LEGISLATIVA DE AMÉRICA LATINA: EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO

Con fecha 31 de mayo del 2004, y luego de un largo proceso en su *iter legislativo* que trasciende la sede parlamentaria, conforme veremos en el acápite segundo de este breve estudio, se aprueba la Ley 28237, Ley llamada a regular el Código Procesal Constitucional del Perú. El hecho resulta ser hoy todo un *hito* no sólo en el país, sino para toda Iberoamérica y, por qué no, del mundo, en tanto resulta ser el primer Código de esta manufactura que, alambicado desde los predios académicos, tuvo –vale resaltarlo– éxito en ser acogido por un grupo de parlamentarios, hacerlo suyo y transitar luego el camino de rigor, hasta convertirse en un conjunto sistemático y ordenado llamado a desarrollar hoy todos los procesos constitucionales que, a la fecha, están dispersos en una compleja maraña legislativa asistemática y discordante, creados en épocas distintas, bajo marcos constitucionales diversos y políticas legislativas contradictorias.

Se llega así, a un feliz puerto en el Perú y ello, por lo menos hoy en teoría, resulta ser de trascendental singularidad el que en toda Iberoamérica, el Perú exprese emblemáticamente ser el país

de avanzada en el desarrollo legislativo de lo que, desde la vieja y clásica polémica en torno a la defensa de la Constitución que sostuvieran en su momento Kelsen *vs.* Schmitt¹, se arriba a lo que, desde una perspectiva estrictamente jurídica, acabada y modélica, Héctor Fix-Zamudio consolida el desarrollo de una de las grandes partes que hoy integran a la “*Defensa de la Constitución*”² y que son precisamente las garantías constitucionales, hoy rigorizados en el flamante Código Procesal Constitucional con el *nomen iuris* más moderno de “procesos constitucionales”³.

1. ¿POR QUÉ EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE IBEROAMÉRICA Y DEL MUNDO?

Cabe en primer lugar, ubicar los marcos y linderos, así como el contexto en el que se formula la interrogante arriba enunciada. Y es que, en efecto, no se trata de afirmar una pretensión *chauvinista* ni académica, ni hay una pretensión vanidosa en esgrimir en la vitrina de las políticas legislativas comparadas, una joya legislativa, por cuanto el que se haya publicado en el Perú un Código Procesal Constitucional no va a garantizar, como querrían los románticos de la vieja “*concepción racionalista de la Constitución*” que por *hechizo taumatúrgico*, el país cambiaría hacia una inmediata consolidación de un real Estado Social y Constitucional de Derecho; ello no es así, y sin embargo, es obvio que el Código Procesal Constitucional peruano, pretende eso: “garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”. En realidad el tiempo, gran consejero de la vida, irá dándole lo que los Jueces, operadores intérpretes de la norma constitucional, imprimirán la andadura que corresponda.

1 HERRERA, Carlos Miguel: “La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución” en *Revista de Estudios Políticos*, N° 86 (Nueva Época), Madrid, 1994.

2 FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, 2^{da} Edición, UNAM, México, 1998, p. 165.

3 Para una precisión de esta expresión puede verse a DE OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo: *Proceso Constitucional*, Bello Horizonte, 1981; igualmente a: DA SILVA, José Afonso: “El Proceso Constitucional”, en *Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles. Libro en Reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos*, Víctor Bazán Coordinador, Ediar, Bs. As., 2003, pp. 754 y ss.

Si descorremos en perspectiva histórica la evolución de las *políticas legislativas*, podemos apreciar que, en lo que respecta al movimiento codificador, éste arranca en el Siglo XVIII bajo la inspiración de la Escuela del *Derecho Natural-Racionalista*⁴; subyace en toda codificación el criterio de unificar en un cuerpo orgánico y sistemático, una serie de instituciones jurídicas. En lo que respecta a América Latina, bien es cierto que todos los países cuentan con diversas legislaciones de naturaleza procesal constitucional⁵; empero, ellas se encuentran dispersas y regulan diversos procesos constitucionales y no están todas agrupadas en un *corpus iuris* como son los alcances y naturaleza de un Código.

También cabe deslindar que, si bien en la Provincia Federal de Tucumán, Argentina, ya contaba con anterioridad con un Código Procesal Constitucional⁶, éste tiene un alcance territorial restringido a dicha provincia federal; no rige para toda la República Argentina, pues si ello fuera así, no cabe duda que el hito histórico lo tendría este país porteño; de allí que el Código Procesal Constitucional de Tucumán, el mismo que cuenta con una extraordinaria sistemática de IV Títulos y 111 artículos es un Código *strictu sensu*, pero el ámbito de su aplicación y vigencia no es para toda la Argentina; en consecuencia, este país no cuenta con un Código aplicable para todo el Estado, como lo tendrá el Perú, a fines del presente año 2004. Sí en cambio, la Argentina, tiene con alcances *erga omnes*, la Ley de Amparo 16.986⁷.

En consecuencia, el Perú como Estado cuenta con un Código Procesal Constitucional que regirá la vida de toda la República; y ello no ocurre, reiteramos, en Argentina, pues sus alcances son discretos y

4 ALVAREZ GARDIOL, Ariel: *Introducción a la Teoría General del Derecho*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1975, pp. 175.

5 Uno de los primeros intentos que se aprecia en la década de los 60 sobre "las garantías constitucionales" en el *Seminario sobre Amparo, Hábeas Corpus y otros recursos similares*, Organizado por las Naciones Unidas en colaboración con el Gobierno de México. ONU New York, 1962, 112 pag.

6 Registrado bajo la Ley Nro. 6.944. Promulgada el 2 de mayo de 1999 y publicada el 8 de mayo de 1999. Su texto puede apreciarse en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Proceso y Constitución, N° 1, 2003, Edit. Porrúa, México, pp. 223-249.

7 Vid. Por todos SAGÜÉS, Nestor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*; 4ta. edición ampliada, Vol. III, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995.

EN TRES ANÁLISIS:
EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO

referentes sólo y exclusivamente a una provincia federal, en razón a su propia estructura territorial federal.

En lo que respecta a Costa Rica, esta República centroamericana cuenta, no con un Código, sino con una Ley Orgánica de Jurisdicción Constitucional⁸, no obstante ello, no desmerece reconocer que es todo un cuerpo unitario, regulador de las garantías constitucionales. Esta Ley Orgánica surge, como se recordará, como consecuencia de las reformas de los artículos 10 y 48 de la Constitución que en mayo de 1989 creó un órgano especializado en materia de jurisdicción constitucional, nos referimos a la Sala Constitucional, dentro de la órbita del Poder Judicial⁹. En esta Ley se subsume el desarrollo de la estructura y funciones de la Sala Constitucional, así como articula todos los mecanismos de la defensa de la Constitución de Costa Rica.

Para finalizar estos aspectos, en la República de El Salvador, existe igualmente el anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional, cuyo giro sigue la tendencia paulatina, pero imparable, con miras a unificar la desperdigada legislación procesal constitucional en un solo cuerpo orgánico¹⁰.

Bien, mirado así las cosas, no resulta sorprendente, ni mucho menos audaz, afirmar que estamos ante el primer código procesal de estirpe constitucional en Iberoamérica; y cabe resaltar que, en puridad, sería el primer código de esta naturaleza en el mundo, dado que en los países continentales europeos, se cuentan si bien

8 El 18 de octubre de 1989 se promulgó la Ley 7135 “Ley de Jurisdicción Constitucional”

9 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: “La Justicia Constitucional en Costa Rica”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, CEC, Madrid, 1997; del mismo autor “El Sistema Constitucional Costarricense”, en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Dykynson, Madrid, 1992; y “La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica”, en *Derecho Procesal Constitucional* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Coordinador, Vol. III, Edit. Porrúa, México, 2003, pp. 2777 y ss.

10 Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional de la República de El Salvador. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, Nro. 2, Julio-Diciembre, 2004, Edit. Porrúa, México, pp. 251-276. Nota de 2012: más recientemente, cabe apostillar aquí que Bolivia ha seguido los derroteros de la influencia del Perú y ha publicado este año un Código Procesal Constitucional (Ley de 5 de julio de 2012). Igualmente, se aprecia el influjo peruano de nuestro Código en la actual legislación de República Dominicana (Ley N.º 137-11, del 15 de junio de 2011), pero no como Código Procesal Constitucional.

con emblemáticas judicaturas concentradas en Tribunales o Cortes Constitucionales¹¹; su legislación gira bajo los marcos de una regulación vía leyes orgánicas de estos Tribunales Constitucionales¹²: así como de legislación específica sobre la jurisdicción constitucional; incluso algunas editoras y autores consignan a la heterodoxa legislación dispersa, una concordancia sistemática, y publican dicha legislación, como *códigos*, conforme se aprecia en ediciones italianas¹³, o como es el caso de México, a través de la extraordinaria edición de Eduardo Ferrer Mac-Gregor¹⁴. Pero, en realidad, ubicado desde la pujante presencia de los países de la Ex Europa del Este¹⁵, se vienen realizando progresivos esfuerzos, dentro de la consolidación de lo que viene atalayando el profesor Peter Häberle, con la consolidación de los "*Estados Constitucionales Comunes*"¹⁶ de Europa, y en el que se extiende para Latinoamérica y la entrada de los países como Polonia, Hungría, Croacia, Rumania, Bulgaria, Eslovenia, Albania, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Macedonia, República Checa, lo que resta de Yugoslavia-Federación, de Serbia y Montenegro, República Federativa Rusa, Moldavia, Bosnia-Herzegovina, Letonia, República de Ucrania; todos estos países, más algunos excepcionales como de la Corte Constitucional de Sudáfrica, o los altos Tribunales Constitucionales en Madagascar y Egipto o, como el Tribunal Constitucional surcoreano¹⁷; no hacen más que seguir confirmando el desarrollo pletórico del *realismo jurídico* que supone la presencia de viejos y pujantes países con una jurisdicción constitucional bien *concentrada*, o

11 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, Edit. Tecnos, Madrid, 2002.

12 Vid. BLE: *Boletín de Legislación Extranjera* (La Jurisdicción Constitucional en la Unión Europea) pp. 155-156, septiembre-octubre 1994. Cortes Generales, Madrid, Secretaría Genereal del Congreso de los Diputados.

13 Mario CHIAVARIO – Andrea GIORGIS: *Codice della giustizia costituzionale*, seconda edizione, Giuffrè editore, Milano, 2000.

14 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Compendio de Derecho Procesal Constitucional: legislación, prontuario y bibliografía*, Edit. Porrúa, México, 2003.

15 COMPLAK, Krystian: *La Jurisdicción Constitucional en la Ex Europa del Este*; Trabajo inédito por publicarse en México.

16 HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*. Estudio introductorio de Diego Valadés, Introducción e índices de Héctor Fix-Fierro, UNAM, PUCP, Lima, 2003.

17 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica. Prólogo de Héctor Fix-Zamudio*; edit. FUNDAP, México, 2002, pp. 62-63.

EN TRES ANÁLISIS:
EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO

bajo el modelo *americano-difuso*; pero, independientemente de estos modelos de jurisdicción constitucional, existen expresas *políticas legislativas* vía el desarrollo de las garantías o procesos constitucionales que vienen progresivamente consolidándose. No empee, reiteramos, en ninguno de los países europeos ni latinoamericanos, fuera de los precedentes parciales de Tucumán y Costa Rica, el Perú, al menos formalmente, ostenta un verdadero hito histórico como es el de haber desarrollado un flamante Código Procesal de esta naturaleza; y que es pionero en el mundo iberoamericano y, por extensión, del mundo occidental.

Es de esperarse, que la tendencia sea, a partir de este Siglo XXI, la de ir desarrollando sendas legislaciones que uniformicen todos los procesos constitucionales en un solo cuerpo unitario¹⁸. Y en esta perspectiva tenía razón el jurista Eduardo García Maynes, “La tendencia, siempre creciente, hacia la codificación del derecho es una exigencia de la seguridad jurídica”¹⁹. En tal perspectiva, el Código Procesal Constitucional Peruano, marca una pica *en flandes* y sin complejos, ni chauvinismo académico repetimos, superada la *vacatio legis* de rigor que ha impuesto el propio legislador, habrá de esperar que éste instrumento moderno, con todas las imperfecciones que humanamente puedan tener, empiece la etapa de su aplicación a través de una creativa jurisprudencia que sintone con el *desideratum* de consolidar un Estado que afirme una plenitud en la vigencia fáctica de los Derechos Humanos, aspiración que en los últimos tiempos le agobiaría en el esfuerzo académico al reciente desaparecido maestro Germán Bidart Campos²⁰.

18 SAGÜÉS, Néstor Pedro: “La Codificación del Derecho Procesal Constitucional” y “Los Desafíos del Derecho Procesal Constitucional”; así como TAJADURA TEJADA, Javier: “Retos y Desafíos del Derecho Procesal Constitucional en el Umbral del Tercer Milenio: Reflexiones desde la Perspectiva Europea”, todos en *Derecho Procesal Constitucional*, coordinador Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Edit. Porrúa, México, Vol. I, 2003, pp. 499 y ss.; 507 y ss., y 521 y ss.

19 GARCÍA MAYNES, Eduardo: *Introducción al Estudio del Derecho*; Edit. Porrúa, México, 1973.

20 AA.VV: *German J. Bidart Campos (1927-2004) (Testimonios y Homenajes)*. Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Edit. Grijley, Lima, 2004.

II

EL ITER LEGISLATIVO DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Si ya se ha sostenido que este cuerpo unitario se promulgó el 31 de mayo del 2004, resulta de vital importancia para quienes habrán de utilizar esta herramienta como una espada de la defensa de la Constitución, saber todos los entresijos de su desarrollo y posterior promulgación del Código. Prácticamente, habría existido dos grandes momentos o etapas en la gestación y posterior promulgación del Código Procesal Constitucional.

1. LA ETAPA DE LA INICIATIVA ACADÉMICA

Los antecedentes del Código se remontan a una década atrás. En efecto, la iniciativa, *sensu strictu*, no salió de los predios del propio Congreso; sino que fue una Comisión que por propia iniciativa se “autoconvocaron” en 1994 y que luego fue instalado en 1995.

Esta comisión, oficialmente reconocen que la idea original nació de Juan Monroy Gálvez²¹ y que a ella se sumaron Domingo García Belaunde, Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordoñez, Samuel Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia. Hay que reconocer que la iniciativa, si bien fue de estos profesores, en puridad, fue una comisión no sólo de académicos, sino que todos, a la vez, son prominentes abogados con estudios jurídicos abiertos. No obstante, según se aprecia, esta iniciativa, a la postre, duró muchos años y lo reconocen sus propios integrantes:

“Nadie pensaba en aquel entonces que se tomase tanto tiempo, en un texto que al parecer no tenía futuro alguno, viviendo como se vivía, en medio de la autocracia fujimorista²²”.

21 AA.VV: *Código Procesal Constitucional, Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*; Edit. Palestra, Lima, 2004, p.12.

22 AA.VV: *Código Procesal Constitucional, Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, op. cit. p.12.

EN TRES ANÁLISIS:
EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO

De acuerdo a las versiones actuales y que de por sí se explica esta comisión, al elaborar el Anteproyecto del Código Procesal Constitucional, tenían los siguientes objetivos:

- a) Sistematizar una legislación que ya para esa época estaba dispersa, y lo siguió estando por varios años; y
- b) Actualizar la terminología, los conceptos y el enfoque, no sólo teniendo en cuenta los avances de la moderna doctrina, sino sobre todo, la experiencia jurisprudencial de los últimos veinte años”²³.

La estructura y dinámica de esta comisión fue muy sencilla; se estableció un plan previamente coordinado entre ellos; y luego “se dividieron los temas y se los repartieron para que cada uno los desarrollase y luego fueron objeto de discusión en conjunto”²⁴.

Con todo, este Anteproyecto, en sus grandes lineamientos, estuvo listo en 1996. Sin embargo, el original entusiasmo fue ciertamente eclipsado por el clima autoritario e intemperante del régimen de Fujimori, sumado a una indiferencia; y luego, habría de venir el periodo de la transición política, lo que supuso que estuviera en invernadero por otros años.

El Anteproyecto, circuló en copias a una gran cantidad de abogados, Jueces, Fiscales y a un grueso de profesores integrantes de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, así como a entidades representativas que hicieron desde sus perspectivas, aportes que la Comisión iba incorporando. En mérito a ello, el Anteproyecto seguía depurándose y mejorando; con una versión notablemente corregida y ampliada se publica en Octubre del 2003 bajo el sugestivo título de: “*Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y Legislación Vigente*” por la casa editora Palestra²⁵. Igualmente y a nivel extranjero, dicho Anteproyecto también se divulga en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* que circuló en Sevilla en diciembre del 2003²⁶.

23 Idem ibid., p.19.

24 Loc. cit., p.20.

25 AA.VV: *Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y Legislación Vigente*, Edit. Palestra, Lima, 2003.

26 *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Edit. Porrúa, Nro. 1, diciembre de 2003, Mé-

Hasta allí, al menos, tenemos la versión definitiva del Anteproyecto, cuyas fuentes de divulgación fueron tanto por la editorial Palestra, como por la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional que se viene publicando desde México y que a la fecha tiene ya dos números y a fines del presente año se editará el tercer número²⁷.

2. LA ETAPA DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA MULTIPARTIDARIA

A raíz de la publicación del Anteproyecto, éste no pasó desapercibido por un grupo de parlamentarios que acogieron e hicieron suyo el Anteproyecto elaborado por la comisión de juristas; y fue así como dicho Anteproyecto se presenta al Congreso. A partir de este año, que corresponde a fines del 2003, en diciembre, empieza técnicamente el *iter legislativo* formal en sede parlamentaria. En efecto, cuando pasa a las respectivas comisiones del Congreso (Justicia y Derechos Humanos, y Comisión y Reglamento), el Anteproyecto mantuvo casi el 90% de su versión original; el otro porcentaje, ciertamente fue cosecha o creación parlamentaria, lo cual, habrá en su momento que evaluar si lo que se cambió, suprimió o amplió fue o es positivo frente a la versión original.

La iniciativa del grupo parlamentario multipartidario estaba integrada por los siguientes congresistas de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos: Alcides Chamorro Balvín, Walter Alejos Calderón, Carlos Almerí Veramendi, Natalie Amprimo Plá, Judith De La Mata Fernández, Jorge Del Castillo Gálvez, José Delgado Núñez Del Arco, Carlos Ferrero Costa, Antero Flores-Aráoz Esparza, Yonhy Lescano Ancieta, Michel Martínez González, Gerardo Saavedra Mesones Cruz, Eduardo Salhuana Cavides y Luis Santa María Calderón.

En sede parlamentaria, la iniciativa fue presentada el 15 de diciembre del 2003 a través del Proyecto de Ley 09371. Ya en el seno del Congreso, se presentaron los dictámenes favorables; aun cuando la Comisión de Justicia y Derechos Humanos propuso diversos cambios

xico, pp. 251-282.

27 *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Edit. Porrúa, N° 2, julio-diciembre de 2004.

al Anteproyecto que, a la larga, no fueron acogidos por el pleno. Igualmente el Congreso solicitó la opinión del Tribunal Constitucional, siendo también positiva la opinión de este Colegiado Constitucional y propuso específicos cambios que fueron tenidos en cuenta.

Fue así como el 6 de mayo del 2004 era aprobado el Proyecto por 72 votos a favor, ninguno en contra y una abstención. El 28 del mismo mes se promulga por el Ejecutivo y el 31 de mayo sale publicado en El Peruano el novísimo Código Procesal Constitucional²⁸.

III

LOS PRINCIPIOS PROCESALES QUE RIGEN A LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

1. EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO:

1.1. Introducción

Si bien los títulos preliminares forman parte ya de la técnica legislativa²⁹ de algunos códigos que cuenta ya el Perú, como lo fueron el antiguo Código Civil de 1936, el actual de 1984, el Código Procesal Civil de 1993, El Código Penal de 1991; el Código Procesal Penal del 2004, el Código Tributario, El Código de Niños y Adolescentes, entre otros, bien sabemos que el Título Preliminar constituye una porción normativa que ostenta un lugar privilegiado dentro de todo el territorio normativo de un código³⁰. Y es que

28 En lo que va desde la publicación oficial desde el 31 de mayo toda la prensa escrita dio cuenta de esta normatividad; y luego han empezado a publicarse diversos artículos periodísticos y progresivamente en revistas especializadas algunas apreciaciones teóricas en torno al Anteproyecto, puede verse en: CASTAÑEDA OTSU, Susana: *Derecho Procesal Constitucional*; 2 Vols., Edit. El Jurista, Lima, 2004. Igualmente el trabajo de ESPINOSA-SALDAÑA BARREIRA, Eloy: *Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derecho del Administrado*, Edit. Palestra, Lima, 2004.

29 RUBIO CORREA, Marcial: *Para Leer el Código Civil. Título Preliminar*; Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Edit., Lima, 1986, pp. 19 y ss.

30 Anota Ignacio de Otto que la regulación del Título Preliminar en el Código Civil "ha sido calificado en ocasiones en derecho constitucional material"

se nos presenta como un *pórtico hermenéutico* que ordena y sistematiza a toda la legislación que allí se codifica. En los títulos preliminares se presentan de forma maciza una serie de normas que no son simples declaraciones o entelequias estéticas; sino, antes bien, se nos presenta como un conjunto de *principios generales* que juegan un rol para una interpretación *intrasistemática* (dentro del propio código) y el rol *extrasistemático* (fuera del código). Lo propio se podría afirmar también que, del contenido del Título Preliminar, en este caso del Código Procesal Constitucional, éste sólo debe estar referido únicamente al propio código que cartabona o precede; sino que, rediseña notablemente una serie de principios que la magistratura ordinaria y la del Tribunal Constitucional, habrá de tener presente, pues deberán armonizar eventuales antinomias³¹ que puedan presentarse.

Otro aspecto importante que cumple o cumpliría el Título Preliminar del Código será el lugar ciertamente privilegiado que ella prescribe, dentro de las fuentes en el sistema de jurisdicción constitucional³², pues el que allí se regule, bajo la mansedumbre lacónica de lo allí normado, como los alcances mismos, los fines de los procesos, los principios, la magistratura competente, la interpretación tanto de los Derechos Humanos como de la Constitución; entre otros aspectos, no son más que las pautas hermenéuticas en torno al universo del ordenamiento constitucional peruano.

y anota luego “el que la disciplina de las fuentes se haya contenido tradicionalmente en el Código Civil, podrá conferir a las siguientes normas un especial prestigio en la doctrina, pero no incrementa en absoluto su valor por encima del que tienen las demás normas legales, siempre subordinadas a la Constitución”. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Edit. Ariel, Barcelona, 1999, pp. 85 y ss.

31 CELOTTO, Alfonso: *Teoría General del Ordenamiento Jurídico y la Solución de las Antinomias*, Edit. FUNDAP, México, 2003.

32 Sobre el tema de las fuentes Vid. DE OTTO, Ignacio: op. cit., pp. 82-87; y a PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo: *Las Fuentes en el Derecho Comparado*, Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde y Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego, Edit. Grijley, Lima, 2003, pp. 119 y ss.

2. LOS PRINCIPIOS PROCESALES QUE REGIRÁN A LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

El Art. III del T.P del Código recoge y enuncia una serie de principios que deben rodear al desarrollo de los diversos procesos constitucionales. Veamos cada uno de estos principios.

2.1. Principio de dirección judicial del proceso

Si bien es cierto que la norma recoge este principio como el primero que va a regir al amparo -y a los demás procesos constitucionales-, no menos cierto es que éste reconoce como antecedente, en la legislación procesal ordinaria, al Art. II del T.P del Código Procesal Civil, que prescribe: “*la dirección del proceso está a cargo del Juez*”. Se trata, por tanto, de un principio que se configura no como una potestad, sino como un deber, no por cierto de carácter funcional sino de naturaleza procesal. Veamos una aproximación de este particular principio.

2.1.1 Los deberes del Juez en el Código Procesal Constitucional

Un análisis sistemático de las complejas formas y variantes de “*deberes*” que el Juez ostenta en forma ineludible en el proceso de amparo, están ubicados a lo largo de casi todo el Código. Aquí, simplemente enunciamos un muestreo de cómo el principio de dirección judicial expresado, en este caso, a nivel de “*deberes*” que el operador intérprete de la norma constitucional tiene, bien sea del Juez ordinario, como del Tribunal Constitucional, opera en el seno del proceso de amparo:

- a) Deber de impulsar de oficio los procesos (Art. III del T.P.).
- b) Deber de adecuar la exigencia de las formalidades a los fines del proceso (Art. II del T.P.).
- c) Deber de interpretar el contenido y alcances de los derechos constitucionales en conformidad con los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos (Art. VI del T.P.).
- d) Deber de preferir la norma constitucional antes que la legal (Art. VI del T.P.).

- e) Deber de interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional (Art. VI del T.P.).
- f) Deber de aplicar el derecho que corresponde al proceso (Art. VIII del T.P.).
- g) Deber del Juez de declarar fundada la demanda aunque haya ocurrido la sustracción de la materia (Arts. 1, 5 Inc. 5, 8).
- h) Deber del Juez de remitir la *notitia criminis* al Fiscal en los procesos constitucionales fundados donde se haya cometido delito (Art. 8).
- i) Deber de los Jueces Superiores de integrar las sentencias que omitan algo (Art. 11).
- j) Deber de los Jueces de tramitar con carácter preferencial los procesos constitucionales (Art. 13).
- k) Deber del Juez de exigir apariencia de buen derecho *-bonus fides iuris-* y peligro en la demora *-periculum in mora-* para la expedición estimativa de una medida cautelar (Art. 14)
- l) Deber del Juez de expedir sentencia cumpliendo los requisitos que la misma debe contener (Art. 17).

Y así de la simple lectura del Código se puede apreciar diversas situaciones en las que al Juez se le impone deberes u obligaciones que debe asumir, dentro de los marcos del principio de dirección judicial del proceso.

2.1.2. La superación del principio dispositivo y la instauración del principio inquisitivo

Dentro de los principios fundamentales que rigen el procedimiento se encuentran dos principios en sí excluyentes y contrapuestos; por un lado el llamado *principio dispositivo* y por otro el *inquisitivo*.

El legislador, siguiendo la tendencia moderna, ha impetrado dentro del principio de la dirección judicial, un principio que convierte hoy en día al Juez, en una autoridad y no en un simple *convidado de piedra*: el principio inquisitivo que, contrariamente al principio dispo-

sitivo, donde el Juez asumía una actitud o rol pasivo, le da al *judice* un rol preponderante en el proceso. Respecto al principio dispositivo Devis Echeandía, ha explicado que éste posee dos significados básicos: a) Por un lado, significa que corresponde a las partes iniciar el proceso con la postulación de demanda; y b) que corresponde igualmente a las partes solicitar las pruebas sin que el Juez pueda ordenarlas de oficio³³.

En tal situación, se desprende que en virtud del *principio dispositivo* le corresponde a las partes en conflicto la dinámica general del proceso y el Juez apenas asume un rol pasivo de la misma. En cambio, en el *principio inquisitivo*, se le faculta al Juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente los medios que ellas lleven o le pidan; y por otro aspecto le faculta para continuar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales³⁴.

Se podrá apreciar aquí que el primer principio contenido en el Art. III del T.P., la dirección judicial del proceso, es un principio emblemático del principio inquisitivo.

2.1.3. El rol determinante del Juez en el principio de dirección judicial

Bajo este principio, como ya se podrá apreciar, el Juez asume un rol determinante en el proceso constitucional de amparo, y no se limita a observar la actividad procesal de las partes, sino que va a ser quien la encamine hacia el resultado del proceso e, inclusive, promueva (a través de los mandatos judiciales correspondientes) los actos procesales necesarios a fin de impulsar el proceso, esclarecer los hechos, formarse convicción de los mismos y resolver en consecuencia, dándole así solución al conflicto de intereses de naturaleza constitucional que fuera puesto en su conocimiento³⁵.

No se puede concebir, por ejemplo, que si determinadas personas legitimadas procesalmente para interponer un proceso de in-

33 DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. T. I, Editorial Universidad, Buenos Aires; 1984, pp. 28.

34 DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. op. cit., pp. 29.

35 HINOSTROZA MINGUES, Alberto. *Comentarios. Código Procesal Civil*. T. I., Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 28-29.

constitucionalidad, una vez que postulan la pretensión a fin de que se declare inconstitucional una Ley determinada; luego, cuando la parte demandada sale a juicio, los actores de la demanda de inconstitucionalidad se “*desistan*”; aquí el Juez no debe estar sujeto al capricho y arbitrariedad de las partes; sino que, por el contrario, debe aplicar lo que establece el cuarto párrafo del Art. III del T.P. del Código: “Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación”.

La prueba de oficio, por ejemplo, puede resultar del impulso y la dinámica que el juez le imprima; lo que, por lo general, no ocurre en los procesos ordinarios. Así, este tipo de prueba está recogido en el artículo 9 del C.P.Const., que ha delegado en el juez la potestad de disponer de oficio la realización de alguna actuación probatoria que considere indispensable para la resolución de la controversia constitucional, aun cuando como el mismo código dispone, en este proceso constitucional no existe etapa probatoria.

En consecuencia, por este principio de dirección judicial, el Juez es pues el conductor del proceso y, por ende, no sólo tiene el deber de hacer cumplir las normas que lo regulan, sino también la obligación procesal de impulsar su desarrollo, siendo responsable de cualquier demora por su dilación³⁶.

Visto así las cosas, y de acuerdo a la configuración de la naturaleza jurídica de los procesos constitucionales, dichos procesos no constituyen instrumentos pertenecientes sólo y exclusivamente a las partes; sino que, en rigor, dichos procesos son un *instrumento público* y la norma procesal deposita en el Juez la gran responsabilidad de llevar a buen puerto todo proceso constitucional y no estar simplemente supeditado, como el antiguo ritualismo procesal del principio dispositivo, a lo que las partes en conflicto actúen dentro del proceso.

36 CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso*. Vol. I, Grijley, Lima, 2000, pp. 48-49.

2.1.4 El principio de dirección judicial a partir de la doctrina jurisprudencial del TC

El Tribunal Constitucional ha venido desde los inicios de vigencia del Código Procesal Constitucional señalando que este principio constituye ciertamente una “facultad que permite al juez verificar la efectiva y pronta satisfacción del derecho alegado”³⁷.

Más específicamente el TC ha precisado que el mencionado principio “delega en la figura del juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta”³⁸. En tal sentido, ha enfatizado el TC, “corresponde al juez constitucional detectar y desvirtuar aquella conducta procesal que, intencionalmente o no, pretenda convertir al proceso en un ritualismo de formas, antes que en un eficiente cauce para la protección de los derechos fundamentales y el respeto de la supremacía normativa de la Constitución”³⁹.

En otros aspectos, el TC ha vinculado este principio con diversos contenidos innovadores que fecundan la dirección judicial, tal como el *principio de congruencia judicial*. En efecto, partiendo de que el derecho de acceso a la justicia importa no sólo la posibilidad de acceder a un órgano jurisdiccional, sino también que éste resuelva acorde con las pretensiones ante él formuladas (principio de congruencia), el TC ha sentado la postura de que el principio de la dirección judicial permite y obliga al juez constitucional a que, en caso la pretensión esté planteada de manera incorrecta, o la norma de derecho aplicable haya sido invocada erróneamente, reconozca el trasfondo o núcleo de lo solicitado y se pronuncie respecto de él⁴⁰. En consecuencia, tanto en la primera hipótesis (suplencia de queja), como en el *iuri novit curia*, como veremos luego, se manifiesta la dirección judicial del proceso.

En efecto, el TC ha vinculado el principio en cuestión con el principio *iura novit curia*, precisando que si un justiciable interpone un proceso de hábeas corpus esgrimiendo vulneración del derecho de defensa y debido proceso, le corresponde al TC en aplicación de estos

37 STC 2876-2005-PHC/TC, FJ 23.

38 STC 2876-2005-PHC/TC, FJ 23.

39 STC 0048-2004-PI/TC, FJ 4.

40 STC 2302-2003-AA/TC, FJ 30.

dos principios adecuar la demanda y reencausar la causa hacia la vía procesal del amparo, por ser la vía adecuada para la dilucidación de una controversia constitucional basada en los referidos derechos⁴¹.

Por otro lado, el TC ha redimensionado este principio en el marco de los procesos constitucionales, habida cuenta que dicho principio se ubica también en los *procesos ordinarios*, por lo que cabe preguntarse si su contenido sería sustancialmente el mismo en todo tipo de proceso. En el caso de los procesos constitucionales como el amparo, el TC ha afirmado que este principio tiene una dimensión distinta al que se le asigna en el marco de los procesos ordinarios. En efecto, a diferencia de los procesos ordinarios en que este principio está orientado esencialmente a la pacificación de intereses de contenido y alcance subjetivo, en los procesos constitucionales este principio concreta la aspiración de vigencia de los *valores, principios y derechos* que la Constitución encarna. Es decir, el principio de dirección judicial en los procesos constitucionales obliga al juez a abandonar el papel de “*órgano neutro*” de decisión que debe guardar en el conflicto entre dos particulares, asumiendo, en cambio, la labor de principal promotor del logro de los fines de los procesos constitucionales, por lo que su actuación en la resolución de una controversia de carácter constitucional se vuelve indispensable⁴².

2.2. Principio de gratuidad en la actuación del demandante

A diferencia de lo que prescribe el Art. VIII del T.P del Código Procesal Civil que establece el principio de gratuidad en el acceso a la justicia, “*El acceso al servicio de la justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas establecidas en este Código y disposiciones admi-*

41 STC 7873-2006-PC/TC, FJ 2-9.

42 STC 0005-2005-CC/TC, FJ 4-7. En esta perspectiva, el principio de dirección judicial del proceso puede vincularse con el principio sustantivo de “promoción de los derechos fundamentales”, que, como anota Sagüés, es un principio esencial en la interpretación de los derechos fundamentales. Vid. SAGÜÉS, Néstor Pedro: “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell (Coordinadores), Grijley, Lima, 2002, pp. 33-52, especialmente p. 38; vid. igualmente CARPIO MARCOS, Edgar: *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, p. 44.

nistrativas del Poder Judicial" (Texto según el Art. 2 de la Ley 26846 del 27-07-97), el Código Procesal Constitucional dispensa este principio a una de las partes: el demandante.

2.2.1. Los perfiles de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece en el Art. 139 inciso 16: "*Son principios y derechos de la función jurisdiccional... 16.- El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos económicos y para todos, en los casos que la Ley señale*".

La fórmula constitucional habilita al legislador a que, además de las personas que no cuentan con recursos económicos para costear un proceso judicial, y dentro de determinadas políticas discrecionales, pueda conferir a las personas presuntamente más débiles un *status* preferencial en el acceso a la justicia; por lo que la norma constitucional igualmente permite, más allá de lo crematístico, la gratuidad, "en los casos que la Ley señala". Y, precisamente, el Código ha establecido en la norma la "gratuidad en la actuación del demandante".

El TC, por su parte, ha desarrollado este principio de gratuidad en la impartición de justicia, desglosándolo en dos *contenidos esenciales* como son: la gratuidad para las personas de escasos recursos y la gratuidad para todos en los casos que señala la ley. Aunque el TC no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el principio de gratuidad en los procesos constitucionales, la gratuidad señalada en el Código Procesal Constitucional se ubica indudablemente en el segundo de los supuestos antes señalados, es decir como una gratuidad de alcances generales predeterminada legislativamente; ello, sin duda en atención a la trascendente entidad de los bienes jurídicos protegidos por los procesos constitucionales, y en tanto, los derechos fundamentales no sólo interesan al interés subjetivo de quien busca su defensa, sino también al orden público constitucional. Veamos cómo ha interpretado el TC el contenido esencial del derecho a la gratuidad en la administración de justicia:

"5. El inciso 16 del artículo 139° de la Constitución establece que uno de los principios que informa el ejercicio de la función jurisdiccional es "El principio de la gratuidad de la administración

de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala”.

Dicho precepto constitucional, en lo que al caso importa resaltar, contiene dos disposiciones diferentes: Por un lado, garantiza “El principio de la gratuidad de la administración de justicia... para las personas de escasos recursos”; y, por otro, consagra “... la gratuidad de la administración de justicia... para todos, en los casos que la ley señala”.

6. La primera disposición comporta una concretización del principio de igualdad en el ámbito de la administración de justicia. Según éste, no se garantiza a todos los justiciables la gratuidad en la administración de justicia, sino sólo a aquellos que tengan escasos recursos [económicos].

Como en diversas oportunidades ha advertido este Tribunal, el principio de igualdad, que subyace en los términos de la gratuidad en la administración de justicia aquí analizada, no obliga a tratar igual a todos siempre y en todos los casos, sino a tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Dicho principio contiene, –también se ha sostenido–, un mandato constitucional que exige la remoción de los obstáculos que impidan el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

En el ámbito judicial ese mandato se traduce en asegurar, a las personas de escasos recursos, el acceso, el planteamiento y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito.

La gratuidad en la administración de justicia, en los términos constitucionalmente establecidos, ha sido desarrollada por el artículo 24° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley N.° 26846, según el cual, se encuentran exonerados del pago de las tasas judiciales, entre otros, los litigantes a los cuales se les ha concedido auxilio judicial, institución que, por otro lado, está regulada por el artículo 173° y siguientes del Código Procesal Civil”⁴³.

43 STC 1607-2002-AA/TC, FJ 5-6.

2.2.2. El carácter tuitivo de la norma

Subyace en este principio, un carácter tuitivo del justiciable que es el que presumiblemente sufre un agravio constitucional. Consagrar la gratuidad en la actuación del demandante significa, en el fondo afirmar el derecho a la *Tutela Judicial Efectiva*; y recordemos que ella, entre otros aspectos importa “no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los Tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a la obtención de una tutela efectiva de aquellos Tribunales sin que pueda producirse indefensión”⁴⁴.

2.2.3. ¿Por qué el legislador no ha extendido la gratuidad a todas las partes?

Si bien se ha podido apreciar, en la propia Constitución, entre los principios y derechos de la función jurisdiccional, está el principio de la gratuidad de la administración de justicia, cabría preguntarse legítimamente si la posición del Código Procesal Constitucional al sólo otorgar el beneficio de gratuidad al *actor-justiciable*, no se encontraría en franca oposición a la *lex legum*. En rigor, estimamos que no, pues el propio texto de la Constitución, como ya se ha advertido, habilita una amplia potestad discrecional al legislador de beneficiar gratuitamente en los casos que estime conveniente.

El Código no ha extendido el beneficio de la gratuidad a los sujetos emplazados en la relación procesal; esto es, a los presuntos agresores, por lo que su participación supone el pago de tasas judiciales y demás gastos judiciales realizados en el proceso. En el fondo, nos encontramos pues ante una *discriminación positiva*, pues entre quien es actor en un proceso constitucional y, en particular, de los procesos que vertebran lo que Mauro Cappelletti denominó la “*jurisdicción constitucional de la libertad*”, y quien es emplazado en este mismo proceso, la diferencia que se presenta en un sentido valorativo es grande, pues se trata, en el primer caso, de personas que están siendo afectados en complejos y heterodoxos derechos de estirpe constitucional, mientras que en el caso de la contraparte, por lo general, se trata de autoridades

44 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 226.

y funcionarios estatales o entes corporativos de gran poder económico que no poseen dificultades grandes para ejercer su derecho a la defensa o contradictorio. En esta perspectiva es que se manifiesta esta suerte de discriminación positiva, la cual procura, en términos razonables, igualar a los desiguales⁴⁵.

2.2.4 La excepción al principio de la gratuidad: La condena de los costos y costas

El último párrafo del Art. III del T.P establece que: *“La gratuidad prevista de este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena de costos y costas conforme a lo previsto por el presente Código”*.

Nadie pone en duda que toda actividad procesal es de por sí onerosa, aún tratándose de procesos de naturaleza constitucional, pues genera diversos egresos de todo tipo: gastos para las partes, para quienes supone desembolsos económicos, pues han de sufragar su propia actividad y la de las personas que, eventualmente, postulan en su nombre. Todos estos gastos, en términos generales, suponen uno de los principales problemas con que se enfrenta hoy el proceso constitucional que, aunque el propio código declare expresamente que todos los procesos constitucionales, sin excepción, son gratuitos, en los hechos tienen un costo económico que van desde el pago de los honorarios profesionales, a otros costos de diversa índole.

45 En igual sentido, expresa Espinoza Cevallos que “en materia de Derecho Procesal Civil, por su carácter privatista, los desembolsos por pago de aranceles judiciales se constituyen en regla, exceptuándose en el caso de la solicitud y concesión del auxilio judicial, previsto a partir del artículo 179 del Código Procesal Civil vigente. Figura anteriormente establecida en el Código de Procedimientos Civiles como el beneficio de la pobreza, aplicable a los casos en los que la persona por cubrir los gastos pueda poner en peligro su existencia o se encuentra en una situación de indigencia por sus escasos ingresos, resultándole imposible acceder al sistema. Sin embargo debemos resaltar que en materia procesal constitucional la igual que en materia laboral se ha previsto la gratuidad por parte del demandante, debido a la naturaleza social de los derechos protegidos”. (Cfr. “Los principios procesales específicos del Código Procesal Constitucional (Art. III del T.P.)”, en *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. T. I. José F. Palomino Manchego (Coordinador). 2ª edición, Universidad Inca Garcilaso de la Vega – Grijley, Lima, 2007, pp. 375-398, específicamente p. 380.

EN TRES ANÁLISIS:
EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO

La rentabilidad de un proceso constitucional, como de los demás procesos es el baremo que se tiene en cuenta. En general, se habla de costos y costas del proceso. Al menos así lo regula el Código Procesal Civil; todo esto es en estricto, gastos procesales y que significan todos aquellos desembolsos de tipo económico que hay que efectuar en relación con un proceso. Estos gastos son de la más variada naturaleza. En realidad, unos vienen determinados por gestiones extraprocesales; como son por ejemplo el agotamiento de las vías previas; otros por coste de copias certificadas y documentos que hay que presentar en el proceso, viajes. Existe otro rubro de gastos que se realizan ya una vez iniciado el proceso, pero al margen de las actuaciones procesales: conferencias con otros letrados, consultas, etc.; además de los gastos realizados con ocasión del propio proceso. A estos últimos se les reserva el nombre específico de *costas procesales*. Conceptualmente el Código Procesal Civil en su Art. 410 precisa que: *“Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales en el proceso”*. Y los costos indica el Art. 411 del citado código adjetivo: *“son costos del proceso el honorario del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su fondo mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de auxilio judicial”*.

Ahora bien, la norma indica la condena de costos y costas, lo cual significa que no todo ese conjunto genérico de gastos procesales van a llegar a ser recuperados por la parte interesada o vencedora; sino tan sólo las partidas que en el texto de la norma se integran dentro del concepto estricto de costas y costos procesales; y es obvio, siempre que el fallo definitivo resuelva la condena de costas y costos a la parte contraria⁴⁶.

Finalmente, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 56 del C.P.Const., la norma opera tanto para el pago de costas y costos de quien entabla un proceso, así como de quien lo sufre en calidad de emplazado; con excepción del Estado que, de acuerdo a lo prescrito por el segundo párrafo de la misma norma, sólo puede ser condenado al pago de costos.

46 RAMOS MÉNDEZ, Francisco. op. cit., pp. 685-686.

2.3. El Principio de economía procesal

Este es otro principio que hoy está subyacente en todos los procesos judiciales modernos y se reduce al axioma de que “*debe tratarse de obtener el mayor resultado posible con el mínimo de empleo de actividad procesal*”⁴⁷. En efecto, si ya está establecido que son fines esenciales de todo proceso constitucional el de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia de los Derechos Fundamentales (Art. II del T.P), dichos fines no deben estar cartabonados por una serie de ritualismos procesales que, a la postre, afecten sus fines con dilaciones innecesarias.

Los magistrados, por otro lado, deberán tener presente que, en el caso de la economía procesal que deberá regir a los procesos constitucionales, no siempre van a ser los mismos que rigen la economía procesal de los procesos ordinarios; pues incluso dentro de éstos, el Código Procesal Civil ha impuesto a los Jueces que “*El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales*” (Art. V del T.P). Y esto porque mientras en los procesos civiles ordinarios, lo que se ventila y está en juego son problemas de “*derechos subjetivos privados*”⁴⁸; en el caso de los procesos constitucionales, se trata de *derechos públicos subjetivos*⁴⁹. Y, mientras en la actual estructura funcional del Poder Judicial le corresponde conocer a los Jueces civiles y penales, heterodoxos procesos tanto ordinarios como los excepcionales de Amparo, Hábeas Data, Acción de Cumplimiento, Hábeas Corpus, etc., ambos –tanto los procesos constitucionales de la libertad como los procesos ordinarios- tienen asegurados en cada código procesal, el *principio de la economía procesal*. Sin embargo, pese a ello, estimamos que la economía procesal que está subyacente en los procesos constitucionales –que se extiende, desde luego a los procesos que se ventilan en el Tribunal Constitucional- deben ser más ágiles, eficaces a fin de que se consiga en la menor actividad procesal posible, las decisiones

47 DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. op. cit., pp. 36.

48 ETO CRUZ, Gerardo. *Introducción al Derecho Civil Constitucional*. Normas Legales, Trujillo, 2000, pp. 1-58.

49 JELLINEK, George. *Teoría General del Estado*. Prólogo y Traducción de Fernando De Los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, vid. en especial pp. 464 y ss., del Prólogo de Fernando De Los Ríos.

finales; no por algo, en todos estos procesos no existe etapa probatoria y el esquema de los procesos resulta ser más sencillo y sumario.

En consecuencia, el principio de economía procesal trata de afirmar el ahorro de tiempo, de gastos y de esfuerzos en el proceso⁵⁰. A este respecto, podemos manifestar que habrá ahorro de tiempo cuando el proceso se desarrolle normalmente, observándose sus plazos y su formalidad de rigor, sin lugar a la exageración. Habrá ahorro de gastos cuando éstos no impidan que las partes en conflicto hagan valer sus derechos dentro del proceso. Habrá ahorro de esfuerzos cuando el proceso sea simple, en el sentido que los actos procesales se desarrollen sin hacer esfuerzos innecesarios.

La economía procesal en los procesos constitucionales, pretenden, como ya se tiene dicho, un proceso ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo; finalidades que se consiguen poniendo el acento en la conducta a observar por las partes y en la simplificación que estructure el procedimiento.

2.3.1. La posición del TC en torno al principio de economía procesal

El TC ha expresado que el principio de economía procesal no se restringe, en los procesos constitucionales, a la duración el proceso, sino que exige aliviar en la mayor medida posible el esfuerzo de tiempo y de medios económicos que suponen la realización de determinados actos procesales, como el desplazamiento, por ejemplo, con motivo de un informe oral, de los justiciables que son del interior del país a la sede del Tribunal Constitucional en la ciudad de Lima⁵¹.

El principio de economía en los procesos constitucionales ha sido utilizado por el TC, en la mayoría de los casos, para fundamentar su decisión de entrar a examinar el fondo del asunto, cuando las resoluciones de grados inferiores han declarado improcedente liminarmente la demanda de amparo. En estos casos, el TC no se ha limitado a revocar la improcedencia liminar, devolviendo, en su caso, el expediente al juzgado de origen para que sea admitido a trámite, sino que, siempre que la contraparte hubiera tenido la oportunidad de ejercer su

50 Vid. ESPINOZA CEVALLOS, Rodolfo José. op. cit., pp. 382-385.

51 STC 10340-2006-AA/TC, FJ 8.

derecho de defensa y en el expediente figuren los suficientes elementos de juicio para que el Tribunal se pronuncie, el TC, en aplicación de este principio, ha procedido a dictar una sentencia sobre el fondo del asunto. Veamos a guisa de ejemplo, en los siguientes considerandos la postura del TC:

“2. En el presente caso, se ha producido un rechazo liminar de la demanda conforme lo dispone el artículo 47.º del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, considerando que el demandante cuestiona la existencia misma del proceso administrativo sancionatorio, se observa que en el caso no se cumplen ninguno de los supuestos de improcedencia a que se refiere el artículo 5.º del referido Código; siendo así, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado y disponer la admisión a trámite de la demanda.

No obstante, este Tribunal estima que, pese al vicio en que se ha incurrido, existen en el expediente suficientes elementos de juicio para conocer del tema de fondo; por lo tanto, atendiendo al **principio de economía procesal**, emitirá pronunciamiento respecto de si la sola existencia del procedimiento administrativo y la posibilidad de imponer una sanción administrativa al demandante implica una amenaza de su derecho al debido proceso, concretamente de la garantía *ne bis in idem*⁵² (resaltado nuestro).

Yendo mucho más allá aún, el TC ha decantado la posibilidad de que, incluso cuando la contraparte no se hubiera pronunciado sobre la pretensión y no hubiera ejercido su derecho de defensa, el Tribunal puede entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto, siempre que de los hechos descritos y de las pruebas aportadas por el recurrente, el resultado de la decisión sea previsible; por lo que, en aplicación del principio de *celeridad procesal*, el TC omite obligar al recurrente a transitar nuevamente la vía judicial, situación que podría causar, por otro lado, una afectación irreparable del derecho constitucional vulnerado. Veamos, como el TC ha sustentado esta posición jurisprudencial:

“1. En el caso de autos, resulta evidente que se ha producido un quebrantamiento de forma en la tramitación del proceso de amparo, en los términos establecidos en los artículos 20º y 120º de la

52 STC 5951-2005-PA/TC, FJ 2.

Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, vigente a partir del 1 de diciembre de 2004 [antes artículo 42º de la derogada Ley N.º 26435], por lo que debería de procederse de acuerdo con lo regulado en dichos artículos. No obstante ello, y de manera previa a la determinación de la presente controversia, este Colegiado considera necesario precisar que, en el caso, y si bien es cierto, la recurrida es una resolución que se limita a declarar la nulidad de todo lo actuado, ordenando reponer el proceso al estado en que se cometió el presunto vicio que sustenta tal determinación jurisdiccional, sin embargo, resultaría inútil, y por lo tanto injusto, obligar al demandante a transitar nuevamente por la vía judicial para llegar a un destino que a la luz de los hechos descritos y a la jurisprudencia existente [p. ej., los pronunciamientos recaídos en los Expedientes N.ºs 0537-2002-AA/TC, 0908-2002-AA/TC y 0646-2002-AA/TC, entre otros], no sólo resulta previsible, sino que podría devenir en perjuicio irreparable para el actor con la dilación de este proceso. Consecuentemente, dada la naturaleza del derecho protegido, y estando a lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil –aplicable en forma supletoria por disposición del artículo IX del Título Preliminar de la Ley N.º 28237– es necesario que, en virtud de los principios de economía y celeridad procesal, este Tribunal se pronuncie sobre la pretensión contenida en la demanda de autos”⁵³.

Del mismo modo, el TC ha utilizado el principio de economía procesal, estrechamente vinculado con el de *celeridad* que es exigencia de la tutela de urgencia que brinda el amparo, para adecuar vías procesales que fueron mal empleadas por los justiciables. Así, por ejemplo, en numerosos casos el Tribunal ha procedido a encauzar procesos planteados como hábeas corpus a la vía procesal del amparo, en tanto los derechos tutelados correspondían a esta segunda vía y no a la primera. Veamos, esta posición del TC:

“3. En tal sentido, este Colegiado, sustentándose en el principio de economía procesal, recogido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y atendiendo a la celeridad con que deben atenderse las pretensiones en los procesos

53 STC 2980-2004-AA/TC, FJ 1.

constitucionales, no obstante advertir que el trámite seguido en las instancias judiciales no es propiamente el que correspondía a la pretensión propuesta por el actor, decide resolver el presente caso adecuando su trámite al de un proceso de Hábeas Corpus. En esta decisión pesa, además, una razonable valoración sobre la improbable posibilidad de que tramitada conforme a las estrictas reglas del Hábeas Corpus, la pretensión del actor merezca una decisión sobre el fondo distinta a la que en esta oportunidad daremos”⁵⁴.

Recientemente, con ocasión de un proceso de amparo que insólitamente sólo ha podido llegar a su fin luego de 20 años, el TC ha tenido ocasión de recordar que, independientemente de que los procesos ordinarios también deben ser resueltos dentro de un margen razonable de tiempo, los procesos constitucionales deben revertir una dosis especial de celeridad (que implica el principio de economía en cuanto al ahorro del tiempo), por la propia naturaleza de los bienes y valores que se tutelan. En este sentido, el carácter preferencial y sumario de los procesos constitucionales, entre ellos el amparo, debe convertirse en un baremo de ineludible observancia para los jueces constitucionales, quienes, en palabras del TC deben reflejar una mayor grado de *sensibilidad constitucional* en la tramitación de los mismos y no, caer en un extremo formalismo que, dilatando excesivamente el proceso, convierta a éste en un ritual legal carente de todo sentido y finalidad⁵⁵.

2.4. El Principio de inmediación

Este principio está expresamente regulado en el Art. V del T.P del Código Procesal Civil⁵⁶ y en él se comprende al acto procesal en que el juez debe actuar junto a las partes, en tanto sea posible el contacto personal con ellas, prescindiendo de intermediarios⁵⁷. Este principio supone que las audiencias y todos los actos procesales deban ser realizados ante el juez y no le está permitido delegar lo que le es con-

54 STC 4586-2004-AA/TC, FJ 3.

55 STC 2732-2007-PA/TC, FJ 8.

56 Art. V: Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

57 DEVIS ECHEANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. T. I, op. cit., pp. 38-39.

EN TRES ANÁLISIS:
EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO

sustancial a su cargo y función. En consecuencia, el principio de intermediación plantea la idea de que el juez en forma exclusiva y excluyente es el conductor del proceso constitucional; y por tanto, él es el quien define la incertidumbre jurídico-constitucional; y para ello debe tener el mayor contacto posible con los sujetos del proceso, con los elementos materiales que tienen que ver con el litigio, con el propio desarrollo de los actos procesales y con la valoración de los medios probatorios recaudados en el proceso⁵⁸. Y es que el contacto directo, físico, personal entre el juez y las partes contribuirá a formarle convicción acerca de la veracidad o no de los hechos alegados por los litigantes.

Por otro lado, expresión típica de este principio es la *oralidad* que, como anota Juan Montero Aroca, “La oralidad implica intermediación, es decir, la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto”⁵⁹.

En el principio de intermediación se vincula incluso algunos aspectos relacionados a la *psicología jurídica*; y en especial la conducta procesal de las partes. En efecto, aquí el juzgador puede “elaborar presunciones a partir de ellas para sustentar sus decisiones”⁶⁰.

Y aunque no tiene por qué vincularse el Código Procesal Constitucional con el Civil, éste último desde una perspectiva mucho más compleja, dada la naturaleza de las incertidumbres que resuelven los procesos ordinarios, establece en el Art. 282 del Código Procesal Civil que “El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando manifiestan notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas”.

58 CARRIÓN LUGO, Jorge. op. cit., pp. 51; HINOSTROZA MINGUES, Alberto. op. cit.; pp. 37; MONROY GÁLVEZ, Juan. op. cit., pp. 94-96.

59 MONTERO AROCA, Juan y ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Jurisdiccional*. T. I. Parte General, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 424.

60 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*. T. II, Lima, 1998, pp. 58. Vid. Igualmente SOBRAL FERNÁNDEZ, Jorge y PRIETO EDERRA, Ángel. *Psicología y Ley. Un examen de las decisiones judiciales*. Eudema, Madrid, 1994, pp. 28.

Normalmente el Proceso Civil *ortodoxo* sostiene que no se puede impartir una correcta justicia sin que el juez pueda auscultar en forma personal y directa el conocimiento mismo de la dinámica del proceso; esto es, presenciar y tomar parte activa en el desarrollo del proceso. Sin embargo, el principio de inmediación que subyace en los procesos constitucionales, ciertamente no tiene las mismas características de un proceso ordinario o paralelo en lo civil o penal, por cuanto aquí no se trata de juzgar sobre los distintos medios probatorios. Así, en lo que respecta a la declaración de partes, por ejemplo, el juez debe valorar en comprender hechos diversos, independientemente entre sí; o ver si se demuestra la falsedad de una parte de lo declarado (Art. 265); o interrogar a las partes (Art. 217), o en lo que respecta a la declaración de testigos, cuya actuación debe ejecutarla el juez (Art. 224); o si se tratara de documentos, donde el juez debe pedir informes de los mismos (Art. 239), o declarar su ineficacia, bien sea por falsedad (Art. 242) o por nulidad (Art. 243), o ver su reconocimiento (Art. 246); o su cotejo (Art. 257), o su exhibición (Art. 260); o si se trata de otras pruebas como la pericia, a fin de apreciar los hechos controvertidos a través de conocimientos especiales (Art. 262); o finalmente la inspección judicial, a fin de que el juez pueda apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos (Art. 272).

En suma, el principio de inmediación en el proceso constitucional tiene especiales peculiaridades, en la medida en que, conforme prescribe el Art. 9 del propio Código, en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. La norma establece que sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación; lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso.

En consecuencia, si bien la regla es que no hay etapa probatoria en los procesos constitucionales; ello no significa que, para los efectos de afirmar convicción y certeza en la solución de la controversia constitucional, el juez discrecionalmente puede disponer la realización de las actuaciones probatorias. Así por ejemplo, una exhibición, una inspección ocular.

El Código Procesal Constitucional acoge diversos aspectos donde se evidencia el principio de inmediación. Así, en el caso del Hábeas

EN TRES ANÁLISIS:
EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO

Corpus, la demanda puede establecerse verbalmente donde se levantará “acta ante el Juez o secretario” (Art. 27); y en el caso de las detenciones arbitrarias, el Juez puede constituirse al lugar de los hechos, pudiendo verificar en tal hipótesis, la detención indebida y ordenar al instante la libertad; y en los otros supuestos distintos a la detención arbitraria (Art. 30), el Juez también puede constituirse al lugar de los hechos (cosa que no lo comprendía la Ley 23506 en su Art. 18); o citar para que los presuntos agresores expliquen la razón que motiva dicha agresión a la libertad individual (Art. 31).

En el trámite del Amparo, el Art. 53 establece que si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar en audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estimen necesarios. Los mismos aspectos procesales del Amparo pueden aplicarse en el caso del Hábeas Data, como lo tiene estipulado el Art. 65 del Código adjetivo constitucional.

En buena cuenta, si bien tanto en el Código Procesal Civil (Art. V del T.P), como en el Procesal Constitucional existe escriturariamente establecido que se van a regir por el principio de inmediación, el juzgador va a tener que redimensionar y a la vez deslindar dicho principio, según fuere la naturaleza del proceso: constitucional u ordinario; toda vez que en este último, la inmediación se realiza al hilo de las diversas actuaciones probatorias; en cambio en el primero, como ha anotado Eloy Espinosa-Saldaña, “adquiere trascendental relevancia en los procesos constitucionales, procesos en los cuales la naturaleza de los discutido, y lo complejo que muchas veces significa determinar si son o no fundadas las pretensiones reclamadas, demanda de quienes se desempeñen como juzgadores un especial conocimiento y manejo de los diversos elementos que rodean las controversias llevadas ante sus despachos”⁶¹.

61 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derecho del Administrado*. Palestra editores, Lima, 2004, pp. 34-35.

2.4.1. El principio de inmediación según la doctrina jurisprudencial del TC

El TC ha establecido que este principio “procura que el juez constitucional tenga el mayor contacto con los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares) que conforman el proceso, para lograr una aproximación más exacta al mismo”⁶².

En lo que atañe al proceso de amparo, el principio de inmediación presupone que el juez, por ejemplo, antes de sentenciar y vinculado a la dirección judicial, solicite informes a las partes o realice la actuación judicial que crea conveniente para afirmar certeza y convicción en lo que va a juzgar. En buena cuenta, con el principio de inmediación “la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que sólo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a éste ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia”⁶³. En este contexto, ha expresado el TC que “es indispensable que el juez canalice ante sí la mayor cantidad de elementos que le permitan arribar a una decisión fundada en derecho, esto es, a concretizar el valor justicia al interior del proceso. A tal efecto, la “democratización del contradictorio” constituye una pieza vital”⁶⁴.

Por otro lado, el TC ha establecido que el *derecho a la prueba* –que forma parte sustantiva del derecho al debido proceso– tiene en el marco de su contenido constitucionalmente protegido los principios de *inmediación*, *contradicción* y *publicidad*⁶⁵. Es decir, el derecho a la prueba, desde una respectiva constitucional, implica, además de la posibilidad de que los medios probatorios puedan ser conocidos (*principio de publicidad*) y contradichos (*principio de contradicción*) por las partes, la obligación de que los mismos sean observadas por el juez de manera directa. En este sentido, en la postura asumida por el Tribunal, la *inmediación* se constituye en un principio procesal de orden fundamental

62 STC 2876-2005-PHC/TC, FJ 23.

63 STC 6846-2006-PHC/TC, FJ 5.

64 STC 0048-2004-PI/TC, FJ 4.

65 STC 6846-2006-PHC/TC, FJ 5.

que otorga validez a la actividad procesal desarrollada en el marco del proceso constitucional y, de este modo, se conecta de manera directa con el derecho más genérico al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

La exigencia de un proceso debido, ha dicho por otro lado el TC, vincula también al principio de intermediación con el derecho a ser oído. A este respecto, ha expuesto esta relación en los siguientes términos, los cuales transcribimos a continuación *in extenso*:

“5. Que, en relación al segundo aspecto aludido en el Fundamento N.º 3 de esta resolución, esto es, si la no concesión del uso de la palabra en el mismo proceso de cumplimiento, lesiona (o no) el derecho a ser oído; este Tribunal debe, primero, enfatizar que dicho derecho es una posición *ius* fundamental que integra el derecho de defensa.

Su identificación como tal se deriva de una interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos, prescrita en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Son pertinentes, a ese respecto, el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, que reconoce el derecho de defensa, y el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantiza que:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Mediante el derecho a ser oído por un juez o tribunal se garantiza que cada una de las partes que participan en un proceso judicial puedan ofrecer, de manera efectiva, sus razones de hecho y de derecho que consideren necesarias para que el juez o tribunal resuelva el caso o la controversia en la que se encuentren participando. Se encuentra comprendido dentro de su contenido constitucionalmente protegido el contradictorio argumentativo, el cual exige que éste se lleve a cabo sin que alguna de las partes, por acción u omisión del juez o tribunal, pueda encontrarse en una evidente situación de desventaja respecto de la otra, cualquiera sea la competencia *ratione materiae* del proceso.

La titularidad de dicho derecho corresponde a todas las partes que participan incluso en el seno de un proceso constitucional, de modo que no sólo todos los jueces y tribunales tienen la obligación de no afectarlo, sino de procurar por todos los medios que su ejercicio sea efectivo.

Sin embargo, su ámbito protegido no sólo comporta deberes de abstención o de acción destinados a no afectar la posición *ius* fundamental de las partes en el proceso. También comporta, desde una perspectiva institucional, que los poderes públicos, y entre ellos particularmente el legislador, establezcan un sistema organizativo y procedimental adecuados para que el principio de inmediación, que subyace detrás de tal derecho, pueda quedar efectivamente garantizado.

No otra es la exigencia que impone el Código Procesal Constitucional sobre los jueces constitucionales cuando, al establecer cuáles son los principios procesales que rigen a los procesos constitucionales, ha establecido que uno de ellos es el principio de inmediación. En efecto, el derecho a ser oído también se titulariza en un proceso como el de cumplimiento al que se refiere el inciso 6 del artículo 200 de la Constitución⁶⁶.

Es bueno aclarar que entre los principios procesales que rodean el amparo, el principio de inmediación tiene que apreciarse en el contexto de las propias y particulares exigencias que caracterizan a los procesos constitucionales. En efecto, la amplitud e intensidad del contenido protegido por el derecho a ser oído no puede ser el mismo en un proceso penal, en un proceso civil o en un proceso constitucional. La calidad de los derechos comprometidos, la finalidad de los procesos, la peculiaridad del contradictorio, la obtención de cierto nivel de certeza en el juez para estar en aptitud de poder resolver eficazmente la controversia, entre otros elementos, son factores que se deberá tener presente para modular sus alcances y exigencias en cada uno de ellos. En este contexto, por ejemplo, la vista de la causa ha sido considerada por el TC, como un acto procesal de especial relevancia en el proceso constitucional, por lo que, entre otras cosas, ha determinado que el informe oral en el que no haya participado un magistrado que debe también adoptar la decisión final, debe ser reprogramado o, en todo caso,

66 STC 0197-2005-PA/TC, FJ 5.

en aplicación del *principio de celeridad*, esta diligencia debe ser observada a través de una grabación de video, pero en ningún caso se exime al magistrado de que conozca el contenido de la referida audiencia⁶⁷.

Finalmente, en su Voto Particular emitido en la STC 0032-2005-PHC/TC, el magistrado Juan Vergara Gotelli, adentrándose en el origen etimológico de la palabra “sentencia”, que proviene del latín *sententia* y que significa el parecer o juicio subjetivo (sentimiento) que alguien tiene sobre lo bueno y lo malo, sobre lo verdadero o lo falso, ha estimado que el principio de inmediación se constituye en un elemento indispensable en la configuración de toda decisión jurisdiccional, en tanto la inmediación permite al juez el conocimiento del caso no sólo a través de la ciencia del derecho, sino, principalmente, a través del *contacto personal* con los sujetos intervinientes en el proceso y con los elementos probatorios, lo cual pone en valor también su propia *experiencia* en la búsqueda de la verdad real y vincula al juez con una decisión fruto de una *íntima convicción*; es decir una decisión que sea expresión fiel de los sentimientos que el juez alberga a lo largo del proceso⁶⁸.

2.5. El Principio de socialización del proceso

El Art. VI del T.P. del Código Procesal Civil enuncia la socialización del proceso prescribiendo que “*El Juez debe evitar que la desigualdad de las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso*”. Y, en concordancia con dicha norma, el Art. 50 Inc. 2 del mismo Código Adjetivo establece que “*Son deberes de los Jueces en el proceso, hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, empleando las facultades que éste código les otorga*”.

Históricamente, los procesos constitucionales surgen como escudos protectores de lo que George Jellinek denominó “*derechos públicos subjetivos*”; es decir, como instrumentos de defensa de los derechos fundamentales frente a eventuales violaciones provenientes del Estado. Sin embargo, desde ya hace un buen tiempo, con el progreso

67 STC 1078-2007-PA/TC, FJ 8-10 del Voto del Magistrado Fernando Calle Hayen.

68 STC 0032-2005-PHC/TC, Fundamento de Voto del Magistrado Juan Francisco Vergara Gotelli.

material de la sociedad, una nueva categoría de sujetos con gran poder material y económico, como los consorcios, las grandes empresas nacionales y transnacionales, las asociaciones profesionales, entre otros, se han constituido en una nueva fuente de amenaza para los derechos fundamentales de la persona. Es obvio que, ante esta circunstancia y admitiéndose hoy sin hesitaciones la *eficacia horizontal* de los derechos fundamentales y, por tanto, la procedencia de los procesos constitucionales frente a particulares; el principio de socialización se concretiza no sólo en la *equiparación* que hace el juez constitucional del ciudadano frente al Estado, que de por sí va a ser siempre necesaria, sino también en la *equiparación*, en el marco del proceso constitucional, del individuo más débil frente a un ente colectivo privado de gran poderío económico. En consecuencia, este principio preconiza el rechazo de fallos que sean el resultado de la influencia del poderoso económicamente o del influyente políticamente. Ningún elemento que no sea el derecho debe servir para inclinar la justicia a favor de uno u otro litigante.

Subyace en el principio de socialización del proceso el parámetro normativo de la propia Constitución que regula la igualdad ante la Ley (Art. 2 inc. 2). Sin embargo, esta igualdad es insuficiente. En efecto, anota el profesor Bidart Campos que “La igualdad ante la Ley, entendida como la unidad de una misma Ley para todos los individuos uniformados, es la igualdad injusta, porque rechaza algo que la justicia impone: trata de modo distinto a quienes son también distintos”. Y anota a renglón seguido el maestro Germán Bidart con agudas y certeras frases: “El trato igual a los desiguales se ha reputado con razón como la *suprema injusticia*”⁶⁹.

Una identificación más real con el principio de la socialización del proceso ya no sería tanto el principio de la igualdad ante la Ley, que, como se ha visto, bajo su carácter general no logra distinguir realidades y soluciones distintas; en cambio se debe reivindicar con ahínco la *igualdad jurídica*. Anota Bidart:

“Hablamos de igualdad jurídica, de igualdad en el orden jurídico vigente, y no sólo en la letra de la Ley. Los derechos se tienen, no en la inscripción legal que los reconoce o los consagra, sino en la vigencia que los hace efectivos. De ahí que sea más exacto, más justo también,

69 BIDART CAMPOS, Germán J.: *Derecho Constitucional. Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional*, Vol. II, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 159.

hablar de igualdad jurídica. En rigor se trata de igualdad constitucional de las personas en el reparto de bienes y males en que consiste la justicia. En el orden de la realidad, la igualdad como consecuencia de la justicia se cumple mediante la prohibición de la arbitrariedad en ese mismo reparto dentro del régimen⁷⁰.

Es en ese contexto que el principio de la socialización de proceso pretende o aspira, en una inexorable postura axiológica, que se *democratice* el proceso, a fin de que los litigantes tengan las mismas condiciones que no se le debe negar a otro. Es cierto que en estos procesos, a diferencia de los *derechos subjetivos privados*, donde se controvierten entes privados, en los procesos constitucionales el justiciable está siempre en condición de inferioridad, porque, de ser cierta la violación o amenaza en torno a algún derecho fundamental, es él quien en su *mis-midad* lo sufre; de allí que el principio de democratización del proceso pretende que el justiciable, no ostente una *cappiti diminuttio*, frente a su contendor, el sujeto emplazado que, cuando no es una autoridad o funcionario, es una empresa, una entidad monopólica u oligárquica, o una persona natural con tal poder que, efectivamente viola o agravia los derechos constitucionales que el actor reclama.

De allí que en la doctrina se habla de una *discriminación positiva* y *negativa* y de la cual ya en parte hemos aludido; la discriminación negativa se manifiesta por esas odiosas diferencias de sexo, raza, religión, opinión, etc.; empero, la discriminación positiva envuelve, en rigor, el principio de socialización.

La socialización del proceso tiene su fundamento dentro de los parámetros que establecía Aristóteles respecto a la *justicia distributiva*, que consiste en el reparto de bienes y cargas de acuerdo con méritos y necesidades de cada uno. Se considera a las personas de modo que la igualdad de la justicia funcione solamente para los iguales en iguales circunstancias. Son injustos los extremos de tratar igual a los desiguales y desiguales a los iguales. Entre estos dos extremos está el justo medio de la justicia general: igualdad de los iguales⁷¹.

70 BIDART CAMPOS, Germán J.: op. cit., p. 159.

71 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal: *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*, 2ª. edición, Ideosa y Temis, Lima-Bogotá, 2001, pp. 630-631.

En consecuencia con todo lo expuesto, la igualdad de las partes ante el proceso constitucional, ha de significar que en el proceso, las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa; y por otro lado, que no se puede concebir que se manifiesten procedimientos privilegiados, bien sea que una de las partes sea el Estado a través de uno de sus órganos. Recuérdense que, si hablamos por ejemplo de una Acción Popular o de un proceso de Inconstitucionalidad, el emplazado es el Estado, expresado a través del Poder Legislativo o el Ejecutivo o ambos; o en el caso de los procesos de la jurisdicción constitucional de la libertad, por lo general el que afecta o agravia algún derecho constitucional es un funcionario o autoridad.

Para finalizar, este principio también se va a manifestar en toda su concepción ortodoxa en los procesos constitucionales, por cuanto, precisamente se le otorga ciertos derechos o beneficios al justiciable demandante, como es el recurso de agravio constitucional que sólo tiene derecho a interponerlo el actor contra la resolución que le deniega algún derecho constitucional.

2.5.1 El principio de socialización a partir de la doctrina jurisprudencial del TC

Este principio, en palabras del TC consiste “en el deber del juez de evitar que las desigualdades materiales existentes entre las partes impidan la consecución de una decisión judicial que sea reflejo cabal de la objetividad del Derecho”. En este sentido, el principio de socialización involucra llevar al proceso la dimensión social del Estado Constitucional que entiende que la igualdad no se concretiza sólo en un reconocimiento formal de los mismos derechos para todos los ciudadanos, sino en la posibilidad fáctica de que los ciudadanos puedan disfrutar de ellos en el plano de la realidad. Así lo entendido el Tribunal, que ha expresado que “el principio de socialización procesal es una de las manifestaciones del tránsito del Estado Liberal hacia el Estado Social, de manera tal que la falacia formalista en virtud de la cual el principio de igualdad solo adquiere plena vigencia con una conducta absolutamente pasiva y contemplativa del Estado, sucumbe ante los principios del constitucionalismo social, según los cuales ante los múltiples factores que pueden situar a las partes en una evidente situación de desigualdad, resulta

imperativa la intervención judicial a efectos de tomar las medidas correctivas que aseguren un proceso justo”⁷².

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha relacionado este principio, en el ámbito del proceso constitucional de amparo, con la oportunidad de brindar a los justiciables un adecuado ejercicio de su derecho de defensa. En este sentido, entiende el TC que el hecho de desplazar su sede a distintas ciudades del país para la realización de audiencias públicas, no se fundamenta sólo en una exigencia de descentralización o en el principio de inmediación, sino también, de manera muy especial, en el principio de socialización del proceso, en cuanto este desplazamiento comporta la posibilidad de que todos los ciudadanos, en especial aquellos para los que es más dificultoso el traslado a la ciudad capital, puedan ejercer de manera directa su derecho de defensa a través del informe oral respectivo. Veamos, a continuación, esta postura asumida por el TC:

“7. Y es que el Tribunal Constitucional entiende que parte de su política jurisdiccional comprende el acercamiento real de la justicia constitucional a los ciudadanos. Ello se debe a dos razones fundamentales: primero, al cumplimiento del mandato constitucional de descentralización (artículo 188), en el entendido de que el proceso de descentralización también alcanza a la justicia constitucional, en aras de contribuir al desarrollo integral de la nación, que se fundamenta en el bienestar general y la justicia, según lo establece el artículo 44 de la Constitución.

Segundo, al cumplimiento, por un lado, del **principio constitucional procesal de inmediación**, según el cual el juez constitucional debe tener el mayor contacto posible tanto con los sujetos –demandante, demandado, por ejemplo– como con los elementos objetivos del proceso constitucional a resolver; por otro, del principio de economía procesal, el cual no se restringe, en los procesos constitucionales, a la duración del mismo, sino que exige aliviar en la mayor medida posible el esfuerzo de tiempo y de medios económicos que supone desplazarse a la sede del Tribunal Constitucional; y también del principio de socialización de los procesos constitucionales, de conformidad con el

72 STC 0048-2004-PI/TC, FJ 4.

artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”⁷³. (resaltado nuestro)

Por otro lado, atendiendo a la *socialización del derecho*, el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este principio en el ámbito de un proceso de amparo, donde se exigía al demandante el cumplimiento de un requisito previo de arbitraje antes de la interposición de la demanda, y en el que el Tribunal dejó claramente establecido que dada la circunstancia especial de la enfermedad que padecía el recurrente (neumoconiosis) y de las escasas posibilidades económicas con que contaba para solventar un arbitraje, se debía exonerar al justiciable de dicho requisito de procedibilidad. Lo contrario hubiera supuesto, en palabras del Tribunal, dejar en estado de indefensión al demandante, frente a la poderosa compañía minera que, en dicho caso, era la parte emplazada del proceso; abdicando el Colegiado Constitucional, en aplicación del principio de socialización, de su deber de evitar que las desigualdades materiales existentes entre las partes pudieran impedir el derecho al acceso a la justicia del recurrente. Veamos este razonamiento del TC:

“Asimismo, debe señalarse que el arbitraje ha nacido para discutir derechos patrimoniales y no derechos fundamentales, y por ello debe descartarse la excepción de arbitraje. Por otra parte, también debe tenerse presente que, iniciado un proceso de amparo por tutela urgente y efectiva, declarar fundada la excepción de arbitraje conllevaría alargar la solución de un conflicto, lo que podría significar que, cuando este concluya, sea demasiado tarde para el recurrente, pues la neumoconiosis es una enfermedad sin cura hasta el momento (enfermedad degenerativa, irreversible y mortal). Por otra parte, el elevadísimo costo que significa para el demandante la jurisdicción arbitral hace casi imposible la defensa de su derecho fundamental frente a las poderosas compañías mineras y aseguradoras; el amparo es gratuito y sólo así se haría efectiva la tutela procesal efectiva y el **principio de socialización del derecho**, previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”⁷⁴. (resaltado nuestro)

73 STC 10340-2006-AA/TC, FJ 7-8.

74 STC 10063-2006-PA/TC, FJ 120.

EN TRES ANÁLISIS:
EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO

Por último, el TC ha resaltado la trascendencia social que asumen los procesos constitucionales en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. En efecto, en un modelo de Estado, social y democrático, que procura la integración social y la conciliación de los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, los procesos constitucionales se erigen en el *espacio público* por excelencia para la composición de los conflictos sociales y la construcción pacífica de la sociedad plural. En este sentido, para el logro del consenso social y la legitimidad de sus decisiones, el Tribunal ha considerado necesario abrir el proceso constitucional más allá de las partes que originalmente compusieron el litigio y, “socializándolo”, ha permitido la inclusión en el mismo de otros actores que puedan concretizar lo que Peter Häberle ha denominado “la pluralidad de intérpretes de la Constitución”⁷⁵.

Este contenido del principio de socialización que incumbe la participación de diversos actores en el proceso constitucional y que busca la composición justa y consensuada de los conflictos sociales, se observa de manera más patente en los procesos de inconstitucionalidad, en tanto las implicancias sociales y políticas de éstos son mucho mayores que en cualquier otro tipo de proceso; sin embargo, ello no obsta para que el proceso de amparo, aunque ajustado ordinariamente a la protección de un interés subjetivo ligado a un derecho fundamental, pueda también lograr la ordenación de ciertos conflictos sociales, en tanto como el Tribunal ha manifestado en reiterada jurisprudencia, el proceso de amparo no solo tiene una dimensión *subjetiva*, sino también *objetiva* que se concretiza en la protección de los valores, principios y derechos que la Constitución encarna en cuanto ordenamiento objetivo⁷⁶; y porque, además, a través de las sentencias con efectos más allá de las partes, como son la declaración del *estado de cosas inconstitucional*⁷⁷ y el uso del *precedente vinculante*⁷⁸, el Tribunal puede lograr la composición de un conflicto social que pueda estar siendo generado

75 STC 0048-2004-PI/TC, FJ 1-10.

76 STC 0002-2005-PI/TC, FJ 2; 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC –acumulados–, FJ 16-18; 0023-2005-PI/TC, FJ 11; 4853-2004-AA/TC, FJ 33-34; 0007-2006-PI/TC, FJ 10-11.

77 STC 2579-2003-HD/TC, FJ 19.

78 STC 0024-2003-PI/TC; 0047-2004-PI/TC, FJ 32-39; 4853-2004-PA/TC, FJ 22-41; 3741-2004-PA/TC, FJ 36-49.

por una situación de *inconstitucionalidad general* en la actuación de los poderes públicos.

2.6. El impulso procesal de oficio

El Art. III del T.P del Código en su segundo párrafo ha establecido que “*El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código*”.

Estamos aquí ante las facultades procesales de *dirección* del cual, dicho enunciado es coherente y guarda armonía con el principio de dirección judicial.

La dirección formal de un proceso constitucional involucra, tanto las facultades de control de la regularidad formal o técnica de los actos procesales, como el deber de impulsar el proceso para que éste se desarrolle pasando de una a otra fase del mismo⁷⁹.

La dirección formal no alude al contenido del proceso, ni afecta a la relación jurídico material en él deducida, ni tampoco al fondo; en puridad, afecta al proceso en sí, en su dinámica misma. Entendido así, como explicita Juan Montero Aroca, el tema de la dirección formal del proceso plantea el problema de quien controla el proceso y quien lo debe impulsar haciéndolo avanzar por las etapas preestablecidas.

En consecuencia, se podría aseverar que el principio de impulso de oficio, viene a ser un *sub-principio*, en tanto es expresión concreta del principio de dirección judicial⁸⁰. Todos estos aspectos arriba mencionados, nos llevan a señalar que el impulso de oficio se va a manifestar en una serie de facultades que el Código le confiere al Juez operador intérprete de la norma constitucional, para conducir y hacer avanzar autónomamente el proceso -sin necesidad de intervención de las partes- a fin de lograr la consecución de sus fines⁸¹.

79 MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Derecho Jurisdiccional. Parte General*, T. I., 2ª. edición, Bosch, Barcelona, 1989, p. 93.

80 MONROY GÁLVEZ, Juan: *Introducción al Proceso Civil*. T. I; Temis, Bogotá, 1996, p. 93.

81 MONROY GÁLVEZ, Juan: op. cit., pp. 93.

No obstante el carácter moderno en la que se ubica el Código, al haber incorporado este principio, y donde se establece que va a ser el órgano jurisdiccional el que dicta las resoluciones concretas y específicas para hacer avanzar el proceso sin necesidad de petición de parte⁸²; también es cierto que este principio no es de carácter absoluto, porque en los hechos, no se descarta el rol de los sujetos procesales o, más específicamente, las partes en conflicto; pues son ellos los que plantean una incertidumbre jurídica de naturaleza constitucional y, por ende, los que van a dinamizar y ser los impulsores naturales del proceso⁸³.

Con todo, siempre queda la esencia y el carácter de los procesos constitucionales en el que será el Juez el que, de oficio, desarrolle las etapas o estadios procesales que, en la naturaleza sumarisísima de estos procesos *sui generis*, no deben tener muchas formalidades como ocurre con el resto de los procesos civiles u ordinarios.

El impulso procesal de oficio que aquí comentamos, no hace más que consagrar la naturaleza o el carácter absolutamente *público* de estos procesos, cuyos fines atañe a la sociedad en su conjunto; de allí que depositar la dinámica del proceso sólo y exclusivamente a las partes en conflicto resulta más que peligroso, porque entonces los fines ya no serían más que una protección *ius-privatista*; en cambio, ensamblar como fines la defensa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos humanos comporta la movilización de todo el aparato jurisdiccional del Estado en busca de la protección del orden jurídico fundamental; y en donde el rol del Juez ha de ser la de *autoritas*, entendida como saber o verdad socialmente reconocida como superioridad moral, prestigio o dignidad social de la Magistratura, que debe concurrir en el órgano jurisdiccional a fin de que sus decisiones se impongan, no tanto por la mera existencia de un procedimiento de ejecución que las respalda, por cuanto la propia autoridad o prestigio del sujeto del que emanan⁸⁴.

82 *Ibidem*, p. 513.

83 *Loc. cit.*, p. 93.

84 GIMENO SENDRA, Juan Vicente: *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, Acción y Proceso)*. Civitas, Madrid, 1981, pp. 33.

2.6.1. El principio de impulso de oficio a través de la jurisprudencia del TC

La oficialidad, ha expresado el Tribunal en términos genéricos, se percibe en el derecho público como la responsabilidad de impulsar, dirigir y encauzar cualquier proceso o procedimiento sometido a su competencia funcional, hasta esclarecer y resolver las cuestiones involucradas, aun cuando se trate de casos generados o iniciados por un particular⁸⁵.

En este contexto, el principio de impulso de oficio resulta decisivo en el ámbito de los procesos constitucionales, pues además de la búsqueda de la protección de los derechos fundamentales se busca el resguardo del orden público constitucional, por lo que la exigencia de la oficialidad es de mucho mayor grado que en cualquier otro tipo de proceso sea de orden público o privado.

En este orden de ideas, el TC ha definido el principio de impulso procesal de oficio como aquella obligación impuesta al juez constitucional de continuar el proceso a través de la ejecución de todos los actos que lo conduzcan a prestar tutela jurisdiccional a los justiciables⁸⁶.

Este principio, ha dicho el Tribunal, citando a Pedro de Vega, le impone a los jueces constitucionales una distinta consideración, en el ámbito de los procesos constitucionales, de las formas de acopio de los medios probatorios al que existe en los procesos ordinarios. En un proceso constitucional donde además de la importante entidad de los derechos subjetivos que se busca proteger se pretende la preservación del orden público constitucional, el juez debe abandonar la posición *neutra* que el procesalimso clásico le asignó en la dirección del proceso, y dejando de lado el principio de justicia rogada que permitía sólo la incorporación de los medios probatorios aportados por las partes, el juez debe implementar de oficio la actuación de cualquier medio probatorio que coadyuve al descubrimiento de la verdad en el proceso, contemplando el juicio más allá de la visión particular de las partes y dándole un matiz de problema de orden constitucional. Veamos, a continuación este argumento del TC:

85 STC 0569-2003-AA/TC, FJ 14.

86 STC 9599-2005-PA/TC, FJ 6.

“4. Al respecto, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que si bien el Derecho Procesal Constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve –la Constitución–, debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que éste presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico.

En efecto, siendo la Constitución una Norma Fundamental *abierta*, encuentra en el Derecho Procesal Constitucional y, específicamente, en el CPConst, un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que, en última instancia, estos informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional, por lo que el principio de dirección judicial del proceso (artículo III del Título Preliminar del CPConst) se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto. Con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano *neutro*, sino, por el contrario, como su principal promotor.

Como bien aprecia Pedro de Vega, (...) so pena de traicionarse los objetivos últimos de la justicia constitucional, no se pueden acoplar a ella algunos de los principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario. Piénsese, por ejemplo, en el principio de justicia rogada (*da mihi facto dabo tibi jus*). No se comprendería que a la hora de declarar anticonstitucional una determinada ley, el juez constitucional –y en virtud del principio inquisitivo, contrario al de la justicia rogada– no indagara más allá de las pruebas aportadas por las partes para contemplar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles.

Con relación a lo expuesto, Augusto Morello, citando jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, y tras advertir que respecto de la adecuada administración de justicia, dicha entidad debe actuar como un órgano “interesado”–, manifiesta que por más vueltas que demos a las cosas, lo medular de la función de juzgar (...) es la de que el juez está obligado a buscar la ver-

dad observando las formas sustanciales del juicio, pero sin verse bloqueado por ápices procesales, y realizando los derechos de manera efectiva en las situaciones reales que, en cada caso, se le presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del supuesto en juzgamiento (Fallos, 56:428 y 441; 302:1611)⁸⁷.

2.7. La adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales

El cuarto párrafo del Art. III del C.P.Const. establece lo siguiente: “El Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”.

Estamos aquí ya no ante un principio procesal *sensu strictu*, cuya finalidad es describir y sustentar la esencia del proceso, y además poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado, sino ante un principio de procedimiento.

Se trata aquí, de que las exigencias que requiere el Código, no deben afectar los fines mismos que persiguen los procesos constitucionales, es decir, no se debe preferir algunos requisitos formales, enervando la esencialidad y la eficacia que aspira el proceso constitucional; esto es, ser el instrumento procesal por antonomasia de la defensa de la Constitución y garantizar la eficacia plena de los Derechos Humanos. Visto así y en perspectiva, este aspecto le corresponde como un deber que el propio Código le impone al Juez constitucional para *relativizar* las formalidades que no se condicen con un *sistema publicístico*. En efecto, en el Código se puede y deben exigir determinados presupuestos, formalidades, requisitos que orientan a un sistema privatístico; en cambio, en un sistema publicístico y más aun tratándose de un Código que instrumentaliza sistemáticamente las garantías de la defensa de la Constitución, el Juez deberá relativizar dichas formalidades y exigencias, en miras al norte claro y concreto por el que existen los procesos constitucionales; esto es, preservar y restablecer los derechos constitucionales y con ello, los principios y valores fundamentales subyacentes en un Estado Constitucional.

87 STC 0005-2005-CC/TC, FJ 4-6.

EN TRES ANÁLISIS:
EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO

Bien mirado así las cosas, el Juez operador intérprete de la Constitución, bien sea en su expresión del Juez ordinario o el Juez del Tribunal Constitucional, ambos deben adecuar; esto es, acomodar –del latín *adequare*– o adaptar las formalidades procesales al *thelos* del proceso constitucional; en tal situación, incluso se deben sacrificar algunos aspectos del contenido formal con miras a configurar una verdadera *tutela judicial efectiva*.

En este contexto, compete al Juez hacer una extraordinaria labor a partir de determinados parámetros en su argumentación jurídica. Así, inmerso en la postulación de un proceso constitucional, o en la contestación de la misma, los contendores adjuntarán las pruebas correspondientes, que si bien no son merituadas en actuación de pruebas, le bastará al Juez, al hilo de la justa composición del litigio –demanda y contestación– como diría Carnellutti, apreciar sobre la base de ello, si las pruebas recaudadas y todo lo que allí se afirma expresan una verosimilitud. El respecto, Piero Calamandrei ha sostenido que todas las pruebas no son más que pruebas de verosimilitud: “Esta afirmación del relativismo procesal, hecha en cuento al proceso civil, puede valer igualmente, no sólo para el proceso penal, sino, aun fuera del campo más directamente procesal, para todo juicio histórico acerca de hechos que se dicen acaecidos: cuando se dice que un hecho es verdadero, se quiere decir en sustancia que ha logrado, en la conciencia de quien como tal lo juzga, aquel grado máximo de verosimilitud que, en relación a los limitados medios de conocimiento de que el juzgador dispone, basta para darle certeza subjetiva de que aquel hecho ha ocurrido. Hablo, ya se comprende, no de las verdades lógicas o morales, sino de la verdad de los hechos ocurridos, de la verdad llamada histórica, respecto de la cual advertía ya Voltaire que: “*les vérités historiques ne sont que des probabilités*”⁸⁸.

Y es que todo proceso constitucional gira en torno a supuestas relaciones de determinados derechos fundamentales, en los casos de la jurisdicción constitucional de la libertad y el Juzgador tan pronto obtenga la verdad deberá tomar una decisión, sacrificando aspectos formales típicos del proceso privado; y definir la tutela judicial efectiva; con ello, en

88 CALAMANDREI, Piero: *Estudios sobre el Proceso Civil*. Vol. III. Traducción de Santiago Santís Melendo. Editorial jurídica Europeo-Americana, Buenos Aires, 1962, pp. 317-318.

puridad se adecuan ciertas exigencias formales relativizadas por el Juez, ante el fin principio que persigue todo proceso constitucional.

2.7.1. El principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales en la doctrina jurisprudencial del TC

El TC se ha pronunciado *prima facie*, sobre el principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales, definiéndolo como la imposición hecha a la jurisdicción ordinaria y constitucional de exigir el cumplimiento de las formalidades sólo si con ello se logra una mejor protección de los derechos fundamentales. Por el contrario, si tal exigencia comporta la desprotección de los derechos y, por ende, su vulneración irreparable, entonces las formalidades deben adecuarse o, de ser el caso, prescindirse, con el objeto de que los fines de los procesos constitucionales se realicen adecuadamente (*principio de elasticidad*)⁸⁹.

El sacrificio de las formas en los procesos constitucionales, no significa desde luego, como ha aclarado el TC, que los jueces puedan desconocer de por sí las disposiciones que el Código Procesal Constitucional recoge, sino que estas disposiciones deben ser interpretadas o integradas “desde” y “conforme” a la Constitución, de tal modo que la finalidad sustantiva de los procesos constitucionales resulte optimizada por dicha interpretación y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la defensa del orden público constitucional no quede subordinado al respeto de las formas por las formas⁹⁰.

En esta misma lógica, el TC ha establecido que en uso de su potestad de autonomía procesal que informa a las funciones de valoración, ordenación y pacificación que le corresponden al Colegiado Constitucional, y siempre que existan lagunas en el orden normativo procesal, puede establecer determinadas reglas procesales de alcance general aplicables para casos similares, con el objeto de perfeccionar el proceso constitucional y alcanzar en el mayor grado posible el logro de sus fines constitucionales que, en el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const., se han

89 STC 0266-2002-AA/TC, FJ 7.

90 STC 0005-2005-CC/TC, FJ 7-8.

EN TRES ANÁLISIS:
EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO

establecido como el respeto de la supremacía normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales⁹¹.

Desde una perspectiva más general, el TC ha parangonado el principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales con la posición que ha asumido el Código Procesal Civil en relación al instituto de la nulidad procesal que, a decir del Tribunal no ha recibido un tratamiento meramente formal, sino principista. Así, ha dicho el TC, que la nulidad no está regulada en el Código como una mera sanción producto del irrespeto de las formas, sino que dicha nulidad se sanciona sólo en tanto y en cuanto el acto procesal viciado de informalidad no cumplió su finalidad; en tanto el Código entiende, siguiendo la moderna concepción del proceso, que las formas procesales constituyen garantía de los derechos sometidos a la decisión jurisdiccional que deben ser respetadas por los sujetos procesales, pero atendiendo a las finalidades del proceso.

En este contexto, tanto el proceso constitucional como el proceso civil se han desvinculado del procesalismo ortodoxo y han asumido una postura *finalista* del proceso, la misma que, como ha dicho el TC en términos concluyentes: “responde a la necesidad histórica de superar el viejo esquema procedimental que, a través de un tratamiento meramente formalista de determinadas instituciones procesales, específicamente excepciones, apelaciones y nulidades, hizo padecer a los justiciables un proceso largo, repetitivo, costoso y al fin ineficaz, a tal punto de convertirlo en la “misa jurídica” proscrita por Couture, en la que a decir de Roberto Berizzone (Estudios de Nulidades Procesales, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1980, Págs. 18 ss.), el acto procesal valía no tanto por sus fines y consecuencias, sino por el cumplimiento de la forma preestablecida. Precisamente, el mecanismo de nulidad de los actos procesales sirvió esencialmente al *Improbis litigator* en sus afanes sólo de dilación y entorpecimiento frente a la sed de justicia de un pueblo que exige soluciones de fondo, finales y determinantes con autoridad de cosa juzgada”⁹².

91 STC 1417-2005-AA/TC, FJ 48.

92 STC 0048-2004-PI/TC, FJ 7.

2.8. La continuidad del proceso constitucional frente a la duda de su conclusión

En el cuarto párrafo del Art. III del T.P. del C.P.Const. se establece que: “*Cuando en un proceso constitucional se presenta una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuidad*”.

Salvando el poder de iniciativa de las partes en el proceso constitucional; una vez iniciado, éste debe seguir su curso marcado en el Código Procesal, de oficio y bajo el control directo del Juez, sin necesidad de instancia de parte para pasar de uno a otro estadio procesal. Ahora bien, el hecho de estar ordenado el proceso constitucional en unidades de tiempo computados en plazos, supone que cada actuación procesal habrá de ser realizada dentro del tiempo señalado al efecto, bajo el riesgo de no poder ser realizada con posterioridad. Esto es, los plazos procesales propiamente dichos, abren expectativas y oportunidades, cuyo transcurso es fatal⁹³; por ejemplo en el caso de la prescripción en el Amparo (Art. 44); o en los procesos de inconstitucionalidad (Art. 100); o en la Acción Popular (Art. 87).

Sin embargo, puede presentarse en la dinámica del proceso central ciertas dudas razonables que habiliten al Juez dar por terminado dicho proceso. Ante tal situación, el Juez o el Tribunal, según donde se ventile el proceso y sea ésta de la jurisdicción constitucional de la libertad o de la orgánica; se debe optar por aplicar el criterio o estándar hermenéutico de que, en caso de duda, se prefiere la continuidad del proceso; esto es, este principio o fórmula establecida en el Art. III del T.P del Código es, en rigor, una forma positivizada en este caso del principio *pro homine libertatis* como criterio de la interpretación de los derechos fundamentales.

Y no podía ser de otra manera el texto objeto de comentario; puesto que al existir un proceso de amparo o de inconstitucionalidad, se supone que quien postuló una pretensión es el afectado y si se pretende concluir el proceso quien habrá de salir victorioso es el presunto agresor; ante tal situación, es lógico que se debe preferir la continuación del proceso, hasta que éste llegue a su destino final; esto es, hasta la resolución final que defina si existió o no un agravio que retrotraiga las

93 RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Derecho Procesal Civil*. T. I, 5ª. edición. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 337.

cosas al estado primigenio de disfrute de los derechos constitucionales afectados. Subyace aquí pues, el principio de la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

2.8.1. El principio de favorecimiento del proceso o *pro actione* en la jurisprudencia del TC

Uno de los principios que ha revestido especial importancia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que ha sido concretizado en diversos casos con el objeto de permitir una mayor protección, a nivel sustantivo, de los derechos fundamentales, en tanto el Tribunal ha entendido, adoptando la tesis de Peter Häberle sobre la naturaleza del Derecho Procesal Constitucional⁹⁴, que los procesos constitucionales son *derecho constitucional concretizado*⁹⁵, es el principio de favorecimiento del proceso o *pro actione*⁹⁶. Este principio ha sido definido por el Tribunal,

94 HÄBERLE, Peter: "El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional Concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional Alemán", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 1, México, 2004, pp. 15-44.

95 En efecto, en la STC 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC Resolución en el FJ 15, el TC ha establecido lo siguiente: "Que el derecho procesal constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva, pero que, debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve -la Constitución- debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico. Es desde esta comprensión que el Tribunal Constitucional alemán ha destacado la 'particularidad del proceso constitucional'. Significa ello que el derecho procesal constitucional '(...) implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales'. En este contexto, en consecuencia, el C.P.Const. tiene que ser entendido como un 'derecho constitucional concretizado'. Esto es, al servicio de la 'concretización' de la Constitución. Por ende, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada. Por tal razón, esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional impone correlativamente que la hermeneútica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme [a] una 'interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales', una *interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución* (...). Se trata, en definitiva, de una *interpretación teleológica* de la norma procesal constitucional orientada a la concretización y optimización de los mencionados principios constitucionales materiales".

96 CARPIO MARCOS, Edgar: *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, p. 28.

en este contexto, como la imposición hecha a los jueces constitucionales de interpretar los requisitos y presupuestos procesales de los procesos constitucionales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual ante la duda, la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción⁹⁷.

Por otro lado, el TC ha considerado el principio *pro actione* como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la justicia y con éste del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, el contenido esencial del derecho de acceso a la justicia contiene dos exigencias de carácter constitucional: la primera, dirigida al legislador, en el sentido que la regulación de los requisitos de procedencia de los procesos constitucionales debe ser efectuada dentro de los márgenes de la razonabilidad y la proporcionalidad⁹⁸; y la segunda, dirigida a los jueces, en el sentido de que, en todo caso, la interpretación de dichos requisitos de procedibilidad debe ser efectuada siempre, de manera que más favorezca la jurisdicción. Veamos del propio texto de su fallo, esta posición del TC:

“6. En la STC 2763-2002-AA/TC, este Tribunal señaló que el derecho de acceso a la justicia tiene base constitucional, puesto que se trata de un contenido implícito del derecho a la tutela jurisdiccional, este último reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.

Como tal, garantiza que un particular tenga la posibilidad, real y efectiva de acudir al juez, como tercero imparcial e independiente, con el objeto de encargarle la determinación de sus derechos y obligaciones de orden laboral.

Evidentemente, como sucede con todo derecho fundamental, también el de acceso a la justicia es un derecho que puede ser limitado. Sin embargo, cualesquiera que sean las restricciones o límites que

97 STC 2286-2005-PA/TC, FJ 4.

98 Vid. BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Prólogo de José Luis Cascajo Castro, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 75 y ss.; LOPERA MESA, Gloria Patricia: *El principio de proporcionalidad y la ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 45 y ss.; AGUADO CORREA, Teresa: *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, EDERSA, Madrid, 1999.

se establezcan, la validez de éstos depende de que no obstaculicen, impidan o disuadan irrazonablemente el acceso del particular a un tribunal de justicia.

Uno de los medios por virtud de los cuales dicho derecho se restringe en materia de acceso a la justicia, es el establecimiento de plazos, más o menos extensos, transcurrido el cual no es posible obtener una decisión sobre el fondo del tribunal competente.

Como es obvio, su fijación es una tarea que, en principio, la Constitución ha reservado al legislador ordinario, exigiendo de él la necesidad de respetar su contenido esencial y, además, que la restricción misma satisfaga los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Pero así como el legislador se encuentra vinculado por el derecho, *in suo ordine*, también lo están los órganos jurisdiccionales. De ellos el contenido constitucionalmente protegido del derecho exige que los límites establecidos legislativamente deban interpretarse de manera restrictiva, bajo los alcances del principio *pro actione*, y no de manera extensiva. Se exige así del juez o magistrado judicial que las condiciones y limitaciones del derecho de acceder a la justicia sean comprendidas de manera tal que, frente a un caso de duda, ya sea por la existencia de dos disposiciones o, en una disposición, por la existencia de dos formas posibles de ser comprendidas, se opte por aquella disposición o norma que de mejor forma optimice el ejercicio del derecho fundamental⁹⁹.

Trujillo, Lima, 12 de Octubre de 2004.

*Día de la Virgen Del Pilar.
Revisión Técnica marzo 2013*

99 STC 2070-2003-AA/TC, FJ 6.

CAMBIO DE RUMBO
EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
DE LOS PROCESOS DE CUMPLIMIENTO A LOS PRO-
CESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS
(ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO
AL PROBLEMA DE LA HOMOLOGACIÓN DE HABERES
DE LOS DOCENTES UNIVERSITARIOS)*

Sumario: I. Hechos resumen de la actual tendencia jurisprudencial del TC. II- Antecedentes. III. Algunas consideraciones teóricas en torno al art. 53 de la Ley 23733. 3.1. Disposición y Norma. 3.2. Breve análisis del texto del art. 53 de la Ley 23733. 3.3. ¿Qué derechos regula el art. 53 de la Ley 23733: un derecho objetivo o un derecho subjetivo? 3.4. La homologación: ¿un derecho iluso (“derecho sobre el papel”) o un “verdadero derecho”? 3.5. ¿Estamos ante una norma regla o una norma principio? 3.6. La ponderación como técnica de aplicación que el TC debe tener presente en el cumplimiento del art. 53 de la Ley 23733. 3.7. La interpretación del art. 53 de la Ley Universitaria, no es solamente un problema jurídico, sino un debate de política gubernamental. IV. Derechos fundamentales de configuración constitucional y derechos fundamentales de configuración legal. 4.1. La concepción asumida por el Código Procesal Constitucional respecto a la naturaleza de los derechos fundamentales. 4.2. La posición del Código Procesal Constitucional en torno a los DDF. 4.3. Algunas consideraciones críticas a la posición

* Publicado en *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia*; abril, Tomo IV, Lima, 2006.

del Código Procesal Constitucional. V. Los requisitos de admisibilidad de los procesos de cumplimiento. VI. Breve análisis jurídico del art. 53 de la ley universitaria y su acoplamiento a las exigencias que hoy exige el Tribunal Constitucional. VII. La antigua posición del TC en torno a la homologación de haberes de los docentes universitarios. IX. Las posiciones del derecho fundamental a la homologación. X. Procesos de cumplimiento y procesos contenciosos administrativos. XI. Algunas consideraciones que presentan las “reglas procesales” que ha dispuesto el TC para los futuros procesos contencioso-administrativos. XII. Lo que el TC pudo haber hecho apelando al estado de cosas inconstitucionales: Las sentencias con efectos más allá de las partes. XIII. El intérprete supremo ¿también se equivoca? XIV. Colofón: El pensamiento constitucional peruano: ¿mero postglosador del Tribunal Constitucional peruano? XV. Epílogo: El problema de cumplir con la homologación: más que un problema jurídico, es un problema de decisión política.

NOTA PRELIMINAR

A partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional en nuestra *jurisdicción constitucional*, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial cuentan con una formidable herramienta procesal para crear y asignar determinados contenidos de interpretación a las normas constitucionales. La *inflexión* de la concretización del derecho constitucional peruano a través de los fallos del intérprete supremo, se ve reforzada con lo establecido a través del precedente jurisprudencial vía la sentencia “*con efecto normativo*”. Es en este contexto, donde el TC viene expidiendo una ya importante cantidad de sentencias con efecto normativo y que constituyen en muchos casos la demolición de muchos mitos e ideas arraigadas hasta no hace mucho tiempo por los operadores de nuestro sistema jurídico. A la fecha existen opiniones versadas en pro y contra de muchas de ellas; lo cual no hace más que confirmar la naturaleza permanentemente polémica de muchos fallos. En este marco, se inscriben las presentes reflexiones que vienen a continuación en torno a un derecho largamente postergado y que a la fecha el régimen de Toledo dejara solamente un pequeño saludo a la bandera y que el actual gobierno de Alan García tendrá un reto determinante en este quinquenio; puesto que no basta con la declaración de un régimen de austeridad; sino que las remuneraciones deben ser a partir de lo que la antigua Constitución de 1979 estableciera a través de “*un sistema único homologa las remuneraciones, bonificaciones y pensiones de los servidores del Estado. La más alta jerarquía corresponde al Presidente de la República. A continuación a Senadores y*

Diputados, Ministros de Estado y Magistrados de la Corte Suprema". Y aunque en el caso de los Magistrados, lo más probable es que sus remuneraciones expedidas vía el Decreto de Urgencia 114-2001 que establece los gastos operativos y otros conceptos más sean rebajados; aún así, el tema de la homologación de los haberes de los docentes con el equivalente a los Magistrados sigue siendo brutalmente abismal e injusto. En este marco situacional es que se ubican las líneas que a continuación siguen y que desde el ámbito iuslaboral han sido extraordinariamente abordados por nuestro colega de la Universidad Nacional de Trujillo Dr. Orlando González Nieves, en su artículo: "La Polémica homologación de remuneraciones de la docencia universitaria pública con los Magistrados del Poder Judicial en el Perú. (La desnaturalización política de un proceso técnico largamente postergado)", en *Iuris Lex Societas*, Revista Editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Año I, N°I, pp. 181-226.

I. Hechos resumen de la actual tendencia jurisprudencial del TC

1. A raíz de la STC 1417-2005-AA/TC, caso Manuel Anicama Hernández², vinculado con la STC 0168-2005-PC/TC, expedida el 29 de septiembre de 2005, "en el marco de su función de ordenación que le es inherente y en la búsqueda del perfeccionamiento del proceso de cumplimiento, ha precisado -el Tribunal Constitucional-, con carácter vinculante los requisitos mínimos que debe tener el mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso constitucional indicado" (F.2 de STC 4321-2005-PC/TC).

En mérito a estas sentencias y como consecuencia de lo que establece el art. VII del T.P. del Código Procesal Constitucional (CP-Const.), estos fallos tienen "*efecto normativo*"³; y, a partir de febrero del año 2006, el Tribunal Constitucional ha empezado a resolver por lo menos en cuatro casos (STC 4321-2005-PC/TC, STC 5938-2005-PC/TC, STC 7468-2005-PC/TC, STC 9273-2005-PC/TC) en donde dispone que los procesos de cumplimiento hoy deben declararse improcedentes y

2 Este fallo puede verse en *Palestra del Tribunal Constitucional*, Revista Mensual de Jurisprudencia, Enero, 2006, Año 1, N°. 1, pp. 463 y ss.

3 BAZÁN, Víctor: *Breves notas sobre las previsiones del Código Procesal Constitucional peruano respecto de la labor interpretativa de los jueces y el Tribunal Constitucional*, p. 315.

ser tramitados a través de un proceso paralelo y ordinario, como es el proceso contencioso administrativo.

2. Hasta la STC 1417-2005-AA/TC, se pensaba que los docentes cesantes de las Universidades Públicas que solicitaban actualización, aumento u homologación de sus pensiones, el TC había dispuesto que no debería plantearse ningún tipo de proceso constitucional (amparo o proceso de cumplimiento); sin embargo, esta tendencia jurisprudencial que empezó casi a fines del año pasado hoy se ha extendido a partir del mes de enero a los docentes universitarios activos, debiendo estos procesos de cumplimiento adecuarse a los procesos contenciosos administrativos.

Lo que sigue a continuación son comentarios críticos a esta última posición jurisprudencial del TC. En rigor, el pretexto de los cuatro fallos recientes nos permiten realizar un análisis no exento de un meandro de complejidades frente a la solución que actualmente ha planteado el Tribunal Constitucional; solución que no deja de ser contradictoria y por cierto con dosis de nuevas postergaciones, por cuanto el Colegiado Constitucional ha señalado que los litigios que se ventilen en la jurisdicción ordinaria (PJ), a través de los procesos de cumplimiento, hoy deben pasar a fojas cero e iniciar nuevos procesos contenciosos administrativos; esto, a la postre, en el sentimiento de los docentes subyace una mayor incredulidad e impotencia y, cuando no, de postergación; pues estimamos que aquí en realidad hay una *dilación* innecesaria y que el propio Tribunal Constitucional está afectando la tutela judicial y con ello el acceso a la justicia.

Estimamos que bien puede aún el TC expedir un fallo con efectos más allá de las partes y vía *sentencias exhortativas* y de *recomendaciones al legislador*, como al Ejecutivo, intimar a la administración públicas (MEF) que ejecute en los términos que prescribe el art. 53 de la Ley Universitaria, su cumplimiento.

II. Antecedentes

La Ley Universitaria 23733 se promulgó en noviembre de 1983; a través de esta Ley se regulaba todo el sistema universitario y en la que se comprendió allí un artículo que, ya a los 22 años, los sucesivos gobiernos

no han querido aplicarlo, generando con ello toda una postergación en la comunidad de los docentes de las Universidades Públicas.

En efecto, el art. 53 de la Ley Universitaria expresa lo siguiente:

“art. 53.- Las remuneraciones de los profesores de las Universidades Públicas, se homologan con las correspondientes a la de los Magistrados Judiciales.

Los profesores tienen derecho a percibir, además de sus sueldos básicos, las remuneraciones complementarias establecido por la Ley, cualquiera sea su denominación. La del profesor regular no puede ser inferior a la del Juez de Primera instancia”.

III. Algunas consideraciones teóricas en torno al art. 53 de la Ley 23733

3.1. Disposición y Norma

Cualquier controversia de naturaleza constitucional o, tratándose en este caso de la aplicación de una norma, lleva a desarrollar la distinción que existe entre *disposición* y *norma*. La *disposición* es el texto, la redacción, la formulación lingüística en donde se anidan las normas. Se trata de oraciones jurídicas, o de actos lingüísticos donde está el fraseo o lo escriturario⁴. En cambio la *norma* se le define como el contenido *prescriptivo* de las disposiciones jurídicas. Las normas encierran un juicio debido, prohibido o permitido de determinadas conductas. Estas disposiciones están expresadas en el lenguaje de las fuentes del derecho y es el objeto de la interpretación⁵.

Viene esta distinción teórica a colación, porque tanto la disposición que encierra el art. 53 de la Ley Universitaria como la norma que allí se regula, no resulta ser una formulación abstracta o compleja conforme lo aprecia y en un giro de 180° el TC en fallos recientes, sino que más bien estamos ante una norma clara y sin ambigüedades.

4 Vid. DIAZ REVORIO, F. Javier: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 35 a 37.

5 DIEZ-PICAZO, Luis María; *Sistema de Derechos Fundamentales*; Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 40.

Por lo pronto, podemos señalar que la *relación* entre disposición y norma –por lo menos del primer párrafo del art. 53- es biunívoca, es decir a cada disposición le corresponde una y solo una norma. Decimos esto porque “pueden existir *disposiciones complejas*, de las que derivan varias normas conjuntamente; *disposiciones ambiguas*, de las que pueden derivar varias normas de forma alternativa (una y otra); *disposiciones sinónimas*, en cuyo caso de varias disposiciones deriva la misma norma; o parcialmente sinónimas, cuando de cada una de las disposiciones derivan conjuntamente varias normas, algunas de las cuales coinciden. También pueden haber normas que deriven de una pluralidad de disposiciones consideradas conjuntamente, o incluso normas implícitas, que al menos aparentemente no derivan de ninguna disposición concreta”⁶.

3.2. Breve análisis del texto del art. 53 de la Ley 23733

Sin entrar en disquisiciones teóricas propias de las ciencias jurídicas, podemos evidenciar que el art. 53 expresa claramente que las remuneraciones que perciben los catedráticos “*se homologan*” con las correspondientes a la de los magistrados judiciales. Estamos aquí ante un *operador deóntico* de la norma que impone un mandato claro y cierto; y ello significa que las remuneraciones de los docentes deben ser homologadas con las que gozan los magistrados del Poder Judicial. Homologar de acuerdo a la REA significa “*equiparar, poner en relación de igualdad dos cosas*”. De aquí se concluye que la norma que encierra la disposición no es *potestativa, facultativa o discrecional*; esto es, que si quiere el Gobierno desarrolla o no una política de homologación de haberes para este sector; sino que estamos ante un mandato de una orden clara y terminante.

Si esto es así, muchos se preguntarán qué ha pasado con este re-gateo a desarrollar dicha norma. La respuesta, más que jurídica como equívocamente ven los operadores intérpretes de la norma es, en rigor, política conforme veremos a lo largo de esta problemática.

6 DIAZ REVORIO, Javier: op. cit., p. 37.

3.3. ¿Qué derechos regula el art. 53 de la Ley 23733: un derecho objetivo o un derecho subjetivo?

Aunque pueda parecer algo baladí, resulta importante ver de qué tipo de derecho se trata y regula el numeral 53 que hasta la fecha en todos los gobiernos no se ha podido cumplir y que este régimen de Alejandro Toledo que fenece, apenas si ha dispuesto un plan de homologación que resulta ser incierto en el nuevo gobierno⁷.

En efecto, el término “*derecho*” si bien puede resultar equívoco, según sea el contexto en que se use⁸; bien puede utilizarse aquí bajo dos acepciones ya clásicas⁹. Veamos cómo se aprecian estas dos versiones del derecho en los ejemplos que siguen a continuación:

- a. El derecho peruano prohíbe el aborto.
- b. Las remuneraciones de los profesores de las Universidades Públicas, se homologan con las correspondientes a la de los Magistrados Judiciales.

En el primer supuesto, el derecho alude a un conjunto de reglas que se identifican como “*derecho objetivo*”. En el segundo, se trata en cambio de un atributo propio de ciertos sujetos (los docentes universitarios) y se denomina *derecho subjetivo*.

Guastini en este aspecto es muy claro cuando señala que “un derecho subjetivo no es más que una pretensión atribuida a un sujeto (o a una clase de sujetos, que en este caso es el de la comunidad de los docentes de las universidades públicas) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) (que es en este caso el Ministerio de Economía y Finanzas) a los que se les impone un deber (una obligación correlativa)”¹⁰. Esta obligación que asume el Estado a través del MEF y que lo ejecuta el titular del

7 D.U. 033-2005 y D.S. 121-2005-EF.

8 Gustav Radbruch habla, por ejemplo, de las “formas estilísticas del derecho”, entre otras, a los derechos subjetivos y derechos objetivos (cfr. *Introducción a la filosofía del derecho*, Séptima reimpresión, FCE, México, pp. 84 y ss).

9 Ver, por ejemplo, a PEREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 49 y ss.

10 GUASTINI, Ricardo: *Estudios de teoría constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas; México, 2001, p. 214.

pliego presupuestal de cada Universidad (el Rector), es homologar los haberes que perciben los docentes, con las que percibe cada magistrado.

Es claro que el art. 53 sí recoge un derecho y éste es subjetivo. Poseer un derecho subjetivo frente a un determinado sujeto significa que es posible exigirle un determinado comportamiento: ese es el “*contenido*” del derecho subjetivo. El contenido de un derecho subjetivo, en definitiva, no es más que el comportamiento que el titular del derecho puede exigir a otro sujeto. Se trata, en consecuencia, de una *pretensión justificada* la que reivindica la comunidad de los docentes universitarios organizados a través de su gremio que es la Federación Nacional de Docentes Universitarios del Perú (FENDUP). Resulta aquí elocuente lo que explicita textualmente Riccardo Guastini “Ahora bien, ¿qué puede justificar o fundamentar un derecho? Una norma, naturalmente (y nada más). Por lo tanto la noción de “derecho” (en sentido subjetivo) es el resultado, por así decir, de la combinación de un elemento “subjetivo”, una pretensión, y de un elemento “objetivo”, una norma. Los derechos, pues, son *relativos*: relativos a una norma o a un sistema de normas que los configura”¹¹.

3.4. La homologación: ¿un derecho iluso (“derecho sobre el papel”) o un “verdadero derecho”?

En su momento Norberto Bobbio estableció que “el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de *justificarlos*, como el de *protegerlos*. Es un problema no filosófico, sino político”¹².

En efecto, para garantizar un derecho no es suficiente proclamarlo, es necesario además disponer de los mecanismos adecuados para su protección. Y por lo demás, es obvio que, en este caso, la garantía del derecho a la homologación no está regulada por el mismo art. 53. Normalmente, a todo derecho le corresponde un remedio procesal que en sede judicial se disponga su cumplimiento¹³. Siguiendo aquí más de cerca a Guastini, la tutela jurisdiccional de un derecho presupone, por lo menos, dos aspectos:

11 GUASTINI, Ricardo: op. cit; p. 215.

12 BOBBIO, Norberto: “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Atalaya editores, Madrid, 1988, pp. 117-129, específicamente p. 128.

13 Vid. BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A.: *Jurisdicción y Ejecución en la tradición Romana-Canónica*, Palestra Edit., Lima, 2005, pp. 239 y ss.

- a. Que el derecho a la homologación posea un contenido preciso;
- b. Que dicho derecho, a su vez, pueda ser ejercido o reivindicado frente a un sujeto determinado, también en forma precisa (una contraparte)¹⁴.

En este caso, conforme veremos líneas abajo, el TC en los dos primeros procesos de cumplimiento sobre la homologación que le llegó a su sede, se pronunció a favor de la demanda de cumplimiento, aún cuando en el caso Enrique Pestana Uribe, éste lo dirigió contra la Rectora; y en el caso del Cuzco el Rector lo interpuso contra el MEF. En ambos, el TC declaró fundada dichas pretensiones. No obstante, debe quedar claro que si bien las universidades, a través de los rectores, son éstos los titulares de los pliegos presupuestales de su institución, quien en realidad define las partidas presupuestales no son los Rectores o las Universidades propiamente dichas, sino el Poder Ejecutivo y más propiamente el MEF¹⁵.

En resumen, dirá Guastini “un derecho de un sujeto determinado es susceptible de tutela si, y solo sí a ese derecho le corresponde el deber otro sujeto claramente determinado, y si el deber en cuestión se refiere a un comportamiento igualmente determinado”¹⁶.

Esta situación lleva ya a decantar, si en el caso de los derechos de los docentes a percibir una remuneración debidamente homologada a las remuneraciones, por lo menos básicas de los docentes, constituyen en puridad “verdaderos derechos” o simplemente estamos ante un derecho que irónicamente Lasalle calificara respecto a las Constituciones

14 Loc. cit; p. 220.

15 Justamente la ley 28603, que restaura la vigencia del art. 53 de la ley 23733, Ley Universitaria, establece en su art. 2 que: “La aplicación de la presente ley se atenderá con cargo a los presupuestos de las respectivas instituciones para cuyo efecto el Ministerio de Economía y Finanzas proveerá los recursos necesarios”.

16 Idem. ibid; p. 220. En este sentido se pronuncia Gregorio Peces-Barba Martínez que: “Un derecho fundamental es un derecho subjetivo cuando frente al titular del derecho, sujeto activo, existe un sujeto identificable obligado por ese derecho, sujeto pasivo. Decimos que existe un derecho fundamental en este caso, cuando su titular A tiene derecho a exigir X de B, o visto desde el obligado cuando existe un deber de realizar X por parte de B”. Vid. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1995, p. 462.

como simples “*hojas de papel*”¹⁷, o como califica Guastini derechos “*sobre el papel*”.

¿Cuándo estamos ante “verdaderos derechos”, *sensu stricto*; y cuándo, ante derechos “*sobre el papel*”?

a. Son “verdaderos derechos” aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones:

* Son susceptibles de tutela jurisdiccional; pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado, y su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida.

b. Son derechos “sobre el papel” –derechos ficticios- todos aquellos que no satisfacen algunas de estas condiciones.

Si bien Guastini se sincera que puede haber “derechos subjetivos” que pueden ser derechos “sobre el papel”, éstos son los *derechos sociales* o derechos fundamentales de la segunda generación, que son los derechos de naturaleza *prestacional*¹⁸.

3.5. ¿Estamos ante una norma regla o una norma principio?

Uno de los apasionantes temas que la actual literatura constitucional y procesal constitucional contemporánea, precedida, por cierto, por

17 “De nada sirve lo que se escriba en una *hoja de papel*, si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder” (pag. 116); “... Todo país tiene necesariamente una Constitución real y efectiva, pues no se concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales de poder, cualquiera que ellos sean”; LASALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?* (Estudio preliminar de Eliseo Aja), Ariel, Barcelona, 1984, p. 99.

18 Si bien existe sobre el particular una ubérrima bibliografía sobre esta problemática; entre las que privilegiamos al profesor lusitano José Joaquín Goméz Canotilho: “Tomemos en serio los silencios de los Poderes Públicos y los derechos emanados de las normas jurídicas y a la protección contra las omisiones normativas” en DE FIGUEIREDO TEXEIRA, Salvio (Coordinador): *As Garantias do cidadao na justica*; Saraiva, Sao Paulo, 1993, p. 351 y ss; y más específicamente a ALONSO GARCÍA, Enrique: “Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalización de los derechos prestacionales del “welfare state” en norteamérica”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 4, N°. 11, mayo-agosto, 1984, pp. 139-194. Y más recientemente a PECES-BARBA, Gregorio: *Derechos sociales y positivismo jurídico (estudios de filosofía jurídica y política)*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, 1999, pp. 61 y ss.

la *teoría de la argumentación jurídica*¹⁹ indica es la distinción formulada por Esser entre principio y norma y con la dicotomía de reglas y principios de Dworkin²⁰; pero que aquí sólo nos interesa la eficacia de las disposiciones –sean estas constitucionales o legales– en torno a las normas reglas o normas principios.

Robert Alexy ha señalado que las normas jurídicas, por su estructura puede expresarse a través de reglas o principios. En el caso de las *normas reglas*, estas son las típicas normas que establecen en su enunciado un *supuesto de hecho* y una *consecuencia jurídica*: “dado A, debe ser B”. Así, v. gr. “El que mata a otro será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de veinte años” (art. 106 del CP). Aquí estamos ante una típica *norma regla*, y para su *aplicación* funciona la técnica de la *subsunción* que consiste en determinar si una conducta encaja o no dentro del supuesto de hecho. En buena cuenta, para las *normas-reglas* se aplica la consecuencia jurídica si se da el supuesto de hecho que preconiza la norma. En este caso, si alguien matare a otro, la consecuencia esta allí estipulada en una determinada condena. En cambio, las *normas-principios* son mandatos de optimización de un determinado valor o bien jurídico. Son normas que ordenan que el valor o bien jurídico que ellas regulan se ha ejecutado o realizado en la mayor medida posible. En este tipo de normas opera la *técnica de la ponderación*.

Normalmente las normas-principios tienen un común denominador: su *vaguedad*; esto es, lo que ellos prescriben no está bien delimitado hasta donde llega el ámbito de la realidad que ellos pretenden normar. Pero, por otro lado, como aclara Víctor Ferres²¹, *vaguedad* no es lo mismo que *ambigüedad*. Se podría efectivamente decir que el art. 53 puede acusar una *vaguedad* pero no una *ambi-*

19 ETO CRUZ, Gerardo: “Algunas consideraciones en torno a las teorías de la argumentación jurídica de Theodor Viehweg, Chaïn Perelman y Robert Alexy”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Editorial Nuevo Norte, Trujillo, 2002; un trabajo orgánico en el Perú es el de SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel: *La argumentación jurídica*; Jurista editores, Lima, 2004.

20 DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*; Planeta Agostini, 1993, pp. 77 y ss; una réplica que formula H.L.A. HART puede verse en: *Post scriptum al concepto de derecho*, Penélope Bulloch y Joseph Raz editores, estudio preliminar, traducción y notas de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000, pp. 75.

21 FERRES COMELLA, Víctor: *Justicia constitucional y Democracia*, CEPC, Madrid, 1997, pp. 19-24.

güedad. Y es que la vaguedad es frecuente en la norma –constitucional o no– donde se regulan derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales; y precisamente los alcances y naturaleza de este tipo de normas de contenido prestacional, llevan al operador intérprete de la norma a incorporar en su exégesis, ya no solamente un razonamiento jurídico; sino también de *filosofía política*²², de conducta ética del gobierno²³; pues aquí se presenta un amplio abanico de interpretaciones metajurídicas que también deben asumir los jueces²⁴.

Asumiendo que el art. 53 efectivamente no es una simple *norma-regla* sino una *norma-principio*, surge aquí la interrogante siguiente: ¿Qué debe optimizarse? Nosotros respondemos la homologación de haberes; ¿hasta donde debe llegar la optimización? Hasta que se

22 El candidato de aquel entonces, y hoy Presidente Alejandro Toledo en la UNM-SM se comprometió a homologar a los docentes; y en la actualidad los Candidatos Alan García, tácitamente lo ha señalado en diversos discursos, tanto como Edmundo Murrugarra, respresentando a Humala justamente en un evento organizado por la FENDUP sobre el Foro “Desarrollo de la Universidad Pública Peruana 2006-2011” entre los días 1 y 2 de marzo de 2006, igualmente aceptaba el tema de la homologación, pero bajo ciertas condiciones. Al respecto, es elocuente, desde la óptica de la filosofía política lo que expresa el gran pensador Italiano Norberto Bobbio: “¿A qué están llamados los príncipes (donde por “príncipe” se entiende en general cualquier detentador del sumo poder político)? ¿A cumplir los pactos o a “realizar grandes cosas”? Y si por respetar los pactos no logran hacer grandes cosas, ¿pueden ser considerados buenos políticos? Si para ser considerado buenos príncipes deben violar las normas de la moral, ¿de ello no se desprende que moral y política no coinciden, por lo menos desde el punto de vista del criterio del juicio sobre lo que está bien y lo está mal?”, en BOBBIO, Norberto: *El filósofo y la política. Antología*, Estudio preliminar de José Fernández Santillán, FCE, México, 2002, p. 145.

23 Expresaba Montesquieu: “Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentre límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por disposición de las cosas, el poder frene al poder”; en *Del espíritu de las leyes*; Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro De Vega, Tecnos, Madrid, 1993, p. 106.

24 Señala Robert Alexy que “en la medida en que los derechos tienen el carácter de mandato de optimización, “no se trata en ellos de derechos definitivos, sino de derechos *prima facie* que, cuando entran en colisión con bienes colectivos o con derechos de otros, pueden ser restringidos”. Anota Alexy que “Sólo los derechos con carácter de reglas son derechos definitivos”, *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 185.

homologue con la equivalencia de los magistrados a un 100%²⁵. Aquí ya no se trata de argumentos de sensibilización (por ejemplo, que los docentes deben ganar una remuneración digna acorde a su condición de académicos); sino que el TC no debe soslayar que el art. 53 es una *norma-principio* que debe ser objeto de una ponderación expresada en una aplicación optimizada.

3.6. La ponderación como técnica de aplicación que el TC debe tener presente en el cumplimiento del art. 53 de la Ley 23733.

Y ya que se ha venido aclarando que el art. 53 es una norma principio cuya pauta de aplicación se expresa a través de la ponderación, el TC en la STC 1417-2005-AA/TC ya se pronunciaba (FJ. 11) de que las normas reglas “constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización”. La técnica de ponderación equivale a “sopesar”, se trata aquí de evaluar las razones a favor de un valor y otro a fin de hallar el punto de equilibrio entre ambos, para que resulte más apropiada al caso concreto.

El primer problema que se ha venido planteando en este caso es el equilibrio presupuestal. Así, se ha argumentado en sede del MEF que, una eventual incorporación de la homologación al 100% significaría aproximadamente la suma de 350 a 370 millones de nuevos soles, lo cual presupondría un desequilibrio presupuestal.

- a. Frente a esta situación, a lo largo de todos los regímenes políticos desde 1980 hasta la fecha, han preferido aplicar la fórmula filosófica conocida como la “*navaja de ockham*”: siempre que un problema admite más de una solución debe preferirse la más senc-

25 Al respecto el Gobierno de Toledo vía el DS. 121-2005-EF declaró el inicio de un llamado programa de homologación. Para ello, por Ley 28603 restauró la vigencia del art. 53 de la Ley Universitaria que había sido declarada en suspenso por la décima disposición final de la Ley del Presupuesto para el año fiscal 2005. Y luego ha dictado una serie de normas como el D.U. 033-2005 en donde dispone el inicio del plan de homologación hasta por un 10% que correspondería hasta junio y que por Ley N°. 28701, existe un crédito suplementario que lo ha extendido hasta diciembre; empero el panorama se presenta incierto respecto a los siguientes años fiscales; y peor aún con la actual coyuntura del nuevo Gobierno entre los dos candidatos eventuales que asuman como es Alan García u Ollanta Humala.

lla²⁶. Irónicamente la más sencilla ha sido en todos los gobiernos no homologar nada y así presuntamente no habría desequilibrio presupuestal.

- b. La segunda exigencia en la técnica de ponderación es que, una vez que se ha verificado que no hay solución posible al margen de la colisión entre valores²⁷, es preciso determinar cuál de ellos es más digno de protección. Es verdad que el problema de homologación trae parejamente una serie de factores que confluyen como son –aparte del tema presupuestal– otros aspectos conexos como homologar a los docentes sin que éstos tengan ciertos requisitos²⁸; esta situación puede generar otros complejos problemas como puede ser la *arbitraria exclusión de beneficios*²⁹. En realidad estimamos que el TC con los fallos recientes como son STC 4321-2005-PC/TC, STC 5938-2005-PC/TC, STC 7468-2005-PC/TC, STC 9273-2005-PC/TC, ha *inflexionado* no dando solución al problema, sino simplemente postergarlo *sine die* vía un complejo y contradictorio proceso que en realidad, conforme veremos luego, no tiene nada de “contencioso-administrativo”.

26 La *navaja de Occam* (o navaja de Ockham, o principio de economía o de parsimonia) hace referencia a un tipo de razonamiento basado en una premisa muy simple: *en igualdad de condiciones la solución más sencilla es probablemente la correcta*. Es un principio atribuido al fraile franciscano inglés del siglo XIV Guillermo de Ockham que forma la base del reduccionismo metodológico. En su forma más simple, el principio de Ockham indica que las explicaciones nunca deben multiplicar las causas sin necesidad. Cuando dos explicaciones se ofrecen para un fenómeno, la explicación completa más simple es preferible. Si un árbol achicharrado está caído en tierra, podría ser debido a la caída de un rayo o debido a un programa secreto de armas del gobierno. La explicación más simple y suficiente es la lógica –mas no necesariamente la verdadera– según el principio de Occam. En el caso de árbol, sería la caída del rayo.

27 Siguiendo aquí a Robert Alexy (Cfr. *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 186 y ss) podríamos señalar que el conflicto que en este caso se presenta es respecto a los derechos que tienen los docentes universitarios a su homologación frente a otros valores que bien pueden ser otros “bienes colectivos”.

28 En rigor se trata de la *meritocracia* que en parte ya se formula en el DU. 033-2005 en donde se exige ciertos requisitos (art. 4) para que el docente acceda al llamado *programa de homologación*.

29 Por ejemplo por qué los docentes universitarios tienen derecho a una homologación y por qué no otros sectores como los de salud, policía, maestros, etc.

- c. En tercer lugar, la técnica de la ponderación no suministra respuestas en términos de sí o no (que corresponde a la técnica de subsunción de la norma-regla), sino de más o menos. En tal sentido, la aplicación de la ponderación de la norma no tiene por qué ser necesariamente la prioridad absoluta de uno de los valores (bienes colectivos), a costa del concreto sacrificio del otro. Aquí juega la utilización del criterio de *proporcionalidad* que curiosamente el Supremo Gobierno, ya en las postrimerías de su mandato, ha optado, pero sin una seguridad jurídica.

Como se podrá apreciar, el TC todavía puede inflexionar su reciente posición en torno a los procesos de cumplimiento; y esta vez, bajo otras premisas hermenéuticas, aplicar los “*mandatos de optimización*”.

3.7. La interpretación del art. 53 de la Ley Universitaria, no es solamente un problema jurídico, sino un debate de política gubernamental.

Efectivamente, más allá de lo que puede presentar los problemas técnicos-jurídicos del art. 53, cuyo delineamiento lo ha establecido el TC en los fundamentos 14, 15 y 16 de la STC 0168-2005-PC, creemos que igualmente se debe incorporar un debate de política gubernamental del que está subyacente esta problemática.

En efecto, sumado a todos los recodos que la teoría de la argumentación jurídica pueda esgrimir para declarar fundada, infundada o improcedente un proceso de cumplimiento o los futuros procesos contenciosos administrativos, es bueno que el TC considere y asuma una *moral crítica* en torno a esta problemática. No estamos hablando aquí de una *moral positiva* o *moral social*. La *moral crítica* da argumentos de *naturalidad prescriptiva*, en tanto trata de indicar qué comportamiento es bueno o justo ante un problema dado³⁰. En este caso, no cabe duda que el TC, más allá de lo que presuponen los problemas éticos y jurídicos³¹, en realidad hay una reprochable actitud del gobierno, tanto históricamente desde el régimen político de Acción Popular (1980-1985), del APRA (1985-1990),

30 DIEZ-PICAZO, Luis Manuel: *Sistema de derechos fundamentales*; op. cit, p. 44.

31 Vid. BONDENHEIMER, Edgar: *Teoría del Derecho*; específicamente el capítulo sobre derecho y moral; p. 94 - 103.

del régimen de Cambio Noventa (1992-1992) y del régimen de la corrupción institucional de Fujimori-Montesinos (1992-2000), e incluso el presente régimen de Alejandro Toledo y probablemente el problema se mantenga con el nuevo gobierno que se instale a partir de julio de 2006³².

La *moral positiva* no es de gran ayuda en el presente caso; de aquí que la argumentación moral que se viene señalando tiene que estar dirigida a que el TC defina en una eventual sentencia sobre el problema de la homologación, una sentencia atípica de naturaleza no sólo exhortativa, sino “de recomendaciones al legislador”. Estos aspectos ya se verán en el epílogo del presente trabajo.

Así por ejemplo, el TC ya ha señalado en la STC 3149-2004-AC/TC una *moral crítica* en torno a un problema similar: “Esta actitud de resistencia a acatar las disposiciones legales, a la larga genera desesperanza en los justiciables respecto de las soluciones que ofrece el derecho, deslegitima el Estado Democrático ante los ciudadanos; así mismo dada la cantidad de demandas de amparo o de cumplimiento a las que se ven obligados a recurrir las personas afectadas con estas prácticas, dicha actitud se evidencia como sistemática por parte de los funcionarios de los sectores involucrados en este caso” (F. 6).

3. Más evidente es el fundamento 8 que aquí textualmente insertamos y que de una u otra manera vinculan y relacionan con los procesos de cumplimiento. Veamos:

“8. Este Tribunal considera que esta práctica constituye, además de un incumplimiento sistemático de las normas, una agresión reiterada a los derechos del personal docente. No es admisible, e incluso carece de toda racionalidad, si se tiene en cuenta que es el propio Estado, a través del presupuesto público, quien solventa los gastos de procuradores y abogados que acuden a los procesos a “defender” a los funcionarios emplazados con estas demandas, quienes en la mayoría de los casos, ante la irrefutabilidad de los hechos, se limitan a argumentar que “no existe presupuesto” o que, “teniendo toda la buena voluntad de cum-

32 Un claro ejemplo de la moral crítica es la que nos proporciona Luigi FERRAJOLI en torno a una heterodoxa “*tipología de los poderes salvajes*” que subyacen en el Estado. (Cfr. *El garantismo de la filosofía del derecho*, traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 65 y ss; específicamente pp. 126 y ss.

plir con las resoluciones”, no obstante, los beneficiarios “deben esperar la programación de parte del Ministerio de Economía y Finanzas”. En otros casos, contra un elemental principio ético en el ejercicio de la abogacía, los “defensores” de la administración apelan a argucias procesales solicitando que se declaren improcedentes las demandas de cumplimiento alegando, entre otros reiterados formulismos, que no existe renuencia “debido a que se han hecho todas las gestiones sin tener respuesta favorable”, argumento que, lamentablemente, en más de una ocasión, ha prosperado ante los tribunales, dejando a los justiciables sin remedio legal que pueda solucionar su angustia de justicia, generando, en forma absolutamente comprensible, una actitud de total escepticismo, cuando no de repudio a todo el sistema de justicia. A esto debe agregarse que estos procesos, iniciados por el simple desacato de funcionarios renuentes y poco sensibles con los derechos de los ciudadanos, suponen buena parte de la carga procesal de los tribunales y, si llegan hasta instancia constitucional, significan un enorme despliegue de esfuerzo humano con cargo, una vez más, al presupuesto público. Esta práctica de funcionarios colocados en los más altos estratos de la burocracia del Estado supone también, por otro lado, un grave menoscabo a los fondos públicos, argumento que, paradójicamente, en más de una ocasión, se esgrime cuando los tribunales pronuncian sentencias amparando los derechos que la Constitución reconoce” (F. 8 de la STC 3149-2004-AC/TC).

Sin lugar a dudas, esta posición del TC lleva a reconocer una valoración positiva del TC peruano, en tanto, como señala Peter Häberle “El Tribunal Constitucional puede acelerar (o retrasar) muchas cosas. Sus cambios de agujas tienen efecto *configurador* para la tradición y el progreso”³³. En el problema de la homologación, estimamos que a 22 años de incumplimiento, amerita un gran reto, que sea el régimen político socialdemócrata o nacionalista que asuma el Gobierno, pero que el TC debe desencadenar jurisdiccionalmente un desarrollo de este postergado derecho.

33 HÄBERLE, Peter: *El Tribunal Constitucional como poder político*, (Traducción de Joaquín Brage Camazano) Separata del N°. 125 de la Revista de Estudios Políticos; julio-septiembre, 2004; p. 34.

IV. Derechos fundamentales de configuración constitucional y derechos fundamentales de configuración legal

4.1. La concepción asumida por el Código Procesal Constitucional respecto a la naturaleza de los derechos fundamentales

Aunque existe en la Teoría General de los Derechos Humanos una aceptación de que es preferible utilizar el término “*derechos fundamentales*” antes que el laxo y anfibológico término “*derechos humanos*” que resulta ser en el discurso lexical³⁴ un término tautológico –todos los derechos son para los seres humanos–, la expresión derecho fundamental “son el reflejo, en el interior de la Constitución, de los derechos de la persona, es decir, de esa pluralidad de manifestaciones concretas de la libertad y dignidad humanas en las que éstas, como respuestas a otras tantas formas concretas de amenaza a las mismas, han venido plasmándose, cuando menos desde la edad moderna”³⁵.

No obstante, existe una polémica aun no cerrada si estos derechos fundamentales deben estar recogidos en las Constituciones o también en otros tipos de normas, como pueden ser las leyes ordinarias. Y es aquí donde surge la llamada “*concepción formal*” y “*concepción material*” de los derechos fundamentales. La primera postura –*concepción formal*– predica que sólo son DDFD aquellos que están recogidos o normados en las Constituciones. Subyace en esta concepción el *contenido esencial* granítico, pétreo o de resistencia de estos derechos frente a la Ley³⁶. La concepción material, en cambio plantea la tesis de que los DDFD son tales, independientemente de que estén recogidos en normas supremas como son las Constituciones o las leyes ordinarias. En tal perspectiva Luigi Ferrojoli ha señalado que los DDFD serían aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas –o, en su caso, sólo a los ciudadanos– por el mero hecho de serlo. Se trataría de

34 BARRANCO AVILES, María del Carmen: *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Edit. Trotta, Madrid, 1999, p. 17.

35 CRUZ VILLALÓN, Pedro: “Derechos Fundamentales”, en ARAGÓN, Manuel (Coordinador): *Temas básicos del derecho constitucional*, T. III, Civitas, Madrid, 2001, p. 107.

36 JIMENEZ CAMPO, Javier: *Derechos Fundamentales. Concepto y Garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 17.

derechos inherentes y consustanciales a la condición de persona o ciudadano. Esta definición innegablemente asume partida por una *concepción material* de los DDDF.

4.2. La posición del Código Procesal Constitucional en torno a los DDDF

Vienen estas reflexiones para poner en evidencia que el CP-Const., ha asumido una posición aparentemente formal en torno a la tutela de los DDDF. Esto es, que sólo resultaría ser procedente un proceso constitucional de la libertad (hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento) cuando los hechos y el petitorio de la pretensión están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (art. 5,1); y ello se pone con mayor énfasis en esta posición formal cuando en el art. 38 se precisa que “no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegido del mismo”.

En esta línea el TC ha explicitado en el caso Anicama Hernández (STC 1417-2005-AA/TC) respecto a los derechos de sustento constitucional directo lo siguiente:

“9. Existen determinados derechos de origen internacional, legal, consuetudinario, administrativo, contractual, etc., que carecen de fundamento constitucional directo, y que, consecuentemente, no son susceptibles de ser protegidos a través del proceso de amparo.

La noción de “sustento constitucional directo” a que hace referencia el artículo 38° del CPConst., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55° de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposicio-

nes conforman el denominado cánón de control constitucional o “bloque de constitucionalidad”.

De ahí que el artículo 79° del CPConst., establezca que “para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar (...) el ejercicio de los derechos fundamentales”.

10. Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa.

Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente”. (F. 9 y 10).

De lo que se colige que sólo resulta ser admisible *-prima facie-* la tutela de los DDFV vía la jurisdicción constitucional de la libertad cuando dichos derechos tienen una configuración constitucional directa.

No obstante la inflexión que hace el TC para morigerar la concepción formal que en realidad acusa el Código Procesal Constitucional, estimamos que en el caso de los procesos de cumplimiento, la judicatura ordinaria no tendría por qué tener el corsé que le impone el propio CP-Const., de admitir procesos de cumplimiento, sólo cuando éstos tienen una afectación de un derecho de *contenido constitucional directo*; porque en el caso de los procesos de cumplimiento se trata aquí de enervar la *inactividad material* de la administración³⁷ cuyos comportamientos omisivos no van a necesariamente proteger pretendidos derechos constitucionales; sino que, en este *sui géneris* proceso se trata de la naturaleza del *mandamus* que impone su admisibilidad frente a omisiones de *actos debidos* y en donde se afectan heterodoxos derechos que dimanan o bien de la Constitución, de un Tratado, de una Ley o de un acto administrativo. En consecuencia, técnicamente el proceso constitucional de cumplimien-

37 CARPIO MARCOS, Edgar y ETO CRUZ, Gerardo: *El control constitucional de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado (Reflexiones en torno al caso peruano)*, Fundap edit., México, 2004, pp. 121 y ss.

to en rigor no tiene encaje con los demás procesos en donde, como diría Gómes Canotilho tutelan derechos constitucionales líquidos. Así, el hábeas corpus es el instrumento *nom plus ultra* para la tutela de la libertad individual en sus diversas variantes; el hábeas data tutela dos segmentos de derechos fundamentales como es el acceso a la información de las reparticiones públicas y la autotutela de la información personalizada; y el amparo que protege los demás derechos constitucionales.

Es en esta lógica en donde justamente el TC ha dado un giro de 180° para los procesos de cumplimiento, como también para otros procesos pero, en el caso que nos ocupa, los procesos de cumplimiento han derivado a un proceso ordinario en donde se debe a partir de ahora para adelante, tramitar como proceso contencioso-administrativo.

4.3. Algunas consideraciones críticas a la posición del Código Procesal Constitucional

No obstante lo saludable y positivo que hoy entraña que en nuestro modelo de jurisdicción constitucional se cuente con una herramienta ordenada y sistematizada como es el Código Procesal Constitucional que, como sabemos, resulta ser históricamente acaso el primer Código de esta naturaleza en el mundo³⁸, no deja de resentir el criterio de que los DDHH sólo deben estar configurados en sede constitucional directa. Y ello porque en el caso de los procesos constitucionales de cumplimiento, bien analizada su naturaleza jurídica y lo que ella protege, en puridad, no tutelan ciertamente, “derechos de contenido constitucional directo”.

Quien analice el objeto que le ha delineado el Código, podrá advertir allí de que no permite una tutela de acuerdo a los requerimientos que prescribe el art. 5 inc. 1, concordante con el art. 38; en tal perspectiva, la reciente posición del TC, no resulta ser la más acertada, puesto que, al diferenciar en el caso Anicama Hernández la distinción legítima entre DDF de configuración constitucional de los DDF de configuración legal ordinaria, dicho diseño no debe vincularse necesariamente a los procesos de cumplimiento; y peor aún, en el caso de los docentes que

38 ETO CRUZ, Gerardo y PALOMINO MANCHEGO, José: “En tres análisis: el primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales”, en PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coordinador): *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudio homenaje a Domingo García Belaunde*, Editora jurídica Grijley, T. I, 2005, pp. 283 - 308.

solicitan que se cumpla justamente lo que dispone la norma establecida en el art. 53 de la Ley 23733.

V. Los requisitos de admisibilidad de los procesos de cumplimiento

1. La jurisdicción constitucional en el Perú está expresada, siguiendo la distinción que hiciera Mauro Cappelletti, en dos grandes contenidos –fuera de la jurisdicción supranacional–: la jurisdicción constitucional de la libertad y la jurisdicción constitucional orgánica. En la primera se establece un conjunto de instrumentos procesales para la tutela de los DDFD de las personas, y en ella se ubica el proceso de cumplimiento.

En el diseño normativo de este proceso, el TC ha inflexionado los requisitos de admisibilidad. Así, en la STC 0168-2005-PC/TC expedida el 29 de septiembre de 2005 ha establecido los siguientes requisitos en los fundamentos 14, 15 y 16 que aquí *in extensu* se inserta:

“14. Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional.

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

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

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

15. Estos requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento, diseñado por nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

16. Del mismo modo, en este tipo de procesos el funcionario o autoridad pública tiene un deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. Asimismo, en ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que, comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas descritas, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.”

2. ¿Los procesos de cumplimiento para homologar los haberes de los docentes universitarios con la correspondiente a la de los magistrados del Poder Judicial gozan de las características mínimas previstas para su exigibilidad según la STC 0168-2005-PC/TC?

A lo largo de los recientes fallos expedidos por el TC (STC 4321-2005-PC/TC, STC 5938-2005-PC/TC, STC 7468-2005-PC/TC, STC 9273-2005-PC/TC) ha señalado textualmente lo siguiente:

“1. Que el demandante solicita que se dé cumplimiento al artículo 53° de la Ley N.º 23733 Ley Universitaria y el artículo 177° del Estatuto de la Universidad Nacional del Centro del Perú; asimismo, que se disponga la homologación de sus remuneraciones, correspondientes a los Magistrados Judiciales, así como el

reintegro de los devengados correspondientes, más los intereses de ley, y la indemnización por daños y perjuicios por la suma de veinte mil nuevos soles por el grave daño moral y económico y se aplique a la demandada el artículo 11° de la Ley N.° 23506.

2. Que este Colegiado, en la STC N.° 0168-2005-PC, expedida el 29 de setiembre de 2005, en el marco de su función de ordenación que le es inherente y en la búsqueda del perfeccionamiento del proceso de cumplimiento, ha precisado, con carácter vinculante, los requisitos mínimos que debe tener el mandato contenido en una norma legal o en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso constitucional indicado.

3. Que, en los fundamentos 14, 15 y 16 de la sentencia precitada, que constituyen precedente vinculante conforme a lo previsto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se han consignado tales requisitos, estableciéndose que estos, en concurrencia con la demostrada renuencia del funcionario o autoridad pública, determinan la exigibilidad de una norma legal o acto administrativo en el proceso de cumplimiento, no siendo posible recurrir a esta vía para resolver controversias complejas. Por tal motivo, advirtiéndose en el presente caso que el mandato cuyo cumplimiento solicita la parte demandante no goza de las características mínimas previstas para su exigibilidad, la demanda debe ser desestimada.

4. Que, en consecuencia, conforme a lo previsto en el fundamento 28 de la sentencia anteriormente citada, se deberá dilucidar el asunto controvertido en el proceso contencioso administrativo (vía sumarísima), para cuyo efecto rigen las reglas procesales establecidas en los fundamentos 54 a 58 de la STC N.° 1417-2005-PA reiteradas en la STC 0206-2005-PA/TC.

Por estos considerandos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

RESUELVE

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

2. Ordenar la remisión del expediente al juzgado de origen, para que proceda conforme se dispone en el fundamento 28 de la STC N.º 0168-2005-PC”.

Estos fallos recientes que han empezado a expedirse entre los días 9 de enero y 2 de febrero probablemente cambien el rumbo de miles de docentes que en forma colectiva han interpuesto sus correspondientes procesos de cumplimiento para enervar la actitud omisiva, contumaz y renuente del MEF en cumplir lo que dispone el art. 53 de la Ley 23733. Sin embargo, habría que preguntarse, como hemos sugerido líneas arriba, si la exigencia que impone hoy el TC respecto a dichos requisitos de admisibilidad se dan o no en estos procesos en torno a la homologación de los docentes universitarios.

VI. Breve análisis jurídico del art. 53 de la ley universitaria y su acoplamiento a las exigencias que hoy exige el Tribunal Constitucional

Interesa aquí hacer un breve brochazo panorámico de lo que hoy exige el TC para que la judicatura ordinaria admita *prima facie* las acciones de cumplimiento en torno a la homologación y no sea objeto o bien de una sentencia que declara improcedente la pretensión o bien de un rechazo *in limine* de la misma.

1. El art. 53 de la Ley Universitaria, sigue siendo un *mandato vigente* pese a que por Ley del presupuesto del año fiscal 2005, Ley N° 28427, en su Décima Disposición Final, había impuesto una *vacatio legis* al mencionado art. 53; sin embargo y como consecuencia de la huelga general indefinida de todos los docentes universitarios en el año 2005, el Parlamento se vio obligado a restaurar la vigencia del art. 53 a través de la ley 28603. En consecuencia, esta primera característica o requisito es claro y terminante, pues dicho numeral sigue vigente.

2. El artículo en mención es *cierto y claro* y apelando a la REA se infiere que homologar como ya se tiene dicho equivale a “equiparar u igualar”, en este caso las remuneraciones de los Magistrados que deben ser equivalente a la de los docentes Universitarios. Así las cosas, se trata pues de un mandato cristalinamente abierto, sin ningún margen de penumbra; trátase de un horizonte de obligación estatal que el legislador le

ha impuesto a la autoridad administrativa, recayendo en este caso, como veremos luego, básicamente en el Ministerio de Economía y Finanzas. Es más, el propio TC en el precedente del proceso de cumplimiento instaurado por el Rector José Artemio Olivares Escobar dispuso en la STC 1951-2003-AC/TC lo siguiente:

“Siguiendo el criterio establecido en el caso Juan Enrique Pestana Uribe (Exp. N.º 256-2002-AA/TC), debe señalarse que el artículo 53º de la Ley N.º 23733 dispone de *manera clara, expresa e inobjetable*, la homologación de las remuneraciones de los profesores de las universidades públicas con las correspondientes a los magistrados judiciales” (F.2 subrayado nuestro).

3. El tercer requisito establece que la norma no debe estar sujeta a controversia compleja ni a interpretaciones dispares. Pues bien, la única controversia supuestamente compleja que subyace en esta problemática es que el Ministerio de Economía ha venido argumentando que la responsabilidad del cumplimiento del art. 53 de la Ley 23733 corresponde a la propia Universidad. Nosotros, por principio estimamos que es la persona jurídica institucionalizada en el Estado; y como quiera que esta se titulariza en diversas instituciones a las cuales la propia Constitución le asigna determinadas atribuciones y competencias; queda claro pues que la responsabilidad radica en términos genéricos en el Poder Ejecutivo; y, mucho más específicamente en el Ministerio de Economía y Finanzas en virtud a lo que establece el art. 77 y 78 de la Constitución, donde se establece que el manejo de la estructura presupuestaria la detenta el Poder Ejecutivo y que anualmente éste órgano del Estado presenta el proyecto al Parlamento interviniendo únicamente en la aprobación³⁹; de lo que se podrá evidenciar que es el Ministerio de Economía y Finanzas el que diseña el Régimen del Presupuesto, aplicándose los criterios del *equilibrio presupuestario, equilibrio macrofiscal, especialidad cuantitativa, especialidad cualitativa, universalidad y unidad, integridad, anualidad, eficiencia en la ejecución de los fondos públicos, transparencia presupuestal, exclusividad presupuestal*, entre otros, tal como lo establece la Ley del Sistema General del Presupuesto, Ley 28411. Así pues, no queda márgenes de duda de que es el Ministerio de Economía y no los Rectores los responsables de la homologación

39 MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel: *Ley de presupuesto y Constitución*, Edit. Trotta, Madrid, 1998.

de haberes. Es más, la Ley 28603 que restauró la vigencia del art. 53 ha establecido que es el Ministerio de Economía y Finanzas el que:

“proveerá los recursos necesarios para el inicio de un programa de homologación” (Art. 2).

En consecuencia con esta misma base normativa, no existe pues ningún tipo de controversia compleja; y antes bien, la norma resume todo un operador deóntico claro.

4. Por otro lado, el TC ha establecido como cuarto requisito de procedibilidad que la norma debe ser de *ineludible y obligatorio cumplimiento*; ineludible supone que no se puede eludir esto es, “evitar con astucia una dificultad o una obligación”; en este caso el Gobierno a la fecha más bien ha venido eludiendo en forma grosera e impune; por lo que debe corresponder a los operadores intérpretes de la norma enervar esta conducta contumaz en *conducta positiva* a fin de que la norma se torne en eficacia normativa.

5. El TC ha establecido que la norma *debe ser incondicional*; se trata aquí, en todo caso, de que el MEF establezca en el presupuesto del año fiscal o bien en créditos suplementarios, la partida correspondiente para ejecutar el desarrollo de la homologación, pues no existe ningún otro condicionamiento; por tanto estimamos que tampoco se da la situación jurídica o fáctica de que la norma en cuestión esté condicionada; y es más, el propio TC aclara que puede estar el mandato condicionado pero que no debe ser complejo, ni mucho menos requiera de actuación probatoria.

6. El otro requisito exigido por el TC es que *se reconozca un derecho incuestionable del reclamante*. Sobre este aspecto ya nos hemos pronunciado con amplitud respecto a que se trata de un derecho subjetivo. En efecto, simple y llanamente hay un derecho fundamental de configuración legal ordinaria que no ha sido debidamente cumplimentado; y ello genera una situación patológica en la vigencia efectiva de un verdadero Estado Social y Constitucional de Derecho. Recordando al espíritu redivivo de Hans Kelsen, sostenía que el Estado también tiene obligaciones que cumplir en tanto que toda norma es obligatoria para los ciudadanos como para el propio Estado⁴⁰.

40 Vid. Cap. XIV. “La Teoría de la Autoobligación del Estado”, en *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, (desarrollados con base en la doctrina de la prepo-

7. Otro requisito es que *se permita individualizar al beneficiario*; y en efecto es bueno distinguir aquí entre los *derechos colectivos* y los *derechos difusos*, estos últimos son derechos supra o transindividuales⁴¹; constituyen un conjunto de necesidades colectivas individualmente sentidas. Los intereses difusos suponen relaciones complejas de relaciones entre las personas y grupos en el ámbito de una sociedad. Se trata, pues, de necesidades comunes a un conjunto indeterminado de individuos y que solamente pueden ser satisfechas en una perspectiva comunitaria. En cambio los *derechos colectivos* son aquellos derechos que ostentan un conjunto específico de personas y que tienen un común denominador de interés; normalmente los *derechos colectivos* corresponden a las personas agrupadas organizacionalmente y que, como tal, afirman sus derechos en forma corporativa. Todo *derecho difuso* es necesariamente *colectivo*; pero no todo *derecho colectivo* es de naturaleza difusa⁴². La individualización y beneficio de cada docente está expresado según sea su condición de profesor principal, asociado, auxiliar e incluso jefe de práctica; y de acuerdo a las remuneraciones que actualmente en su haber básico ganan los magistrados del Poder Judicial sería el siguiente esquema:

- a) Profesores principales (TC): S/. 6,700 (Vocal Supremo).
- b) Profesor asociado (TC): S/. 3,008 (Vocal Superior).
- c) Profesor auxiliar (TC): S/. 2,008 (Juez de Primera Instancia o Mixto).
- d) Jefe de práctica: S/. 1,408 (Juez de Paz Letrado).

Y aunque el DU. 033-2005 ha establecido un esquema restrictivo que aquí se inserta⁴³; en rigor, una homologación de haberes sería más o menos como lo enunciado líneas arriba; por lo demás, aunque el DU. 033-2005 *excluye* a los jefes de práctica tanto como a los contratados y

sición jurídica), edit. Porrúa, México, 1987, pp. 345 y ss, específicamente p. 346.

41 Vid. FERRER MAC GREGOR, Eduardo: *Juicio de Amparo e Interés Legítimo: La Tutela de los Derechos Difusos y Colectivos*, Edit. Porrúa, México, 2003.

42 ETO CRUZ, Gerardo: *Régimen legal del hábeas corpus y amparo*; Gaceta Jurídica; Lima; 1999; p. 96-97.

43 Ese esquema es el siguiente:

	Categoría de Equiparación		Nivel Magistrado	Ingreso Mensual (S/.)
	Grado Académico	Tiempo Servicio		

CAMBIO DE RUMBO EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a los docentes cesantes, esta situación resulta ser inconstitucional; controversia de la que por ahora no nos pronunciamos con mayor detalle; pero la homologación arriba señalada corresponde al haber básico que perciben los magistrados del Poder Judicial. Sin embargo, si se verifica la base del haber básico de los magistrados más los gastos operativos y los bonos de productividad en base al DU. 114-2001 tenemos el si-

Auxiliar TC	Título Profesional		100 % Juez de Primera Instancia	2,008
Auxiliar DE	Título Profesional		105% Juez de Primera Instancia	2,108
Asociado TC Asociado TC I	Título Profesional	Al menos 3 años como Auxiliar		2,200
Asociado TC II	Master	5 o más años como Auxiliar, o 7 años en la carrera de los cuales 3 años deben ser como asociado.	100% Vocal Superior	3,008
Asociado DE Asociado DE I	Título Profesional	Al menos 3 años como Auxiliar		2,300
Asociado DE II	Master	5 o más años como Auxiliar o 7 años en la carrera de los cuales 3 años deben ser como Asociado.	106% Vocal Superior	3,200
Principal TC Principal TC I	Master	Al menos 5 Años como Asociado		3,300

guiente esquema de remuneración que gozan los magistrados y que es el siguiente:

**REMUNERACION DE MAGISTRADOS
DEL PODER JUDICIAL PERUANO
(AÑOS 1995-2001)
(EN SOLES)**

Magistrados	Diciembre de 1995	Setiembre de 1997	Julio de 1999	Julio del 2001
Presidente de Corte Suprema	Sin datos	sin datos	15,495	26,730
Presidente de Sala Suprema	Sin datos	sin datos	15,185	26,420

Principal TC II	Doctorado	10 o más años como Asociado, a 20 años en la carrera de los cuales 5 años deben ser como Principal	75% Vocal Supremo	5,000
Principal DE Principal DE I	Master	Al menos 5 años como asociado		3,430
Principal DE II	Doctorado	10 o más años como Asociado, o 20 años en la carrera de los cuales 5 años deben ser como Principal	82% Vocal Supremo	5,500

CAMBIO DE RUMBO EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Vocal supremo	6,695	12,435	14,865	26,100
Presidente de Corte Superior	3,005	5,765	7,515	sin datos
Presidente de Sala Superior	Sin datos	sin datos	5,865	sin datos
Vocal superior	3,005	4,730	5,705	12,008
Juez especializado	2,005	3,500	4,305	9,008
Juez de paz letrado	1,405	2,555	3,245	6,208

Fuentes: Poder Judicial del Perú, revista *Poder Judicial*, Lima, setiembre-octubre de 1997, p. 5; Instituto Apoyo, *Reforma del Poder Judicial*, Lima, 2000, p. 33; Decreto de Urgencia N° 114-2001 (*El Peruano*, 28 de setiembre del 2001).

Elaboración: «Proyecto Justicia Viva».

Como se podrá apreciar, la aspiración de los docentes resulta ser incluso demasiado razonable y prudente, pues sólo se viene exigiendo un derecho de un haber básico; puesto que la remuneración que reciben los magistrados no es precisamente de un haber básico sino de diversos conceptos de bonificaciones extras, pago por productividad, gastos operativos y una serie de conceptos del cual hacen una suma brutalmente diferente a la que ganan los académicos de las universidades públicas.

VII. La antigua posición del TC en torno a la homologación de haberes de los docentes universitarios

Es bueno recordar que el TC ya se ha pronunciado en dos emblemáticos casos de procesos constitucionales de cumplimiento cuya exigencia era el tema que hoy concita estas reflexiones. Se trata del caso Enrique Pestana Uribe y José Artemio Olivares Escobar; quintaesenciando aquí algunos fundamentos, se saca en conclusión de dichos fallos los siguientes aspectos:

1. *Que la homologación de los docentes constituyen derechos fundamentales de configuración legal.*- En la STC 256-2002-AC/TC -caso Juan

Enrique Pestana Uribe- en el fundamento 3 el TC reconoce que el incumplimiento funcional a la homologación de las remuneraciones de los docentes universitarios con las correspondientes a los Magistrados judiciales “*viola los derechos fundamentales de los docentes universitarios, así como los derechos del trabajador reconocidos en el art. 24 de la Constitución Política cuyo ejercicio es irrenunciable tal como lo dispone en su art. 26 inc. 2; en consecuencia, el pago de los haberes es inexcusable más aun cuando el art. 109 de la Constitución establece que la Ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación*”.

Este criterio hermenéutico, estimamos que sigue siendo válido, veamos por qué:

- a) En primer lugar, el docente es un trabajador y como tal “*tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual*” (art. 24 de la Constitución). Si bien la propia Constitución establece un contenido genérico al derecho a la remuneración, la Ley 23733 justamente es la que le dota los alcances de esta remuneración, exigencia que debe ser equiparada con la que ganan los Magistrados Judiciales.
- b) El carácter irrenunciable del derecho del trabajador docente reconocido por la Constitución y la Ley. Este derecho ubicado en el art. 26, 2 de la *Lex Legum*, lleva al TC a señalar que dicho “*pago de los haberes es inexcusable*”. Esto significará que el MEF debe honrar con una remuneración paritaria y pareja con los haberes básicos de los Magistrados.
- c) La ley es obligatoria desde el día siguiente al de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte (art. 109 de la Constitución). Esta norma igualmente es invocada por el TC. Al respecto, aquí se presentan diversos problemas que bien pueden explicitarse bajo el formato de los siguientes conceptos: vigencia, *vacatio legis*, derogación, validez, eficacia de las normas e inconstitucionalidad de las normas, que se desarrollará en acápite aparte.
- d) Los valores colaterales que subyacen en la homologación el TC en la STC 256-2002-AC/TC ha señalado, por otro lado que: “*De*

otro lado, el incumplimiento obstaculiza la consecución de los objetivos previstos para la educación universitaria por la Constitución debido a que inhibe a los mejores profesionales de incorporarse a la tarea docente y desalienta a los que la ejercen en sus áreas de enseñanza, investigación y proyección social. Asimismo, afecta el orden social y jurídico del país, alcanzando las implicancias a nuestra república democrática, al Estado de derecho, a nuestro sistema jurídico, cuyo fundamento y principios subyacen en la Constitución y constituyen principal garantía de convivencia humana” (F. 4)

- e) *No existe precepto que pueda enervar el cumplimiento del pago de una remuneración a un docente universitario (F.5), el TC en este fundamento ha señalado que el principal presupuesto del principio de la supremacía constitucional es que todas las normas positivas vigentes en el territorio peruano derivan su validez de la Constitución. Y si bien se debe reconocer que el art. 53 fue objeto de una *vacatio legis* por la décima disposición final de la Ley del Presupuesto para el Año Fiscal 2005 (28427), dicha norma fue derogada y restaurada la vigencia del art. 53 por la Ley 28603.*
- f) El último criterio que esgrime el TC en este caso, es que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos administrativos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención Americana, aunque tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. Este temperamento jurisprudencial sigue igualmente siendo válido y que, por cierto, hoy no se condice dentro del “marco de su función de ordenación que le es inherente y en la búsqueda del perfeccionamiento del proceso de cumplimiento”; pues con la STC 0168-2005-PC/TC del 29 de septiembre de 2005, le ha establecido requisitos mínimos que difieren de la anterior posición. Así hoy el TC en los recientes fallos de cumplimiento ha dispuesto que los casos nuevamente empiecen *ab initio*, a fojas cero y se inicien nuevos procesos, esta vez vía el contencioso-administrativo.

- g) Finalmente, y como complemento en el caso de la STC 1951-2003-AC/TC –caso del Rector del Cuzco José Artemio Olivares Escobar- en el Fundamento 2 el TC interpretó lo que hoy ya resulta ser incorrecto respecto al art. 53. Así, el supremo intérprete expresó que:

“... debe señalarse que el art. 53 de la Ley 23733 dispone de manera clara, expresa e inobjetable la homologación de las remuneraciones de los profesores de las universidades públicas con las correspondientes a los Magistrados Judiciales...”.

Se podrá apreciar que hoy el TC bajo los parámetros de la STC 0168-2005-PC viene señalando que hoy el art. 53 es una norma compleja.

VIII. Algunas consideraciones teóricas en torno a la vigencia, vacatio legis, derogación, anulación, validez, eficacia de las normas e inconstitucionalidad de las normas

La controversia en torno a la homologación de los haberes de los docentes universitarios, no está exento de un terreno minado en torno a si dicha norma es en realidad válida y el por qué es que no se aplica; esta situación involucra abordar diversas categorías conceptuales que incluso ya el TC en otros casos de control constitucional se ha pronunciado. Aquí apenas vamos a esbozar algunas ideas dentro del problema que involucra el art. 53 de la Ley 23733; recordemos que esta Ley se promulgó el mes de noviembre de 1983 y que la Ley del Presupuesto del Año Fiscal 2005, Ley N°. 28427 dispuso una suspensión que textualmente en su décima disposición final decía lo siguiente:

“En el marco de la Ley N°. 28175 –Ley Marco del Empleo Público- y en tanto se implemente la Ley del Sistema de Remuneraciones del Empleo Público, suspéndase lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 23733”.

Esta norma fue posteriormente derogada en el contexto de una fuerte lucha gremial, sumada a una demanda de inconstitucionalidad que la FENDUP interpuso; y que pese a que técnicamente operó la *sustracción de la materia*; los demandantes, esto es los docentes universitarios agrupados a través de la FENDUP han venido solicitando que se dicte una *sentencia exhortativa*. Con todo, lo que esta problemática genera es

justamente ver si él tantas veces citado art. 53 tiene eficacia, vigencia, etc. Veamos:

1. *La vigencia*, expresaba Herman Heller es un concepto sociológico, y la validez, diría Kelsen es un concepto jurídico⁴⁴. La vigencia supone vigor, facticidad; la vigencia se entiende la pertenencia de las normas al ordenamiento o sistema normativo. El término inicial de vigencia, o entrada en vigor, se produce con el cumplimiento de uno de los requisitos mínimos⁴⁵. Así, el TC ha señalado que: “Una norma se encuentra vigente desde el día siguiente al de su publicación, salvo disposición contraria expresada en la misma norma que posterga su vigencia en todo o en parte (Art. 109 de la Constitución) y pierde vigencia con su derogación, empero cabe señalar que las normas derogadas, de conformidad con la dogmática jurídica relativa a la aplicación de la Ley en el tiempo, puede tener efectos ultractivos”.

2. *Vacatio legis*. Normalmente las leyes, mediante una autoreferencia normativa y siempre que no vulneren lo ordenado por normas de rango superior, pueden regular el momento de su entrada en vigor. Sin embargo, cuestión distinta es si la *vacatio* debe configurarse como una condición de *vigencia* o de pura *eficacia*, para evadir derechos que ya han sido configurados por una Ley anterior⁴⁶. Lo normal es que una norma impone su *vacatio* para permitir su conocimiento a los operadores del sistema jurídico, antes de comenzar a aplicarla. Pero, si luego se da una norma, que va a afectar el *contenido esencial* como lo fue la materia presupuestaria, para evadir el cumplimiento de lo que dispone otra Ley, estimamos aquí que se presentó una manifiesta inconstitucionalidad de la Ley del Presupuesto del año 2005.

3. La *vigencia* de una norma, por otro lado, no es equiparable al concepto de *validez* de la norma. En efecto, la *validez* de la norma se suelen emplear en tres sentidos diferentes:

- Como sinónimo de norma justa o legítima;

44 KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, 5º reimpresión, traducción de Eduardo García Maynes, UNAM, México, 1995; Vid. Específicamente “validez y eficacia”; pp. 34 y 35.

45 DIEZ-PICAZO, Luis Manuel: “La vigencia de las normas”, en ARAGÓN REYES (Coordinador): *Temas básicos de derecho constitucional*, T. I, Civitas, 2001, p. 265-266.

46 DIEZ-PICAZO, Luis Manuel: *Idem. ibid*; p. 265.

- Como sinónimo de norma efectiva, esto es aplicada y respetada en la práctica; y,
- Como sinónimo de norma positiva o existente.

De estos tres significados, sólo el último pertenece al ámbito de la ciencia jurídica, toda vez que el primero se ubica dentro del concepto axiológico o filosófico; y el segundo a lo fáctico o sociológico⁴⁷.

La validez de una norma, usualmente se le usa para identificar que ha sido producida y dictada de conformidad con aquellas reglas del propio sistema jurídico que regulan la elaboración de las normas y se articulan al principio de jerarquía y, en menor medida, al de competencia.

Así prefigurado estos conceptos, del cual el TC igualmente explicó la noción de validez, se pueden presentar la hipótesis de una norma que tiene vigencia pero que no tiene validez, como puede ser una Ley contraria a la Constitución que no ha sido controvertida en sede judicial; como puede presentarse el caso de una norma que tiene validez pero que no tiene vigencia como es el caso del art. 53 de la Ley universitaria.

4. Por otro lado, sumado a los conceptos de vigencia y validez está la noción de la *eficacia de las normas* o aplicabilidad de las mismas. Por eficacia de las normas se entiende su aplicabilidad o idoneidad para regular una determinada situación subsumible en el correspondiente supuesto de hecho normativamente previsto⁴⁸. Visto en esta perspectiva conceptual, resulta perfectamente concebible que una norma sea vigente y válida pero *ineficaz* o que no esté *vigente* pero sea *eficaz* y que sea *inválida* pero *eficaz*. En consecuencia, el ámbito de la eficacia de las normas no coincide perfecta y necesariamente con los de su vigencia y validez. En el caso que nos ocupa, el art. 53 de la Ley Universitaria puede decirse que es una norma que: Tiene *validez y vigencia*; mas no tiene *eficacia*.

5. El concepto *derogación* es la cesación de la vigencia de las normas que se produce en virtud de una norma posterior o norma deroga-

47 DIEZ-PICAZO, Luis Manuel: "La validez de las normas", en ARAGÓN REYES (Coordinador): *Temas básicos de derecho constitucional*, T. I, Civitas, 2001, pp. 262-264.

48 DIEZ-PICAZO, Luis Manuel: "Eficacia de las normas", en ARAGÓN REYES (Coordinador): *Temas básicos de derecho constitucional*, T. I, Civitas, 2001, pp. 266-267.

toria⁴⁹. La derogación se diferencia de la *anulación de las normas*, la otra forma principal de cesación de la vigencia en que no responde a criterios de *validez de las normas* jurídicamente apreciados por los Tribunales, sino a criterio de oportunidad política, libremente adoptados por el órgano investido de la correspondiente potestad normativa.

6. La *anulación de las normas* es la sanción consistente en la cesación de vigencia, pronunciada por un Tribunal competente para ello, cuando sobre dichas normas pesa un vicio que determina su invalidez. El fenómeno de la anulación está, pues, íntimamente ligado a la noción de *validez de las normas*⁵⁰.

Cuando se afirma que la anulación comporta la anulación de la vigencia de la norma anulada, ello conlleva a ciertas consecuencias que no son enteramente coincidentes con las que derivan de la inaplicación o cesación –o interrupción– de la eficacia. Asimismo, es preciso indicar que la anulación no es la única circunstancia determinante de la cesación de la vigencia de las normas, puesto que ésta puede producirse también por derogación.

En cuanto a los efectos en el tiempo de la anulación de normas, es opinión común que operan *ex tunc*, o sea se retrotraen hasta el momento en que la norma anulada entró en vigor, de modo que se intenta suprimir cualquier posible efecto que ésta haya tenido y reponer cualquier situación afectada al estado en que se hubiera hallado de no haber existido dicha norma anulada.

7. De todo esto se colige que el art. 53 de la Ley Universitaria que expresa:

“art. 53.- Las remuneraciones de los profesores de las Universidades Públicas, se homologan con las correspondientes a la de los Magistrados Judiciales.

Los profesores tienen derecho a percibir, además de sus sueldos básicos, las remuneraciones complementarias establecido por la Ley, cualquiera sea su denominación. La del profesor regular no puede ser inferior a la del Juez de Primera instancia”.

49 DIEZ-PICAZO, Luis Manuel: “derogación de las normas”, en ARAGÓN REYES (Coordinador): *Temas básicos de derecho constitucional*, T. I, Civitas, 2001, pp. 267-269.

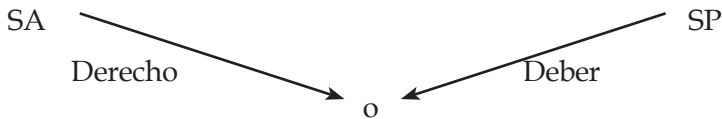
50 DIEZ-PICAZO, Luis Manuel: “Anulación de las normas”, en ARAGÓN REYES (Coordinador): *Temas básicos de derecho constitucional*, T. I, Civitas, 2001, pp. 276-278.

Técnicamente es una norma que tiene validez, pero no tiene vigencia⁵¹; y aún cuando pueda afirmarse que la Ley 28603 le ha restaurado su vigencia, estamos ante una vigencia en el entendido kelseniano de que dicho artículo designa las pertenencias de las normas a un ordenamiento o sistema normativo; pero en realidad este art. 53 no tiene desde hace 22 años exactamente una dimensión *óptica* de *facticidad* y *eficacia*; de allí que el numeral 53 de la Ley Universitaria no ha reflejado en todas estas 2 décadas una *eficacia normativa*.

IX. Las posiciones del derecho fundamental a la homologación

Un aspecto complementario de lo que aquí se viene desarrollando es el relacionado a la problemática que presenta los DDFF en sentido estricto; o “las posiciones de derecho fundamental”. Se trata aquí de cómo se manifiestan las relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos (como son los docentes) con el Estado; las posiciones de los derechos fundamentales, en este caso a la homologación, constituyen una especie de la amplia gama de las relaciones jurídicas existentes en el derecho.

Estas posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que, en su forma más común, se nos presenta a través de una estructura triárquica, compuesta por un *sujeto activo* (el docente universitario), un *sujeto pasivo* (el MEF) y un *objeto* (la homologación). Anota Carlos Bernal Pulido que “el objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión prescrita por una norma, que el sujeto pasivo debe desarrollar a favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo”⁵².



51 Respecto a algunos conceptos en torno a la vigencia, validez, derogación, etc., puede verse la STC 0004-2004-AI/acumulados F.2; así como la STC 0019-2005-PI/TC.

52 BERNAL PULIDO, Carlos: *Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, p. 80.

La posición de derecho fundamental de configuración legal, se expresa así:

SA : sujeto activo: el docente universitario.

SP : sujeto pasivo: el MEF.

O : objeto: una conducta de acción: la homologación de haberes.

En el presente caso, el objeto de las posiciones ius fundamentales de prestación es una conducta positiva del Estado. Pero decir "Estado" es una acepción lata o genérica; en rigor es el Ministerio de Economía y Finanzas en el que recae el comportamiento que debe ejercer. No cabe duda que aquí pues, se presenta una verdadera relación jurídica: el MEF que tiene el deber ius fundamental de disponer las partidas presupuestales para que se cumpla la homologación a favor de los catedráticos de las universidades públicas.

Es verdad que el tema de las posiciones de los derechos fundamentales ha estado ya implícito en el pensamiento Kelseniano⁵³. Sin embargo, aun cuando en los procesos constitucionales de la libertad se discute la controversia de algún derecho fundamental, casi no se suele esgrimir bajo los términos de esta problemática que, en realidad tiene más de práctica que lo aparentemente teórico. Robert Alexy lo explicita en los siguientes términos:

"Los derechos a algo son relaciones triádicas entre el titular (a), los destinatarios (b) y el objeto (G) del derecho. Sólo cuando existe esta relación entre a, b y G se encuentra a en una posición jurídica que está caracterizada por tener frente a un derecho a G. la forma más general de un enunciado sobre un derecho a algo puede ser expresada con la fórmula

RabG

53 "En cuanto que la *norma jurídica es un derecho mío*, puedo también afirmar que *es mi derecho el deber* que para otro estatuye la norma jurídica, o, dicho en otros términos, que tengo derecho a que este otro cumpla con su deber. Por tanto, las dos modalidades subjetivas de la norma jurídica guarda entre sí una relación por virtud de la cual el derecho de uno recae siempre sobre el deber del otro"; En: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*; Edit. Porrúa; Op. cit; p. 540.

Todo enunciado de esta forma es equivalente a un enunciado sobre la correspondiente obligación relacional:

ObaG

Por lo tanto, los derechos a algo son reducibles a modalidades deónticas relacionales⁵⁴.

Sin embargo, lo que el Código Procesal Constitucional ha delimitado en los eventuales problemas en torno a las posiciones de los DDFP es si la norma de derecho fundamental tiene que ser sólo de un contenido constitucional directo. Ya el TC en la STC 1417-2005-AA/TC, ya citada ha hecho el deslinde que bien puede tratarse también de DDFP de configuración legal. Por otro lado, como anota Carlos Bernal Pulido “siempre que se alega la existencia de una posición ius fundamental; se alega también implícitamente la validez de la norma que la establece”⁵⁵. En efecto, si se indagara si el art. 53 de la Ley 23733 está garantizado –el derecho a la homologación– por la Constitución, prácticamente se plantea el problema siguiente: ¿Sólo tienen validez los derechos de las disposiciones constitucionales? O ¿Es que también puede un derecho de una norma infraconstitucional tener una eficacia directa?⁵⁶

Pareciera que el TC con los recientes fallos, en realidad estima que en el caso del problema de la homologación de haberes, en rigor no se trata de posiciones de derecho fundamental; pues es del parecer que el tema de la homologación no sería un derecho fundamental sino ordinario. Este parecer es correcto; empero, ello no impide reconocer que el art. 53 tiene ciertamente un contenido constitucional de configuración legal y que, por lo tanto, se presenta una estructura triádica común ya enunciada. El que este problema ahora se deba ventilar en la *jurisdicción ordinaria* y no en la *jurisdicción constitucional*, constituye más que un avance, un retroceso en la defensa jurisdiccional de los DDFP. De allí que estimamos que el TC puede rectificar su posición y reasumir el anterior temperamento jurisprudencial esbozado en la STC 256-2002-AC/TC y STC 1951-2003-AC/TC.

54 Alexy, Robert: *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 182 – 183.

55 BERNAL PULIDO, Carlos: op. cit., p. 84.

56 JIMENEZ CAMPO, Javier: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, op. cit; pp. 36 y ss.

X. Procesos de cumplimiento y procesos contenciosos administrativos

1. El proceso de cumplimiento si bien fue recogido por la Constitución de 1993 como antecedente inmediato de Colombia⁵⁷, en rigor es de estirpe foránea. “Se trata, ha dicho el profesor Juan Carlos Esguerra Portocarrero, de un verdadero y eficazísimo remedio procesal, propio del derecho público, que pertenece al género de los mecanismos de control de la administración pública llamadas *prerrogativa writs*, cuya finalidad está orientada a impedir que las autoridades públicas contravengan la Ley –por acción u omisión– en perjuicio de la Corona o de un ciudadano”⁵⁸.

2. La Constitución de 1993 y, sobre todo los Diarios de los Debates, en este tema insólitamente no se aporta nada⁵⁹. El grueso de los constitucionalistas han criticado este proceso que, en rigor no es *sensu stricto* un proceso constitucional; de allí que en la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional en el Perú⁶⁰, en el régimen de la transición política se omitió la incorporación del proceso de cumplimiento; lo propio en la Comisión de Constitución, el Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Constitución igualmente ya suprimía este proceso constitucional⁶¹.

3. El proceso de cumplimiento en los hechos estaba subsumido vía el *amparo por omisión*⁶². No obstante, el Código Procesal Cons-

57 OLANO GARCÍA, Hernán: “Acción de Cumplimiento en Colombia y Perú”; en *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*; José F. PALOMINO MANCHEGO (Coordinador), T. I, Edit. Jurídica Grijley, Lima, 2005, pp. 685-710.

58 ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos: *La protección Constitucional de ciudadano*, Editorial Legis, Bogotá, 2004, p. 170.

59 *Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno - 1993*; T. III; p. 1965 a 2003; 2005 a 2010, 2318, 2320, 2323, 2327, 2518.

60 Ministerio de Justicia: *Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional en el Perú*, Editorial representaciones generales, reimpresión de 2002, p. 97 - 98.

61 Congreso de la República del Perú. Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales: *Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Constitución (Texto para el debate)*; 05 de abril de 2002; Lima, pp. 45 - 46.

62 DANOS ORDOÑEZ, Jorge: “El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución peruana de 1993”, en *Lectura Constitucionales Andinas*, N°. 3; CAJ, Lima, 1994, pp. 206 y ss.

titudinal se vio obligado a incorporarlo y le ha delineado entre los arts. 66 al 74 su régimen procesal. Y, por si esto no fuera poco, el TC ha hecho otros aportes complementarios, estableciendo los requisitos de procedibilidad del cual ya nos hemos pronunciado.

4. El caso de la homologación de haberes de los docentes de las Universidades públicas, si bien el TC como hemos visto se pronunció en dos fallos declarando fundado los procesos de cumplimiento; hoy la posición del Colegiado Constitucional ha variado y no es que esté corrigiendo los procesos de cumplimiento instaurados, sino que ha dispuesto que los docentes justiciables residencien sus pretensiones a través de otro proceso paralelo ante la jurisdicción común, vía el proceso contencioso administrativo.

5. El proceso contencioso administrativo es el proceso constitucionalmente previsto para que se ventilen ante el Poder Judicial los conflictos jurídico-administrativos que se generan por el obrar de los entes públicos en ejercicio de potestades administrativas y que constituye un medio para dar satisfacción jurídica a las pretensiones de los administrados en sus derechos e intereses (Exposición de Motivos al Anteproyecto de la LPCA).

6. En tal perspectiva, el TC ha dispuesto que las actuales controversias en torno a la homologación de haberes de los docentes de las Universidades públicas, deben dilucidarse en el proceso contencioso administrativo, para cuyo efecto, “rigen las reglas procesales establecidas en los fundamentos 54 a 58” de la STC 1417-2005-PA/TC.

Por cierto, debemos reconocer que se ha planteado que la acción de cumplimiento bien pudo ser considerada como una modalidad especial de la acción contencioso-administrativa⁶³. En esta misma línea de reflexión se inscribe Eloy Espinoza-Saldaña Barrera quien sostiene que con la aprobación de la Ley 27584 ha presupuesto “una verdadera revolución en el tratamiento de las relaciones entre las diversas instancias e instituciones de la Administración y los ciudadanos”⁶⁴.

7. No sabemos si el TC habrá tenido como criterio para cambiar de posición, la *sobreinflación* de procesos constitucionales que tienen que

63 Supra nota 54.

64 ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy: *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*, Ara editores, 2003, Lima, pp. 255 y 258.

resolver; pero, subyace aquí un desembarazo de ubérrimos procesos que van a ser derivados a la ya también sobrecargada labor de la jurisdicción ordinaria; a partir de esos cambios va a existir un *terreno comanche* no exento de un campo minado, que a la postre, no sólo se presenta una duplicidad de procesos por lo menos de los que ya la FENDUP ha residenciado; sino que, se cierne el peligro del juez ordinario que no va a tener más que ciertos criterios tuitivos que el TC le ha señalado, pero que la decisión de fondo el Tribunal Constitucional le ha depositado a la jurisdicción ordinaria y es aquí donde bien puede, conforme lo veremos en acápite siguiente, el TC dar una suerte de *sentencia atípica exhortativa* a la jurisdicción ordinaria a fin de que se pronuncie tutelando los derechos fundamentales en los futuros procesos contenciosos-administrativos.

Se nos podrá decir que este planteamiento no es viable, en tanto el TC no puede entrometerse en las potestades autónomas de la judicatura ordinaria. Sin embargo, si apreciamos que el proceso contencioso administrativo es un mecanismo para el control judicial de la legalidad de la actividad de la administración pública, ante el Poder Judicial cuestionando las decisiones administrativas que los afecten⁶⁵; el problema que se va a presentar es si acaso sólo con las Cartas Notariales que se utilizaron para emplazar al MEF a que cumpla con el tema de la homologación, va a suponer que se repunte esto como un procedimiento administrativo. Estamos aquí, obviamente hablando de los procesos de cumplimiento en trámite (F. 54). Aun cuando el TC en el propio F. 55 establece pautas a la judicatura ordinaria, en el F. 57 se establece una solución: que no podrá aplicarse el rechazo *in limine*. Veamos

“57. En todo caso, es deber del Juez del contencioso administrativo, aplicar el principio de favorecimiento del proceso, previsto en el inciso 3) del artículo 2º de la Ley N.º 27584, conforme al cual: “Principio de favorecimiento del proceso.- El Juez no podrá rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa. Asimismo, en caso de que el Juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma”.

65 DANOS ORDÓÑEZ, Jorge: “Proceso Contencioso administrativo”, en *La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo*, 1º reimpression, director Walter Gutiérrez; Gaceta Jurídica y Congreso de la República, T. II; Lima, 2006, p. 702.

XI. Algunas consideraciones que presentan las “reglas procesales” que ha dispuesto el TC para los futuros procesos contencioso-administrativos

1. En la STC 1417-2005-AA/TC el TC ha establecido las “reglas procesales” aplicables a las demandas –entiéndase, en este caso, de cumplimiento-, en trámite que sean declaradas improcedentes como consecuencia del precedente vinculante contenido en dicha sentencia.

2. Glosando *in extensu* las reglas que ha establecido el TC se podrá apreciar lo siguiente:

“54. Las demandas de amparo en trámite que, en aplicación de los criterios de procedibilidad previstos en el Fundamento 37 *supra*, sean declaradas improcedentes, deberán ser remitidas al juzgado de origen (Juez Civil encargado de merituar el proceso de amparo en primera instancia), quien deberá remitir el expediente judicial al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (en los lugares en los que éstos existan) o deberá avocarse al conocimiento del proceso (en los lugares en los que no existan Jueces Especializados en lo Contencioso Administrativo).

Una vez que el Juez competente del proceso contencioso administrativo se avoque al conocimiento de la causa, deberá entenderse presentada y admitida la demanda contencioso administrativa, y, en aplicación del principio de suplencia previsto en el inciso 4) del artículo 2º de la Ley N.º 27584, se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso contencioso administrativo. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso”.

En buena cuenta, el TC está disponiendo no que los procesos de cumplimiento “se conviertan” en procesos contenciosos administrativos, sino que el juez debe admitir la demanda (como) contencioso administrativo. Empero, el o los justiciables tienen que postular una nueva demanda contencioso administrativa; de allí que es un simple eufemismo de que “se otorgará al demandante un plazo razonable” para que adecue. Ahora bien, ¿cuál es el plazo razonable que debe disponer el Juez? Aquí se cierne una serie de dudas que no han sido precisadas. El

TC ha señalado que si “*Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso*”. En rigor esta posición del TC no es absolutamente nada alentadora ni pacífica y plantea un debate que en términos académicos constituyen en realidad una contradicción con lo que señalara en posiciones anteriores: que los justiciables deben tener derecho a un recurso sencillo y rápido, pues aquí, en los hechos se está ciertamente afectando la tutela judicial efectiva, al derivar la pretensión de la homologación a otro proceso judicial.

3. El fundamento 55 del TC ha dispuesto lo siguiente:

“55. Por otra parte, en aplicación del principio pro actione que impone al Juez interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción, en los supuestos en los que en el expediente de amparo obre escrito en el que la Administración contradiga la pretensión del recurrente, el Juez del contencioso administrativo, no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa”.

Y, en el caso de los procesos de cumplimiento, en donde sólo se cursan las cartas notariales, ¿se tendrá, por ventura, reputadas como un proceso administrativo *sensu stricto*?; y si, como es en los casos de estos procesos de cumplimiento, el MEF ha respondido que quienes deben disponer la homologación son las Universidades, ¿deberán ser emplazadas como litisconsorte las Universidades?

Una solución en parte a esta interrogante lo da el segundo párrafo de este fundamento 55:

“En efecto, dado que la finalidad de la interposición de los recursos administrativos de impugnación consiste en darle la oportunidad a la propia Administración de revisar su actuación o reevaluarla y, en su caso, disponer el cese de la vulneración del derecho, sería manifiestamente contrario al principio de razonabilidad y al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, exigir el agotamiento de la vía administrativa en los casos en los que resulta evidente que la propia Administración se ha ratificado en la supuesta validez del acto considerado ilegal”.

4. En el fundamento 56 existe un zona de penumbra que resulta ciertamente atentatorio para quienes tienen procesos constitucionales de cumplimiento en torno a la homologación. Veamos:

“56. Por el contrario, los expedientes de amparo (entiéndase, para nuestro proceso de cumplimiento) en los que no sea posible verificar si la Administración se ha o no ratificado en torno a la supuesta validez del acto considerado atentatorio de los derechos provisionales (entiéndase el derecho de homologación) que no configuran el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión (homologación), no serán remitidos al Juez del contencioso administrativo, pues dado que en estos supuestos es plenamente exigible el agotamiento de la vía administrativa prevista en el artículo 18º de la Ley N.º 27584, los recurrentes deberán agotarla para encontrarse habilitados a presentar la demanda contencioso administrativa”.

Aquí, el Juez ordinario particularmente no tendrá por admitida la demanda en lo contencioso administrativo; sino que los justiciables deben personalmente iniciar sus correspondientes reclamos en la vía administrativa.

XII. Lo que el TC pudo haber hecho apelando al estado de cosas inconstitucionales: Las sentencias con efectos más allá de las partes

1. La Corte Constitucional de Colombia viene realizando extraordinarios aportes a la jurisdicción constitucional latinoamericana y por qué no a la del pensamiento continental europeo; y dentro de sus heterodoxos fallos heurísticos y creativos, han concebido la idea del llamado “*estado de de cosas inconstitucionales*”. En efecto, se trata de un mecanismo de unificación de los fallos jurisprudenciales de los diferentes despachos de instancia, con el fin de lograr la materialización de la *seguridad jurídica* y el *derecho a la igualdad*. Lo normal es que las sentencias van a producir efectos entre las partes que controvierten; por lo que está circunscrito a ese ámbito de proceso en particular. Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana ha establecido la posibilidad que sus fallos de revisión produzcan efectos más allá de las partes involucradas en el proceso. Se atribuye esta creación al magistrado constitucional Eduardo Cifuentes Muñoz⁶⁶, que ha sido construida en base a determinadas

66 CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo: “Jurisdicción constitucional en Colombia”, en *Ius et praxis*, V. 8; N.º. 1, Talca, 2002.

pautas y criterios, entre los que destaca el llamado “*estado de cosas inconstitucionales*”. Se trata en realidad de un conjunto de hechos, situaciones y realidades que, a través de acciones u omisiones, se genera una violación masiva del *contenido esencial* de los derechos fundamentales. Normalmente, esta situación puede provenir de algún órgano, entidad o repartición del Estado a través de una autoridad o funcionario, lo cual compromete la propia organización y la licitud en el funcionamiento debido de la institución. Así concebido, la Corte Constitucional ha declarado tres tesis fundamentales para que pueda existir el estado de cosas inconstitucionales: a) la falla estructural o política pública del Estado; b) la falla en la estructura interna de una entidad pública y c) la falta de voluntad política del Gobierno⁶⁷. Subyace en esta construcción jurisprudencial, la doble dimensión de los derechos fundamentales: la *subjetiva* y la *objetiva*; siendo que, la dimensión objetiva de los derechos humanos viene a tener encaje y compatibilidad con las sentencias con efectos más allá de las partes. Esta construcción jurisprudencial ha sido incorporada en el TC, por lo que no le es ajena. Y, uno de los bloques de sentencias con efectos más allá de las partes ha sido, entre otros, vía el hábeas data⁶⁸. El hecho es que el TC peruano ya ha dictado diversos fallos con efectos más allá de las partes⁶⁹; y bien puede en un proceso constitucional de cumplimiento, no sólo limitarse a la posición jurisprudencial de los fallos que ha empezado a emitir, sino que, nuestro Colegiado Constitucional bien podría disponer, a través de un proceso constitucional específico que declare una situación de *estado de cosas inconstitucionales*, expresado a través de una de las variables tipológicas de la inconstitucionalidad por omisión como es el no cumplimiento (ilegalidad por omisión) de lo que dispone el art. 53 de la Ley 23733. Estimamos que, con esta postura, bien podría a la larga desencadenar una verdadera actuación en la administración pública (MEF) a fin de que el futuro gobierno que se instale cumpla dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionabili-

67 ALZATE RÍOS, Luis Carlos: *El estado de cosas inconstitucional*; tomado en: http://www.ripj.com/art_jcos/artjuridicos/art.12_13_14.

68 LAMA MORE, Héctor Enrique: “El Hábeas Data en el Perú. El estado de cosas inconstitucional en el caso Arellano Serquén contra el CNM”, en *Hechos de la Justicia*.Nº. 6.

69 ABAD YUPANQUI, Samuel: *El proceso constitucional de amparo*, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 190 y ss.

dad con impulsar un plan de homologación, sin que ello presuponga un desequilibrio presupuestal en la salud de las finanzas públicas.

XIII. El intérprete supremo ¿también se equivoca?

No queremos aquí entrar a pergeñar cuestiones altamente polémicas en torno a la interrogante de éste acápite; si bien el tema se remonta a la célebre polémica que en el periodo de entre guerras sostuvieran dos de los cuatro gigantes de Weimar, nos referimos a Kelsen y a Schmitt⁷⁰. Empero, ya que se está tratando aquí de la problemática de la homologación, sería bueno también que el TC en un fallo precisara los alcances para la jurisdicción ordinaria en torno a un *auto aclaratorio* que hoy constituye una apreciación errónea, pues estimaba que el art. 53 prácticamente habría estado ya derogado, de allí que aclaró que su aplicación se remontaba en los años en que estuvo vigente dicho precepto. Veamos *in extensu* este auto:

**“EXP. 1951-2003-AC/TC
CUSCO
JOSE ARTEMIO
OLIVARES ESCOBAR**

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 29 de octubre de 2004.

CONSIDERANDO

1. Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 59° de la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, este Colegiado puede, de oficio o a pedido de parte, aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que pudiere haberse incurrido en las sentencias, sin alterar el contenido sustancial de la decisión.

70 MIGUEL HERRERA, Carlos: “La polémica Schmitt - Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en *Crítica Jurídica*. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho. IJ, UNAM, México, N.º. 16, 1995, pp. 113 - 147.

2. Que de la parte resolutive de la sentencia expedida en autos se aprecia que se ha ordenado el cumplimiento, por parte de la demandada, de lo dispuesto en el artículo 53º de la Ley N.º 23733, sin señalar el período en el que debe cumplirse tal mandato.

3. Que, por lo tanto, se hace necesario precisar que el cumplimiento de la norma referida en el considerando precedente se circunscribe únicamente al período en que dicha disposición legal estuvo vigente.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le reconoce la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

RESUELVE

Precisar que el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53º de la Ley N.º 23733 se circunscribe únicamente al período en que dicha disposición legal estuvo vigente.

Publíquese y notifíquese”.

Como se podrá apreciar, con la expedición de la ley 28603 que restauró la vigencia del art. 53 que, por lo demás, sólo estuvo suspendido mas no derogada la norma; si bien como hemos señalado en acápite precedentes ha tenido siempre validez y vigencia mas no eficacia, esto lleva a señalar que la posición del TC en dicho auto no es correcta; pues afirmar que: “*el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53º de la Ley N.º 23733 se circunscribe únicamente al período en que dicha disposición legal estuvo vigente*”, puede significar que la homologación hoy se solicite tanto con efectos retroactivos (prácticamente desde diciembre de 1983); como a partir de la situación presente para el futuro, que es por donde más se dirige el precepto. Con todo, sería bueno que el mismo intérprete supremo aclarase este otro aspecto que cierne una nebulosa de incertidumbre para la judicatura ordinaria. En tal sentido, como señalan los norteamericanos “la Suprema Corte no es la última palabra porque sea infalible, sino que es infalible porque es la última palabra”⁷¹, lleva a que nuestro TC como “órgano supremo de interpretación, integración y control de

71 BAUM, Lawrence: *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Bosch edit., Barcelona, 1983, pp. 161 y ss.

la constitucionalidad” (art. 1 de la LOTC), defina en última instancia, incluso eventuales errores o rectificaciones en que pueda incurrir.

XIV. Colofón: El pensamiento constitucional peruano: ¿mero post-glosador del Tribunal Constitucional peruano?

Damos por descontado, en lo que corresponde al autor de este artículo, nuestra identificación a la meritoria creación del genio heurístico de Hans Kelsen⁷²: la creación de los Tribunales Constitucionales que hoy, como señala con loable simpatía Peter Häberle “*es reconocido a escala planetaria como institución*”⁷³. Decía el catedrático de la Universidad de Bayreuth que: “La multitud de literatura que sigue el TCF y puede valer como “jurisprudencia comentada”, la amplitud y en ocasiones profundidad que se ocupa del TCF como tal plantea la cuestión del papel y autocomprensión de la doctrina iusconstitucionalista alemana. ¿Se ha “entronizado” a sí misma? ¿Opera como “glosador” o incluso como “postglosador” de “karlsruhe”⁷⁴? Si es así, ¿debería ser ello asumido por las “comunidades científicas” de otros países? En mi opinión, en la tesis de la “autoentronización” hay escondida una verdad parcial”⁷⁵. Estas reflexiones que plantea el pensador alemán resultan igualmente pertinentes para lo que viene ocurriendo en los últimos años, a partir de los fallos que produce el TC peruano. En efecto, la mayoría de trabajos que en los últimos tiempos vienen desarrollándose en esta extraordinaria disciplina denominada “*derecho procesal constitucional*”, encontramos que se cierne una relativa preocupación de que los fallos del TC se están autoentronizando en la reflexión académica de los juristas peruanos⁷⁶;

72 ETO CRUZ, Gerardo: “Un artífice del Derecho Procesal Constitucional: Hans Kelsen”, en *Derecho Procesal Constitucional*, T. I, 4° edic.; Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), Edit. Porrúa, México, 2003, pp. 81 – 97.

73 HÄBERLE, Peter: “El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Num. 9, Madrid, (2005), pp. 113-139.

74 Karlsruhe, como se expresa en el mismo artículo, es la sede del Tribunal Constitucional alemán.

75 HÄBERLE, Peter: “El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma”, op. cit., p. 138.

76 Un breve muestreo de la reflexión se aprecia por ejemplo en MESÍA, Carlos: *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004; CASTILLO CORDOVA, Luis: *Comentarios al Código Procesal Constitucional*,

verificándose así, que hoy los trabajos se circunscriben a ser desarrollos como glosador o postglosador de lo que diga, inflexione o manifieste ciertos cambios de rumbos a la jurisprudencia⁷⁷. Estimamos también, que los Tribunales Constitucionales bien pueden ser objeto de una sana crítica en forma heterónoma o desde afuera, como sería de la reflexión académica, poniendo en evidencia retrocesos más que avances. En el presente caso, no sabemos si los procesos contenciosos-administrativos resultan ser la vía más idónea y viable; con todo, bien podría el TC ampliar algunos aspectos procesales que ciertamente no se cumplen en sentido estricto en los reclamos que van a iniciar los docentes a través de los nuevos procesos contencioso-administrativos.

Si bien el TC peruano está hoy en boca de todos con sus críticas⁷⁸ y su desarrollo al progreso vía la doctrina jurisprudencial que le

Universidad de Piura, Ara Editores, Piura, 2004; DÍAZ ZEGARRA, Walter: *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, Ediciones legales, Edit. San Marcos, Lima, 2005; SAR, Omar A.: *Constitución Política del Perú. Con la jurisprudencia artículo por artículo del Tribunal Constitucional*, 2º edición, Edit. Nomos y Thesis, Lima, 2005; y *Código Procesal Constitucional. Con la jurisprudencia artículo por artículo del Tribunal Constitucional*, Edit. Nomos y Thesis, Lima, 2006; fuera de otros trabajos como los de la Comisión Andina de Juristas: *Jurisprudencia, magistratura y procesos constitucionales en el Perú*; Luis Alberto Huerta Guerrero y Cecilia Beltrán Varillas; o la reciente edición especial de la jurisprudencia constitucional en *Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*, Año 6, N° 11, Grijley, Lima, julio-diciembre, 2005; y no hablamos de las ediciones diversas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o las jurisprudencias seleccionadas Vid. *Jurisprudencia de hábeas corpus. Sentencias del Tribunal Constitucional 2002*, de Miguel Pizarro Guerrero, Edit. Jurídica Grijley, 2003; o la estupenda selección de CARPIO MARCOS, Edgar (cfr. *Selección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Jurista editores, Lima, 2002).

77 Hay magistrados como Héctor E. Lama More (Cfr. Los dramáticos efectos de la sentencia vinculante) que sostienen que el TC aplica la técnica del overruling (“sentencia por la que se deja sin efecto un precedente jurisprudencia”), en *Hechos de la justicia*, N° 7, Año 4, 2006.

78 Así pues, resulta elocuente las duras críticas que Antero Flores-Araoz esgrimiera contra el TC y contra su actual Presidente, Dr. Víctor García Toma quien en la Revista *Caretas* el expresidente del Congreso había señalado que los miembros del Tribunal eran unos ladrones porque habían “robado” competencias que les son inherentes al Congreso. Se trata básicamente del problema de las sentencias atípicas que constituyen hoy parte de la labor de los Tribunales Constitucionales contemporáneos pero que los legisladores no entienden que los Tribunales Constitucionales son también “legisladores positivos”. Vid. Al respecto: DIAZ REVORIO, F. Javier: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado*,

impone; no cabe duda, como ha señalado en otro trabajo Peter Häberle que debemos reconocer que hoy los Tribunales Constitucionales “tienen grandes competencias” y “grandes decisiones”⁷⁹. En tal perspectiva, bien podría el TC peruano al hilo de toda esta problemática que involucra la homologación de las remuneraciones de los docentes que en 22 años no se ha podido cumplir por el regateo político de todos los regímenes gubernamentales (1983-2006), asumir el Tribunal en fallo jurisdiccional lo siguiente:

- a) Declarar el estado de cosas inconstitucionales;
- b) Dictar un fallo exhortativo y de recomendaciones al Poder Ejecutivo para que cumpla con materializar en el presupuesto de cada año fiscal el desarrollo razonable a la homologación de haberes.

XV. Epílogo: El problema de cumplir con la homologación: más que un problema jurídico, es un problema de decisión política

Muchas veces en la propia especulación teórica, surge bajo un permanente carril los complejos problemas en el mundo jurídico y el mundo político; y aquí siguiendo, justamente, a Néstor Pedro Sagüés se podría reconsiderar todo lo arriba expuesto bajo las siguientes cuestiones:

- a) Que en el plano *fáctico* se conciben *hechos políticos*, que no son hechos jurídicos; o mejor, *hechos jurídicos* que carecen de naturaleza política;
- b) Por su parte, la Ley estatal impone en ciertos casos a determinados sujetos de derecho la amputación de su posible dimensión política;
- c) La escisión entre derecho y política es vista aun como conveniente, desde el punto de vista axiológico, ya por juris-

tipología y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas, Editorial lex nova, Valladolid, 2001; y MARTÍN DE LA VEGA, Augusto: *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, CEPC, Madrid, 2003.

79 HÄBERLE, Peter: “El Tribunal Constitucional como Poder Político”, en *Separata N°125 de la Revista de Estudios Políticos*; julio-diciembre, 2004, pp. 13 y ss.

tas, ya por políticos y politólogos. En ciertos casos, se postula una amplia “despolitización” en la vida societaria⁸⁰.

Sin embargo, existe una inexorable vinculación en donde las fronteras de ambos mundos se retroalimentan. Así, es una *realidad fáctica* que en 22 años todos los Gobiernos desde 1980 hasta la actualidad no han cumplido con desarrollar el derecho de la homologación de haberes; a su vez el problema jurídico del no desarrollo o cumplimiento del art. 53 de la Ley Universitaria no es en sí, básicamente, un problema estrictamente jurídico; si bien tiene todo los contornos y contenidos inexorablemente jurídicos, en realidad no queda duda que es de una *actitud política* de los sucesivos gobiernos que han expresado un *menosprecio* que forma parte de una dimensión axiológica; por lo tanto, es un problema, más que jurídico, de *decisión política*.

Sin embargo, el problema político tiene que ver obviamente con el mundo del derecho y de los valores⁸¹. Así, como señala Werner Goldschmidt “la justicia como virtud es un elemento de la ética, precisamente por ser esta la doctrina de las virtudes. La ética, a su vez, pertenece a la teoría de los valores. En efecto, Ulpiano afirma ya (Dig. 1, 1, 10, pr) que la justicia es un “*Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” destaca el hecho de que se concibe a la justicia como virtud humana”. Y continúa el citado autor diciendo “Si se parte de la justicia como virtud, los criterios con arreglo a los cuales habrá de juzgarse qué es lo que corresponde a cada cual, no llegan a ser temáticos, sino que se aceptan sencillamente sin examen. Sin embargo, un análisis de la justicia en el campo de la ciencia del derecho posee precisamente la misión de considerar estos criterios. Mientras que en la ética la justicia no aparece sino como Poder Ejecutivo, en cuanto se esfuerza en dar a cada cual lo que le corresponde en virtud de una legislación heterónoma, en la órbita del derecho a la justicia adquiere una función atributiva al tomar la forma de una legislación que atribuye a cada cual algo para que llegue a ser suyo siguiendo principios autónomos”⁸².

80 SAGÜÉS, Nestor Pedro: *Mundo Jurídico y Mundo Político*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 8.

81 Ver “Los juicios de valor en la ciencia del derecho”, en KELSEN Hans: *¿Qué es Justicia?*, Planeta Agostini, Barcelona, 1993, pp. 126 y ss.

82 GOLDSCHMIDT, Werner: *La ciencia de la justicia (dikelología)*, Aguilar Edit., Madrid, 1958, pp. 3-4.

Bajo estos marcos de reflexión dikelógica que nos presenta el célebre pensador alemán radicado en Buenos Aires; bien podría igualmente el TC tener como criterio dos principios de justicia que plantea otro célebre pensador inglés, John Rawls: “Enunciaré ahora, de manera provisional, los dos principios de la justicia respecto a los que creo que habría acuerdo en la posición original. La primera formulación de estos principios es tentativa. A medida que avanzamos consideraré varias formulaciones aproximándome paso a paso a la enunciación final que se dará mucho más adelante. Creo que el hacerlo así permitirá que la exposición proceda de manera natural.

La primera enunciación de los dos principios es la siguiente:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) Se esperen razonablemente que sean ventajosas para todos, b) Se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”⁸³.

Desde la perspectiva de Habermas, el Estado de Derecho es la forma de regulación de los ciclos del poder en las *sociedades complejas*; y ello lo tiene muy presente el TC, de allí que reivindicando como señala Jacques Derrida⁸⁴ la *fuerza de la Ley*, simple y llanamente debe afirmarse -en estos problemas de la homologación-, “*la enérgica pretensión de validez de la Constitución*”; que refleja en el caso particular un orden de valores, como es justamente que los docentes tengan un *status iuris* no de privilegio en una remuneración igual a la de los magistrados judiciales, sino porque justamente el valor que materialmente la Constitución otorga a través de la Ley 23733 a los catedráticos es que los docentes deben tener un haber que presupone una razonabilidad de ingresos para poder cubrir mínimamente parte de su bienestar general para ellos y su familia; así como también para cubrir un *mínimum* permanente de inversión y actualización en los predios de su propia formación académica y científica, del cual justamente el TC en la STC 256-2002-AC/TC señalaba que

83 RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, 4° reimposición, FCE, México, 2003, pp. 67-68.

84 DERRIDA, Jacques: *Fuerza de la Ley. El fundamento místico de la autoridad*, Traducción de Adolfo Barberá y Patricio Peñalver Gómez, Tecnos, Madrid, 2002.

“la actual situación, inhibe a los mejores profesionales a incorporarse a la tarea docente y desalienta a las que la ejercen en sus áreas de enseñanza, investigación y proyección social”. El TC creemos que tiene aquí la última palabra.

Trujillo, 11 de abril de 2006.

(Actualizado al 08 de agosto del 2006)

EL JUEZ: EL SEÑOR DEL DERECHO*

Sumario: I. Una mirada retrospectiva en torno a la evolución de las ideas políticas en la historia. II. ¿Por qué el juez es y debe ser el señor del derecho? III. El Estado Constitucional hoy. IV. El juez hoy: Revalorización de su labor. V. Los retos actuales de los jueces. VI. Recapitulando: El señor del derecho

A propósito del día del juez que se celebra hoy, cuatro de agosto, nos vamos a permitir realizar algunas breves reflexiones en homenaje a los jueces que cumplen una importante labor -cual es- la de impartir justicia entre las partes en conflicto y que deben ser resueltos a través de un debido proceso. De primera intención, nos vienen las palabras del ilustre tratadista mexicano Héctor Fix-Zamudio quien hace ya muchos años viene haciendo catequesis en divulgar una serie de aspectos teóricos, entre otros, la de precisar que no se debe decir “administración de justicia”; en razón a que la justicia es un valor que se imparte, mas no se administra.

Pero, dejemos estas disquisiciones terminológicas y vayamos a lo que nos interesa en esta oportunidad.

* Publicado en http://www.tc.gob.pe/notas_prensa/notas/2011/articulo_eto.html

I. Una mirada retrospectiva en torno a la evolución de las ideas políticas en la historia

La evolución de las ideas políticas ha venido señalando que, dentro del fenómeno del poder político, era el príncipe o el rey quien tenía todas las prerrogativas de mando en sus reinos. Y así, el monarca era quien tenía la potestad igualmente de impartir justicia; pero que lo delegaba a otros funcionarios quienes lo ejercían en su nombre; mas, la labor jurisdiccional se encontraba entroncada con la regia figura del monarca. Toda esta situación del antiguo régimen cambia con la gran ruptura histórica en 1789, con el ocaso de la monarquía, vía la Revolución Francesa. A partir de esa gran gesta, se empieza a concebir una nueva concepción de mundo, superándose la vieja concepción teocéntrica por la antropocéntrica. Hasta antes de ello, los magistrados habían sido fieles sirvientes del monarca. Todo esto se supera y empieza a desarrollarse la idea de la autonomía que deberían tener los magistrados y que constituye un tema permanente, dado que el poder político siempre ha querido tener magistrados serviles.

Pero hoy, mirado en perspectiva, todos los cultivadores en diversas áreas del saber humano como son los filósofos, los politólogos, los juristas, aseveran que el Siglo del Poder Legislativo fue en el Siglo XIX. Allí por ejemplo están las grandes figuras emblemáticas desde sus precursores del viejo enciclopedismo de John Locke, Montesquieu, Rousseau, entre otros.

En el Poder Legislativo se encontraba la máxima expresión del derecho formulada en la ley. El "señor del derecho" era el Parlamento, todo lo que el Parlamento expresaba bajo el hechizo de la norma, era derecho. En este contexto se explica las célebres frases de Montesquieu, en su magisterial obra: "El Espíritu de las Leyes" cuando disminuía la labor del Juez a un mero autómatas aplicador de la ley. "El juez, decía, es un ser inanimado, sin vida, es sólo la boca que pronuncia la ley".

En casi todo Latinoamérica y en países como el nuestro, esta actitud robotizada del juez se viene hoy en día superando; pero aún perviven un grueso de magistrados con un espíritu desde una interpretación constitucional decimonónica y que no tienen la posibilidad de replantear, recrear o inflexionar la norma. Un espíritu así, acrítico

de la norma, es y seguirá siendo dañino a todo el sistema jurídico, personas así no deben estar en un poder del Estado.

En consecuencia, el Señor del Derecho, como ha expresado el ilustre iusfilósofo del derecho contemporáneo, y en su momento, presidente de la Corte Constitucional de Italia, Gustavo Zagrebelsky era el Legislativo. El siglo XVIII y parte del XIX fue pues el siglo del Parlamento.

¿Qué ha ocurrido tiempos después? Pues que el siglo XX ha sido el siglo del Poder Ejecutivo; y aún el siglo anterior, el XIX. En efecto, no sólo porque acaso radique en el Ejecutivo el centro de gravitación del poder; sino porque el influjo del sistema político norteamericano, un sistema presidencialista ortodoxo, irradió tal aliento que muchos países se adscribieron a este sistema. Amén de ello; y para variar, en América Latina siempre hemos tenido esa idiosincrasia tan dañina también de depositar la fe en mesiánicos personajes que se ha creído redentores y salvadores de los males de sus países.

El siglo XX y a caballo con el XXI ha sido pues, en los sistemas culturales de occidente, el espíritu del siglo del Ejecutivo; y en torno a este siglo, se le puede achacar un abanico de mil negatividades como también de extraordinarias decisiones que han beneficiado en los avances hacia la consolidación de las democracias.

Sin embargo, después de la segunda gran guerra, las cosas han venido variando mucho en el pensamiento político. Como consecuencia de los grandes problemas y abusos que hasta la fecha se vive por la actuación de los Jefes de Estado o de Gobierno; desde distintas orillas no sólo jurídicas, sino de la filosofía política, se ha venido orientando en señalar, pese a toda la mala imagen de la labor jurisdiccional que luego lo veremos, que el siglo XXI debe ser, es y será el siglo del Juez, es decir, el siglo de los poderes judiciales y de los tribunales constitucionales.

II. ¿Por qué el juez es y debe ser el señor del derecho?

Antes de abordar estas reflexiones, debemos dejar sentado la permanente idea de que el Ejecutivo, siempre ha querido tener jueces adictos a sus intereses; por lo menos en el pellejo de quien detentan el poder, sea un gobernante de jure o legítimo; o de facto, todos, sin excep-

ción, requieren contar con magistrados pusilánimes, adictos a sus pretensiones, lo demás es puro fariseísmo. Siempre he tenido la impresión que, cuando se acerca el Ejecutivo a reformar al Judicial, se produce un abrazo del oso...

El hecho es que, más allá de la actual y confusa situación de las reformas (a lo largo de más de 40 años, desde Velasco Alvarado a la fecha, siempre se ha hablado de reforma al Poder Judicial y cuya credibilidad en torno a ella, ha enervado el vigor y su esencia, y podríamos decir que cada cambio de gobierno, habría un cambio de reforma.

III. El Estado Constitucional hoy:

En un libro del célebre pensador alemán Peter Häberle titulado *"El Estado Constitucional"*, se confirma lo que ha planteado en la misma línea Gustavo Zagrebelsky, en su libro *"El derecho dúctil"*. En efecto, hoy, todo Estado Constitucional no sólo debe caracterizarse por el sentido constitutivo y limitativo del principio de legalidad; sino también por la legitimación democrática del ejercicio del poder. Este principio democrático del sistema político en el Estado Constitucional no es un elemento accesorio o neutral, sino que es una exigencia de los valores integrantes del núcleo constitutivo del propio Estado, es decir, una exigencia lógica de sus propios valores fundamentales.

En este marco reflexivo, se sostiene que los Estados Constitucionales han llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional: hoy ningún poder es el "señor del derecho" en el entendido de que ningún poder u órgano del Estado puede apropiarse o disponer del derecho.

En el Estado Constitucional, los tres poderes si bien son independientes, ello ocurre en la medida en que están funcionalmente diferenciados y para diferenciarse funcionalmente necesitan relacionarse, pues sólo en el contacto y fricción se delimitan entre sí. En rigor, son independientes en tanto dependen de los demás para existir y porque la relación y la complementariedad no equivale a dependencia. Las relaciones y controles que se establecen entre los poderes no son una muestra de una fractura en su independencia sino un ejemplo más de las limitaciones a las que se ven sometidos como exigencia de los principios constitutivos del Estado de derecho, de su lógica limitadora de la acción del poder.

IV. El juez hoy: Revalorización de su labor

No sólo contra los abogados, sino contra los jueces pesa una lapidaria opinión pública que lleva a que permanentemente están en una franja roja de crítica. El que un sector de magistrados acuse inconductas éticas, funcionales, prevaricadoras, ignorancia y escasa formación jurídica, etc. (y la lista sigue...) no debe llevar a generalizar *in totum* al Poder Judicial. Ningún juez, por más probo que sea, podrá dejar de ser objeto de crítica. Y es que la naturaleza de su labor, siempre será de naturaleza contenciosa o discutible. Alguien gana y alguien pierde. Así es esquemáticamente un proceso judicial. Y el juez tiene que definir la incertidumbre jurídica definiendo la tutela judicial efectiva en alguna de las partes.

De allí que, una verdadera reforma del Poder Judicial, pasa por la reforma personal de quien viste el alma de la toga en la judicatura. Hay jueces y jueces; muchos eruditos y estudiosos, otros acaso de formación unidimensional: conocer lo suyo y nada más. La sociedad civil desea no sólo jueces concededores del derecho; sino que quiere de ellos que sean personas de una alta cultura, de una ética cotidiana que irradie para los justiciables y abogados litigantes paradigmas deseables de valores.

Pero por ahora, ya que se trata del Día del Juez, es bueno que hagamos un alto a su labor, y evidenciamos que esta labor no es sencilla; aparte de la responsabilidad que pesa en ellos, su trabajo no es nada envidiable, pues la ciudadanía y la opinión pública no sabe que cada magistrado, aparte de despachar con su secretario un sinnúmero de resoluciones judiciales, tiene que preparar los fallos que ponen fin a un proceso, y una ración de horas; es decir, hay una infatigable labor que debe ser reconocida. De allí que, en realidad, el proceso de selección y ratificación debe partir de una serie de parámetros y criterios que deben corresponderle al Consejo Nacional de la Magistratura definir. Además, estimamos que si hay un juez corrupto, es porque hay también un abogado corrupto; y hay un cliente corrupto. Es decir, ya que se habla del permanente tema de la corrupción, ésta está expresada a través de una urdimbre de telarañas que van desde una persona que, apenas puede tener un proceso judicial, está pensando en cómo ganarlo – lo cual humanamente es comprensible – pero a costa incluso de una situación contraria a la moral o a la ética de los valores.

Y no es que estemos aquí defendiendo a magistrados que tengan inconducta funcional; sino que debe preservarse la extraordinaria labor del Poder Judicial, y si hay crisis del sistema judicial, es porque forma parte de una crisis mayor del sistema político. Mas, todos los que tenemos una cuota de responsabilidad, debemos en acto de contrición y enmienda empezar a reconocer que de una u otra manera estamos también en el problema.

V. Los retos actuales de los jueces

Más allá de todo lo que aquí venimos reflexionando, considero que hoy los jueces tienen nuevos retos; y entre los que habría que empezar es por su permanente capacitación académica. Un juez que no esté al tanto de los estándares de interpretación de los más grandes tribunales jurisdiccionales como los europeos y aún, de Norteamérica; un juez que no adquiere una ración mínima de libros en torno a su especialidad nacionales y extranjeros, un juez que no se deleita con la lectura de una buena literatura, un juez que subestima la cultura cosmopolita del arte, la pintura, la poesía, el cine, etc. es en realidad un juez que a mí me preocuparía mucho. Pues necesitamos de estos altos funcionarios el peso de una personalidad demoledora. Sólo magistrados de esta talla podrán remontar a nuestro Poder Judicial. La Academia de la Magistratura, en todo esto, tiene que cumplir un rol clave, pues muchos magistrados creen que, por el sólo hecho de estar detentando el cargo, por fenómeno taumatúrgico se cree el sabedor de todo. Y, como bien sabemos esto no es así. Por ejemplo, ¿qué magistrado actual, ha llevado cursos de Teoría de la Argumentación Jurídica? y los pocos que han tenido la oportunidad de llevar en la Academia de la Magistratura, no lo practican en su plenitud. En todo esto, repetimos, la Academia debe cumplir un rol decisivo.

VI. Recapitulando: El señor del derecho

Por ahora no podemos exponer más ideas *in extensu*, pero es bueno que se vaya internalizando en los diversos operadores del sistema jurídico peruano que hoy el derecho no sólo es lo que está escriturariamente expresado en la norma; sino en lo que el juez defina en sus sentencias. Hoy el derecho debe irse viendo no sólo a las fórmulas

del legislador; sino al tamiz que le imprime el juez; así, puede irse gestando ya la tesis de que el derecho judicial, creado a golpe de sentencias, es un derecho democrático, a la altura de lo que hoy es un Estado Constitucional; pero que esto no se interprete como un derecho libre, del que propugnara Geny, sino un derecho en base a estándares de interpretación en conformidad con la Constitución y los valores de un sistema jurídico democrático.

Por ahora, no queda mas que saludar a los magistrados; cuya labor de hacer justicia, tanto en su contenido *normológico* (el derecho escrito) como el *dikelógico* (lo justo) es una tarea difícil que nos debe merecer todo un público reconocimiento. ¡Salud, en vuestro día!

UNA PROPUESTA ESPECÍFICA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: LA CREACIÓN DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN*

Sumario: I. Introducción. II. Los deberes y la responsabilidad jurídica del Estado. III. Reubicando nuevamente la problemática: La inconstitucionalidad por omisión. IV. El legislador no es el único señor del derecho. V. Las permanentes omisiones: Los Derechos Sociales. 5.1. Acerca de la constitucionalización de los derechos sociales. VI. El legislador motorizado: Hiperinflación intrascendente y una escasa vocación de cumplir con los mandatos constitucionales. VII. Tratamiento Comparado. VIII. Una experiencia frustrada: La Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional. IX. Hay un tiempo para disentir y otros para consentir: Es el momento de consentir una reforma constitucional impostergradable: La acción de inconstitucionalidad por omisión.

I. INTRODUCCIÓN

En el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en México en febrero del presente año 2002, algunos profesores¹ lanzaron la ofensiva de tratar ya frontalmente el tema de la inconstitucionalidad por omisión; y, por cierto, de no esquivarlo

* Ponencia Presentada en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional en Piura (8, 9, 10 de Agosto del 2002).

1 Mónica Ibagón: "Control judicial de la omisión legislativa en Colombia"; Néstor Pedro Sagüés: "La inconstitucionalidad por omisión en el Derecho Comparado" y Gerardo Eto Cruz: "Una defensa de la Constitución: La acción de inconstitucionalidad por omisión".

ni irse por simples disquisiciones abstractas. Tal preocupación, desde luego, no es compartida por todos, ni obviamente la doctrina tiene que consensualizar en dicha problemática; de ahí que es bueno advertir que quien camine por este convulsionado *terreno comanche*, encontrará que no sólo está minado por un sector de académicos que aún no reparan en la problemática teórica y práctica del fenómeno de la *inconstitucionalidad por omisión*; sino que, a nivel de la *dinámica constitucional*, es decir, de la propia realidad político constitucional, los legisladores que pretenden reformar las constituciones nacionales, bien sea en su expresión de *poder constituyente originario* o *derivado*, no tienen no sólo el más mínimo interés de afrontar esta problemática; sino que, digámoslo de cara a la realidad y en términos coloquiales: son políticos que no desean que exista ningún órgano de jurisdicción constitucional que los esté *intimando* a cumplir con el desarrollo de la cláusulas programáticas de la Constitución. En rigor, esta actitud, en los hechos no hace más que confirmar que, para un sector de académicos como de los propios legisladores, la *omisión legislativa* no debería ser justiciable; en tal perspectiva, estarían en la práctica asumiendo la tesis de que la inconstitucionalidad por omisión es simple y llanamente una *cuestión política*; tesis que, como veremos luego, no es más que una *falacia política* con altos réditos para los legisladores políticos, pues siempre tendrán carta abierta a una permanente *impunidad*: incumplir una obligación de actuar normativamente.

En las conclusiones y relatorías del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional ya aludido², en la mesa 4 que fuera sobre los “*Instrumentos de justicia constitucional*”, se arribó institucionalmente, entre tantas y diversas conclusiones a la siguiente:

(...)

Conclusión General:

“Las necesidades y exigencias de las sociedades modernas requieren avanzar permanentemente en la reforma del Estado en Iberoamérica, procediéndose a las reformas constitucionales que sean precisas para ello, con la finalidad de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales, consolidar la democracia

2 *Conclusiones y relatorías del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Raúl Márquez Romero (Coordinador), IIJ, UNAM, IIDC, México, 2002, p. 20.

LA CREACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

y perfeccionar los instrumentos de la toma de decisiones gubernamentales.

En vista de lo anterior, propugnamos:

(...)

mesa 4. Instrumentos de Justicia Constitucional:

(...)

4.- *Desarrollar mecanismo de control constitucional en relación con las omisiones legislativas*".

El problema de la inconstitucionalidad por omisión no sólo es un buen ejemplo que invita a encarar la maquinaria reflexiva de los teóricos, sino que el tema, según sea por donde se le mire, hoy es un problema contemporáneo que todos los Estados modernos atraviesan y, pese a las diversas propuestas de solución, ello no hace más que poner a prueba que la *defensa constitucional*, en este caso, aún no se ha llegado jurídicamente a solucionar; si bien como veremos luego, existe, claro está, diversos planteamientos en el Derecho Constitucional Positivo y en el Derecho Jurisprudencial.

Con todo, en el Perú, como en los demás países que no lo afrontan, lleva inexorablemente a concluir que no resolver los problemas, como es el caso de la inconstitucionalidad por omisión, es garantizar un problema mayor: hacer *ilusa* la norma constitucional; o, como diría G. Bordeau cuando en su momento reabría el debate sobre la permanente crisis de la Constitución: proclamaba el *réquiem* de la norma fundamental considerándola como un "templo alegórico habitado por sombras". En efecto, ¿de qué sirve que los códigos fundamentales proclamen, como proyecto político de una nación, una serie de derechos sociales, diversas políticas legislativas; si éstas van estar postergadas *sine die*? Hoy, como preconizaba Ralf Dahrendorf "no basta los derechos constitucionalmente garantizados si no van acompañados por una política social que haga activo al liberalismo, agregando que es necesario concretamente una política de reformas"³.

3 DAHRENDORF, Ralf: *El nuevo liberalismo*, Rei, México, 1992.

Un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías; esto es, las garantías nos muestran la sinceridad del ordenamiento⁴. En esta perspectiva, no tiene sentido que las constituciones enfatizen una serie de leyes de desarrollo constitucional, una serie de políticas legislativas que supongan la afirmación, entre otras cosas, de un *Estado de bienestar*; si en los hechos, la realidad los va a desdecir, en tanto el órgano creador de la norma simple y llanamente no lo crea. Los textos constitucionales no cuentan con un sistema de garantías procesales *strictu sensu* que los obligue jurisdiccionalmente a los órganos emisores a que las produzcan. La cuestión en el caso del Perú, no sólo sigue sin resolverse; sino que, en la futura e inminente reforma de la Constitución, no se le ha tomando en cuenta. De esta manera, la sociedad civil peruana va a tener, a futuro, una nueva constitución, la décimo tercera en su historial, y van a mantener, no cabe duda, una serie de cláusulas programáticas que dudosamente van a irse desarrollando dentro de la perspectiva de una real vigencia sociológica de la Constitución.

En esta breve ponencia, nos interesa particularizar algunas ideas, para seguir en nuestra permanente insistencia: que se incorpore una nueva garantía constitucional; esto es, un proceso constitucional *ad hoc* para enervar la actitud omisiva del legislador: *la acción de inconstitucionalidad por omisión*.

II. LOS DEBERES Y LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL ESTADO

Más allá de una permanente polémica si el Estado tiene derechos fundamentales para sí⁵; el tema de las obligaciones que el Estado tiene; esto es, sus órganos respectivos, ha merecido en la literatura constitucional una importante reflexión. Esto desde luego, se encuentra enmarcado dentro del *control del poder*.

George Jellinek reflexionaba que las reglas jurídicas que establece el estado contienen en sí la obligación para con los propios órganos

4 TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1992.

5 REQUEJO COLL, Ferrán: *Hacia una teoría politológica del Estado*, en REF (Nueva Época), N° 64, abril-junio, 1989, pp. 191 y ss. Al respecto existe un extraordinario trabajo de LEGAZ LACAMBRA, Luis: "Notas para una teoría de la obligación política", en REP, N° 85, Madrid, 1956, p. 3 - 57.

LA CREACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

del Estado: “con lo cual queda sometido a obligación la actividad de aquél en sí mismo”⁶. Resulta vital cómo la concepción del Derecho Público pregonado por Jellinek mantenga una importancia notable. Sobre este aspecto, es más que elocuente lo que enfatizaba Jellinek:

“Acompaña, pues, a todo principio de derecho la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al derecho. La orden dada por el Estado a sus órganos de ejecutar las disposiciones jurídicas no es puro arbitrio de aquél, (...) sino que se trata de cumplir un deber, el Estado se obliga a sí mismo en el acto de crear un derecho respecto de sus súbditos, cualquiera que sea el modo como el derecho nazca, a aplicarlo y mantenerlo”⁷.

Remataba Jellinek sosteniendo que:

“El fundamento último de todo derecho radica en la convicción inmediata de su *obligatoriedad*, de su fuerza determinante y normativa”⁸.

Vinculado ya en el plano estrictamente constitucional, Jellinek expresaba que: “La idea de la autoobligación del Estado respecto a su derecho ha desempeñado un papel importantísimo en la formación del constitucionalismo moderno”. Acotaba a renglón seguido el célebre pensador alemán: “No sólo trata éste de contener la omnipotencia del Estado mediante la fijación de normas para la exteriorización de su voluntad, sino que trata de refrenarlo muy especialmente mediante el reconocimiento de derechos individuales garantizados”⁹.

Kelsen, al concebir la problemática del contenido de la Constitución, ya aludía a la presencia de “*leyes futuras*”, pues “La Constitución tiene ciertas estipulaciones que se refieren no solamente a los órganos y al procedimiento por el cual *futuras leyes deberán ser promulgadas*, sino también al contenido de tales leyes”¹⁰. Y, como ya se ha señalado en an-

6 JELLINEK, George: *Teoría general del Estado*, Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos, Fondo de Cultura Económica de México, 2000, p. 348.

7 JELLINEK, G.: op. cit., p. 348.

8 Idem ibib.

9 Loc. cit., p. 351.

10 KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995, p. 309.

terior trabajo¹¹, Kelsen delineó el problema de las *cláusulas programáticas*¹², pero no satisfizo una solución al fenómeno de las omisiones inconstitucionales. Por cierto que el célebre jefe de la *Escuela de Viena* dejó desarrollado el tema del *control de la constitucionalidad de las leyes*; pero no de las omisiones legislativas en que incurría el órgano legislativo. Ello se evidencia en un pasaje, cuando se observa un cierto tono pesimista por esta problemática aparentemente sin solución:

“... si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas”¹³.

No obstante, Kelsen, sin mácula alguna, desarrolló con mayo vigor el tema de los *deberes jurídicos* del Estado, contexto en el cual, prácticamente se ubica el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión.

En efecto, las normas jurídicas; y máxime si éstas dimanar de la *Lex Legum*, hoy por hoy son preceptos que vinculan tanto a los *detentadores del poder*, tanto como a los *destinatarios del poder*: he allí su fuerza vinculante. Sobre el particular, Kelsen, dentro del marco estrictamente jurídico hurga sus raíces y fundamento y explica: “La sistemática puramente formal del derecho objetivo, tal como se desprende de la construcción de la norma jurídica reconocida como certera, divide las normas jurídicas, ateniéndose a su específica *función jurídico formal de la obligatoriedad* en normas que obligan a la persona-Estado y normas que obligan también a los demás sujetos. Si queremos llamar derecho estatal a las normas que obligan al Estado, no podremos cerrarnos a la evidencia de que todo derecho es derecho estatal, de que el derecho del Estado es el concepto amplio o superior que abarca todas las demás posibles clases de normas jurídicas. Sólo si interpretamos en este sentido el concepto de derecho del Estado podremos expresar certeramente la relación específica existente entre el Estado y el derecho”¹⁴.

11 ETO CRUZ, Gerardo: “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Doctrina Constitucional*, INDEJUC, Trujillo, 1992.

12 Vid, al respecto un clásico trabajo sobre el tema E. PINA, Rolando: *Cláusulas constitucionales y programáticas*, Edit. Astrea, 1973.

13 KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit., p. 310.

14 KELSEN, Hans: *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, Edit. Porrúa, México, 1987, p. 233.

LA CREACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Una interrogante clave que se puede formular, para ubicar la problemática de la omisiones inconstitucionales es preguntarse en torno a quién se dirige la norma constitucional de naturaleza programática; esto es, cuál es su destinatario. Sobre este aspecto, Kelsen sostiene que la respuesta a esta pregunta tiene esencial importancia para toda la construcción del concepto del *deber jurídico* desde el punto de vista de la teoría del reconocimiento, teoría que descansa, a su vez, como sabemos, sobre la concepción del *imperativo*. El imperativo va necesariamente “destinado” a alguien, requiere una persona que lo escuche y lo acepte; sin la comprobación de tal sujeto, toda esta concepción jurídica, por esencia *subjetiva*, queda reducida a un fragmento sin valor”. Y concluye “Sólo en el sujeto cobra el imperativo su “validez” específica”¹⁵.

Merkel, típico representante de la teoría del imperativo expresa: “Y es también intención indudable del derecho mover directamente al cumplimiento de su deber a aquellos cuyos deberes norma”. Y, considerando este *fin* del derecho como algo que forma parte de la esencia misma de éste, prosigue: “Es, por consiguiente, una forma esencial suya la de dirigirse a estas personas. Quien emite una orden habla a quienes deben cumplirla”¹⁶.

En rigor, más allá de lo que palmita en estas reflexiones; la idea es que las normas constitucionales están dirigidas tanto a los órganos del Estado, como a la sociedad civil. Tratándose de las normas que deben, a su vez, ser desarrolladas posteriormente vía legislación, no cabe duda obviamente que dichas cláusulas están dirigidas al órgano emisor de la norma. Y ella debe cumplirla. No hacerlo, simple y llanamente, altera el concepto jurídico del deber¹⁷.

Siguiendo la *tesitura* kelseniana, éste nos dice: “La esencia de la norma jurídica con respecto a los sujetos del derecho consiste en que los obliga. Los diferentes deberes jurídicos de los súbditos, de los órganos del Estado o del Estado mismo, son creación del orden jurídico, que no es sino la suma de las normas del derecho”¹⁸.

15 KELSEN: *Problemas capitales...*, op. cit., p. 329.

16 Citado por KELSEN: *Problemas capitales*, p. 329.

17 Véase el concepto del deber, en KELSEN, capítulo XI y ss. de su *Problemas Capitales*; p. 345 y ss.

18 KELSEN, Loc cit., p. 271.

Hoy, la doctrina reconoce los daños resultantes de la inercia del legislador¹⁹. Ya en el derecho portugués, Gomes Canotilho, rescata los aportes que ofrecieron, en su momento, Martinho Nobre de Melo: *Teoría Geral da Responsabilidade do Estado* (1914) y el ensayo de Fezas Vital: “*Da responsabilidade do Estado no exercicio da função legislativa*”²⁰.

III. REUBICANDO NUEVAMENTE LA PROBLEMÁTICA: LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

La problemática teórica y práctica de la inconstitucionalidad por omisión, continúa representando un permanente desafío para el pensamiento constitucional; y, sobre todo, para el Derecho Constitucional Comparado.

Hoy no cabe seguir manteniendo el prejuicio de que esta problemática constituye una *political questions*; esto es, seguir asumiendo la idea o la tesis de que hay cuestiones constitucionales que no son justiciables²¹, pues es un grave problema que sigue afligiendo a las democracias contemporáneas. Estamos pues, ante una amenaza presente y no sólo persisten estos daños constitucionales, sino que falta el control a esta silenciosa violación degenerativa de violación.

Conceptualmente, la inconstitucionalidad por omisión se entiende como José Julio Fernández Rodríguez lo plantea, en términos teóricos como: “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”²². Recientemente, le ha salido al encuentro discrepante de esta definición, el profesor costarricense Rubén Hernández Valle²³.

19 GOMES CANOTILHO, José Joaquín: *O Problemas da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*, Livaria Almedina, Coimbra, 1974, p. 163.

20 Bol. Fac. Dir. Coimbra, 1916, II; p. 267 y ss.; citado por Gomes Canotilho; p. 165.

21 BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 799-800. vid más recientemente el trabajo de LANDA ARROYO, César: *Justicia Constitucional y political questions*, en *Pensamiento Constitucional*, año VII, N° 7, Fondo Editorial de la PUC, Lima, 2000, pp. 111 y ss.

22 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas edit., Madrid, 1998, p. 81.

23 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: “Los derechos prestacionales”, en *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro – Homenaje a Germán Bidart Campos)*,

LA CREACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Así, sostiene que esta definición presenta varios defectos:

“Primero está elaborada en forma teórica, sin fundamento en un ordenamiento específico. En segundo lugar, tiene dos elementos que, para el ordenamiento costarricense no le corresponden. El primero de ellos es la necesidad de que la omisión se haya producido, según el autor citado, “durante un tiempo excesivamente largo”. El tiempo de la inactividad legislativa no es realmente un criterio jurídico *valedor* para definir si una omisión es susceptible de ser impugnada por vicio de inconstitucionalidad”.

En realidad, basta con la existencia de la omisión, sin que tenga ninguna trascendencia el tiempo transcurrido desde que se promulgó la Constitución y el momento en que se invoca jurisdiccionalmente aquella. En segundo lugar restringir la omisión sólo a aquellas “normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo” limita sin fundamento válido las posibilidades de aplicación de este instituto, pues en todo el ordenamiento constitucional existen numerosos principios y disposiciones –sobre todo en materia cubierta por los mal llamados derechos prestacionales- que, sin estar concebidas como normas de concreto desarrollo, establecen directrices al Estado para satisfacer importantes pretensiones materiales de los ciudadanos”²⁴.

En rigor *somos del parecer que*, lo planteado por el profesor compostelano, sigue manteniendo impecable vigencia en su conceptualización, pues no alude a la definición en torno a un sistema constitucional específico; es, como alude el rótulo de su *enjuicioso trabajo doctoral a*: “La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español”. Lo importante, en este caso, del sistema costarricense es que concibe el problema omisivo como la abstención del legislador para desarrollar principios y preceptos constitucionales”²⁵, lo cual es una forma particular de encarar el problema.

IIDC (Sección Peruana), Edit Jurídica Grijley, Lima, 2002, p. 270. Con anterioridad, el mismo autor publicó “La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales” donde ya alude al tema de los derechos prestacionales; en *REDD*, Año 14, N° 41; mayo-agosto, pp. 228-229.

24 HERNÁNDEZ VALLE: “Los derechos prestacionales”, op. cit., 271.

25 *Idem ibid.*, p. 271.

Empero, lo reflexionando por Fernández Rodríguez es, a la fecha, el trabajo más orgánico en torno al instituto; de allí que, si bien se conceptualiza lo ya citado, el mismo autor compostelano expresa que “Las implicaciones que pretenden derivarse de la omisión inconstitucional dan lugar a que su tratamiento en el terreno práctico debe efectuarse con la adecuada ponderación de la realidad y del contexto reinante en ese particular momento del devenir histórico; y que “En todo caso, siempre tiene que ser posible la reclamación en algunos supuestos de omisiones absolutas o relativas que afecten a los derechos fundamentales y al principio de igualdad, esenciales, ambos, en un sistema democrático como el actual”; (op. cit., ver sus conclusiones, p. 449-453, en especial, p. 451).

Como se podrá apreciar, el tema no hace más que confirmar lo importante y opinable de la cuestión y el triunfo del enriquecimiento teórico del fenómeno; en el entretanto, al menos para el caso peruano, ni tan siquiera se ha incorporado al sistema constitucional positivo; ni mucho menos se le ha dado un tratamiento frontal, como lo ha sido en diversos países europeos vía la jurisprudencia de los Tribunal Constitucional, salvo Portugal y Hungría²⁶, así como Brasil, Argentina, Costa Rica, Venezuela y el Estado de Veracruz en México.

Debe quedar aclarado, por otro lado, que una cosa es la problemática de la *no aplicación de las normas*²⁷; y otra es el *no desarrollo de las normas*. ¿Por qué es que es necesario que se establezca, en forma concreta y específica en los textos constitucionales, mecanismos específicos para solucionar las omisiones legislativas?. Se viene afirmando por un

26 La Corte Constitucional funciona en Hungría desde el 01 de Junio de 1990. entre sus competencias, demasiadas largas, juzga la violación de la Constitución por omisión.

27 Recientemente Diego Valadés ha replanteado un complejo problema que hoy se presenta en los estados constitucionales contemporáneos; si bien su reflexión tiene precedentes de orden filosófico: la no aplicación de las normas. Se trata de normas secundarias que regulan no la prescripción de una conducta, sino que disponen una sanción. Esto es, habiendo una norma que establece una sanción, ella no se aplica, atendiendo a un basto fundamento que no debe desencadenar en la quiebra del Estado Constitucional. Así, mientras para el jurista mexicano “La autoridad que omite la aplicación de la norma lo hace en virtud de que se evite un daño mayor que el que ocasionaría con su aplicación” (Cfr. “La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho”, en *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, UNAM, México, 2002, p. 4, 7, 69.

LA CREACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

sector, que este problema, no habría de necesitar regulación expresa, pues los tribunales constitucionales bien podrían jurisprudencialmente enfrentar el asunto. Si bien es cierto que los organismos de jurisdicción constitucional de Alemania, Italia, España, entre otros, en su momento se han pronunciado por esta problemática; estimamos que no hay garantía de que lo mismo pueda ocurrir en sistemas constitucionales como los nuestros. El caso de España, como anota Javier Jiménez Campo, “el Tribunal Constitucional ha realizado el reconocimiento y amparo del derecho fundamental pendiente de regulación legislativa y, por ello mismo, mediatizado en su eficacia plena: derecho a la objeción de conciencia del artículo 30.2 (STC 15/1982), derecho a la libertad de expresión e información (art. 20.1) por determinada modalidad televisiva (STC 31/1994), seguida por otras resoluciones análogas) y, en fin, “derecho” al cumplimiento de la limitación en el empleo de la informática que establece, para la protección del honor y la intimidad, el artículo 18.4 (STC 254/1993). En todas estas resoluciones constató el Tribunal, con una palabra u otras, el incumplimiento o la “omisión” del legislador llamado por la Constitución para la regulación del derecho en cada caso comprometido, derecho cuya existencia reconoció en el correspondiente pronunciamiento estimatorio”²⁸.

Fuera de estos casos típicos, el Tribunal Constitucional español no ha desarrollado más pronunciamientos, a no ser, para señalar situaciones diferentes, como son los casos de las sentencias 15/1982, 31/1994 y 254/1993. En estas, el Tribunal se limitó ya no a suplir la inercia legislativa, sino “a dictar la declaración de nulidad de los actos públicos, administrativos y jurisdiccionales, que impidieron el ejercicio, respectivamente, de los derechos a la objeción de conciencia y a la libre expresión e información mediante televisión local por cable, declaración de nulidad que, en el caso de la entonces no regulada objeción de conciencia, se acompañó de suspensión de la incorporación a filas del actor. El amparo concedido tuvo así, en una y otras de estas resoluciones, un desenlace estrictamente negativo”²⁹.

¿Qué es lo que ha sucedido en el caso de Colombia, acaso la Corte Constitucional más audaz y creativa de Latinoamérica?; pues, que

28 JIMÉNEZ CAMPO, Javier: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 59.

29 JIMÉNEZ CAMPO, Javier: op. cit., p. 60.

habiendo incluso asumido la existencia del fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión; simple y llanamente, dicha Corte se declaró incompetente. Veamos en forma extensa lo que reflexionó la Corte Constitucional colombiana:

“El legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras:

- Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución;
- Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros;
- Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto.

A esta clasificación propuesta cabe agregar otra instancia: cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa.

En el primer caso, de acuerdo con la clasificación creada por Wessel, quien fue el primero en aceptar que el “no hacer” del legislador puede vulnerar derechos individuales, se presenta una *omisión legislativa absoluta* por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una *omisión legislativa relativa* por que si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad.

Así, mientras en el primer evento, hablaríamos de la omisión absoluta de un deber que la Constitución ha establecido de manera concreta, que implica necesariamente la ausencia de normatividad legal, en los demás, nos estaríamos refiriendo a la violación del deber derivado del principio de igualdad o del derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso, por cuanto la ley existe pero no cubre todos los supuestos que debería abar-

LA CREACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

car. Hay aquí una actuación imperfecta o incompleta del legislador. En cambio en la primera, no hay actuación en absoluto”.

Luego de asumir, como se aprecia, en términos teóricos la violación por omisión; la propia Corte Constitucional colombiana dispuso que:

“La acción pública de inconstitucionalidad bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa a la competencia de la Corte. Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control. La Corte carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta”³⁰.

En consecuencia, es necesario que se tenga en cuenta que “los órganos del control de constitucionalidad, al estar obligados a velar por la supremacía de la Constitución, deben poner de manifiesto las violaciones omisivas de la misma realizadas por otras sedes institucionales. La jurisprudencia constitucional debe denotar la vulneración por omisión de derechos constitucionales en que incurre el legislador al incumplir las obligaciones, constitucionales impuestas, que dimanan de los derechos sociales y que, a la vez, son condición de garantía y efectividad de los mismos”³¹.

30 Sentencia C-543/96 (Exp. D-1286: Demanda de inconstitucionalidad por omisión del legislador en reglamentar los artículos 87 y 88 de la Constitución).

31 PEÑA FREIRE, Antonio: *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997, 223.

IV. EL LEGISLADOR NO ES EL ÚNICO SEÑOR DEL DERECHO

Una de las ideas fuerzas del constitucionalismo clásico y que ha trascendido al tiempo desde que fuera formulado y concebido y que hoy pasa a ser en nuestro tiempo un fundamento claro es el control del poder por parte de la Norma Fundamental.³²

Como lo ha planteado recientemente Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, el derecho constitucional de nuestro tiempo viene experimentando una verdadera revolución en sus planteamientos, observándose diversas líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo³³ entre los que destaca el carácter *toral* que tiene toda constitución que es la de configurarse como un instrumento de control.

En efecto, hoy por hoy, en la andadura del presente siglo XXI se observa en lontananza del tiempo cómo el siglo XVIII fue *el siglo de la ley*, pues fue la base absoluta de la supremacía de un determinado poder respecto de los demás. El Siglo XVIII fue también el siglo del desmoronamiento del absolutismo monárquico. En su decurso, el Siglo XIX fue la *era del legislador*. El Parlamento expresó la soberanía total, era *primus inter pares* en relación a los demás órganos del estado. El Siglo XX ha sido el *siglo del Poder Ejecutivo*, cuyo predominio notable aún se mantiene.

Hoy, todo Estado Constitucional no sólo debe caracterizarse por el sentido constitutivo y limitativo del *principio de legalidad*; sino también por la legitimación democrática del ejercicio del poder³⁴. Este principio democrático del sistema político en el Estado Constitucional no es un elemento accesorio o neutral, sino que es una exigencia de los valores integrantes

32 MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris: *Modernas tendencias del Derecho Constitucional* (Trad. del francés por Sabino Alvares - Gendio), Madrid, Edit. Reus, 1934, p. 11. LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución* (Trad. de Alfredo Gallego), Barcelona, Ariel, 1983. ARAGÓN, Manuel: *Constitución y control del poder*, Madrid, Edic. ciudad Argentina, 1995. VALADÉS, Diego: *El control del poder*, UNAM, México, 1998.

33 FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador: *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*; México, 2da. Edic, Edit. Porrúa, p. 30-32.

34 BURGOA O., Ignacio: *Derecho Constitucional Mexicano*, 12º edic., Porrúa, México, 1992, p. 329.

LA CREACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

del núcleo constitutivo del propio Estado, es decir, una exigencia lógica de sus propios valores fundamentadores³⁵.

En este marco situacional, Zagrebelsky ha señalado que hoy los Estados Constitucionales han llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional: hoy ningún poder es “*señor del derecho*”³⁶ en el entendido de que ningún poder u órgano del estado puede apropiarse o disponer del derecho. El siglo XIX fue la era del legislador: el señor del derecho era el legislador y todos los elementos que componen el derecho se encontraban reunidos en el legislador. Esa fue la época cuyo momento clave fue el siglo XVIII en donde aparece la idea de que el Derecho tiene que expresarse sólo a través de leyes. Rousseau habría de ser el gran profeta. “El fin de todo sistema de legislación... se reduce a dos objetos principales, la libertad y la igualdad”. Igualmente sostenía que: “No hay libertad sin Leyes, ni allí donde hay alguien por encima de las Leyes... En una palabra, la libertad persigue siempre la suerte de las leyes, reina o perece con ellas; yo no sé nada que sea más cierto que esto”³⁷.

Esta mitología habría de mantenerse hasta que la transformación del Estado de Derecho *decimonónico* evolucione al estado Constitucional Contemporáneo. Hoy ya no estamos ante el siglo de la ley. Tampoco cabe afirmar una separación absoluta e incommunicable entre los tres poderes del Estado.

En el Estado Constitucional, los tres poderes si bien son interdependientes; ello ocurre en la medida en que están funcionalmente diferenciados y para diferenciarse funcionalmente necesitan relacionarse, pues sólo en el contacto y la fricción se delimitan entre sí. En rigor, son independientes en tanto dependen de los demás para existir y porque la relación y la complementariedad no equivale a dependencia. Las relaciones y controles que se establecen entre los poderes no son una muestra de una fractura en su independencia sino un ejemplo más de las limitaciones a las que se ven sometidos

35 PEÑA FREIRE, Antonio Manuel: *La garantía en el Estado Constitucional de derechos*, Trotta, Madrid, 1997, p. 195.

36 ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 150 y ss.

37 Citado por GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo: *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 2000, p. 27-28.

como exigencia de los principios constitutivos del Estado de derecho, de su lógica limitadora de la acción del poder³⁸.

Recapitulando en este breve *excurso*, hoy no cabe prácticamente aceptar una vieja concepción del siglo XVIII y XIX, en tanto el legislador era el único *señor del Derecho*. El Derecho es hoy compartido; pero no en la vieja concepción reduccionista de los jueces que eran la boca que pronunciaba la ley. Hoy la judicialización del derecho, ha de llevar a que, los jueces, tanto del Poder Judicial como de los tribunales constitucionales, se pronuncien en torno a la emblemática postura del legislador: no entender que, parte de las obligaciones y deberes del Estado es precisamente, la de dictar las leyes que permitan cerrar el círculo de la normatividad, a fin de que éstas puedan tener una real vigencia y plenitud sociológica; máxime, aquellas normas que no sólo afirman el desarrollo legislativo de alguna institución; sino la de las *arbitrarias exclusiones de beneficios*³⁹; o de aquellas normas que proclaman *derechos humanos económicos, sociales y culturales*⁴⁰; o los llamados "*welfare rights*"⁴¹; o los *derechos prestacionales*⁴².

No se puede, en consecuencia, atribuir o reducir la labor exclusiva al simple legislador; aún cuando hay quienes enfatizan que el legislador tiene la potestad "*discrecional*" para ver en qué momento habrá de hacer desarrollar los parámetros del legislador constituyente⁴³.

V. LAS PERMANENTES OMISIONES: LOS DERECHOS SOCIALES

Independientemente de los problemas teóricos que suscitan las normas sobre la producción jurídica como lo ha evidenciado Gausti-

38 PEÑA FREIRE, Antonio Manuel: op. cit., nota 21, p. 27.

39 Vid. lo desarrollado por José Julio Fernández Rodríguez, sobre esta temática: *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., pp. 308 y ss.

40 GROS ESPIELL, Héctor: *Estudios sobre Derechos Humanos*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1988, pp. 323 y ss.

41 Vid nota 42, infra.

42 Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela (Coordinadores): *Instituciones de derecho del trabajo y de la Seguridad Social*; ver. específicamente capítulos 36 al 41 (p. 657-765), UNAM, México, 1997.

43 Igualmente José Julio Fernández Rodríguez desarrolla *in extensu* las tesis de quienes rechazan la inconstitucionalidad por omisión, op. cit., p. 203 y ss.

LA CREACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

ni⁴⁴, lo cierto es que la Constitución es una norma fundamental y fundamentadora de un sistema jurídico y que se va a caracterizar por tener una norma con específicas particularidades: *su incomplitud*⁴⁵.

En efecto, por lo general, existe un *stock* amplio de este tipo de normas que requieren de un posterior desarrollo legislativo. Ahora bien: ¿a qué tipo de contenido normativo aluden, por lo general este conjunto de normas bien sean de cláusulas programáticas o de sendos principios que supongan también políticas de desarrollo institucional de parte del Estado? En rigor, se trata precisamente de derechos sociales; o lo que en terminología de las Naciones Unidas, aluden a los derechos humanos económicos, sociales y culturales. México fue uno de los iniciadores y pioneros en el desarrollo normativo-constitucional de estas normas⁴⁶ y que han tenido una profunda influencia en América Latina. Hoy, el panorama, sin embargo, no ofrece mucho optimismo ni una esperanza prometedora, pese a que cada vez se legislan nuevas constituciones en donde irónicamente se exhiben en el escaparate, sendos derechos sociales que, a la postre son simples catálogos de ilusiones. Hoy, ya no existe un Estado benefactor y asistencial; hoy todos coinciden en un Estado “desertor” que le da la espalda, pese a sus proclamas constitucionales, del desarrollo social de estas normas⁴⁷.

Una de las formas cómo, las cláusulas programáticas se ven imposibilitadas de su desarrollo, son a través de lo que Enrique Alonso García califica como los derechos prestacionales y que, al decir del citado jurista español, siguen constituyendo en “el punto donde suman todas las dificultades que el ejercicio de la justicia constitucional plantea”⁴⁸. En

44 GUASTINI, Ricardo: “En torno a las normas sobre la producción jurídica”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 89 Mayo - Agosto, 1997, UNAM, México, pp. 547- 557.

45 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 64.

46 DIAZ MÜLLER, Luis T.: “Derechos Económicos, Sociales y Culturales: aportaciones de México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXX, N° 88, 1997, UNAM, pp. 93 y ss.

47 LASTRA LASTRA, José Manuel: “Centenario de la doctrina social católica”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 77, 1993, UNAM, México, p. 525.

48 ALONSO GARCIA, Enrique: “Los Límites de la Justicia Constitucional: La constitucionalización de los derechos prestacionales del “Welfare state” en Norteamérica” en *REDC*, Año 4, N° 11, Mayo - Agosto, 1984, pp. 139-194.

efecto, en el caso del sistema norteamericano, si bien no se encuentran en las cláusulas constitucionales típicas normas programáticas; si existe el estimulante tema de la "*welfare rights*". Esto presupone para el Estado una obligación positiva de hacer, un típico derecho prestacional. Sin embargo, el tema no deja de ser altamente discutible. Así, el profesor Winter ha sostenido que "La noción de *welfare rights* es errónea porque no existen estándares de enjuiciamiento para determinar cuándo se satisfacen los supuestos derechos y los tribunales en ausencia de esos estándares, no pueden definir ni aplicar esos derechos, salvo que usurpen abiertamente funciones ejecutivas y legislativas"⁴⁹. En la línea jurisprudencial norteamericana, se ha ido poniendo de relieve dos tipos de dificultades respecto a la constitucionalización de los *welfare rights*: a) la atribución de créditos presupuestarios; y b) los problemas de administración de las prestaciones en el caso de que los tribunales decidieran meterse a fondo en el tema. Sumando a todo ello, existe el "*slogan*" de los partidarios del *judicial restraint* que proclaman que: "la constitución no proporciona remedios judiciales para cada enfermedad social o económica".

No obstante estas complejas apreciaciones, en el caso de los derechos sociales, su relevancia jurídica y su complejidad estructural aparecen con mayor claridad si se los considera como derechos a prestaciones de bienes y servicios, principalmente frente al Estado, tendentes a satisfacer las necesidades básicas que permitan a los individuos desarrollar sus propios planes de vida⁵⁰. Sin embargo, en esta dimensión prestacional palpita el problema de carácter económico de los derechos sociales, cuya satisfacción exige una transferencia de recursos de los sectores más

49 WINTER: Poverty. *Economic Equality*, and the Equal Protection clause, 1972; citado por Enrique Alonso García: *Los límites de la justicia constitucional...*, p. 185.

50 Anota Gregorio Peces-Barba: "...los derechos económicos sociales y culturales, son derechos para los que carecen". Dichos derechos, "establecen a favor de sus titulares una prestación normalmente a cargo de los poderes públicos, aunque en ocasiones pueden estar a cargo de otros particulares..." Agrega el *iusfilósofo* que hoy existe ya una "tercera generación de los derechos económicos, sociales y culturales" que "no se identifican sólo por ser estos derechos económicos, ni por ser estos derechos de prestación o de crédito". Tienen una personalidad diferenciada que los identifica como un colectivo de derechos agrupados en torno a una idea central y con una estructura propia lo que permite considerarles una generación diferenciada de las anteriores" (*Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 56-61).

ricos a los más pobres y, por lo tanto, genera fuertes resistencias en aquellos cuando se pretende garantizarlos jurídicamente.

5.1. Acerca de la constitucionalización de los derechos sociales

Gerardo Pisarello ha desarrollado estos aspectos sosteniendo que la cuestión del control constitucional de los derechos sociales plantea un serio problema: que en cualquier ordenamiento democrático mínimamente eficaz, la garantía de los derechos sociales depende más de la interposición del legislador que de la actuación de la justicia constitucional⁵¹; es decir, se afirma que es perfectamente viable que un Estado, cuya Norma Fundamental no garantice derechos prestacionales, sean otorgados ampliamente vía el desarrollo legislativo ordinario.

En rigor, estimamos que estas apreciaciones, sin ser falsas, no son del todo ciertas. En esta perspectiva, es necesario reivindicar con ahínco el valor normativo de las cláusulas sociales de las constituciones; pues lo contrario supondría que estas son simples enunciados retóricos, “advocaciones morales que simplemente queden libradas al albur del legislador”⁵². Ya el propio Pisarello expresa que: “Por otra parte, en caso de incumplimiento de aquellas tareas sociales consagradas como normas, fines o mandatos programáticos, algunos ordenamientos, como el portugués o el brasileño, prevén la interposición de una *acción de inconstitucionalidad por omisión*, en razón de la cual los jueces comunican a los legisladores que han incurrido en la misma. Lo propio, un segundo nivel de eficacia de los preceptos sociales y económicos en el actual paradigma constitucional, viene dado por el valor hermenéutico que ostentan en su carácter de mandatos de optimización”⁵³.

VI. EL LEGISLADOR MOTORIZADO: HIPERINFLACIÓN INTRASCENDENTE Y UNA ESCASA VOCACIÓN DE CUMPLIR CON LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES

En los últimos tiempos se ha venido insistiendo sobre la crisis de la ley. La actual crisis “es la producción por la desvalorización que ha

51 PISARELLO, Gerardo: “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 92, 1998, México, p. 447.

52 PISARELLO: op. cit., p. 449.

53 *Idem ibid*, p. 450.

seguido a una inflación desmedida de las leyes como consecuencia de su multiplicación incontenible que, además, ha sido acompañado de un desarrollo desbocado de normas reglamentarias que complementan o ejecutan las leyes”⁵⁴.

Con anterioridad, similar planteamiento lo había desarrollado Gustavo Zagrebelsky “No debe pensarse que la inagotable fragua que produce una sobreabundancia de leyes y otras normas sea una perversión transitoria de la concepción del derecho, pues responde a una situación estructural de las sociedades actuales”⁵⁵.

Si bien el problema de las omisiones legislativas pasan por su desarrollo normativo, la cuestión no pasa por el desarrollo sólo de las normas, aunque éstas sean el objeto central de esta problemática; esto es, que se desarrolle legislativamente; sino por el orden también del comportamiento de los legisladores y que es una cuestión, estimamos, de orden no sólo político o ideológico, sino cultural, de valoración social, de cómo la sociedad vive la escala de sus valores⁵⁶.

En realidad, nos encontramos con un legislador desvalorizado de su rol protagónico: legislar⁵⁷ y fiscalizar⁵⁸, pues en la práctica la producción de leyes “son de carácter sectorial y temporal, que reducen su generalidad y son de bajo grado de abstracción, por lo que muchas veces se expiden medidas en lugar de normas”⁵⁹.

Esto se podrá observar en cualquier Estado latinoamericano; y como un dato estadístico, sólo en la producción del Estado peruano: en el *docenio* militar, entre Juan Velasco Alvarado y Francisco Morales Bermúdez, se produjeron más de 6,200 decretos leyes; posteriores a ello, en la década de la restauración democrática; esto es, entre el gobierno

54 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *Justicia y seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, op. cit., p. 47.

55 ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil*, p. 39.

56 VANOSSI, Jorge Reinaldo: *Estudios de Teoría Constitucional*; UNAM, México, 2002, pp. 107-108.

57 Ver los trabajos de Enrique Bernalles Ballesteros, entre otros: *El Parlamento por dentro*, DESCO, Lima 1984; *Parlamento y Democracia*, Lima Constitución y Sociedad, 1990.

58 DIAZ MUÑOZ, Oscar: *La Moción de Censura en el Perú*, Ara Edit. Lima, 1997.

59 FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador: *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, op. cit., p. 37.

LA CREACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

de Belaunde Terry y Alan García (1980-85 y 1985-90), sólo el Parlamento expidió 2,049 leyes. De esta guarismo, en el régimen de Belaunde sólo se promulgaron 23 leyes de desarrollo constitucional y el gobierno del APRA 15 leyes; es decir, en una década de desarrollo constitucional, hubo una hiperinflación de normas y sólo se cubrieron 38 leyes, que en rigor, eran estrictamente de manufactura de desarrollo constitucional⁶⁰. Lo propio se podrá advertir en el régimen de la corrupción de Alberto Fujimori, salvando obviamente las distancias entre este gobierno y los dos anteriores.

En efecto, la década del *fujimorismo* no escapa a esta situación, sino que la confirma en forma más sorprendente. La primera ley que dictó el Congreso en el gobierno de Fujimori (Res. Leg. N° 25277) hasta los primeros días de noviembre en que se desploma el régimen, se dictaron increíblemente una aplastante legislación no sólo del legislativo, sino del propio ejecutivo. Recordemos que el Congreso había sido manejado inflexiblemente por los partidarios del gobierno, pero el 12 de noviembre del 2000, Martha Hildebrant, Presidenta del Congreso, fue censurada ante su resistencia a renunciar a un cargo que en ese momento no expresaba la voluntad mayoritaria del Congreso y que luego, tres días después lo asume Valentín Paniagua⁶¹. Si ubicamos como fecha emblemática el 21 de noviembre en que el Congreso destituye a Fujimori por incapacidad moral, luego de su huida a Japón, y previo a ello se dicta la Ley de Reforma Constitucional N° 27365 de fecha 05 de noviembre del 2000 donde se elimina la reelección, hasta allí prácticamente el Congreso dictó en 10 años y 3 meses un total de 2085 leyes y el Ejecutivo del Fujimorato, vía legislación delegada, publicó 296 *decretos legislativos*, más 701 *decretos de urgencia*. Es decir, en total, la producción de normas con rango de ley, entre leyes, resoluciones legislativas, decretos leyes -fruto del autogolpe de Estado-, decretos legislativos y decretos de urgencia y necesidad, en la década de la corrupción suman un total de 3,082 normas con rango de ley⁶².

60 ETO CRUZ, Gerardo: *Estudios de Derecho Constitucional*, edit. Nuevo Norte, Trujillo, 2002, p. 71.

61 BERNALES BALLESTEROS, Enrique: "Crónica del gobierno de transición", en *Revista Peruana de Derecho Público*. Año N° 1, N° 2, Lima, p. 17.

62 Normas Legales (Editorial): *Indices 1990-2000. Legislación*; Trujillo, 2001. Está demás señalar que en dicha producción legislativa, se dictarán un sinnúmero de normas contrarias a la Constitución que el propio gobierno había auspiciado. Ver: *Informe*

Esto no hace más que confirmar que la *hiperinflación intrascendente* de normas que, más que leyes, constituyen simples medidas fruto del inmediatismo coyuntural y político, normas que reflejan apremios para remediar, si es que lo trataron, males del momento.

Es cierto que si se hace un análisis comparativo, hoy se puede afirmar que en los estados contemporáneos, existe un “crecimiento de la complejidad estatal”⁶³, “cuya acumulación podría tener como resultado que el Estado, en tanto que institución histórica concreta (entra) en un proceso de entropía o de desorganización creciente...”⁶⁴.

Esta situación, por lo general, se puede evidenciar en todos los estados latinoamericanos, como lo describe Marcos Kaplan desde una vertiente sociológica; esto es “el caos económico, disolución social, inadecuación y deformación culturales, anarquización política, cuádruple marginalización, crecimiento y modernización sin desarrollo (...), estructuras, instituciones y normas políticas inadecuadas e insuficientes”⁶⁵. Kaplan, apelando a enfoques más politológicos, nos describe en forma elocuente lo siguiente, respecto a los estados latinoamericanos:

“Producto y productor de sociedades de integración incompleta y afectadas por nuevas brechas y líneas de fractura que el camino de crecimiento y modernización y el ajuste a las coacciones del sistema internacional generan o amplifican, el Estado, y los gobiernos que lo encarnan, pierden representatividad, autoridad, legitimidad y consenso. No están apoyados en una densa trama de fuerzas productivas e innovadoras, ni presionados y controlados por una sociedad civil inexistente, o débil y subordinada, ni en una gran coalición de fuerzas comprometidas con un proyecto histórico realmente transformador. Están por el contrario presionados y controlados por minorías público-privadas de tipo conservador o regresivo, internas y externas. En estas condiciones, con la precariedad de las bases sociopolíticas y la vulnerabilidad a las crisis sucesivas de naturaleza, envergadura e

final de la Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación emitida desde el 05 de abril de 1992. Restituyendo el estado de Derecho. Lima, Ministerio de Justicia, 2001.

63 GARCIA PELAYO, Manuel: *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Edit., Madrid, 1993, p. 193.

64 GARCIA PELAYO, Manuel, op. cit., p. 193.

65 KAPLAN, Marcos: *El Estado Latinoamericano*, UNAM, México, 1996, vid. pp. 125, 167, 276 y ss.

LA CREACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

intensidad sin precedentes, Estado y gobiernos son absorbidos por las dificultades de supervivencia inmediata y las soluciones de mera experiencia. No parecen capaces de una visión clara de lo inmediato, de una coherencia y continuidad de estrategias y políticas de mediano y largo plazo, de decisiones certeras y rápidas y de acciones eficaces y trascendentes que ellos mismos requieren como Estados y gobiernos, y que son también necesarias para democratización, el desarrollo integral, la cooperación latinoamericana y la integración en condiciones razonablemente satisfactorias a la economía globalizante”⁶⁶.

A este descarnada visión politológica, lo jurídico obviamente no está excluido, como lo evidencia Humberto Quiroga Lavié, donde una enmarañada tipología de normas con rango de ley se producen intermitentemente en los diversos sistemas constitucionales latinoamericanos. En efecto, la hiperinflación se produce a través de leyes de decisión política, leyes orgánica, leyes de planificación, leyes de bases o marco, leyes complementarias, leyes ordinarias, leyes delegadas, decretos leyes ejecutivos, leyes de necesidad y urgencia, leyes medidas, leyes de enmienda constitucional⁶⁷.

Y si a todo esto, sumamos la percepción que existe hoy en una visión mucho más *macro-comparativa*, donde se pone de relieve el “*ocaso del legislativo*” con respecto al ejecutivo⁶⁸; ello no hace más que confirmar que el rol del parlamento, no está básicamente en cumplir su rol consustancial: legislar; sino el de fiscalizar y el de consolidar el estado constitucional; y, una manifestación específica, no cabe duda, es ineludiblemente el de desarrollar o cumplir con el mandato constitucional de crear las leyes que van a cubrir el círculo mínimo de vigencia constitucional. Lamentablemente, esto no ocurre; se produce así una compleja paradoja: ubérrima producción de leyes; pero escaso desarrollo de leyes de desarrollo constitucional.

Frente a esta situación Zagrebelsky ha expresado que: “El siglo XX ha sido definido como el “*Legislador motorizado*” en todos los secto-

66 KAPLAN, Marcos: op. cit., p. 277.

67 QUIROGA LAVIE, Humberto: *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México, 1991, pp. 349-359.

68 WHEARE, K. C.: “El ocaso del legislativo”, en *El Gobierno: Estudios Comparados*, Alianza Edit. (Trad. Española de Rodrigo Raza, Revisión técnica de Graciela Colombo), Madrid, 1981, p. 221 - 226.

res del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno". Como consecuencia, anota el magistrado de la *Corte Costituzionale*, el derecho se ha "mecanizado" y "tecnificado". A raíz de este fenómeno, el citado jurista expresa que las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico de la ubérrima producción irresponsable de leyes, mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. "El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profundo que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido"⁶⁹.

En realidad, todo este desborde de producción legislativa obedece a una compleja y contradictoria actitud política, fruto, entre otras cosas, de una hipocresía y cinismos políticos de la clase política; a todo ello se suman los presiones sociales, los cacicazgos de legisladores que impunemente presentan iniciativas intrascendentes.

Eduardo García de Enterría, dando la voz de alarma expresa más que en términos preocupantes que:

"La extraordinaria movilidad de las leyes, que parte de la creencias de que las leyes son capaces de resolver todos y cada uno de los problemas que presentan sin cesar una cambiante sociedad, ha venido a hacer imposible, paradójicamente, el positivismo como método. La formidable e imparable cosecha diaria de nuevos productos normativos impide, como cuestión de puro hecho, integrar todos ellos en un sistema estructurado y armónico. El intérprete del Derecho carece ya, simplemente, de resuello para ese seguimiento exegético de la producción en masa de nuevas normas"⁷⁰.

¿Qué tenemos de nuestro derecho positivo? ¡leyes huera, sin contenido!, fruto fiel de la propia composición de un parlamentarismo que sólo se desvive en las negociaciones políticas; legisladores reciclados que van de tumbo en tumbo entre un partido o agrupación política

69 ZAGREBELSKY, op. cit., p. 39.

70 GARCIA DE ENTERRIA: op. cit., p. 103.

LA CREACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

a otra; sin un norte más que lo suyo: su interés personal; por otro lado, el rol legislativo del Ejecutivo tiene una altísima cuota de responsabilidad⁷¹ en esta hiperinflación de leyes vía decretos legislativos y los decretos de urgencia. A todo ello se suma, el intrincado marco de los derechos y resoluciones supremas y demás normas infralegales que escapan incluso al control de nuestro propio instrumento específico: la Acción Popular.

VII. EL TRATAMIENTO COMPARADO

Una pregunta que los académicos se formulan es la siguiente: ¿qué han hecho los constituyentes para solucionar esta forma de violación a la Constitución? La interrogante resulta lícita en la medida en que el monopolio gira sólo en torno al control de la constitucionalidad de las leyes; esto es, cuando el legislador dicta una ley que viola a la Carta Política (inconstitucionalidad positiva); mas poco se sabe que una forma muy sutil de agraviar a la Carta Magna es no dictando leyes que ella misma exige para que sus normas tengan vigor.

En rigor, la inconstitucionalidad por omisión se configura cuando existen determinadas cláusulas constitucionales denominadas “programáticas”, las que requieren de leyes de desarrollo constitucional. Al no ser éstas creadas por el legislador, se menoscaba la Constitución por la actitud omisiva del órgano legislativo, que no cumple con lo que exige la Carta Fundamental.

En líneas generales, el Derecho Comparado tiene varias formas de enfrentar esta compleja forma de violación a la Constitución y que se podría sintetizar en las siguientes tesis:

- a) Denunciar la inconstitucionalidad por omisión por parte del órgano de justicia constitucional ante la constatación del ocio del legislador (régimen de la ex Yugoslavia)⁷².

71 DONAYRE PASQUEL, Patricia: *Los Derechos Legislativos en el Perú. sobre su control y su aplicación en el Perú y en la legislación comparada*. Fondo Edit. del Congreso del Perú, Lima, 2001, ver específicamente pp. 279 y ss.

72 DARANAS, Mariano: *Las Constituciones Europeas*. Vol. II, Edit. Nacional, Madrid, 1979, p. 2272.

- b) Formular las recomendaciones al legislador o verificar que hay infracción de la Constitución por mora del legislador (régimen de Portugal)⁷³.
- c) La intimación, es decir, que el órgano de jurisdicción constitucional intime al legislador para que dicte la ley faltante (caso de Brasil)⁷⁴. La Constitución de Venezuela ha avanzado un paso más audaz, pues no sólo intima sino que la Sala Constitucional está autorizada a fijar los lineamientos para que el legislador renuente se vea suplido por el órgano jurisdiccional, dictando, como ya se tiene dicho, los lineamientos de su corrección⁷⁵.
- d) La cobertura por parte del Tribunal Constitucional que da el relleno a través del *mandato de injunção* (caso de Brasil igualmente)⁷⁶.
- e) Existe esta otra tesis en la que no sólo se prevé la intimación ni que el Poder Judicial esté autorizado para que supla la omisión, sino que éste debe resarcir el daño vía una indemnización por la mora del legislador. Aquí, el caso terminaría con una sentencia de daños y perjuicios, por la actitud omisiva y renuente del órgano legislativo (caso de la Provincia de Río Negro, en Argentina)⁷⁷.

Hasta aquí, como se podrá observar en forma por demás esquemáticas y sucinta, lo que ocurre en el mercado del derecho constitucional positivo. Por cierto que debe advertirse que, fuera de Portugal, los demás tribunales constitucionales europeos han enfrentado

73 GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*. 3ra edic., Almedina Coimbra, pp. 714 y ss.; del mismo actor: *Constituição dirigente e vinculação do legislador*; Edit. Limitada, Coimbra, 1982, p. 329 y ss.; NUNES DE ALMEDINA, Luis: "El Tribunal Constitucional y el Contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones", en *REP*, N° 60 - 61, Abril, Setiembre, 1988. número Monográfico sobre el sistema político y constitucional portugués, 1974 - 1987; p. 859 - 889; MIRANDA, Jorge: *Manual de Direito Constitucional T. II (Constituição e Inconstitucionalidade)* 3ª edição, (reimpressão), Coimbra Editora, pp. 507 y ss.

74 AFONSO DA SILVA, José: *Curso de direito constitucional positivo*, 8ª Edic., Malheiro, Edit., 1992; p. 48 y ss.

75 BREWER - CARIAS, Allan R.: *La Constitución de 1999*, Edit. Arte, Caracas, 2000, p. 232.

76 Supra nota 74.

77 BAZAN, Víctor: "Un Sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad o misiva", en *Desafíos del control de constitucionalidad*. Edic. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 171-269.

LA CREACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

este tema, pero por la vía de la jurisprudencia, salvo el caso reciente de Hungría, que lo ha regulado; y el más recentísimo que es el de la nueva Sala Constitucional en el estado de Veracruz.

En el caso del sistema húngaro, la Corte Constitucional funciona desde el 01 de junio de 1990. Las competencias son extremadamente largas; pero lo curioso es que el tema del control de la constitucionalidad de las omisiones inconstitucionales no está recogido a nivel constitucional⁷⁸; sino a nivel legislativo. Según la Ley XXXII/1989 de 19 de octubre, reguladora de la jurisdicción constitucional y que es de gestación simultánea a la propia Carta Fundamental de Hungría, la Corte Constitucional cuenta, entre sus específicas competencias con la de declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador, la legitimación para la puesta en marcha de este recurso se extiende a cualquier ciudadano por medio de la llamada *actio popularis*, pudiendo ser activado también a instancias del propio tribunal, y la resolución declarativa de la omisión instará al órgano culpable de la misma a corregirla en el plazo que en la propia sentencia se le conceda.

Como destacan Carlos Flores Juberías y Mercedes Torres Pérez, en sus casi diez años de existencia, el Tribunal Constitucional húngaro ha hecho abundante uso del control de la inconstitucionalidad por omisión. Una de las primeras y más trascendentales decisiones emitidas al amparo de esta competencia fue la Sentencia 37/1992 (VI. 8) AB, en la que declaró que el Parlamento había incumplido la obligación de legislar que le imponía el artículo 61.4 de la Constitución en materia de control de la radio y la televisión públicas, en orden a la emisión de licencias para la radiodifusión privada y para evitar monopolios informativos, emplazándolo a que lo hiciera en un plazo de seis meses. En esa ocasión, el Tribunal reafirmaría su competencia “para iniciar de oficio la determinación de la omisión inconstitucional del Legislativo a la hora de cumplir con sus deberes y para instruir al Legislativo a que lo haga en un período de tiempo determinado por el tribunal”, apuntando como en el presente caso “la falta de acción inhibe la realización

78 ANTAL, Adam: “Le sytème Constitutionnel de la Hongrie”, en *Cuestiones Constitucionales*, revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 5, México, Julio-Diciembre, 2001, p. 27.

de un derecho fundamental que posee un papel preeminente en el funcionamiento de una sociedad democrática”⁷⁹.

El caso más reciente, es el relativo a las competencias que ha asumido el Tribunal Supremo de Justicia del Estado de Veracruz, que, en rigor, actúa como un Tribunal Constitucional. Así, como anota Eduardo Ferrer Mac-Gregor, el Pleno del Tribunal Supremo conoce de:

- 1) Las controversias constitucionales.
- 2) Las acciones de inconstitucionalidad (control abstracto).
- 3) Las acciones por omisión legislativa, cuando se considera que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución local. Tendrán legitimación el Gobernador del Estado o la tercera parte de los ayuntamientos.

“Este mecanismo, también lo prevé el estado de Tlaxcala y representa una innovación -como lo pone de relieve Ferrer Mac-Gregor-, en nuestro sistema y debería servir de pauta para su incorporación en la Constitución federal, que ha tenido un desarrollo aceptable en el derecho comparado”⁸⁰.

VIII. UNA EXPERIENCIA FRUSTRADA: LA COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Con fecha 26 de mayo del 2001 se aprobó el D.S. N° 018-2001-JUS que creaba una Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú; y, por RS, se nombró a 28 integrantes más el Ministro y Vice-Ministro de Justicia, en total 30 miembros.

La finalidad de dicha Comisión fue la de proponer los lineamientos de bases para una futura reforma a la Constitución, así como el proce-

79 FLORES JUBERIAS, Carlos y TORRES PEREZ, Mercedes: “Los Tribunales Constitucionales y su papel en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental”, en *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 5, Julio-Diciembre 2001, pp. 136-137.

80 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: “La nueva Sala Constitucional en el Estado de Veracruz” (Ponencia remitida al VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional) a celebrarse en Piura. Agosto 8, 9 y 10 del 2002.

LA CREACIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

dimiento para llevar a cabo dicha reforma. El 07 de Junio se instaló la Comisión y se dividieron en ocho Subcomisiones que fueron las siguientes:

- a) Preámbulo, derechos, deberes regímenes de excepción, Defensoría del Pueblo y procesos constitucionales.
- b) Régimen económico.
- c) Congreso y Gobierno.
- d) Administración de justicia.
- e) Defensa nacional y orden interno.
- f) Régimen electoral.
- g) Descentralización.
- h) Estado y Nación, tratados, función pública y reforma constitucional.

A partir de esa fecha, se realizaron sendas reuniones en cada Sub-comisión y luego las sesiones plenarias con fechas y agendas precisas que se cumplieron impecablemente.

No obstante que el autor de esta nota, en término globales, mantuvimos un acuerdo en todos los lineamientos de la reforma de la Constitución; como era lógico, en aspectos puntuales hubo discrepancias. A esta discrepancia, que lamentablemente se frustró como un proyecto específico, fue la propuesta que hizo la subcomisión N° 1 (Principios, Derechos, Procesos Constitucionales, Defensoría del Pueblo y Régimen de Excepción).

En rigor, esta subcomisión, cuando se abordó el tema de los procesos constitucionales y el Tribunal Constitucional, prácticamente había dejado ya sentada la posibilidad, al menos como lineamiento de la futura reforma constitucional, que se diera tratamiento al tema de la inconstitucionalidad por omisión.

Así, en el proyecto de la subcomisión, cuando se presentó el proyecto de las competencias del Tribunal Constitucional, se había establecido lo siguiente:

“Corresponde al Tribunal Constitucional:

Conocer, en instancia única y a pedido de parte, el proceso de inconstitucionalidad por omisión”.

Sin embargo, ya en los debates, Jorga Danos Ordóñez fue un primer tenaz opositor, quien puso el clásico reparo de que el legislador tiene una potestad discrecional de ver en qué momento pueden dictar las leyes, aun cuando éstas sean o no de desarrollo constitucional; lo propio Enrique Bernales Ballesteros, Javier Alva Orlandini, Roger Cáceres Velásquez, entre otros, asumían la tesis de que son cuestiones políticas no justiciables.

Al final, como se sabe, el tema quedó en estos lineamientos: Tribunal Constitucional: Competencias y efectos:

“El Tribunal tiene competencias en materia de tutela de derechos fundamentales, control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley y resolución de conflicto de competencia. Se establece, además, el carácter de cosa juzgada de sus fallos, los cuales en materia de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley tiene carácter vinculante, es decir fuerza de ley”⁸¹.

Como quiera que el Parlamento nombró una comisión a cargo de Henry Pease García que la presidiera se elaboró vía la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales un *Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución (texto para el debate)* que fue publicada en una fecha emblemática: el 05 de Abril de 2002. Dicho Anteproyecto prevé en el Artículo 81 lo siguiente:

“El proceso de inconstitucionalidad se presenta ante el Tribunal Constitucional, por infracción de la Constitución, contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

Están legitimados para iniciar este proceso.

1. El Presidente de la República;
2. El Fiscal de la Nación;
3. El Defensor del Pueblo;
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;

81 Ministerio de Justicia: *Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú*, Lima Julio de 2001, p. 71. hay segunda edición de 2002. Igualmente la Revista Jurídica del Colegio de Abogados de la Libertad (Trujillo) en su último N° 136, ha publicado íntegro dicho documento.

LA CREACIÓN DEL PROCESO
DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el órgano electoral competente. Si la norma es una ordenanza municipal o una norma regional, están legitimados el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas antes señalados;
6. Los presidentes de los gobiernos regionales con acuerdo del Consejo respectivo, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Consejo, en materias de su competencia;
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad;
8. Los partidos políticos, inscritos en el Jurado Nacional de Elecciones; y
9. Las universidades en materias de su especialidad”.

Como se podrá apreciar absolutamente no existe el más mínimo asomo de incorporar un instrumento específico de remedio jurisdiccional a fin de conjurar las omisiones legislativas en que incurre el órgano normativo competente. Así las cosas, lo más probable es que el nuevo proyecto que habrá de empezar a debatirse en los próximos meses en la plenaria del Congreso tampoco exista en los congresistas una *intención política* de tratar el tema de la inconstitucionalidad por omisión.

IX. HAY UN TIEMPO PARA DISENTIR Y OTRO PARA CONSENTIR: ES EL MOMENTO DE CONSENTIR UNA REFORMA CONSTITUCIONAL IMPOSTERGABLE: LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

No pretendemos esgrimir argumentos bíblicos; pero como señala el Eclesiastés, *“todo tiene su tiempo; y todo tiene su hora”*. Hay el tiempo de callar y tiempo de hablar (Eclesiastés 3,7). Hay pues un tiempo para consentir y un tiempo para disentir; creemos que ya ha pasado el tiempo de disentir en torno a los aspectos estrictamente teóricos en torno al manifiesto problema de la violación silenciosa: las omisiones del legislador frente a los mandatos de la constitución. Los *chances* de vida que el ciudadano común tiene frente a las normas programáticas, aun cuando pueda esgrimirse que pueden y deben ser defendidas frente a su desconocimiento; en la práctica estas normas no tienen vivencia y, por ende, no forman parte de su cultu-

ra. Al respecto, se interrogaba Peter Häberle, diversos aspectos que creemos guardan relación con la vivencia del ciudadano frente a la Constitución:

“Desde el punto de vista jurídico, un pueblo tiene una Constitución; considerado culturalmente de modo más amplio *está en* (mejor o peor) forma constitucional. El acatamiento de una Constitución, su arraigo en el *ethos* ciudadano y en la vida de los grupos, su incardinamiento con la comunidad política; todo ello tiene ciertamente como presupuesto determinadas regulaciones jurídicas, pero en ellas no reside aún una garantía de que el Estado constitucional sea real *hic et nunc*. Lo jurídico es sólo un aspecto de la Constitución como cultura. Que aquellos se haya logrado se manifiesta sólo en cuestiones como: ¿existe un consenso constitucional como vivencia? ¿tiene el texto jurídico de la Constitución una correspondencia en la *cultura política de un pueblo*? ¿han cobrado realidad las partes específicamente jurídico-constitucionales y jurídico-culturales de una Constitución de tal modo que el ciudadano se pueda identificar con ellas? Con otras palabras: la realidad jurídica del Estado constitucional representa sólo una parte de la realidad de una *Constitución viva*, que, en profundidad, es de naturaleza cultural. Los textos constitucionales deben ser literalmente *cultivados* para que resulten una Constitución”⁸².

No obstante habernos ocupado con anterioridad del tema en términos generales⁸³; creemos que en la futura Reforma Constitucional⁸⁴ se debe impulsar la incorporación de un nuevo proceso constitucional bajo el *nomen juris* de *acción de inconstitucionalidad por omisión*.

Bajo este marco normativo, la reforma deberá contener los siguientes lineamientos:

82 HABERLE, Peter: *Libertad, igualdad, fraternidad. 1979 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional* (Prólogo de Antonio López Pina), Trotta, Madrid, 1998, p. 47.

83 ETO CRUZ, Gerardo: “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Doctrina Constitucional*, op. cit., y “Una defensa de la constitución: La acción de inconstitucionalidad por omisión”, en *Constitución y derechos Humanos* (Domingo García Belaunde, Coordinador), Grijley, APDC, Lima, 2002, pp. 95 - 115.

84 Al cierre de este trabajo, la Comisión de Constitución acaba de publicar una segunda versión del *Proyecto Constitucional* del 2002 que no lo hemos tenido a la mano.

LA CREACIÓN DEL PROCESO
DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

- a) Debe estar ubicado en el marco de las competencias del Tribunal Constitucional;
- b) Debe constituir un proceso (o garantía) constitucional más para afirmar la defensa de la constitución;
- c) Estará dirigido al control abstracto de la omisión inconstitucional; esto es, dada la falta de un desarrollo de alguna cláusula o principio que suponga una concreta política legislativa; el órgano de justicia constitucional deberá declarar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión;
- d) La competencia deberá ser atribuida sólo y exclusivamente al Tribunal Constitucional;
- e) La sentencia estimativa de inconstitucionalidad no sólo debe disponer una simple recomendación al legislador renuente; sino una resolución disponiendo su expreso desarrollo legislativo, a través de un plazo inmediato o razonable;
- f) Las personas legitimadas procesalmente para entablar la acción de inconstitucionalidad por omisión deberán ser las mismas que lo son para la inconstitucionalidad por acción.

Trujillo, 03 de Agosto de 2002

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?*

Sumario: 1. Introducción. 2. Exordio conceptual: el ocaso del procesalismo clásico y la actual tutela de urgencia. 3. La elaboración del Código Procesal Constitucional. 4. El texto definitivo del Código Procesal Constitucional. 5. ¿Cuándo empieza a hablarse de la existencia de la actuación de sentencia impugnada? 6. La posición de Domingo García Belaunde: la no existencia de la actuación de sentencia impugnada. 7. Los planteamientos de la doctrina constitucional peruana: pros, contras y silencios en torno a la actuación de sentencia impugnada. 8. Una ojeada panorámica a la legislación comparada. 9. ¿Qué es lo que ocurrió en la Comisión que elaboró el Código Procesal Constitucional? 10. Entre la voluntad del legislador y la voluntad de la ley. 11. Las disposiciones y normas vinculadas a la actuación de sentencia impugnada: las orillas contrapuestas. 12. ¿Ante qué tipo de actuación de sentencia nos encontramos?

* Ensayo preparado para el colectivo *Derecho Procesal Constitucional. 50 años de desarrollo científico: 1956-2006 (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio)*. Tomo V. (Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Coordinadores. Editorial Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008. Actualizado de acuerdo al capítulo correspondiente de nuestra tesis doctoral *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo* [Nota de enero de 2013].

1. Introducción

No es de extrañar que cuando entra en vigor una norma, y con mayor razón si se trata de un complejo cuerpo normativo como el Código Procesal Constitucional (de ahora en adelante C.P.Const.), existan entre sus disposiciones y normas¹ o las reglas² que ella contiene, un conjunto de temas e institutos que parecieran estar *encriptados* y que luego, con las contribuciones de la doctrina y la jurisprudencia, se deben ir develando y aclarando; aunque se corra el riesgo de que una equivocada y acaso precipitada interpretación del *arcano* de la norma pueda, a la postre, convertir al exégeta en *heresiarca* sobre el sentido y el espíritu de lo que interpreta.

A la fecha, pese a que el C.P.Const. ha cumplido un *bienio*, dentro de la abigarrada producción de sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante TC), incluyendo todas las que han sido declaradas como precedente vinculante y, por tanto, con efectos normativos³, no se detecta absolutamente ninguna línea jurisprudencial en torno al instituto de la actuación de la sentencia impugnada que ahora nos ocupa, en el entendido si se encuentra regulada o no en los procesos de amparo.

Por lo pronto, el grueso de autores, dan por cierto que, efectivamente, el C.P.Const. habría cubierto este instituto que, para la legislación procesal comparada en general no es una novedad, pero para el sistema procesal peruano sí, y en especial para nuestra jurisdicción constitucional; puesto que en otros países los procesos constitucionales cuentan con esta modalidad de tutela de urgencia, conforme veremos luego.

Probablemente los diversos autores, tomaron como referencia la edición por decirlo así, *cuasi oficial* del C.P.Const. elaborado por sus *autores reales*, esto es, el grupo que tuvo la *iniciativa académica* de elaborar el Anteproyecto. Allí, conforme veremos luego, oficialmente se afirmaba que el C.P.Const. comprendía a la institución procesal de la actuación de sentencia impugnada. Mas luego, a través de una entrevista que le formulara José Palomino Manchego a Domingo García

1 ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. 2º ed. Gedisa Edit. Barcelona. 1997.

2 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Edit. Planeta Agostini. Barcelona. 1993.

3 Vid. CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (Coordinadores). *El precedente constitucional*. Edit Palestra. Lima. 2007.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

Belaunde, quien en los hechos ejerció una labor de dirección o de Presidente de dicha Comisión, manifestó que el tema no había quedado claro; y que, en su opinión no se encuentra regulado. La posición de Domingo García Belaunde, y probablemente con él de *casi* todos los miembros de la Comisión es que este instituto procesal no está normado. Empero, por ahora, consideramos que nos encontramos ante un *campo de Agramante*. Y, lo más seguro es que el TC sea quien diga la *última palabra*. No olvidemos que, por lo menos oficialmente, el C.P.Const. proscribiera el amparo contra el amparo; y ello está más que claro en el art. 5 inc. 6; sin embargo, el TC ha inflexionado esta fórmula normativa y ha sostenido lo contrario. Lo mismo puede suceder con el instituto que ahora comentamos y quizás, más temprano que nunca tengamos una posición del TC en torno a este tema, en donde aclare los presuntos enigmas que se ciernen sobre esta figura. Salvo, claro está, que por vía de una reforma se aclare esta redacción un tanto anfibológica con que se encuentra actualmente diseñada, pues el ideal es que antes que el TC se pronuncie sobre esta situación, bien podría el legislador aclarar el tema, optando en todo caso por la no regulación de este instituto procesal; hasta verificarse una futura incorporación o no y no dejar al arbitrio discrecional del juez (sistema *ope iudicis*).

En consecuencia, interesa aquí, en estas líneas, acercarnos a ver qué es lo que está ocurriendo con este tema; si en realidad se encuentra regulado o no; en todo caso, ver cómo es que se han presentando los hechos y luego expresar algunas conclusiones tentativas en torno a los pros y los contras que este instituto entraña. Es decir, se trata de ver si el instituto de la actuación de la sentencia impugnada se ubica dentro del sistema del *ope legis*; lo cual supondría que la actuación de sentencia impugnada sí es procedente en tanto se encuentre regulado en sede normativa; o del *ope iudicis*, donde el instituto normativamente no existiría, pero bien puede el juez decidir su procedencia; o finalmente, un *tercer sistema*, que bien puede ser identificado como *híbrido o mixto*, donde aparte de que sí está previsto en el Código se le otorga al Juez como una facultad discrecional motorizar su utilización, ponderando bajo ciertas pautas razonables⁴, su procedencia o no. Estas y otras interrogantes más justifican las líneas que vienen a continuación.

4 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.

2. Exordio conceptual: el ocaso del procesalismo clásico y la actual tutela de urgencia.

En los últimos tiempos se han planteado dos grandes alternativas para hacer frente a la profunda crisis en que se debate la impartición de justicia en diversas partes del orbe⁵. Así, una de ellas es precisamente *huir de la jurisdicción* y que los propios interesados utilicen una *justicia conciliativa*, ya que la rémora de la lentitud, los mil vericuetos para acceder a una incierta tutela; sumado a una impronta autoritaria y no exenta de conductas de corrupción de quienes asumen la jurisdicción representando al Estado, en rigor no solucionan los conflictos, generando más bien una mayor desilusión; de allí que, más que acercarse a ella –la jurisdicción– hay que huir en bandada y utilizar una justicia alternativa. A esta opción, el arsenal teórico lo identifica como las vías de *conciliación, mediación o arbitraje* y del cual existe una ubérrima bibliografía al respecto.

La otra alternativa frente a la crisis de la justicia es, en primer lugar, llamar a la calma a los que quieren correr espantados de la jurisdicción y persuadir a que debemos seguir en ella⁶, tener fe; pero para esto, como un paciente enfermo, es necesario introducir en la jurisdicción remedios que mejoren los achaques y males que afronta. Así, este sector alarma de que es necesario impulsar tutelas distintas a la ordinaria⁷ puesto que uno de los reales y dramáticos males es la solución tardía de las decisiones jurisdiccionales. Y no sin razón los teóricos sostienen que uno de los campos menos transitados en la Teoría General del Proceso es el referido a la actividad de ejecución. Este sector impulsa complejas categorías como son las denominadas tutelas de urgencia, ya sean sumarias, autosatisfactivas, cautelares innovativas o tutelas anticipatorias que

5 Un primer avance dentro del largo camino de nuestra era republicana es el Plan elaborado por la Comisión especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia –CERIAJUS. *Plan nacional de Reforma Integral para la Administración de justicia*. Lima. 23 de abril del 2004. 647 pp. El plan nacional completo elaborado por CERIAJUS puede verse en la página web: www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/Plan_Nacional_ceriajus.pdf.

6 Vid. con todo las reflexiones de RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Traduc. María Dolores González. 4º reimpres. Fondo de Cultura Económica. México. 2003.

7 BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, en *Rev. derecho (Valdivia)*, Vol. 12, No. 2, dic. 2001, pp. 51-66; específicamente p. 52.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

permitan, con tales remedios impulsar nuevos horizontes de solución a los conflictos que los ciudadanos tienen. Así, los ciudadanos hoy recurren a los organismos jurisdiccionales para obtener una *tutela de urgencia* y hacer frente a la vorágine de los tiempos más dinámicos y complejos, pues ya no sólo se trata de la defensa de los clásicos y ortodoxos *derechos subjetivos privados*; sino de una compleja, variada y heterodoxa gama de *derechos públicos subjetivos*; que no son más que los derechos fundamentales en su versión individual, social, colectiva o difusa⁸, que exige pronunciamientos jurisdiccionales más rápidos y eficaces.

Uno de los frutos maduros del procesalismo moderno es la revolución que se ha introducido en torno a la necesidad de que los justiciables cuenten con una idónea y oportuna *tutela jurisdiccional de urgencia* que asegure en términos reales la *ejecución* de una sentencia, no sólo definitiva; sino que se anticipe a los efectos de la misma. La doctrina ha sido frontal y sin medias tintas ha empezado a desarrollar los procesos urgentes lo que, a su vez, comprende la tutela jurisdiccional diferenciada en la expresión acuñada por Proto Pisani.

En este contexto, llama más bien a asombro que la problemática de los procesos de urgencia, en parte, ya ha sido preocupación y reflexión no menos fecunda de los clásicos del procesalismo científico empezando por Calamandrei, Chiovenda, Carnelutti, entre otros. Sin embargo, en los últimos lustros, se viene operando una frontal liquidación a la ideología demoliberal clásica que subyace en el procesalismo ortodoxo de la justicia civil⁹ y ha empezado una literatura emergente a desarrollar una concepción mucho más pragmática en torno a la tutela de urgencia acorde a los actuales tiempos versátiles¹⁰. Es así como, se

8 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*. Edit Porrúa. México. 2003

9 MONROY PALACIOS, Juan José y MONROY GÁLVEZ, Juan. "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales", en *Sentencia anticipada (Despachos interinos de fondo)*. Carlos A. Carbone Coordinador. Rubinzal-Cursoni. Buenos Aires. 2000. pp. 165-208.

10 Así por ejemplo pueden apreciarse puntuales temas tales como GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. "La ejecución provisional en el proceso civil", en *Revista peruana de Derecho Procesal*. T III. Estudio Belaunde y Monroy. Lima. pp. 81-97. DE LOS SANTOS, Mabel. "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia", en *Revista peruana de Derecho Procesal*. T IV. Estudio Monroy. Lima. pp. 73-86. De la misma autora, "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", en *Revista peruana de Derecho Procesal*. T III. Estudio Belaunde Monroy. Lima.

ha desarrollado dentro de la *tutela anticipatoria*, como categoría de la tutela diferenciada, la llamada actuación de sentencia impugnada y que recibe distintos *nomen iuris*.

Por lo general, la aparición de términos o categorías conceptuales en el lenguaje procesal no es fruto de la simple heurística de sus autores; responden más bien a esas innovaciones lingüísticas que las contingencias y el devenir histórico van imponiendo a la comunidad de académicos, y aunque el instituto de la actuación de la sentencia impugnada aparentemente se ubica dentro de la llamada *tutela diferenciada* o procesos alternativos -sinuosos caminos polémicos, que por ahora no es el caso desarrollar- es identificado con distintos *nomen iuris*. La expresión más usual era la utilizada por Chioyenda, "*ejecución provisional de la sentencia*"; otras como "*ejecución provisional en el proceso civil*" (Gozaíni, Caballol Angelats); en el mundo lusitano: "*execução provisória da sentença civil*"; en nuestro medio, Monroy Gálvez prefiere utilizar la expresión "*actuación de sentencia impugnada*"¹¹. Más allá de los calificativos o los distintos *nomen iuris* con que se le conoce a esta institución procesal, interesa dar respuesta a la interrogante que encabeza esta monografía en homenaje al gran maestro Héctor Fix-Zamudio; para ello nos vamos a permitir desarrollar algunos aspectos preliminares que rodean esta problemática que se ha presentado en nuestro ordenamiento constitucional peruano.

3. La elaboración del Código Procesal Constitucional

Conforme ya lo hemos expresado en otra oportunidad, el *iter legislativo* del C.P.Const. peruano se gestó en dos etapas; una, que bien

pp. 69-78. MARINONI, Luis Guilherme. "Tutela anticipatorio", en *Revista peruana de Derecho Procesal*. T IV. Estudio Monroy. Lima. pp. 135-142. PÉREZ RAGONE, Álvaro J.D. "Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatorio", en *Revista peruana de Derecho Procesal*. T IV. Estudio Monroy. Lima. pp. 199-220.

11 Juan Monroy Gálvez utiliza esta última expresión señalando que "Si bien existe unanimidad en mantener lo sustancial del nombre puesto al instituto por Chioyenda no nos parece correspondiente con su finalidad denominarlo *ejecución provisoria* o *ejecución provisional*. Fundamentalmente la objeción radica (...) en el hecho de que la actuación de la sentencia ocurre exactamente como si se tratara de una resolución firme, ergo, la ejecución carece, entonces, de provisionalidad"; en "La actuación de la sentencia impugnada", en *Revista Peruana de Derecho Procesal*. T V. Palestra Edit. Lima. pp. 207.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

puede calificarse como la etapa de *iniciativa académica*; y la segunda, de *iniciativa legislativa multipartidaria*¹².

El C.P.Const. peruano fue ciertamente fruto de una Comisión en la que se autoconvocaron un grupo de académicos de la talla de Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, a la que luego se integraron Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia. Los mismos autores reconocen que esta iniciativa surge en 1994, pero que se instaló en 1995.

El primer documento oficial de esta comisión de académicos data del mes de octubre del 2000, en donde dan a luz pública el llamado "*Anteproyecto del Código Procesal Constitucional*", allí en la presentación sus autores expresaban que:

"...este es fruto de un trabajo arduo, desinteresado y paciente. El objetivo que nos ha animado a presentarlo a la comunidad jurídica peruana es propiciar un esfuerzo colectivo para mejorarlo y así, dentro de poco, permitir que el país modernice sus actuales procesos constitucionales, unificando una normativa que hoy se encuentra dispersa"¹³.

Y, en lo que respecta al tema de ejecución de sentencia impugnada, originalmente el Anteproyecto expresaba un amplísimo precepto, signado siempre en el art. 22, cuyo tenor en su parte pertinente es como sigue:

Artículo 22.- Actuación de sentencias.- La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento

12 ETO CRUZ, Gerardo y PALOMINO MANCHEGO, José F. "En tres análisis: el primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su íter legislativo y sus principios procesales", en *Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. T I. Edit. Grijley. (José F. Palomino Manchego. Coordinador). Lima. 2005. pp. 233-308; específicamente 288-291.

13 AA.VV.: *Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y Legislación vigente*. Palestra Editores, Lima 2003. p. 5

to, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas, disponer la destitución del responsable, o, incluso, su prisión efectiva hasta por un plazo de seis meses renovables. Cualquiera de estas medidas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas pueden ser modificadas durante la fase de ejecución”¹⁴.

La *Exposición de Motivos* en torno al citado art. 22, establecía en un importante párrafo lo siguiente:

“Uno de los temas más acuciantes del proceso moderno, está dado por la tendencia a lograr que las decisiones judiciales se cumplan en sus propios términos; esto es, contrariando tradiciones seculares, no se permita que la actuación de una sentencia se sustituya por su valor patrimonial, cuyo pago viene a ser una suerte de equivalente monetario de la decisión ordenada. Si esto es injusto en el derecho privado, es de entender lo pernicioso que puede significar que el agravio a los derechos constitucionales se resuelva con criterios de resarcimiento metálico. A tal efecto, y a tono con las tendencias actuales, se ha incorporado a la ejecución de sentencias, instrumentos procesales que permitan una exigencia de cumplimiento del decisorio en sus propios términos. En este ámbito, el uso de medidas coercitivas y otros institutos similares –vigentes en sistemas en donde la Constitución y la actuación de las sentencias constituye un valor trascendente en la sociedad- son medios óptimos de conseguir el fin deseado”¹⁵.

Un primer análisis tanto de la norma como de la *Exposición de Motivos*, arroja cuando menos lo siguiente:

El original art. 22 del Anteproyecto quedó reformado. Así, los propios autores del Código, esto es la Comisión, reconocen que, “hay dos cambios sustanciales que sufrió el Anteproyecto en el Congreso de la Re-

14 Idem ibid, pp. 43 y 44.

15 Loc. cit., p. 22.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

pública, fueron los arts. 15 y 22, que regulan las medidas cautelares y las medidas coercitivas”¹⁶.

Y, luego, se precisa con mayor amplitud que: “De otro lado, la versión final del art. 22 elimina la medida coercitiva de prisión incorporada por el Anteproyecto, cuando se trata del incumplimiento de resoluciones dictadas en los procesos de hábeas corpus, hábeas data, amparo y cumplimiento. Esta eliminación fue propuesta por la Comisión de Justicia y con ello se excluye una medida eficaz para garantizar el respeto de las decisiones judiciales”¹⁷.

4. El texto definitivo del Código Procesal Constitucional

Luego de la aprobación legislativa del C.P.Const., el art. 22 del citado Anteproyecto, quedó, como versión definitiva, la que actualmente conocemos, en los siguientes términos:

“Artículo 22.- Actuación de sentencias.

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas, disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolos en unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará

16 AA.VV.: *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*. Palestra Editores, Lima 2004, p. 24.

17 *Idem ibid*, p. 24.

efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda que el Juez estime pertinente. El juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular¹⁸.

Hasta aquí, los hechos relacionados a la evolución del C.P.Const. y el tema relacionado al instituto de la actuación de sentencia impugnada. Sin embargo, de la lectura del original Anteproyecto, así como de la propia Exposición de Motivos del mismo, por lo pronto no se observa expresamente que en dicha normatividad, se aluda a la actuación de sentencia impugnada. Es decir, si nos adentramos al proceso de elaboración del Anteproyecto, no se aprecia ni en el primer proyecto (que estuvo terminado en julio del 1996), ni en la segunda versión de enero de 1997, absolutamente nada sobre el referido instituto; la tercera versión que saliera publicada en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* tampoco hace referencia alguna (Buenos Aires, N° 3, 2002). Los autores reconocen que hubo una cuarta versión (que consistió en “*pequeñas modificaciones en diversas sesiones de trabajo*”¹⁹). Incluso esta versión definitiva recién fue publicada en el Perú bajo el sugerente título: *Código Procesal Constitucional, Anteproyecto y Legislación vigente* (AA.VV. Ed. Palestra, Lima, 2003); así como también en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (Ed. Porrúa, México N° 1, 2004, enero-junio, pág. 251-282). Y en ningún momento, ni oficial ni extraoficialmente por parte de esta Comisión de académicos se deslizó la tesis relacionada a que allí se comprendía la actuación de sentencia impugnada.

18 Loc. cit., pp. 332 y 333.

19 AA.VV. *Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y Legislación vigente*. Palestra Editores, Lima 2003, pág. 13

5. ¿Cuándo empieza a hablarse de la existencia de la actuación de sentencia impugnada?

Con la sanción del C.P.Const. como ley 28237 de fecha 31 de marzo del 2004, Editorial Palestra que, con anterioridad había publicado el Anteproyecto, edita tres meses después de la promulgación y publicación del Código, una versión donde se reúnen diversos materiales, que de por sí constituye un documento valiosísimo, dado que se publica por vez primera un *estudio introductorio* y consta allí, que lo suscriben todos sus autores. Esta edición no podía pasar desapercibida (como que se agotó pronto), dado que, aparte de dicho *estudio preliminar* y que, constituye en rigor los comentarios de sus propios autores, se incluye oficialmente la propia Exposición de Motivos, así como los Dictámenes tanto de la Comisión de Constitución y Reglamento, como de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso.

Adviértase de plano que el Dictamen de la Comisión de Constitución, no alude textualmente y en dichos términos a la existencia de la figura delineada como actuación de sentencia impugnada, tan sólo se aprecia que reconoce como novedad de la propuesta la "*Actuación de sentencias: Incorpora a la ejecución de sentencias, instrumentos procesales que permiten una exigencia de cumplimiento del decisorio en los propios términos*"²⁰.

En estricto, se empieza a hablar de la existencia del instituto procesal de la actuación de sentencia impugnada, cuando aparece en el texto de los propios comentarios que formularan los autores reales del Código. En efecto, en la publicación del citado libro, textualmente se aprecia que sus propios autores afirmaban tajantemente lo siguiente:

"Probablemente uno de los hechos más destacados del Código es el haber asumido el instituto de la "*actuación de la sentencia impugnada*", según el cual cuando se expide una sentencia en primer grado, ésta debe ser ejecutada con prescindencia de que haya sido apelada. Debemos precisar que esta institución está incorporada en procedimientos constitucionales de Colombia, Bolivia, Venezuela y Uruguay"²¹.

20 AA.VV. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*. Palestra Editores, Lima 2004, p. 234.

21 Loc. Cit. p. 48.

6. La posición de Domingo García Belaunde: la no existencia de la actuación de sentencia impugnada.

A raíz del Libro Homenaje a Domingo García Belaunde, gestado y coordinado por José Palomino Manchego, en el segundo volumen, el citado profesor Palomino Manchego, le formula una entrevista al eximio constitucionalista y gran gestor del Código; y allí existe una interrogante que, a la postre, podría ser –si no es ya– devastadora, en torno a esta situación.

Así, José Palomino Manchego le formula la pregunta en los siguientes términos:

“Dentro de las novedades que nos proporciona el Código Procesal Constitucional, se encuentra el régimen de ejecución anticipada de sentencia. ¿Podría ofrecernos una breve explicación de lo que se ha buscado con dicha institución y si la misma tiene antecedentes en el Derecho Comparado?”

A lo que el profesor Domingo García Belaunde responde:

“Esto en realidad no se ha incorporado...se discutió mucho (en materia de amparo) y al final no hubo acuerdo entre los miembros de la Comisión, y preferimos dejarla tal cual, pues el Código representa un gran consenso en los grandes temas, no necesariamente en los detalles. Lo que pasa es que en el estudio preliminar al Código publicado por nosotros, se deslizó esa referencia que por la premura del editor no fue revisada. En la segunda edición en prensa la hemos eliminado. Repito que es un punto de vista respetable, pero no contó con el consenso de todos nosotros, y por tanto no está incorporada en la norma, y tampoco pensó en ella el legislador al discutirla y aprobarla en el Pleno”²².

Esta respuesta, a nuestro criterio es *demoledora*, y no sólo por provenir de uno de los integrantes de la Comisión elaboradora del Código, sino por ser García Belaunde, quien en los hechos presidió, dirigió y cul-

22 PALOMINO MANCHEGO, José F. “El nuevo Código Procesal Constitucional peruano: Alcances, reflexiones y perspectivas (Entrevista a Domingo García Belaunde)”, en *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*. T II. Edit. Grijley, Lima 2005, p. 1458.

minó el Anteproyecto y sabe el contexto y los entretelones de lo que se discutió en torno al actual C.P.Const.

7. Los planteamientos de la doctrina constitucional peruana: pros, contras y silencios en torno a la actuación de sentencia impugnada.

Interesa verificar si la doctrina, en primer lugar, estima que sí existe el instituto procesal de la actuación de sentencia impugnada, o si por el contrario, niegan o rechazan su existencia. En consecuencia, más allá de lo que puede ser la *voluntad del legislador* o la *voluntad de la ley*, que lo veremos en otro apartado, interesa auscultar cuál ha sido y es el comportamiento de la doctrina peruana en torno a este instituto procesal que tiene sus bemoles positivos y negativos.

De nuestra parte hemos sintetizado la postura académica peruana en tres posiciones; una a favor, otra en contra, y otra que finalmente no se ha pronunciado ni a favor ni en contra, guardando discretamente silencio en torno a ella.

A) Posición a favor

Esta tesis no solamente reconoce la existencia de esta técnica de aceleración de la tutela de urgencia inmediata; sino que además de ello, están a favor de la figura. Es decir, expresan una actitud, por decirlo así, militante a favor de que exista esta figura procesal.

Así, uno de los primeros en expresar esta posición es Omar Cairo Roldán, quien señala que:

“El Código Procesal Constitucional ha recogido un instrumento indispensable para la tutela jurisdiccional de urgencia, propio de los procesos constitucionales de protección de los derechos: la actuación inmediata de la sentencia impugnada de primera instancia. Así el art. 22 del nuevo Código establece que es de actuación inmediata, la sentencia que, dentro de estos procesos, ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer. La actuación inmediata de la sentencia impugnada es una

institución reconocida y utilizada con éxito en diversos ordenamientos procesales constitucionales”²³.

Es más, este autor, refiere en otro apartado del mismo libro lo siguiente:

“Es necesario revertir la idea según la cual es natural que la apelación contra la sentencia que declara fundada la demanda de amparo sea concedida con efecto suspensivo. Esta situación hoy vigente determina que la sentencia sólo puede ser actuada cuando la apelación es resuelta por el Tribunal de segunda instancia. Como veremos esta opción marcha a contramano con la naturaleza urgente del proceso de amparo”²⁴.

En esta misma línea, Juan José Monroy Palacios, prefiere llamar al instituto como “actuación inmediata de la sentencia no definitiva”, conceptualizándola como, “aquellos supuestos donde se permite que la sentencia expedida en primer grado pueda ser inmediatamente actuada, importando poco si aquella se encuentra dentro del plazo para ser impugnada o si ya lo ha sido a través de recurso de apelación o, según corresponda, por medio del recurso de casación”²⁵. Y, luego expresa, que, “en nuestro país dicha categoría aún no es conocida pues reina, de manera absoluta, el efecto suspensivo sobre la impugnación de sentencias”²⁶; llegando luego a sostener que, “es necesaria la apertura a este instituto, sin embargo aquella debe efectuarse de manera mesurada, es decir, dirigida inicialmente a supuestos específicos”²⁷.

La posición de Carlos Mesía, actual Magistrado del TC es de igual temperamento, pues este autor expresamente afirma la existencia de la figura; así, manifiesta que, “uno de los cambios sustanciales operados en los procesos de la jurisdicción constitucional es el relativo

23 CAIRO ROLDÁN, Omar. *Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*. Palestra Edit., Lima 2004, p. 167; una primera versión de carácter periodístico fue la publicada por este mismo autor en el suplemento de *Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano* del lunes 28 de junio de 2004 con el título: “Código Procesal Constitucional. Una nueva justicia constitucional peruana”.

24 CAIRO ROLDÁN, Omar. Op. cit, p. 203

25 MONROY PALACIOS, Juan José. *La tutela procesal de los derechos*. Palestra Edit., Lima 2004, p. 292.

26 MONROY PALACIOS, Juan José. Op.cit, p. 293.

27 Ibidem

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

al tema de la actuación de la sentencia impugnada. Una sentencia que ha sido pronunciada en primer grado se ejecuta de inmediato sin que sea obstáculo para ello el recurso de apelación que se interponga. La eficacia del proceso constitucional adquiere mayor fuerza. No es necesario esperar más tiempo, que es el que supone una nueva tramitación en la Corte y posteriormente ante el Tribunal Constitucional, para ver en ejecución lo resuelto en la sentencia”²⁸.

Por cierto, ya en este autor se prevé una preocupación que está tomando cuerpo. Así, en la concisa nota al pie, aclara este autor que, “este criterio no es compartido incluso por algunos autores del Anteproyecto del Código Procesal Constitucional, debido a la redacción no muy clara del art. 22”²⁹.

En la misma posición se ubica Walter A. Díaz Zegarra. Así, este autor, desde su posición como Vocal afirma que: “Una novedad que puede romper los esquemas tradicionales del proceso ordinario es la ejecución de sentencias estimatorias dictadas en primera instancia en los procesos constitucionales de la libertad, ello debido a que, la norma en comentario sí posibilita que el Juez Constitucional que en primera instancia falla estimando la demanda interpuesta, puede ejecutar la sentencia dictada por él (prestación de dar, hacer o no hacer), a pesar que haya sido impugnada, conforme a una interpretación literal y teleológica de las normas procesales constitucionales, toda vez que, se trata de la protección de los derechos fundamentales”³⁰.

Es más, este autor reconoce que existe la posibilidad que, “impugnada una sentencia pueda ser revocada por el superior jerárquico”³¹, a lo que afirma inmediata y contundentemente que, “ese riesgo tiene que ser asumido”³², aclarando luego que, “serán los magistrados constitucionales que mediante una correcta interpretación y aplicación de normas constitucionales resolverán en forma adecuada los conflictos

28 MESÍA, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 180.

29 MESÍA, Carlos. Op. cit, p. 180.

30 DÍAZ ZEGARRA, Walter A. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Ed. San Marcos, Lima 2005, pp. 204 y 205.

31 DÍAZ ZEGARRA, Walter A. Op. cit, p. 205.

32 Loc. cit. p. 205

constitucionales y así evitar los riesgos de una errónea solución; sin lugar a dudas este constituye otro reto para los jueces constitucionales”³³.

Eloy Espinosa Saldaña ha señalado por su parte que, “uno de los temas más polémicos vinculados con los diferentes procesos constitucionales, y muy especialmente con los procesos de amparo, es el de la ejecución de las sentencias”³⁴. Así, este autor, aunque en términos lacónicos, pero inobjetable en su reconocimiento, señala que, “en la línea de lo que ya sucede en otros países, la sentencia emitida en estos procesos deberá ejecutarse muy a despecho de que eventualmente haya sido apelada”³⁵.

Mucho más reciente, Martín Hurtado Reyes, igualmente se ha ubicado al lado de la orilla de esta tesis del reconocimiento de la actuación de sentencia impugnada. En efecto, luego de reconocer que este instituto procesal, “no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento procesal civil”³⁶, expresa que, “la ejecución de sentencia impugnada... puede ser considerada como una manifestación de la tutela diferencial”³⁷. Este autor es el que con mayor amplitud, aparte de los trabajos de Monroy Gálvez y Monroy Palacios, ha desarrollado esta institución en el Perú. En este contexto, señala Hurtado Reyes, lo siguiente: “Merece comentario aparte la regulación de la *actuación inmediata de las sentencias* (art. 22), especialmente de aquellas sentencias que ordenen en su fallo la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer. Pues en estos casos, se entiende que lo decidido por el juez en su sentencia se debe ejecutar de manera inmediata, sin importar que el demandado haya formulado apelación, pues se entiende que la apelación no suspende el cumplimiento de la prestación ordenada en la misma”³⁸.

César Proaño Cueva se ubica en este sector e indica que “era preciso dotarle –a los procesos constitucionales de la libertad– a su vez, de instituciones propias de la tutela de urgencia distinta a la mis-

33 Idem ibid.

34 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado*. Palestra Editores, Lima 2004, p.120.

35 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Op. cit, p. 121.

36 HURTADO REYES, Martín. *Tutela Jurisdiccional Diferenciada*. Palestra Edit., lima 2006, p. 375.

37 HURTADO REYES, Martín. Op. cit, p. 374.

38 Loc. cit, pp. 437 y 438.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

ma sumarización, característica intrínseca que proviene de su naturaleza; así, nos encontramos ahora gracias a la regulación normativa (requerida todavía por muchos, para su actuación judicial) plasmada en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional bajo el título de actuación de sentencias, con una institución que en doctrina ha recibido varias denominaciones”³⁹.

B) Posición en contra.

En este sector, bien podríamos desglosar dos posiciones, aquellos que expresamente reconocen la figura, pero que no están de acuerdo, expresando más bien su prudencia, reparos y cautela en su utilización por parte de los justiciables y jueces; y por otro lado, aquellos que inclusive sólo plantean la naturaleza de las sentencias ejecutables en supuestos de sentencias firmes.

Así, en la primera posición se ubica, entre otros Samuel Abad Yupanqui, quien si bien reconoce la naturaleza de urgencia del proceso de amparo, “pues la sentencia de primer grado, que declara fundada la demanda puede actuarse de inmediato pese a haber sido apelada”⁴⁰; por otro lado, expresa sobre lo mismo sus reparos: “esta posibilidad que ya existe en otros ordenamientos, exige un mayor cuidado del juez al momento de conceder el amparo solicitado y debería atender a determinados aspectos desarrollados por la doctrina, entre los cuales nos parece importante tomar en cuenta el límite de la irreversibilidad, es decir, si de hacerlo, se produjeran efectos que la eventual sentencia revocatoria no podrá declararlos ineficaces ni ordenar su reparación. Si bien es cierto, el Código Procesal Constitucional no se refiere a dicho aspecto, ello no impide que así lo pueda interpretar la jurisprudencia”⁴¹.

En igual actitud se muestra Luis Sáenz Dávalos, en donde si bien reconoce, “la actuación inmediata de sentencias incorporadas en el se-

39 PROAÑO CUEVA, César. “La actuación de sentencia impugnada en el proceso de amparo peruano. Vicisitudes de su aplicación”, artículo publicado en la página web de la *Estafeta Jurídica Virtual de la Academia de la Magistratura*, el 02 de octubre del 2006, disponible en www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?waprooom=articles&action=read&idart=213

40 ABAD YUPANQUI, Samuel B. *El proceso constitucional de amparo*. Ed. Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 202.

41 ABAD YUPANQUI, Samuel B. Op. cit, pp. 202 y 203.

gundo párrafo del art. 22 del Código⁴². Más explícitamente el citado letrado del TC expresa *in extensu* lo siguiente: “A pesar de que el dispositivo comentado incorpora el régimen de ejecución anticipada en los términos aquí descritos y que difícilmente harían pensar que se trata de una opción diferente, su redacción para muchos no resulta del todo clara en tanto no consta de modo expreso que las sentencias estimatorias a las que se refiere la norma, sean necesariamente aquellas sobre las cuales existen recursos impugnatorios pendientes.

Si esto es así, podría pensarse que el régimen al que se está refiriendo el art. 22 es el correspondiente al de la ejecución de sentencia. Sin embargo, tal aseveración quedaría descartada si nos atenemos a que en el art. 59 del mismo Código, que *strictu sensu*, sí se encuentra referido a ejecución de sentencias, se deja claramente establecido que lo allí normado es “Sin perjuicio de lo establecido en el art. 22...”

Con todo, somos de la idea de que a fin de evitar controversias hubiese sido conveniente redactar de una forma mucho más explícita el citado dispositivo⁴³.

En esta misma orilla se ubica el profesor Mauricio Raffo, quien, al comentar el art. 22 del C.P.Const. expresa: “De una revisión de la norma citada se aprecia que la misma regula una actuación de la sentencia impugnada *ope legis*, toda vez que la norma legal prevé su procedencia sin condición alguna, no regulando la facultad del juzgador para limitar su aplicación, ni la exigencia al vencedor de la sentencia de primer grado de la constitución de garantía, ni el cumplimiento de ningún otro requisito especial de procedencia⁴⁴. Luego opina que “la regulación del instituto estudiado sin ningún parámetro normativo claro resulta ser peligrosa; por lo que en nuestra opinión sería conveniente, desde un punto de vista general, una regulación *mixta*, que otorgue al

42 SAENZ DAVALOS, Luis. “Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo”, en AA.VV. *Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Jurista Editores, Lima 2005, p. 136.

43 SAENZ DAVALOS, Luis. Op. cit, p. 137

44 RAFFO LA ROSA, Mauricio. “La actuación de la sentencia impugnada en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”, en *Derecho Procesal. III Congreso Internacional*. Universidad de Lima. Lima. 2005. p 155.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

juzgador la facultad de poder decidir, en atención a las particularidades del caso concreto”⁴⁵.

Mucho más determinante es la posición del Profesor Elvito Rodríguez Domínguez, quien no sólo no reconoce la existencia expresa de la ejecución anticipada de las sentencias impugnadas, sino que, según este autor, “solamente se ejecuta la sentencia firme por consentida o ejecutoriada (art. 22 del CPC)”⁴⁶.

C) La postura discreta: silencio en torno a la figura procesal.

Existen otros autores que, si bien han comentado el art. 22 del C.P.Const., en rigor no se han pronunciado en torno a la ejecución de sentencia impugnada; esto es, no indican si existe o no la figura.

En esta línea se ubica por ejemplo, Víctor Julio Ortecho Villena, quien después de aclarar que, el Código emplea el término “actuación de sentencia”; le parece más apropiado el de ejecución, “en razón que en todo proceso jurisdiccional, la última etapa es la ejecutiva”⁴⁷.

Igual lectura se aprecia en la opinión del Profesor Luis Castillo, cuando señala que, “sólo en el supuesto que se haya declarado fundada (en parte o totalmente) la demanda, existe la posibilidad de *actuar*, entendiéndose ejecutar, una sentencia. La actuación o ejecución de la sentencia significará que se regresen las cosas al estado anterior de cometida la amenaza o violación de un derecho constitucional, o que se obligue al funcionario a cumplir con una ley o un acto administrativo”⁴⁸.

En otro apartado, el citado autor refiere que, “...en estos casos, cuando la sentencia es la que ha puesto fin al proceso constitucional (no necesariamente emitida por el Tribunal Constitucional), sin que haya sido

45 RAFFO LA ROSA, Mauricio Op. cit. P. 155

46 RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A. *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Ed. Grijley. 3° ed. Lima 2006, p. 368.

47 ORTECHO VILLENNA, Víctor Julio. *Procesos Constitucionales y su Jurisdicción*. Ed. Rodhas, Lima 2004, p. 113.

48 CASTILLO CORDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. ARA Editores, Lima 2004, p. 292.

impugnada vencíéndose el plazo para ello, debe *actuar conforme a sus propios términos*⁴⁹.

8. Una ojeada panorámica a la legislación comparada

La oferta de esta institución procesal en el mercado comparado resulta de suyo interesante y atractiva, por lo que vamos a apreciar, aunque sea muy someramente, cómo opera y bajo qué supuestos; pues si bien, esta institución difiere del proceso civil clásico, en los predios del derecho procesal constitucional resulta comprensible su amparo, desde que se trata de derechos que requieren una tutela de urgencia; aunque esta institución conforme veremos luego, necesita ser decantada de la forma como realmente está configurada en el Perú, a raíz de su precariedad en la normatividad del aún cuasi novel C.P.Const.

Si bien los autores del C.P.Const. tomaron en parte como referencia algunos países de Latinoamérica, esta institución dimana según parece de añejos antecedentes.

A) Argentina

Aunque la ley 16986 no comprende la figura procesal en comento, anota Adolfo Rivas⁵⁰, que la Constitución de Salta, sancionada en 1986⁵¹ y reformada en 1998, establece en el art. 87, referente al amparo, una parte pertinente a dicho instituto, regulando lo siguiente:

“Los recursos nunca suspenden la ejecución de la sentencia cuando la misma acoge la pretensión del amparado”.

49 CASTILLO CORDOVA, Luis. *Op. Cit.*, p. 292. Este autor ha publicado una nueva edición de su obra *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, en dos volúmenes; y en el tomo I (Cfr. Edit Palestra. Lima. 2006) opina lo siguiente: “Con la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional, una sentencia en un proceso constitucional, en primera instancia, puede ser ejecutada incluso aunque contra ella se halla interpuesto un recurso impugnativo” (p. 438), lo cual ubicaría a este autor dentro de los que reconocen el instituto procesal en comento.

50 RIVAS, Adolfo Armando. *El Amparo*. 2° ed Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2003, pág. 172.

51 Sancionada el 2 de junio de 1986; reformada parcialmente, concordada y sancionada por la Convención Constituyente el día 7 de abril de 1998, y jurada el día 8 del mismo mes y año.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

Actualmente existe un proyecto de reforma en todo el sistema federal de la Argentina en donde se comprendería en el régimen del amparo a la actuación de sentencia impugnada⁵². Así, la exposición de motivos de este anteproyecto expresa:

“La presente iniciativa vigoriza el papel del juez en la sustanciación del proceso amparista al receptor criterios de flexibilidad y dinamismo que caracterizan a este instituto. Con esta finalidad se recogen criterios dominantes en el constitucionalismo provincial.

En general puede decirse que las constituciones locales que contemplan al amparo destacan la necesidad de la abreviación de los plazos, la rapidez del trámite, la informalidad y el papel activo del juez.

(...) En síntesis se ha procurado dotar a la presente iniciativa, para decirlo en los términos de Augusto Mario Morello, de una textura dúctil, no formalista que posibilite de modo dinámico una constante adaptación del amparo, como técnica jurídica, a fenómenos y realidades nuevas que muestran un tiempo de corrimientos y aperturas incesantes que incitan al operador – juez o jurista – a repensar la institución amparista para proyectarla siempre hacia el futuro como una garantía esencial de la persona. Destaca también Morello que en los últimos veinte años se ha enriquecido la dimensión constitucional, social y transnacional de las garantías institucionales porque estamos en la edad de las garantías pues sin ellas los derechos no existen”.

B) Bolivia

A raíz del nuevo diseño del control de la constitucionalidad en la Reforma Constitucional de 1994, se dotó a la Constitución Boliviana

52 **Artículo 23.-** Recursos. En el proceso de amparo sólo es apelable la sentencia definitiva, la resolución que reconduzca el proceso, la que disponga o rechace medidas cautelares y la que rechace la intervención de terceros.

El recurso será deducido y fundado en el plazo preteritorio de tres (3) días. Dentro del mismo lapso el juez o tribunal interviniente decide acerca de la admisibilidad o no del recurso. En caso de concederlo lo hará con efecto devolutivo, salvo que el cumplimiento de la resolución pueda ocasionar un gravamen irreparable, en cuyo caso, con carácter excepcional, se podrá otorgar con efecto suspensivo. Vid. www.gomezdiez.com.ar/files/Proy/Ley/2006/PL1939_06.pdf

de un Tribunal Constitucional, el mismo que hoy se ve regulado orgánicamente a través de la ley 1836, Ley del Tribunal Constitucional. En lo que respecta al Recurso de Amparo Constitucional (arts. 94 al 104) la LTC, prescribe en su art. 102 lo siguiente:

“La resolución concederá o denegará el amparo. Será ejecutada, sin perjuicio de la revisión, inmediatamente y sin observaciones...”⁵³.

C) Colombia

En la jurisdicción constitucional colombiana, se regula por medio del Decreto 2591, de fecha 19 de noviembre de 1991, la Acción de Tutela, denominación que asume en ese país el amparo. El art. 27 del mencionado Decreto regula respecto a este tema lo siguiente:

“Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora”⁵⁴.

Esta disposición se encuentra complementada por el art. 31, que prescribe:

“Dentro de los tres días siguientes a su notificación, el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato”⁵⁵.

Las citadas normas no hacen más que desarrollar la acción de tutela ubicada en el art. 86 del texto constitucional colombiano.

53 FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. La Ley número 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, p. 128. Igualmente a RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio. “El amparo constitucional en Bolivia”, en *El derecho de amparo en el mundo*. (Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Coordinadores). Edit. Porrúa y UNAM. México. 2006. pp. 81-122, específicamente pp. 116-119.

54 BREWER-CARIAS, Allan R. *Instituciones Políticas y Constitucionales. Derecho y Acción de Amparo*. T V. 2º ed. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, p. 445. Igualmente a ORTIZ GUTIRREZ, Julio César. “La acción de tutela en la Carta Política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia”, en *El derecho de amparo en el mundo*. Op. cit. pp. 213-256, específicamente pp. 248-254.

55 BREWER-CARIAS, Allan R. Op cit, p. 446.

D) Ecuador

La actual Constitución de 1998, en el art. 95, regula también la actuación de sentencia impugnada, en cuya parte pertinente se prescribe que:

“Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional”.

Pese a que en la jurisdicción constitucional de Ecuador existe una Ley de Control Constitucional; la reglamentación del amparo y del instituto procesal de la actuación de sentencia impugnada prevista en esta ley curiosamente resulta ser casi nula; salvo que se interprete su desarrollo en los arts. 51 y 55⁵⁶.

E) Uruguay

La República Oriental del Uruguay aunque no cuenta con una legislación unificada de jurisdicción constitucional, en la ley 16011, del 19 de diciembre de 1988, regula el amparo y en el art. 10 de dicha ley incluye sin duda la institución comentada:

“En el proceso de amparo sólo serán apelables la sentencia definitiva y la que rechaza la acción por ser manifiestamente improcedente.

El recurso de apelación deberá interponerse en escrito fundado, dentro del plazo perentorio de tres días. El juez elevará sin más trámite los autos al superior cuando hubiere desestimado la acción por improcedencia manifiesta y lo sustanciará con un traslado a la contraparte, por tres días perentorios, cuando la sentencia apelada fuese la definitiva.

El Tribunal resolverá en acuerdo, dentro de los cuatro días siguientes a la recepción de los autos. La interposición del recurso no suspenderá las medidas de amparo decretadas, las cuales serán cumplidas inmediatamente después de notificada la senten-

56 SALGADO PESANTES, Hernán. “La garantía de amparo en el Ecuador”; en *El derecho de amparo en el mundo*. Op. cit pp. 305-331, específicamente p. 328.

cia, sin necesidad de tener que esperar el transcurso del plazo para su impugnación⁵⁷.

F) Costa Rica

Este país cuenta con una Ley de Jurisdicción Constitucional N° 7135, del 11 de octubre de 1989. Allí, como anota el Prof. Rubén Hernández, el art. 12 de la LJ le otorga a la Sala la facultad de ejecutar sus propias sentencias, salvo en lo relativo a la liquidación y cumplimiento de indemnizaciones y responsabilidades patrimoniales, lo cual deberá ventilarse en la jurisdicción contencioso-administrativa por el procedimiento de ejecución previsto en la LRJCA. Dentro de esta óptica, la Sala posee una amplia gama de facultades discrecionales para darle efectividad a sus resoluciones. Inclusive en cada caso puede establecer la modalidad específica de ejecución de la sentencia estimatoria⁵⁸.

G) Venezuela

La Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales del 27 de setiembre de 1988, establece en su art. 30 lo siguiente:

“Cuando la acción de amparo se ejerce con fundamento en violación de un derecho constitucional, por acto o conducta omisiva, o por falta de cumplimiento de la autoridad respectiva, la sentencia ordenará la ejecución inmediata e incondicional del acto incumplido⁵⁹.”

Si tomamos en cuenta la legislación procesal ordinaria, en donde se regula en distintos mercados jurídicos como Italia, Francia, España, Brasil, Uruguay entre otros⁶⁰; no cabe más que reconocer que, aún en la

57 OCHS OLAZÁBAL, Daniel. *La Acción de Amparo*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 1995, p. 75.

58 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. “El recurso de amparo en Costa Rica”, en *El derecho de amparo en el mundo*. Op. cit pp. 257-304, específicamente p. 303.

59 BREWER-CARIAS, Allan R. “Comentarios a la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de Venezuela”, en *Boletín mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie. Año XXI. N° 63. Setiembre-diciembre 1988. UNAM, pp. 1107-1159, específicamente p. 1138.

60 HURTADO REYES, Martín. Op. cit, pp. 376-378; MONROY GÁLVEZ, Juan. “La actuación de sentencia impugnada”, Op. cit. pp. 211 y ss.; DE LOS SANTOS,

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

legislación ciertamente conservadora del procesalismo civil, se prevé esta figura como ejecución provisional, empero no se trata de sentencias ciertamente definitivas, pues en teoría, la ejecución provisional, normalmente gira en torno a sentencias recurribles⁶¹.

Si bien subyace en la legislación procesal constitucional la idea de que se trata de procesos constitucionales con carácter de urgencia, dada la naturaleza de la lesión o agravio constitucional que está en juego; con todo, queda aún por aclarar si ciertamente el C.P.Const. ha configurado, en el proceso de amparo, este instituto de remedio de urgencia.

9. ¿Qué es lo que ocurrió en la Comisión que elaboró el Código Procesal Constitucional?

A juzgar por los antecedentes y los intereses académicos de sus autores, no cabe la menor duda, que en el interior de esta Comisión se planteó el tema; y lo más probable es que la propuesta haya proveni-
do de Juan Monroy Gálvez⁶² cuya predilección e interés, fue en parte

Mabel. "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia", en Op.cit. pp. 75-86

61 Anota Juan Monroy: "Por otro lado, si algo importa del instituto es que la actuación de la sentencia carente de firmeza ocurra de manera anticipada, es decir, tal y como si fuera una decisión firme. Lo que sí resulta de la mayor importancia es identificar el objeto de la actuación. Así, conviene precisar desde ahora que éste no es la sentencia *firme* porque ella no requiere de un instituto particular para actuarse en tanto su actuación inmediata es una realidad inherente a ella. El objeto de la actuación inmediata es la *sentencia impugnada*"; en "La actuación de sentencia impugnada", Op. cit. p. 208.

62 Desde el punto de vista académico, puede verse de este autor parte de sus reflexiones en *Introducción al Proceso Civil*. T I. Temis. Colombia. 1996. También puede verse el libro escrito al alimón con su hijo Juan José Monroy Palacios. *La tutela procesal de los derechos*. Op. cit., donde se aprecia los importantes planteos sobre este sugerente instituto procesal.

El conocido procesalista ha venido planteando incluso con anterioridad la reforma al Código Procesal Civil. Así, puede verse ya en el Anteproyecto de Reforma del CERIAJUS (en cuyo seno participara este ius-procesalista) en el art. 393, la inclusión de la figura de la actuación de sentencia impugnada. Es interesante resaltar la regulación detallada que esta figura ha merecido en el citado Anteproyecto: "Art. 393.- Ejecución de sentencia impugnada.- La interposición de recurso no suspende la ejecución de las sentencias de condena.

393.I. Suspensión de la ejecución.- La Sala Superior que expidió la sentencia impugnada dispondrá, a iniciativa de parte y mediante auto inimpugnabile, que la

aceptado, aunque lógicamente no con dicho *nomen iuris*. Analizando lo declarado por Domingo García se aprecia la siguiente afirmación: "... se discutió mucho (en materia de amparo) y al final no hubo acuerdo entre los miembros de esta Comisión"

De allí concluye García Belaunde, "preferimos dejarla tal cual, pues el Código representa un gran consenso en los grandes temas, no necesariamente en los detalles." Estas frases, estimamos, que debemos aquilatarlas en todo su contexto.

Por lo pronto debemos recordar que algo similar, pero bajo otras circunstancias, se presentó en la Comisión que elaboró el Anteproyecto de la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo; justamente presidido por Domingo García Belaunde. Allí, en la Exposición de Motivos de la futura Ley 23506 se había expresado que:

"En cuanto a la técnica de trabajo de esta Comisión, se ha logrado en la medida de lo posible unificar criterios en diversos puntos del anteproyecto, aspecto sumamente delicado toda vez que, diversos miembros de la Comisión tenían puntos de vista muy sólidos que defendían aspectos contrarios. No obstante, en la Comisión se ha hecho un esfuerzo para presentar un solo proyecto unitario, de manera tal que el anteproyecto ha sido aprobado y firmado por todos los miembros, sin que ello signifique necesariamente que suscriban todos y cada uno de los artículos del anteproyecto, sino tan sólo un acuerdo en sus lineamientos básicos y generales.

ejecución sea suspendida, total o parcialmente, siempre que se preste caución dineraria por el monto de la ejecución. Cuando la ejecución no tenga contenido patrimonial, la Sala determinará el monto de la caución dineraria atendiendo a criterios de equidad.

392. II. Ejecución parcial de sentencia.- Si la sentencia impugnada tuviera más de un decisorio y uno o más de ellos fuesen de condena, éstos podrán ser ejecutados siempre que su actuación no esté condicionada a la adquisición de firmeza de los otros decisorios.

393. III. Sentencias impugnadas no ejecutables.- No procede la actuación de las sentencias meramente declarativas o constitutivas, como aquellas que se refieren a filiación, nulidad de matrimonio, nulidad de acto jurídico, resolución de contrato, separación por causal o divorcio, capacidad o estado civil y, en general, todas las que no requieran para su actuación de un posterior proceso de ejecución". Vid www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/Plan_Nacional_ceriajus.pdf.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

Los aspectos más saltantes de las reuniones han quedado consignadas en las actas que se adjuntan al anteproyecto y a la presente Exposición de Motivos”⁶³.

Hubo en dicha elaboración del Anteproyecto de la Ley 23506 un voto “en minoría” suscrito por Alberto Borea Odría relacionado con “*La procedencia de la acción de amparo en aquellos casos en los cuales sea necesario la previa reglamentación legal*”.

Allí, el Profesor Alberto Borea expresaba que “como lo señala el proyecto en la Exposición de Motivos, muchos han sido los puntos en los cuales los miembros de la Comisión hemos armonizado criterios, no obstante haber, en trabajos precisos, sostenido algunos puntos de discordia con lo que ha sido aprobado finalmente en el texto”⁶⁴.

En realidad, viene a colación lo citado precedentemente para ubicar que, en el caso de los debates internos que se realizaron en la Comisión que integraron los profesores Domingo García Belaúnde, Juan Monroy Gálvez, Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia y que elaboraron el Anteproyecto del actual C.P.Const., en realidad, no fue ésta una Comisión Oficial, es decir no fue nombrada por el Gobierno, ni formó parte de alguna Comisión Parlamentaria; a diferencia de la Comisión que elaboró el Anteproyecto de la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo, que sí fue una *Comisión Especial* nombrada por el Gobierno⁶⁵. De allí que, si la Comisión que elaboró el C.P.Const., tenía que sacar un Anteproyecto, era comprensible que el conjunto articulado de codificación procesal constitucional sea más o menos “consensuado”. Y ello, así ha ocurrido.

En este contexto, mal hubiera sido, por decir lo menos, que se publicara el Anteproyecto del Código, con votos en minoría o en discordia en algunos temas, y que, por lo demás, estos asuntos son de por sí normales e inevitables, dado que se concurre con la buena voluntad, aún cuando cada integrante deba inevitablemente ceder en algunos temas.

63 BOREA ODRÍA, Alberto. *El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de Hoy*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima 1985, p. 344.

64 BOREA ODRÍA, Alberto. Op cit., p. 353.

65 Mediante Resolución Suprema 059-81-JUS, del 1° de septiembre de 1981 se nombró dicha Comisión integrada por el Dr. Domingo García Belaúnde en calidad de Presidente y por los doctores Pedro Morillas Gamio, Alberto Borea Odría, José León Barandiarán Hart y Jorge Velarde Santa María.

Es en este marco situacional, donde se entiende y comprende lo que explica Domingo García Belaúnde de que el Código representa “un gran consenso en los grandes temas” y “no necesariamente en los detalles”.

No obstante esto, aún sigue a flote la idea que, justamente ellos -los autores del Anteproyecto del C.P.Const.- dijeran en la primera versión de su “*Estudio Introductorio*”. En efecto, la madre del cordero está en este breve, pero determinante párrafo, que en nuestro concepto, influyó gravitadamente en muchos autores ya glosados *in extenso*. Veamos, con mayor detenimiento, lo que dice el comentario o estudio preliminar:

“Probablemente uno de los hechos más destacados del Código es el haber asumido el instituto de la “actuación de la sentencia impugnada”, según el cual cuando se expide una sentencia en primer grado, ésta debe ser ejecutada con prescindencia de que hay sido apelada. Debemos precisar que esta institución está incorporada en procedimientos constitucionales de Colombia, Bolivia, Venezuela y Uruguay”.

Sobre este aspecto recordemos nuevamente lo que expone el propio Domingo García Belaunde, frente a la pregunta del Profesor José Palomino Manchego (advíertase aquí que en la interrogante el Dr. Palomino da por supuesto que sí existe esta institución procesal):

“¿Dentro de las novedades que nos proporciona el Código Procesal Constitucional, se encuentra el régimen de ejecución anticipada de sentencia. ¿Podría ofrecernos una breve explicación de lo que se ha buscado con dicha institución y si la misma tiene antecedentes en el Derecho Comparado?”

A lo que Domingo García Belaunde responde, *prima facie* y en forma determinante que: “Esto en realidad no se ha incorporado...”

Luego aclara: “Lo que pasa es que en el estudio preliminar al Código publicado por nosotros, se *deslizó* esa referencia que por la premura del editor no fue revisada.”

Esta respuesta por lo menos permite, entre otras lecturas posibles, apreciar que la figura de la actuación de sentencia impugnada sí se había tomado en cuenta pero que, al final, sus propios autores han consensualizado en opinar su inexistencia; muy al margen de lo que la

disposición, el texto o la redacción misma del art. 22 pueda dar más de una interpretación distinta a la que sostienen sus propios autores. Es decir, nos encontramos aquí ante un problema que puede expresarse entre la voluntad del legislador y la voluntad de la ley.

Posteriormente Domingo García, prosigue explicando que: “*En la segunda edición en prensa la hemos eliminado*”.

Y, efectivamente, en la actual segunda edición, lo que en la primera edición está en la página 48, en esta segunda edición se encuentra en las páginas 51 y 52, y ciertamente ya no aparece el párrafo donde se reconoce la existencia de la “actuación de sentencia impugnada”; esto es, se ha *suprimido*. De tal manera que la situación se vuelve un campo de Agramante entre el sector que sostiene la tesis de que en el amparo sí existe la institución de la actuación de sentencia impugnada, y los autores del Código, que *a posteriori* han rectificado oficialmente su posición y por consenso expresan no haberla incorporado, y entre los que parece encontrarse el mismísimo Juan Monroy Gálvez⁶⁶.

10. Entre la voluntad del legislador y la voluntad de la ley

El C.P.Const. se enmarcó bajo los marcos de todo *un procedimiento legislativo*, entendiéndose a este último como la sucesión de actos necesarios para la elaboración de la ley. Como se sabe, el legislador tiene características específicas que explican su propia estructura, en tanto se trata de un organismo colegiado y de naturaleza representativa, en donde se tienen que tamizar las distintas opciones político-partidarias, a fin que el producto acabado –la ley– salga integrando la voluntad de sus miembros en una decisión conjunta. En tal perspectiva, debemos recordar que todo *procedimiento legislativo*, por lo general, comprende hasta tres etapas: La primera fase es la de *iniciativa*, que en nuestro caso se encuentra ubicado en el art. 107, el cual prescribe el derecho de iniciativa a los congresistas, al Presidente de la República, a los otros “Poderes del Estado” y a muchas entidades más. La segunda fase es la *constitutiva*,

66 En esta segunda edición de Palestra, bien pudo Juan Monroy haber publicado una opinión discrepante en torno al tema; sin embargo, como quiera que ha suscrita la última versión; damos por hecho que los autores reales del Código han consensualizado en opinar que esta figura procesal *sensu strictu* no existe. Vid. AA.VV. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*. Op.cit. pp. 51-52.

que es el debate y la aprobación de la ley; y la tercera fase es la *integradora de eficacia*, que abarca la sanción, promulgación y publicación⁶⁷.

No cabe duda que nuestro C.P.Const. pasó por todo el procedimiento legislativo que la Constitución regula; en consecuencia, el legislador (y aquí entendemos por ficción jurídica quien elaborara el Anteproyecto, como la Comisión Parlamentaria que lo hizo suyo; y que luego, después de las correspondientes comisiones, aprobó prácticamente y en líneas generales todo el Anteproyecto elaborado por los autores reales) no acordó expresamente incorporar en la configuración legislativa del Amparo, el instituto de la actuación de sentencia impugnada.

Aceptándose la situación de que en el *íter* de la elaboración del C.P.Const. no primó en la voluntad del legislador la regulación de la figura de la actuación de sentencia impugnada; puesto que, tanto en las dos Comisiones Parlamentarias como en el Pleno, se habló del presunto riesgo o peligro de lo que se estaba incorporando; toda vez que el citado art. 22, en su proyección original fue objeto de una modificación importante (Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el juez podrá hacer uso..., incluso, su prisión efectiva hasta por un plazo de seis meses renovables), mas no aludía, ni tan siquiera con el *nomen iuris* de la "actuación de sentencia impugnada" o con otro nombre como "ejecución provisoria" o "provisional", etc. Se debería, en este extremo, concluir que, visto desde una interpretación histórica o exegética, en puridad, no existe la figura procesal de la actuación de sentencia; siendo así, mal haría un juez en aplicarla.

Sin embargo, como ha señalado Domingo García, "hoy se admite que el legislador histórico tiene muy poca competencia, y a lo larga, tal vez ninguna, sobre todo cuando se extiende el tiempo entre la dación de la norma y el momento en que se interpreta"⁶⁸. Cabe pues, resaltar aquí, parafraseando el pensamiento norteamericano, que la idea del ori-

67 ETO CRUZ, Gerardo. "Aprobación de los Proyectos de Ley", en *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. TII. Ed. Gaceta Jurídica, Lima 2006. pp. 185 y ss.

68 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "La interpretación constitucional como problema", en *Derecho Procesal Constitucional*. Vol. IV. 4º ed. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Coordinador. Porrúa. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. p. 3421

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

ginalismo⁶⁹ del C.P.Const. resulta determinante, en el sentido que sus autores, no optaron por delinear, por lo menos en el proceso de amparo, la figura de la actuación de sentencia impugnada.

No obstante, al lado de la interpretación histórica o de la voluntad del legislador, hoy en la teoría de la interpretación se habla de la "*voluntad de la ley*", que es, ciertamente distinta de la "*voluntad del legislador*". Nos explicamos, en la voluntad del legislador prima lo que quiso históricamente el autor de la norma; mientras que la voluntad de la ley es la norma que tiene vida propia, independientemente de su interpretación histórica u originalista. En buena cuenta, cuando hablamos de la voluntad del legislador y la voluntad de la ley estamos hablando del binomio interpretación histórica frente a la literal, o la interpretación originalista frente a la textualista, o la interpretación estática frente a la dinámica⁷⁰. En tal perspectiva, habría que auscultar ya, en este extremo, si acaso más que la voluntad del legislador, el peso que hoy tiene la disposición normativa pertinente del art. 22 habilita una interpretación identificada como la voluntad de la ley; en tanto se le puede asignar una interpretación distinta a lo que quisieron sus autores. En este contexto, podría interpretarse, desde el punto de vista de la norma, sumado a la técnica de la concordancia intra-sistemática, que sí es posible que el juez, en la praxis y bajo ciertas condiciones y presupuestos, admita la figura procesal de la actuación de sentencia impugnada. En realidad, nos encontramos aquí frente a lo que Guastini denomina, como la técnica de la "interpretación correctora en general", en tanto esta interpretación se presenta como "corrección" de la voluntad legislativa, puesto que se da por hecho que el legislador siempre dice exactamente lo que pretende y se mantiene, por ello, que la interpretación literal es la más respetuosa con la intención del legislador. Sin embargo, una interpretación correctora normalmente atribuye a un texto normativo no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto.

Al respecto, Guastini es más explícito cuando habla sobre la intención del legislador en el marco de la interpretación correctora restric-

69 BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork*. Civitas. Madrid. 1989.

70 SÁGUÉS, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Astrea. Buenos Aires. 2001. pp. 164 y ss.

tiva. En efecto, aquí se presentan dos variantes notables que nos resultan útiles para entender una posible interpretación distinta a lo que hoy han establecido los autores del Código:

- a) En una primera variante del argumento, la intención del legislador se identifica con la voluntad del legislador histórico, “de carne y hueso”, por así decirlo; esto es, con la voluntad de los hombres que históricamente participaron activamente en la redacción y aprobación del documento normativo de que se trate. La averiguación de la voluntad del legislador no puede valerse más que de los llamados “trabajos preparatorios”.
- b) En una segunda variante del argumento, la intención del legislador se identifica no ya con la voluntad del legislador histórico, “de carne y hueso”, sino con una más impalpable, “voluntad de la ley”, considerada en abstracto: la *ratio legis*.

Por otro lado, Guastini expresa que para descubrir la voluntad de la ley hay que atender exclusivamente al texto de la propia ley (o, a lo sumo, al texto de la ley y a las circunstancias sociales que la han ocasionado) y *no*, a los trabajos preparatorios. Desde este punto de vista, en efecto, los trabajos preparatorios reflejan no la “objetiva voluntad de la ley”, sino sólo los “subjetivos modos de entenderla de los legisladores”. En otras palabras, esta estrategia argumentativa desempeña esencialmente la función de desacreditar, por irrelevante el uso de los trabajos preparatorios como instrumento para atribuir significado al texto normativo de que se trate⁷¹. Admitida así una eventual existencia de la actuación de sentencia impugnada incorporada en el proceso constitucional del amparo peruano, lleva a suscribir esta segunda variante; en tanto, es lícito y factible encontrar una interpretación que fluye incluso del propio texto normativo del Código Procesal Constitucional. Veámoslo en acápite aparte.

71 Agrega más contundente el Prof. Guastini lo siguiente: “naturalmente apelar a la voluntad de la ley como cosa distinta de la (relativamente) concreta voluntad del legislador, y especialmente cuando se trata de leyes recientes, no es más que un modo de eludir, dejar de lado o sabotear la política jurídica perseguida por los órganos legislativos, sustituyéndola por la política jurídica del intérprete”. (Cfr. GUASTINI, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traduc. Marina Gascón y Miguel Carbonell. UNAM. México. 1999. pp. 31,33 y 34).

11. Las disposiciones y normas vinculadas a la actuación de sentencia impugnada: las orillas contrapuestas

Un breve análisis del C.P.Const. lleva a ubicar preceptos claves, para determinar la posibilidad de que el juzgador admita eventualmente, y bajo ciertas restricciones la tutela de urgencia del amparo, disponiendo la ejecución provisional de sentencia, hasta en tanto el superior jerárquico la confirme, o en su caso la revoque.

Por lo pronto, el Código ha establecido en el numeral 17 los contenidos y requisitos mínimos aplicables a los cuatro procesos que forman parte, como querría Mauro Capelletti, de la jurisdicción constitucional de la libertad. Y luego, a cada proceso constitucional le ha otorgado un tratamiento específico. Así, el art. 34 prescribe los contenidos y medidas que debe tener una sentencia fundada en Hábeas Corpus, lo propio en el numeral 55 se regula la sentencia fundada en amparo y que en parte ha de entenderse aplicable al Hábeas Data. Y finalmente, en el art. 72 se prescribe el contenido de la sentencia fundada en proceso de cumplimiento.

En lo que respecta al proceso constitucional de amparo, el Código le ha dotado de un tratamiento por partida doble. Veamos:

El art. 22, sumillado preliminarmente por sus propios autores como de “actuación de sentencias”, constituye un conjunto de disposiciones aplicables a los cuatro procesos constitucionales de la libertad. Y en el primer párrafo se encuentran dos disposiciones. La primera expresa lo siguiente: *“La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda”*.

Aquí estamos ante un fallo que tiene la condición de firme, esto es, que ya es inimpugnable. No está hablando aquí la norma de una sentencia de primera instancia que puede ser recurrible, se trata del supuesto de una sentencia que “ha causado ejecutoria”. Y en este contexto es lógico que dicho fallo, “se actúe conforme a sus propios términos por el juez de la demanda.” Esta disposición normativa del primer párrafo del art. 22 guarda conexidad con el art. 17, incisos 4 y 5, pues lo que el juez ejecutor está realizando es disponer que se cumpla con lo que ha quedado firme. Igualmente el citado precepto 22 en la primera disposición normativa, no es más que lo que prescribe el art. 59: *“la*

sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada”.

Es decir, la disposición normativa *prima facie* del art. 22 que *in verbis* expresa “*La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda*”, es un apéndice y por lo tanto guarda conexidad con esta otra norma ubicada en el art. 59: “*la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada*”.

Ahora bien, la verdadera norma, donde presuntamente se reconoce la existencia de la ejecución de sentencia impugnada está ubicada en el segundo párrafo del art. 22. Allí se aprecia lo siguiente:

“La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata”.

¿Qué tipo de sentencia debe actuarse inmediatamente? Es aquí donde el arcano de la norma deberá ser develado y al mismo tiempo rellenado de contenido por el Juez. Puesto que si se trata de lo que se indica en la primera parte del art. 22, no tiene sentido; toda vez que la *executio* de todo fallo es su destino final, a fin de obtener una tutela satisfactoria, y no en su forma provisional, sino definitiva. De acuerdo a la voluntad del legislador cabría aquí, formular la exégesis que la sentencia que ordena la realización de una prestación, es la sentencia firme que se indica en su primer párrafo (“la sentencia que cause ejecutoria...”). Y como hemos señalado, esta parte del art. 22, guarda conexidad con el art. 59 del Código.

Hasta aquí no se presentaría ningún problema, y primaría la tesis negativa de la no existencia de la actuación de sentencia impugnada.

Sin embargo, el problema se presenta cuando en el citado art. 59, la disposición normativa deslinda frontalmente con lo que dice el art. 22. En efecto, la redacción empieza así: “*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de ser notificada*”.

Con esta redacción el panorama cambia completamente, puesto que, a diferencia de lo que opina Luis Sáenz Dávalos⁷², nosotros estima-

72 SAENZ SAVALOS, Luis. “Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo”, Op. cit, pp. 136-137.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

mos que el primer párrafo del art. 22 trata *strictu sensu* de la ejecución de sentencia firme, ya inimpugnable.

Empero, el segundo párrafo del art. 22 no regula la ejecución de sentencia firme, de allí que se entiende la frase “*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22...*” Quiere esto decir, a fin de tocar puerto, que bajo esta singladura, bien estaría legitimado un juez, para disponer, al hilo del segundo párrafo del art. 22, en concordancia con el art. 59, *ab initio*, una medida provisional de actuación de sentencia impugnada, hasta en tanto se defina en segunda instancia.

Por tanto, entre la *voluntad del legislador* –que era por donde habíamos comenzado esta parte- y la *voluntad de la ley*; aquella prohíbe, pero esta permite, la figura procesal que motiva este ensayo.

12. ¿Ante qué tipo de actuación de sentencia nos encontramos?

Como quiera que estamos virtualmente ante un enigma normativo y que, como bóveda en clave debe ser abierto por el TC cuando le asigne un contenido interpretativo a la existencia o no de esta institución procesal; de nuestra parte, nos ubicamos entre quienes consideran de que sí existe dicha figura; pero que debe ciertamente ser utilizada con prudencia y mesura y diríamos en términos casi excepcionales; y que debe ser el TC el que establezca los supuestos en donde se actúe una sentencia en primer grado. En tal sentido, bien puede apelarse a la técnica de las sentencias con efectos normativos; y así como ha establecido las pautas para la procedencia, por ejemplo, de los procesos de cumplimiento⁷³; lo propio podría establecer el Colegiado Constitucional los supuestos para su procedencia.

Con todo, no está de más desarrollar los criterios tipológicos de esta figura y tomando aquí en versión libre a Osvaldo Alfredo Gozaíni⁷⁴, bien podrían detectarse las siguientes modalidades dependiendo de que la actuación o ejecutabilidad de la sentencia de primer grado, esté supeditada a la facultad del juez (potestad discrecional), o del impulso previsto por el Código (que puede, a su vez, ser de oficio o a pedido de parte).

73 Vid las STC 0417-2005-AA/TC y STC 0168-2005-PC/TC.

74 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. “La ejecución provisional en el proceso civil”, Op. cit. p. 89.

- a) *Actuación de sentencia ope legis*; cuyo eje característico radica en que está normado o previsto en el Código, por lo que el órgano jurisdiccional debe disponer dicha actuación y no limitar su procedencia.
- b) *Actuación de sentencia ope iudicis*; se caracteriza en que ya no se trata de una obligación que emana de la norma; pues aquí el instituto no se regula; empero la actuación de la sentencia depende del criterio discrecional del juez y aplicando ciertos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad y según las circunstancias del caso, el juez juzga la naturaleza irreversible del derecho reclamado.
- c) *La modalidad mixta*; aquí Gozaíni sostiene que este modelo atenúa las distancias entre la norma y los poderes del juez; pero es menester advertir sobre ciertas inconsistencias y algunas dudas sobre cuando procesar y aplicar uno u otro criterio.
- d) La actuación de sentencia resuelta de oficio; que en puridad es excepcional y que opera en la legislación procesal francesa; puesto que en todas las demás, la regla es que la actuación sea a pedido de parte.
- e) La actuación de sentencia impugnada puede ser parcial o total; según su ejecución se dirija al cumplimiento absoluto de la parte principal de la sentencia, según fuere de hacer, de dar o de no hacer; y como anota Gozaíni, salvo el tema de los costos, costas, etc.

Tentativamente bien puede irse diseñando una modalidad que puede identificarse como mixta; esta tipología podría aplicarse bajo ciertas condiciones y presupuestos que el caso amerite y siempre que se solicite a pedido de parte, reuniendo un mínimo de presupuestos como son entre otros el grave riesgo de la irreparabilidad del derecho fundamental en juego; o la grave repercusión para el justiciable de la dilación que genera la impugnación de la sentencia; incluso el examen que el propio juez puede hacer sobre la prosperabilidad del recurso de apelación; en fin, estos y otros presupuestos más podrán ser diseñados por una reforma a propósito de los tres años que habrá de cumplir nuestro C.P.Const. en diciembre de este año 2007; y estimamos que es preferible que los aspectos procesales sean aclarados o decantados por el legislador antes que por una inflexión que, a futuro, pueda diseñarle el TC, lo que ello no obsta a que el Colegiado Constitucional le dote, incluso de

ciertas pautas que deben tener presente los operadores intérpretes frente a una eventual regulación o no de este instituto. Con todo, el tema no está cerrado y estimamos que convocará a más de una reflexión sobre una futura regulación o sobre una aclaración de su existencia normativa.

13. Condiciones de aplicación de la actuación inmediata de la sentencia impugnada

Al momento de emprender la tarea de implementación de la figura objeto de nuestro análisis, habrá que atender a ciertos recaudos específicos que son moneda común, ciertamente, en la experiencia comparada.

Al respecto, las fórmulas son variadas y abundantes pero, en todo caso, resulta relevante poner énfasis, cuando menos, en los siguientes ámbitos de regulación que merecen una reflexión ecuánime por parte de la autoridad competente (el legislador, a través de una ley especial, o el juez constitucional, valiéndose de su autonomía procesal), a saber: el sistema de valoración; los presupuestos procesales; la forma de concesión; la oportunidad de la solicitud; la competencia del juez; el momento de la resolución; la apelación contra el auto que ordena la actuación inmediata, así como el auto que la deniega; los efectos del mérito de la sentencia de segundo grado sobre el auto que concedió la actuación inmediata; y finalmente, los efectos del mérito de la sentencia del Tribunal Constitucional (como consecuencia del recurso de agravio constitucional) sobre el auto que concedió la actuación inmediata (en segundo grado).

Al final de la revisión efectuada, por su parte, haremos mención de nuestras inclinaciones en relación a lo que consideramos el régimen más adecuado para la ejecución provisional en el proceso de amparo.

13.1 El sistema de valoración.

Al regular la forma de valoración que le servirá de base al juez *a quo* para otorgar o rechazar la solicitud de ejecución provisional presentada por la parte interesada, el legislador podría optar entre un sistema *ope legis* u otro *ope iudicis*.

En un sistema *ope legis*, la posibilidad de la ejecución provisional deviene obligatoria por imposición del propio legislador, en cuyo caso el

juez no tiene margen de discreción alguno sobre el particular. Por lo general, esta modalidad es típica en aquellos tipos de conflictos que imponen, de por sí, la adopción de decisiones urgentes (tales como procesos de alimentos, interdictos, procesos de amparo, etc.).⁷⁵

Por su parte, un sistema *ope iudicis* otorga al juez la facultad de operar en base a dos tipos de criterios, al momento de analizar la solicitud de la parte interesada: por un lado, la consideración de los motivos graves o motivos fundados, y por el otro, el daño grave o irreparable, o daño gravísimo.⁷⁶ A su vez, el ejercicio de esta potestad del juez puede aparecer como discrecional, pero también como ajustada a ciertas reglas técnicas.⁷⁷

Finalmente, el sistema mixto, como recuerda Gozaíni, consiste en la atenuación de las distancias entre la norma y los poderes del juez.⁷⁸

13.2. Los presupuestos procesales

En lo que concierne a los *sujetos legitimados*, se entiende que posee legitimación activa para solicitar la ejecución provisional quien ha sido beneficiado con el mérito de la sentencia de primer grado; quien se ve perjudicado con ella, en cambio, es quien se halla legitimado pasivamente y, por tanto, frente a quien se opone la ejecución provisional.⁷⁹

En relación al tipo de *sentencia* que es dable ejecutar provisionalmente, se señala que debe tratarse de una sentencia condenatoria contra

75 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: "La ejecución...", p. 89.

76 SILVA ÁLVAREZ, Óscar: op. cit., p. 384.

77 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: "La ejecución...", p. 89.

78 Ídem.

79 Con todo, algunos autores como Bernadette Mevielle sostienen que como vendedor debe considerarse al sujeto que se ve beneficiado por el dispositivo, pero siempre en la medida de lo recurrido. En ese sentido, cabe afirmar que el sujeto con legitimación activa no sería tanto quien ha resultado parte ganadora en primera instancia, sino quien ha resultado afectado con el efecto suspensivo de la apelación, y en la medida de esta última. (MEVIELLE, Bernadette: "Reflexiones sobre la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Uruguay, Año 1996, No. 4, p. 698. Citado por: CARDINAL PIEGAS, Fernando: "Ejecución provisional de la sentencia civil en Uruguay", en *Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2008, p. 555.)

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

la cual todavía puede plantearse el recurso correspondiente, así como cuando éste se ha interpuesto efectivamente (pero aún no ha vencido el plazo para hacerlo, pues de lo contrario se trataría ya de una sentencia firme). De igual forma, la doctrina tiende a aceptar una ejecución provisoria parcial, situación que se genera cuando la sentencia de primer grado ha sido también apelada sólo parcialmente.⁸⁰ Finalmente, habrá que decir que, por lo general, no se acepta a los costos y costas del proceso como concepto ejecutable provisionalmente.

Teniendo como presupuesto una sentencia de estas características, resulta irrelevante por tanto hacer mención alguna a un supuesto *fumus boni iuris* en la ejecución provisional, contrariamente a lo que sucede con las medidas cautelares. La sentencia supera con creces esa presunción, aunque si bien no de forma excluyente, como se analizó *supra*.

En relación al *perjuicio irreparable*, se señala que es la cláusula que habilita o no el mecanismo de la ejecución provisional. Pero, a decir de Gozaíni, se trata de un criterio que no puede medirse únicamente por el gravamen económico, sino en un perjuicio para la posición procesal del recurrente, bien por disminución de sus posibilidades y expectativas, bien por incremento indebido de las del contrario.⁸¹

Esta consideración directa del perjuicio irreparable nos exime de hablar de un supuesto peligro en la demora (*periculum in mora*), a la manera de las medidas cautelares. Siendo el perjuicio irreparable lo que interesa, cabe hablar más bien, técnicamente, de la existencia de un *periculum in damni*.

Por otro lado, también será un supuesto de cumplimiento inexorable la *no irreversibilidad* de la decisión, al igual de lo que sucede con la medida cautelar. Es decir, la ejecución provisional no puede establecer un orden de cosas tal que no se pueda revertir más adelante.⁸²

También debe ser un presupuesto a satisfacer el de la *proporcionalidad*, en la medida en que la ejecución anticipada, al igual que la me-

80 CARDINAL PIEGAS, Fernando: op. cit., p. 552.

81 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo: "La ejecución...", p. 92.

82 En igual sentido: EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DE PROCESO & JUSTICIA: "Apuntes sobre la ejecución provisional de sentencia en el proceso de amparo", en *Proceso & Justicia*, Lima, N°. 5, 2005, p. 31.

didada cautelar, es una medida esencialmente flexible;⁸³ por esa misma razón, por ejemplo, la ejecución provisional puede ser realizada en su integridad o sólo en parte.

Finalmente, en relación a la *contracautela* o caución, si bien existen algunos ordenamientos que la prevén como un requisito ineludible para otorgar la ejecución provisional, lo cierto es que, en los hechos, ella puede significar una valla injusta para la realización de los derechos del sujeto legitimado activamente⁸⁴.

13.3. Las formas de concesión

Puede ser de dos tipos: a pedido de parte o de oficio.

La ejecución provisional otorgada de oficio por el juez es una figura excepcional en Francia, único país en el que se verifica este tipo de modalidad.⁸⁵ Algunos autores, empero, han sostenido que la concesión de oficio estaría cubierta claramente por el principio de dirección judicial del proceso.⁸⁶

En cambio, la concesión a pedido de parte es una regla general en la mayoría de países que han regulado la ejecución provisional.

A su vez, y a diferencia de las medidas cautelares, se suele sostener que, dado que la ejecución provisional es un verdadero incidente, corresponde conferir traslado de la petición a la parte contraria de la solicitud, a los efectos de que ésta pueda cuestionar la

83 Sobre el particular, señala Ferrer que "(...) independientemente de lo peticionado por la parte, la precautoria ordenada por el juez debe reunir las medidas suficientes (ni más ni menos) para satisfacer las necesidades del peticionante, limitándolas en su sustancia o modalidad de ejercicio a aquellas que, sin desguarnecer al accionante, representen el menor riesgo posible para los derechos del justiciable contra el que se dirige la medida." (FERRER, Sergio E.: "Ejecución anticipada de la sentencia como cautela material", en *Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo)*, Jorge W. PEYRANO (Director) y Carlos A. CARBONE (Coordinador), Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, p. 363)

84 Es el caso de España, país en el cual, a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 200, el legislador modificó el régimen de la ejecución provisional, permitiendo su concesión sin que el ejecutante deba prestar caución.

85 GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo: "La ejecución...", p. 89.

86 EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DE PROCESO & JUSTICIA: op. cit., p. 30.

procedencia del pedido así como la suficiencia de la medida.⁸⁷ Ello no conlleva, empero, que dicho cuestionamiento suspenda la ejecución solicitada otorgada por el auto, de ser el caso. Esto último se analizará a profundidad más adelante.

13.4. La oportunidad de la solicitud

La ejecución provisional puede ser solicitada, a pedido de parte, en cualquier tiempo, como en Francia, pero también puede estar sometida a ciertos plazos, términos y condiciones.⁸⁸

13.5. La competencia del juez

En general, se entiende que el juez o tribunal que dicta la resolución recurrida es el mismo que conserva jurisdicción para actuar en la ejecución provisoria de la sentencia emitida; proyección de la actividad judicial que supone una clara excepción al principio de finitud que tiene la sentencia respecto a la función jurisdiccional.⁸⁹

13.6. La apelación contra el auto que ordena la actuación inmediata

La apelación contra el auto que ordena la ejecución provisional es un legítimo derecho que corresponde a la parte ejecutada, toda vez que no puede descartarse que el juez haya sido negligente al momento de apreciar los presupuestos procesales que toda ejecución provisional debe satisfacer.

En ese sentido, como bien señala Cardinal Piegas, la suspensión de la ejecución provisional ya otorgada implica una auténtica medida cautelar, pues consiste en evitar el eventual perjuicio que pudiere causar la ejecución provisional, en el caso de revocación de la sentencia que la habilita. Por tanto, pueden serle aplicadas las normas propias de las medidas cautelares.⁹⁰

87 CARDINAL PIEGAL, Fernando: op. cit., p. 556.

88 GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo: "La ejecución...", p. 89.

89 Ibidem, p. 94.

90 CARDINAL PIEGAS, Fernando: op. cit., p. 559.

Con todo, la doctrina es pacífica en señalar que el cuestionamiento del ejecutado no puede suspender la ejecución provisional otorgada por el juez *a quo*; ello, precisamente, porque éste es el efecto que se quiere evitar con esta figura procesal.

13.7. La apelación contra el auto que deniega la actuación inmediata

Tratándose del auto que deniega la ejecución provisional, por su parte, parece lógico que la apelación que se interponga contra esta decisión tampoco va a tener efecto suspensivo, toda vez que no habría, en estricto, decisión alguna que suspender.

13.8. Los efectos del mérito de la sentencia de segundo grado sobre el auto que concedió la actuación inmediata

Como es de esperarse, son aquí dos las situaciones posibles: una primera, en la cual la sentencia de segundo grado confirma la decisión del juez *a quo*; y una segunda, en la cual la revoca.

Si la sentencia de segundo grado *confirma* la decisión judicial anteriormente emitida (y ejecutada provisionalmente), la doctrina señala que aquélla declarará “definitiva” la ejecución que hasta entonces se tramitaba como provisional.⁹¹

Empero, si la sentencia del juez *ad quem* resuelve *revocar* la sentencia de primer grado, se prevé que la consecuencia es la vuelta de las cosas a su estado anterior, así como la cesación de los actos de ejecución provisional.⁹²

Señala Silva Álvarez, siguiendo a Alessandro Rasselli, que la ejecución provisional está expresamente autorizada por el juez (por derivación, a su vez, de lo prescrito en la ley) y, en consecuencia, representa el ejercicio legítimo de una facultad legítima.⁹³ De ahí que resulte cuestionable, por ejemplo, la exigencia en la ejecución provisional de requisitos

91 Ibidem, p. 561. Por las mismas razones, el autor entiende que la contracautela que hubiere otorgado el ejecutante debe ser “cancelada” (en el sentido de “dejada sin efecto”), así como la posible “suspensión de la ejecución” que se hubiere ordenado.

92 Ibidem, p. 563. El autor incluye, además, el pago de los daños y perjuicios que correspondan.

93 SILVA ÁLVAREZ, Óscar: op. cit., p. 388.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

tales como la caución, pero también la imposición de la restitución de la situación existente con anterioridad a la ejecución provisional si el recurso decide revocarla.

A nuestro entender, en el proceso de amparo, bien puede sostenerse que, a pesar de que la sentencia de segundo grado revoque la sentencia de primer grado, la ejecución provisional ordenada en primera instancia puede seguir ejecutándose por las siguientes razones: a) en primer lugar, puede suceder que contra la sentencia de segundo grado se interponga el llamado “recurso de agravio constitucional”, el mismo que en nuestro concepto impide a su vez que la sentencia del *ad quem* adquiera firmeza; b) por otro lado, en la medida en que los presupuestos de la ejecución provisional se mantengan (básicamente, que exista un perjuicio irreparable para el demandante y que la ejecución provisional no sea materialmente irreversible), nos parece razonable que dicha ejecución se mantenga, toda vez que existe la probabilidad de que la sentencia del TC en recurso de agravio constitucional reviva lo decidido en primera instancia; c) además, si bien una vez que la sentencia de segundo grado revoca a la de primer grado ya no existe título con el cual pueda seguirse con la ejecución provisional, lo cierto es que, por un principio de economía procesal y eficacia del proceso, no puede someterse al beneficiado con la ejecución provisional a los vaivenes del proceso; en nuestro concepto, el proceso debe propiciar situaciones jurídicas coherentes en las partes, y en esa línea, no puede revertir las cosas a un estado anterior para luego tener que volver a realizarlas. A tal efecto, nuestra opinión va en el sentido de que, en segunda instancia debería optarse por un sistema *ope legis*, de manera que, a pesar de que la sala de segundo grado haya declarado infundada la demanda, como quiera que la continuación de la ejecución provisional representaría una voluntad de la ley, entonces la propia sala no podrá declarar en ningún caso la cesación de dicha ejecución en curso.

En este punto, se hace necesario un parangón con la medida cautelar que pueda dictarse en el proceso de amparo. En efecto, en el amparo la medida cautelar puede subsistir independientemente de que la sentencia de primer o segundo grado sea favorable o no al demandante. Interesan, más bien, que se mantengan los presupuestos que propiciaron su otorgamiento. Ello, en cambio, no sucede con la ejecución provisional. Por ejemplo, si se trata de una ejecución provisional diseñada

bajo la modalidad *ope legis* (es decir, de forma automática), si bien ello tiene la ventaja de que si se tiene la sentencia de primer grado que favorece a la parte interesada, ésta puede obtener su ejecución provisional de forma inmediata. Pero tiene la desventaja de que si la sentencia de segundo grado revoca ese título de ejecución provisional, entonces ésta también debe cesar necesariamente (rigidez procesal a la cual no está sujeta, como se sabe, la medida cautelar en el amparo).

13.9. Los efectos del mérito de la sentencia del TC (como consecuencia del recurso de agravio constitucional) sobre el auto que concedió la actuación inmediata

Este es un campo que aplica al específico proceso de amparo tal como está regulado en nuestro país; y cuya lógica, por cierto, difiere claramente del recurso de casación que opera en el proceso civil.

Si bien el llamado “recurso de agravio constitucional” no es, en estricto, un medio de impugnación, lo cierto es que, en la práctica, se convierte en una tercera instancia, nivel frente al cual es menester también analizar la forma como podría operar la ejecución provisional.

Sobre el particular, señala Mabel de los Santos, para el caso argentino, lo siguiente:

“La ejecución procede también si se tratase de una tercera instancia (...) aunque en este caso queda por resolver si bastaría con que ella fuese coincidente con ‘cualquiera’ de las sentencias dictadas en las instancias anteriores, o contadas las previas, o si es menester que todas sean coincidentes (...) la vía de ejecución se abre frente a una sentencia ‘confirmatoria’ de la sentencia de la anterior instancia, lo cual, sin embargo, no significa una exacta y matemática coincidencia entre lo resuelto en una y otra instancia, sino, en todo caso, con lo que habrá de ser materia de ejecución (parcial).”⁹⁴

Como puede esperarse, la situación se complica en este supuesto, pues la sentencia de segundo grado (confirmatoria o revocatoria a su vez de la sentencia de primer grado) deja de ser firme al haber sido interpuesto el recurso de agravio constitucional. Pero como se sabe, este

94 DE LOS SANTOS, Mabel: op. cit., p. 599.

último sólo procede cuando la sentencia de segundo grado ha sido denegatoria (recurso extraordinario).

Al respecto, ya hemos mencionado nuestro parecer de que, si se interpone el recurso de agravio constitucional, la ejecución provisional eventualmente realizada en el proceso de amparo seguirá su curso indefectiblemente, manteniendo sus efectos hasta en tanto lo defina el Colegio Constitucional.

13.10. A manera de conclusión: una tentativa propuesta de regulación

Hechas las precisiones anteriores, toca ahora ahondar en nuestras propias inclinaciones en relación a cada uno de los temas esbozados.

Tentativamente, bien puede irse diseñando una modalidad de actuación o ejecución provisional en el proceso de amparo que puede identificarse como mixta. Esta tipología podría aplicarse bajo ciertas condiciones y presupuestos que el caso amerite y siempre que se solicite a pedido de parte, reuniendo un mínimo de presupuestos como son, entre otros, el grave riesgo de la irreparabilidad del derecho fundamental en juego; o la grave repercusión para el justiciable de la dilación que genera la impugnación de la sentencia; incluso, el examen que el propio juez puede hacer sobre la prosperabilidad del recurso de apelación.

14. Estado actual de la cuestión

14.1. La emisión de la STC 0607-2009-PA/TC (Caso Flavio Jhon Lojas)

Los esfuerzos desplegados por la doctrina así como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a la figura procesal de la actuación inmediata de sentencia, tuvo como punto culminante la expedición de la STC 0607-2009-PA/TC, que tuvo por virtud realizar un tratamiento detallado acerca de los fundamentos, requisitos y presupuestos procesales de esta institución, así como disipar las dudas interpretativas generadas por la doctrina en torno al artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

Es cierto que, ya en anteriores oportunidades, el Tribunal se había decantado a favor del reconocimiento de esta figura en los procesos constitucionales de tutela de derechos, como es el caso de la STC 05994-

2005-PHC/TC, oportunidad en la cual el TC conoció una demanda de hábeas corpus interpuesta por una asociación civil contra una municipalidad, que tenía por objeto lograr la paralización de las obras y demolición de las estructuras construidas para instalar un cerco perimétrico, por considerar que ello vulneraba su derecho a la libertad de tránsito. En esta ocasión, el Tribunal señalaría lo siguiente:

“(…) El Juez del Octavo Juzgado Penal de Lima, que ha conocido del presente proceso a nivel de la primera instancia, ha omitido actuar conforme a las reglas establecidas imperativamente en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional. En efecto, pese a que la sentencia emitida con fecha 27 de mayo de 2005 tuvo un resultado estimatorio parcial y, por tanto, obligaba a su actuación inmediata conforme al régimen procesal establecido en el citado artículo 22°, el Juez constitucional permitió que la entidad demandada persistiera en su actitud de no retirar las mallas metálicas so pretexto de su derecho a ejercer los medios impugnatorios pertinentes y acceder a la instancia superior. Sobre el particular, este Colegiado considera necesario enfatizar que a diferencia del modelo procesal de la derogada Ley N° 23506 y normas conexas, el Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1 de diciembre de 2004, ha incorporado para los procesos de tutela de derechos el régimen de actuación inmediata de sentencias, conforme al cual el juzgador se encuentra habilitado para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria, independientemente de la existencia de mecanismos de acceso a la instancia superior. Bajo dicho marco referencial, no es aceptable, entonces, que bajo el pretexto del acceso a una instancia distinta por el lado de la contraparte, el juez constitucional renuncie a dar cumplimiento efectivo a su sentencia. Si ésta es estimatoria tal condición es suficiente para franquear su actuación inmediata, no teniendo por qué esperar la culminación del proceso para recién decidir, como, equivocadamente lo ha considerado el referido juzgador de primera instancia, quien evidentemente ha omitido cumplir sus deberes, dejándose impresionar por el dicho de la corporación municipal demandada. En tales circunstancias, este Colegiado se ve en la necesidad de llamar la atención del citado juzgador constitucional, recordándole no sólo las disposiciones pertinentes de la norma adjetiva (que evidentemente está obligado a conocer), sino sus deberes de vin-

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

culación especial para con la Norma Fundamental y el cuadro de valores materiales que ésta reconoce”⁹⁵.

Asimismo, es igualmente encomiable el esfuerzo desplegado por la judicatura con ocasión del Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional, realizado en Lima el 22 de octubre de 2009, cita en la cual se acogió por mayoría la ponencia de que “es factible ejecutar inmediatamente la sentencia a pesar de haber sido impugnada”. De igual forma, el Pleno Jurisdiccional Nacional Constitucional, realizado en Lima el 7 de noviembre de 2009, adoptó por mayoría la tesis de que “las sentencias de los procesos de amparo se ejecutan de modo inmediato, aún cuando se encuentre en trámite el recurso de apelación, sólo en el caso de que los actos de ejecución puedan ser reversible”.

De este modo, y con apoyo en estas decisiones previas, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia que vino a pacificar lo que, hasta entonces, constituía un verdadero Campo de Agramante, por existir la multiplicidad de posturas doctrinarias. Cabe destacar, con todo, que para resolver la duda en torno al sentido del artículo 22 del Código Procesal Constitucional, el Tribunal no se limitó a aplicar los clásicos principios que la Teoría General del Derecho recomienda para solucionar las antinomias, sino que ponderó los valores que la institución de la actuación inmediata involucra, tanto para el demandante así como para el demandado. Y en tal sentido, el TC entendió que:

“(…) una postura favorable a la ejecución de la sentencia estimatoria de primer grado en el amparo –en lugar de reservarla exclusivamente para la etapa final del proceso–, protege adecuadamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, por dos órdenes de razones: 1) porque la sentencia de primer grado es ante todo una decisión obligatoria; y 2) porque esa decisión merece una ejecución acorde con el carácter perentorio y urgente que caracteriza al amparo”⁹⁶.

Entiende, pues, el Tribunal que, en la institución de la actuación inmediata, convergen los derechos del demandante vencedor a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución,

95 STC 05994-2005-PHC/TC, FJ. 3. En el mismo sentido, encontramos otros pronunciamientos, como la STC 04878-2008-PA/TC, FJ. 56 y la STC 05287-2008-PA/TC, FJ. 28.

96 STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 46.

así como del demandado perdidoso a impugnar dicha decisión ante una segunda instancia, reconocido en su artículo 139.6. Con todo, el TC consideró que el efecto suspensivo de los recursos no formaba parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancias. Y en ese sentido, resaltó:

“[t]odo recurso de apelación (...) tiene por contenido necesario la simple revisión de la decisión judicial por un órgano superior, pero en modo alguno conlleva un derecho similar a la estimación del recurso. Y es que, en buena cuenta, la subsanación del supuesto error impugnado constituye tan sólo un efecto probable, mas no de seguro cumplimiento, de los medios impugnatorios. En esa medida, pues, puede afirmarse que el régimen de efecto suspensivo de los recursos, al impedir la ejecución de la sentencia apelada, termina garantizando al demandado un resultado que es sólo contingente y aleatorio; lo que contrasta, en todo caso, con el derecho cierto del demandante que ha sido reconocido en la sentencia estimatoria de primer grado”⁹⁷.

Y así, esta lectura “desde la Constitución” de la norma procesal que reconoce la actuación inmediata de sentencia, le permitió al Tribunal señalar que una medida igualmente adecuada al fin perseguido por el régimen de efecto suspensivo de los recursos, pero menos lesiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, consistía en la prohibición dirigida al juez de conceder toda aquella actuación inmediata que genere un estado de cosas tal que no pueda revertirse en el futuro, cuando se cuente con el pronunciamiento judicial que resuelve el recurso efectivamente interpuesto.

No sobra decir, a este respecto, que la justificación brindada por el TC en torno a la figura procesal *in comento* hace que la solución interpretativa propiciada no aparezca como una decisión que, por venir impuesta verticalmente, vaya en contra de la voluntad del legislador o de la ley. Todo lo contrario: los argumentos reseñados obligan al Tribunal a salvaguardar los intereses que se encuentran en juego, valiéndose para ello de la mención de los presupuestos procesales que abonarían a esta finalidad. Tales presupuestos son, esquemáticamente, los siguientes:

97 STC 0607-2009-PA/TC, FJ. 58.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA	
Sistema de valoración mixto	Pese a que la actuación inmediata es la regla general, el juez constitucional conserva cierto margen de discrecionalidad en atención al caso concreto
Juez competente	Juez de la demanda
Forma de otorgamiento	A pedido de parte; y excepcionalmente de oficio, cuando exista el riesgo de perjuicio irreparable
Sujetos legitimados	El beneficiado con la sentencia estimatoria de primer grado, o su representante procesal
Alcances	Abarca la totalidad de las pretensiones estimadas; pero también puede ser parcial
Tipo de sentencia	Sentencias apelables, así como efectivamente apeladas
Mandato preciso	Mandato determinado y específico
Presupuestos procesales	<input type="checkbox"/> No irreversibilidad <input type="checkbox"/> Proporcionalidad <input type="checkbox"/> No requiere contracautela, salvo en el caso de pretensiones de contenido patrimonial
Apelación	La resolución que ordena o deniega la actuación inmediata, es inimpugnable
Efectos de la sentencia de segundo grado	Si es confirmatoria, la ejecución se convierte en definitiva Si es revocatoria, la ejecución puede seguir surtiendo efectos, a condición de que se mantengan los presupuestos.
Relación con la medida cautelar	Son medidas alternativas

Como se puede apreciar, la sentencia del Tribunal recoge buena parte de los criterios propugnados por la doctrina procesalista más autorizada en la materia, y que han sido destacados en los primeros apartados del presente capítulo. Sin embargo, y al mismo tiempo, reconoce al juez constitucional la capacidad de “flexibilizar” dichos requisitos de cara a una adecuada tutela de los intereses que concluyen en el caso concreto. A ello se refiere, precisamente, el carácter “mixto” del sistema de evaluación, que el Tribunal pretende instituir a través de su sentencia. La pregunta que surge, inevitablemente, es pues la siguiente: ¿han bastado estas previsiones para lograr una correcta aplicación de la figura de la actuación inmediata? A ello nos referimos seguidamente,

14.2. Evolución jurisprudencial

Con posteridad a la emisión de la sentencia en mención, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de evaluar su grado de cumplimiento, si bien la jurisprudencia sobre este asunto es aún escasa o simplemente referencial.

Precisamente, uno de los primeros casos que llegó a conocimiento del TC fue el dilucidado en la STC N.º 04650-2007-PA/TC, sobre los alcances del amparo contra amparo laboral. Se analizaba aquí la demanda de amparo interpuesta por una Cooperativa contra una Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la cual se solicitaba la nulidad de la resolución que estimaba otra demanda de amparo interpuesta por una trabajadora y que ordenaba su reposición laboral en el cargo que había venido desempeñando en la cooperativa. En lo que aquí interesa destacar, el Tribunal estimó que:

“(...) el principio tuitivo *pro operario* debe también trasladarse al ámbito de los procesos constitucionales, de modo que en caso de duda sobre la legitimidad constitucional de la sentencia estimatoria de amparo, los jueces del segundo amparo deben optar por hacer prevalecer la sentencia estimatoria sobre cualquier intento por desconocerla por parte del empleador (...)”⁹⁸.

En consonancia con este postulado, el Tribunal Constitucional emitió el siguiente precedente vinculante:

98 STC 04650-2007-PA/TC, FJ. 4.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

“(…) el Juez que recibe el segundo amparo deberá verificar, antes de admitir a trámite la demanda, si el empleador ha dado cumplimiento a la sentencia que ordena la reposición, de modo que el segundo proceso no pueda significar en ningún caso una prolongación de la afectación de los derechos del trabajador. Si el Juez constatará que al momento de presentarse la demanda en un segundo proceso de amparo, el empleador no ha cumplido con lo ordenado en el primer amparo, la demanda será declarada liminarmente improcedente, dictándose de inmediato los apremios del artículo 22° y 59° del Código Procesal Constitucional.

Admitida a trámite la demanda del segundo amparo, si ésta resultara infundada, la instancia judicial correspondiente, o en su caso el Tribunal Constitucional, impondrán una multa por temeridad procesal al recurrente, conforme lo prevé el artículo 56° del Código Procesal Constitucional”.

Como resulta evidente, el Tribunal no enfatiza aquí que, en los supuestos de incumplimiento de la sentencia de primer grado que ordena la reposición del trabajador, resulta de aplicación el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, que reconoce la figura de la actuación inmediata de sentencia, así como los apremios en ella incluidos⁹⁹. Esta omisión, sin embargo, ha sido posteriormente subsanada en otras sentencias, en las cuales, luego de reafirmar el criterio asumido en la STC 04650-2007-PA/TC, el Tribunal refiere que:

“(…) los jueces que estiman una demanda de reposición laboral están en la obligación de ordenar la ejecución inmediata de la sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional y de acuerdo con la doctrina

99 Cabe señalar que este asunto sí es advertido en el fundamento de voto emitido por los magistrados Mesía Ramírez y Vergara Gotelli, que acompaña esta sentencia, y en el cual se señala que “[l]a solución al caso, estimamos, es reforzar la idea de la ejecución inmediata de las sentencias estimativas de segundo grado o consentidas de primer grado y que los artículos 22° y 59° del CPConst. constituyen mandatos de obligatorio e ineludible cumplimiento, pues si en el presente caso emitimos un precedente vinculante, también tendríamos que hacerlo en el amparo contra amparo previsional o en el amparo contra cumplimiento, y ello, en vez de solucionar el problema, lo único que haría sería acrecentaría la cantidad de precedentes” (fundamento 6).

jurisprudencial aplicable en estos casos (Cfr. Exp. N.º 00607-2009-PA/TC, caso Flavio Roberto Jhon Lojas)”¹⁰⁰.

De otro lado, un tema de especial relevancia en torno a los criterios vertidos en la STC 0607-2009-PA/TC tiene que ver con la fuerza vinculante que es posible atribuir a esta sentencia, la que fuera emitida por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Naturalmente, siendo claro que no estamos aquí ante un precedente vinculante, al no concurrir el pronunciamiento expreso que exige el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; es cierto también que, por la propia interpretación brindada por el Tribunal, la sentencia que venimos comentando forma parte de su *doctrina jurisprudencial*, la cual, según el artículo VI del Título Preliminar del Código, obliga a todos los jueces a interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales “conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

Esta postura ha sido recientemente confirmada por el propio Tribunal, al constatar el apartamiento de la judicatura respecto del criterio interpretativo enunciado en la STC 0607-2009-PA/TC. Concretamente, ha admitido que esta sentencia viene a consolidar una serie de antecedentes jurisprudenciales favorables a la existencia de la actuación inmediata en los procesos de tutela de derechos, que los jueces constitucionales no pueden desconocer o ignorar. En efecto, en la STC 0813-2011-PA/TC, luego de advertir que el juez *a quo* había denegado la solicitud de actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado bajo el argumento de que dicha actuación era “sólo para la ejecución de sentencias en los procesos que han causado ejecutoria”, el Tribunal señaló lo siguiente:

“Tal como se puede apreciar el juez a quo, al momento de evaluar la solicitud presentada por el recurrente, desconoce abiertamente la doctrina jurisprudencial sentada por este Supremo Colegiado en diversos pronunciamientos (cfr. STC N.º 05994-2005-PHC/TC, fj. 3; STC N.º 04878-2008-PA/TC, fj. 56; STC N.º 0607-2009-PA/TC, fj. 18), los cuales han admitido expresamente que el artículo 22º del CPConst. ha incorporado el régimen de actuación inmediata

100 STC 02245-2010-PA/TC, FJ. 6.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

de sentencia en los procesos constitucionales de la libertad, por lo que el juez constitucional se encuentra habilitado para ejecutar los mandatos contenidos en su sentencia estimatoria, independientemente de la existencia de mecanismos de acceso a la instancia superior. Más aún, en la reciente STC N.º 0607-2009-PA/TC, publicada el 18 de marzo de 2010 en su página web, el Tribunal Constitucional no sólo ha sido claro y enfático al reiterar dicho parecer, sino que además ha establecido como jurisprudencia vinculante los principios y reglas procesales que ha de observar, respetar y aplicar el juez constitucional para evaluar la solicitud de actuación inmediata de la sentencia estimativa que le es presentada.

En consecuencia este Colegiado no puede sino rechazar el argumento utilizado por el juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima para denegar la solicitud presentada por el recurrente, consistente en afirmar que la figura de la actuación inmediata se encuentra reservada sólo para sentencias que hayan quedado firmes. Ésta es sin lugar a dudas una afirmación que contradice la interpretación realizada por este Tribunal en la STC N.º 0607-2009-PA/TC, la cual admite expresamente la procedencia de dicha figura procesal respecto de sentencias estimatorias de primer grado que hayan sido apeladas o estén en posibilidad de serlo, es decir, que aun cuando la sentencia haya sido apelada y se haya concedido el recurso de apelación el juez de primer grado no pierde la competencia para ordenar la ejecución de la sentencia estimativa que emitió. En tal sentido resulta pertinente recordar que de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del CPConst., todos los jueces del Poder Judicial tienen el deber de interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional¹⁰¹.

En definitiva, a juzgar por la experiencia reciente observada en la jurisprudencia constitucional, resulta válido concluir que la actuación inmediata de sentencia es aún una figura procesal cuya aplicación por parte de los operadores jurídicos se encuentra en ciernes, siendo competencia del Tribunal Constitucional y de los jueces ordinarios cooperar

101 STC 0813-2011-PA/TC, FF.JJ. 10 y 11.

mutuamente en la definición y reelaboración de los conceptos e instituciones que la componen. Pese a ello, es posible adelantar algunas reflexiones teóricas en torno a los supuestos establecidos en la sentencia a modo de presupuestos procesales, a lo cual nos abocamos en lo sucesivo.

15. Retos y perspectivas

15.1. ¿Son razonables los requisitos procesales previstos en la sentencia? Sobre las exigencias de proporcionalidad, irreversibilidad y contracautela

Buena parte de los requisitos enumerados por el TC en su sentencia se derivan del ejercicio de ponderación antes aludido, los cuales se orientan, en buena cuenta, a proteger los intereses del demandado que soporta la actuación inmediata. De tales requisitos, conviene rescatar tres de los más importantes: la proporcionalidad, la irreversibilidad y la contracautela.

La *proporcionalidad* es una exigencia cuya finalidad radica en que la actuación inmediata no suponga una intervención desmedida o demasiado gravosa en la esfera del demandado, en comparación con los beneficios que su aplicación reporta al demandante ganador de la primera instancia. Desde luego, es evidente que, en la mayoría de casos, la ejecución de una sentencia (de primer grado) acarrea ciertas afectaciones en el círculo de intereses del demandado (en su mayoría, patrimoniales). Sin embargo, esta simple consideración no impide *per se* la actuación de la sentencia: en realidad, la proporcionalidad presupone tomar en cuenta (sólo) afectaciones graves o trascendentales que, en comparación con el grado de optimización de los derechos del demandante, justifiquen la correspondiente denegatoria.

Precisamente, uno de los factores a tomar en cuenta en este ejercicio de ponderación es el análisis sobre la *reversibilidad* de la ejecución de sentencia, aspecto que el Tribunal califica como un criterio a ser revisado de forma independiente. La reversibilidad, como se dijo antes, conlleva que la actuación inmediata debe poder ser “dejada sin efecto” en el futuro; esto es, no debe imposibilitar la eventual ejecución de un fallo favorable al demandado. Seguramente, se trata éste de un criterio de justicia elemental. Sin embargo, como quiera que éste puede insertarse en una

relación de ponderación, no podemos negar hipótesis en las cuales los daños generados al demandado por una situación “irreversible” pueden ceder frente a la entidad de los derechos del demandante vencedor en la primera instancia, situación esta última que merecería tutela urgente y perentoria. Sería el caso, por ejemplo, de una sentencia estimatoria de primer grado que ordene la entrega de antirretrovirales al demandante: es patente que, si bien dicha entrega deviene en irreversible (pues una vez entregada la medicina y consumida, ésta no podrá ser devuelta), ella viene exigida por la necesidad de no generar un daño irreparable al demandante (concretamente, un daño irreversible en su derecho a la salud o a la vida).

Por último, el requisito de la *contracautela* viene a establecer que, llegado el caso, si la pretensión del demandante tiene algún contenido patrimonial, será potestad del juez constitucional ordenar una contracautela como presupuesto para otorgar la actuación inmediata. Debe recalcarse que, según la sentencia del Tribunal, el juez “podrá” exigir dicha caución, mas no es su deber hacerlo en todos los casos, lo que parece correcto pues no pueden ignorarse situaciones en las cuales esa exigencia pudiera significar un impedimento insalvable para acceder a esta institución procesal, debido a las limitaciones económicas del recurrente.

15.2. ¿Procede la actuación inmediata de sentencia en el amparo contra resoluciones judiciales? ¿Y en el amparo contra normas? Dos aplicaciones concretas de los requisitos de proporcionalidad e irreversibilidad

Una aplicación concreta de la proporcionalidad y de la irreversibilidad como pautas de análisis para otorgar la actuación inmediata de sentencia, ocurre cuando ésta es solicitada en el marco de un proceso de amparo dirigido contra una resolución judicial o una norma legal. Ambas hipótesis, como es sabido, se encuentran permitidas por nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no puede descartarse que los supuestos teóricos descritos puedan presentarse en la práctica.

En relación al primer supuesto, es preciso destacar que, entre los requisitos de procedencia para la interposición del proceso de amparo contra una resolución judicial, figura aquel que exige la firmeza de dicha resolución (artículo 4º del Código Procesal Constitucional). Esto quiere

decir que, si la sentencia de primer grado del amparo es estimatoria, su ejecución inmediata dejará sin efecto (“provisionalmente”) una sentencia que tiene carácter de cosa juzgada. Se percibe aquí, como es evidente, una severa contradicción o paradoja, pues una resolución *que aún no es firme* (la del amparo) estaría interdictando una resolución *que sí lo es* (la del proceso judicial cuestionado), ordenando al órgano judicial emplazado a que vuelva a emitir pronunciamiento. ¿Es razonable consentir una situación de este tipo? A primera vista, pareciera que no, con mayor razón si la sentencia estimatoria de amparo no logra disipar, eventualmente, las dudas en torno a su adecuación o corrección legal y/o constitucional (fenómeno, lamentablemente, no ajeno a nuestra realidad).

Sin embargo, siendo conscientes de que este criterio en modo alguno podría ser absoluto, creemos que podría entrar a tallar aquí un criterio de análisis adicional o complementario a los ya aludidos, que sería el *grado de certeza* en torno a la confirmatoria de la sentencia estimatoria de primer grado. Así, por ejemplo, ¿qué sucedería si la demanda de amparo ha sido estimada en primer grado porque la resolución judicial cuestionada desconoció, manifiesta e inmotivadamente, un precedente vinculante del Tribunal Constitucional? Asimismo, ¿sería razonable impedir la ejecución inmediata de una sentencia de amparo que, en su fallo, ordena a los jueces demandados otorgar una prestación que tiene el carácter de urgente para el demandante? A nuestro juicio, una resolución judicial respecto de la cual es posible argumentar su *manifiesta inconstitucionalidad* (o, alternativamente, la urgencia en la reparación del derecho del amparista), justifica suficientemente la actuación inmediata de la sentencia estimatoria, a fin de que la emisión de la nueva resolución judicial, esta vez acorde con el marco de principios y valores que la Constitución reconoce, se realice lo más pronto posible, a efectos de tutelar adecuadamente los derechos del demandante en amparo¹⁰².

Por otro lado, en relación al segundo de los supuestos mencionados, la actuación inmediata de sentencia se enfrenta a un obstáculo no menos trascendente, cual es la presunción de constitucionalidad de

102 Existen algunas interpretaciones procesales hechas por el Tribunal Constitucional, sin embargo, que impedirían compartir, simultáneamente, la aquí esbozada. Se trata de los casos del amparo contra amparo laboral (STC 04650-2007-PA/TC) y del amparo contra hábeas corpus (01761-2008-PA/TC), supuestos en los cuales el Tribunal parece otorgar un mayor *peso constitucional* a la sentencia que ordena la reposición laboral o la inmediata tutela de la libertad personal.

¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

las leyes. Así pues, ¿aparecería como razonable ordenar la actuación inmediata de una sentencia estimatoria que ordena la inaplicación de una norma de carácter general? Al respecto, estimamos conveniente considerar que si la medida cautelar y la actuación inmediata comparten similares fundamentos (básicamente, contrarrestar los efectos del tiempo en el proceso), resulta razonable derivar que, siendo aquélla viable en el amparo contra normas legales autoaplicativas (artículo 15° del CP-Const.), también debería serlo la actuación inmediata. Sin embargo, conviene preguntarse: ¿sería igualmente trasladable el efecto suspensivo de la apelación de la medida cautelar, a la actuación inmediata? La respuesta es, desde luego, negativa, toda vez que la STC 0607-2009-PA/TC ha señalado que “la resolución que ordena o deniega la actuación inmediata, es inimpugnable”.

Con todo, esto es, más o menos en sus grandes líneas, el tema fundamental que ubica tanto al régimen de las medidas cautelares como el de la actuación de la sentencia impugnada, dentro de la línea de la tutela de urgencia como mecanismo idóneo para preservar derechos iusfundamentales afectados por actos lesivos. Creemos que, aún cuando en el seno de la elaboración del CPConst, virtualmente, no se definió su reconocimiento expreso, la labor tanto de la doctrina nacional, y luego, la labor notable del TC en haberla interpretado bajo los marcos de la autonomía procesal *interpretativa* o *delegada*, ha permitido que hoy la judicatura nacional empiece ya no paulatinamente sino en forma convincente a impulsar el desarrollo de este particular instituto procesal, que sirve como instrumento para la eficacia restitutoria de los derechos fundamentales violados o amenazados.

Trujillo – Perú, 11 de febrero de 2007

Festividad de la Virgen de Lourdes

(Actualizado a diciembre de 2012)

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ANTE LAS DESAPARICIONES FORZADAS. INFORME SOBRE EL CASO PERUANO*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA LEGISLACIÓN EXCEPCIONAL Y DE EMERGENCIA COMO MARCO SOCIO-JURÍDICO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS. 2.1. Introducción. 2.2. Terrorismo de Estado y Doctrina de Seguridad Nacional. 2.3. Los periodos de la legislación excepcional y de emergencia en el Perú: Un brochazo panorámico. a) Periodo 1932-1945: Ley de Emergencia y sus Leyes Complementarias. b) Periodo 1949 – 1956: La Ley de Seguridad Interior. c) Periodo 1956 – 1962: El inicio de los decretos de excepción. d) Periodo 1968 – 1980: El docenio militar. e) Periodo 1980 – 2000: Terrorismo y desapariciones forzadas. 1. El inicio de la violencia armada (mayo 1980-diciembre 1982). 2. La militarización del conflicto (enero 1983-junio 1986). 3. El despliegue nacional de la violencia (junio 1986-marzo 1989). 4. La crisis extrema: ofensiva subversiva y contraofensiva estatal (marzo 1989-septiembre de 1992). 5. Declive de la acción subversiva, autoritarismo y corrupción (septiembre 1992-noviembre 2000). III. HÁBEAS CORPUS Y ESTADO DE EMERGENCIA: EL TRATAMIENTO EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA. 3.1. Introducción. 3.2. La posición del Tribunal Constitucional del Perú respecto a los regímenes de excep-

* Ponencia presentada con motivo del Encuentro de Expertos sobre *Debida diligencia en la investigación de violaciones a los derechos humanos*, organizado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, realizado en la ciudad de San José de Costa Rica, entre los días 21 y 23 de noviembre de 2007. Actualizado en marzo de 2008. Publicado en el colectivo *En defensa de la libertad personal. Estudios sobre el hábeas corpus*. Luis Castillo Córdova (Coordinador). Palestra, Lima, 2008.

ción. 3.3. Elementos constitutivos del régimen de excepción. 3.4. Las obligaciones del Estado peruano en materia de Derechos Humanos y la función interpretativa del Derecho Internacional que ha establecido el Tribunal Constitucional. 3.5. El hábeas corpus y su tratamiento en los Estados de Emergencia. IV. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS A TRAVÉS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 4.1. La posición del Tribunal Constitucional respecto al Derecho Internacional Humanitario. 4.2. La posición del Tribunal Constitucional respecto al delito de desaparición forzada de personas. 4.3. El hábeas corpus instructivo frente a las desapariciones forzadas. 4.4. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional frente a la impunidad de las ejecuciones extrajudiciales. 4.5. El reconocimiento del Derecho Fundamental a la verdad.

I. INTRODUCCIÓN

América Latina y en especial el Perú ha transitado por los oscuros recodos de intermitentes prácticas de violación a los Derechos Humanos en su expresión más grave: *ejecuciones extrajudiciales, hechos de tortura, generando como consecuencia de ello, desapariciones forzadas e involuntarias*. El signo de esta violencia, históricamente comprende desde sus orígenes mismos de la presencia de los conquistadores ibéricos que llevó a que personalidades piadosas del clero, como emblemáticamente destaca Fray Bartolomé de las Casas el más lúcido defensor de los nativos¹, informara a la metrópoli de los exterminios de los indígenas de este lado del continente². Así, las secuelas se manifiestan en todo el complejo proceso de colonización³ y que llega luego a una nueva etapa en nuestra formación de las Repúblicas Latinoamericanas.

Lograda la independencia peruana y fundada la república, sucederían en el devenir de su historia, gobiernos que estaban aún imbuídos por el pensamiento absolutista propio de las monarquías y sus colonias; así, el respeto por los derechos fundamentales de las perso-

1 RUBERT DE VENTOS, Xavier: *El Laberinto de la Hispanidad*; Editorial Anagrama, Barcelona, 1999, pp. 27 y ss.

2 TOMAS y VALENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho Español*, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, pp. 325 y ss. Nota de 2011: El libro más demoledor de Bartolomé de las Casas se titula *Brevísima relación de la destrucción de Las Indias*, Edición y Estudio Preliminar de Isacio Pérez Fernández, 3ª. edición, Tecnos, Madrid, 2008.

3 LÓPEZ-ALVES, Fernando: *La formación del Estado y la democracia en América Latina. 1830-1910*, Edit. Norma, Bogotá, 2003.

nas era incipiente⁴; durante gran parte de nuestra vida republicana los gobiernos han sido militares, quienes alcanzaban el poder de forma violenta, vía insurrecciones, golpes militares, etc.

Así, dentro de este contexto, a partir de las primeras décadas de siglo pasado el Perú experimentó una serie de sucesos lamentables en el que la afectación de los derechos fundamentales de las personas fue la nota distintiva, y cuya mayor manifestación se ubica en las décadas comprendidas entre los años 1980 y 2000, conforme tendremos oportunidad de ver luego.

Lo que a continuación sigue es un informe de cómo percibimos el tema de las desapariciones forzadas. Nuestra apreciación es que, en principio, el fenómeno se produce por causa de la violencia política en regímenes autoritarios; éste ha sido el signo en la evolución de la historia del pensamiento: intolerancia, persecución religiosa, étnica, opositores políticos, grupos armados en su expresión de guerrillas, terrorismo, guerras de baja intensidad, conflicto armado no internacional, etc. Empero, aparte de estos hechos, existe un filón que no ha sido estudiado y que tiene que ver con otro tipo de desapariciones ya no provenientes de regímenes autoritarios; sino por delincuencia común, aún cuando tenga otras connotaciones más complejas de crímenes organizados, de trata de blancas, tráfico internacional de mujeres que terminan siendo luego “desaparecidas”, tráfico de niños, venta de órganos; igualmente se encuentran aquí organizaciones criminales de narcotráfico y vendettas internas; lo propio desapariciones por delincuencia callejera; en fin, cualesquiera sea la etiología o móvil, el hecho es que el fenómeno cobra una permanente actualidad⁵ y que, bien puede verse redimensionando el desarrollo jurisprudencial del

4 El caso por ejemplo del Hábeas Corpus peruano es emblemático. El proyecto de ley para su regulación se presentó recién en 1892; se hicieron las observaciones por el Ejecutivo con fecha 23 de octubre de 1893, conforme obra en los archivos de la secretaría de la Cámara de Senadores; luego siguen los trámites en 1895 con modificaciones introducidas por el Senado al proyecto primigenio que fuera aprobado por la Cámara de Diputados y sólo fue aprobado en el año 1897. Vid. al respecto los Archivos de la Cámara de Senadores y Diputados.

5 Al respecto, puede verse en mayor amplitud los “Mecanismos temáticos de la ONU para los derechos humanos”. La ONU ha identificado a la fecha más de 20 mecanismos temáticos que son los siguientes:

1. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (1980)

El Sr. Ivan Tosevski (Macedonia), presidente; el Sr. Jonas K. D. Foli (Ghana); el Sr. Diego García-Sayan (Perú); el Sr. Agha Hilaly (Pakistán); y el Sr. Manfred Nowak (Austria)

2. El relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (1982)

La Sra. Asma Jahangir (Pakistán)

3. El relator especial sobre la cuestión de la tortura (1985)

El Sr. Nigel S. Rodley (Reino Unido)

4. El relator especial sobre la libertad de religión o de convicciones (1986)(2)

El Sr. Abdelfattah Amor (Túnez)

5. El relator especial sobre el uso de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y de obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación (1987)

El Sr. Enrique Bernales Ballesteros (Perú)

6. El relator especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (1990)

La Sra. Ofelia Calcetas-Santos (Filipinas)

7. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (1991)

El Sr. Kapil Sibal (India), presidente; el Sr. Louis Joinet (Francia); el Sr. Laity Kama (Senegal); y el Sr. Petr Uhl (Eslovaquia) (3)

8. El representante del secretario general sobre la cuestión de los desplazados internos (1993)

El Sr. Francis Deng (Sudán)

9. El relator especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia (1993)

El Sr. Maurice Glélé-Ahanhanzo (Benín)

10. El relator especial sobre el fomento y la protección del derecho a la libertad de opinión y expresión (1993)

El Sr. Abid Hussain (India)

11. El relator especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias (1994)

La Sra. Radhika Coomaraswamy (Sri Lanka)

12. El relator especial sobre la independencia e imparcialidad del poder judicial, los jurados y los asesores y la independencia de los abogados (1994)

El Sr. Param Kumaraswamy (Malasia)

13. El relator especial sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícito de productos y desechos tóxicos y peligrosos (1995)

La Sra. Fatma Zohra Ksentini (Argelia)

habeas corpus instructivo como un instrumento idóneo para ubicar e identificar este gravísimo hecho de violación de los derechos humanos, en donde se trata como fin de ubicar o encontrar a personas ya sean vivas o sus cadáveres; esto habrá de significar entre otras cosas un diseño y perfil específico de una sentencia que por lo menos establezca los parámetros de acuerdo a lo que existe en los estándares internacionales⁶.

14. El representante especial del secretario general sobre las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños (1996)

El Sr. Olara Otunnu (Costa de Marfil)

15. El relator especial sobre el derecho a la educación (1998)

La Sra. Katarina Tomasevski (Croacia)

16. El experto independiente sobre los derechos humanos y la extrema pobreza (1998)

La Sra. Anne-Marie Lizin (Bélgica)

17. El experto independiente sobre el derecho al desarrollo (1998)

El Sr. Arjun Sengupta (India)

18. El experto independiente sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales (1998)

El Sr. Cherif Bassiouni (Egipto/EE UU)(4)

19. El relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes (1999)

La Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro

20. El experto independiente sobre las consecuencias de las políticas de ajuste estructural y de la deuda externa para el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales (2000) (5)

El Dr. Fantu Cheru (EE UU)

21. El relator especial sobre el fomento de la realización del derecho a una vivienda adecuada (2000)

(Todavía no se ha designado.)(6)

22. El relator especial sobre el derecho a la alimentación (2000)

(Todavía no se ha designado.)(7)

23. El representante especial del secretario general sobre la situación de los defensores de los derechos humanos (2000)

(Todavía no se ha designado.)(8)

6 Sobre el particular pueden verse los siguientes documentos emitidos por la Naciones Unidas sobre investigación en caso de violaciones de los derechos humanos:

- Protocolo Modelo para la investigación forense de muertes sospechosas de haberse producido por violación de los Derechos Humanos.

II. LA LEGISLACIÓN EXCEPCIONAL Y DE EMERGENCIA COMO MARCO SOCIO-JURÍDICO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS.

2.1. Introducción

Como ha señalado las Naciones Unidas⁷, en muchos países, en los años sesenta empezó a calificarse a determinada *política criminal* que desarrollaban los regímenes políticos como una *legislación de emergencia*, en donde se incorporaba conceptos y elementos propios del *totalitarismo* que

Elaborado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. México, 2001.

- Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982.
- Manual sobre la Prevención e Investigación eficaces en las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. Nueva York, 1991.
- Informe sobre mujeres no identificadas o de identificación dudosa, muertas en las ciudades de Juárez y Chihuahua. Elaborado por el Equipo Argentino de Antropología Forense (E.A.A.F.). México, 18 de octubre de 2004.
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Aprobada por Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. "Convención de Belem do Para" realizada el 09 de junio de 1994, en la ciudad brasileña de Belem Do Para.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José", suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

También deben tenerse presentes los documentos que a este respecto ha emitido la Corte Penal Internacional:

- Las Reglas de Procedimiento y Prueba, adoptadas por Resolución U.N. Doc.PC/NICC/2000/1/Add.1 (2000).
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas.

7 Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, 1991.

se desarrollara en la experiencia de Alemania, Italia y España⁸. En efecto, paralelo al marco jurídico del *debido proceso* al que se le sometía a las personas procesadas por determinados delitos de *naturaleza político social*, coexistía en determinados gobiernos autoritarios, una configuración de un verdadero *terrorismo de Estado* cuyas consecuencias eran evidentes: exterminios masivos, desapariciones y torturas. Los perfiles característicos típicos de este tipo de terrorismo eran, entre otros, los siguientes:

- Afirmación de existencia de una “*guerra vertical*” con un enemigo infiltrado en todos los niveles de la sociedad, que suelen actuar como agentes de una confabulación internacional, cuya finalidad es la eliminación de valores aceptados como absolutos por quienes detentan el poder.
- Delimitación precisa de los hechos punibles y eliminación del proceso judicial para la determinación de la comisión de un delito.
- Imposición clandestina de medidas de sanción estatal prohibidas por el orden jurídico oficialmente proclamado (torturas, homicidios, entre otros).
- Aplicación difusa de medidas violentas de privación de la libertad, la propiedad y la vida⁹, con prescindencia, en muchos casos, con identidad del o de los destinatarios de las mismas y de los actos u omisiones de los que pueden ser responsables; la aplicación de la violencia a víctimas inocentes contribuye precisamente a reforzar la “*eficacia del terror*”.

En este marco bien cabe describir al terrorismo de Estado como aquel sistema político cuya regla de reconocimiento permite y/o impone la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a las personas manifiestamente inocentes de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculizando o anulando la actividad judicial y convirtiendo al gobierno en agente activo de la

8 BERTHON, Simon y POTTS, Joanna: *Amos de la guerra. 1939-1945. El corazón del conflicto*, Traduc. de Víctor Aldea, Ediciones Destino, Barcelona, 2005.

9 Un informe extraordinario que atraviesa los recodos de estas prácticas puede verse en GARZÓN, Baltasar y ROMERO, Vicente: *El alma de los verdugos*, RBA Libros, Barcelona, 2008.

lucha por el poder¹⁰. No obstante estas apreciaciones, bien cabe aclarar que en el Perú no se ha dado en forma permanente estas características en nuestra agitada vida republicana.

2.2. Terrorismo de Estado y Doctrina de Seguridad Nacional

Para entender la problemática de la investigación a la violación de los derechos humanos en el marco de ejecuciones extrajudiciales y hechos de tortura es bueno recordar que el terrorismo de Estado ha estado vinculado en su accionar y desarrollo por una compleja concepción *geopolítica* de corte fascistoide denominada "*doctrina de seguridad nacional*". En efecto, con la presencia del conflicto esteoeste hoy ya sin efecto, se desarrolló una concepción que, en términos *schmittiano* ha sido la contraposición *amigo-enemigo*¹¹. Así, al enemigo o adversario político se le ha liquidado o se ha pretendido liquidar a través de una artillería de todo calibre, desde políticas permitidas por el propio sistema jurídico, como por otras vías de leyes excepcionales, incriminando figuras delictivas por el Código Penal, así como ejerciendo un abuso a la suspensión del ejercicio de determinados derechos y libertades fundamentales a través de regímenes de excepción como son en los últimos tiempos los antiguos comandos políti-

10 GARZÓN VALADÉS, Ernesto: "El terrorismo de Estado (El problema de su legitimación) e ilegitimidad", en *Revista de Estudios Políticos*, N.º. 65, Madrid, 1989, p. 35 - 55, específicamente p. 38-39.

11 SCHMITT, Carl: "Los conceptos de amigo y enemigo deben tomarse aquí en su sentido concreto y existencial, no como metáforas o símbolos; tampoco se les debe confundir o debilitar en nombre de ideas económicas, morales o de cualquier otro tipo...". "Enemigo no es pues cualquier competidor o adversario. Tampoco es el adversario privado al que se detesta por cuestión de sentimientos o antipatía. Enemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone combativamente a otro conjunto análogo. Sólo es enemigo el enemigo público, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto de personas o, en términos más precisos, a un pueblo entero, adquiere *eo ipso* carácter público"; en *El concepto de lo político*, Traducción de Rafael Agapito, Madrid - España, Alianza Universidad, 1987, p. 58. La concepción decisionista de Schmitt ha sido permanentemente y sin altibajos objeto de controversia; así, mientras un sector reivindica la concepción de su *teología política* (Vid. el colectivo *Estudios sobre Carl Schmitt*. Coordinador. Dalmacio Negro Pavón, Veintiuno Colección Edit., Madrid, 1996, 486 pp.); la selección hecha por ORESTES AGUILAR, Héctor: *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, es en mucho demoledora de su posición pro nacional-socialista. Vid. en especial pp. 114, 147 y ss.

cos militares que se establecían en el Perú bajo el marco de la declaración de un *Estado de Emergencia*¹².

Mirado así, no sólo con la experiencia del docenio militar (1968-1980) sino bajo los marcos de la experiencia autoritaria del régimen de Fujimori, se impuso una *política excepcional* que en parte tiene sus orígenes desde la década de los treinta y que llevó a que el Estado impulsara una compleja legislación antisubversiva en la cual, el Tribunal Constitucional peruano en su momento declaró inconstitucional¹³. Bajo este contexto, el fenómeno de personas desaparecidas y que luego fueron progresivamente descubriéndose las fosas de los cadáveres, constituye un negro episodio que ha rodeado la legislación de una política criminal de corte autoritario.

2.3. Los periodos de la legislación excepcional y de emergencia en el Perú: Un brochazo panorámico¹⁴

En lo que va del siglo pasado el Perú registra diversos periodos sobre la legislación que de una u otra manera desencadenó groseras violaciones a los derechos humanos; veamos.

a) Periodo 1932-1945: Ley de Emergencia y sus Leyes Complementarias

Este periodo comprende de 1932 a 1945. Así, bajo la Junta de Gobierno del comandante Luis M. Sánchez Cerro se desarrolló una legislación excepcional que otorgaban competencias jurisdiccionales a Tribunales Militares para juzgar a opositores al régimen. Así, mediante Decreto Ley 6929 el 13 de noviembre de 1930 la Junta de Gobierno de Sánchez Cerro creaba los llamados *Consejos de Guerra Especial*. Este Decreto Ley comprendía a toda persona que atentaba contra la seguridad del orden público por vías de hecho o alentara la sublevación de palabra o por publicaciones, incriminándoles como autores de flagrante delito, imponiendo la pena prevista por el artículo 636 del Código de Justicia Militar. Estos delitos debían ser juzgados por el Consejo de

12 STC 0017-2003-AI/TC.

13 STC 0010-2002-AI/TC.

14 Una aproximación más orgánica puede verse en nuestro libro: *La Justicia Militar en el Perú*. Editorial Nuevo Norte, Trujillo, 2000.

Guerra Especial que, para el efecto, se había creado y cuyo personal era designado a criterio discrecional del Gobierno. Las personas involucradas eran sometidas a un procedimiento sumario, sin concedérseles ningún recurso.

En este periodo se dictó la ley de emergencia mediante Ley 7479, a través de la cual se autorizaba al Ejecutivo para adoptar medidas extraordinarias en resguardo de la subsistencia del orden social y de las instituciones democráticas. Esta Ley ratificó y extendió a todo el territorio de la república el Decreto Ley 7060 del 24 de marzo de 1931 que estableció las Cortes Marciales y normó la pena de muerte para los autores del delito de rebelión, sedición o motín, aunque limitó su aplicación a las facciones de individuos disociadores que trataran de subvertir el orden público.

En el marco de la guerra civil, de 1932-1933, el Congreso Constituyente dictó la ley 7709 de 14 de marzo de 1933 que tipificó como delito la traición a la patria, penalizando contra quienes atentaban el orden constitucional o cuando el país estaba en peligro de guerra o en estado de guerra. Quienes cometían esas figuras delictivas debían ser condenados de conformidad con lo establecido en la ley 7491 y 7542 y perder todos los derechos y goces que le correspondían por razón de servicios prestados al Estado. Esta legislación de excepción violaba el derecho a la defensa y el principio de instancia plural, pues se dispuso que no procedía recurso de ninguna clase contra las sentencias condenatorias.

Como quiera que la violencia política iba *in crescendo*, el 30 de abril de 1933 fue asesinado el Presidente Sánchez Cerro. Ante tal hecho, el Congreso eligió para ocupar esta alta magistratura insólitamente a una persona que constitucionalmente estaba impedida: el jefe del ejército, que era a la sazón Oscar R. Benavides. La elección del General Benavides violaba el artículo 137 de la Constitución de 1933, según la cual no eran elegibles los Ministros del Estado y los miembros de las Fuerzas Armadas que se hallan en servicio activo si no han renunciado a su cargo un año antes de la elección. Durante aquel suceso eleccionario, Benavides desempeñaba la función de Comandante de las Fuerzas Armadas.

A las pocas semanas del asesinato, el Parlamento promulga dos leyes: 7452 y 7546 creando las cortes marciales para juzgar sumariamente a las personas implicadas en la insurrección aprista de 1932. Se afirma

que varios centenares de personas fueron fusiladas, después de procesos sumarísimos, violando de esta manera el artículo 156 de la Constitución de 1920 que prohibía el juzgamiento de civiles por militares. En puridad, bien puede detectarse estos hechos como precedentes de lo que habría de ocurrir a partir de la década de los ochenta.

b) Periodo 1949 - 1956: La Ley de Seguridad Interior.

En el año 1945, bajo el gobierno de Luis Bustamante y Rivero, el Congreso por Ley 10220 de 28 de julio del mismo año, promulga la ley de amnistía e indulto general a condenados por cortes marciales o fueros privativos por razones políticas o sociales. En el mismo día, igualmente, se promulga la ley 10221, derogando todos los decretos leyes restrictivos de emergencia. No obstante ello, esta labor de defensa de la legalidad y de los derechos humanos, fue paralizada pues existían en la población sectores conservadores que desconfiaron del Presidente, acusándolo de débil y pusilánime.

En el año 1948 se produjo el golpe militar encabezado por el General Odría. Este régimen habría de durar 8 años en una primera etapa como Presidente de la Junta Militar (1948-1950) y posteriormente como Presidente Constitucional (1950-1956). Bajo el primer periodo se dictó el Decreto Ley 10976 de 25 de marzo de 1949 en el que establece la pena de muerte para los autores de ciertos grupos de delitos contenidos en el Código Penal. Además, en aquella época se dicta la Ley 11049 (Ley de Seguridad Interior de la República) destinado a juzgar todas las causas de delincuencia político-social. Se ampliaba la jurisdicción militar para someter bajo procedimientos sumarios referidos a diversas hipótesis delictivas, generando violaciones al debido proceso.

El 20 de febrero de 1952 se dicta la ley 12341, reformando nuevamente el Código de Procedimientos Penales. En su numeral 33 prescribía que la pena de muerte debería aplicarse de acuerdo a las disposiciones del Código de Justicia Militar. Sin embargo, la presión de la ciudadanía y el desgaste del régimen del General Odría llevó a que reformaran parcialmente en 1956 la Ley de Seguridad Interior, restringiéndose en parte la competencia de la justicia militar. Con todo, fue a partir de la instauración del Gobierno Constitucional de Manuel Prado en 1956 que

el Congreso derogó la Ley de Seguridad Interior, sus modificatorias y procedió a otorgar una amnistía política.

c) Periodo 1956 - 1962: El inicio de los decretos de excepción

En este periodo gobernó Manuel Prado Ugarteche. Bajo este régimen si bien no se dieron leyes generales de excepción o de emergencia, ello no impidió que se gestara una práctica que, a la postre, se ha convertido en toda una institución en nuestra vida republicana de las últimas décadas: la suspensión de las “*garantías constitucionales*”, como así calificara el artículo 70 de la Constitución de 1933.

La doctrina procesal constitucional ya había establecido que la suspensión de garantías en rigor eran de determinados derechos y libertades: “En su sentido latinoamericano, proveniente de la tradición francesa y filtrada a través de la experiencia española, la suspensión de garantías significa inequívocamente suspensión de derechos. Así lo fue entre nosotros, y lo es todavía en otro contexto, garantía equivale a derecho, ya que este es su significado clásico...”¹⁵.

d) Periodo 1968 - 1980: El docenio militar

Aunque en el docenio militar no existieron leyes de emergencia como en los anteriores regímenes, es en esta etapa cuando mayor ampliación y presencia jurisdiccional tuvo el fuero militar o policial para juzgar a civiles. En verdad los doce años de gobierno constituyen un interesante laboratorio de experiencia, pues a los delitos militares previstos para las leyes castrenses, se sumó una legislación adicional que perfiló todo un cuadro represivo a fin de imponer las reformas que auspiciaba el gobierno del General Velasco, y luego vendría el posterior desmontaje a dichas reformas por el General Morales Bermúdez¹⁶.

15 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “Suspensión de garantías ¿o derechos? (un debate en torno al régimen de excepción peruano)”, en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio. En sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, Tomo I; México, UNAM, 1988.

16 PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Derecho Penal y Política Penal de la Dictadura y de la Democracia en el Perú*; EDDILL, Lima, 1990.

Un análisis socio-jurídico, tanto de la primera como de la segunda “fase” del gobierno militar¹⁷, obliga a afirmar que el régimen militar aplicó una política penal de coyuntura. En efecto, el General Velasco no dudó en utilizar el control penal como un instrumento de promoción y de aplicación de políticas de desarrollo. De esta manera surgieron nuevos delitos destinados a evitar toda alteración en el proceso de implementación de cada reforma. Un caso similar fue el de los que aparecieron con los Decretos 17716 y 18158. Con ellos el gobierno intentó controlar toda opción de rechazo y boicot a la ejecución de la reforma agraria¹⁸. Visto en una perspectiva global la política penal que impuso el gobierno militar fue defectuosa, lo cual era lógico debido a su permanente improvisación estratégica y su ideología. Sin embargo, lo grave es que su influencia ha trascendido al periodo 1968 – 1980 y se ha proyectado al derecho penal presente.

e) Periodo 1980 – 2000: Terrorismo y desapariciones forzadas

A partir del año 1980, en el Perú se inician las acciones subversivas por parte de grupo denominado Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso, cuyo principal objetivo era acceder al poder; objetivo que conforme a los postulados del mismo grupo debía necesariamente llevarse a cabo a través de la violencia extrema, la cual se debería desarrollar del campo a la ciudad, cuya función principal era acabar con los organismos de estructuración del Gobierno, por lo que su estrategia estuvo orientada a aniquilar a los Alcaldes, Regidores, Gobernadores, etc¹⁹. Ante ello, el Estado peruano fue incapaz de poner coto oportunamente a dicha actividad poderosamente violenta a la cual denominaron lucha armada, la misma que de a pocos fue *in crescendo* cada vez más fuerte; por lo que, dentro de su política de gobierno para el combate de la subversión el Estado decidió en diciembre del año 1982 otorgar la facultad de ejercer la lucha contra la subversión a las Fuerzas Armadas,

17 PÁSALA PASOS, Luis: “El Docenio Militar”, en *Historia del Perú. Procesos e Instituciones*. 3º ed. Edit. Mejía Baca, Lima, 1981.

18 PÁSALA PASOS, Luis: *Reforma Agraria: Derecho y Conflicto*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1978, pp. 31 y ss.

19 Vid. el *dossier* elaborado por DESCO. *Violencia Política en el Perú. 1980-1988*. 2 Vol. Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Lima, 1989, 1080 pp.

verificándose, a partir de ese momento, que la afectación a los derechos fundamentales venía siendo cometida por ambos bandos.

Conforme a estudios realizados en el último quinquenio a nuestros días, datos estadísticos reportan que el número de víctimas mortales alcanzaría un aproximado de 69,259 personas; sin embargo ello, oficialmente existe un reporte de 23,969 personas muertas o desaparecidas.

Del número de víctimas reportadas anteriormente, se puede concluir que un 40% de estas fueron oriundas de las ciudades de Ayacucho, Junín, Huanuco, Huancavelica y San Martín (sierra del Perú), siendo de este grupo la más afectada la región de Ayacucho, pues fue en esta ciudad donde se dio el inicio y desarrollo de las acciones subversivas por parte del grupo terrorista tantas veces mencionado, lo que trajo como consecuencia que las primeras acciones contra subversivas desplegadas por las instituciones del Estado sean realizadas en esta zona. En consecuencia, no resulta extraño que la mayor parte de víctimas se han reportado en esta zona.

Dentro de esta época de violencia bilateral, los estudios han establecido indicadores de “selección” de las personas que iban a ser víctimas, pues estas eran consideradas blancos de la acción violenta. El perfil está estrechamente vinculado con los objetivos y estrategias de los actores. Un primer indicador fue la zona geográfica de residencia, la condición social de las víctimas, el idioma o dialecto que hablaba, el factor de sexo y edad, etc.

En el Perú y en los agentes del Estado en particular, el trabajo de selección de víctimas se refleja también en la importancia que adquirió la práctica de la desaparición forzada. Entendida ésta como el *acto de extraer una persona específica del contexto en el que vive, sustraerla de la mirada pública y de los mecanismos legales de protección individual, para de esta forma encubrir un conjunto de violaciones de los derechos humanos, que generalmente terminan en una ejecución extrajudicial*. Ello se afirma a partir de la determinación efectuada por la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, quienes llegaron a determinar que el 61% de las víctimas fatales provocadas por los agentes del Estado fueron mediante la práctica de desaparición forzada.

Durante el periodo de tiempo que es objeto de estudio, se puede verificar que fue en el año 1984 donde se han reportado el mayor

número de víctimas, cerca de 14,000 personas entre muertas y desaparecidas²⁰. A partir de este año la incidencia de muertes y desapariciones se redujo prudencialmente, elevándose nuevamente a partir del año 1987, en el que el espectro de las acciones subversivas se amplían a diversas regiones del país, dejando de ser una lucha regionalizada para pasar a ser un problema nacional.

Siguiendo aquí a los estudios realizados por la Comisión de la Verdad y de la Reconciliación (en adelante CVR) que ante un escenario de violencia política distintos a los regímenes anteriormente señalados, bien se puede en los 20 años y 6 meses del conflicto armado interno en el Perú (Mayo de 1980 - Noviembre de 2000) encontrar una periodización que divide a dicho conflicto armado en cinco etapas definidas y que bien cabe aclarar que dichas etapas no coinciden con las fechas de inicio y culminación de los Gobiernos que tuvo el Perú entre mayo de 1980 y noviembre de 2000. estos periodos comprenden brevemente las siguientes etapas:

1. El inicio de la violencia armada (mayo 1980-diciembre 1982)

Comprende desde la primera acción cometida por el Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso en Chuschi, Cangallo, el 17 de mayo de 1980 hasta la disposición presidencial del 29 de diciembre de 1982 que dispone el ingreso de las fuerzas armadas a la lucha contrasubversiva en Ayacucho.

2. La militarización del conflicto (enero 1983-junio 1986)

Abarca desde la instalación el 1 de enero de 1983 del Comando Político-Militar de Ayacucho a cargo del general Roberto Clemente Noel Moral²¹, hasta la matanza de los penales del 18-19 de junio de 1986²².

20 DESCO: *Violencia Política en el Perú*, op. cit. Vol I, pp. 105-118,183-185 y 266-270; Vol II, pp. 882-916.

21 DESCO: *Violencia Política en el Perú*, op. cit. Vol I, pp. 569-571.

22 El 18-19 de junio de 1986 se producen motines de reclusos inculpados de terrorismo en los penales de El Frontón, Lurigancho y Santa Bárbara, en el momento de celebrarse en Lima el Congreso de la II Internacional Socialista. El Presidente Alan García reunido con su gabinete ministerial, dispone la intervención de las

3. El despliegue nacional de la violencia (junio 1986-marzo 1989)

Es la etapa que va desde la mencionada matanza de los penales de junio de 1986 hasta el 27 de marzo de 1989, fecha del ataque senderista, con apoyo de narcotraficantes, al puesto policial de Uchiza en el departamento de San Martín.

4. La crisis extrema: ofensiva subversiva y contraofensiva estatal (marzo 1989-septiembre de 1992)

Se inicia inmediatamente después del asalto senderista al puesto de Uchiza y culmina el 12 de septiembre de 1992 con la captura en Lima de Abimael Guzmán Reinoso y algunos de los principales dirigentes de su organización realizada por el GEIN.

5. Declive de la acción subversiva, autoritarismo y corrupción (septiembre 1992-noviembre 2000)

Este último período comienza con la captura de Guzmán y otros líderes senderistas y se extiende hasta el abandono del país del ingeniero Alberto Fujimori.

Todos estos periodos han sido precisados y estudiados en forma sistemática por la CVR. Como consecuencia de ello, la Comisión ha realizado en todos estos años una profunda investigación de ejecuciones extrajudiciales y desaparecidos que aquí solamente insertamos con el nombre que se identificó cada caso. Veamos los casos investigados:

- Las ejecuciones extrajudiciales en el Hospital de Ayacucho (1982).
- El atentado contra el local de Acción Popular (1983).
- Ejecución extrajudicial en la base militar de Totos (1983).
- Los asesinatos de Canchacancha (1983).

Fuerzas Armadas para sofocar el amotinamiento en dichas cárceles de Lima y Callao. Se produce el develamiento de los motines con violencia que deja un saldo de centenares de reclusos muertos; no queda un solo sobreviviente en Lurigancho (124); quedan apenas 30 de ellos en el Frontón; en la cárcel de mujeres del Callao mueren tres internas. Vid. DESCO: *Violencia Política en el Perú*, op. cit., Vol. I, p. 147.

- Las ejecuciones extrajudiciales en Sillaccasa (1983).
- Las ejecuciones extrajudiciales en Lucanamarca (1983).
- Las ejecuciones extrajudiciales en Socos (1983).
- Las ejecuciones extrajudiciales en Ccarpaccasa (1983).
- Desapariciones, torturas y ejecuciones extrajudiciales en la base militar Los Cabitos (1983-1985).
- Ejecuciones extrajudiciales de creyentes evangélicos en Callqui (1984).
- Ejecuciones extrajudiciales comprobadas en las fosas de Pucayacu (1984).
- La desaparición del periodista Jaime Ayala (1984).
- La tortura y ejecución extrajudicial de Jesús Oropeza (1984).
- Ejecuciones extrajudiciales en Putis (1984).
- Las ejecuciones extrajudiciales en Accomarca (1985).
- Lesiones graves producidas a Domingo García Rada (1985).
- Las ejecuciones extrajudiciales en Pucayacu II (1985).
- Ataque del PCP-SL a la localidad de Marcas (1985).
- Los asesinatos del comando paramilitar autodenominado Rodrigo Franco (1985-1990).
- El asesinato del almirante Ponce Canessa (1986).
- Los asesinatos en Huayao (1992).
- Las ejecuciones extrajudiciales de universitarios de La Cantuta (1992).
- Las ejecuciones extrajudiciales de Pomatambo y Parcco Alto (1986).
- El asesinato de Rodrigo Franco (1987).
- El asesinato de César López Silva (1987).
- Desapariciones en la base militar de Santa Rosa (Checcasa) (1988).
- Las ejecuciones extrajudiciales y encubrimiento en Cayara (1988).

- Masacre en la comunidad de Aranhuary (1988).
- Asesinato de autoridades comunales de Changos Alto y Chicche (1989).
- La desaparición del jefe asháninka Alejandro Calderón (1989).
- La masacre de los pobladores de Pacchas en Huamanga (1989).
- Las ejecuciones extrajudiciales de Abel Malpartida Páez y Luis Álvarez (1989).
- Los asesinatos durante el ataque al puesto policial de Uchiza (1989).
- Los asesinatos de Bárbara D' Achille y Carlos Bohórquez (1989).
- El asesinato de Fermín Azparrent (1989).
- El ataque al regimiento Húsares de Junín (1989).
- Las ejecuciones extrajudiciales en el distrito de Los Molinos (1989).
- Las ejecuciones extrajudiciales de Pucará (1989).
- Asesinato de nueve pobladores en Yumbatos, San Martín (1989).
- La desaparición de Ángel Escobar Jurado (1990).
- Desapariciones y torturas en la base militar Los Laureles (Esaú Cajas) (1990).
- Desapariciones y ejecuciones extrajudiciales en Chumbivilcas (1990).
- El asesinato de Orestes Rodríguez (1990).
- Las desapariciones de los estudiantes de la Universidad Nacional del Centro (1990-1992).
- Las ejecuciones extrajudiciales en Barrios Altos (1991).
- Desapariciones forzadas y asesinato de autoridades en Chuschi (1991). Desapariciones de los candidatos a la alcaldía de Huanca-pi (1991).
- El asesinato de Porfirio Suni (1991).

- Los asesinatos de los sacerdotes Strzalkowski, Tomaszek y Dordi (1991).
- Las ejecuciones extrajudiciales en Santa Bárbara (1991).
- Lesiones graves producidas a Ana Lira (1992).
- Las ejecuciones extrajudiciales en Apiza (1992).
- La desaparición de campesinos del Santa (1992).
- El secuestro y asesinato de David Ballón Vera (1992).
- El asesinato de Manuel Tumba (1992).
- El secuestro del empresario Samuel Dyer Ampudia (1992).
- Los asesinatos de María Elena Moyano (1992) y Pascuala Rosado (1996).
- El asesinato de Pedro Huillca Tecse (1992).
- La desaparición de Pedro Yauri (1992).
- Los asesinatos y lesiones graves producidos en el atentado de Tarata (1992).
- Los asesinatos en Pichanaki (1993).
- La injusta incriminación y tratos crueles contra Juan Mallea (1993).
- Asesinato de policías, autoridades locales y candidatos en Ajoyani y Antauta (1993).
- Las ejecuciones extrajudiciales durante la estrategia contrasubversiva en la margen izquierda del río Huallaga (1989-1994).
- El asesinato de Indalecio Pomatanta (1995).
- Las ejecuciones extrajudiciales en la residencia del embajador de Japón (1997).
- Las ejecuciones extrajudiciales en el penal de El Frontón y Lurigancho (1986).
- Las ejecuciones extrajudiciales en el penal de Canto Grande (1992).
- Asesinato de campesinos en Lucmahuaycco (1984).

- Asesinatos y violaciones de los derechos humanos en Mazamari (1993).
- Violaciones de los derechos humanos en la base militar de Capaya (1987-1989).
- La tortura y el asesinato de Rafael Salgado Castilla (1992).
- Las ejecuciones extrajudiciales de Luis Morales Ortega, la familia Solier, Leonor Zamora y otros (1991).

A raíz de estos casos, la CVR concluyó textualmente con lo siguiente: “La CVR solicita al Ministerio Público que, a la luz de los hechos reseñados y conclusiones a los que ha llegado en los casos que presenta en este volumen, inicie las investigaciones y ejerza la acción penal en todas las situaciones individuales que lo ameriten”. Para Tal efecto, la CVR adjunta la documentación correspondiente que le ha permitido, en conciencia, determinar los indicios de presuntas responsabilidades penales individuales dentro de los casos estudiados.

Asimismo, la CVR “pone en conocimiento del Poder Ejecutivo los nombres de aquellos oficiales en actividad de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional que sean mencionados como presuntos responsables de crímenes y violaciones a los derechos humanos, a fin de que el órgano de inspección del Ministerio de Defensa o del Interior abra en el plazo que señala la Ley procedimiento administrativo a fin de determinar las consecuencias no penales que tiene dicha determinación”.

La CVR recomienda a la Defensoría del Pueblo que, en el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, supervise el desarrollo de las recomendaciones destinadas al Ministerio Público así como a los sectores del Poder Ejecutivo mencionados. Asimismo, sugiere al Defensor del Pueblo que haga uso de la facultad que la Ley le concede para denunciar públicamente a los presuntos responsables, si en un plazo no mayor de 30 días, el Ministerio Público no cumple con abrir las citadas investigaciones. Hay que tener en cuenta que los fiscales no requieren prueba plena para abrir una investigación preliminar, sino que por el contrario están constitucional y legalmente obligados a hacerlo cuando hay indicios razonables de la comisión de un ilícito penal.

III. HÁBEAS CORPUS Y ESTADO DE EMERGENCIA: EL TRATAMIENTO EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA

3.1. Introducción

Como consecuencia del conflicto armado que el Perú vivió entre los años 1980 al 2000 y que ha sido, no cabe duda, el más extenso y prolongado en comparación a los anteriores regímenes de nuestra historia republicana el saldo ha sido desolador, pues es el más elevado en muertes y pérdidas económicas. Así, el saldo de pérdidas humanas supera las cifras sufridas en la guerra de la independencia y la guerra con Chile. Si bien las CVR recibió reportes de 23,969 peruanos muertos o desaparecidos como ya se tiene dicho; los cálculos y las estimaciones estadísticas a criterio de la CVR superaría en 2.9 veces esa cantidad, estimándose actualmente el aproximado de 69,280 personas muertas en el conflicto armado. Anota la CVR: “Si la proporción de víctimas estimadas para Ayacucho respecto de su población en 1993 fuese la misma en todo el país, el conflicto armado interno habría causado cerca de 1.2 millones de víctimas fatales en todo el Perú, de las cuales aproximadamente 340,000 habrían ocurrido en la ciudad de Lima Metropolitana, el equivalente a la proyección al año 2000 de la población total de los distritos limeños de San Isidro, Miraflores, San Borja y La Molina. Así, conjuntamente con las brechas socioeconómicas, el proceso de violencia puso de manifiesto la gravedad de las desigualdades de índole étnico-cultural que aún prevalecen en el país. Y es que la violencia impactó desigualmente distintos espacios geográficos y diferentes estratos de la población. Una tragedia humana de estas proporciones puede resultar inverosímil, pero es la que sufrieron las poblaciones del Perú rural, andino y selvático, quechua y asháninka, campesino, pobre y poco educado, sin que el resto del país la sintiera y asumiera como propia”.

En mérito a esta dramática experiencia es que se puede ubicar el contexto de la jurisdicción constitucional a través del instrumento emblemático para la defensa de la libertad: el hábeas corpus; debiéndose redimensionar una tipología especial: el *hábeas corpus instructivo*.

3.2. La posición del Tribunal Constitucional respecto a los regímenes de excepción

No cabe duda que la problemática de las violaciones a los Derechos Humanos y las ejecuciones arbitrarias se ubican normalmente en la orilla de los *regímenes de excepción*²³ que eventualmente utilizan los regímenes constitucionales a fin de conjurar inminentes peligros de origen político-social como son los casos de guerra exterior, guerra civil, revueltas, revoluciones, cataclismos, inflaciones, etc. En este marco situacional, la Constitución de 1993 establece en el artículo 137 que: “El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión permanente, los estados de excepción que en esta artículo se contemplan:

1. *Estado de emergencia*, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en el inciso 9, 11 y 12 del artículo 2 y el inciso 24, apartado f) del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.
2. *Estado de sitio*, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzca, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio se restringe o se suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso”.

23 ALARCÓN REQUEJO, Gilmer: *Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia. Pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 39 y ss.

A partir de esta configuración constitucional²⁴ el Tribunal Constitucional ha caracterizado a éste régimen de excepción bajo las siguientes características²⁵:

- a) *Concentración del poder*, con permisión constitucional, en un solo detentador –normalmente el jefe del Ejecutivo–, mediante la concesión de un conjunto de competencias extraordinarias, a efectos de que la acción estatal sea tan rápida y eficaz como lo exijan las graves circunstancias de anormalidad que afronta la comunidad política. Fruto de ello es el acrecentamiento de las atribuciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía.
- b) *Existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad*, cuyo origen puede ser de naturaleza político-social, o deberse a situaciones de fuerza mayor o a crisis económicas. Tales los casos de guerra exterior, guerra civil, revueltas, motines, revoluciones, cataclismos, maremotos, inflaciones, deflaciones, etc.
- c) *Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad* a través del uso de los procedimientos legales ordinarios.
- d) *Transitoriedad del régimen de excepción*. Habitualmente, su duración se encuentra prevista en la Constitución o en las leyes derivadas de esta; o en su defecto, regirá por el tiempo necesario para conjurar la situación de anormalidad. La prolongación indebida e inexcusable del régimen de excepción, además de desvirtuar su razón de ser, vulnera la propia autoridad política, ya que, como señala Carlos Sánchez Viamonte [La libertad y sus problemas. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina], “lo único que hace tolerable la autoridad, más allá de su carácter representativo, es su carácter de servicio público y las limitaciones que impiden desnaturalizarla”.
- e) *Determinación espacial del régimen de excepción*. La acción del Estado, premunido de competencias reforzadas, se focalizará en el lugar en donde se producen las situaciones de anormalidad. De

24 Vid. el trabajo orgánico de este artículo por DONAYRE MONTESINOS, Christian en *La Constitución Comentada*. T II. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 460-470.

25 Vid. igualmente TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sentencias vinculadas con los artículos de la Constitución*. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 606-610.

allí que se precise que la medida tiene carácter nacional, regional, departamental o local.

- f) *Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales.*
- g) *Aplicación, con criterio de proporcionalidad y razonabilidad, de aquellas medidas que se supone permitirán el restablecimiento de la normalidad constitucional. Dichas medidas deben guardar relación con las circunstancias existentes en el régimen de excepción.*
- h) *Finalidad* consistente en defender la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización político-jurídica.
- i) *Control jurisdiccional* expresado en la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona, y en el cumplimiento del íter procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento; así como en el uso del control político parlamentario para que se cumplan los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política.

3.3. Elementos constitutivos del régimen de excepción

Por otro lado el propio Colegiado Constitucional ha señalado cuáles son los elementos necesarios de la doctrina de la situación de normalidad, las que se pueden quintaesenciar en tres aspectos:

- a) *La situación de anormalidad.* Se trata de una circunstancia fáctica peligrosa o riesgosa que exige una respuesta inmediata por parte del Estado. Esta situación anómala impone o demanda una solución casi instantánea, so pena de producirse un grave daño que comprometa la estabilidad o supervivencia del Estado.
- b) *El acto estatal necesario.* Es la respuesta imprescindible, forzosa o inevitable, para enfrentar la situación de anormalidad. En esta circunstancia, el Estado no actúa siguiendo criterios de discrecionalidad, utilidad o conveniencia, sino que se moviliza en virtud de lo inevitable, imperioso o indefectible.
- c) *La legalidad excepcional.* Es decir, la existencia de un marco normativo derivado de una grave situación de anormalidad, el cual,

sin embargo, vincula al acto estatal necesario con los valores y principios mismos del Estado de Derecho.

En dicho contexto, si bien las normas que consagran los derechos fundamentales de la persona son previstos para su goce pleno en situaciones de normalidad, en cambio durante los “tiempos de desconcierto” pueden convertirse en instrumentos para la destrucción del propio orden constitucional que los reconoce y asegura. Por ende, en vía de excepción, legislativamente es admisible la suspensión o limitación de algunos de ellos, sin que ello signifique llegar al extremo de consagrar un estado de indefensión ciudadana y proscripción de la actuación del Estado con sujeción a reglas, principios y valores que justifican su existencia y finalidad.

Al respecto, mediante la absolución de la Opinión Consultiva OC-8/87, de fecha 30 de enero de 1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la legalidad excepcional, en los términos de que: “La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la razonabilidad y proporcionalidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella. La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”²⁶.

26 Vid. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A, núm. 8 en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (Coordinador): *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México, 2001, pp. 1012-1013.

3.4. Las obligaciones del Estado peruano en materia de Derechos Humanos y la función interpretativa del Derecho Internacional que ha establecido el Tribunal Constitucional

Vinculado a todo lo arriba expuesto, la justicia constitucional irradiada fundamentalmente a partir del Tribunal Constitucional ha señalado, como consecuencia de la STC 2798-04-HC/TC, una posición que forma parte de la interpretación misma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, el Estado Peruano no debe tolerar la impunidad de los delitos de desapariciones forzadas y de lesa humanidad²⁷, y otros graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho²⁸, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la Comunidad Internacional²⁹.

27 DÍEZ-PICAZO, Luis María: *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona, 2000, 179 pp.

28 ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Civitas, Madrid, reimpresión revisada 1997, pp. 29 y ss.

29 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se ha señalado respecto a los crimines de lesa humanidad:

“... 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato.
- b) Exterminio.
- c) Esclavitud.
- d) Deportación o traslado forzoso de población.
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.
- f) Tortura.
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable.
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.
- i) Desaparición forzada de personas.

No cabe duda que la comunidad internacional reconoce la

- j) El crimen de apartheid.
 - k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.
2. A los efectos del párrafo 1:
- a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.
 - b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.
 - c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños.
 - d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional.
 - e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de las sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.
 - f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. en modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas del derecho interno relativas al embarazo.
 - g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.
 - h) Por “el crimen de apartheid” se entenderá los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.
 - i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de la libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.

existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional.

El Perú ha recogido esta obligación jurídica al disponer, de conformidad con la Cuarta Disposición Final de la Constitución, que las normas relativas a los derechos y libertades, que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Así, las obligaciones, en materia de derechos humanos, no sólo encuentran un asidero claramente constitucional, sino su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito³⁰.

En este sentido, es un principio general del derecho internacional el que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27° y 53° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N.° 029-2000-RE de fecha 14 de septiembre de 2000.

Las obligaciones del Estado, en materia de derechos humanos, implican el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción³¹. Estas obligaciones han quedado enunciadas expresamente por el artículo 2 del Pacto Internacional de

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede"

30 Un grueso de los fallos de la Corte Interamericana pueden consultarse en el volumen de LANDA ARROYO, César (Compilador): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Palestra, Lima, 1389 pp.

31 VILLARÁN DURÁN, Carlos: *Curso Internacional de los Derechos Humanos*; Trotta, Madrid, 2006, pp. 385 y ss.

Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas internacionales constituyen, por ende, pauta interpretativa mandatoria de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, vale decir, la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

La obligación de garantía ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la sentencia sobre el caso *Velásquez Rodríguez*, de 29 de julio de 1988 (párrafo 164), la Corte indica que el deber de garantía implica que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos³². La obligación del Estado consiste en el ejercicio de la acción penal correspondiente contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada³³. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de esta manera vela por la protección de los derechos de las personas, pero simultáneamente exige la intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción.

3.5. El hábeas corpus y su tratamiento en los Estados de Emergencia

Interesa realizar un examen en retrospectiva de cómo fue el tratamiento que se le deparó al hábeas corpus frente a los regímenes de excepción. En efecto, la original Ley 23506 que regulaba al hábeas corpus y amparo formalmente prohibía que en el marco de la declaratoria de un Estado de emergencia se residenciaran las llamadas “garantías” de hábeas corpus de aquel entonces; ello en virtud a que la citada ley establecía en su artículo 38 que “No proceden las acciones de Habeas Corpus y Amparo respecto de las garantías y derechos señalados en el artículo 231º de la Constitución Política, durante el tiempo de su suspensión”. Este artículo ha sido derogado tácitamente por el artículo 200º in fine de

32 Vid. Caso *Velásquez Rodríguez*, Caso *Godinez Cruz* y Caso *Fiarén Gaubi y Solís Corrales*, párrafos 172 y 173; en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 80-81.

33 ESPÓSITO MASSICCI, Carlos: *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*; Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

la Constitución de 1993, que no procedía plantear dicha garantía constitucional en la medida que se encontraba suspendida su vigencia. Impe-raba la llamada *tesis negativa*; pero luego la judicatura ordinaria empezó a incorporar la llamada *tesis del contralor judicial parcial* en mérito al cual pese a que se decretara un Estado de emergencia con la correspondiente suspensión de determinadas garantías y libertades fundamentales; bien podían los justiciables residenciar el hábeas corpus bajo el análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de aquella suspensión; esta tesis fue la que a la postre se constitucionaliza en parte con la constitución de 1993 cuando establece en el artículo 200 in fine que: “... cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo...”. Bien cabe recordar que en otros países como Argentina por ejemplo, desarrollaron a golpe de sentencias la llamada *tesis del contralor judicial total*³⁴, en donde el Poder Judicial puede incluso cuestionar la propia constitucionalidad o no de la declaratoria del Estado de emergencia. Éste extremo ha sido proscrito por la propia Constitución de 1993, cuando en el último párrafo del citado artículo 200 establece que “No corresponde al Juez cuestionar la declaratoria del Estado de emergencia ni de sitio...”³⁵.

IV. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS A TRAVÉS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4.1. La posición del Tribunal Constitucional respecto al Derecho Internacional Humanitario.

Interesa aquí brevemente plantear la interrogante que mereció el estudio de la CVR: ¿existió *sensu strictu* un conflicto armado no internacional en el Perú? Al respecto los grupos tanto de Sendero Luminoso y en parte el MRTA en su accionar subversivo esgrimieron las tesis de que ellos debían ser considerados como prisioneros de guerra y como

34 SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*. Vol. IV. 3^o Ed. Editorial Astrea, 1998; Vid. p. 232 y ss, específicamente p. 238.

35 El tema, sin embargo, fue comprendido cuando la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional elaboró un proyecto de reforma constitucional en el régimen de la transición política de Valentín Paniagua. Dicha Comisión fue creada por Decreto Supremo N° 018-2001-JUS del 26 de mayo de 2001.

tal aplicárseles el régimen común del Derecho Internacional Humanitario; sin embargo, un análisis sociológico lleva a señalar que en puridad, tanto el accionar del Estado que devino en terrorismo de Estado y la praxis beligerante de Sendero Luminoso y el MRTA fueron de una confrontación que, a la postre, supuso los resultados que ya conocemos y en el caso de los alzados en armas no se daban los presupuestos para que se produjera un conflicto armado no internacional, tal como lo califica los Protocolos de Ginebra; lo que no impide reconocer que ciertamente sí hubo un *conflicto de bajo intensidad* y que la propia CVR simplemente lo calificó como una guerra interna. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 2798-04-HC/TC lo siguiente:

“Cabe mencionar, además, que el Derecho Internacional Humanitario expresa obligaciones relevantes para el presente caso. En efecto, los instrumentos de esta rama internacional aplicables a conflictos armados internos se encuentran en el artículo 3° común de los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional de dichos Convenios. El Perú ha ratificado estos instrumentos centrales, mediante las resoluciones legislativas N.os 12412 (1956) y 25029 (1989), respectivamente.

Las normas señaladas en el punto anterior se aplican en tanto exista un conflicto armado interno entre fuerzas del Estado y grupos armados particulares. La jurisprudencia internacional ha indicado que las normas mínimas del Derecho Internacional Humanitario no sólo se establecen con fines de mero reconocimiento, sino que su violación constituye una grave infracción humanitaria y, eventualmente, un crimen de guerra (Corte Internacional de Justicia, sentencia de fondo en el caso del estrecho de Corfú - 1949; de igual manera en la sentencia sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua - 1986). Las normas imperativas que se derivan de este cuerpo jurídico obligan no sólo a los Estados sino que comprometen directamente la responsabilidad de los individuos. Debe tenerse presente, en este sentido, que las normas del Derecho Internacional Humanitario prohíben de manera absoluta los atentados contra la vida de personas civiles y desarmadas en cualquier tiempo y lugar.

Tanto en el artículo 3° común como en el artículo 4.2 del Protocolo Adicional II existen normas expresas que prohíben conducir

actos que configuren la desaparición de una persona. El artículo 3° común prohíbe, además, los atentados contra la vida y la integridad personal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios. Privar a una persona de la garantía de la ley y ordenar o ejecutar actos deliberados que buscan desaparecerlo, implica pues una grave infracción del Derecho Internacional Humanitario que el Estado debe sancionar”.

Finalmente, se debe precisar que la aplicación de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario no requieren validación formal alguna, siendo aplicables automáticamente en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad.

4.2. La improcedencia de los obstáculos procesales para sancionar graves crímenes contra el derecho internacional humanitario y violaciones a los derechos humanos y su relación con la tutela judicial

La gravedad de estas conductas ha llevado a la comunidad internacional a plantear expresamente que no pueden oponerse obstáculos procesales que tengan por propósito eximir a una persona de sus responsabilidades en graves crímenes y violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Esta afirmación se deriva, como ha sido señalado, de la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones producidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La investigación que desarrolle el Estado, por medio de sus autoridades jurisdiccionales, debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una gestión procesal cualquiera. El derecho a la tutela judicial, exige que los jueces dirijan el proceso de modo de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que provoquen situaciones de impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos (caso Bulacio versus Argentina, Sentencia del 18 de septiembre del 2003).

El artículo I del título preliminar del Código Penal establece que la finalidad de la legislación penal es la prevención de delitos y faltas

como medio protector de la persona humana y la sociedad. Es obvio que esta disposición orienta al conjunto de las normas sustantivas y procesales, por lo que éstas deben ser interpretadas a la luz de los parámetros de interpretación de los derechos fundamentales. Sería un contrasentido si una sociedad democrática tolera la impunidad en nombre de disposiciones adjetivas que tienen otra finalidad. De allí que, en lo que respecta a los procesos constitucionales, existe un conjunto de principios procesales que rodean la pretensión y fines de todo proceso constitucional: garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

4.3. La posición del Tribunal Constitucional respecto al delito de desaparición forzada de personas

Uno de los delitos que son materia de imputación en los procesos penales es el de desaparición forzada³⁶. El Código Penal promulgado en 1991, mediante el Decreto Legislativo N.º 635, en su capítulo II del título XIV del libro segundo, relativo al delito de terrorismo, artículo 323º, tipificó con precisión el delito de desaparición forzada de personas. Este capítulo fue posteriormente derogado mediante el Decreto Ley N.º 25474, promulgado el 6 de mayo de 1992. La figura típica de desaparición forzada de persona fue reintroducida mediante el Decreto Ley N.º 25592, publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de julio de 1992, descripción que fue finalmente regulada mediante el artículo 6 de la Ley N.º 26926, del 21 de febrero de 1998, ubicando la figura dentro del capítulo de delitos contra la humanidad³⁷.

Esto quiere decir que entre el 7 de mayo y el 1 de julio de 1992 no existió, taxativamente en el Código Penal la figura típica correspondiente a la desaparición forzada de personas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se pronunció con anterioridad respecto a la *naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas*. En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2488-2002-HC/TC [Genaro Villegas Namuche], el Tribunal señaló expresamente que “no se vulneraba la garantía de la *lex previa* derivada del Principio de Legalidad Penal, en

36 VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna F.: *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, 178 p.

37 STC 0442-2007-HC/TC F.J. 5. Vid *supra* cita 12.

caso se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. En tal sentido, el hecho de que la figura típica de desaparición forzada de personas no haya estado siempre vigente, no resulta impedimento, para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por dicho delito y se sancione a los responsables". Al respecto de nuestra parte esta postura resulta ser discutible, toda vez que contravendría el principio de legalidad en su vertiente de *lex previa*, es decir que para que una conducta sea pasible de ser perseguida punitivamente debe necesariamente estar previamente prevista como delito en el ordenamiento jurídico. En efecto, así lo establece el artículo 2, inciso 2, ordinal "d"; esto es, que el principio de legalidad impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)³⁸. En este contexto, el TC ha mantenido a través de diversos fallos las mismas vigas jurisprudenciales; así por ejemplo, respecto al principio de legalidad y la aplicación de *normas penales en el tiempo*, el TC ha establecido lo siguiente: "Tratándose de normas de derecho penal material, rige para ellas el principio *tempus delicti comisi*, que establece que la ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito, lo que es acorde con el artículo 2 de la Constitución, literal "d" del numeral 24, que prescribe que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se instituye así un razonable tratamiento de la libertad y de la autonomía personal, fijando límites de aplicación a las normas punitivas"³⁹. En la misma línea jurisprudencial, respecto al principio de legalidad y la aplicación de las *normas procesal penales en el tiempo*, el TC ha establecido: "Con relación a la aplicación de las normas penales (...), en la aplicación de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse. Tratándose de disposiciones de carácter procesal, ya sea en el plano jurisdiccional o netamente administrativo-penitenciario, el criterio a regir (...) es el de la

38 STC 2050-2002-HC/TC, FJ 8.

39 STC 2196-2002-HC/TC, FJ 7

eficacia inmediata de la ley procesal”⁴⁰. Finalmente, en lo que respecta a la aplicación en el tiempo del principio de legalidad en relación con las *normas de ejecución penal*, el TC ha establecido que: “El problema de la ley aplicable en el tiempo en normas como (aquella que regula beneficios penitenciarios) ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley (...) que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse”⁴¹. En rigor, la posición original del TC fue mantener los principios propios de la dogmática penal en cuanto a la aplicación de la ley penal en el tiempo; sin embargo, dentro de una posición de *activismo judicial*, han inflexionado esta postura, probablemente comprensible si se trata de la tutela de los derechos fundamentales de las víctimas de las desapariciones, pero ciertamente discutible desde una óptica estrictamente científico-jurídica⁴². No obstante, el TC fundamenta su posición respecto a la aplicación retroactiva de la norma penal que tipifica el delito de desapariciones forzadas en los siguientes términos: “Con todo el Tribunal Constitucional fundamenta su postura en el artículo III de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada en Belem do Pará, el 9 de junio de 1994, la que indica expresamente que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.

A criterio del Tribunal Constitucional la desaparición forzada de personas es un *delito pluriofensivo*, por cuanto afecta la libertad física, el

40 STC 1594-2003-HC/TC, FJ 8.

41 STC 2196-2002-HC/TC, FJ 9.

42 ROSS, Alf: *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Traducción del alemán, notas y estudio preliminar de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, vid. en especial el capítulo VII, El Derecho libre y la teoría pura del Derecho.

debido proceso, el derecho a la integridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica y, como ya se ha señalado, el derecho a la tutela judicial efectiva. La vigencia de estos derechos es absoluta, por lo que su protección se encuentra regulada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

A consideración del Tribunal Constitucional la desaparición forzada de personas supone generar una cruel sensación de incertidumbre tanto para la persona desaparecida como para sus familiares, los mismos que pasan a ser víctimas directas de este grave hecho. Por ello, el Derecho Internacional reconoce a la desaparición forzada como una de las modalidades más graves de violaciones de los derechos humanos.

Ahora bien, cuando este hecho es cometido como parte de una estrategia general o representa sólo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que las convierte en crimen de lesa humanidad. Al respecto, el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación constató que los hechos atribuibles al autodenominado grupo Colina por ejemplo, representaron un patrón sistemático y generalizado de violaciones a los derechos humanos, expresado en hechos como las desapariciones de La Cantuta, la del periodista Pedro Yauri, los asesinatos de estudiantes en la Universidad Nacional del Centro y la masacre de Barrios Altos. Tal como lo expresa la juez del Segundo Juzgado Penal Especial en el auto apertorio de instrucción del proceso signado con el número 01-2003, la organización de la desaparición de los campesinos del Santa hubiera sido imposible sin la consecución de recursos logísticos significativos, razón por la cual han sido considerados como responsables los altos mandos a cargo de las labores de inteligencia de esos años, incluyendo el procesamiento del ex-presidente de la República⁴³.

El delito de desaparición forzada ha sido desde siempre considerado como un delito de lesa humanidad, situación que ha venido a ser corroborada por el artículo 7º del Estatuto de la Corte Penal Inter-

43 Ver entre otras, la STC 0679-2005-PA/TC, así como los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, N°. 83, párrafo 14. además Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de diciembre de 2006. párrafo 167. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 852 y ss.

nacional, que la define como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

Se trata, sin duda, de un delito de lesa humanidad cuya necesidad social de esclarecimiento e investigación no pueden ser equiparadas a las de un mero delito común, dada su extrema gravedad. En este sentido, la Resolución N.º 666 (XIII-083) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, estableció en el artículo 4, “Declarar que la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad”. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas reafirma en su preámbulo que la práctica sistemática de desapariciones forzadas constituye un delito de lesa humanidad. La necesidad social del esclarecimiento e investigación de estos delitos no puede ser equiparada a la de un mero delito común. (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Resolución adoptada en la séptima sesión plenaria, 9 de junio de 1994.OEA/Ser.P AG/doc.3114/94 rev.)⁴⁴.

4.4. El hábeas corpus instructivo frente a las desapariciones forzadas

Actualmente rige la Ley 28237 publicada el 31 de mayo de 2004 que aprueba el Código Procesal Constitucional y que entró en vigencia el primero de diciembre de 2004. El legislador, ha establecido diversas tipologías en materia de hábeas corpus⁴⁵ entre las que destaca el *habeas corpus instructivo* establecido en el artículo 25 inciso 16 que textualmente establece la procedencia del hábeas corpus frente al derecho a no ser objeto de una desaparición forzada. A partir de esta disposición se regula lo que la doctrina califica como *hábeas corpus instructivo* en mérito al cual

44 Vid. STC 2798-2004-HC/TC; STC 4677-2005-PHC/TC

45 Entre los principales trabajos publicados en materia de hábeas corpus, a partir del Código Procesal Constitucional, pueden apreciarse los que obran en el colectivo *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*. José F. Palomino Manchego (Coordinador), Liminal de Luis Cervantes Liñán, 2º ed. Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2007, pp. 463-561.

el juez constitucional, a partir de sus indagaciones sobre el paradero del detenido-desaparecido, busca identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria. Como han señalado los autores del Código Procesal Constitucional, “La desaparición forzada es quizá el crimen más execrable, porque en su seno incluye numerosas violaciones de los derechos más fundamentales del ser humano. Supone una originaria detención ilegal carente de mandato judicial ni situación de flagrancia, torturas o tratos inhumanos o degradantes y físicos y mentales, violación a la libertad de movimiento, violación al derecho a un juicio justo y las garantías del debido proceso, ejecución extrajudicial y violación al derecho a la verdad y justicia para la víctima y sus allegados.

Según la Convención Americana Sobre Desaparición Forzada de Personas (adoptada en Belem do Pará, el 9 de junio de 1994), y de la que el Perú es país signatario, ratificada el 13 de febrero de 2002, la desaparición forzada de personas es la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuese la forma, cometidas por agentes del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

La práctica de la desaparición forzada de personas, atenta contra diversos derechos fundamentales, además de violar la libertad locomotora: i) Impide interponer los recursos legales que permitan proteger los derechos conculcados, así como acudir a un Tribunal a fin de que decida sobre la legalidad de la detención; ii) Implica actos de tortura, generalmente tratos inhumanos y degradantes, afectando el derecho a la libertad personal; iii) Lesiona el derecho a la vida, porque esta práctica criminosa supone, con frecuencia, la ejecución extrajudicial de los detenidos y el posterior ocultamiento de sus cadáveres, generando impunidad”⁴⁶.

A este respecto el Tribunal Constitucional en la STC 2663-2003-HC ha reconocido esta tipología sosteniendo que: “... Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente la finalidad de su inter-

46 AA.VV. *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*. 2ª edición actualizada, Palestra Editores, Lima, 2005, p. 61-62.

posición es no sólo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ernesto Castillo Páez vs. República de Perú, (párrafo 84 de la sentencia del 3 de noviembre de 1997), estableció lo siguiente: habiendo quedado demostrado como antes se dijo (*supra*, párrafo 71) que la detención del señor Castillo Páez fue realizada por miembros de la Policía del Perú y que, por tanto, se encontraba bajo la custodia de este, la cual lo ocultó para que no fuera localizado, la Corte concluye que la ineficacia del recurso de hábeas corpus es imputable al Estado, configurando con ello una violación del artículo 25° de la Convención en relación con el artículo 1.1...⁴⁷.

4.5. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional frente a la impunidad de las ejecuciones extrajudiciales

Respecto al tema de las ejecuciones extrajudiciales, el Colegio Constitucional peruano no ha sido pacífico y ha expresado un activismo judicial positivo, ello lo podemos observar cuando señala: “La ejecución extrajudicial, la desaparición forzada o la tortura, son hechos crueles, atroces, y constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos, por lo que no pueden quedar impunes; es decir, los autores materiales, así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos. La impunidad puede ser normativa, cuando un texto legal exime de pena a los criminales que han violado los derechos humanos; y también fáctica, cuando, a pesar de la existencia de leyes adoptadas para sancionar a los culpables, éstos se liberan de la sanción adecuada por la amenaza o la comisión de nuevos hechos de violencia.

Según Naciones Unidas, la impunidad es “la inexistencia, de hecho o de derecho de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil,

47 STC. 2663-2003-HC/TC. Fundamento Jurídico f. La sentencia puede apreciarse íntegra en LANDA ARROYO, César (Compilador): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Editorial Palestra, Lima, pp. 227-250 y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 272-308.

administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condenas a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas” [Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, E/CN.4/Sub.2/1977/20/Rev.1., Definiciones. A.]. Así, la impunidad es hoy considerada como:

1° Una situación que se opone al sentido comunitario de la justicia y provoca en el cuerpo social conmociones negativas: sentimientos de desánimo y desesperanza que afectan la vida de las personas en el plano cultural, político y económico.

2° Una violación de un conjunto de principios y normas del derecho internacional orientados a la promoción y protección de los derechos humanos.

3° Un factor que contribuye a la comisión de nuevos crímenes atroces, porque la falta de enjuiciamiento y de sanción adecuada para los responsables de los delitos cuya perpetración lesiona derechos básicos (vgr. la vida, la integridad personal, la libertad individual y la seguridad) debilita la convicción común sobre la ilegalidad de sus conductas, le resta eficacia a las normas protectoras de esos bienes jurídicos y refuerza la comisión de sus comportamientos reprochables.

4° Un factor que tiende a generar más violencia, porque no sólo alienta la reiteración de los delitos, sino porque crea condiciones para que algunas víctimas busquen hacerse justicia por propia mano.

5° Un obstáculo para la paz, porque al amparar a los culpables siembra graves dudas sobre la justicia y la sinceridad del proceso desarrollado con miras a obtenerla. [Cfr. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Seminario Internacional Verdad y Justicia en Procesos de Paz o Transición a la Democracia. Memorias, Bogotá, junio de 2003, pp. 15 - 17]^{48'}.

48 STC 2488-2002HC/TC, F.J. 5 y 6.

4.6. El reconocimiento del Derecho Fundamental a la verdad.

Desde otra perspectiva y vinculado a esta problemática de las desapariciones, el Tribunal Constitucional ha diseñado como un importante aporte a la doctrina jurisprudencial comparada la creación de un derecho fundamental que ha estado subyacente como *innominado* pero que se ubica dentro del *lenguaje de los derechos*⁴⁹; nos referimos al llamado *derecho a la verdad*⁵⁰, que constituye una reflexión, a nuestro criterio, desde la orilla propia del *neoconstitucionalismo*⁵¹. En efecto, el TC lo ha definido como un bien jurídico colectivo inalienable. Esto es, que al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas⁵², sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan

49 CRUZ PARCERO, Juan Antonio: *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*. Prólogo de Francisco J. Laporta, Trotta, Madrid, 2007, vid en especial pp. 52, 101 y ss; y 143.

50 Desde una perspectiva ius-filosófica puede verse a PINTORE, Anna: *El derecho sin verdad*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas y Universidad Carlos III de Madrid, Traducción de M.^a Isabel Garrido Gómez y José Luis del Hierro, Dykinson, Madrid, 2005; y sobre la "*verdad judicial*" puede revisarse el trabajo de WRÓBELSKY, Jerzy: *Sentido y hecho en el derecho*, Distribuciones Fontamarrá, México, 2003; e igualmente el clásico trabajo de LÓPEZ DE OÑATE, Flavio: *La certeza del derecho*, Antecede Prólogo de Eduardo J. Couture, Traduc. De Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, Introducción de Giuseppe Capograssi, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2007, 107 pp.

51 Vid. al respecto el trabajo de PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003; igualmente a CARBONELL, Miguel. (Editor): *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003, pp. 101 y ss.; y del mismo editor *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2007, 334 pp.

52 En rigor, lo que ha hecho el TC aquí es asimilar dentro de la Teoría General de los Derechos Humanos, la doble dimensión subjetiva y objetiva que presuponen los derechos humanos.

sus restos, entre otras cosas. El derecho a la verdad no sólo deriva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44^o, establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre, pues se trata de una circunstancia histórica que, si no es esclarecida debidamente, puede afectar la vida misma de las instituciones.

Así, el *derecho a la verdad*, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, *es un derecho plenamente protegido*, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

El Tribunal Constitucional considera que si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar.

Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Es un derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales. El desconocimiento del lugar donde yacen los restos de un ser querido, o de lo que sucedió con él, es tal vez una de las formas más perversamente sutiles, pero no menos violenta, de afectar la conciencia y dignidad de los seres humanos.

Asimismo, el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no sólo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no sólo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos.

De igual forma, el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la verdad proviene de una exigencia derivada del principio de la forma republicana de gobierno. En efecto, la información sobre cómo se manejó la lucha antiterrorista en el país, así como de cómo se produjo la acción criminal de los terroristas, constituye un auténtico bien público o colectivo, y también contribuye con la realización plena de los principios de publicidad y transparencia en los que se funda el régimen republicano. Necesarios no sólo para conocer estos luctuosos hechos, sino también para fortalecer el control institucional y social que ha de fundamentar la sanción a quienes, con sus actos criminales, afectaron a las víctimas y en general a la sociedad y el Estado.

En torno a ello, existe una obligación específica del Estado de investigar y de informar, que no sólo consiste en facilitar el acceso de los familiares a la documentación que se encuentra bajo control oficial, sino también en la asunción de las tareas de investigación y corroboración de hechos denunciados. Así lo ha entendido la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, cuando ha señalado que la no investigación y sanción a los autores y cómplices de las desapariciones forzadas constituye una violación al deber estatal de respetar los derechos reconocidos por la Convención Americana, así como el de garantizar su libre y pleno ejercicio (Caso Bámaca Velásquez, sentencia, párrafo 129).

Además, en el caso de violaciones de derechos humanos, el derecho de la víctima no se limita a obtener una reparación económica, sino que incluye el de que el Estado asuma la investigación de los hechos. Así lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Castillo Páez, Reparaciones, párrafo 168, y Loayza Tamayo, Reparaciones, párrafo 175), dado que el pleno conocimiento de las circunstancias de cada caso también es parte de una forma de reparación moral que el país necesita para su salud democrática.

De allí que para este Colegiado, si bien el derecho a la verdad no tiene un reconocimiento expreso, sí es uno que forma parte de la tabla de las garantías de derechos constitucionales; por ende susceptible de protección plena a través de derechos constitucionales de la libertad, pero también a través de ordinarios existentes en nuestro ordenamiento jurídico, pues se funda en la dignidad del hombre, y en la obligación estatal concomitante de proteger los derechos fundamentales, cuya expresión cabal es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

V. CONCLUSIONES

La jurisdicción constitucional en el Perú hoy cuenta con dos grandes contenidos que tutelan lo que Mauro Cappelletti denominaría en su momento como jurisdicción constitucional de la libertad, expresado a través del hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento.

De estos procesos constitucionales, el hábeas corpus viene a ser el proceso constitucional idóneo para afirmar la libertad en sus diversas dimensiones y que hoy se expresa en diversas modalidades o tipologías entre las que se encuentran el *hábeas corpus innovativo* (artículo 1 párrafo segundo), hábeas corpus preventivo (artículo 2), hábeas corpus excepcional (artículo 23), hábeas corpus reparador (artículo 25, 7), habeas corpus restringido (artículo 25, 13), hábeas corpus traslativo (artículo 24,

14), hábeas corpus instructivo (artículo 25, 16), hábeas corpus correctivo (artículo 25, 17) del Código Procesal Constitucional.

Básicamente del universo de estos tipos, los relacionados como instrumentos idóneos frente a las violaciones en los regímenes de excepción y las desapariciones forzadas son el hábeas corpus instructivo y el hábeas corpus excepcional. Aún cuando actualmente existe el restablecimiento de un democracia que se viene construyendo bajo los marcos de gobernabilidad, la justicia constitucional mantiene una permanente alerta, toda vez que el fin de la misma, de acuerdo a su configuración que le ha dotado el citado Código es la de afirmar la vigencia efectiva de los derechos humanos y la supremacía de la Constitución.

Lima, marzo de 2008

LA HERENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA EN LA FORMACIÓN DEL AMPARO EN LATINOAMÉRICA*

Sumario: I. Introducción. II. Los antecedentes hispánicos del amparo. 1. Antecedentes castellanos: los “amparamientos”. 1.1. La alzada. 1.2. La revisión extraordinaria por falsedad en la prueba o por infracción de la ley. 2. Los antecedentes aragoneses: los procesos forales. 2.1. Acerca del Justicia Mayor de Aragón. 2.2. Sobre los procesos forales de competencia del Justicia. a) El Proceso de Firma. b) El Proceso de Manifestación. c) El Proceso Foral de Aprehensión. d) El Proceso Foral de Inventario. 3. El Fuero de Vizcaya. 4. El Fuero Juzgo. 5. El Fuero Real de España (Espéculo). 6. Las Leyes de Estilo. 7. Las Siete Partidas. 8. Las Ordenanzas Reales de Castilla. 9. La Novísima Recopilación. 10. La Constitución de Cádiz de 1812. 10.1. Las infracciones a la Constitución y el “Proyecto de Ley sobre la responsabilidad de los infractores de la Constitución” de 1813. III. Epílogo.

* El presente trabajo fue expuesto en México, a propósito del Bicentenario de la Independencia y el Centenario de la Revolución del Poder Judicial de la Federación, cuyo evento se llevó a cabo en el histórico Teatro Nacional de Querétaro, los días 5 y 6 de agosto de 2010, en el seminario *200 años de Justicia Constitucional en Iberoamérica*, en el marco de la Asamblea de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. El texto se encuentra disponible en: http://www.scjn.gob.mx/rpni/Documents/Publicaciones/PERU_ETO.pdf.

I. Introducción

El proceso evolutivo del amparo, tal como hoy se aprecia a nivel del pensamiento continental europeo, como latinoamericano, ha pasado por una serie de influencias hasta consolidarse, como no podía ser de otra manera en términos cosmopolitas, en uno de los instrumentos procesales más importantes para la tutela de los derechos ius-fundamentales. Así, cabe señalar que bien puede reconocerse dentro del desarrollo de este instituto procesal, una serie de factores externos que condicionaron la creación del amparo. Estos factores, se presentaron en diversos países, entre los que destacan los *antecedentes externos remotos*, como algunos institutos jurídicos de la Roma antigua; pero también hay *antecedentes externos "próximos"* entre los que se ubican la influencia hispánica, angloamericana y francesa¹.

En lo que toca a la herencia española en la formación del amparo, debemos considerar que ha sido muy común en la doctrina hacer referencia a los llamados "procesos forales de Aragón", como el antecedente más cercano y directo del Derecho medioeval español en el amparo. Estos procesos forales, sin embargo, como veremos en el presente ensayo, no son los únicos antecedentes que pueden ser ubicados en los orígenes y evolución del amparo. También pueden ubicarse aquí, y con gran relevancia, los amparamientos del Reino de Castilla, el Fuero de Vizcaya, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Leyes de Estilo, las Siete Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla y la Novísima Recopilación, instituciones y regulaciones todas ellas que, con el objeto de brindar un panorama suscito pero completo de dicha evolución histórica, abordaremos en el presente trabajo.

No obstante este cinematográfico recorrido, es necesario dejar en claro que, *strictu sensu*, en su configuración actual, el amparo

1 Héctor Fix-Zamudio, el más lúcido exponente del pensamiento constitucional mexicano, clasifica a los *antecedentes del amparo*, en dos grandes rubros: los "*antecedentes externos*" y los "*internos*". Para los efectos de la presente ponencia, nos interesan los *antecedentes externos* que, a nuestro criterio, resultan válidos para todos los países, en la medida en que no se determinan los elementos e influencias nacionales. Estos orígenes externos, pueden a su vez ser divididos en tres grandes corrientes: la ibérica o española, la francesa y la angloamericana, que a su vez, se expresa en la inglesa y la norteamericana (Vid. Héctor Fix-Zamudio: "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", en *Sobretiro de la Memoria de El Colegio Nacional*, T. VIII, N° 3, México, 1976, pp. 144-145).

sólo puede entenderse a través del surgimiento de lo que Eduardo García de Enterría ha denominado como la “*lengua de los derechos*” y del concepto basilar que se anida tras de ellos: el concepto de *derecho subjetivo*². Y ello es así, no sólo porque no pueda entenderse un instrumento de garantía como el amparo sin el surgimiento previo de su objeto de protección, esto es, sin el surgimiento del concepto de derechos fundamentales (y del concepto de derecho subjetivo a partir del cual éste se forma); sino también porque justamente el amparo, en la prístina formulación teórica esbozada por Manuel Crescencio Rejón, se irguió como un medio de defensa del orden constitucional, pero no de manera general y objetiva, sino a través de la defensa concreta de los derechos e intereses subjetivos de los ciudadanos³, concepción que hasta hoy, a pesar de los muchos años transcurridos desde la genial aportación del jurista mexicano, no ha cambiado⁴, en tanto, actualmente, en todos los ordenamientos procesales constitucionales del mundo no puede activarse el amparo sin un *interés subjetivo* que busque protegerse y que, meridianamente, debe estar imbricado en un derecho de contenido constitucional. En efecto, como nos recuerda los historiadores mexicanos Soberanes Fernández y Martínez Martínez:

“No debemos dejarnos llevar por una simple tendencia historicista que trate de buscar en el pasado las raíces de las instituciones actuales, en un ejercicio muchas veces forzado de proyectar

2 Eduardo García de Enterría: *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, 2ª. edición, Civitas, Madrid, 2001.

3 Sobre la propuesta formulada por Manuel Crescencio Rejón respecto a la inclusión en la Constitución yucateca y en el Proyecto de Constitución mexicana de 1947 del juicio de amparo puede verse, entre la abundante literatura existente, a guisa de ejemplo, Vicente Peniche López: “Rejón y el juicio de Amparo”, en *Revista de Ciencias Sociales*, Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNAM, 2ª. Época, T. I, N° 5 y 6, México, diciembre de 1930 y enero de 1931, pp. 66-81; y Carlos A. Echánove Trujillo: “Cómo presentó Rejón sus ideas sobre Amparo a la Nación”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, T. I, N° 3, México, 15 de junio a 15 de agosto de 1939, pp. 319-326.

4 No obstante esta prístina concepción del amparo mexicano y que ha influenciado mucho en otros países -paradojas de la historia-, en el foro mexicano desde hace ya varios años se viene planteando la necesidad de reformar el juicio de amparo, ya que la ley vigente, además de tener ubérrimas reformas, no recoge las instituciones del amparo contemporáneo que permitan revitalizar esta emblemática figura del ordenamiento azteca. Vid. al respecto Arturo Zaldívar Lelo de Larrea: *Hacia una nueva ley de amparo*, UNAM, México, 2002.

sobre lo pretérito consideraciones y valoraciones contemporáneas [...]. No es ésta la línea que ha de seguir el historiador del Derecho. En el pasado se pueden ver antecedentes más o menos fidedignos, mayores o menores similitudes con las instituciones actuales, pero no se debe perder nunca de vista el hecho singular de que el juicio de amparo es y ha sido una institución vinculada a los movimientos constitucionales. Sin las constituciones y sin el acervo de valores que ellas comportan, no habría ocasión para que aquel surgiese, puesto que aquel movimiento político y jurídico incorpora tres ideas esenciales que están en la base de la institución: las garantías individuales, esto es, los derechos y libertades de los ciudadanos; el mecanismo *ad hoc* para su defensa, y el órgano creado para asumir la protección superior de tales garantías”⁵.

No obstante ello, creemos que los antecedentes históricos constituyen un presupuesto cognoscitivo ciertamente imprescindible para entender a cabalidad la institución del amparo, y ello debido a que la historia nos ofrece un panorama amplio para el conocimiento de determinada institución, no sólo por la comprensión de las raíces culturales e históricas en que dicho instituto se asienta, sino fundamentalmente por la valoración que nos permite efectuar de la posición actual que determinado instituto posee y de los posibles retos que su configuración presenta frente a los cambios que el futuro inevitablemente depara⁶. En lo que sigue pues haremos un recorrido histórico en torno del influjo ibérico en la formación del amparo, desde los llamados amparamientos castellanos hasta, entrada la época moderna del constitucionalismo, la incidencia de la Constitución de Cádiz en dicha evolución.

II. Los antecedentes hispánicos del amparo

Los reinos de España, antes de que se configurasen en su formación política como Estado, atravesaron un largo período de acomodo

5 José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez: *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, Porrúa, México, 2002, pp. 5-6.

6 Vid. a Raymond Aron: *Lecciones sobre la historia. Cursos del College de France*. Texto establecido, presentado y anotado por Sylvie Mesure y Prólogo de Soledad Loaeza, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, fundamentalmente los capítulos relacionados a la explicación y la comprensión histórica, pp. 135-163.

damiento y adaptación entre las diversas naciones que habitaban su territorio, tanto durante la dominación romana como después del desmembramiento de occidente en el siglo V de la era cristiana. La confluencia en el territorio de la península ibérica, de distintas poblaciones como los fenicios, los griegos, los íberos, los celtas, los cartagineses y los romanos, sin lograr ninguno, con excepción de los últimos -que ejercieron un dominio más amplio, pero corto y no exento de aceradas resistencias- una prevalencia política sobre las demás; han determinado desde temprano que no se asiente en suelo español una cultura común que integre tras de sí a las distintas poblaciones que lo habitaban.

Esta falta de cohesión e identidad cultural común continuó siendo un signo destacado de la evolución política y social de las poblaciones que habitaban la península ibérica cuando, luego de la invasión y conquista realizada por los reyes visigodos y su posterior asimilación como reyes cristianos, la península fue conquistada nuevamente, esta vez por los moros musulmanes venidos de la parte norte de África, con el consiguiente repliegue y desmembramiento de los reinos visigodos que ya habían empezado a formar una centralización del poder político. Así, el nuevo predominio y hegemonía alcanzados por los reinos musulmanes en territorio español le imprimiría un nuevo y marcado sesgo cultural y social a la península, que llegaría a su máximo esplendor con el Califato de Córdoba, donde la interactuación pacífica de cristianos, moros y judíos, terminaría con el afán de reconquista de los reyes cristianos de Castilla y Aragón. Es recién a partir de este proceso de reconquista y no empece la autonomía que mantenían los Reinos de Aragón y Castilla, que fue forjándose embrionariamente el sentimiento nacional de lo español⁷.

Los acentuados regionalismos que han constituido en España uno de los problemas cardinales de su evolución política como Estadonación, han legado, sin embargo, a nivel jurídico una serie de instituciones que hoy aparecen como paradigmáticas en la defensa de los derechos de las personas contra los abusos de poder de las autoridades. Éste es el caso de los *procesos forales* que surgieron en la especial organización política y social del Reino de Aragón.

⁷ Sobre este proceso de acomodación en tierras españolas de distintos pueblos y nacionalidades puede verse Rafael Altamira: *Manual de Historia de España*. 2ª. edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1946, pp. 45-143.

Un esquema, aunque sea aparentemente esquemático, arroja desde sus comienzos las siguientes instituciones que se prefiguraron como antecedentes del amparo:

1. Antecedentes castellanos: los “amparamientos”
2. Los Procesos Forales de Aragón
3. El Fuero de Vizcaya
4. El Fuero Juzgo
5. El Fuero Real
6. Las Leyes de Estilo
7. Las Siete Partidas
8. Las Ordenanzas Reales de Castilla
9. La Novísima Recopilación
10. La Constitución de Cádiz de 1812

Adelantemos que no todas estas antiquísimas instituciones guardan vinculación *strictu sensu* con el moderno proceso de amparo, tutelador por antonomasia de los derechos ius-fundamentales; empero estos mismos institutos del medioevo ibérico han significado un lento proceso que habría de culminar de una u otra manera con la tutela de los derechos básicos de los súbditos de la época hasta la actual construcción del moderno Estado Constitucional.

1. Antecedentes castellanos: los “amparamientos”

Como han explicado Soberanes Fernández y Martínez Martínez, no puede efectuarse un acercamiento adecuado a los antecedentes del amparo sin entrar a examinar la influencia que el derecho castellano ha tenido en el derecho de las colonias españolas de América. Ello en mérito a que el derecho castellano, por razones históricas, ha sido el derecho que se mantuvo vigente en las colonias americanas hasta la época de su independencia e incluso, después de ésta, hasta momentos muy avanzados de su vida republicana.

Las razones de esta vigencia han sido apuntadas por Soberanes Fernández y Martínez Martínez en el hecho de que, por disposición de

las Bulas Pontificias de Alejandro VI, las colonias americanas pasaron a formar parte de los territorios de la corona de Castilla y del dominio de los reyes católicos. Esta pertenencia se debió, por otro lado, a que el reino de Castilla tenía un sistema de poder más centralizado en la persona del Monarca y permitía mayor margen de maniobra que otros reinos como Aragón regidos todavía por el pactismo político. De este modo, el derecho aplicado en los primeros momentos de la conquista a los nuevos territorios sería el derecho que regía a Castilla. Luego de este momento, durante la vigencia de las Leyes de Indias, el derecho castellano se aplicaría supletoriamente, tal como disponía en la ley 2, título 1, libro 2 de la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de Indias* (1680): “Que se guarden las leyes de Castilla en lo que no estuviere decidido por las de Indias”⁸.

En este contexto, si postulamos que el amparo, básicamente, es producto de la recepción de la idea de un control difuso de las leyes proveniente del modelo norteamericano en los odres de un modelo de derecho procesal romano-germánico, el cual llegó históricamente a América Latina a través de España⁹; resulta evidente que para sondear adecuadamente los elementos de contenido hispánico, principalmente procesales, que influyeron en la configuración del amparo, es necesario examinar el derecho castellano.

En lo que se refiere a la aplicación del derecho castellano en las colonias americanas y a la influencia de éste en la regia institución procesal del amparo, interesa resaltar el lugar que ocuparon las Partidas y en especial los “amparamientos” allí recogidos. Y es que la mención al derecho castellano como derecho aplicable en las colonias estaba referida principalmente a las Partidas, las cuales con algunas peculiaridades introducidas por el *Derecho Indiano*, sobre todo en lo atinente a la condición

8 Cfr. José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez: *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, op. cit., pp. 15-21.

9 Como ha expresado Fix-Zamudio: “Por lo que se refiere a la influencia española, no resulta tan ostensible como las de origen angloamericano y francés, pero al mismo tiempo es más penetrante, si se toma en cuenta la huella imborrable de tres siglos de dominación política y cultural hispánicas en el territorio que, por su afinidad con la metrópoli, llevó el nombre significativo de Nueva España. Por este motivo, la implantación de una institución angloamericana, como la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, que pretendió imitarse, se sembró en un suelo abonado con la tradición romano-canónica” (Cfr. Héctor Fix-Zamudio: *Ensayos sobre Derecho de Amparo*, 2ª. edición, Porrúa-UNAM, México, 1999, p. 289).

de los indios, son las que regían en el ámbito del derecho civil, penal y procesal. En ese sentido, el derecho procesal, recogido fundamentalmente en la Partida Tercera, era el que regía en los nuevos territorios de la corona española.

Como han apuntado Soberanes Fernández y Martínez Martínez, en el cuerpo normativo de las Partidas la alusión a la voz “amparo” estaba recogida en dos sentidos: el tradicional, medieval o literario, que aludía a la protección de carácter personal que el monarca o algún noble guardaba o debía guardar respecto a una persona desvalida o una clase especial de personas que requieran protección como los mercaderes o peregrinos y que se patentizaba en las llamadas “cartas de amparo”; y el *nomen iuris* procesal que hacía referencia a toda la gama de mecanismos jurisdiccionales establecidos para proteger un derecho en el curso de un proceso. En este contexto, las Partidas no recogieron sólo la locución “amparo” para referirse a la protección dispensada por el Rey o la nobleza, como un privilegio o una merced, sino que utilizaron también el término “amparo” o “amparamientos” para referirse a mecanismos procesales de carácter general destinados a remediar los daños ocasionados a una persona con ocasión de un proceso judicial. La idea ya no era pues establecer un amparo como “*gracia real*” o facultativo, sino un amparo general como “*mecanismo procesal*” al alcance de los súbditos para la defensa de sus derechos.

En esta línea, de los cuatro “procesos de amparo” o “amparamientos” recogidos en las Partidas, es decir, la alzada, la merced regia, la *restitutio in integrum* y el amparo contra sentencias falsas o dictadas con infracción del ordenamiento procesal, los únicos que pueden lograr semejanza o constituir un antecedente del proceso de amparo actual, son la alzada y el amparo contra sentencias falsas o dictadas contra el orden procesal, pues éstos no dependían de la voluntad subjetiva del monarca o noble para ser aceptados, ni tampoco su evaluación estaba sujeto al libre arbitrio de éstos, sino por el contrario, estos recursos estaban dispuestos en la legislación procesal de las Partidas de modo ordinario y sujetos en su evaluación a normas objetivas de carácter sustantivo o procesal.

No obstante esta atingencia, en lo que sigue, vamos a observar en detalle básicamente dos institutos procesales señalados en las Partidas y que pueden ser calificados como antecedentes próximos del

actual proceso constitucional de amparo: la alzada y el amparo contra sentencias falsas.

1.1. La alzada

Este mecanismo procesal inscrito en las Partidas no es otro que el recurso de apelación, nacido en los primeros años del Imperio romano y recuperado en España durante la época de la recepción. El término “alzada” aludirá tanto al recurso del gobierno como a la petición del particular con el objeto de que un juez superior revoque la decisión tomada por el inferior y que el peticionante consideraba le ocasionaba algún perjuicio o agravio.

Este recurso procesal podía ser interpuesto por todo aquel que con capacidad suficiente hubiere intervenido en el proceso. La estratificación social existente en el tiempo en que se dictaron las Partidas otorgaba, por otro lado, esta capacidad solamente a los hombres libres, excluyendo en principio de la legitimidad para interponer la alzada a los siervos y esclavos. Sin embargo, como han apuntado Soberanes Fernández y Martínez Martínez, la excepción a esta regla estaba presente en las propias Partidas, pues se permitía la intervención en juicio de éstos, aunque claro con la lamentable salvedad de que cuando el juicio fuese dirigido contra sus amos, éstos no podían actuar, pues ello significaría ir contra quienes eran dueños de sus vidas y de sus bienes¹⁰, con lo cual en realidad este medio de defensa procesal no se constituía como hoy el amparo en una “garantía del más débil”¹¹, sino en una “garantía del más fuerte”, pues ¿quien si no el amo era quien más abusos podía cometer contra los siervos y esclavos?

En cuanto al elemento material necesario para la interposición de la alzada, las Partidas simplemente aludían a que podía interponer este recurso procesal todo aquel que se considerase afectado o dañado con la sentencia dictada por el juez. En materia criminal, por ejemplo, quienes resultaban con una pena impuesta podían apelar de la sentencia por haberse producido contra ellos un agravio. Igualmente, en materia

10 Cfr. José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez: op. cit., p. 31.

11 Parafraseamos aquí a Luigi Ferrajoli que ha caracterizado al derecho y su sistema de garantías como “la ley del más débil” (Cfr. Luigi Ferrajoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez y Traducción de Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez, 5ª. edición, Trotta, Madrid, 2006).

civil, quienes terminaban con una sentencia de condena en su contra que implicase el pago de una suma de dinero o la ejecución de una obligación que mermase su patrimonio podían hacer uso del mecanismo de la alzada. Del mismo modo, la alzada podía servir para solicitar que el superior aclare algún concepto o duda interpretativa surgida con ocasión de la expedición de la sentencia; lo que actualmente podría calificarse como recurso de aclaración.

La alzada, en términos de las Partidas, debía ser resuelta por un “juez mayor”, noción que aludía ya a una jerarquía en los funcionarios judiciales de la época, en mérito de lo cual la competencia en la alzada debía ser conjugada con la organización institucional que la judicatura tuviera en ese momento. En principio, los reclamos que llegaban hasta 500 maravedíes eran vistos por jueces menores, los que llegaban hasta 5000 maravedíes por jueces mayores a éstos y finalmente los asuntos de mayor gravedad o que superasen los 5000 maravedíes debían ser consultados directamente al rey, además de un conjunto de peritos expertos en derecho. Un dato importante en la competencia de la alzada, lo constituye el hecho de que los reclamos formulados por las viudas, huérfanos o gente pobre debían ser conocidos por los tribunales del rey, lo cual constituiría en palabras de Soberanes Fernández y Martínez Martínez, un antecedente directo del Juzgado General de Indios que actuó en las colonias americanas para dilucidar los problemas o pleitos en que éstos se hallasen involucrados¹².

Finalmente en lo atinente al papel o función que le correspondía al juez mayor en la resolución de la alzada, éste debía una vez verificado el agravio pronunciarse por la cuestión de fondo, sin remitir el proceso al juez inferior. Sólo en caso que el juez mayor hallare una perturbación en el juicio que haya producido que éste se lleve con engaño o falsedad, anulaba todo lo actuado hasta la correcta composición del litigio entre las partes.

En el plano de la valoración histórica podemos afirmar que la alzada, de acuerdo a la configuración establecida en las Partidas, puede constituir un antecedente del amparo sólo en el aspecto de *medio procesal* para la interdicción de agravios producidos contra el sujeto reclamante; sin embargo, este recurso se aleja mucho del amparo en cuanto a la fina-

12 Cfr. José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez: op. cit., p. 39.

lidad especialísima que éste traería con el devenir del constitucionalismo moderno. De este modo, la alzada sólo se prefiguraría en un recurso procesal de alcance general, dispuesto para la revocación de cualquier decisión que causase agravio, mientras el amparo es un proceso que surge y se implementa para la protección de especialísimos derechos ius-fundamentales que, como ya dijimos, sólo vendrían concretizados a partir de las modernas revoluciones francesa y americana.

1.2. La revisión extraordinaria por falsedad en la prueba o por infracción de la ley

Este medio extraordinario de defensa procesal estaba recogido en las Partidas como una forma especial de remediar un agravio producido en base a causas específicas. A diferencia de la alzada que procedía frente a cualquier clase de agravio, la revisión extraordinaria sólo procedía por dos causales concretas: la falsedad en la prueba en la cual se sustentaba la decisión de primera instancia o la infracción de alguna ley del procedimiento contenido en las Partidas.

Hoy podríamos analogar este medio de defensa o amparamiento con el recurso de casación, pues constituye un recurso extraordinario procedente de acuerdo a causales tasadas. Del mismo modo que en los anteriores supuestos, este recurso sólo puede homologarse con el amparo en un aspecto procesal mas no sustantivo, pues ninguna de las dos causales establecidas para su procedencia tienen que ver concretamente con la defensa de derechos de carácter ius-fundamental.

2. Los antecedentes aragoneses: los procesos forales

2.1. Acerca del Justicia Mayor de Aragón

Entre los siglos XI al XIII, durante la Edad Media, se ubica en España un antecedente de particular relevancia, pues existió una institución destinada a velar por el cumplimiento de las leyes y, aún más, de moderar los actos de la autoridad¹³ -incluyendo tanto la autoridad real como la eclesiástica- que se considerasen que fuesen contrarios al derecho y lesivos para los intereses de los particulares. Esta institución

13 Alfonso Noriega: *Lecciones de Amparo*, T I. Revisado y actualizado por José Luis Soberanes Fernández, 5ª. edición, Porrúa, México, 1997, p. 22.

se la conoció como “*El Justicia Mayor de Aragón*”; y los procedimientos que éste tenía se le denominaban “*Los procesos forales de Aragón*”. Víctor Fairén Guillén le ha dedicado una extraordinaria investigación con material bibliográfico de primera fuente y ha llegado a sostener que sobre el Justicia Mayor se ha vertido “tanta tinta romántica” y que su origen histórico está “deformado por la leyenda”, apareciendo a menudo como Magistrado medio entre los nobles y el Rey, e incluso como “*Juez medio*” entre toda la gente del Reino y el propio Rey¹⁴.

Fairén Guillén estima que la época en que el cargo se halló en su apogeo es la del último tercio del siglo XV y el primer decenio del XVI¹⁵. Al respecto, Ignacio Vallarta en una clásica obra ha llegado a vincular el derecho aragonés y del justiciazgo con el juicio de amparo¹⁶, lo propio ocurre con otros tratadistas que reconocen a algunas instituciones procesales aragonesas como precedentes del juicio de amparo, entre los que destacan Felipe Tena¹⁷, Mariano Azuela¹⁸ y José Luis Soberanes con Martínez Martínez¹⁹.

El Justicia Mayor, llegó a tener un cúmulo de funciones y competencias de diversos tipos, entre las cuales se incluían las judiciales. Como ha dicho Fairén Guillén, el Justicia aragonés actuaba de diversos modos “bien interviniendo y resolviendo directamente con *consello de los ricos homes*, bien por medio de procesos específicos como veremos luego, bien como juez de agravios (*greuges*) interpuesto entre el agraviado y el fautor del agravio, fuere quien fuere²⁰”.

14 Víctor Fairén Guillén: *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1971, pp. 10-11.

15 Víctor Fairén Guillén: op. cit, p. 16.

16 Ignacio Vallarta: *El juicio de amparo y el Writ of Habeas Corpus. Ensayo crítico comparativo sobre esos recursos constitucionales*, Imprenta de Francisco Díaz de León, México, 1881.

17 Felipe Tena Ramírez: *Derecho constitucional mexicano*, 13ª. edición, Porrúa, México, 1975.

18 Mariano Azuela: *Amparo*, Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX N° 2, Poder Judicial de la Federación – Benemérita Universidad de Puebla, México, 2008, pp. 109-117.

19 José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez: *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, op. cit., pp. 75-122.

20 Víctor Fairén Guillén: op. cit, p. 30.

Cabe formular la interrogante de quién fue este “Justicia Mayor”. En rigor y en su formulación original fue un oficial más de la corte del rey, en el que se delegaba una serie de funciones cuyo ámbito era patrimonio exclusivo de la regia autoridad del monarca²¹, nace como un auxiliar doméstico²². Este órgano mantuvo los fueros de los brazos del reino, las denominadas libertades de Aragón, hasta que con la evolución inexorable del tiempo, dichas libertades se extinguieron. Como anota López de Haro, su función primordial en su esplendor fue impedir jurisdiccionalmente que los monarcas de la época arrebatasen el derecho y el poder a las aristocracias y al tercer estado de las ciudades; en suma impedir que los reyes impusieran su ley a los brazos del reino, constituyéndose, en este sentido, como un baluarte de los fueros²³.

Quienes pretenden, trazar un hilo conductor que lleve de modo lineal a identificar el *Justicia*, bajomedieval y del Antiguo Régimen, con el *Justicia* constitucional de hoy en día, incurren en un error. Es probable, como ha precisado Ángel Bonet Navarro, que en la equiparación del *Justicia* a instituciones modernas como el Tribunal Constitucional o el Defensor del Pueblo y en la asimilación de los procesos forales aragoneses a institutos procesales contemporáneos como el amparo, se haya partido de preconceptos dogmáticos difícilmente equiparables ante contextos histórico-culturales tan disímiles²⁴; o quizá se haya tratado de suplir con la imaginación lo que la escasez documental y la fragmentación de los textos no proveía²⁵. Es conveniente caer, entonces, en la cuenta del peligro que se corre cuando se superponen dos figuras –una moderna y otra histórica– que presentan cierto aire común, para explicar la naturaleza y caracteres de la segunda.

21 Francisco Saénz de Tejada y Olozaga: *El derecho de manifestación aragonés y el hábeas corpus inglés*, Compañía Bibliográfica Española, Madrid, 1956, pp. 36 y ss.

22 José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez: *Apuntes...*, op. cit., pp. 83.

23 Carlos López de Haro: *La Constitución...*, op. cit., p. 5.

24 Ángel Bonet Navarro: “La actividad procesal del *Justicia* de Aragón”, en *Sexto Encuentro de Estudios sobre El Justicia de Aragón. Instrumentos para el conocimiento de los orígenes y desarrollo de una institución clave en la Edad Media*. Editado por el *Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2005, pp. 65-67.

25 Sobre las fuentes documentales para estudiar la institución del *Justicia* puede verse María Luz Rodrigo Estevan: “Fondos documentales sobre el *Justicia* de Aragón en el Archivo Real de Barcelona (Archivo de la Corona de Aragón)”, en *Sexto Encuentro...*, op. cit., pp. 17-52.

En este contexto, es una equivocación asignar al Justicia Mayor la cualidad de juez independiente o juez del pueblo, porque independiente podía serlo, pero sólo respecto de la decisión que tomaba cuando las consecuencias de su sentencia no afectaban a las gentes del espectro estamental al que él estaba ligado, esto es cuando su decisión no afectaba a los estamentos oligarcas del Reino de Aragón. Por otro lado, puesto que el cargo suyo estaba en manos de la clase aristocrática, ello limitaba las facultades del Rey y disminuía las del pueblo juzgado, que jamás intervenía en la designación de su juez. Basta la potestad en la designación del cargo, como derecho reconocido a favor de unos estamentos, para que la elección del Justicia tenga el carácter de atribuir más poder a esos sectores sobre aquellos que no tienen la prerrogativa de efectuar esta designación.

Con el poder sobre la designación, es indiferente que el Justicia tenga la potestad de juzgar a cualquier persona del reino y que lo haga con prontitud, con equidad y con todas las virtudes judiciales que la historia le ha atribuido. Ante la vinculación identitaria y de origen con el estamento nobiliario, el Justicia Mayor podía intervenir como mediador entre el rey y el pueblo siempre que no se vieran afectados las prerrogativas, derechos y privilegios que la clase aristocrática poseía en el conjunto del tejido social.

Por otro lado, para comprender de una manera adecuada la institución del Justicia Mayor, es necesario tener presente que la figura de este defensor de las libertades de Aragón no fue una sola en la historia, sino que puede verse de distintos modos según la evolución que registró; y ello debido a las circunstancias que rodean la creación, desarrollo y causas de extinción de esta institución. En esta figura, aparecen ligadas funciones diversas que se han ido mezclando por el propio desarrollo de la institución y al hilo de los diversos acontecimientos históricos que se han ido sucediendo a lo largo del tiempo en que permaneció esa figura en el derecho público aragonés, entre las que se encuentra la función judicial.

Por el Privilegio General de 1283²⁶, aprobado en las Cortes de Zaragoza, se ratifica la justificación que llevó a las Cortes de Ejea en 1265

26 Aquí la nobleza consigue arrancar de Pedro III este Privilegio que fue calificado como Carta Magna de las libertades de Aragón. En este Fuero resulta notoriamente reforzada la autoridad del Justicia, en la medida en que ya no solo es juez medio en las disputas entre la Corona y la nobleza, sino que se encuentra en

a crear un Justicia que pudiera juzgar “ todos los pleitos que lleguen a la Corte”. Su función, obviamente será, pues, desde el inicio una función judicial, aunque por su especial posición en la organización judicial de la época, con un matiz particular: lograr la unificación de la aplicación del derecho. Su modo de interpretar y aplicar el derecho, contribuyó a crear el *precedente judicial* que debería ser tenido en cuenta para la resolución de los futuros casos que se plantearan ante los tribunales inferiores.

Recapitulando y siguiendo aquí a Soberanes Fernández y Martínez Martínez, bien se puede quintaesenciar las principales funciones atribuidas al Justicia en los siguientes términos:

- a) Juez medio entre el rey y el reino, en los términos ya vistos.
- b) Funciones político-constitucionales, como recibir el juramento de los reyes de Aragón, sus primogénitos, sus lugartenientes o regentes, y de los demás jueces y autoridades; actuar como lugarteniente del monarca o como embajador en el extranjero, o convocar las cortes para remediar graves contrafueros o en situaciones excepcionales.
- c) Poderes jurisdiccionales: conocimiento de los delitos de los oficiales reales, de los cometidos por caballeros e infanzones que morasen en lugares ajenos; o procedimientos contra los diputados del reino por faltar al respeto de los fueros y observancias.
- d) Funciones de protección de los fueros y leyes del reino de Aragón por medio de la función consultiva, con la cual se verificaba la adecuación o no de los actos políticos, judiciales y administrativos a la foralidad aragonesa. Asimismo, el Justicia era el supremo intérprete del ordenamiento del reino, lo cual se materializaba mediante las observancias, dictámenes que conformaban una auténtica doctrina legal, vinculante para los jueces. Incluso se llegó a admitir el derecho de veto respecto de las órdenes desaforadas de cualquier oficial o del propio monarca, por medio de la corrección de los agravios, del proceso de firma o del proceso de manifestación.

lazo de unión, a manera de poder moderador, entre las dos fuerzas co-soberanas. (Vid. a Francisco Saénz de Tejada y Olozaga: op. cit., p. 37).

- e) Funciones de defensa militar: Conferidas por las cortes de Catalunyaud (1461). Su origen eran los abusos cometidos en Aragón por oficiales de ciudades, villas y lugares de Valencia y Cataluña. El fuero les imponía la pena muerte y la posibilidad de ser acusados ante cualquier juez. El Justicia Mayor estaba habilitado para convocar “a expensas del Regno, las gentes del dito Regno que les parecieran necesarias para resistir a las sobreditas cosas, mano armada y que puedan compeler a aquellos que les ser vien visto”²⁷.

2.2. Sobre los procesos forales de competencia del Justicia

No obstante haber reconocido la real caracterización del Justicia como órgano judicial, debemos ahora circunscribir el desarrollo de sus competencias al conocimiento de los diversos procesos forales que la historia ha registrado y que aquí estamos asumiendo como una manifestación histórica pretérita de lo que contemporáneamente es el proceso constitucional de amparo. Veamos a continuación cada uno de ellos.

a) *El Proceso de Firma*

Según tiene anotada la versada obra de Víctor Fairen, era una orden de inhibición que se obtenía de la Corte del Justicia, basándose en justas excepciones –alegaciones defensivas en general- y con prestación de fianza que asegurase la asistencia al juicio y el cumplimiento de la sentencia, otorgándose, en general, contra jueces, oficiales y aún particulares a fin de que no perturbasen a las personas y a los bienes contra fuero y derecho, existiendo tanto en materia civil como criminal. Era pues, sentencia Fairen, una garantía de los derechos individuales y políticos de aquel entonces²⁸.

A través de este singular proceso de firma se decretaba la más absoluta prohibición de molestar o turbar a quien lo obtenía, ni en sus derechos, ni en su persona, como tampoco en sus bienes según fuere el objeto del pedimento²⁹. A la persona, a través de esta “*Firma de Dere-*

27 José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez: *Apuntes...*, op. cit., pp. 101-102.

28 Víctor Fairen Guillén: op. cit, p. 65.

29 Alfonso Noriega: op. cit, p. 24.

cho" se garantizaba una especial situación jurídica de no afectarse sus derechos hasta en tanto no se expidiera sentencia. Es decir, en mérito a este procedimiento no solo se garantizaba a la persona, sino también a la propiedad en relación con la misma; no pudiendo aquella ser presa ni despojada de sus bienes hasta que hubiese sentencia en el correspondiente juicio, a cuyo fin aseguraba mediante fianza estar a derecho, a disposición del tribunal y a resultas del juicio³⁰.

Resulta sorprendente verificar que la firma de derecho, en puridad, se asemeja a los procesos contemporáneos dentro del marco de una tutela judicial efectiva; por cuanto paralizaban la acción de los tribunales, hasta que el proceso incoado por el Justicia se fallara en términos definitivos.

La postulación del proceso de firma se llamaba en el argot aragonés, *firma inhibitoria* que era una procedencia favorable del Justicia; esto es, se asemejaba a una medida cautelar; por otro lado, había el presidio de firma, como el conjunto de garantías otorgadas a los reos o presuntos reos para protegerlos contra las arbitrariedades³¹; y que bien puede asemejarse de acuerdo a la tipología de los actuales hábeas corpus contemporáneos como el hábeas corpus correctivo³².

Por otro lado, se distinguían varias clases de firmas, las que podían ser comunes (o volanderas), dirigidas contra toda clase de agravios; y *motivadas* o *simples*, según hiciesen o no demostración de los hechos imputados.

Sin embargo, las más importantes eran las *firmas de agravios temidos* o *hacederas -gravaminum fiendorum-*, que consistían en el apercebimiento que el Justicia hacía al juez, a fin de que no incurriese en con-

30 Francisco Saénz de Tejada y Olozaga: *El derecho...* op. cit., pp. 57.

31 Víctor Fairen Guillén: op. cit, p. 66.

32 En nuestro país, el TC ha definido el hábeas corpus de la siguiente manera: "[...] [E]l proceso constitucional de hábeas corpus no sólo protege la libertad física propiamente dicha, sino que su ámbito de protección se extiende a otros derechos fundamentales. En efecto, su tutela comprende también la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados". (STC 02700-2006-PHC, FJ 2 y 3).

trafuero y evitase el agravio al firmante³³. Igualmente en las *firmas de agravio hecho* –*gravaminum factorum*– el Justicia procedía decretando la revocación de los agravios inferidos con inhibición del juez agraviante, en tanto el Justicia no resolviera sobre el fondo del asunto.

Por otro lado, el Justicia de Aragón fue el “*Juez de greuges*”, terminología jurídica aragonesa que aludía al agravio o perjuicio que se podía infligir a un particular. Aunque se han distinguido los greuges en generales y particulares, según fuere el sujeto pasivo³⁴; lo que merece ser destacado aquí es que los greuges, podían darse contra el Rey y sus oficiales, ya sea por razón de actos de jurisdicción, o por injusticia o abuso de potestad en perjuicio de alguien, mas no contra particulares³⁵. Tal era la jurisdicción del Justicia Mayor, que inclusive el Rey estaba obligado a prestar juramento en poder del Justicia antes de poder ejercer jurisdicción; lo mismo el Real Primogénito –príncipe heredero– e igualmente el Lugarteniente Real –Regente.

Cuando el agravio era temido o facedero (futuro inminente) el Justicia Mayor, dentro del proceso de *juris firma* podía impedir su causación a través de la suspensión del acto de autoridad que lo tendiese a provocar³⁶.

Una recapitulación de esta vieja institución medieval lleva a resaltar que, en puridad, a través de la firma de derecho se erigían dos tipos de procesos totalmente diferentes: el de “*firma por greuges temidos*” (*fiendorum*); cautelar, de gran amplitud, pudiéndose dirigir incluso contra el Rey y, desde luego, contra las demás autoridades; y el de la “*firma por greuges habidos*” (*factorum*); que, como anota Fairen, crea un recurso plenario específico ante el Justicia Mayor por contrafueros cometidos a lo largo o en la sentencia de otro proceso ordinario civil o criminal.

33 Alfonso Noriega: op. cit, p. 25; Francisco Saéñz de Tejada y Olozaga: op. cit., p. 58.

34 Víctor Fairen Guillén: op. cit, p. 52.

35 Fairen consigna un caso trascendental que es el de la firma solicitada y obtenida por el Infante D. Juan –futuro Rey Juan I–, contra sus propios padres, Rey Pedro IV, para proteger a su primogenitura; que el propio padre le turbaba; ocurrió ello en 1386 y era el Justicia que “despachó la firma” contra el Rey Mossen Ioan Ximeñez Cerdan (Cfr. op. cit. p. 69 y ss.).

36 Ignacio Burgoa: op. cit. p. 56.

b) *El proceso de manifestación*

Este proceso, técnicamente está vinculado al Hábeas Corpus inglés en la medida en que a través de este proceso foral se tutelaba la libertad personal. Desde sus orígenes se evidencia que el Justicia Mayor apartaba a la autoridad, de su acción contra la persona, previniendo toda arbitrariedad o tiranía a favor de los aragoneses y de quienes habitasen Aragón aunque no fuesen naturales del Reino.

Fairen lo conceptúa como una potestad del Justicia y de sus lugartenientes de emitir una orden o mandato dirigido a cualquier juez o persona que tuviere a otra detenida o presa, pendiente o no de proceso, de que se la entregase, a fin de que no hiciera violencia alguna contra ella antes de que se dictase sentencia; y examinado dicho proceso o acto, si no era contrafuero se devolvía el preso a la citada autoridad para que lo juzgase o ejecutase la sentencia respectiva; mas si el acto o proceso eran desaforados, no se devolvía el preso, sino que se le ponía en libertad³⁷.

La petición de manifestación podía formularla el padre, pariente, tutor o prelado que argumentaba las opresiones “oyéndolos a cualquiera de éstos, cuando solicitaban el amparo, para que les entregase al Hijo, el Pupilo, etc., que se detenían en poder ajeno, y se les restituía a ellos, o al juez, según los derechos o motivos, que influyesen en los casos particulares que se presentaban”³⁸.

Es indudable el extraordinario parangón entre el antiguo interdicto romano de *Liberi hominis exhibendo* con el recurso de manifestación de persona. El proceso de manifestación se refería a personas, bienes o documentos. El de bienes tenía por objeto evitar su ocultamiento, quedando secuestrados como muebles en poder del juez. El de documentos era de exhibición de ellos a los efectos de la misma, por el interés del que lo pidiera.

Esta clase de manifestaciones tenían poca relevancia y la más importante era la manifestación de personas. Se demandaba por quien, preso o detenido sin proceso o por juez incompetente, recurría al Justicia contra la fuerza de quien era víctima, y en esta virtud, en ciertos casos, quedaba libre un día, aunque en lugar seguro, y si, examinando el pro-

37 Víctor Fairen Guillén: op. cit, p. 77.

38 Francisco Sáenz de Tejada y Olozaga: op. cit., pp. 94-95.

ceso, debía seguirse el presunto reo era custodiado en la cárcel de los manifestados donde, al amparo del Justicia, esperaba, sin sufrir, el fallo que le correspondía. Finaliza López de Haro que, “este proceso garantizaba a las personas en su integridad y en su libertad”³⁹.

Por otro lado, debemos indicar que en el caso de la manifestación, a diferencia del proceso de firma de derecho, procedía con captura y seguridad del reo y no sólo del que estaba detenido, sino de aquella persona que tenía orden de captura. A la primera se le denominaba *manifestación actual* y a la segunda *manifestación foral*.

Habían algunos casos excepcionales que López de Haro afirma no procedía la manifestación. Uno de ellos era por ejemplo el crimen de herejía, perseguido por el Tribunal del Santo Oficio, pues era un delito de “gravedad herética”. Otro caso donde no procedía la manifestación era la prisión por deudas que, con el tiempo fuera abolido en España por Carlos III en Pragmática de 17 de mayo de 1786⁴⁰.

En suma, el proceso de manifestación si bien comprendía diversas figuras, la de mayor importancia fue el de las personas detenidas por jueces y funcionarios. Fue pues, un proceso cautelar dirigido a evitar que se cometieran contra las personas detenidas actos procesales opuestos a las normas forales.

La manifestación producía inmediatamente la entrega del preso, asumiendo la jurisdicción el Justicia Mayor internándolo en la “cárcel de los manifestados” o bien poniéndole en libertad bajo fianza.

c) *El proceso foral de aprehensión*

Como ha señalado López de Haro, el proceso de aprehensión, “era secuestro de bienes sitios o inmuebles hasta decidir sobre el verdadero poseedor a quien pertenecieran”. Juan Francisco de la Ripa, que fuera “abogado de los reales consejos, residente en la ciudad de Zaragoza”, precisa que el Justicia Mayor o sus auxiliares denominados lugartenientes o insaculados “porque eran sorteados por los diputados del Reino”, decretaban el mantenimiento en posesión y goce de bienes y derechos al poseedor en tanto que por un procedimiento judicial no se

39 Carlos López de Haro: *La Constitución...*, op. cit., pp. 342-343.

40 IBIDEM, p. 357.

resolviese como indebida su posesión. Este proceso foral comprendía, según se desprende de Juan Francisco de la Ripa, a la posesión y derechos respecto de bienes inmuebles, puesto que “los muebles y papeles” correspondían al proceso de inventario⁴¹.

Este proceso era a la manera del interdicto *uti possidetis*. Se trataba de un procedimiento orientado a la rápida ocupación de bienes inmuebles para mantener la posesión de quien la acreditase, a través de un proceso de prueba en una primera fase sumaria, para después en una fase plenaria posterior, dilucidar el verdadero poseedor, concluyéndose con la entrega de los bienes a quien fuere el legítimo propietario⁴².

d) El proceso foral de inventario

Este singular proceso consistía en que frente a una eventual privación de los bienes muebles o documentos, se peticionaba al Justicia Mayor a fin de poner a salvo el “ocultamiento” de dichos bienes, a través de un inventario. Así, los bienes quedaban en poder de quien los tenía, pero se inventariaban otorgándose fianza. En virtud a estas fianzas, los bienes se guardaban a la orden del Tribunal hasta que concluyese el juicio abierto para determinar el mejor derecho de los que pretendiesen poseer los bienes muebles de cualquier especie⁴³.

Mientras en el proceso de aprehensión se trataba del secuestro de bienes sitios (bienes inmuebles), en el de inventario eran bienes muebles, encuadrándose en esta denominación los documentos y papeles⁴⁴. El proceso era en sí mismo sencillo y constaba de dos momentos perfectamente separados: en un primer instante se procedía a realizar el inventario y a secuestrar los bienes muebles y los papeles afectados con carácter cautelar, y a la espera de la decisión definitiva del proceso. Tras esta actuación preventiva, se procedía a declarar los derechos existentes

41 Vid. a Rodolfo Reyes: *La Defensa Constitucional. Recurso de Inconstitucionalidad y Amparo*. Espasa Calpe, Madrid, 1934; vid. el Apéndice de los proceso forales de la obra de Juan Francisco de La Ripa titulada “Segunda ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón; orden de proceder en ellos según el estilo moderno y reglas para decidir conforme a la naturaleza de cada uno”, Zaragoza, 1772, pp. 327 y ss.

42 José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez: op. cit., p. 59.

43 Carlos Arellano: *El juicio de Amparo*, 3ª. edición, Porrúa, México, 1997, p. 33

44 Francisco Sáenz de Tejada y Olozaga: op. cit., pp. 59-60.

sobre las cosas secuestradas. La cosa mueble era entregada o se vendía en subasta pública para obtener una suma de dinero⁴⁵.

3. El Fuero de Vizcaya

Según se registra en la historia, en el Fuero de Vizcaya “venían siendo amparados los derechos individuales desde 1452, y así, el capítulo XIII de aquel Fuero viejo, decía que los vizcaínos no pueden ser citados fuera de Vizcaya, aunque sea por su Señor, sino por su veedor o alcalde”⁴⁶. En este fuero lo primero que se encuentra es la ley que determina que las cartas contra la libertad sean obedecidas y no cumplidas; siendo aquellas, según Rodolfo Reyes, un antecedente del amparo y del proceso de inconstitucionalidad⁴⁷. Obedecer y no cumplir significaba reconocer la autoridad gubernamental, pero la prevalencia de ciertos derechos suspendía llevar a cabo o ejecutar el mandato autoritario.

4. El Fuero Juzgo

El Fuero Juzgo estaba prefigurado por una vasta legislación de diversas materias, ya sea de índole público como privado, elaborado en Castilla en 1241, en el reinado de Fernando III para uniformizar la legislación en las provincias que conquistaba, con abolición de los fueros municipales. El Fuero Juzgo representó la consolidación de la unidad española en su época reafirmandose el poder monárquico frente a los señoríos feudales y una presunta sustitución de las normas jurídicas locales por las normas jurídicas del monarca.

El Fuero Juzgo en realidad no fue más que la traducción del *Liber Iudiciorum* (o *Lex Visigothorum*) que fue un cuerpo de leyes visigodo, de carácter territorial dispuesto por el rey Recesvinto y publicado posiblemente en el año 654. El *Liber Iudiciorum* también fue conocido como *Código de Recesvinto*, *Libro de los Juicios*, *Liber Iudicum*, *Liber Gothorum*, *Fori Iudicum*, *Forum Iudicum* y *Forum Iudiciorum*. En 1241 fue traducido, con ciertas reformas y modificaciones, del latín al castellano por orden del rey de Castilla Fernando III y fue luego concedido como

45 José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez: op. cit., p. 109.

46 Rodolfo Reyes: *La Defensa de la Constitución*, op. cit, p. 25

47 IDEM.

fue a ciertas localidades de la zona meridional de la península Ibérica, siendo denominado Fuero Juzgo.

El *Liber Iudiciorum*, en el cual se basó el Fuero Juzgo, se dividía en un título preliminar y doce libros, subdivididos en cincuenta y cuatro títulos y quinientas setenta y ocho leyes. Contenía trescientas veinticuatro leyes del anterior Código godo (que en el texto se califican de *antiquae*), noventa y nueve leyes elaboradas por Chindasvinto (o en vida de éste) y ochenta y siete leyes propias de Recesvinto (las del padre se encabezan en el texto con el nombre *Flavius Chindasvintus Rex* y las del hijo con *Flavius Reccesvintus Rex*). Finalmente había tres leyes de Recaredo y dos de Sisebuto.

De los doce libros que componen el Fuero Juzgo destacan diversos preceptos que aluden al “*fazedor (autor) de la ley et de las leyes*”. Aquí se consagra un extraordinario principio de legitimidad ética que debe detentar el monarca en su función legislativa y de justicia, bajo la expresión de que “sólo será rey si hiciere derecho y si no lo hiciere no será rey”. En el punto II se establece que el Rey ha de reinar piadosamente; si hace derecho debe tener el nombre de rey; y si hace agravio pierde el nombre de rey⁴⁸.

El Fuero Juzgo sobrevivió como derecho vigente hasta la aprobación del Código Civil a fines del siglo XIX y en la actualidad sigue vigente como *derecho foral* supletorio del País Vasco, Navarra y Aragón.

5. El Fuero Real de España (Espéculo)

El Fuero Real constituyó el antecedente inmediato de las famosas “Siete Partidas” del Rey Alfonso X El Sabio; y se le conoció también con el nombre de Espéculo (del latín *speculum*: nombre aplicado en la Edad Media a ciertas obras de carácter didáctico, moral, ascético o científico; “espejo de todos los derechos”). El Fuero Real fue redactado en 1254 y recibió el influjo del *Liber Iudiciorum*, que se convirtió desde sus orígenes en un fuero local. Este fuero establecía diversas normas sustentadas en principios de buen gobierno, dirigidos básicamente al Monarca y a los juzgadores. Así, la Ley IV del mismo título establecía: “El hacedor de las leyes debe amar a Dios y temerle y tenerle ante sus ojos cuando las hiciere porque las leyes que hiciere sean cumplidas y derechas. Y debe

48 Vid. Ignacio Burgoa: op. cit, p. 48 y Carlos Arellano García: op. cit, pp. 35-36.

amar justicia y verdad. Y debe ser entendido y saber separar el derecho del tuerto, y apercebido de razón para responder ciertamente a los que la demandan. Y debe ser fuerte a los crueles y a los soberbios...”.

El Fuero Real por principio no fue un derecho castellano propiamente dicho, sino únicamente un fuero que otorgaba el monarca a diversas ciudades según su libre criterio y por lo general para el beneficio del comercio y así poder impulsar el régimen de la corona frente al feudalismo imperante en la época.

No obstante no ser, como se tiene dicho, derecho castellano, tanto el Fuero Real como las Siete Partidas se convirtieron de facto en derecho castellano. En esta perspectiva, las normas del Fuero Real como de las Siete Partidas resultaban más claras, concisas y justas en sus disposiciones que las que regían en las grandes ciudades del reino de Castilla, sometidas al arbitrio de los señores o de los tribunales locales. El impulso de esta legislación no fue pacífico. Así Alfonso X impuso en algunos casos el Fuero Real por encima de las normas locales generando con ello un abierto enfrentamiento con la nobleza privilegiada del reino. Con todo y desde la crisis del sistema feudal, las ciudades empezaron a acoger esta legislación del Fuero Real que iba acompañada con alianzas de los vasallos.

Históricamente se conservan cinco libros de un total de siete o nueve. Y el hecho de que no fue terminado se debió a que Alfonso X pretendió convertirse en emperador del Sacro Imperio Romano Germánico por herencia materna; sin embargo esta empresa fracasó quedando relegado el proyecto del Espéculo, iniciándose por ello la redacción de las Siete Partidas que, como se apreciará es la obra jurídica más acabada del derecho medieval.

De especial relevancia, se encuentra en el Espéculo la palabra “*amparar*” en la Ley IV del Título XIV del Libro V, respecto a la posibilidad de recurrir a lo que se denomina la “*alzada*”: “...aquellos contra quienes dan los juicios de que se tienen por agraviados (...) o ampararse de aquello de que se agravia. Y este amparamiento es de cuatro maneras (...) por *alzada* o por pedir *merced*, o por *demanda* que vuelva en aquel estado en que era antes de que se la dieren el juicio, o por *querella* que haga, que el juicio fue dado por alguna falsedad, o contra la ordenada manera que el derecho manda guardar en los juicios”⁴⁹.

49 Carlos Arellano García: op. cit, p. 37.

6. Las Leyes de Estilo

Este conjunto de normas fue conocido también con el nombre de “*Declaración de las Leyes del Fuero*”. En puridad, como anota Ignacio Burgoa, no constituyó una legislación propiamente dicha, “sino un conjunto de reglas establecidas por los tribunales a manera de jurisprudencia que vinieron a definir y aclarar, mediante la interpretación adecuada, disposiciones contenidas en diversos ordenamientos anteriores sobre diferentes materias jurídicas”⁵⁰.

Fueron pues las decisiones o fallos originados en el Fuero Real y recogidos con fines didácticos en un número aproximado de 252. Tuvo un destacado valor doctrinario en la época y recogió fallos en materia civil, penal, procesal, mercantil y de derecho público.

Merece destacar que en las leyes de estilo se constata una extraordinaria estructura jerárquica en torno al Derecho que debían aplicar los jueces. Así, en la ley CCXXXVIII se determinaba verbigracia que: “cuando el derecho natural es contra el derecho positivo que hicieron los hombres: pero el derecho natural se debe guardar, en lo que no fallaren, en el derecho natural, escribieron y pusieron los hombres Leyes”⁵¹.

7. Las Siete Partidas

Probablemente la obra jurídica ibérica que llegó a institucionalizar toda la legislación secular haya sido la Unificación del Derecho Estatutario de los reinos de Castilla y León, bajo el reinado de Alfonso X, conocido justicieramente como “el Sabio”. Esta legislación constituyó un esfuerzo extraordinario en donde se codifica “un sistema normativo unitario sobre diversas materias”. Eduardo Pallares, precisa que en la parte introductoria del Título XXIII de la Tercera Partida, se habla de “*amparo*” y de “*amparamiento*” para designar, desde antiguo, defensa, protección o auxilio de los derechos de la persona⁵².

50 Ignacio Burgoa: op. cit, p. 49

51 *Los Códigos Españoles*. T I, 2ª. edición, Madrid, 1872, p. 338., citado por Carlos Arellano García: op. cit, p. 37.

52 Eduardo Pallares: *Diccionario Teórico y Práctico del Juicio de Amparo*, 3ª. edición, Porrúa, México, 1975, p. 105.

El “*Código de las Siete Partidas*”, uno de los códigos legales más célebres del mundo, fue redactado durante el reinado de Alfonso X *el Sabio* (1252-1284), poco tiempo después del “Fuero Real”.

Para los historiadores, se trata de uno de los llamados *códigos universales*, una obra que abarca todas las ramas del Derecho desde un punto de vista legal, práctico y doctrinal.

Comenzado a escribir en 1256, la obra no se terminó, según la mayoría de los autores, hasta 1265, cerca de diez años para crear este cuerpo de leyes que intentaba dar unidad legislativa a un reino fraccionado en multitud de fueros.

Las Siete Partidas (o simplemente Partidas) son un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objeto de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era *Libro de las Leyes* y, hacia el siglo XIV recibió su actual denominación, por las secciones en que se encuentra dividida.

Esta obra se considera el legado más importante de España a la historia del Derecho, al ser el cuerpo jurídico de más amplia y larga vigencia en Iberoamérica (hasta el siglo XIX). Incluso se le ha calificado de *enciclopedia humanista*, pues trata temas filosóficos, morales y teológicos (de vertiente greco-latina), aunque el propio texto confirma su factura legislativa, al señalar en el prólogo que se dictó en vista de la confusión y abundancia normativa y solamente para que por ellas se juzgara.

Además, como ha destacado Soberanes Fernández y Martínez Martínez, la aplicación práctica de las Partidas por los tribunales fue exigida finalmente a través del *Ordenamiento de Alcalá de Henares* (1348), promulgado por Alfonso XI, donde en la ley 1, título 28 se fijaba el orden de prelación de las fuentes del derecho de Castilla. Es decir, según este nuevo cuerpo normativo el orden de prelación de las normas que los operadores debían seguir para resolver los litigios debía ser el siguiente: en primer lugar, se aplicaría el derecho regio de nueva creación; en segundo lugar, los fueros pero con restricciones que los hacían prácticamente inaplicables; y por último, las Siete Partidas⁵³.

53 José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez: op. cit., p. 18.

Por otro lado, existe una extraordinaria similitud en la Partida Primera, Ley II, Título I, en la que se alude expresamente a la palabra “amparar”: “Otrosí consciente este derecho que cada uno se puede amparar contra aquellos que deshonra o fuerza le quisieren facer, e aún las, que toda cosa que faga por amparamiento de fuerza que quieran facer contra su persona, que se entiende que lo face con derecho”.

Merece destacar finalmente, la Regla 1 en las “Reglas de Derecho”, en la Séptima Partida, Título XXXIV, que literalmente dice lo siguiente: “Como todos los judgadores deven ayudar a la libertad. E dejimos, que regla es de derecho, que todos los judgadores deven ayudar a la libertad porque es amiga de la natura, que la aman non tan solemnemente las omnes, más aún todos los otros animales”.

8. Las Ordenanzas Reales de Castilla

Como quiera que la legislación medieval se manifestaba en una diversidad de cuerpos legales “multiplicados por una infinidad de fueros generales, provinciales y municipales”⁵⁴; así como una confusión en la administración de justicia por la aplicación de dicha normativa diversa, fue que los Reyes Católicos dispusieron que se formulara una nueva Codificación, encomendándose a Alfonso Díaz de Montalvo, un jurista de la época, que realizara esa obra legislativa, la que efectuó entre los años de 1480 y 1484⁵⁵.

En efecto, por acuerdo de las Cortes de Toledo de 1480, los Reyes Católicos encargaron a Alfonso Diez de Montalvo la recopilación de toda la abigarrada legislación de la Corona de Castilla y que fue publicada bajo el título de *Ordenanzas Reales de Castilla* u *Ordenanzas Reales*, en base a las cuales, en primer lugar, se han de decidir los pleitos. Este título en verdad quedó en desuso, utilizándose luego el de *Ordenamiento de Montalvo*, pero en la edición de 1508 todavía se facturó como Ordenanzas Reales de Castilla: “por las quales primeramente se han de librar todos los pleytos civiles y criminales y los que por ellas no se hallaren determinados se han de librar por las otras leyes y fueros y derechos” (Emprimido en la muy noble ciudad de Sevilla por Jacobo Cronberguer, 1508).

54 Ignacio Burgoa: op. cit, p. 50

55 Carlos Arellano García: op. cit, p. 38.

Estas ordenanzas estuvieron compuestas por ocho libros subdivididos en distintos títulos que contenían más de mil leyes agrupadas por materias.

Estas Ordenanzas Reales de Castilla, si bien fueron una especie de compilación de diversas normas preexistentes que se sistematizaron de los antiguos códigos, como el Fuero Real, Las leyes de Estilo y el ordenamiento de Alcalá; en rigor, no llegaron a formar parte del Derecho positivo español por no haber obtenido la sanción real⁵⁶. Sin embargo, en dichas ordenanzas se dispuso la sujeción del rey al principio de legalidad, conforme se observa en la Ley I, del título XII del Libro III, que *in verbis* dispuso: “Que las Cortes que el Rey diere contra derecho, que no sean cumplidas”.

9. La Novísima Recopilación

Sancionado en 1802 por el Rey Carlos IV y en vigor desde 1805, este conjunto de recopilaciones igualmente heterodoxo, con materias civiles, penales, procesales; si bien no cabe calificarlo como un Código, es una urdimbre de diversas materias.

Consta de 12 libros, 340 títulos y contiene más de 4000 leyes, actas y pragmáticas con un amplio y útil índice por materias y disposiciones. Sin embargo, no estuvo exento de duras críticas como el célebre juicio que formulara Francisco Martínez Marina, quien calificó a la novísima recopilación de “vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables, hacinamiento de leyes antiguas y modernas”. No obstante, esta recopilación cumplió sus fines, aún cuando la sistemática era ya anticuada si se considera que en Francia ya existía el Código Civil napoleónico. Con todo, la Novísima Recopilación se mantiene parcialmente vigente hasta finales del siglo XIX, siendo derogada de forma paulatina.

En lo que respecta al instituto del amparo, algunos autores pretenden encontrar un remoto antecedente a través de la frase que devino en toda una práctica institucional: “*obedézcase pero no se cumpla*”. Así, en dicha recopilación se aprecia lo siguiente: “Establecemos que si en nuestras cartas mandásemos algunas cosas en perjuicio de

56 Ignacio Burgoa: op. cit, p. 51

partes que sean contra ley o fuero o derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida; no embargante que en ella se haga mención general o especial de la ley o fuero u ordenamiento contra quien se diere, o contra las leyes u ordenanzas por nos fechas en cortes con los procuradores y villas de nuestros reinos”⁵⁷.

La institución de obedécese pero no se cumpla, expresa una aparente incongruencia y una antinomia. Sin embargo, Toribio Esquivel Obregón en su obra “Apuntes para la historia del Derecho en México”, lo rescata como “una de las más humanas, más cristianas, características del derecho español, raíz antiquísima aunque ignorada generalmente de nuestro juicio de amparo”⁵⁸.

Una lectura contemporánea de esta antiquísima práctica lleva a considerar que obedecer pero no cumplir, importaba escuchar en actitud respetuosa y luego juzgar con propio discernimiento y criterio, escuchar la voz del que manda y a la vez de la ley natural que pide hacer el bien y no el mal, de suerte que si hubiere conflicto se prefiriera no cumplir, subyace ciertos parámetros de lo que hoy calificamos como los estándares de razonabilidad y proporcionalidad en la actual jurisdicción constitucional.

10. La Constitución de Cádiz de 1812

El constitucionalismo entró en España, como en la mayoría de los países europeos que vivieron revoluciones liberales⁵⁹, de la mano de Francia. La Constitución española de 1812, nacida durante la invasión napoleónica de la península⁶⁰ y entre otras cosas a raíz de ésta; tiene toda la impronta de los principios revolucionarios franceses. Por más que el tradicionalismo adorne la obra de los constituyen-

57 Carlos Arellano García: op. cit, p. 38.

58 Toribio Esquivel Obregón: *Apuntes para la historia del Derecho en México*. Trabajos jurídicos en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XXV Aniversario, vol. II, T. III, Publicidad y Ediciones, México, 1943, p. 86.

59 Manuel Martínez Sospedra: *La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español*, Cátedra Furrió Ceriol, Valencia, 1978, pp. 33 y ss y 365 y ss.

60 Vid. los contextos de la historia de Cádiz en el fascímil de Adolfo de Castro: *Historia de Cádiz y su Provincia*, Imprenta de la Revista Médica, Cádiz, 1858, pp. 754 y ss.

tes de Cádiz⁶¹, la constitución gaditana nace bajo la inspiración del constitucionalismo galo, y las invocaciones al pasado de los liberales españoles, no son más que una estrategia para lograr que la Constitución fuera aprobada por las fuerzas conservadoras de España y para legitimar la obra constitucional ante un pueblo que rechazaba la obra de los “afrancesados”⁶².

Los grandes principios que caracterizaron la obra jurídico-constitucional de los franceses, es decir, la separación de poderes y la supremacía del poder legislador, fueron adoptados también por el constitucionalismo doceañista. Las Cortes son el poder más importante y figuran también primeras en la Constitución; están compuestas de una sola Cámara y no podían ser disueltas por el Rey. El Rey también gobierna, y lo hace con secretarios de estado, a quienes elige y remueve libremente. Éstos refrendan sus actos y son responsables por ellos, aunque sólo penalmente, pues no existe ningún mecanismo de responsabilidad política. Los cargos de Ministro y de parlamentario son incompatibles. El Rey carece de iniciativa legislativa, y también adolece del veto sobre las leyes.

Además, también se adoptó en España el carácter ideológico que representaba la Constitución en Francia; la simbología de ésta como representativa de la soberanía que ahora residía en la Nación; su valor como instrumento para construir un nuevo régimen y promover la transformación de la sociedad; su valor para desterrar los fundamentos económicos y jurídicos en que se sustentaba la vieja sociedad estamental; y de manera trascendental, su simbología como factor de

61 Sobre las fuentes del constitucionalismo doceañista, vid. Francisco Fernández Segado: *Las Constituciones Históricas Españolas. Un análisis histórico-jurídico*. 4ª. edición, Civitas, Madrid, 1992, pp. 70-74. Vid. también Ramón Solís: *El Cádiz de las Cortes*, Alianza Editorial, Madrid, 1969, vid. específicamente pp. 220-259.

62 Sobre el rechazo de la población a los “afrancesados” y el ensalzamiento de la Constitución de Cádiz como opción patriótica frente a la Constitución de Bayona, ver Marta Frieria Álvarez e Ignacio Fernández Sarasola: “Contexto histórico de la Constitución española de 1812”, en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, en la dirección <http://www.cervantesvirtual.com/portal/1812/contexto.shtml>. Vid. sobre el contexto del Cádiz en el que se aprueba la Constitución a Ramón Solís: *El Cádiz de las Cortes. La vida en la ciudad en los años de 1810 a 1813*, Silex, Madrid, 1987; Francisco Caballero Mesa: *La política andaluza en las Cortes de Cádiz*, Librería Ágora, Málaga, 1991.

unidad nacional entre los españoles que enfrentaban una guerra contra el vecino imperialista.

Es indudable que el Derecho Constitucional hispanoamericano tiene su punto de arranque en la Constitución de Cádiz de 1812. Esta Constitución constituye pues para los países iberoamericanos un marco evolutivo fundamental de lo que sería después el constitucionalismo histórico⁶³. En la Carta gaditana de 1812 se encuentra la afirmación de la defensa de la Constitución en el título X bajo el rótulo: “De la observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella”. Destacan aquí tres preceptos relevantes, los artículos 372, 373 y 374.

La Constitución de 1812, si bien es verdad que estableció una nueva fisonomía en el orden constitucional español, fue en realidad más una obra de ideas y una apertura de problemas que iban a transformar la estructura social y política española, que una organización eficaz de poderes y una estabilidad política asegurada.

10.1. Las infracciones a la Constitución y el “Proyecto de Ley sobre la responsabilidad de los infractores de la Constitución” de 1813

La parte más interesante de la obra de los constituyentes de Cádiz para el tema que nos interesa, la constituye el establecimiento de los dos primeros artículos referentes al Título sobre la “Observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella” y la interpretación, que las mismas Cortes de Cádiz, hicieron de ellos. Vamos a ver aquí como la figura de la *infracción constitucional* se convertiría en el único medio de defensa de los derechos ciudadanos que la Constitución había establecido⁶⁴; defensa que, por otro lado, se presumiría en primer lugar como la simple búsqueda de responsabilidad penal de los infractores del texto fun-

63 Esta es la autorizada opinión entre otros, por ejemplo, de Rodolfo Reyes: *El Juicio de Amparo de garantías en el Derecho Constitucional mexicano*, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1916, pp. 6-7.

64 Vid. ampliamente sobre la figura de la infracción constitucional y su virtualidad como forma de defensa de la Constitución a Marta Lorente Sariñena: *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

damental, responsabilidad que le correspondería determinar en exclusiva a los jueces; posición que luego las Cortes se harían cargo de variar haciendo intervenir al cuerpo político en pos de la defensa de los derechos ciudadanos. Los artículos 372 y 373 de la Constitución gaditana establecen lo siguiente:

“Art. 372. Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones a la Constitución, que se les hubiesen hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella.

Art. 373. Todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución”.

Parece ser que el constituyente gaditano al establecer estos dos artículos partió de la consideración de proveerle efectividad a la Constitución; pero como las técnicas de defensa de la Constitución no eran aún conocidas y la que planteó el abate Sieyès, fue rechazada puesto que se encontraba dentro del paquete que ofreció la Constitución extranjera de Bayona, que ofertaba además como “poder moderador” un Senado Conservador que no estaba para nada en mientes de los constituyentes doceañistas; la Constitución estableció tímidamente, como única forma de asegurar su supremacía, la fórmula de los artículos 372 y 373.

Sin embargo, conforme ha manifestado Pérez Tremps⁶⁵, el constituyente no tenía muy claro cómo era que tenía que poner remedio a las infracciones a la Constitución y, más que en un control de constitucionalidad de las leyes, pensó, al establecer estos artículos, en la responsabilidad penal que debía derivar de la actuación contraria al orden constitucional, por lo cual la disposición del artículo 372 no pasaba de ser una conminación tanto al Poder Ejecutivo como al Judicial para que cumplan la Constitución; mientras lo establecido en el artículo 373 no constituía más que una forma específica del derecho de petición⁶⁶.

La falta de conciencia del significado de los preceptos citados queda puesta de manifiesto con la aplicación que las propias Cortes debieron

65 Pablo Pérez Tremps: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Prólogo de Jorge de Esteban, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 60-68.

66 En este sentido, Fernández Segado ha hablado del “carácter ingenuo” de algunas disposiciones de la Constitución de Cádiz (Cfr. *Las Constituciones Históricas Españolas*, op. cit., p. 72).

hacer de ellos en respuesta a las diversas quejas recibidas por inconstitucionalidad de actuaciones de agentes de los poderes públicos. Entre estas quejas destaca el “caso Fitzgerald”, denominado así por la insistencia con que el ciudadano de ese nombre reclamó por una violación de la Constitución en perjuicio propio. El caso implicó un allanamiento de domicilio y una detención indebida de Fitzgerald y obligó a las Cortes a hacer aplicación de los artículos 372 y 273 de la norma fundamental, interpretándolas, en un primer momento de forma restrictiva:

“La Comisión entiende que la infracción de la ley constitucional es un delito de la propia clase que el de la infracción de otras leyes del Código civil y criminal, con la sola diferencia de su mayor gravedad por el mayor respeto que merece aquella sobre éstas; y que por lo mismo debe averiguarse y castigarse por el orden determinado por las leyes y por los jueces competentes según ellas. La facultad que por el art. 373 de la Constitución se concede a todo español para reclamar su observancia ante las Cortes, no supone, en su concepto, que éstas hayan de juzgar de las reclamaciones que se les hicieren, lo que sería contrario al art. 243 de la propia Constitución (prohibición de ejercicios de funciones jurisdiccionales a las Cortes o al Rey); más no debiendo hacerse inútilmente estas reclamaciones deberán en tales casos las Cortes excitar al gobierno a que cumpla y haga cumplir la Constitución y las leyes, y a que hagan que sean juzgados por el tribunal competente los acusados de infracción; deberán asimismo velar sobre si se hace así o no; deberán pedir que se les instruya y de cuenta del resultado de los procesos de esta clase; y por último, si fuera necesario, deberán exigir la responsabilidad de quienes corresponda”⁶⁷.

Este texto nos muestra la primera interpretación que hicieron las propias Cortes de lo que significaba el alcance del art. 373 de la Constitución. Así, para el constituyente el sistema de protección de la Constitución está dotado en ese momento, con la única técnica elaborada a esas alturas históricas por la doctrina jurídica: el delito, el tipo penal que ha de castigarse por la autoridad competente, que tenían que ser, según prescribía el art. 243 de la Constitución, siempre los jueces y tribunales. De esta forma, el control constitucional se limita a una fiscalización ex-

67 Pablo Pérez Tremps: op. cit, p. 64.

terna por parte del cuerpo legislativo, de las actividades tendentes a la investigación y punición de tales delitos, sin que quepa entrar en el fondo del asunto, lo que supondría una violación del principio de separación de poderes⁶⁸. Así las cosas, la sanción penal de los infractores de la Constitución, vigilada y supervisada por las Cortes, era el único medio de defensa con que ésta contaba.

Las deficiencias que en el aparato jurisdiccional observaron las Cortes, y especialmente la lentitud de sus actuaciones, hicieron que el Decreto del 28 de noviembre de 1812 definiera estas causas como preferentes. Ello, como observa Pérez Tremps⁶⁹, no sirvió para aligerar el asunto, por lo que las Cortes modifican su interpretación de los artículos 372 y 373 superando los límites de ese control externo, para entrar en un control sobre el fondo del asunto. Así, se desemboca en el “Proyecto de Ley sobre la responsabilidad de los infractores de la Constitución”, redactado a iniciativa de Muñoz Torero por la Comisión de Arreglo de Tribunales y presentado a las Cortes en su sesión del 13 de julio de 1813. El proyecto sigue la línea establecida en cuanto está dirigido a penar las conductas inconstitucionales públicas y privadas. Sin embargo, haciendo una interpretación alambicada del principio de separación de poderes⁷⁰, amplía el campo de actuación de las Cortes, que pasan a entender el asunto, a tenor del art. 30 del mencionado Proyecto en los siguientes términos:

“Cuando se denuncie a las Cortes alguna infracción de la Constitución, conforme a lo que ésta previene en los artículos 372 y 372 conviene mucho que las Cortes mismas, como

68 Los constituyentes españoles pensando en el respeto estricto del principio de separación de poderes, establecieron, a decir de Francisco Fernández Segado: *Las Constituciones Históricas Españolas*, op. cit., p. 115, algunos artículos que buscaban la independencia absoluta del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones. Así, son muestra de ello, los siguientes artículos: Art. 242. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales; Art. 243. Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos.

69 Pablo Pérez Tremps: op. cit, p. 65.

70 Francisco Fernández Segado: *Las Constituciones Históricas Españolas*, op. cit., p. 102, ha hecho notar como las Cortes de Cádiz a pesar de haber forjado en teoría un modelo de estricta separación de poderes, que respetaba la independencia del Poder Judicial, en la práctica se inmiscuyeron constantemente en las funciones de este poder del Estado.

conservadoras de las leyes fundamentales, sean las que declaren si hay verdadera infracción o no en el hecho denunciado, quedando a los jueces y tribunales competentes la calificación de las pruebas contra la persona acusada, la graduación de su delito, y la imposición de la pena que merezca según las leyes. En declarar las Cortes que tal hecho es contrario a la Constitución, no se puede decir que ejercen las funciones judiciales que les prohíbe el art. 243 de la misma, porque no declaran que tal persona cometió aquel hecho, ni gradúan el crimen, ni le aplican la pena determinada por la ley, que son las funciones propias de los jueces⁷¹.

Como se puede apreciar meridianamente de estas dos citas, la interpretación que hacen las Cortes del concepto de infracción constitucional no es otra que la de un delito sancionado por las leyes penales como infractorio de algún artículo de la norma fundamental. Como ya vimos en el caso francés, la defensa de la Constitución era un tema que estaba presente en la mente de los revolucionarios liberales. Esta defensa no se imaginó, sin embargo, como ahora, como una técnica orientada a defender su supremacía y su eficacia jurídica; el grado de desarrollo del pensamiento constitucional aún no daba para eso; la defensa que se pretendió hacer de ésta, era más que nada una defensa política e ideológica. Para realizar esta defensa política, las Cortes o Asambleas, que en el momento revolucionario brillaban como representantes de la soberanía de la Nación, recurrieron al único instrumento que en ese momento disponían para realizar tal defensa política: la responsabilidad penal.

La defensa política e ideológica de la Constitución, la vemos en la responsabilidad penal desde el momento que los Parlamentos se adjudican importantes competencias en la persecución de los delitos contra la Norma Fundamental. En Francia, por ejemplo, como ya vimos, la Asamblea se reservaba el derecho de acusar a los Ministros por una serie de delitos que tenían en común la defensa de valores constitucionales; así como de acusar a cualquier ciudadano que atente o intente un complot contra la seguridad del Estado o la Constitución. Por la especial circunstancia histórica que vivía Francia, esta defensa de la Constitución, que era en sí una defensa de la Revolución, adoptó

71 Pablo Pérez Tremps: op. cit, p. 66.

una fisonomía algo distinta que se vería reflejada en lo referente al delito contra la Constitución; que sería un tanto distinto que en España. Mientras que en Francia, el delito contra la Constitución significaba un delito contra el orden estatal, contra el nuevo orden liberal, contra el régimen constitucional en suma; en España tenía una connotación algo menos virulenta e ideológica, representaba un delito tan sólo contra una norma constitucional en particular. El carácter menos político del delito constitucional, se confirma en España con la nula mención que se hace de este delito cuando se habla de la reserva de acusación de las Cortes; más bien, el delito o infracción a la Constitución es mencionado en la parte concerniente a la “Observancia de la Constitución”, como una forma de defensa de sus disposiciones normativas. En esta defensa de la Constitución a través de las “infracciones constitucionales” se involucra a las Cortes, pero no en el grado que significaba esta defensa en Francia, que como sabemos llegó incluso hasta el régimen del Terror, con el Comité de Salvación Pública y la *guillotine*. En España, como vemos en la primera interpretación que hacen las Cortes de su papel en la sanción de las infracciones constitucionales, éstas sólo efectúan un control de carácter externo, de vigilancia y excitación de los órganos judiciales para que éstos juzguen la correspondiente responsabilidad penal de los infractores. Sólo a partir del caso Fitzgerald e impulsadas por la demora e ineficacia de los juzgados que dirigían estos procesos, las Cortes van a ejecutar una acción más directa en dicho control y, luego de disfrazar el rol que efectuarán, entran a conocer jurisdiccionalmente las infracciones constitucionales.

Destacan en el “Proyecto de Ley sobre la responsabilidad de los infractores de la Constitución”⁷² dos artículos que nos parecen interesantísimos como apunte histórico respecto a la tutela que se brindaba a los ciudadanos a través de esta defensa política de la Constitución, que podríamos homologar de alguna manera como un “antecedente del amparo”. El artículo 31 del Proyecto literalmente expresa: “Declarada la infracción, mandarán las Cortes *reponer* todo lo obrado contra la Constitución, y dictarán los demás *remedios* oportunos; el acusado quedará suspenso, y se pasará certificación del acta de declaración, con el expe-

72 Vid. la versión completa del “Proyecto de Ley sobre la responsabilidad de los infractores de la Constitución” en el *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, editado por el Congreso de los Diputados, Sesión del día 13 de julio de 1813, Número 910, pp. 5698-5700.

diente original, al juez o tribunal competente, a fin de que sustanciada la causa conforme a derecho para acreditar más completamente quién es el reo, el grado de su delito y los perjuicios que haya causado, se imponga al delincuente la pena que merezca por el hecho ya declarado, según las circunstancias más o menos agravantes con que aparezca del juicio, dándose cuenta de las resultas a las Cortes y al Gobierno” (cursivas nuestras).

Observamos aquí, al margen del juicio de responsabilidad penal que implicaba la comisión de una infracción a la Constitución, una nota característica del proceso contemporáneo de amparo, surgida en este caso al hilo del “conocimiento previo” que debían tomar las Cortes del ilícito constitucional. En efecto, una vez decretada la comisión de una infracción constitucional y antes de trasladar el expediente al juez competente para verificar la responsabilidad penal, las Cortes debían ordenar la “reposición de las cosas al estado anterior” de la afectación constitucional. Es decir, independientemente de la responsabilidad penal determinada en un juicio penal posterior, las Cortes debían adoptar todos los remedios para restituir al ciudadano reclamante en el ejercicio de sus derechos constitucionales. En la práctica, esto operaba como un amparo interpuesto ante el órgano de representación nacional, pues, como ya vimos, todo ciudadano español tenía el derecho de reclamar ante las Cortes la comisión de una infracción constitucional que, con lo dispuesto por el Proyecto sobre responsabilidad de los infractores a la Constitución, estaba en la obligación de efectuar todo lo tendiente a la reposición de las cosas al estado anterior⁷³.

73 Esta forma de defensa de la Constitución, en forma de acción popular ante las Cortes, fue incorporada también en nuestro ordenamiento constitucional debido a la influencia de la obra gaditana en nuestro primer constitucionalismo. Así lo ha precisado Daniel Soria Luján quien ha sostenido que “este modelo gaditano fue adoptado por el constitucionalismo inicial. Las fuentes históricas parlamentarias nos informan sobre la incorporación de este sistema. Así, en primer lugar tenemos el discurso preliminar elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente de 1822 (...) en donde se afirmó que el Congreso tenía el deber de examinar las infracciones a la Constitución y que no quede en pura teoría la responsabilidad de los infractores, resaltando la importancia de observar las leyes fundamentales para afianzar el gobierno y conservar y engrandecer la República”. Finalmente, como reseña el mismo autor, en la Carta de 1823 esto quedaría plasmado en el artículo 187 del modo siguiente: “Todo peruano puede reclamar ante el Congreso, ante el poder ejecutivo, o ante el Senado la observancia de la Constitución, y representar fundadamente las infracciones que notare” (Cfr. Daniel Soria Luján: “Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución

Finalmente, en el último numeral del Proyecto, el artículo 33, se dispuso: “Todos los jueces y tribunales procederán con la mayor actividad en las causas de infracción de la Constitución, prefiriéndolas a los demás negocios, y abreviando los términos cuanto sea posible”. Vemos aquí pues, que además de la característica antes de reseñada de la *tutela restitutoria* brindada por las Cortes, los juicios instaurados para verificar las infracciones a la Constitución debían tener otra nota esencial del amparo contemporáneo: la *tutela de urgencia*. El trámite preferente y la reducción de los plazos en este tipo de procesos así lo hacían denotar. Puede concluirse, pues, que no empece tratarse inicialmente de una forma política de defensa de la Constitución, el proveimiento de la responsabilidad por infracciones a la Constitución, reunió por lo menos tres características esenciales del proceso de amparo tal y como hoy es concebido:

- a) La relevancia otorgada a la infracción de bienes constitucionales que, como hemos visto, tenía una mayor importancia que la infracción de las leyes civiles o penales, lo cual denotaba una concepción de supremacía constitucional, si bien embrionaria.
- b) La composición de un medio de defensa ciudadano contra los agravios de naturaleza constitucional que, merced a la intervención de las Cortes, podía concluir en la reposición del agraviado en el ejercicio de sus derechos constitucionales.
- c) La estructuración de una tutela preferente y urgente en la tramitación de los juicios donde se verificaba la comisión de una infracción a la Constitución, lo cual suponía ya la idea de un proceso de especiales características en función de los bienes jurídicos tutelados que, eran los de mayor valor también en mientes de los constituyentes gaditanos.

III. Epílogo

Basta este breve recorrido por los meandros de la vieja legislación foral y los diversos documentos medievales, para poder apreciar que parte de los actuales procesos constitucionales como el hábeas corpus y

en el Perú: el poder conservador y el consejo de Estado (1839-1855)”, en *Pensamiento Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año V, N° 5, Lima, 1998, pp. 355 y ss.).

LA HERENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA
EN LA FORMACIÓN DEL AMPARO EN LATINOAMÉRICA

el amparo, están ciertamente anclados al influjo ibérico y del cual México fue el primero que asimiló no sólo los antecedentes angloamericanos y franceses, sino estos viejos antecedentes de influencia hispánica y que, dentro de este bicentenario del constitucionalismo mexicano, cabe mirar en lontananza del tiempo que las instituciones contemporáneas como el amparo y el hábeas corpus hoy son comprendidas mirando siempre sus orígenes históricos, como punto de partida para la construcción permanente y contemporánea del Estado Constitucional.

HACIA UNA TIPOLOGÍA ESPECÍFICA DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES*

Sumario: I. Los derechos sociales y su reconocimiento constitucional y jurisprudencial en el Perú. 1. Reconocimiento constitucional. 2. Reconocimiento jurisprudencial. 2.1. El derecho a la salud. 2.2. Los derechos sexuales y reproductivos. 2.3. El derecho a la seguridad social y el libre acceso a las pensiones. 2.4. El derecho a la educación. 2.5. El derecho al trabajo. 2.6. La protección de la familia y las uniones de hecho. II. Una tipología de sentencias para los derechos sociales. 1. Sentencias restitutorias en casos de protección individual. 2. Sentencias en casos de protección colectiva y control de políticas públicas. 2.1. Sentencias declarativas. 2.2. Sentencias de condena con órdenes específicas. 2.3. Sentencias de condena con orden de implementación posterior: la jurisprudencia dialógica. 2.4. El empleo de las sentencias manipulativas.

I. Los derechos sociales y su reconocimiento constitucional y jurisprudencial en el Perú

1. Reconocimiento constitucional

En nuestro país, puede plantearse como hipótesis de evaluación preliminar un déficit marcado en la protección jurídica de los derechos sociales. Y ello, además, siendo estrictos

* Escrito con la colaboración de Felipe Johan León Florián, Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Publicado en la Revista *Pensamiento Constitucional*, N° 16, PUCP, Lima, 2011.

en los términos, pues no hablaremos aquí de la protección fáctica, material de estos derechos, es decir, de la medida en que la población de nuestro país disfruta efectivamente de los derechos sociales reconocidos en la Constitución, los tratados internacionales o las leyes que, como es harto conocido en nuestras realidades latinoamericanas, dista mucho de ser la más óptima¹. Nos referiremos pues, sólo al ámbito donde estos derechos hallan su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, a la protección jurídica que los tribunales han podido brindarles de cara a remediar, de algún modo, el a veces elevado nivel de insatisfacción material en el que éstos se encuentran.

En primer lugar, puede observarse que el reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución de 1993 es menor que el que proporcionaba la Carta de 1979. Así por ejemplo, mientras en la Constitución de 1979 se recogía expresamente los derechos sociales a la *alimentación* y la *vivienda*, en el documento constitucional de 1993 dichos derechos no aparecen reconocidos ni mencionados en el articulado correspondientes a los derechos sociales y económicos². En efecto, el artículo 18 de la Constitución de 1979 prescribía que: “El Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación”. Además de ello, esta Carta Política recogió en el mismo precepto constitucionales directrices específicas en

1 Al respecto puede verse el último Informe del PNUD *Informe sobre Desarrollo Humano Perú 2009 Por una densidad al servicio de la gente*, el cual está dividido en dos secciones: Parte I: las brechas en el territorio; Parte II: una visión desde las cuencas; y donde se muestra las grandes brechas de desigualdad que existen en nuestro país en el acceso a los recursos básicos, según el área geográfica territorial de algunas ciudades. Igualmente, este estudio centra la atención en el problema de la sostenibilidad del recurso hídrico en nuestro país y de su manejo y sostenibilidad sobre todo en las zonas de la sierra.

2 Es significativo a este respecto la observación hecha por el Relator Especial para el derecho a la vivienda de la ONU, Sr. Miloon Kothari, en su Misión al Perú de 2004, quien señaló que “la falta de una política de vivienda durante el último decenio está simbolizada en la revisión constitucional de 1993 que suprimió la referencia al derecho a una vivienda adecuada” (Vid. Resolución del Consejo Económico y Social de la ONU, E/CN.4/2004/48/Add.1, párrafo 7). Aún cuando dicho Relator Especial recomendó al Gobierno peruano la reincorporación del derecho a una vivienda adecuada en la Constitución (párrafo 50 de la citada resolución), puede verse como en el Reporte Especial sobre el derecho a la vivienda elaborado por la nueva relatora, Sra. Raquel Rolnik, en febrero de 2009, ésta señaló que en este punto no se había suscitado ningún avance (Vid. Resolución de la Asamblea General de la ONU A/HRC/10/7/Add.2, párrafo 253).

lo atinente al *derecho a la vivienda*. Así, estableció: “El Estado promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y de vivienda. El Estado apoya y estimula a las cooperativas, mutuales y en general a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquiler-venta. Concede aliciente y exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción. Crea las condiciones para el otorgamiento de créditos a largo plazo y bajo interés”.

Por otro lado, en lo que corresponde al derecho al trabajo, la Carta Política de 1979 brindó una protección mucho más amplia que la que otorgó la Constitución del 93. Así, no sólo recogió expresamente como derechos constitucionales del trabajador el descanso semanal remunerado, las vacaciones anuales pagadas, la compensación por tiempo de servicios, las gratificaciones, bonificaciones u otros beneficios señalados en la ley o el convenio colectivo (artículo 44), sino que estableció un régimen de estabilidad laboral para el trabajador que sería abandonado en la Constitución de 1993. Así, el artículo 48 de la Constitución de 1979 estableció: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada”. Por su parte, el artículo 27 de la Constitución de 1993, escuetamente señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

Aún cuando la Constitución de 1979 peca de reglamentarismo en lo referente a la regulación de los derechos sociales³ e incorpora cláusulas que parecen excesivas de cara a la fundamentalidad de una Carta Constitucional⁴, lo cual también puede generar desazón producto de promesas constitucionales incumplidas, lo cierto es que esta Carta, gestada bajo la égida del Estado de Bienestar aún presente en el mundo en la década del 80, brindaba una protección mucho más amplia y generosa que la Constitución del 93 en materia de derechos sociales, tanto en lo referente a los derechos en ella reconocidos, como en lo atinente al con-

3 En total el guarismo de artículos dedicados a los derechos sociales en la Carta de 1979 asciende a 58, mientras que en la Constitución de 1993 sólo se dedicaron 25 artículos a esta clase de derechos.

4 Un buen ejemplo de ello es el artículo 11 que dispone: “La familia que no dispone de medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos”.

tenido mucho más protector de algunas de sus cláusulas, como sucedió en el caso del derecho al trabajo por ejemplo.

Con todo, en la Constitución de 1993 se han reconocido explícitamente los siguientes derechos fundamentales sociales:

- a) El derecho a la salud, reconocido en los artículos 7 y 9.
- b) Los derechos sexuales y reproductivos, reconocidos en el artículo 6.
- c) El derecho a la seguridad social y libre acceso a las pensiones, recogido en los artículos 10 y 11.
- d) El derecho a la educación, reconocido en los artículos 13, 17 y 18.
- e) El derecho al trabajo, recogido en el artículo 22.
- f) Los derechos laborales a la remuneración, la jornada máxima de trabajo, el descanso semanal y anual remunerados, la protección legal contra el despido arbitrario, la sindicación, la negociación colectiva, la huelga y el derecho a la participación en las utilidades, prescrito en los artículos 24, 25, 26, 27, 28 y 29.
- g) El derecho a la protección de la familia y de las uniones de hecho, recogido en los artículos 4 y 5.
- h) El derecho a la protección constitucional especial de grupos vulnerables: niños, adolescentes, madres, ancianos y discapacitados, recogido en los artículos 4 y 7.

A esta lista habría que agregar el *derecho al agua potable* que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional peruano en el *caso César Augusto Zúñiga López*, donde ha reconocido la presencia autónoma de este derecho fundamental, inscrito en la cláusula de los derechos inominados del artículo 3 y cuya fundamentalidad la ha derivado de la dignidad de la persona y de la cláusula del Estado Social de Derecho⁵. En dicho caso y atendiendo a circunstancias especiales, el TC determinó la imposibilidad de cortar el servicio de agua potable por falta de pago. Asimismo, reconoció que este derecho fundamental se halla circunscrito por tres ámbitos o contenidos específicos: “El acceso, la calidad y la suficiencia (...) No se trata, por consiguiente, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su

5 STC 6546-2006-AA/TC.

goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario”⁶. En síntesis, el derecho al agua puede expresarse como el derecho de toda persona a disponer de agua potable suficiente y de calidad.

Habría que reconocer, no obstante esta cerrada lista de derechos sociales dispuestos en la Constitución de 1993, que, por disposición de la Cuarta Disposición Final y Transitoria, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú; con lo cual habría que precisar que los derechos sociales reconocidos en el ámbito internacional, especialmente los contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) forman parte del Derecho Nacional y complementan, en el ámbito constitucional, los demás derechos reconocidos expresamente por la Carta Magna. A efectos de comparar el reconocimiento internacional de los derechos sociales, con la protección brindada por nuestra Constitución, los derechos consagrados en el PIDESC son, enunciativamente los siguientes:

- a) El derecho a la alimentación, la seguridad alimentaria y la protección contra el hambre (art. 11).
- b) El derecho a la vivienda, el vestido y un nivel adecuado de vida (art. 11).
- c) El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental (art. 12).
- d) El derecho a la seguridad social y el seguro social (art. 9).
- e) El derecho a la educación (art. 13).
- f) El derecho al trabajo (art. 6).
- g) Los derechos laborales a la remuneración justa y digna, la seguridad e higiene en el trabajo, la igualdad de oportunidades, el descanso, el horario máximo de trabajo, las vacaciones periódicas pagadas, la sindicación y la huelga (arts. 7 y 8).
- h) El derecho a la protección de la familia (art. 10).

6 STC 6546-2006-AA/TC, FJ 10-12.

- i) El derecho a la protección constitucional especial de grupos vulnerables: niños, adolescentes y madres (art. 10).
- j) El derecho a la cultura y a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones (art. 15).

Como puede apreciarse, el PIDESC complementa nuestro ordenamiento constitucional, integrando a éste los derechos a la alimentación, la vivienda y la cultura que no aparecen registrados por nuestra Carta de 1993. A esto cabe añadir, el rol de intérprete que le corresponde al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha recibido el encargo del Consejo Económico y Social de la ONU, de ser el órgano técnico especializado en desarrollar dogmáticamente estos derechos, así como la índole de las obligaciones que les corresponde a los Estados y de supervisar su cumplimiento a través de los informes periódicos y, mucho más recientemente, la posibilidad de recibir denuncias individuales de violación de derechos sociales, facultad implementada por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 10 de diciembre de 2008 mediante Resolución N° A/RES/63/117 (que aún no se encuentra en vigor). Las Observaciones Generales emanadas de este Comité constituyen pues la pauta más importante respecto a la definición de los alcances de los derechos sociales y ostentan la naturaleza de jurisprudencia internacional, seguida muy a menudo por las cortes y tribunales constitucionales en la solución de las controversias sobre derechos sociales⁷.

Dichas Observaciones Generales hasta el momento han abordado los siguientes temas:

OG N° 1 - Presentación de informes por los Estados Partes

OG N° 2 - Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto)

⁷ Por ejemplo en nuestro país, el Tribunal Constitucional ha utilizado ampliamente la Observación General N° 14 sobre el derecho a la salud, para resolver controversias que tienen que ver sobre todo con el derecho a la salud mental. Así, ha empleado este instrumento en la STC 3081-2007-PA/TC (FJ. 28), en el caso Ramón Medina Villafuerte (STC 2480-2008-PA/TC, FJ. 10) y en el caso del Instituto Nacional de Salud Mental "Honorio Delgado-Hideyo Noguchi" (STC 5842-2006-PHC/TC, FJ. 45).

OG N° 3 - La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)

OG N° 4 - El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)

OG N° 5 - Las personas con discapacidad

OG N° 6 - Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores

OG N° 7 - El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11): los desalojos forzosos

OG N° 8 - Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales

OG N° 9 - La aplicación interna del Pacto

OG N° 10 - La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales

OG N° 11 - Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14)

OG N° 12 - El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)

OG N° 13 - El derecho a la educación (art. 13)

OG N° 14 - El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)

OG N° 15 - El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)

2. Reconocimiento jurisprudencial

2.1. El derecho a la salud

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha ido concretizando y definiendo, de modo progresivo, el marco de los contenidos de estos derechos, aún cuando su desarrollo y profundización resulta ser todavía incipiente. Sin duda, entre los derechos sociales reconocidos en la Constitución el que más atención ha merecido del Co-

legiado es el derecho a la salud⁸. Tempranamente, en los casos Azanca Alhelí Meza García⁹ y José Luis Correa Condori¹⁰, el Tribunal decidió la entrega del tratamiento antirretroviral para dos pacientes con la enfermedad del VIH, aún cuando no se había implementado la entrega de los mismos dispuesta en la ley. Luego, en el caso Pablo Fabián Miguel Martínez¹¹, el Tribunal declaró la insuficiencia de las acciones estatales de recuperación de la calidad ambiental del Distrito de La Oroya, que afectaban gravemente la salud de la población y ordenó la implementación urgente de las medidas adecuadas. Posteriormente, en los casos Ramón Medina Villafuerte¹² y en la STC 3081-2007-PA/TC, el Tribunal tuvo la oportunidad de desarrollar ampliamente el derecho a la salud mental y abordar distintos problemas en la política pública de este sector. En dichos casos finalmente determinó que debía seguir brindándose tratamiento médico hospitalario a dos pacientes con enfermedades mentales complejas, que requerían cuidados especiales y que carecían de familiares que se los brinden. Luego, en la misma temática del derecho a la salud mental en el caso del Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado-Hideyo Noguchi”, el Tribunal estableció los parámetros del consentimiento informado para el ingreso de pacientes psiquiátricos al centro de salud y verificó la adecuación de las instalaciones de este centro médico para atender este tipo de

8 La jurisprudencia del TC peruano ha evolucionado en cuanto a la interpretación del carácter fundamental del derecho a la salud, a través de cuatro estadios: a) en primer lugar, en el caso *Juan Islas Trinidad y otros* o caso del *Penal de Challapalca*, este derecho se ubica en la cláusula de los derechos innominados, merced a su vinculación con el derecho a la vida, la integridad y la dignidad de la persona (STC 1429-2002-HC/TC, FJ. 14); b) en segundo lugar, en el caso *Azanca Alhelí Meza García* la salud es apreciada desde la óptica de los derechos sociales y se considera que su carácter de fundamental sólo se adquiere cuando están en juego otros derechos fundamentales, básicamente la vida (STC 2945-2003-AA/TC, FJ. 6); b) luego, en el caso *José Luis Correa Condori*, se dijo que dicha relación con otros derechos no era el que le otorgaba el carácter de fundamental, pero sí lo acentuaba (STC 2016-2004-AA/TC, FJ. 5); y d) finalmente, en el caso *Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi*, se ha decantado por considerar que es necesario brindar un mayor grado de autonomía a este derecho (STC 5842-2006-PHC/TC, FJ. 48).

9 STC 2945-2003-AA/TC.

10 STC 2016-2004-AA/TC.

11 STC 2002-2006-AC/TC.

12 STC 2480-2008-PA/TC.

enfermedades, en especial en lo referente al espacio separado para la atención de adolescentes, ordenando la modificación de ciertas áreas e infraestructura para la mejor atención en salud mental¹³. Por último, en el caso Andrea Cristina Dongo Coronado, el Tribunal estableció la imposibilidad de suspender un tratamiento médico, basado en la mera presunción de afiliación irregular de un afiliado a Essalud¹⁴.

2.2. Los derechos sexuales y reproductivos

Con relación a los derechos sexuales y reproductivos, el Colegiado Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse en dos casos respecto a la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia (AOE). Si bien en un primer momento el Tribunal se mostró mucho más activista en la defensa de estos derechos y en el caso Susana Chávez Alvarado, ordenó la distribución gratuita de la píldora por parte del Estado, basado en el mandato legal que establecía dicha distribución¹⁵; en un segundo momento se mostró mucho más cauteloso, y en el caso ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”, el Tribunal decidió prohibir la distribución gratuita que llevaba a cabo el Ministerio de Salud por considerar que existían dudas respecto al carácter abortivo del tercer efecto de la AOE¹⁶.

2.3. El derecho a la seguridad social y el libre acceso a las pensiones

En cuanto al derecho a la seguridad social, el Tribunal ha desarrollado este derecho a través de dos *leading cases*. En primer lugar, en el caso de la reforma del régimen pensionario del D.L. 20530, el Tribunal convalidó la citada reforma que establecía una disminución progresiva de las pensiones en este régimen y que prohibía la nivelación de las pensiones y cerraba el citado régimen, con sustento en un principio de justicia distributiva y sostenibilidad del régimen pensionario¹⁷. Por su parte, en el caso Manuel Anicama Hernández, el Tribunal estableció los ámbitos que corresponden al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, a efectos de exigir su tutela a través del proceso

13 STC 5842-2006-PHC/TC.

14 STC 2034-2009-PA/TC.

15 STC 7435-2006-AC/TC.

16 STC 2005-2009-AA/TC.

17 STC 0050-2004-AI/TC.

de amparo. Así, estableció que pertenecen a dicho contenido constitucional: el acceso al sistema de seguridad social, el acceso a la pensión, la verificación del monto asignado cuando éste estuviera por debajo del mínimo vital y la verificación del monto pensionario en situaciones de urgencia, como enfermedad o edad avanzada¹⁸. Por último, en el caso de la desafiliación del Sistema Privado de Pensiones y retorno al Sistema Público de Pensiones, el Tribunal estableció que el derecho a la libertad en la elección del sistema pensionario suponía que la información otorgada para la afiliación debía ser oportuna y suficiente, por lo que debía incluirse como causal de nulidad de la afiliación este requisito¹⁹.

2.4. El derecho a la educación

En lo que respecta al derecho a la educación, el Tribunal ha cuidado especialmente de preservar tanto la continuidad del servicio educativo, así como la calidad del servicio, como contenidos básicos de este derecho. Así, en el caso Feliciano Contreras Arana, el Tribunal dispuso la reincorporación de dos alumnos de educación primaria que fueron arbitrariamente suspendidos por falta de pago de su pensión de estudios²⁰. Igualmente, en el caso Flavio Roberto Jhon Lojas, el Colegiado determinó que la exigencia de continuidad en los estudios también era exigible a una universidad privada cuando ésta disponía de otros medios efectivos para realizar el cobro²¹. Finalmente, en el caso de las Filiales Universitarias, el Tribunal ha establecido la suspensión de creación de nuevas filiales universitarias hasta que el Estado no garantice la creación de un organismo autónomo y suficientemente capacitado para llevar a cabo esta labor, vigilando así el sostenimiento de la calidad de la educación universitaria²².

2.5. El derecho al trabajo

En lo que toca al derecho al trabajo, el Tribunal estableció en el caso del Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú que la pro-

18 STC 1417-2005-PA/TC.

19 STC 0014-2007-PI/TC.

20 STC 4646-2007-PA/TC

21 STC 0607-2009-PA/TC

22 STC 0017-2008-PI/TC

tección brindada por el segundo párrafo del artículo 34 del T.U.O. del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D. S. N.º 003-97-TR, esto es, la indemnización como única forma de reparación, era una protección insuficiente y por tanto inconstitucional, y que cabía por, ende, en el caso concreto la reposición de los trabajadores de Telefónica que habían sido separados de sus puestos de trabajo²³. Esta postura altamente protectora del derecho al trabajo se vio, sin embargo, morigerada en el caso Llanos Huasco, donde no se llegó a afirmar la inconstitucionalidad de dicha ley, pero se amplió la protección del proceso de amparo para dilucidar pretensiones de reparación en el trabajo cuando los despidos hayan sido incausados, fraudulentos o nulos²⁴.

2.6. La protección de la familia y las uniones de hecho

En cuanto a la protección de la familia, en el caso Reynaldo Armando Shols Pérez el Tribunal ha empezado a tomar en cuenta nuevas realidades sociales y ha considerado dentro de un concepto amplio de familia, a las familias ensambladas, reconstituidas o reconstruidas, ampliando el margen de tutela constitucional también a éstas. Así, en este caso el Tribunal ordenó al Centro Naval del Perú la entrega del respectivo carnet a la hija del demandante que era fruto del anterior compromiso de su esposa²⁵. Del mismo modo, en el caso Janet Rosas Domínguez el Tribunal ha brindado una protección cualificada a las uniones de hecho reconocidas en la Constitución y ha ordenado que el o la conviviente supérstite tenga acceso a la pensión de viudez otorgada por el Estado²⁶.

II. Una tipología de sentencias para los derechos sociales

En los últimos tiempos ha venido desarrollándose en la doctrina comparada un amplio debate en torno a la eficacia que pueden tener los fallos judiciales que ordenan la protección de los derechos sociales. Esta discusión ha estado centrada en el hecho de que el activismo

23 STC 1124-2001-AA/TC

24 STC 0976-2001-AA/TC.

25 STC 9332-2006-PA/TC.

26 STC 6572-2006-PA/TC.

judicial que se refleja en muchos tribunales o cortes constitucionales al momento de otorgar tutela o amparo a los derechos fundamentales sociales, contrasta duramente con las posibilidades de actuación real de las sentencias que ordenan dicha protección. En otros términos, la polémica se ha suscitado en torno a la ejecución de las sentencias que declaran la violación de un derecho social y que ordenan, en consecuencia, un accionar positivo de parte del Estado para remediar dicha vulneración. Dado que dicha ejecución resulta muchas veces onerosa y depende del accionar político de las entidades estatales, lo decidido por los tribunales en la sentencia muchas veces queda sólo en el plano de las buenas intenciones, ocasionando con ello –según los críticos– el descrédito de la justicia constitucional.

A efectos de ilustrar esta problemática, nos hemos permitido bosquejar una tipología de sentencias para derechos sociales, que atiende no sólo a la forma de determinación de aquello que se decide u ordena en el fallo, sino que tome en cuenta la metodología empleada para el cumplimiento de la decisión emitida. Hemos dividido esta clasificación en dos grandes grupos, pues entendemos que por diversas razones en los casos de protección individual no se producen los complejos y delicados problemas que cuando la justicia se enfrenta a casos de dimensión colectiva donde está involucrada el control de las políticas públicas. Por otro lado, la clasificación hecha para los casos de protección colectiva resume básicamente la forma cómo los tribunales se han enfrentado a estos casos, tratando de superar no sólo el problema del coste económico de implementación de las sentencias, sino el problema de invasión de las competencias de los otros poderes del Estado.

1. Sentencias restitutorias en casos de protección individual

Cuando el caso materia de controversia versa sobre la protección de un derecho subjetivo fundamental de carácter social, la sentencia presenta en su parte dispositiva no sólo la declaración de vulneración del derecho social involucrado, sino como resulta obvio, también la orden u órdenes a cumplirse por la parte demandada para restituir a la persona en la goce efectivo de su derecho conculcado. La mayoría de estos casos se producen en el nivel de la protección legal de los derechos sociales, esto es, cuando la ley que implementa el derecho

social en cuestión, ha definido claramente los requisitos para el disfrute de los derechos sociales. Ello sucede por ejemplo en la mayoría de los casos sobre acceso a la pensión, donde aquello que se reclama es el otorgamiento de la pensión producto de haber cumplido los requisitos exigidos por la ley. Aquí la sentencia será evidentemente no sólo una que declara la vulneración del derecho a la pensión, en el caso de que la ONP haya denegado la misma, sino una de condena que ordena la restitución del derecho a la pensión, otorgando la pensión reclamada por el demandante.

Sin embargo, pueden darse casos donde la protección solicitada no se encuentre claramente definida en la ley o no se esté brindando aún, de modo general, la prestación social exigida. En estos supuestos las cortes hacen derivar dicha exigencia directamente de la Constitución, atendiendo a razones de urgencia y a la vinculación indesligable entre la protección del derecho social en cuestión y la dignidad de la persona. Los casos que pueden ubicarse en esta línea son los ya reseñados Azanca Alhelí Meza García²⁷ y José Luis Correa Condori²⁸, donde se ordenó la entrega de las antirretrovirales a la parte demandante. Aquí, al igual que en el caso de la protección legal, la sentencia también posee no sólo la naturaleza de sentencia declarativa, sino también de sentencia de condena.

El problema con los casos de protección individual de derechos sociales, decididos sobre la base de la Constitución, y sin ninguna implementación legal o institucional de por medio, viene dado, sin embargo, por las consecuencias de efecto cadena que dichos fallos pueden tener y que pueden llevar a otras personas a solicitar la misma tutela, lo cual puede tener un efecto contraproducente en la sostenibilidad del sistema de prestación de que se trate. Del mismo modo, se ha apuntado que dicha protección individual puede ocasionar situaciones injustas en la prestación de los servicios, dándole preeminencia a quienes obtuvieron una sentencia judicial favorable sobre otros que quizás necesiten una atención más prioritaria. Dicha problemática puede verse en los casos Ramón Medina Villafuerte y en la STC 3081-2007-PA/TC, donde se ordena a los centros de salud respectivos la atención permanente a dos pacientes con problemas de salud mental, cuando los médicos habían

27 STC 2945-2003-AA/TC.

28 STC 2016-2004-AA/TC.

decretado regímenes de Hospital de Día, que eran más manejables para la institución sanitaria.

Con todo, es en estos casos donde empieza a vislumbrarse la dimensión colectiva en la protección de los derechos sociales²⁹ y la necesidad de fiscalizar y controlar el adecuado desenvolvimiento de las políticas públicas sectoriales con el fin de superar estructuralmente el problema, llevando incluso al Colegiado Constitucional, en algunos casos, a realizar algunas exhortaciones a los poderes públicos para remediar dicho déficit.

2. Sentencias en casos de protección colectiva y control de políticas públicas

En la experiencia de la jurisprudencia constitucional comparada, dos han sido las formas que se han utilizado para poder dar cuenta en un proceso de tutela de derechos fundamentales de esta dimensión colectiva. La primera de ellas tiene que ver con el empleo de *acciones colectivas, de grupo* o *acciones populares* tendientes a reclamar colectivamente la protección de un derecho social que involucra a varios ciudadanos³⁰. Víctor Abramovich y Laura Pautasi, por ejemplo, han destacado que la petición colectiva de protección de los derechos sociales resulta beneficiosa en muchos aspectos, pues permite procesos de decisión más abiertos, con participación de actores sociales e institucionales diversos y con espacios de discusión más amplios, donde las cortes pueden evaluar las políticas públicas de acuerdo a estándares constitucionales e internacionales, decidiendo en el marco del consenso y del derecho³¹.

29 Sobre esta problemática puede verse LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan: "Dimensión individual y dimensión colectiva en la protección de los derechos sociales. Reflexiones a partir del caso *Dongo Coronado*", en *Actualidad Jurídica*, Tomo 196, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2010

30 Vid. un análisis de resultado de este tipo de acciones en el ordenamiento colombiano en LONDOÑO TORO, Beatriz; GONZÁLEZ ACOSTA, Angélica y FIGUERO MEDINA, Gerardo: "Diagnóstico del impacto de la ley colombiana de acciones populares y de grupo en sus primeros diez años de vigencia. Resultados de investigación", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 126, México, septiembre-diciembre del 2009, pp. 1339-1371.

31 ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASI, Laura: "El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argen-

Estas acciones colectivas, sin embargo, hacen alusión al modo de acceder al tribunal o corte constitucional³², mas no, para lo que interesa en el presente trabajo, a las medidas que la justicia constitucional puede adoptar en la sentencia de cara a brindar dicha protección colectiva. En este contexto, la otra figura que se ha creado para el logro de dicha protección es el *estado de cosas inconstitucional*, que si bien fue pergeñado con dicho nombre por la Corte Constitucional de Colombia³³, existía ya en Estados Unidos, de alguna manera a través de la figura de los *structural remedies*³⁴.

tina”, en *Salud Colectiva*, N° 4 (3), Buenos Aires, septiembre-diciembre del 2008, p. 276, disponible en <http://www.unla.edu.ar/public/saludColectivaNuevo/publicacion12/index.php>.

- 32 No debe subestimarse, sin embargo, el papel del acceso colectivo a los tribunales y del litigio de interés social propugnado por organizaciones de defensa de los derechos humanos. Al respecto es interesante la acotación expuesta por juez Bhagwati sobre la especial significación de la legitimación activa amplia en el caso de la India: “la Suprema Corte de la India encontró que el principal obstáculo que privaba a los pobres y a los desaventajados de un efectivo acceso a la justicia eran las reglas tradicionales sobre legitimación, que insistían en que sólo una persona que había sufrido un agravio legal específico en razón de una violación actual o una amenaza de violación sobre sus derechos o intereses jurídicamente protegidos puede iniciar una acción para una reparación judicial”. Vid. GARGARELLA, Roberto: “Primeros apuntes para un estudio de la legitimación (*standing*)”, en *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. Democracia, Roberto Gargarella (Coordinador), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 317.
- 33 Esta figura, según la Corte Constitucional de Colombia puede declararse cuando se presenten algunos de los siguientes elementos: a) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; b) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; c) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; d) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; e) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; f) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (Corte Constitucional de Colombia T-025/2004).
- 34 Como ha destacado Clara Inés Vargas Hernández, en Estados Unidos se inicia a través del caso conocido como *Brown II* un rumbo diferente en la forma de abordar los procesos donde se discute la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, dando pie al examen estructural y colectivo al que aquí se alude.

El control intenso de las políticas públicas por parte de la justicia constitucional, con el objeto de remediar situaciones estructurales y sistemáticas de violación de los derechos sociales se ha enfrentado sin embargo a duras críticas. En primer lugar, se ha dicho que las órdenes dictadas por las cortes para corregir o implementar una determinada política invade la competencia de los órganos políticos para fijar las prioridades de la política social y no toma en cuenta la necesidad de definición técnica de estas materias que le corresponde a los órganos de gobierno y no a las cortes. En segundo lugar, se ha criticado que muchas de estas órdenes carecen de la garantía necesaria para su adecuado cumplimiento o implementación, por lo que las sentencias terminan siendo meramente retóricas, lo cual no favorece la autoridad de las cortes y deslegitima a la justicia constitucional.

Para enfrentar dichas críticas la justicia constitucional ha brindado tres soluciones distintas, privilegiando alguno de los factores señalados en el párrafo anterior sobre otro, o tratando de llevar a cabo un adecuado equilibrio de los mismos, de modo que la sentencia que ordena deberes positivos al Estado en el diseño de la política pública, no sea ni invasiva ni carezca de la fuerza suficiente para no ser cumplida por los órganos demandados. En este contexto, las sentencias que protegen derechos sociales, de modo colectivo, pueden clasificarse en:

En efecto, a través de la figura de los “*structural remedies*”, la Suprema Corte enfrentó la situación estructural de discriminación racial en las escuelas públicas americanas a inicios de los años sesenta, rediseñando el proceso a través de estas nuevas características: a) la acción procesal parte de la existencia de una violación sistemática de los derechos fundamentales de un grupo de personas y por ende la orden judicial apunta a modificar un *statu quo* injusto, b) el proceso judicial involucra a un conjunto importante de autoridades públicas, c) los hechos expuestos guardan relación con políticas públicas, d) la sentencia no tiene solo efectos interpartes, e) la Corte Suprema de Justicia conserva su competencia para vigilar el cumplimiento del fallo, f) el juez constitucional no es neutral o pasivo ante la situación, y g) la finalidad del fallo judicial es garantizar la vigencia de unos principios constitucionales (VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés: “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional””, en *Estudios Constitucionales*, Año 1/vol. 1, número 001, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, 2003, p. 211).

2.1. Sentencias declarativas

El caso más emblemático en la jurisprudencia comparada sobre este tipo de sentencia es el *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica³⁵. Aquí la Corte no sólo asiente en la permanencia de un grupo de personas sin techo en el lugar que habitaban hasta que el Estado no les brindara refugio seguro y adecuado, sino que ingresa a controlar la política de provisión de vivienda llevada a cabo por el Estado sudafricano. En este contexto, luego de aplicar un test de razonabilidad a dicha política, *declara* la inconstitucionalidad de la misma, desde que ésta no ofrecía plan alguno de provisión de vivienda a los más pobres, que eran justamente quienes habían sufrido el régimen de discriminación del *apartheid*. Sin embargo, la declaración efectuada por la Corte no aparejaba ninguna orden específica, sino sólo declaraba la obligación general del Estado de incluir dentro de la política de vivienda un plan especial para atender a las poblaciones más necesitadas de vivienda.

Esta sentencia si bien ha sido elogiada por no ser invasiva de las competencias del Gobierno para fijar la política de vivienda, dado que no contenía ninguna orden concreta, respetando de ese modo el principio de separación de poderes y la capacidad técnica del Gobierno, también ha sido criticada por no haber establecido ningún sistema de vigilancia y control de la obligación fijada en la sentencia, con lo cual la hizo, según un sector doctrina, inoperativa en la práctica.

2.2. Sentencias de condena con órdenes específicas

La jurisprudencia comparada también ha registrado casos donde, contrariamente al supuesto anterior, las cortes han fijado de modo muy minucioso la conducta que debían seguir las autoridades encargadas de remediar el déficit constitucional presentado. Así por ejemplo, se sitúa en esta perspectiva el caso sobre la reforma del sistema carcelario en Colombia, donde se aplicó la figura del estado de cosas inconstitucional y se dictaron órdenes complejas para superar el pro-

35 Este caso en BRAND, Danie: "El experimento de Sudáfrica con los derechos socioeconómicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?", en *La protección judicial de los derechos sociales*, Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría (Editores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, pp. 501-502.

blema³⁶. Del mismo modo, el caso de financiamiento de los créditos para vivienda en Colombia, cuyo parámetro fue fijado por la misma Corte³⁷. Igualmente, en Estados Unidos también se produjeron fallos donde se ordenaba la reforma estructural del sistema carcelario, de vivienda y educativo, con órdenes tan precisas en el caso del sistema carcelario como el número de guardias que debían ser contratados o los detalles del diseño de las instalaciones carcelarias³⁸.

En nuestro país, puede situarse en esta categoría los casos Ramón Medina Villafuerte y la STC 3081-2007-PA/TC, sobre salud mental y que ya han sido reseñados en este trabajo. En estos casos, justamente el Tribunal al apreciar una amplia problemática en la política pública de salud mental ingresa a examinar diversos aspectos de dicha política y si bien no existe una condena concreta, sí llega a exhortaciones muy concretas: a) Exhortar al Ministerio de Salud y al Seguro Social de Salud (EsSalud) que implementen un organismo público descentralizado, o un órgano de línea, o una unidad rectora, o un órgano de dirección, que conduzca, dirija y supervise exclusivamente la aplicación y cumplimiento de las políticas de salud mental; b) Exhortar al Ministerio de Salud y al Seguro Social de Salud (EsSalud) para que en la mayoría de sus hospitales brinden atención psiquiátrica; c) Exhortar al Ministerio de Economía y Finanzas a que solicite ante el Congreso de la República la aprobación de un crédito suplementario a fin de que el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud (EsSalud) implemente las presentes exhortaciones; y d) Exhortar al Congreso de la República y/o al Ministerio de Salud que amplíen la cobertura del Seguro Integral de Salud para la atención de las enfermedades y/o trastornos mentales o del comportamiento, en cumplimiento del artículo 7 de la Constitución³⁹.

Por su parte, en el caso del Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado-Hideyo Noguchi”, el Tribunal Constitucional llega

36 Corte Constitucional de Colombia T-153/98.

37 Corte Constitucional de Colombia C-700/99.

38 RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana: “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, op. cit., p. 358.

39 STC 2480-2008-PA/TC.

a dictar el siguiente mandato: “Se ordena que, dentro de las previsiones presupuestarias, la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental ‘Honorio Delgado - Hideyo Noguchi’ ejecute las correcciones adecuadas en el espacio destinado a sus pacientes (hábeas corpus correctivo) en el sentido de una mejor separación entre los pacientes hombres y mujeres, y crear un espacio destinado al tratamiento diferenciado de los pacientes adolescentes, sobre la base de la tutela prevista en el artículo 4 de la Constitución”⁴⁰.

Por último, en el caso de la defensa judicial de la ONP, donde el Tribunal declaró el estado de cosas inconstitucional de la defensa efectuada por los estudios jurídicos contratados por el órgano rector de las pensiones, se dictó la orden al Poder Ejecutivo de reordenar el sistema de defensa judicial y contratación de estudios jurídicos que, hasta ese momento, sólo ejercían una labor dilatoria en los procesos judiciales sobre derechos pensionarios.

La crítica a este tipo de fallos ha venido pues desde el argumento de la separación de poderes y del contenido altamente político de las sentencias y de la facultad incorrectamente arrogada de las cortes de definir la política estatal en materia social. Pero no sólo ello, sino que muchos de estas sentencias han sido criticadas por no haber establecido formas de seguimiento al cumplimiento de las mismas o que la fuerza de las cortes no ha sido la suficiente para llevar adelante su implementación; con lo cual -se ha dicho- el activismo judicial mostrado en dichos casos ha terminado siendo desprestigiado por la realidad de incumplimiento al que se enfrentó. Ello ha ocasionado, en no pocas instancias, el repliegue de los jueces en la protección estructural y compleja de los derechos sociales y en el control de las políticas públicas⁴¹.

Por ejemplo en nuestro país, no se conoce ni existen estudios que reflejen la medida en que las órdenes o exhortaciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los casos citados han sido implementadas o llevadas a cabo por las autoridades correspondientes.

40 STC 5842-2006-PHC/TC.

41 RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana: op. cit., p. 342.

2.3. Sentencias de condena con orden de implementación posterior: la jurisprudencia dialógica

Con el objeto de superar las críticas efectuadas a la jurisprudencia constitucional protectora de los derechos sociales en casos colectivos, la Corte Constitucional de Colombia ha ideado una nueva forma de estructurar los fallos, cuidando no sólo la preservación del principio de separación de poderes y el principio democrático, sino también vigilando que se implemente lo decidido en la sentencia.

El prototipo de esta clase de sentencia es la dictada en el caso del Desplazamiento Forzado producto del conflicto armado interno en Colombia⁴², donde se declaró el estado de cosas inconstitucional de la política pública que atendía a la población desplazada y se ordenó la implementación de una política acorde con los derechos fundamentales y principios constitucionales exigibles para este grupo que gozaba de especial protección constitucional.

En este caso, sin embargo, las órdenes no son detalladas y sólo se señalan los compromisos que debe asumir el Estado de cara al respeto de los derechos fundamentales de la población desplazada; sin embargo introduce la Corte Constitucional una nueva metodología para afrontar el cumplimiento de su sentencia y exigir el cumplimiento de las obligaciones señaladas en la sentencia. Así, la determinación de las medidas a adoptarse será posterior a la sentencia y se irá definiendo en el marco de audiencias participativas donde participen las autoridades estatales implicadas y los beneficiarios y actores sociales involucrados. En dicho contexto, hasta julio de 2009, la Corte Constitucional ha dictado 80 autos de seguimiento de su sentencia, donde se han fijado, cada vez de modo más estricto, las medidas que deben ser implementadas por el Gobierno para satisfacer los derechos fundamentales de la población desplazada. A su vez, dichos autos han sido producto de 12 audiencias participativas, donde se ha discutido la implementación de la sentencia entre las autoridades involucradas y la propia población desplazada, así como de otros actores sociales relevantes.

Las virtudes de esta nueva metodología de implementación dialógica de los fallos han sido anotadas como el carácter fuertemente democrático de las audiencias participativas, donde se da voz a la po-

42 Corte Constitucional de Colombia T-025/2004

blación afectada y se conjuga junto con el gobierno la solución más óptima posible, produciendo un acercamiento que de otro modo no sería factible. Contrariamente a lo que indican los críticos del activismo de las cortes, la jurisprudencia dialógica no pretende la confrontación con la autoridad política o el menoscabo del principio de separación de poderes y, menos aún, del principio democrático; sino que busca justamente activar el sistema democrático por otra vía. Así, el “efecto desbloqueador” del sistema es, según sus defensores, su principal virtud⁴³.

Por otro lado, estas sentencias tienen un efecto indirecto en el empoderamiento de los actores sociales que reclaman la protección de sus derechos fundamentales. Así, convierten a éstos, luego de la sentencia, en actores legítimos de un reclamo que va a tener cauces institucionales para ser atendido. Deja pues la vigilancia de los fallos a los propios ciudadanos de a pie, quienes serán los que conminen al gobierno a cumplir, pero ya no como un simple reclamo, sino como una exigencia establecida por la propia Corte⁴⁴.

En nuestro país, dado que el Tribunal Constitucional no ha asumido la posibilidad de vigilar el cumplimiento de sus propias decisiones no ha practicado aún esta forma de implementación de las sentencias constitucionales en casos de derechos sociales.

2.4. El empleo de las sentencias manipulativas

Por último destaca también el uso de sentencias interpretativas-manipulativas, que ha servido, en algunos supuestos, para reparar la inconstitucionalidad detectada en materia de derechos sociales. En particular, destacan dos casos relevantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: uno primero referido a la extensión de las pensiones de viudez para las uniones de hecho, y el otro, respecto a una causal no establecida para la libre desafiliación en el sistema de pensiones. A ellas, nos referiremos brevemente.

En primer lugar, podemos reseñar el caso de un proceso de amparo en el cual, el Tribunal Constitucional ordenó incluir a las uniones de

43 RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana: op. cit., p. 362-365.

44 RODRÍGUEZ GARAVITO, César y RODRÍGUEZ FRANCO, Diana: op. cit., p. 357-362.

hecho dentro de los supuestos establecidos en el artículo 53 del Decreto Ley 19990, a efectos de que el o la conviviente pueda percibir también una pensión de viudez cuando ello corresponda, al igual que las uniones matrimoniales. De esta forma, el Tribunal equiparó el tratamiento que los sistemas privado y público de pensiones otorgaban a las uniones de hecho en lo relativo a las pensiones de sobrevivencia. Con esta decisión, no cabe duda que el Tribunal emitió una auténtica sentencia manipulativa (aditiva) al interior de un proceso de la libertad, en la medida que estableció un supuesto que la ley no contemplaba expresamente. Esta argumentación le permitió al Tribunal garantizar a plenitud el derecho fundamental a la pensión de los convivientes⁴⁵.

Por otro lado, debe mencionarse el proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Libre Desafiliación Informada⁴⁶. En esta ocasión, el Tribunal declaró inconstitucional la omisión legislativa consistente en no haber incluido a la “indebida, insuficiente y/o inoportuna información” como causal de nulidad del acto de afiliación al sistema privado de pensiones. De este modo, el Tribunal suplió a través de una sentencia manipulativa (también aditiva) una omisión inconstitucional imputable al legislador, pero que afectaba directamente los derechos fundamentales a la información y a la pensión. Por lo demás, cabe indicar que ya el Tribunal había establecido, de manera previa a esta decisión, cuáles eran aquellos supuestos habilitantes que, de conformidad con el artículo 11 de la Constitución, justificaban el retorno del pensionista al sistema público de pensiones. Desde esta perspectiva, pues, la sentencia bajo comentario no sólo cumplió el papel de proteger los derechos fundamentales de los afiliados, sino que también se encargó de garantizar la eficacia de la interpretación realizada por el propio Tribunal en su anterior jurisprudencia.

Lima, 01 de julio de 2010

45 STC 06572-2006-PA/TC.

46 STC 00014-2007-PI/TC.

**UNA PROBLEMÁTICA NO RESUELTA
EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
EN LATINOAMÉRICA
¿TIENEN AUTONOMÍA PROCESAL
LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES?***

Sumario: 1. Introducción. 2. Noción de autonomía procesal. 2.1. Autonomía procesal delegada o interpretativa. 2.2. Autonomía procesal autárquica o cuasilegislativa. 3. Críticas a la autonomía procesal. 4. Límites a la autonomía procesal. 5. Breve brochazo panorámico a la autonomía procesal a nivel comparado. a) La creación de la judicial review y el caso *Marbury vs. Madison*. b) La introducción del amparo en Argentina. c) La creación del bloque de constitucionalidad por el Consejo Constitucional francés. d) El desarrollo de las tipologías de sentencias interpretativas por la Corte Constitucional italiana. e) La creación del estado de cosas inconstitucional por la Corte Constitucional de Colombia. 6. El Tribunal Constitucional peruano y la utilización de la Autonomía Procesal. 6.1. La aplicación de la autonomía procesal

* La primera versión de estas reflexiones se publicó en *Parlamento, Constitución y Justicia Constitucional*, Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, 2010. Se mantiene el estilo, coloquial, pues fué una reconstrucción magnetofónica. Luego ha sido ampliada y revisada, siendo expuesta en Bolivia, Argentina, Colombia, República Dominicana, Guatemala finalmente Brasil (Conferencia impartida con motivo del II Congreso de la Conferencia mundial de la Justicia Constitucional, organizado por Tribunal Supremo Federal de Brasil y la Comisión de Venecia, realizado en la ciudad de Río de Janeiro, entre el 16 y 18 de enero de 2011). (Nota de marzo de 2013).

delegada o interpretativa. 6.1.1. Tipología de las sentencias interpretativas. 6.1.2. Las reglas para la adecuación de los procesos de amparo a procesos contencioso-administrativos en materia previsional. 6.1.3. Los requisitos del mandamus en el proceso de cumplimiento. 6.1.4. Supuestos de procedencia del proceso competencial. 6.1.5. El iura novit curia y la suplencia en la queja deficiente. 6.1.6. La distinción entre precedente y doctrina jurisprudencial vinculante. 6.1.7. La actuación inmediata de la sentencia en el amparo. 6.1.8. La represión de actos homogéneos. 6.2. La Autonomía Procesal autárquica o cuasilegislativa. 6.2.1. La técnica del estado de cosas inconstitucional. 6.2.2. El recurso de agravio constitucional a favor del precedente. 6.2.3. El recurso de agravio excepcional por vulneración del orden constitucional. 6.2.4. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional y el recurso de apelación por salto. 6.2.5. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Poder Judicial. 6.2.6. La figura del amparo contra amparo. 6.2.7. El partícipe en el proceso de inconstitucionalidad. 6.2.8. La adecuación del proceso de cumplimiento para el control de la inconstitucionalidad por omisión. 6.2.9. El cómputo del plazo razonable. Epílogo.

1. Introducción

El 20 de octubre del presente año se cumplen 91 años de presencia en el mundo de los tribunales constitucionales, inspirados por el genio y figura de Hans Kelsen, a través de su criatura predilecta: la Alta Corte Constitucional de Austria. Es decir, habría cerca de 91 años de desarrollo del derecho procesal constitucional frente a su similar, esto es, el derecho procesal ortodoxo o clásico, que tiene dos mil años o el equivalente a la presencia de Cristo en el reino de este mundo.

Hay que observar el parangón. El Perú también tiene de historia republicana la misma edad del Poder Judicial; en cambio, el Tribunal Constitucional, que tiene su precedente en el Tribunal de Garantías Constitucionales, no pasa de tener en la actualidad aproximadamente 28 años de presencia.

En ese contexto, hay una serie de *temas convulsionados*, temas en los que nos movemos en terrenos movedizos, y uno de ellos es el que da origen a la siguiente interrogante: ¿Existe autonomía procesal en los tribunales constitucionales? Este es el tema que motiva la presente exposición.

Aclaro de antemano que quienes, por un lado, estén en el pellejo –valga la expresión– de los magistrados del Tribunal Constitucional, obviamente van a afirmar la posición de que sí existiría autonomía procesal en los tribunales constitucionales. Pero, por otro lado, quienes probablemente no estén en la condición de magistrados del Tribunal Constitucional, sostendrán lo contrario, afirmando que no existe tal autonomía procesal y que lo que vienen realizando los tribunales constitucionales realmente es usurpar ámbitos competenciales que le corresponden, por ejemplo, al Poder Judicial o al legislador, entre otros aspectos.

Entonces, nos vamos a tomar la licencia de desarrollar, en primer lugar, el presente tema, esto es, el concepto de autonomía procesal. De antemano, tenemos que hurgar un poco en el derecho comparado.

En Alemania, el *Bundesverfassungsgericht* –es decir, el Tribunal Constitucional Federal alemán– planteaba la tesis de que los miembros del Tribunal Constitucional Federal Alemán podían desarrollar creaciones y figuras procesales distintas a lo que denotaba la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Alemán. Entonces, la pregunta que uno se plantea es la siguiente: ¿tienen, en rigor, los tribunales constitucionales esta presunta autonomía?

2. Noción de Autonomía Procesal

En primer lugar, ¿qué se entiende por autonomía procesal? Entre otras definiciones, por este término puede entenderse ‘aquella potestad discrecional que tienen los tribunales constitucionales para crear figuras procesales y procedimentales distintas o interpretativas de lo que en este caso es el Código Procesal Constitucional, o de la legislación procesal constitucional de cada país’.

En lo personal, encuentro que habría dos vertientes de autonomía procesal. Para mí, en primer lugar, hay una vertiente que podríamos denominar *autonomía procesal delegada o interpretativa*; y, en segundo lugar, hay una *autonomía procesal autárquica o cuasi legislativa*.

La primera es pacífica, no opinable, no es un terreno comanche, convulsionado o minado, se puede transitar con holgura, se puede navegar en calado profundo, sin mucho cuestionamiento. Pero,

cuando hablamos de autonomía procesal autárquica o cuasi legislativa, estamos ante un mar proceloso y de mucho cuidado.

2.1. Autonomía Procesal delegada o interpretativa

¿Qué se entiende por autonomía procesal delegada o interpretativa? Se entiende por tal la interpretación y desarrollo de aquellas instituciones y reglas procesales que existen en el Código Procesal Constitucional, pero que el intérprete, el Tribunal Constitucional, ha venido enderezándolas, realizando algún tipo de interpretación, dotándoles una dimensión dinámica de acuerdo más o menos a lo que la legislación procesal le confiere. Ya veremos para más adelante los casos que podríamos tener en esta variante. Pero esa es una interpretación que no es *autónoma* del Tribunal, sino que surge de la propia legislación procesal positiva, y a eso le denominamos *autonomía procesal delegada*, porque el propio Código Procesal Constitucional lo prescribe y el Tribunal Constitucional, intérprete supremo, lo dinamiza, lo concretiza.

2.2. Autonomía Procesal autárquica o cuasilegislativa

Sin embargo, hay que señalar que la autonomía procesal autárquica o cuasi legislativa es una autonomía en donde el Tribunal Constitución crea, recrea e innova figuras procesales a través de su jurisprudencia, muchas veces *contra legem*, en oposición frontal contra lo que dice el Código Procesal Constitucional —ya veremos los casos— o contra lo que puede decir el propio testamento histórico del poder constituyente, como es la Constitución; situación que ha llevado a que algunos críticos califiquen a los miembros del Tribunal Constitucional como una “*banda de facciosos*”. Con todo, ésta sería la autonomía procesal autárquica, la que dimana de lo que el Tribunal establece exclusiva y excluyentemente, prescindiendo de la legislación procesal constitucional.

3. Críticas a la Autonomía Procesal

¿Qué críticas se le ha endilgado a esta figura? Precisemos dos. Una es la vulneración del orden legal; las normas procesales

son normas de orden público. Es decir, si el Código Procesal Constitucional establece las reglas procesales de todos los procesos constitucionales –esto es, hábeas corpus, amparo, hábeas data, proceso de incumplimiento, proceso de inconstitucionalidad, conflicto competencial–, el Tribunal no puede ir contra las reglas procesales que el legislador democrático le ha configurado. Y las reglas procesales son de orden público e incluso el Tribunal Constitucional está obligado a cumplirlas.

La otra crítica está referida a la autonomía como autarquía, es decir, si hay una autonomía como autarquía, habría una suerte de “*dictadura constitucional*” de un colegiado. Es decir, el Tribunal Constitucional en el Perú –y en todos los países que forman parte de este modelo llamado *modelo concentrado europeo* o *modelo austriaco* o *modelo kelseniano*–, y los miembros que lo conforman, el colegiado constitucional, realmente sería un órgano que impondría una dictadura, y eso no se condice con el tema de la seguridad jurídica. Esas son las críticas brevísimas, sintetizadas, del estado de la cuestión.

En ese marco situacional es que, en Alemania, donde surge la figura de la autonomía procesal, los mismos magistrados que integran el Tribunal Constitucional, a lo largo de una serie de fallos, han planteado que habría ciertos límites a esta autonomía procesal.

4. Límites a la Autonomía Procesal

Uno de esos límites, en primer lugar, es el principio de *corrección funcional*, lo cual significa que el propio Tribunal Constitucional tiene que autolimitarse en la medida en que es el intérprete supremo. El Tribunal Constitucional debe establecer sus propias reglas de autolimitación y no generar una suerte de autonomía autárquica.

En segundo lugar, el otro límite está referido al *principio de la proscripción de la arbitrariedad*, es decir, no puede haber ningún órgano exento del control de, entre otras cosas, la arbitrariedad. El propio Tribunal Constitucional ha dicho: “no hay ningún órgano que esté fuera del control de la constitucionalidad, y cualquier tipo de exceso tiene que interdictarse”; tiene que proibirse la arbitrariedad, por lo tanto, el Tribunal Constitucional, también se incluye y, *ergo*, no puedo estar generando arbitrariedades al hilo de la autonomía que él tiene.

En tercer lugar, tenemos el principio de la *seguridad jurídica*, que es otro límite; es decir, si hay un orden jurídico, un sistema de fuentes, que son fuentes positivas —esto es, la Constitución, las leyes, las normas infralegales, además de la propia jurisprudencia—, el Tribunal Constitucional no puede estar cambiando permanentemente y afectando lo que se llama la *predictibilidad*, porque la seguridad jurídica, entre otros temas, presupone predictibilidad. La *seguridad* es la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en los justiciables y en los ciudadanos sobre lo que es el Derecho en cada momento y sobre lo que posiblemente será en el futuro.

Y, finalmente, el cuarto rubro corresponde al *principio de máxima protección de los derechos fundamentales*, lo cual significa que, bajo el manto de la autonomía procesal, siempre se tiene que afirmar aquel norte insoslayable que está consignado en el artículo 2.º del Código Procesal Constitucional, que afirma la vigencia efectiva de los derechos humanos y la supremacía constitucional, entre otros temas.

5. Breve brochazo panorámico a la Autonomía Procesal a nivel comparado

Para poder entender mejor el asunto, descorramos más bien un poco la cortina, abramos la ventana y oxigenemos cómo han ocurrido las creaciones de figuras procesales a nivel comparativo, en el marco de la autonomía procesal. Vamos a dar un brochazo panorámico a la autonomía procesal a nivel comparado.

a) La creación de la *judicial review* y el caso *Marbury vs. Madison*

En la *judicial review*, por ejemplo, en el famoso caso *Marbury versus Madison*. La Suprema Corte de los Estados Unidos de América ejerció y ha ejercitado la figura de la autonomía procesal. Veamos. En 1803, se dictó una famosa sentencia, que fue elaborada por el juez John Marshall. Él planteó una figura que no existía en la Constitución, que no estaba prevista: creó la figura del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, pues la Constitución norteamericana de 1787 no decía que ella estaba en superior jerarquía que las demás. Estaba como principio

ínsito y nada más. En consecuencia, propuso la figura siguiente respecto al caso llamado Marbury versus Madison.

En un litigio concreto, si un juez encuentra que una ley no guarda compatibilidad con la Constitución, el juez desaplica la ley y prefiere la Constitución. Esa fue una revolución copernicana. Sobre esa figura revolucionaria del juez John Marshall, se ha derramado ríos de tinta en los dos siglos y seis años que ha cumplido ese caso. Aquí se tiene una figura de creación de autonomía procesal y, a partir de ese punto, habría que configurar el modelo americano o difuso o con efectos inter partes.

b) La introducción del amparo en Argentina

Otra figura de creación de autonomía procesal es la introducción del amparo en Argentina.

Existieron algunos casos que fueron emblemáticos, como el de Samuel Cox o el de Ángel Siri. En Argentina, no existía el amparo hasta la década del sesenta; existía el hábeas corpus. Pero ¿qué ocurre? Los jueces de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, al hilo de una jurisprudencia, empezaron a crear la figura y a reconocer que el hábeas corpus habría de redimensionarse en una figura homóloga, que es el amparo, para la tutela de cualquier tipo de derecho constitucional, porque el hábeas corpus sirve exclusivamente para la tutela de la libertad individual. Argentina tenía el hábeas corpus, pero no tenía el amparo. Entonces, en la Argentina, por una creación pretoriana —entiéndase, por el juez— y no por el legislador democrático, se creó esa jurisprudencia y, a partir de ese momento, se reconoció la figura del amparo en Argentina. Y, tiempo después, vendría el legislador a desarrollarla ya en el nivel positivo.

c) La creación del bloque de constitucionalidad por el Consejo Constitucional francés

Otra figura es la creación del bloque de constitucionalidad por el Consejo Constitucional francés. El tribunal constitucional francés, que en dicho país se llama Consejo Constitucional, creó una figura que hoy forma parte del pensamiento continental europeo: el bloque de

constitucionalidad. Soy consciente de que, entre el público, hay muchas personas que son ciudadanos comunes y corrientes, por lo tanto, voy a explicar dicho concepto en términos muy sencillos. El bloque de constitucionalidad significa que si la Constitución es la que tiene, en términos kelsenianos, la máxima jerarquía y no puede haber otra norma que compita en esa jerarquía más que la Constitución, entonces, el Consejo Constitucional francés crea la figura de que habrían otras normas que se incorporan en ese mismo rango de jerarquía y, en este caso, crea la figura del bloque y dice lo siguiente: “la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1787 —esa declaración decimonónica, producto de la Revolución francesa—, ese documento histórico, se va a incorporar al rango constitucional”. El Preámbulo de la anterior Constitución a la de 1958, también se va a incorporar como rango constitucional. Entonces, ese bloque significará un “conjunto de normas de referencia” que tendrán el mismo rango en jerarquía que la Constitución, para efectos prácticos, porque cuando el legislador produce una ley y luego alguien plantea una demanda contra esa ley, el Consejo Constitucional no sólo analiza si esa ley compatibiliza con la Constitución, sino también extiende su compatibilidad, en este caso, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, con el referido preámbulo y con otra ley que tiene ese mismo rango de jerarquía.

Para nosotros, el Tribunal Constitucional peruano también ha creado o, en todo caso, ha reconocido tácitamente la figura del bloque de constitucionalidad, pero en este caso solo controla de la siguiente manera: Constitución más leyes orgánicas.

Si las leyes orgánicas son leyes *sui generis*, que requieren una mayoría cualificada de votos, puede que haya una ley ordinaria que no viole la Constitución ni por la forma ni por el fondo, pero esa ley ordinaria sí puede chocar contra una ley orgánica, es decir, puede haber una ley ordinaria contra una ley orgánica. Por lo tanto, se podría declarar inconstitucional por la figura del bloque de constitucionalidad, porque esa ley orgánica se incorpora como una ley que desarrolla un órgano de la Constitución. El TC peruano justamente basándose en el artículo 79 del Código asimila esta doctrina científica, sobre todo para el caso de las demandas de inconstitucionalidad.

d) **El desarrollo de las tipologías de sentencias interpretativas por la Corte Constitucional italiana**

Otra figura es el desarrollo de la tipología de sentencias interpretativas por la Corte Constitucional italiana. Normalmente los tribunales constitucionales declaran inconstitucional las leyes si es que hay que declararlas, y si no las declaran, simplemente, las declaran desestimativas y, al declararse así, se reputa constitucional esa ley. Pero ¿qué ocurre? Sucede que en Italia, bajo el influjo primigenio de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de América, se crean sentencias distintas a las sentencias estimativas o desestimativas. Es decir, las sentencias típicas eran sentencias que declaraban o no inconstitucional; a eso se denomina sentencias típicas. Pero, en Italia, empieza a crearse una figura que se llama *sentencias atípicas*, en donde el intérprete supremo, esto es, la *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, prefiere no declarar inconstitucional la ley, porque, si la declara inconstitucional, el remedio puede ser peor que la enfermedad y se generarían gruesas afectaciones a la seguridad jurídica y, por lo tanto, decide utilizar mejor otra técnica, llamada *sentencias interpretativas*. Si el legislador dijo que la ley A es B, el intérprete supremo trata de hacer una *interpretación en conformidad con la Constitución* y dice, si el legislador dijo que A es B, de ahora en adelante, este intérprete dice que esta ley debe entenderse que A es C, porque C es una interpretación que se acomoda a la Constitución. Entonces, a eso se le denomina *sentencias interpretativas* y, a partir de ahí, hay varias figuras, como son las sentencias interpretativas en sentido estricto, las *sentencias interpretativas manipulativas*, las *sentencias aditivas* o las *sentencias exhortativas*, entre otras.

En el Tribunal Constitucional, estamos lidiando desde hace algún tiempo —y, por si acaso advierto, pues está presente el Presidente del Congreso, que estoy “agarrando carne” al tocar este asunto— para ver si en algún momento, al hilo de una autonomía procesal, se crea definitivamente la figura —seguramente se molestarán los congresistas— de la *inconstitucionalidad por omisión*, en todo caso, lo veremos, aunque podría aquí esbozarlo. No solo se comete una inconstitucionalidad cuando el legislador produce una ley y esa ley es contraria a la Constitución, sino que también puede darse una figura de inconstitucionalidad cuando la Constitución establece un programa de paquetes legislativos que deben desarrollarse por el legislador, y el legislador acusa un ocio

en no desarrollar una cláusula que la propia Constitución proclama que debe implementarse. Es decir, el testamento del poder constituyente dijo “estas cláusulas que requieren leyes se llaman cláusulas programáticas”, y estas cláusulas, para que tengan vigencia, eficacia y puedan tener facticidad, es necesario que se dicte tal o cual ley. Si el legislador no la dicta, se generará una figura que se llama *inconstitucionalidad por omisión*.

Recuerdo que la Constitución de 1979, por ejemplo, decía en el artículo 11.º que la familia que no disponía de medios económicos suficientes, tenía derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente y en cementerios públicos. Luego salió una ley que desarrollaba esa figura, pero la trampa de la ley siempre está en las disposiciones transitorias o finales. Y en esta ley se decía: “para que esta ley tenga vigencia es necesario que se reglamente” y, hasta la fecha, nunca se ha reglamentado porque derivó a que las municipalidades cubran esos gastos. Por eso es que muchos académicos plantean la tesis de que las Constituciones no deben establecer muchas expectativas de desarrollo de programas de orden social y económico, porque no se van a cumplir. Por ese motivo, la figura de inconstitucionalidad por omisión reincide básicamente en los derechos económicos, sociales y culturales, porque significa egreso económico, dinero que debe poner el Estado para que se implemente.

e) La creación del estado de cosas inconstitucional por la Corte Constitucional de Colombia

Siguiendo con el tema de la presente exposición, la autonomía procesal, tenemos otra figura que es la creación del estado de cosas inconstitucionales. Esa es otra preciosa figura que el Tribunal Constitucional peruano también ha incorporado. Esa creación viene de la Corte Constitucional de Colombia. ¿En qué consiste? Supongamos que un ciudadano plantea un proceso de amparo. Hubo un caso — no daré nombres, pero solo mencionaré que el caso vino de Chiclayo — un hábeas data que planteaba una jueza contra el Consejo Nacional de la Magistratura. Ella se sometió al proceso de ratificación ante el Consejo Nacional de la Magistratura y no la ratificaron. Cabe aclarar que los magistrados son objeto de ratificación cada siete años. Le tomaron el examen y la señora dio corte de rabo y oreja; la absolución de preguntas que hizo fue impecable, así como su desenvoltura en

el tema, pero, al finalizar la evaluación, la jueza no aprobó y el Consejo Nacional de la Magistratura decidió que no la ratificaría. Entonces, ella pidió el vídeo en donde estaba filmado todo el desarrollo de su entrevista y el Consejo Nacional de la Magistratura dijo: “Bueno, aquí no estamos obligados a dárselo”. Esta señora planteó el requerimiento y el Consejo Nacional de la Magistratura no cumplió con ella. Al final, residencia un hábeas data, que mediante recurso de agravio constitucional llega al Tribunal Constitucional. El Tribunal dijo al respecto: “Bueno, si esta persona tiene ese problema, tiene derecho a saber, porque es un tema sensible y que le atañe”. Pero, casos como éste van a haber muchos, sobre todo de aquellos magistrados cuyos requerimientos van a ser denegados.

Entonces, a partir de un caso concreto, se declara el estado de cosa inconstitucional y, a partir de una sola sentencia, ésta tendrá efectos que trascienden a las partes. Porque normalmente las partes son las que se benefician en un proceso, y solo ellas, y no pueden beneficiarse terceras personas. Pero, en este caso, se crea revolucionariamente esta figura y habrá la declaración del estado y cosas inconstitucionales con efectos que van más allá de las partes. Si bien la sentencia se dicta al hilo de un solo caso, tendrá un efecto dominó para todas las personas que tengan análogamente el mismo caso y ya no tendrán por qué estar planteando otro proceso, que en este caso fue de hábeas data.

Son figuras que los tribunales constitucionales han venido creando a lo largo de la vitrina comparativa.

6. El Tribunal Constitucional peruano y la utilización de la Autonomía Procesal

Hablemos del caso peruano, y dado que se avecina la creación de un tribunal constitucional en la República Dominicana, ¿cómo ha venido utilizando el Tribunal Constitucional peruano la figura de la autonomía procesal? Recuérdese que he hecho una distinción entre la autonomía procesal delegada o interpretativa y la autonomía procesal autárquica o cuasi legislativa.

6.1. La aplicación de la autonomía procesal delegada o interpretativa

6.1.1. Tipología de las sentencias interpretativas

Quiero recoger un pequeño manojito de sentencias interpretativas que dictó el Tribunal Constitucional al hilo de una sentencia, la STC 0010-2002-AI/TC; se trató de una legislación que declaró inconstitucionales muchas normas antiterroristas. El 3 de enero de 2003, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia extraordinaria donde incorporaba las figuras de las sentencias interpretativas, sentencias aditivas, sentencias exhortativas, etcétera. Dicha tipología fue afinada en la posterior STC 0004-2004-AI/TC, donde se establecieron los siguientes tipos de sentencias:

- A) *Las sentencias estimativas*: Son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica es la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. Estas sentencias, a su vez, pueden ser:
1. *Las sentencias de simple anulación*: En este caso el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto.
 2. *Las sentencias interpretativas propiamente dichas*: En este caso el órgano de control constitucional declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado “normas nuevas”, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.
 3. *Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)*: En este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. Su emisión se justifica en el principio de conservación de la ley, de interpretación con-

forme a la Constitución, y en la función pacificadora y de colaboración de poderes del Tribunal Constitucional. Existe una pluralidad de sentencias manipulativo-interpretativas; a saber:

- 3.1. *Las sentencias reductoras:* Son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etc.) del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada. En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada.
- 3.2. *Las sentencias aditivas:* Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa. En ese contexto procede a “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción rónica presenta un contenido normativo “menor” respecto al exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar. Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada.
- 3.3. *Las sentencias sustitutivas:* Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.
- 3.4. *Las sentencias exhortativas:* Son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expul-

sión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales. En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio setentiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Debe señalarse que la exhortación puede concluir por alguna de las tres vías siguientes:

- Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.
- Conclusión in totum de la etapa suspensiva; y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia.
- Expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

3.5. *Las sentencias estipulativas*: Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

B) *Las sentencias desestimativas*: Son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además. Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa, a saber:

1. *La desestimación por rechazo simple*: En este caso el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley.

2. La desestimación por sentido interpretativo (interpretación *strictu sensu*). En este caso el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que éste considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

Entonces, ahí tenemos un ejemplo de la manera como el Tribunal Constitucional peruano empieza a desarrollar una autonomía procesal, pero que no es cuasi legislativa, sino que la interpreta de acuerdo a lo que el propio Código Procesal Constitucional le faculta.

6.1.2. Las reglas para la adecuación de los procesos de amparo a procesos contencioso-administrativos en materia previsional

Luego tenemos otra figura, que es el establecimiento de reglas para el reencauzamiento de los procesos de amparo a los procesos contencioso-administrativos. Fue aquella célebre sentencia, la STC 1417-2005-AA/TC, que estableció una serie de reglas procesales y procedimentales. Cuando alguien planteaba un amparo y se trataba de derechos pensionarios, el Tribunal decía: “Hay derechos fundamentales de configuración constitucional y derechos fundamentales de configuración legal”. Cuando se trata de derechos fundamentales de configuración legal y tiene que haber actuación probatoria, etcétera, no deben transitar el amparo; debe irse inmediatamente al proceso contencioso. Así, estableció que el amparo procedía sólo cuando se afectara el contenido esencial o constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, lo cual incluía, a decir del Tribunal, los siguientes supuestos:

- a) Las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

- b) Las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.
- c) Las pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital'. En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.
- d) Asimismo, aún cuando, prima facie, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.
- e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

Todo esto significó que el juez debió declarar improcedentes los miles de procesos de amparo que en esos momentos estaban en giro y derivarlos inmediatamente a mesa de partes para que pasen al proceso contencioso-administrativo. En concreto, las reglas procesales dictadas por el TC para la adecuación de los procesos de amparo fueron las siguientes:

- a) Las demandas de amparo en trámite que sean declaradas improcedentes, deberán ser remitidas al juzgado de origen (Juez Civil encargado de merituar el proceso de amparo en primera instancia), quien deberá remitir el expediente judicial al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (en los lugares en los que éstos existan) o deberá avocarse al conocimiento del proceso (en los lugares en los que no existan Jueces Especializados en lo Contencioso Administrativo).
- b) Una vez que el Juez competente del proceso contencioso administrativo se avoque al conocimiento de la causa, deberá entenderse presentada y admitida la demanda contencioso administrativa, y, en aplicación del principio de suplencia previsto en el inciso 4) del artículo 2º de la Ley N° 27584, se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso contencioso administrativo. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.
- c) Por otra parte, en aplicación del principio *pro actione*, en los supuestos en los que en el expediente de amparo obre escrito en el que la Administración contradiga la pretensión del recurrente, el Juez del contencioso administrativo, no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa.
- d) Por el contrario, los expedientes de amparo en los que no sea posible verificar si la Administración se ha o no ratificado en torno a la supuesta validez del acto considerado atentatorio de los derechos previsionales, no serán remitidos al Juez del contencioso administrativo, pues dado que en estos supuestos es plenamente exigible el agotamiento de la vía administrativa prevista en el artículo 18º de la Ley N.º 27584, los recurrentes deberán agotarla para encontrarse habilitados a presentar la demanda contencioso administrativa.
- e) En todo caso, es deber del Juez del contencioso administrativo, aplicar el principio de favorecimiento del proceso.
- f) Por otra parte, dado que en los asuntos previsionales, es la Administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios

el ex trabajador, las que se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez de los medios probatorios que coadyuven a formar convicción en relación con el asunto controvertido, el hecho de que el recurrente no haya presentado los medios probatorios suficientes que permitan acreditar su pretensión, en principio, no puede considerarse como motivo suficiente para desestimar la demanda. En tales circunstancias, es obligación del Juez recabar de oficio los medios probatorios que juzgue pertinentes; en especial el expediente administrativo que se encuentra en poder de la Administración.

- g) Todos los poderes públicos, incluida la Administración Pública, deberán tener presente, tal como lo ha precisado este Colegiado de manera uniforme y constante, que las afectaciones en materia pensionaria tienen la calidad de una vulneración continuada, pues tienen lugar mes a mes, motivo por el cual no existe posibilidad de rechazar reclamos, recursos o demandas que versen sobre materia previsional, argumentando el vencimiento de plazos prescriptorios o de caducidad.

Eso fue un cambio aplastante, que tiene sus bemoles, a favor y en contra. En lo personal, antes de ser magistrado, publiqué un ensayo donde criticaba duramente al Tribunal Constitucional porque miles de procesos se derivaban al contencioso y, cuando bajaba el amparo y estaba ya en el Tribunal Constitucional y se devolvía al juez del amparo que lo conoció primigeniamente, se demoraba un año². Y cuando el juez del amparo lo debía derivar al juez contencioso, lo enviaba después de medio año. Cuando llegaba a mesa de partes, prácticamente habían pasado dos años. Y cuando llegaba al juez del contencioso-administrativo y resolvía el auto admisorio, pasaba un año más. Entonces, así pasaban entre dos años y medio y tres años. Luego, para que hubiese audiencia debía pasar un par de años más. Para muchos pensionistas era mejor cortarse las venas porque el tema era realmente dramático y lo sigue siendo.

Hay un artículo, el 5.2, que dice que si hay vía paralela, el justiciable debe utilizar esa famosa vía paralela si es la idónea. Eso es

2 Aludimos al ensayo que integra esta obra: Cambio de rumbo del Tribunal Constitucional: De los procesos de cumplimiento a los procesos contenciosos administrativos.

un mito. Es una tesis equivocada del legislador y el Tribunal Constitucional también sigue reincidiendo en esa tesis equivocada, porque incluso en estos momentos el grueso de magistrados viene planteando que debemos cerrar los amparos en materia pensionaria y en materia laboral, y que solo vengan los derechos ius-constitucionales cotizables en términos líquidos. Pero es que no es así. En el Perú, no existe una vía paralela idónea, porque si existe y hablamos del proceso contencioso y si se va a plantear esa demanda primigeniamente en Lima, ¿saben cuánto tiempo va a durar? Cerca de cinco años. ¿Y qué pasa si se trata de un pensionista que tiene 70 años? Entonces, hay una crisis en la impartición de justicia o bien el acceso a la justicia se relativiza por la dilación procesal.

En este tema, repito, estoy haciendo una autocrítica. Me he sacado la toga de magistrado y realmente estoy hablando como académico, pero que aún así me suscita un fuerte sentimiento contradictorio.

6.1.3. Los requisitos del mandamus en el proceso de cumplimiento

Luego tenemos otra creación interpretativa, que son las reglas para la determinación del *mandamus* en el proceso de cumplimiento.

El Tribunal Constitucional sacó un precedente vinculante, que es la STC N.º 0168-2005-AC/TC y seguramente el profesor que expondrá a continuación, el doctor Gustavo Gutiérrez, hablará de los precedentes. No quiero ser aguafiestas, pero personalmente soy crítico de estos famosos precedentes.

Esos precedentes son una creación que el Tribunal Constitucional viene desarrollando, ya tenemos como treinta y tantos de estos. Sin embargo, se trata de precedentes muy opinables, porque establecen reglas procesales y sustantivas, pero que deben tener perdurabilidad, que deben afirmar estabilidad. Pero dentro de poco tiempo vamos a decir que acabamos de liquidar y de cortar la yugular a un precedente y, luego, a otro precedente y creo que vamos a continuar en un cargamontón de cortes de yugular a los demás precedentes. No es porque el pensamiento de los nuevos magistrados sea contrario al de los anteriores, sino porque las situaciones ya no habilitan que se mantengan esos precedentes.

Entonces, habría que ver si el precedente es lo mismo que el *stare decisis*. ¿Tenemos *leading case*?, ¿tenemos casos líderes? ¿Es lo mismo que *stare decisis*? ¿Es lo mismo que precedente vinculante? Son situaciones que, a la fecha, no han quedado claras ni dentro del Tribunal Constitucional ni mucho menos en el mundo académico. Pero el tema es que, al hilo del precedente, esto es, la STC N.º 0168-2005-AC/TC, el Tribunal Constitucional se ha despachado a su gusto y ha establecido los parámetros para que haya la figura del *mandamus*. Estos criterios o requisitos que debe ostentar el mandato contenido en la ley o acto administrativo cuyo cumplimiento se reclama deben ser:

- a) Ser un mandato vigente.
- b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
- c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
- d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
- e) Ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.
- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

Desde mi particular apreciación, considero que el proceso de cumplimiento no tiene un derecho constitucional líquido. El hábeas corpus tiene un derecho constitucional líquido y el amparo también; pero, en el proceso de cumplimiento, estamos ante una situación fáctica. Hay una autoridad o funcionario al que no le da la gana de cumplir lo que dice una norma o un acto administrativo. Así de simple. Sin embargo, el Tribunal Constitucional establece ciertas reglas procedimentales para que se establezca la admisibilidad de este proceso de cumplimiento, y establece una serie de requisitos y que, a la larga, resulta de suyo difícil que se admitan procesos de cumplimiento. Si se hace una estadística de los procesos de cumplimiento admitidos, son pocos. Hay un *estreñimiento* para admitirlos, al hilo de esta figura, que es la STC 0168-2005-AC/TC.

6.1.4. Supuestos de procedencia del proceso competencial

Tenemos otra figura de la autonomía procesal delegada, que es la ampliación de las formas de conflicto de competencia. En fin, es otra figura que ya está hecha. Tampoco podemos estar eliminando todo. Se trata prácticamente del tema de el conflicto por menoscabo de las atribuciones constitucionales. Se trata de que, con relación a los conflictos competenciales, el Tribunal Constitucional ha dicho que una forma en que se presenta un conflicto competencial no es tanto cuando un órgano se atribuye funciones que no le corresponden —conflicto positivo— ni tanto tampoco cuando un órgano con otro órgano no se creen competentes —conflicto negativo—, ni cuando como producto de la omisión de cumplimiento de un acto obligatorio por parte de un poder público se afectan las competencias constitucionales de otro, sino de un tipo de proceso competencial más *sui generis*, determinada en el ámbito de la actuación concreta y real de los organismos estatales, donde lo que se discute no es la titularidad de la competencia, sino el modo procesal y sustancial en la que ésta se ejerce. Así, ha dicho el TC que el conflicto de atribuciones entre poderes puede surgir también por el hecho de que un poder, sin invadir la esfera de competencias de otro poder, por el modo ilegítimo en que obra en la esfera de sus competencias, turbe su actividad y le impida desarrollar, en todo o en parte, la actividad que le compete. A este conflicto le ha llamado “conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales”, el cual al mismo tiempo ha clasificado en los siguientes sub-tipos:

- a) Conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto: en este tipo de conflicto cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia; sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.
- b) Conflicto constitucional por menoscabo de interferencia: En éste, las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya sino tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro.

- c) Conflicto constitucional por menoscabo de omisión: Aquí, uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, solo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional.

6.1.5. El *iura novit curia* y la suplencia en la queja deficiente

Luego tenemos el *iura novit curia* y la suplencia en la queja deficiente que, aclaro, sí gozan de mi simpatía.

El tema es el siguiente. Cuando alguien plantea un amparo, y se equivoca porque debió plantear un hábeas data, o cuando alguien plantea un hábeas corpus y debió plantear un hábeas data, o cuando alguien plantea un hábeas data y debió plantear un amparo, es decir, cuando el querellante o justiciable quejoso plantea el postulatorio de amparo o de hábeas data y se equivoca y tiene errores procesales, el juez no debe desestimar la demanda. Debe suplir los errores procesales. Eso se llama suplencia en la queja deficiente. No estaba en el Código Procesal Constitucional. Estaba en el artículo 7.º de la antigua Ley N.º 23506, pero el Tribunal Constitucional, a riesgo de hacer una interpretación delegada, ha dicho: “Bueno, el Código Procesal Constitucional regula por ahí en un artículo, el IX del Título Preliminar, la figura del *iura novit curia*”.

El *iura novit curia* significa que si el demandante plantea una demanda y se equivoca en el postulatorio en la *parte sustantiva*, el juez no debe declarar desestimativa la demanda. El juez es la boca que pronuncia la ley; el juez, conocedor del derecho, debe aplicar lo que corresponda. Eso es el *iura novit curia*. Se diferencia de la suplencia en la queja deficiente en que hay errores procesales del demandante. En el *iura novit curia*, hay errores sustantivos, pero, en ambos, el juez está obligado a aplicar lo que corresponda.

Entonces, el Tribunal Constitucional ha dicho: “La suplencia en la queja deficiente se encuentra subsumido dentro del *iura novit curia*”.

6.1.6. La distinción entre precedente y doctrina jurisprudencial vinculante

Luego hay otra figura que equivale a un curso académico completo, por lo tanto, solo haré una breve referencia. El Tribunal Constitucional ha hecho una distinción entre doctrina jurisprudencial y precedente vinculante (artículos VI y VII del título preliminar, respectivamente, del Código Procesal Constitucional).

Por lo menos, para mí, la idea es que el Tribunal debe mantenerse en lo que siempre ha sido lo clásico: la doctrina jurisprudencial y no en el precedente vinculante; porque nos ata a nosotros como magistrados y el juez ordinario no goza de cierta autonomía y, luego, por estar cambiando el precedente, quedamos en ridículo. Como veremos luego, hace poco hemos cambiado un precedente vinculante. ¿Acaso un precedente vinculante va a durar solo cuatro o cinco años? ¿Acaso se sabe cuánto pasa para que surja un caso líder, o para que haya un caso decidido en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América? ¿Cada cuánto tiempo se cambia? Cada medio siglo o cuando se muere un Papa. Pero ¿vamos a estar cambiando un precedente a cada rato? Entonces, la idea es que debería mantenerse la figura de la doctrina jurisprudencial y no la del precedente vinculante, porque el precedente en nuestro actual sistema de fuentes tiene *status* de norma, como si fuera una ley, y que incluso está por encima del legislador. Entonces, hay que tratar de autorrestringirnos en la producción de este tipo de fallos.

6.1.7. La actuación inmediata de la sentencia en el amparo

Además tenemos otra figura, que es la actuación inmediata de la sentencia de primer grado. Este tema se ha desarrollado con ocasión del caso de un estudiante universitario, al que una universidad privada no le permitía rendir sus exámenes finales por haberse retrasado en su pensión de estudios. El ganó en primera instancia, sin embargo la universidad apeló y la sentencia no pudo ser cumplida en sus propios términos, y así llegó al Tribunal Constitucional, donde además de declarar fundada la demanda, vimos conveniente desarrollar esta figura con el objeto de brindar más herramientas a los justiciables, para hacer efectiva la tutela de sus derechos constitucionales. Como se sabe, hoy por hoy, el amparo

prácticamente no es sumarísimo, porque se dilata. Entonces, el legislador estableció esta figura, que consiste en que si el demandante de amparo gana en primera instancia y la contraparte apelare o no, el juez del amparo está obligado a ejecutar, en los propios términos, la sentencia de primera instancia, aunque la contraparte haya apelado. Esa es la figura de la actuación inmediata de la sentencia. Por cierto, la Comisión de Académicos que elaboró el Anteproyecto del Código Procesal Constitucional, en la persona del profesor Domingo García Belaunde han dicho formalmente que esa figura no existe, de acuerdo con lo que dice el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, concordante con el artículo 59. Por otro lado, Juan Monroy Gálvez opina lo contrario. Pero, al final, cuando ellos limaron sus entuertos académicos, tácitamente confirmaron que el legislador no lo había creado; pero, como bien sabemos, una cosa es la voluntad del legislador y otra es la voluntad de la ley.

Si formalmente convenimos en que el legislador no creó la figura de la actuación de sentencia impugnada, esa fue la voluntad del legislador; pero luego la norma tiene vida propia y viene aquí a colación la voluntad de la ley. La voluntad del legislador es lo que el legislador quiso; la voluntad de la ley es lo que la norma, en términos autónomos, puede ser objeto de exégesis distinta al testamento del legislador histórico.

Entonces, hoy por hoy, el Tribunal Constitucional en la STC 0607-2009-PA/TC, ha desarrollado los supuestos procesales para viabilizar la figura de la actuación inmediata de la sentencia, y así ha establecido los siguientes principios:

- i. *Sistema de valoración mixto*: si bien la regla general debe ser la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, el juez conservará, empero, cierto margen de discrecionalidad para tomar una decisión ajustada a las especiales circunstancias del caso concreto.
- ii. *Juez competente*: será competente para resolver la solicitud de actuación inmediata y, de ser el caso, para llevarla a cabo, el juez que dictó la sentencia de primer grado.
- iii. *Forma de otorgamiento*: si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que el juez pueda ordenarla de oficio cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante, ello, en virtud de la obligación

del juez constitucional de proteger de modo efectivo los derechos constitucionales, conforme a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const.

- iv. Sujetos legitimados:* tendrá legitimación activa para solicitar la actuación inmediata el beneficiado con la sentencia estimatoria de primer grado o, en su caso, el representante procesal, según lo dispuesto por el artículo 40 del C.P.Const.
- v. Alcance:* por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez a quo; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma parcial, es decir, sólo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración los presupuestos procesales establecidos en el punto viii. No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados o intereses.
- vi. Tipo de sentencia:* podrá concederse la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, tanto de sentencias que no hayan sido apeladas pero que aún puedan serlo, como de sentencias que ya hayan sido apeladas. La actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado se entiende sólo respecto de sentencias de condena.
- vii. Mandato preciso:* la sentencia estimatoria de primer grado debe contener un mandato determinado y específico (mandato líquido), de acuerdo a lo establecido por el inciso 4 del artículo 55 del C.P.Const., en el cual debe sustentarse el mandato contenido en la actuación inmediata.
- viii. Presupuestos procesales:*
 - 1. No irreversibilidad:* la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.
 - 2. Proporcionalidad:* no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demanda-

da, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.

3. *No será exigible el otorgamiento de contracautela.* Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.
- ix. *Apelación:* la resolución que ordena la actuación inmediata, así como aquella que la deniega, serán inimpugnables.
- x. *Efectos de la sentencia de segundo grado:*
1. Si la sentencia de segundo grado confirma la decisión del juez a quo que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución se convertirá en definitiva.
 2. Si la sentencia de segundo grado revoca la decisión del juez a quo que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución provisional podrá seguir surtiendo efectos en tanto se mantengan los presupuestos en atención a los cuales fue inicialmente otorgada; lo que se justifica en la finalidad esencial de los procesos constitucionales que, de acuerdo a lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const., es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.
- xi. *Relación con la medida cautelar:* una vez emitida la sentencia estimatoria de primer grado, el demandante podrá optar alternativamente entre la actuación inmediata o la medida cautelar; sin embargo, la utilización de una excluye la de la otra.

6.1.8. La represión de actos homogéneos

La represión de actos lesivos homogéneos es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido,

lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho. Subyace como fundamentos de este instituto procesal los siguientes: a) evitar el desarrollo de un nuevo proceso constitucional; b) garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas.

Esta figura, recogida en el artículo 60 del C.P.Const., ha sido desarrollada también por el TC a través de la RTC 4878-2008-PA/TC, donde se estableció que esta figura procede, siempre y cuando se hayan cumplido copulativamente dos requisitos:

- a) La existencia previa de una sentencia, con autoridad de cosa juzgada, que haya otorgado tutela constitucional a la pretensión planteada por la parte demandante, y que haya definido claramente los derechos constitucionales afectados y las órdenes pertinentes a la parte demandada, a efectos de reparar la lesión iusfundamental.
- b) El cumplimiento de lo ordenado en la sentencia; lo cual quiere decir que la represión sólo puede plantearse una vez que se ha cumplido y ejecutado en sus propios términos lo ordenado en la sentencia; pues la represión se entiende sólo respecto de “nuevos” actos lesivos.

Por otro lado, el TC también ha explicitado los elementos que deben verificarse para saber cuándo nos encontramos ante un “acto lesivo homogéneo”. Estos supuestos, que también deben ser copulativos, son:

- a) *Elementos subjetivos*: Aquí se señala la identificación de dos elementos: las personas afectadas y el origen del nuevo acto lesivo.
 1. *Persona afectada*: En principio, se señala que corresponderá su invocación a la parte demandante del proceso de amparo anterior. Sin embargo, pueden presentarse algunas particularidades cuando se trate de derechos difusos, derechos colectivos y el estado de cosas inconstitucional.
 2. *Origen o fuente del acto lesivo*: A este respecto el TC ha señalado que el nuevo acto lesivo debe ser llevado a cabo por la misma entidad, autoridad, funcionario o persona que fue obligada

a dar, hacer o dejar de hacer algo a través de la sentencia de condena establecida en un proceso constitucional. Sin embargo, para evaluar el origen o fuente del acto invocado como homogéneo, debe tomarse en cuenta si el mandato ordenado en la sentencia sólo podía ser cumplido por una determinada persona o si se trataba de un mandato que debía ser observado por toda una entidad en su conjunto.

- b) *Elemento objetivo*: El TC identifica el criterio de homogeneidad como el parámetro de evaluación del acto lesivo anterior con el nuevo acto lesivo. En este caso, la homogeneidad se identificará con las características del acto lesivo que la sentencia ha descrito en su motivación.
- c) *La manifiesta homogeneidad*: El carácter homogéneo del nuevo acto lesivo debe ser manifiesto, es decir, no deben existir dudas sobre la homogeneidad entre el acto anterior y el nuevo. En caso contrario, debe declararse improcedente la solicitud de represión respectiva, sin perjuicio de que el demandante inicie un nuevo proceso constitucional contra aquel nuevo acto que considera que afecta sus derechos fundamentales, pero que no ha sido considerado homogéneo respecto a un acto anterior.

6.2. La Autonomía Procesal autárquica o cuasilegislativa

6.2.1. La técnica del estado de cosas inconstitucional

Esas son las figuras pacíficas y, si esto es pacífico, ¡agárrense!, porque vamos a entrar a terrenos comanches. Así tenemos, por ejemplo, la autonomía procesal autárquica o cuasi legislativa. Algunas audacias son buenas. El Tribunal ya incorporó la figura del estado de cosas inconstitucionales, y aquellos a quienes les interese el tema, pueden tomar nota de que me estoy refiriendo a la STC 2579-2003-HD/TC, de hábeas data y, más recientemente, a la STC 5561-2007-PA/TC, que es el caso de la defensa judicial que realiza la ONP, muchas veces en términos dilatorios y que perjudica la tutela judicial efectiva de los derechos de los pensionistas. Aunque no voy a ahondar en esta figura, pues básicamente ella es una creación de la Corte Constitucional de Colombia, debo decir que, en principio, la técnica del estado de cosas supone una

superación de la doctrina clásica del efecto “inter partes” del amparo, pues aquí ya no se trata de proteger solamente al justiciable que interpuso su demanda, sino que al reconocerse una vulneración sistemática y masiva de derechos fundamentales, los efectos de la sentencia se extienden a todos aquellos sujetos colocados en la misma situación jurídica del demandante. Del mismo modo, las entidades comprometidas con el cumplimiento de la sentencia no serán sólo aquellas que fueron emplazadas con la demanda, sino todas aquellas cuya actuación sea necesaria para superar el déficit estructural e institucional que originó el estado de cosas inconstitucional. Aquí hay pues, a nivel procesal, un giro copernicano en la doctrina clásica de los efectos personales de la sentencia y que se justifica, en el plano del proceso constitucional, por la necesidad de brindar una respuesta efectiva a la vulneración sistemática de derechos fundamentales.

6.2.2. El recurso de agravio constitucional a favor del precedente

Luego, el Tribunal Constitucional crea la figura del *recurso de agravio a favor del precedente*, en la STC 4853-2004-PA/TC. La sentencia del precedente vinculante 4853 estableció muchos aspectos buenos, pero también hay algunos aspectos que van a ser objeto de cuestionamiento, uno de los cuales es el del recurso de agravio a favor del precedente, que está en el fundamento 40 de dicha sentencia. Ahí, el Tribunal Constitucional prácticamente incurrió en una audacia interpretativa al señalar que la “resolución denegatoria” a que hace referencia la Constitución, como condición procesal para interponer el recurso de agravio ante el Tribunal, no es sólo denegatoria de la pretensión del demandante, como es su sentido literal, sino que es también resolución denegatoria de justicia constitucional, en sentido objetivo, es decir una resolución que niega tutela constitucional al apartarse del precedente vinculante. Sin embargo, aunque se hayan tenido intenciones plausibles, de nuestra parte creemos que la Constitución ha delineado claramente que la legitimidad procesal para quien pueda usar y disfrutar de este recurso solo es el demandante perdedor. Así, si una persona plantea un amparo, y pierde en primera instancia y pierde en segunda, él es el que puede utilizar el recurso de agravio para que acceda al Tribunal y no la parte demandada. La postura establecida en la 4853 ampliaba, sin embargo, lo previsto en la Constitución. Hoy, este prece-

dente ha sido dejado sin efecto por la STC 3908-2007-PA/TC, donde se ha regresado a la concepción original, respetando el testamento histórico del legislador constituyente.

Sobre ese caso hubo ya una posición relativamente mayoritaria, que fue en el caso de El Frontón, donde un grupo de magistrados establecieron esta figura. Por cierto, quien habla estableció otra figura por el tema de fondo, pero al final cinco magistrados hemos acompañado para que se cambie este precedente. Por lo tanto, de ahora en adelante, solo al demandante le corresponde el recurso de agravio; si perdió el demandado, lo que podría hacer es plantear un amparo contra amparo.

6.2.3. El recurso de agravio excepcional por vulneración del orden constitucional

Este supuesto de RAC ha sido puesto en vigencia a partir de la publicación de las SSTC 02663-2009-PHC/TC y 02748-2010-PA/TC, como respuesta al uso inadecuado del proceso constitucional de hábeas corpus frente a una aparente lesión y consecuente tutela del derecho al plazo razonable al que deben sujetarse todos los procesos judiciales de orden penal. Así, el TC ha admitido la posibilidad de aceptar la procedencia del RAC en sentencias estimatorias, cuando se cuestionen procesos penales por tráfico ilícito de drogas o lavado de activos, esto en razón de comprender que la permisibilidad de uso de un proceso constitucional como herramienta para evitar un proceso judicial por responsabilidad penal en dichos ilícitos, supone promover el incumplimiento de uno de los fines del Estado, como lo es el combate del tráfico ilícito de drogas, situación que supone un evidente ejercicio abusivo del derecho por parte del presunto responsable.

En tal sentido, el TC comprende que situaciones donde se ha dispuesto la reanudación del proceso judicial parcial o totalmente, como consecuencia de haberse evidenciado la presencia de un vicio procesal que transforma en irregular al proceso penal, no puede admitirse la exclusión de la responsabilidad penal a través de un proceso constitucional, sin que de por medio exista un proceso judicial en donde se haya determinado a través de pruebas, la irresponsabilidad penal del imputado. Es por ello, que en dichos casos expresamente el TC manifiesta que los mencionados delitos permiten la dúplica de

los plazos legales del proceso en razón a considerar dichos delitos de naturaleza compleja.

Para la procedencia del RAC bajo este supuesto es necesario que el recurso reúna los siguientes requisitos:

- a) Sentencia de segundo grado estimatorio de un proceso constitucional, en el que se tutele el derecho al plazo razonable.
- b) El mandato de la sentencia constitucional disponga la exclusión del imputado del delito del proceso penal y el archivo definitivo del proceso.
- c) El procurador público del Estado se encuentra legitimado para interponer el RAC.
- d) Sobre el plazo para su presentación, como regla general se debe de promover el presente RAC dentro de los 10 días hábiles a la notificación de la sentencia de segundo grado; sin embargo, el TC también ha dejado abierta la posibilidad la postulación del referido recurso fuera de dicho plazo legal, lo cual consideramos que no supone una habilitación *sine die* para su presentación, sino una obligación del Supremo Intérprete para justificar debidamente su competencia en el conocimiento de cada caso, para efectos de justificar la procedencia del recurso.

6.2.4. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional y el recurso de apelación por salto

Culminado un proceso constitucional y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 22, primer párrafo y artículo 59 del Código Procesal Constitucional, corresponde al juez de primera instancia ejecutar la decisión judicial que puso fin a la controversia promovida en esta vía procesal; sin embargo, y considerando que por lo general no es el juez de primera instancia aquel que ha emitido la decisión final en el proceso constitucional, pueden presentarse supuestos en los que dicha instancia considere que la sentencia final debe ejecutarse en un sentido diferente al contenido en el fallo.

De acuerdo con las atribuciones y competencias que se han otorgado al Tribunal Constitucional a través de la Constitución, su Ley

Orgánica y el Código Procesal Constitucional, se advierte que taxativamente carecería de capacidad para velar por la ejecución de sus pronunciamientos emitidos en los procesos de la libertad. Dicha situación fue advertida a través de los recursos de queja promovidos en la etapa de ejecución de aquellos procesos que contaban con sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional y en los cuales se alegaba la tergiversación del contenido del fallo y la violación del derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos.

Frente a dicha situación, el Tribunal Constitucional emite la RTC 0168-2007-Q, en la que sustenta las razones por las que considera que las sentencias emitidas en los procesos constitucionales requieren “de una teoría material constitucional que la fundamente, dotándola de nuevas herramientas de actuación que abandonen la idea clásica de clasificación entre actos de declaración del derecho y actos de ejecución. Ello en atención a que la sentencia que interpreta con la máxima fuerza jurídica las disposiciones constitucionales ocupa una posición de primer orden entre los actos públicos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho; verificada además, la especial naturaleza de las pretensiones sobre las que se pronuncia (cosa juzgada constitucional); por el valor y la fuerza que le otorga el sistema jurídico a sus interpretaciones (IV Disposición Final de la Constitución, artículos 1° de su propia Ley Orgánica, VI y VII del CPCConst.); y, por el poder extrapartes (efectos erga omnes)”³.

Así, consideró necesario realizar un redimensionamiento del recurso de agravio constitucional en cuanto a la revisión de resoluciones de segundo grado en la etapa de ejecución de sentencias, frente a los supuestos en los que se denunciara el incumplimiento de sus propias decisiones, para otorgarse competencia e integrarse como instancia revisora de la ejecución de la decisión que emitiera en un proceso constitucional de la libertad.

De acuerdo con lo expresado por la RTC 0168-2007-Q, este supuesto de RAC se encuentra destinado a tutelar el orden jurídico constitucional que ha sido restablecido mediante la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional al ordenar la restitución del derecho lesionado, para lo cual se procederá a evaluar si los actos procesales

3 RTC 00168-2007-Q/TC, Fj 5 *in fine*.

generados en la etapa de ejecución dirigidos a ejecutar el mandato contenido en la sentencia, resultan adecuados para cumplir la función restitutoria del proceso constitucional.

Así, la evaluación a realizarse por esta modalidad del RAC se aparta de las condiciones generales reguladas por los artículos 202, inciso 2 de la Constitución y 19 del Código Procesal Constitucional, pues permite al Tribunal Constitucional comportarse como un órgano de ejecución de sus propias decisiones, sin embargo y pese a que la finalidad de esta modalidad del RAC se encuentra delimitada, lo mismo no ha sucedido con las funciones que deberá cumplir la evaluación de este excepcional supuesto, situación que estimamos requiere de un marco de precisiones a fin de que el Tribunal Constitucional en última instancia, no termine desnaturalizando sus funciones como órgano jurisdiccional dentro de la estructura judicial, verificando el cálculo correcto de cifras dinerarias a cancelar, por ejemplo.

En tal sentido, considero que esta modalidad del RAC debe dirigirse a evaluar las razones de la demora de la ejecución del fallo, el grado de incumplimiento o tergiversación de la sentencia del Tribunal Constitucional y la fórmula interpretativa utilizada por el órgano ejecutor, a fin de verificar si la etapa de ejecución se realiza con normalidad o existe la presencia de mecanismos dilatorios promovidos por alguna de las partes; si el incumplimiento o tergiversación del fallo por parte del órgano de ejecución resulta de acciones dirigidas por algunas de las partes o resulta de *motu proprio*; o si la interpretación que se le viene otorgando a la sentencia en esta etapa resulta contraria al propio contenido de la sentencia y la tutela del derecho fundamental.

En buena cuenta, con esta modalidad del RAC a favor del cumplimiento de las sentencias del TC se configura un nuevo canon de autopercepción del propio TC: ser *el señor del proceso*⁴, con miras a que lo resuelto por el máximo órgano jurisdiccional se cumpla en los términos de la sentencia allí dispuestos. No otra interpretación se puede entender del artículo 55 cuando establece una configuración de una sentencia estimatoria en los contenidos de lo que se debe cumplir.

Sus requisitos de procedencia son los siguientes:

4 RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia: *La "Autonomía Procesal" del Tribunal Constitucional*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 34.

- a) Procede frente a una resolución denegatoria en segunda instancia del pedido de ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional.
- b) El escrito del recurso debe ser presentado dentro de los 10 días posteriores a la notificación de la resolución de segundo grado en la etapa de ejecución.
- c) Su presentación se debe realizar ante el órgano judicial de segunda instancia.
- d) El órgano de segundo grado se encuentra obligado a admitir el RAC y elevar el expediente al Tribunal Constitucional.
- e) La evaluación a efectuarse por el Tribunal Constitucional se circunscribe a merituar el grado de incumplimiento de su decisión y a establecer reglas destinadas a resguardar el sentido de la decisión contenida en la sentencia materia de ejecución, a fin de que no se presenten distorsiones que afecten su ejecución y la correcta restitución del derecho constitucional tutelado.

Este supuesto exige que la parte solicitante acredite su legitimidad para la procedencia del recurso de queja o el RAC, pues sólo así podrá valorarse el grado de afectación que viene produciendo la tergiversación de la sentencia en la etapa de ejecución.

Sin embargo a lo antes precedido, cabe mencionar que con la emisión de la STC 00004-2009-PA/TC⁵, el Supremo Intérprete decidió el cambio de denominación, así como las pautas para el conocimiento del referido recurso, aunque parcialmente aun se encuentra en vigencia en su modelo original. En la actualidad la participación del TC en el conocimiento de la ejecución de las sentencias que ha emitido, se produce a través de la promoción del recurso de apelación por salto, medio impugnatorio que permite al recurrente evitar el tránsito por la Sala Superior respectiva y permite al TC pronunciarse en segunda instancia por el incumplimiento de sus decisiones.

Así, corresponde mencionar como sus requisitos de procedencia lo siguiente:

5 Sentencia publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano el 15 de noviembre de 2010.

¿TIENEN AUTONOMÍA PROCESAL LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES?

- a) Procede contra la resolución de primer grado en la etapa de ejecución de una sentencia emitida por el TC.
- b) El recurso debe ser presentado dentro del tercer día siguiente a la notificación de la decisión de primer grado ante el juez constitucional de ejecución.
- c) El TC se pronuncia en definitiva instancia sobre el grado de incumplimiento de su decisión y cuenta con la capacidad de establecer reglas destinadas a resguardar el sentido de su decisión contenida en la sentencia constitucional, con la finalidad de prever distorsiones que afecten la ejecución y la correcta restitución del derecho constitucional tutelado.
- d) Contra la denegatoria del recurso de apelación por salto corresponde interponerse el recurso de queja ante la Sala Superior respectiva, de conformidad a las reglas que establece el artículo 401° del Código Procesal Civil⁶.
- e) Carece de la audiencia pública de las partes por tratarse de un recurso de trámite inmediato.

A su vez el referido recurso, tiene identificado tres supuestos de improcedencia de este recurso a saber:

- a) Cuando el cumplimiento de la sentencia comporte un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, o de los devengados, o de los reintegros, o de los intereses, o de las costas o de los costos;
- b) Cuando el mandato de la sentencia constitucional cuya ejecución se pretende establece en forma clara y expresa que es de cumplimiento progresivo; y
- c) Cuando el propio recurrente decide que la correcta ejecución del mandato de la sentencia constitucional se controle a través del amparo contra amparo.

6 Artículo 401° del Código Procesal Civil.- El recurso de queja tiene por objeto el reexamen de la resolución que declara inadmisibles o improcedentes un recurso de apelación. También procede contra la resolución que concede apelación en efecto distinto al solicitado.

6.2.5. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Poder Judicial

Supuesto recogido en la RTC 201-2007-Q, mediante el que se amplía el supuesto anterior en atención a la búsqueda de eficacia de la tutela otorgada al derecho restituido con el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, que viene siendo alterada, menoscabada o tergiversada en la etapa de ejecución, situación que incluso puede producirse por el propio órgano que tuteló el derecho.

Frente a esta irregular situación, el Tribunal Constitucional ha considerado que el RAC se constituye como el medio impugnatorio idóneo, directo e inmediato en la etapa de ejecución de los procesos constitucionales de la libertad, destinado a restablecer el orden jurídico constitucional establecido como mandato en la sentencia que ha dispuesto la reposición del derecho fundamental vulnerado.

Sin embargo, debemos tener presente que este supuesto aún no ha merecido desarrollo a través de la jurisprudencia, por lo que estimamos que presenta vacíos que genera dudas frente a la forma de resolver peticiones que se podrían producir en esta etapa. Así, considero importante hacer acotación que resultará necesario que el Tribunal Constitucional se pronuncie por el ámbito de su competencia en la revisión de este supuesto, pues no sólo pueden presentarse pedidos relacionados a aspectos contenidos en el mandato a ejecutarse, sino que podrán plantearse pretensiones destinadas a transformar lo decidido a favor o en contra de las partes o incluso situaciones destinadas a cuestionar las fórmulas de actualización o determinación de deudas pecuniarias ordenadas a cancelar por mandato judicial de un proceso constitucional (caso común en temas pensionarios).

En tal sentido, consideramos que esta modalidad del RAC –al igual que el RAC a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional– debe dirigirse a evaluar las razones de la demora de la ejecución del fallo, el grado de incumplimiento de la sentencia y la fórmula interpretativa utilizada por el órgano ejecutor, a fin de verificar si en esta etapa de ejecución existe la presencia de mecanismos dilatorios destinados al incumplimiento o tergiversación del fallo, o si la interpretación que se le viene otorgando a la sentencia, resulta contraria al propio contenido de la sentencia y la tutela del derecho fundamental.

Para la procedencia del RAC bajo este supuesto es necesario que el recurso reúna los siguientes requisitos:

- a) Debe promoverse frente a una resolución de segunda instancia denegatoria del pedido de ejecución de sentencia, sea esta de primer o segundo grado.
- b) El plazo de su presentación es de 10 días hábiles desde la notificación de la resolución de segundo grado.
- c) Su presentación se debe realizar ante el órgano judicial de segunda instancia.
- d) El órgano de segundo grado se encuentra obligado a admitir el RAC y elevar el expediente al Tribunal Constitucional.
- e) El Tribunal Constitucional evaluará la sentencia de segundo grado que estimó el derecho y las resoluciones destinadas a su ejecución a fin de merituar el grado de incumplimiento de la decisión en los términos que fue adoptada para restituir el derecho constitucional. Así, se establecerá lineamientos bajo los cuáles la decisión debe ser ejecutada sin que sea desvirtuada en su contenido.

6.2.6. La figura del amparo contra amparo

Luego tenemos la figura del amparo contra amparo, que corresponde también a la sentencia 4853. Es autonomía procesal autárquica, porque según el artículo 5.8 no prospera el amparo contra amparo; así lo dice el Código Procesal Constitucional. Se entiende que no procede un proceso constitucional firme contra otro proceso constitucional; así lo establece el referido Código. Pero, antes de que lo regulara el Código, el Tribunal Constitucional venía planteando la figura de que el amparo contra amparo es una modalidad específica del amparo contra resoluciones judiciales; aunque lo restringía a supuestos excepcionales, y con la sentencia 4853, emitida después de publicado el Código Procesal Constitucional, se ha ampliado la figura a varios supuestos que los podemos quintaesenciar del siguiente modo:

- a) Su procedencia se condiciona a los casos en que la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta,

- b) Su habilitación sólo opera por una sola y única oportunidad,
- c) Resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales estimatorias como contra las desestimatorias,
- d) Su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales independientemente de la naturaleza de los mismos,
- e) Procede en defensa del precedente y la doctrina constitucional vinculante establecida por el Tribunal Constitucional,
- f) Se habilita en defensa de los terceros que no hayan participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias no pudo acceder el agravio constitucional,
- g) No procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional.

Por último, en reciente jurisprudencia, contenida en la STC 4650-2007-PA/TC, el TC ha establecido que en el caso de que el amparo contra amparo sea en materia laboral, el juez que recibe el segundo amparo debe verificar primero si se ha ejecutado lo dispuesto en el primer amparo, esto es, si se ha llevado a cabo la reposición del trabajador, a efectos de disponer si se admite a trámite o no la demanda; ello quiere decir que, en ningún caso, cuando se trate de la reposición de un trabajador, el segundo amparo puede ser utilizado para pretender el incumplimiento de lo decidido en el primer amparo.

6.2.7. El partícipe en el proceso de inconstitucionalidad

Luego, el Tribunal Constitucional también ha creado la figura del partícipe en el proceso de inconstitucionalidad, que no está en el Código Procesal Constitucional.

Por el término *partícipe* se entiende, bajo la percepción de Peter Häberle, lo siguiente. Si se plantea una demanda de inconstitucionalidad, debe haber una pluralidad de intérpretes constitucionales. No solo el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo, no solo el legislador es el intérprete supremo; el ciudadano común y corriente, cuando dos ciudadanos están en un café, conversando sobre un tema de interés cívico-

co, y empiezan a dialogar en términos normales y cotidianos, se afirma un *sentimiento constitucional*, una *cultura constitucional*. “Mira, viejo, a mí no me parece que esta figura es así”, puede decir un ciudadano común y corriente estableciendo pareceres sobre temas de interés público. Interpreta cosas cotidianas a su manera o desde su punto de vista o desde su concepción del mundo. Eso también es interpretación constitucional. Pero cuando ya llega al Tribunal Constitucional una norma que se cuestiona y hay una entidad que está llamada a decir algo sobre ese tema, entonces, el Tribunal lo incorpora ya como partícipe. No es parte en el proceso, no es *litis consorte*, sino que es una entidad llamada a expresar algún parecer. En este caso, por ejemplo, fue sobre un tema donde se involucraba de alguna u otra manera al Consejo Nacional de la Magistratura y él tuvo que decir algo sobre tal o cual tema. En síntesis, la figura del partícipe se ha incorporado, mediante la RTC 0025-2005-PI, con el objeto de integrar al proceso a quien puede aportar una tesis interpretativa cualificadamente relevante en el caso concreto.

6.2.8. La adecuación del proceso de cumplimiento para el control de la inconstitucionalidad por omisión

Ahondando en el objeto y finalidad del proceso de cumplimiento, el Tribunal ha mantenido la posición de que el derecho a la efectividad de las disposiciones legales y actos administrativos encuentra su cauce procesal a través de este proceso, aún cuando lo ha reconducido a casos de indubitable claridad y certeza del *mandamus*. Sin embargo, en una variante, derivada de la especial problemática de los pueblos indígenas (STC 5427-2009-PC/TC, Caso AIDSESEP II), ha dispuesto también que el principio de regularidad del ordenamiento jurídico exige la efectividad, con mayor razón, de las disposiciones constitucionales, exigencia para la cual puede utilizarse, de modo excepcional, el proceso de cumplimiento.

De este modo, el TC ha dispuesto que, aún cuando no es la vía creada por el constituyente para el control de las omisiones legislativas inconstitucionales, el proceso de cumplimiento puede ser adecuado o redimensionado, de cara a efectivizar determinados mandatos constitucionales o que se encuentren contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos, y que han sido desatendidos por el legislador o la autoridad reglamentaria correspondiente, durante un lapso bastante amplio, produciendo a su vez un resultado inconstitucional.

En este contexto, con el objeto de poder apreciar en qué casos nos encontramos ante la figura de la *inconstitucionalidad por omisión*, el TC ha delineado los requisitos o elementos que deben presentarse para afirmar que el legislador o la autoridad reglamentaria correspondiente han incurrido en un incumplimiento de su deber de legislar o reglamentar un mandato constitucional. Estos requisitos o condiciones son:

- a) La existencia de un mandato constitucional de regulación normativa.
- b) Transcurso de un periodo de tiempo razonable.
- c) Efecto inconstitucional de la omisión o resultado inconstitucional.

Con el objeto de graficar los supuestos en los cuales nos encontramos ante la figura de la *inconstitucionalidad por omisión*, el TC ha establecido esta tipología de omisiones inconstitucionales:

- *Omisiones absolutas y omisiones relativas.*

Las primeras están referidas a los silencios totales del legislador sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene exigido desde la Constitución y cuya exigencia por el órgano jurisdiccional puede tornarse en necesaria para la eficacia efectiva de la norma fundamenta. Las omisiones de la ley u omisiones relativas en cambio están referidas al silencio de la ley en extremo que no haya sido normado causando perjuicio en la tutela de los derechos. Se presentan en el control de constitucionalidad de un precepto normativo en el que, como ha señalado la jurisprudencia alemana, se constata, “la exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio”. De ahí que el parámetro por excelencia del control de las omisiones relativas sea el principio constitucional de igualdad⁷.

- *Omisión inconstitucional directa e indirecta.*

Una *omisión normativa inconstitucional directa*, es la que se produce cuando el legislador democrático no emite la ley que desarrolla aquello que la Constitución ordena; mientras que la *omisión normativa inconstitucional indirecta*, es aquella que se

7 STC 0006-2008-PI/TC, FJ. 42. Vid. igualmente STC 9617-2006-AA/TC, FF.JJ. 6-8.

produce como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo mandado por el Texto Constitucional⁸.

- *Omisión inconstitucional explícita y omisión de configuración jurisprudencial.*

En el Derecho comparado actualmente no ofrece mayores resistencias la necesidad del control de las omisiones ordenadas de manera explícita por la Constitución. Este es el caso por ejemplo de un precepto constitucional que reconoce un derecho fundamental o crea un órgano constitucional delegando a la ley su configuración o regulación. Los supuestos de mandatos explícitos a legislar, constituyen normas constitucionales dirigidas al legislador y su control puede hacerse en sede jurisdiccional siempre que pueda desprenderse un mandato explícito y la inacción del legislador se haya constatado a lo largo de un periodo razonable.

Distintos son los supuestos en que la constatación de la omisión, sólo se pone en evidencia como consecuencia de la interpretación judicial de los derechos fundamentales o del desarrollo de las cláusulas orgánicas de la Constitución en los que se pueda constatar que los contenidos constitucionales no son posibles sin la intermediación legislativa. Aquí se trata de concebir a la acción de los órganos judiciales, y en especial del Tribunal Constitucional, como instituciones que colaboran con el desarrollo y efectividad de las cláusulas constitucionales de modo que, en el desarrollo de sus contenidos pueden avizorar, con conocimiento de causa la necesidad de que los contenidos constitucionales no se desvanezcan o diluyan ante la pasividad de los poderes constituidos. Se trata de la vigilia de la Constitución en su dinámica cotidiana.

En este sentido, conviene precisar en este punto, que las omisiones constatadas a través de la actuación de los órganos judiciales, en especial, por la actividad del Tribunal Constitucional, se configuran como mandatos normativos que se proyectan con efecto erga omnes conforme al artículo 204^o de la Constitución y los

8 STC 5427-2009-PC/TC, FJ. 25.

artículos 81º y 82º del Código Procesal Constitucional y que en consecuencia se derivan de la actuación de los órganos judiciales en su labor de defensa del orden jurídico constitucional, así como de su misión de tutela de los derechos fundamentales⁹.

6.2.9. El cómputo del plazo razonable

El derecho a ser juzgado dentro de un *plazo razonable* es una garantía que encuentra sustento o reconocimiento expreso en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, los mismos que han sido ratificados por el Perú y que, por tanto, ostentan rango constitucional. Así, este derecho lo encontramos en el artículo 14, inciso 3) literal c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8, inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Nuestra Constitución no tiene un reconocimiento expreso de este derecho, mas si podemos afirmar que el mismo constituye una garantía implícita del derecho al debido proceso contenido en el artículo 139, inciso 3) de la Carta Magna, cuya finalidad no es otra que impedir que los acusados por la comisión de un delito permanezcan durante un largo tiempo en un status jurídico de incertidumbre, asegurando de este modo que la tramitación del mismo se realice de manera pronta.

Aunque parezca evidente que la disposición normativa alcanza sólo al plazo que transcurre dentro de la tramitación judicial del proceso, la realidad y el objeto de los procesos constitucionales ha obligado al Tribunal Constitucional ha ir extendiendo el contenido de este derecho a nuevos y complejos supuestos de hecho. Así, hoy por hoy, y a la luz de lo expuesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, bien podríamos hablar del plazo razonable en tres esferas: a) Del proceso *strictu sensu*; b) De la Investigación Preliminar o Fiscal; c) De la detención preventiva.

A ellas puede añadirse la reciente STC 6423-2007-PHC/TC, que constituye precedente vinculante, y que ha abordado el tema del plazo estrictamente necesario de la detención policial.

- a) *Con respecto al plazo razonable del proceso:* Respecto al plazo razonable del proceso el TC ha señalado en la STC 0618-2005-PHC/TC que para poder determinar si existe violación del plazo razo-

9 STC 0006-2008-PI/TC, FF.JJ. 42-47.

nable del proceso habrá de tenerse en cuenta los siguientes factores: a) la actividad procesal del interesado; b) la conducta de las autoridades judiciales, y c) la complejidad del asunto, criterios que han sido establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Genie Lacayo* y *Suárez Rosero*.

Hasta aquí la temática desarrollada por el Tribunal Constitucional resulta pacífica y uniforme, no obstante ello es menester señalar que las consecuencias jurídicas derivadas de la verificación del plazo razonable continúa siendo una tarea pendiente del máximo órgano de interpretación constitucional, en la medida en que una Sala, en el conocido *caso Chacón* (STC 3509-2009-PHC/TC) ha delineado como derrotero la exclusión del proceso del accionante o favorecido en contrapartida de aquel grupo de magistrados que consideran que la medida correcta es el establecimiento de un plazo perentorio para que el órgano jurisdiccional que conoce del proceso lo concluya.

- b) *Con respecto a la investigación preliminar o fiscal:* El Tribunal Constitucional ha ingresado a analizar el plazo razonable de la investigación realizada por el representante del Ministerio Público, entre otros mediante los expedientes STC 5228-2006-PHC/TC, STC 6079-2008-PHC/TC, STC 4116-2008-PHC/TC; donde ha señalado que en la medida en que la actividad de los Fiscales están informados por el principio de interdicción de la arbitrariedad, su actividad ha de estar orientada por el respeto irrestricto de los derechos constitucionales. Uno de estos derechos es el plazo razonable, respecto del cual el Tribunal Constitucional ha señalado que la no precisión de los límites temporales de una investigación efectuada por el representante del Ministerio Público contraviene este derecho, más aún si al analizar cada caso se llega a evidenciar un excesivo transcurso de tiempo; por lo que no puede constituir una justificación válida el hecho de la inexistencia de un plazo legal previsto para la investigación preliminar.
- c) *Con respecto a la detención preventiva:* La jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en relación al plazo razonable de la detención preventiva ha sido muy variada. En líneas generales podemos señalar que la misma ha ido atendiendo a la complejidad que se presentaba en cada uno de los casos y siempre

evaluando los tres requisitos a los que ya se han hecho referencia esto es a) la actividad procesal del interesado; b) la conducta de las autoridades judiciales, y c) la complejidad del asunto.

La jurisprudencia del Tribunal en este rubro no ha sido pacífica, pues la misma ha ido variando conforme a la casuística que conocía este Colegiado y que en resumen pasaban por legitimar la extensión temporal que efectuaban los jueces penales de la detención preventiva ordenada en los respectivos procesos que tramitaban. Así, en un primer momento, en la STC 2915-2004-PHC/TC, el Tribunal Constitucional legitimó que el plazo de 18 meses a los que hacía referencia el Código Procesal Penal como plazo máximo de la detención preventiva podía ser duplicado siendo, por tanto, posible extender el plazo de detención hasta por 36 meses, fundado sólo en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio interesado.

Esta postura fue reforzada por el Tribunal Constitucional a propósito de los nuevos juicios iniciados tras la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 24745 (Ley Antiterrorismo) en la que concluye que los 36 meses establecidos como plazo máximo de detención previsto para procesos declarados nulos que se hubiesen seguido en fueros diferentes, cuyo cómputo se inicia desde la fecha en que se dictó el nuevo auto de detención, se encuentra dentro de los límites legales para considerar una detención preventiva constitucionalmente válida.

Posteriormente y a raíz de los megajuicios que se tramitaron contra bandas organizadas para la concretización del delito de tráfico ilícito de drogas, este Tribunal justificó incluso la duplicidad del plazo de 36 meses establecido por el Código Procesal Penal.

- d) *Con relación a la detención policial:* Finalmente, en la STC 6423-2007-PHC/TC, establecida como precedente vinculante, el Tribunal también ha ingresado a examinar los problemas que existirían en la detención policial e incluso en la detención judicial preliminar, no por razón de su arbitrariedad, supuesto en el cual procede un hábeas corpus correctivo, sino por motivo de las deficiencias administrativas que pueden darse para dar trámite a una orden de libertad, lo cual es materia de un hábeas corpus traslativo.

Así, el TC la siguiente regla sustancial sobre el plazo necesario de la detención policial: “En suma, resulta lesiva al derecho fundamental a la libertad personal la privación de esta en los supuestos en que ha transcurrido el plazo máximo para la detención, o cuando, estando dentro de dicho plazo, se ha rebasado el plazo estrictamente necesario; en ambos casos, dicho estado de cosas queda privado de fundamento constitucional, y la consecuencia debe ser la puesta inmediata de la persona detenida a disposición del juez competente para que sea este quien determine si procede la detención judicial respectiva o la libertad de la persona, sin perjuicio de las responsabilidades que señala la ley para la autoridad, funcionario o persona que hubieren incurrido en ellas”.

Por su parte, a efectos de operativizar dicha regla, estableció también una regla de orden procesal, enunciada en los siguientes términos: “El derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario de la detención o dentro del plazo máximo de la detención resulta oponible frente a cualquier supuesto de detención o privación de la libertad personal que se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico (detención policial, detención preliminar judicial, etc.). En ese sentido, a efectos de optimizar su tutela, lo que corresponde es que la autoridad competente efectúe un control de los plazos de la detención tanto concurrente como posterior, dejándose constancia del acto de control, disponiendo, si fuera el caso, las medidas correctivas pertinentes, bajo responsabilidad. Este control de los plazos de la detención debe ser efectuado tanto por el Representante del Ministerio Público como por el juez competente, según corresponda, sin que ambos sean excluyentes, sino más bien complementarios”.

Epílogo

En fin, hay muchas cuestiones más que podríamos conversar, pero cabe recordar que el tema procesal de nuestra ponencia es puntual y está referido a la autonomía procesal. Al respecto, simplemente quiero decir, como decían en mi antigua *alma máter* de Santiago de Compostela, pues en España y, principalmente, en Galicia hubo muchas mujeres a las que

se calificaba de brujas en la época medieval: “Meigas non existen, mais haberlas, ¡haylas!”, que quiere decir: “Brujas no existen, pero de haberlas, ¡las hay!”.

A su turno, muchos procesalistas dirían: “Autonomía procesal no existe, pero que el tribunal la utiliza, ¡sí la utiliza!”. Entonces hay que utilizar esa autonomía con prudencia y a veces hay que ser audaz para que se dinamice la construcción de un Estado constitucional, que es uno de los reductos extraordinarios que hoy por hoy el pensamiento continental europeo viene mostrando en la vitrina comparativa, a partir de los tribunales constitucionales que vienen afirmando una marcha ple-tórica en todos los modelos donde prima este organismo jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia: *La “Autonomía Procesal” del Tribunal Constitucional*, Thomson / Civitas, Madrid, 2003.

LANDA ARROYO, César: “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú”, en PRIORI POSADA, Giovanni (editor): *Proceso y Constitución*, Ara Editores, Lima, 2011, pp. 607 y ss.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail: “La autonomía procesal constitucional”, en *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Año II, N° 4, julio-diciembre, Lima, 2006, pp. 97-129.

LEÓN VÁSQUEZ, Jorge: “El Tribunal Constitucional y la configuración de su Derecho Procesal”, en *Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina*, Año II, N.º 4, julio-diciembre, Lima, 2006, pp. 29-61.

MONROY GÁLVEZ, Juan: “La autonomía procesal y el Tribunal Constitucional: apuntes sobre una relación inventada”, en *Themis*, Lima, N.º 55, 2008, pp. 87-96.

ABAD YUPANQUI, Samuel: “La creación jurisprudencial de normas procesales: la ‘autonomía procesal’ del Tribunal Constitucional. Un análisis preliminar”, en *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de doctrina y jurisprudencia*, Lima, Vol. XXX, junio de 2008, pp. 138-148.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “El amparo contra amparo” (entrevista formulada por Luis Sáenz Dávalos), en SÁENZ DÁVALOS, Luis (coordinador): *El amparo contra amparo y el recurso de agravio a favor del precedente*, Cuadernos de Análisis y Crítica de la Jurisprudencia Constitucional N.º 3, Palestra, Lima, 2007, pp. 285 y ss.

EL HÁBEAS CORPUS COMO MECANISMO EXCEPCIONAL PARA CUESTIONAR PROCESOS ORDINARIOS Y CONSTITUCIONALES*

Sumario: Introducción. I. Concepción constitucional amplia del proceso de hábeas corpus. II. Procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales. III. Tutela del debido proceso y la tutela procesal efectiva, a través del hábeas corpus, por tratarse de un “derecho conexo”. IV. Procedencia del hábeas corpus frente a otro proceso constitucional. V. A modo de conclusión

INTRODUCCIÓN

El propósito de las presentes líneas es dar cuenta, de manera sucinta, de lo que el Tribunal Constitucional ha venido resolviendo en materia de hábeas corpus contra resoluciones judiciales y, en especial, respecto del hábeas corpus contra resoluciones expedidas en otros procesos constitucionales.

Como se sabe, el hábeas corpus constituye un instrumento procesal antiquísimo, de innegable raigambre histórica, y que se configura como el remedio *non plus ultra* para la tutela de la libertad personal, concebida ésta en sus diversas manifestaciones. Conceptualmente, este recurso, recogido en el artículo 200^o inciso 1 de la nuestra Constitución,

* Este trabajo fue publicado en la revista *Gaceta Constitucional*, editorial Gaceta Jurídica, Lima, Tomo 52, abril de 2012, pp. 17-24.

materializa en nuestro ordenamiento el derecho al recurso sencillo y efectivo para proteger la libertad personal, a que hacen alusión distintas normas internacionales. Son los casos del artículo 9º inciso 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², así como del artículo 7º inciso 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³.

Sin perjuicio de lo dicho, situados en este contexto, lo cierto es que el legislador peruano, a través del Código Procesal Constitucional, ha acogido una concepción amplia (antes bien que restringida) acerca de los *contenidos sustantivos* que pueden ser tutelados mediante el hábeas corpus, con lo cual dicho proceso constitucional constituye no sólo un remedio para la defensa de la libertad física o ambulatoria, sino que además es un instrumento protector de los derechos conexos a la libertad individual misma.

El Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a esta tendencia expansiva, y ha venido desarrollando interpretativamente una serie de *contenidos constitucionales* que, en último término, tendrían un encaje dentro del manto protector del hábeas corpus. Así por ejemplo, ha sostenido que:

“Si bien el hábeas corpus en su origen histórico surge como remedio contra aprehensiones ilegales, representando la defensa de aquello que los antiguos romanos denominaban *ius movendi et ambulandi* o los anglosajones consignaban como *power of locomotion*, su desarrollo posterior lo ha hecho proyectarse hacia situaciones y circunstancias que si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente con él. Su ámbito de acción es básicamente de resguardo y tutela de la libertad personal en sentido

2 Este artículo señala: “Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.

3 El cual dispone: “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales”. A mayor abundamiento, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que los procesos de amparo y hábeas corpus son los recursos sencillos, rápidos y efectivos, a que hace alusión el artículo 25º de la Convención [Opinión consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*, párrafo 32].

lato. Incluso, en la actualidad, algunas figuras del hábeas corpus abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos de índole distinta [Cfr. Exp. N° 2663-2003-HC/TC]⁴.

Es así como el Tribunal Constitucional, sin abandonar la antigua concepción clásica en torno al hábeas corpus⁵, ha insistido también en aquellos otros derechos que, siendo conexos a la libertad personal, podrían hallar cobertura dentro del mencionado proceso constitucional. De este modo, aceptando que el hábeas corpus es un mecanismo procesal expeditivo, sumarisimo y de tutela urgente⁶, el Tribunal entiende también que, hoy por hoy, éste protege derechos conexos tan variados como son “la vida, la integridad física, la verdad en materia de desapariciones forzadas o la protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, e incluso la salud de las personas”⁷.

I. Concepción constitucional amplia del proceso de hábeas corpus

Es claro que la Constitución vigente (artículo 200, inciso 1) ha acogido una concepción amplia (que no clásica o restringida) de la libertad individual, lo que a su vez se encuentra reflejado necesariamente en el

4 STC Exp. N° 06936-2005-PHC/TC, f. j. 2.

5 Y así, recuerda: “Desde antigua data, la libertad (como estado natural de una persona) ha sido uno de los atributos más valiosos con los que cuenta un ser humano; tal situación supuso que la libertad sea objeto de protección y tutela frente a las privaciones. Así, el antecedente más remoto de tutela lo encontramos en el interdicto de *hómīne líbero exhibendo* el cual constituyó una especie de ‘acción popular’, ejercitable por cualquiera y de manera indeterminada, que estaba encaminada a tutelar la libertad de aquel hombre libre privado dolosamente de ella. Esta concepción de hábeas corpus ha sido catalogada como la percepción clásica de este instituto y como el instrumento *nom plus ultra* de tutela de la libertad individual, pues, como ya se ha señalado, servía para tutelar el atributo que los romanos llamaron *ius movendi et ambulandi* o lo que los anglosajones denominaron *power of locomotion*” [STC N° 3509-2009-PHC/TC, f. j. 2]

6 Y así, a juicio del Tribunal, la dimensión tutelar del proceso de hábeas corpus “exige al juez constitucional no una función pasiva o formalista sino por el contrario una actuación expeditiva y apremiante que, sostenida en la vocación de protección de bienes constitucionales tan preciados, identifique adecuadamente el fundamento o la razón de una demanda, así como los derechos afectados, de modo tal que pueda prevenir su vulneración o de ser el caso reparar con la mayor prontitud la afectación que se estuviera produciendo [STC N° 5842-2006-PHC/TC, f. j. 6].

7 RTC 3200-2009-PHC/TC, f. j. 2.

ámbito de protección del proceso de hábeas corpus⁸, tal como es posible derivar también del último párrafo del artículo 25º del Código Procesal Constitucional, en cuanto señala que “también procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio”.

En su interpretación sobre este asunto, el Tribunal Constitucional ha llegado a sostener que el hábeas corpus se presenta como una vía idónea para la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad⁹, e incluso frente a afectaciones de la libertad e integridad no sólo física, sino también psicológica, provenientes de entidades tanto públicas como privadas¹⁰.

Y es en base a esta concepción amplia acogida por nuestra Constitución y legislación ordinaria, que el Tribunal Constitucional ha ensayado una tipología de hábeas corpus que, dependiendo del tipo de vulneración denunciado, otorgan una tutela reparadora distinta para cada caso particular. Esa clasificación, enunciada en la STC N.º 02663-2003-HC/TC, conoce de las siguientes nomenclaturas:

- a) *Hábeas corpus reparador*, que se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial, de un mandato judicial en sentido lato, de

8 STC Exp. N° 4750-2007-PHC/TC, f. j. 3.

9 En efecto, el Tribunal ha llegado a afirmar que, aun cuando tradicionalmente el hábeas corpus ha sido concebido como un recurso o mecanismo procesal orientado, por antonomasia, a la tutela del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal, “su evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria, ha hecho que su propósito garantista trascienda el objetivo descrito para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio [STC N° 4413-2008-PHC/TC, f. j. 1; STC Exp. N° 1317-2008-PHC/TC, f. j. 13; STC Exp. N° 1286-2008-PHC/TC, f. j. 1.]

10 Este Tribunal ha establecido que mediante el hábeas corpus no sólo se protege la libertad física propiamente tal, sino que su ámbito de protección se prolonga ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan recluidas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran en establecimientos públicos o privados [STC N° 3025-2009-PHC/TC, f. j. 2].

- una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico, etc.
- b) *Hábeas corpus restringido*, que se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio;
 - c) *Hábeas corpus correctivo*, modalidad usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto de las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad.
 - d) *Hábeas corpus preventivo*, utilizado en los casos en que existe la amenaza cierta e inminente de que ocurra una privación inconstitucional o ilegal de la libertad.
 - e) *Hábeas corpus traslativo*, empleado para denunciar mora en el proceso judicial.
 - f) *Hábeas corpus instructivo*, que puede ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida.
 - g) *Hábeas corpus innovativo*, cuando pese a haber cesado la amenaza o violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante
 - h) *Hábeas corpus conexo*, utilizado cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores (v. gr. restricción del derecho a la defensa, a la presunción de inocencia, a la motivación de las resoluciones judiciales, etc.).

Como se puede apreciar sin mayor esfuerzo, además del hábeas corpus clásico o reparador, las demás modalidades dejan entrever que dicho proceso constitucional se encuentra abierto a distintas hipótesis de vulneración, no sólo de la libertad personal, sino también de derechos asociados a ella, siempre que redunden en una afectación de la misma.

II. Procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales

Vistos en perspectiva, existen tres grandes supuestos de procedencia del hábeas corpus en nuestro ordenamiento jurídico, a saber: a) por violación o amenaza de violación, b) contra actos provenientes de normas; y c) contra resoluciones judiciales; si bien, recientemente, a partir de estos presupuestos procesales, se han venido delineando diversas figuras o requisitos de admisibilidad. Pues bien, en lo que sigue, vamos a exponer los criterios jurisprudenciales que ha esgrimido el Tribunal Constitucional sobre este último supuesto, es decir, en torno a la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales, lo que abarca incluso a las omisiones judiciales¹¹.

Al respecto, habrá que comenzar señalando que la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional supuso la incorporación normativa de un conjunto de institutos jurídico procesales que no habían sido regulados por la normativa precedente (Ley N.º 23506); novedades dentro de las cuales es posible destacar la de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales emitidas en procesos ordinarios, siempre que en ellas se evidencie una afectación al derecho fundamental a la tutela procesal efectiva. Sin embargo, para plantear un proceso de esta índole, el referido Código exige la constatación de un requisito esencial, cual es la *firmeza* de la resolución judicial que se denuncia violatoria del derecho fundamental.

Este requisito constituye, a no dudarlo, un acierto del legislador, pues con ello se logra que la justicia constitucional, conservando sus competencias constitucionales, no se superponga a las funciones propias de los jueces ordinarios. Así, por ejemplo, no cualquier resolución judicial podrá ser objeto de control en el proceso de hábeas corpus, sino sólo aquella respecto de la cual, previamente, el actor “haya hecho uso de los recursos necesarios que le otorga la ley”, es

11 En efecto, en la STC N.º 03491-2005-HC/TC, f. j. 7, el Tribunal Constitucional ha admitido que “[estando] ante una omisión en la expedición de una resolución (manifestación de una conducta inconstitucional negativa) no se configura, por tanto, en supuesto de improcedencia a que se refiere la norma, sino algo totalmente distinto que, por lo mismo, no se encuentra proscrito de forma alguna. El Código, en otras palabras, no ha dicho en ningún momento que no pueda prosperar un hábeas corpus por omisión judicial, sino que se ha referido exclusivamente al caso de los hábeas corpus contra resoluciones (acciones) judiciales firmes recaídas en otro proceso constitucional”.

decir, sólo si “no ha sido posible conseguir en vía judicial la tutela del derecho fundamental presuntamente vulnerado”¹². De este modo, cabe pues entender que la resolución judicial firme es el “requisito de procedibilidad” del hábeas corpus¹³, debiendo agregarse que la categoría de firme debe ser comprendida “al margen del trámite integral del proceso”, lo que permite que incluso un auto, y no sólo la sentencia que pone fin al proceso, pueda merecer control por parte del juez constitucional¹⁴.

La regla de que el hábeas corpus contra resoluciones judiciales proceda sólo cuando no haya sido posible conseguir en la vía judicial la tutela del derecho vulnerado, bueno será tenerlo presente, no contradice el tenor del artículo 5º inciso 2 del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que en el hábeas corpus no cabe alegar la existencia de vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias. Y esto es así porque, cuando aludimos al hábeas corpus contra resoluciones judiciales, estamos hablando en pocas palabras de un proceso constitucional (como lo sería el amparo) interpuesto contra una resolución judicial, en cuya dilucidación es necesario mantener a salvo las competencias propias de la judicatura ordinaria (en este caso, de los jueces penales ordinarios), las que de otro modo podrían quedar desnaturalizadas o ilegítimamente invadidas.

De ahí el carácter *excepcional* que ostenta el hábeas corpus “judicial”. Así también lo entiende el Tribunal Constitucional, cuando señala, por ejemplo, que:

“[S]ólo excepcionalmente [cabe] efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. En consecuencia, en la justicia ordinaria

12 STC Exp. N° 6032-2008-PHC/TC, ff. jj. 2 y 3.

13 RTC 3470-2005-PHC/TC, f. j. 2.

14 STC 01209-2006-PA/TC, f. j. 10.

se establece la culpabilidad o inocencia del imputado, determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime la más adecuada. En la justicia constitucional, en cambio, se determina si la resolución judicial cuestionada afecta los derechos constitucionales¹⁵.

Sin embargo, la línea divisoria que separa las competencias de la justicia ordinaria, de las de la constitucional es, en la mayoría de casos, una línea difusa de complicada identificación. Si bien resulta evidente que la justicia constitucional no puede convertirse en lo que no es, a saber, una instancia de determinación de la responsabilidad penal del inculpado, no queda del todo claro si, en vías de constatar la afectación de la libertad personal o los derechos conexos, el juez constitucional está habilitado para realizar una análisis integral y completo del proceso penal en su conjunto.

El criterio asumido por el Tribunal para resolver esta cuestión tiene que ver con el modo de presentarse de la afectación a la libertad personal. Y en ese sentido, sostiene que un requisito para la procedencia del hábeas corpus “judicial” es la vulneración *manifiesta* del derecho constitucional fundamental invocado, entendiendo por manifiesto a lo “descubierto, patente, claro, visible o perceptible”¹⁶. Dicho en otras palabras, el juez constitucional sólo estará expedito para revisar todo lo actuado por el juez ordinario “únicamente cuando los derechos fundamentales estén siendo vulnerados a causa de una resolución judicial”¹⁷, de un modo manifiesto o patente. Si esto es así, no será necesario que termine revisando todo lo que hizo el juez ordinario, sino, específicamente, “que fiscalice si uno o algunos de los derechos procesales con valor constitucional están siendo vulnerados”¹⁸.

15 STC Exp. N° 08646-2005-PHC/TC, f. j. 7.

16 STC Exp. N° 09598-2005-PHC/TC, f. j. 1.

17 STC Exp. N° 08787-2006-PHC/TC, f. j. 6.

18 STC Exp. N° 08817-2005-PHC/TC, f. j. 6.

III. Tutela del debido proceso y la tutela procesal efectiva, a través del hábeas corpus, por tratarse de un “derecho conexo”

Como ya se tiene dicho, la evolución del hábeas corpus hacia su concepción amplia supuso la introducción, dentro de su ámbito de protección, de derechos distintos a la libertad individual, formalmente concebida, que *prima facie*, no siendo objeto de tutela vía este proceso, sí lo serían en tanto y en cuanto su afectación generara un perjuicio a la libertad individual de modo simultáneo. Estos derechos conexos son, entre otros, la tutela procesal efectiva, el debido proceso y la inviolabilidad de domicilio.

La conexión del derecho a la *tutela procesal efectiva* con la libertad individual es condición *sine qua non* para que aquél pueda ser tutelado a través del proceso de hábeas corpus. Que este proceso constitucional no tenga por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, ha sido una constante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el que ha señalado en múltiples oportunidades que:

“[N]o cualquier reclamo que alegue a priori afectación de los derechos conexos a la libertad individual puede franquear la procedibilidad de una demanda de hábeas corpus, pues para ello se requiere *prima facie* que se cumpla con el requisito de la *conexidad*. Este requisito comporta que el reclamo alegado esté siempre vinculado a la libertad individual, de suerte que los actos que se aduzcan como atentatorios de los derechos constitucionales conexos resulten también lesivos del derecho a la libertad individual. O dicho de otra manera, para que la alegada amenaza o vulneración de los denominados derechos constitucionales conexos se tutele mediante el proceso de hábeas corpus éstas deben redundar en una amenaza o afectación de la libertad individual”¹⁹.

Y es este criterio el que ha llevado al Tribunal a entender, por ejemplo, que si el recurrente tiene una *medida coercitiva personal de comparecencia con restricciones* (por caso, la de no ausentarse del lugar de su residencia sin previo aviso del Juez, comparecer cada quince días y de manera personal al juzgado a informar y justificar sus actividades bajo apercibimiento de revocársele la medida coercitiva impuesta), tal

19 RTC 4052-2007-PHC/TC, f. j. 3.

situación constituye una injerencia en la esfera de libertad de la persona, estando la justicia constitucional habilitada para analizar el fondo de la controversia planteada²⁰.

Mas aún, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la procedencia de una demanda de hábeas corpus contra una resolución judicial no depende *per se* de la existencia o no de una medida coercitiva de la libertad dictada al interior de un proceso penal, o incluso anexa a la resolución que se cuestiona, sino que es necesario que tal incidencia en el derecho en la libertad personal dimane de manera directa y negativa de la propia resolución que se cuestiona, pues recién entonces se apreciará la concurrencia del requisito de firmeza exigido en este proceso constitucional²¹.

Pero, ¿qué componentes del debido proceso pueden ser tutelados de forma conexas a la libertad individual, en el hábeas corpus? Para dar respuesta a esta pregunta, es preciso acudir al artículo 4º del Código Procesal Constitucional, que define al debido proceso como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan sus derechos “de libre acceso al órgano jurisdiccional; a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso; a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada ni sometida a procedimientos distintos de los previstos por la ley; a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales, y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

Sin embargo, nuevamente, es claro que, so pretexto del control constitucional del debido proceso conexas a la libertad personal, el Tribunal Constitucional no puede ni debe revisar todo lo realizado por el juez ordinario, sino específicamente, que controle desde un canon de interpretación constitucional si en el ejercicio de la función jurisdiccional se ha vulnerado o no un derecho fundamental específico, integrante del debido proceso. Lo cual pone en evidencia, para dicho Tribunal, que no toda afectación al debido proceso es susceptible de ser sometida a control constitucional, pues “mientras las afectaciones al *debido proceso constitucional* siem-

20 STC Exp. N° 3509-2009-PHC/TC, f. j. 4 y 5.

21 RTC 3124-2008-PHC/TC, f. j. 2, segundo párrafo.

pre son susceptibles de ser controladas por parte del juez constitucional, no sucede lo mismo en relación con el *debido proceso legal*²².

IV. Procedencia del hábeas corpus frente a otro proceso constitucional

Si bien, a primera vista, parece insólito pensar en la posibilidad de interponer un proceso constitucional contra otro de la misma naturaleza, lo cierto es que la praxis jurisprudencial ha venido conociendo casos diversos que bien podrían insertarse en este esquema hipotético, como es el amparo contra amparo, el amparo contra un hábeas corpus, o incluso, el hábeas corpus contra otro hábeas corpus,

En lo que toca a este último supuesto, por ejemplo, el Tribunal ha entendido en su jurisprudencia, que

“Aunque no existe en nuestra jurisprudencia casuística en la que se haya dilucidado sobre la procedencia de procesos de hábeas corpus promovidos contra procesos de hábeas corpus, dicha hipótesis, si bien difícil de verificarse en la práctica, tampoco resulta imposible de presentarse a la luz de eventuales cuestionamientos frente a determinadas situaciones conflictivas (...)

Sin embargo, lo más cercano a dicha opción es lo que la jurisprudencia ha venido en denominar amparo contra amparo, régimen procesal que, como lo ha precisado recientemente este mismo Colegiado en los expedientes 3846-2004-PA/TC (Caso Municipalidad Provincial de San Pablo) y 2707-2004-AA/TC (Caso Superintendencia Nacional de Administración Tributaria), sigue siendo plenamente legítimo, no obstante lo dispuesto en el artículo 5°, inciso 6), del Código Procesal Constitucional, habida cuenta de que la citada disposición restrictiva debe entenderse como referida a procesos donde se ha respetado escrupulosamente la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4° del mismo cuerpo normativo, y tomando en cuenta, adicionalmente, que una interpretación que cierra por completo la posibilidad del amparo contra amparo sería contraria a la Constitución.

22 STC Exp. N° 01014-2007-PHC/TC, f. j. 4.

“(…) de darse tal hipótesis [hábeas corpus contra hábeas corpus], aquella necesariamente tendría que estar condicionada a la vulneración por parte de un juez constitucional (en este caso de hábeas corpus) de los derechos a la tutela procesal efectiva y, concurrentemente, a la libertad individual, conforme lo establece el artículo 4º del Código Procesal Constitucional para el caso de los hábeas corpus contra resoluciones judiciales emanadas de procesos ordinarios. Queda claro, por lo demás, que esa, y no otra, sería la situación en la que podría legitimarse el régimen aquí enunciado, amén de asumirse con un carácter residual y necesariamente restrictivo”²³.

No obstante ello, es claro que, al igual como sucede con el contra-amparo respecto del amparo contra resoluciones judiciales, así también el hábeas corpus contra hábeas corpus supone una “doble excepción” a la regla, pues dicha figura, atípica por naturaleza, no podría considerarse regular o abierta, so pena de desnaturalizar la finalidad tuitiva de los procesos constitucionales, así como “el régimen de presunción favorable de la que goza todo proceso constitucional por el solo hecho de su existencia”²⁴.

V. A modo de conclusión

En suma, según lo establecido en el Código Procesal Constitucional, y lo perfilado con carácter vinculante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en nuestro ordenamiento jurídico se ha acogido una concepción amplia, y no restrictiva, de los *contenidos sustantivos* que tutela el hábeas corpus. Siendo así, este proceso no solo sirve para tutelar la libertad física o ambulatoria, sino también para proteger otros derechos, siempre que éstos sean conexos a la libertad individual.

Entre los diversos derechos conexos que cabe proteger vía el hábeas corpus, puede encontrarse al derecho al debido proceso. Como lo

23 STC Exp. N° 3491-2005-PHC/TC, ff. jj. 3, 4, 5, y 6.

24 STC Exp. N° 3491-2005-PHC/TC, f. j. 9. Es esta misma consideración la que ha llevado al Tribunal a entender que, cuando se interpone un proceso de amparo contra una resolución recaída en un proceso de hábeas corpus, es necesario primero que se haya cumplido con la liberación del detenido ordenada por la sentencia de hábeas corpus, como requisito de procedencia para el amparo [STC N.º 01671-2008-PA/TC].

señala el Tribunal, este derecho será conexo cuando de manera conjunta a su afectación se lesione también el derecho a la libertad individual. Es la afectación conjunta de ambos derechos, ocurrida en el marco de un proceso ordinario, lo que permite su cuestionamiento a través del proceso de hábeas corpus. Sin embargo, como lo hemos explicado también, tal posibilidad tiene límites, pues so pretexto de analizar la violación al debido proceso de las resoluciones judiciales, los jueces constitucionales no pueden invadir competencias propias de los jueces penales ordinarios.

Por último, hemos dejado reseñado que, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sí es posible interponer un hábeas corpus contra otro hábeas corpus (y más generalmente, contra otro proceso constitucional). Sin embargo, se trata éste de un asunto excepcional y que, por lógica consecuencia, debe interpretarse de modo restringido. Siendo requisito esencial que en aquel otro proceso constitucional hayan sido afectados o amenazados los derechos a la libertad individual y al debido proceso.

TERCERA A PARTE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

**ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO
A LAS TEORIAS DE LA ARGUMENTACION
JURIDICA DE THEODOR VIEHWEG,
CHAÏM PERELMAN Y ROBERT ALEXY* ****

Sumario: 1. Theodor Viehweg y la tónica jurídica. 2. Chaïm Perelman y la nueva retórica. 2.1. Los planteamientos de Perelman. 2.2. El pensamiento de Perelman. 2.3. El Orador, el Discurso y el Auditorio. 2.4. Las críticas al pensamiento de Perelman. 3. Robert Alexy y la teoría de la argumentación jurídica. 3.1. Las críticas al pensamiento de Alexy. 4. Breves reflexiones finales. Anexo: Introducción bibliográfica a la Aplicación, Interpretación, Razonamiento Jurídico y a la Integración de las lagunas del Derecho. 1. Razonamiento jurídico. 2. Aplicación del derecho. 3. Creación del derecho. 4. Técnica jurídica. 5. Principios generales del derecho. 6. Lagunas del derecho e integración jurídica. 7. Fenómeno jurídico, orden jurídico, ordenamiento jurídico, norma jurídica. 8. Interpretación

A FLORENCIO MIXAN MASS

*Por su infatigable batalla en divulgar la
racionalización del discurso jurídico en el Perú.*

* Este breve ensayo fue formulado en 1996, en el marco de los cursos del doctorado que el autor desarrolló en la Universidad de Santiago de Compostela (Galicia-España), bajo la batuta del Profesor Manuel Segura, en su curso Teoría de la Argumentación Jurídica (Nota de 1999).

** Apareció en la *Revista Jurídica*. Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad. N° 134, Enero 1996 Julio 1999. Trujillo - Perú.

“...Y lo primero que se le ofreció (a Sancho Panza) fue una pregunta que un forastero le hizo (estando presentes a todo el mayordomo y los demás acólitos), que fue: Señor, un caudaloso río dividía dos términos de un mismo señorío (y esté vuesa merced atento, porque el caso es de importancia y algo dificultoso). Digo, pues, que sobre este río estaba una puente, y al cabo della una horca y una como casa de audiencia, en la cual de ordinario había cuatro jueces que juzgaban la ley que puso el dueño del río, de la puente y del señorío, que era en esta forma: Si alguno pasare por esta puente de una parte a otra, ha de jurar primero adónde y a qué va; y si jurare verdad, déjenle pasar, y si dijere mentira muera por ello ahorcado, en la horca que allí se muestra, sin remisión alguna. Sabida esta ley y la rigurosa condición della, pasaban muchos, y luego en lo que juraban se echaba de ser que decían verdad, y los jueces lo dejaban pasar libremente. Sucedió, pues, que tomando juramento a un hombre, juró y dijo que, para el juramento que hacía, que iba a morir en aquella horca que allí estaba, y no a otra cosa. Repararon los jueces en el juramento, y dijeron: Si a este hombre lo dejamos pasar libremente, mintió en su juramento, y conforme a la ley debe morir; y si le ahorcamos, él juró que iba a morir en aquella horca, y habiendo jurado verdad, por la misma ley debe ser libre. Pídese a vuesa merced, señor gobernador, ¿qué harán los jueces de tal hombre, que aun hasta agora están dudosos y suspensos? Y habiendo tenido noticia del agudo y elevado entendimiento de vuesa merced, me enviaron a mí a que suplicase a vuesa merced de su parte, diese su parecer en tan intrincado y dudoso caso.

A lo que respondió Sancho: Por cierto que esos señores jueces que a mí os envían lo pudieran haber excusado, porque yo soy un hombre que tengo más de mostrenco que de agudo; pero, con todo eso, repetidme otra vez el negocio de modo que yo lo entienda, quizá podría ser que diese en el hito.

Volvió otra vez y otra vez el preguntante a referir lo que primero había dicho, y Sancho dijo: Amí parecer este negocio de dos paletas le declararé yo, y es así: ¿El tal hombre jura que va a morir en la horca, y si muere en ella juró verdad, y si no le ahorcan juró mentira, y por la misma ley merece que le ahorquen?

Así es como el señor gobernante dice dijo el mensajero; y cuanto a la entereza y entendimiento del caso, no hay más que pedir ni que dudar.

Digo yo, pues, agora replicó Sancho, que, deste hombre, aquella parte que juró verdad la dejen pasar, y la que dijo mentira le ahorquen; y desta manera se cumplirá al pie de la letra la condición del pasaje.

Pues, señor gobernador replicó el preguntador, será necesario que el tal hombre se divida en partes: en mentirosa y verdadera; y si se divide, por fuerza ha de

morir, y así no se consigue cosa alguna de lo que la ley pide, y es de necesidad expresa que se cumpla con ella.

Venid acá, señor buen hombre respondió Sancho : este pasajero que decís, o yo soy un porro, o él tiene la misma razón para morir que para vivir y pasar la puente, porque si la verdad le salva, la mentira le condena igualmente; y siendo esto así, como lo es, soy de parecer que digáis a esos señores que a mí os enviaron, que puesta está en un fiel las razones de condenarle o asolverle, que le dejen pasar libremente, pues siempre es alabado más el hacer bien que mal; y esto lo diera firmado de mi nombre si supisiera firmar: y yo en este caso no he hablado de mío, sino que se me vino a la memoria un precepto, entre otros muchos, que me dio mi amo don Quijote la noche antes que viniese a ser gobernador desta ínsula, que fue que, cuando la justicia estuviese en duda, me decantase y acogiese a la misericordia; y ha querido Dios que agora se me acordase, por venir en este caso como de molde”.

MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA:

*El Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha****

*Cap. LI Del progreso del gobierno de Sancho Panza
en otros sucesos tales y como buenos*

Edic. Zeus, Barcelona, 1968, 1ra. edic., Vol. I, pp. 318-320.

*** Nota del 2011: Vid. la Edición del IV Centenario del Quijote de la Mancha, preparada por la Real Academia Española y la Asociación de Académicos de la Lengua Española, con las presentaciones de Mario Vargas Llosa (“Una novela para el siglo XXI”), Francisco Ayala (“La invención del Quijote”), Martín de Riquer (“Cervantes y el “Quijote””) y Francisco Rico (Nota al texto). Incluye un Glosario de la lengua de Cervantes (Santillana Ediciones Generales, San Pablo-Brasil, 2004, pp. 938-940).

INTRODUCCION

Es indudable que el tiempo sigue su curso vertiginosamente y va dejando su indeleble huella. En 1991, la guerra hizo estragos en El Golfo. En 1990, la URSS perdió el control de su glació europeo y Japón concluyó la era showa al momento de enterrar al emperador Hirohito. En 1987, el planeta rebasó los cinco mil millones de habitantes¹. Se dice que ha nacido un nuevo mundo. En rigor, la lista de acontecimientos inaugurales del nuevo mundo es larga. Y, en esta situación, ubícanse como nuevo y viejo el tema recurrente en el derecho: la *justicia*. Y la reflexión será siempre sempiterna: ¿qué es la justicia? Kelsen, el gran jurista de este siglo, ha sostenido frente a dicha interrogante que ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tantas reflexiones para los pensadores más ilustres, de Platón a Kant. Y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta. Parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que sólo pueden ser replanteadas².

Por principio, la justicia no es un ideal irracional. Es, como señala el profesor Atienza un ideal o, si se quiere, una idea regulativa; no una noción de algo sino una noción para algo: para orientar la producción y la aplicación del Derecho. De allí que quien tiene que impartir la justicia no puede valerse sólo del derecho positivo, sin que recurra a juicios de valor sobre lo justo o injusto y que trascienda el derecho positivo³. Hoy se debe tener en cuenta que los elementos esenciales de la actuación judicial son la *argumentación* y la *decisión*. Pues a toda decisión concreta le precede una argumentación y, además, todas las decisiones

1 FOSSAERT, Robert: *El Mundo en el Siglo XXI*, Siglo XXI Edit., Madrid, 1994, p. 11. (Nota de 2011: La National Geographic en la edición de enero de 2011 anuncia en su portada que el mundo ha llegado a una población de 7000 millones de habitantes. Vol. 28, N° 1, vid. el artículo de Robert Kunzing, pp. 2 y ss.).

2 KELSEN, Hans: *¿Qué es Justicia?*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 35.

3 ATIENZA, Manuel: *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, 1993, p. X.

tienen que ser fundamentadas. Por ello se hace imprescindible una teoría de la argumentación jurídica⁴.

Las preguntas de rigor que se formulan actualmente son: ¿Hacia dónde camina el pensamiento jurídico de nuestros días? ¿Se prevén en el horizonte de los actuales tiempos nuevas maneras de enfocar los problemas teóricos que el derecho suscita? ¿Cómo engarzar las actuales preocupaciones y perspectivas con la tradición filosófica multiseccular que nos ha sido legada?⁵

En puridad, el derecho es un fenómeno o conjunto de fenómenos consustanciales a la convivencia, es un instrumento necesario para el hombre, igual que lo es el lenguaje. Las partes que tienen un problema acuden a un tercero en busca de la solución. El conflicto se orienta así a la decisión, y quien argumenta con la finalidad de llegar a ella es el prudente, el *iuris-prudente*. La actividad cuyo objeto es la reflexión sobre los problemas para llegar a la decisión es lo que se llama *iuri prudentia*⁶. Recordemos que en la antigua Roma, los jurisprudentes romanos se interesaban por encontrar y conservar las soluciones convenientes para los conflictos que surgen entre las personas. Sus soluciones debían ser aplicadas por los jueces al dar éstos sus sentencias en los litigios causados por tales conflictos⁷. De allí que el que imparte justicia debe hacerlo con prudencia, pues el discernimiento de lo justo e injusto es el *iuris prudente*.

En esta trama de la aplicación del derecho para llegar a la justicia, existen los operadores del derecho, que van desde quien produce la norma jurídica (legislador), el que la aplica (el juez) y los representantes de las partes en conflicto (abogado). A la postre, todo habrá de culminar en el proceso de una decisión jurídica que se va a expresar en una sentencia.

4 JOCHEN SCHNEIDER y ULTRICH SCHROTH: "Perspectivas en la aplicación de las normas jurídicas: Determinación, argumentación y decisión", (Trad. de María José Fariñas Dulce), en *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Edit. Debate, Edic. a cargo de Arthur KAUFMANN (Edic. española a cargo de Gregorio Robles). Madrid, 1992, p. 401.

5 Cf. Presentación de Gregorio Robles Morchón a: *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, op. cit., p. 13.

6 ROBLES, Gregorio: "La decisión en el derecho y la tónica jurídica", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie. N° 54, 1985, p. 951.

7 DORS: *Derecho Privado Romano*, 8va. edic., EUNSA, Pamplona, 1991, p. 27.

Desde hace ya casi cuatro décadas, los científicos en el derecho han observado que la práctica del derecho consiste fundamentalmente en *argumentar*. Pero, ¿qué significa argumentar jurídicamente?, ¿hasta qué punto se diferencia la argumentación jurídica de la argumentación ética o de la argumentación política o, incluso de la argumentación en la vida ordinaria o en la ciencia?, ¿cómo se justifica racionalmente las decisiones jurídicas?, ¿cuál es el criterio de corrección de los argumentos jurídicos?, ¿suministra el Derecho una única respuesta correcta para cada caso?, ¿cuáles son, en definitiva, las razones del Derecho: no la razón de ser del Derecho, sino las razones jurídicas que sirven de justificación para una determinada decisión?⁸.

Estas y otras interrogantes más son las que a inicios de la década de los cincuenta empezaron a formularse un sector de filósofos del Derecho. En rigor, hay consenso en afirmar que los modernos replanteamientos de la Teoría Jurídica, curiosamente, surgen a partir de los años cincuenta en las que confluyen los intentos hasta ahora más serios en responder a la *problemática metodológica* en el Derecho.

En este marco situacional surgen en el tapete de discusión el tema casi contemporáneo de la *retórica*, la *tópica* y la *dialéctica*. Y la impresión aún más sorprendente es *comprobar que no se da sólo* de autor a autor, sino de país en país. Así, mientras en Bélgica Perelman recuperaba para el derecho la Retórica, en Alemania Viehweg hace lo propio con la Tópica, y en Francia Michel Villey se remitía a la Dialéctica antigua. A ello agregamos a otro no menos descollante germano, Robert Alexy, con la teoría de la Argumentación Jurídica.

En lo que sigue, apenas si se pergeñarán algunas ideas rectoras de las teorías de la argumentación jurídica en tomo a Viehweg, Perelman y Alexy.

1. THEODOR VIEHWEG Y LA TOPICA JURIDICA

1. Nació en Leipzig el 30 de abril de 1907 y falleció en Maguncia el 29 de julio de 1988. Desde 1962 hasta su jubilación fue profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Maguncia. En 1949, juntamente con Rudolf Haun, había vuelto a fundar el *Archiv für Rechts - und Sozial-*

8 ATIENZA, Manuel: *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 9.

philosophie y logra en poco tiempo transformarlo en la revista de filosofía del derecho más importante del mundo.

2. Aunque Theodor Viehweg ya había pronunciado en 1950 una conferencia en la que exponía las tesis vertebrales de su teoría en tomo a la ciencia del derecho; fue exactamente en 1953 en que sale publicado su *Topik un Jurisprudenz* y en la que inicia la gran discusión sobre los problemas de la argumentación. Fue a partir de dicha obra en que la noción de tópica jurídica adquiere carta de ciudadanía en la teoría del derecho. A partir de esa fecha, los más descollantes autores se han ocupado del tema, como Josef Esser, Martin Kriegl, Friedich Muller, Franz Wieacker, Karl Larenz o Konrad Hesse. En España, irónicamente, su divulgación no sale de los predios de la filosofía del derecho, sino del derecho público (García de Enterría, Díez Picaso, entre otros).

3. El hilo conductor de la obra de Viehweg consistía en reivindicar el interés que para la teoría y la práctica jurídica tenía la resurrección del modo de pensar tópico o retórico. Si bien, muchos han precisado que el rescate de la tópica es un fenómeno que ocurre en Europa de la posguerra en diversas disciplinas, y no sólo ni en primer lugar en el Derecho, como lo ha señalado Manuel Atienza⁹.

4. *Alcances de la tópica jurídica.* Por principio, la tópica jurídica surge en Europa a raíz de un replanteamiento radical de la problemática de la metodología jurídica y, más aun, de la problemática valorativa en el derecho. Aunque hay quienes señalan que aún falta una auténtica y extensa investigación de conjunto sobre la tópica jurídica¹⁰, estimamos que las grandes bases teóricas las dejó ya cimentadas el gran jurista Viehweg. Por cierto, a la hora de valorar y entender la tópica jurídica en su hilo conductor, que es la metodología, hay diversos autores que lo han imbricado con los más variados temas de las teorías jurídicas del derecho natural hasta los principios generales o la cientificidad de la dogmática jurídica. En rigor, Viehweg concibe a la tópica como una técnica de pensamiento caracterizada por orientarse al problema. Unido a ello, surge la noción en Viehweg de las *aporías* y que constituyen cuestiones acuciantes e ineludibles, respecto de lo que no está marcado un camino de salida, pero que, no por ello, se puede soslayar.

9 ATIENZA, Manuel: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, p. 50.

10 GARCIA AMADO, Juan Antonio: *Teorías de la Tópica Jurídica*, U. de Oviedo, Edic. Civitas, 1988, pp.14-15.

A todo esto, Viehweg define la noción de *problema* como aquella cuestión que aparentemente admite más de una respuesta y que necesariamente presupone una comprensión provisional, a partir de la cual aparece como cuestión a considerar seriamente y para la que se busca precisamente una respuesta de solución. Entonces, para este jurista germano, lo que hace que una cuestión se constituya como problema es la existencia de distintas alternativas para su tratamiento, frente a diferentes respuestas o vías de actuación posibles¹¹.

En consecuencia, se trata de que a la decisión del juzgador, cuando imparte justicia, trate en lo posible de utilizar todo un procedimiento que no signifique contradicción y que sea lo más justo, aún cuando cada decisión judicial puede tener varias respuestas o diversos tipos de sentencias. En este sentido, se podría decir que la tónica es la técnica del pensamiento de problemas permanentes, o de problemas que ni siquiera a corto plazo son susceptibles de solución definitiva. O que el tipo de problema que la tónica trata es aquél que siempre admite más de una respuesta, no sólo en el instante de plantearse o aparecer como problema sino también una vez que se ha optado por una respuesta determinada para el caso concreto: ésta se mostraría como la mejor, pero no como la única¹².

2. CHAÏM PERELMAN Y LA NUEVA RETORICA

1. Perelman nació en Polonia en 1912 y fallece en 1984. Desde los 12 años vivió en Bélgica, estudiando derecho y filosofía en la U. de Bruselas. Hizo su doctorado sobre la lógica de Frege, el fundador de la lógica formalizada.

Hasta los años 1980, la teoría de la argumentación jurídica de Chaïm Perelman había sido la más completa y más construida en torno a los métodos que se tienen que utilizar para la racionalidad del derecho.

Este jurista y filósofo ha escrito muchas obras; pero son básicas su *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica* (cfr. Edit. Gredos, traducción española de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, 1989, 855 pp.) que fue publicada conjuntamente con su discípula Olbrecht-Tyteca, y también *La*

11 Idem Ibid., p. 76.

12 Loc.cit.p.81.

Lógica Jurídica y la Nueva Retórica (Cf. Edit. Civitas, Madrid, 1979) y cuya traducción al castellano está hecha por Luis Díez-Picazo.

2. Este autor primigeniamente se había situado en el positivismo lógico o *Círculo de Viena*. El no admitía la racionalidad de los juicios de valor. Lo que hacía Perelman era negar la racionalidad del valor justicia, aduciendo que los valores son productos de meras sensaciones y son, por ende, irracionales. Sin embargo, luego abandona esta tesis del positivismo lógico y trata de hallar una solución para el razonamiento jurídico a través del equilibrio: a) del determinismo jurídico; y, b) del voluntarismo.

2.1. *Los planteamientos de Perelman*

El punto de partida de Perelman es utilizar el argumento aristotélico y la argumentación dialéctica (que él prefiere llamar retórica). Señala que durante siglos, cuando la búsqueda de la solución justa era el valor central que el juez debía tener en cuenta y los criterios de lo justo eran comunes al derecho, a la moral y a la religión, el derecho se caracterizaba sobre todo por la competencia concedida a unos determinados órganos para legislar y a otros para juzgar y administrar, así como por los procedimientos a observar en cada caso. Por otra parte, señala Perelman, con frecuencia, todos los poderes estaban reunidos en manos del soberano, que podía delegar en funcionarios la misión de juzgar o de administrar, dentro de los límites determinados por el mandato que se les daba. La argumentación jurídica era tanto menos específica cuanto que no era necesario motivar los juicios, las fuentes del derecho se encontraban mal precisadas, el sistema del derecho estaba poco elaborado y las decisiones de la justicia apenas se llevaban a conocimiento del público. La situación cambió plenamente después de la Revolución Francesa (*La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, p. 178). Después de la Revolución Francesa, y durante más de un siglo, al colocarse en primer plano la legalidad y la seguridad jurídica, se acentuó el aspecto sistemático del derecho y el aspecto deductivo del razonamiento judicial (p. 179). Como se trata de hacer aceptables las decisiones de la justicia, se hace indispensable el recurso de las técnicas argumentativas y como, por otra parte, se trata de motivar las decisiones mostrando su conformidad con el derecho en vigor, la argumentación judicial tiene que ser específica, pues tiene por

misión mostrar cómo la mejor interpretación de la ley se concilia con la mejor solución del caso concreto (idem *ibid*).

2.2. *El pensamiento de Perelman*

Las líneas maestras de los planteos de Perelman, *grosso modo*, son las siguientes:

a) Hay un punto de partida que diferencian los dos campos de la lógica (la formal, que es la que plantea proposiciones) y la lógica jurídica (que la concibe como distinta a la lógica formal). Pues bien, la finalidad de la lógica formal es hacer que las conclusiones se deriven de las premisas, o sea, mostrar las correcciones de las conclusiones que se han extraído; se trata de procedimientos mecánicos en el sentido de que una conclusión es consecuencia de determinadas premisas. En cambio, en la lógica jurídica no es mostrar las correcciones de las conclusiones con las premisas; sino mostrar la aceptabilidad de estas premisas, es decir, todo el juego del razonamiento jurídico se centra en mostrar que las premisas de las que se parten son aceptables a través de la discusión de los argumentos.

b) A todo lo expuesto, se debe agregar también que hay otras diferencias que afectan a la propia estructura del silogismo: en el caso de la Lógica Formal funciona el *principio de necesidad*. Esto significa que hay una necesidad absoluta de la adecuación de las conclusiones con las premisas. En cambio, en la Lógica Jurídica no se producen estas necesidades, sino que la conclusión queda abierta a distintas posibilidades. En el mundo de la lógica jurídica existen distintas soluciones jurídicas, pero en el campo de quien decide en el derecho se debe asumir una opción, que obviamente sea la más *justa*, la más *racional* y que no ostente *contradicciones*.

A partir de este breve esquema es que Perelman busca distintos fundamentos para esgrimir su nueva retórica; o sea, la teoría moderna de la argumentación jurídica. Siguiendo aquí su monumental obra *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, encontramos sus singulares aportes y planteamientos.

2.3. *El Orador, el Discurso y el Auditorio*

Como quiera que la argumentación jurídica va dirigida a un determinado ámbito, Perelman concibe tres elementos que conforman su trama teórica: el *orador* y *oradores*, el argumento mismo o el discurso, y el sector a quien va dirigido o el *auditorio*. Veamos resumidamente cada uno de estos elementos en la teoría perelmaniana.

- a) *El orador*: previamente debemos señalar que Perelman sostiene que en toda argumentación práctica de lo que se trata es de mostrar la aceptabilidad de las premisas. Y se parte de las *evidencias*. Así, lo que es evidente no necesita justificación. Y, cuando no hay evidencia ni arbitrariedad, allí hay que *justificar*. En este marco situacional, Chaïm Perelman propone la noción o concepto de *orador* que, por principio, no es un solo sujeto sino que pueden haber *varios* o ser *distintos*; bien puede ser un diputado que se coloca ante el escenario del Parlamento, bien el Presidente de la República cuyo auditorio puede ser el país, bien un abogado o los abogados que representan a las partes en conflicto, etc. En rigor, en esta singular teoría, surgen al hilo de sus planteos esquemas muy sugerentes, como el *contacto intelectual, la demostración y la argumentación, la adaptación del orador al auditorio, persuadir y convencer*. Perelman distingue a un *auditorio particular* de uno *universal*, y según el escenario donde va dirigido la retórica del orador, éste tiene que adaptarse (pp.47-118).
- b) *El Discurso*: en segundo lugar, aparte de los sujetos u oradores, nos encontramos con el propio discurso. Aquí Perelman distingue diversos géneros, como son el discurso *deliberativo, judicial y apodíctico*. Este último está orientado a convencer la adhesión del auditorio; es decir, la argumentación del discurso apodíctico se propone acrecentar la intensidad de la adhesión a ciertos valores, de lo que quizás no se duda cuando se analiza aisladamente, pero que podrían no prevalecer sobre otros valores que entrarían en conflicto con ellos. El orador procura crear una comunión en torno a ciertos valores reconocidos por el auditorio, sirviéndose de los medios de que dispone la retórica para amplificar y valorar (*idem*, p.99).
- c) *El Auditorio*: nos encontramos, en tercer lugar, con el tema central que es el auditorio. Perelman lo define como el conjunto de aque-

llos en quienes el orador quiere influir con su argumentación (p. 55). Y distingue entre el Auditorio Particular y el Auditorio Universal. Si bien este último es una construcción de una idea regulativa (pp. 71-78).

Las técnicas argumentativas: En su Tratado de la Argumentación, Perelman y Olbrechts-Tyteca parten de una clasificación general de la técnicas argumentativas. Aquí los argumentos son clasificados en dos grupos, según que pueden verse como procedimientos de *enlace y de disociación*: Por *procedimientos de enlace* entendemos aquellos esquemas que unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente. Por *procedimientos de disociación* comprendemos aquellas técnicas de ruptura cuyo objetivo es disociar, separar, desolidizar elementos considerados componentes de un todo o, al menos, de un conjunto solidario en el seno de un mismo sistema de pensamiento; la disociación tendrá por resultado modificar semejante sistema variando ciertas nociones que constituyen sus piezas maestras. De ahí que estos procedimientos de disociación sean características de todo pensamiento filosófico original (p. 299-300). Perelman, a su vez, distingue los argumentos de enlace en a) argumentos cuasi-lógicos (los cuales se comprenden lo mejor posible aproximándolos al pensamiento formal); y, b) los argumentos basados en la estructura de lo real (que se presentan conformes a la naturaleza de las cosas)p. 301.

2.4. *Las críticas al pensamiento de Perelman*

Manuel Atienza ha sostenido que la importancia de la obra de Perelman como muchas veces se ha escrito radica esencialmente en su intento de rehabilitar la razón práctica, es decir, de introducir algún tipo de racionalidad en la discusión de cuestiones concernientes a la moral, el Derecho, la política, etc., y que viene a significar algo así como una vía intermedia entre la razón teórica (la de las ciencias lógico-experimentales) y la pura y simple irracionalidad¹³.

Pero, a criterio de sus analistas, el pecado capital de Perelman, desde el punto de vista teórico, es la falta de claridad de prácticamente

13 ATIENZA. Manuel: op. cit., p. 80.

todos los conceptos centrales de su concepción de la retórica. Agrega a renglón seguido Atienza: Es cierto también que el propio Perelman ha definido la tesis de que las nociones confusas no sólo son inevitables, sino que juegan un papel muy importante en la argumentación. Pero ello no le pone a salvo de la crítica¹⁴.

De otro lado, la teoría de Perelman es pasible de ser achacado de conservadora, pues parte del supuesto de la aceptación del sistema. Perelman acepta la legitimidad del sistema y acepta que los sistemas jurídicos del mundo occidental sirvan para resolver los conflictos jurídicos. En rigor, hay muchos sistemas jurídicos que son democráticos pero que subyacen los agudos y permanentes conflictos sociales. De ahí que se diga que Perelman no responde a la doctrina de la argumentación jurídica, pues sólo se queda en la vaguedad y confusión, pues hablar de decisiones razonables no nos dice nada, pues resulta de que podemos caer en el principio del todo vale; pues no hay una base de justificación y él aplica una justificación muy etérea y vaga y, a la postre, no resuelve los conflictos que se presentan en las incertidumbres jurídicas.

3. ROBERT ALEXY Y LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA

1. El pensamiento ius-filosófico de este autor es tanto de influencia europea como anglosajona. Su punto de partida es de motivación diversa y hasta, diríamos, heterodoxa. Por un lado utiliza parte de la doctrina del alemán Habermas¹⁵, quien es un neo marxista y que plantea la teoría consensual de la verdad, que es una teoría práctica para que una argumentación sea tenida racional y consensual. En esta doctrina, el *consenso* es lo que *determina la verdad*. Se trata de una doctrina que pretende no describir sino prescribir el discurso moral.

Existen otras influencias. Sin embargo cabe decir que el punto de partida de Robert Alexy es radicalmente distinto a todos los anteriores

14 Idem Ibid.

15 Entre los trabajos traducidos al español de Jürgen Habermas tenemos: "Teorías de la Verdad", en *Teoría de la Acción Comunicativa*, complementos estudios previos (Trad. de M. Jiménez) Cátedra, Madrid, 1989; "Ética del discurso. Notas Sobre un Programa de Fundamentación", en *Conciencia moral y acción comunicativa* (Trad. de R. García Cotavelo), Península. Barcelona. 1985. Igualmente su magistral *Teoría de la acción comunicativa* (2 Vol.), Trad. de M. Jiménez, Taurus, Madrid, 1987.

autores ya brevemente desarrollados. De acuerdo con Alexy, no se trata de partir de casos jurídicos o morales, sino de establecer los requisitos para que una argumentación sea tenida por razonable. La razonabilidad del discurso se debe a la utilización del *procedimiento*, lo que excluye el contenido en sí mismo. Alexis acentúa el papel en el procedimiento más que en el contenido.

2. Así las cosas, para el pensamiento de Alexy, las decisiones jurídicas pueden ser siempre válidas; es decir, es posible que, al momento en que el Juez imparta justicia, una decisión judicial que obviamente se va a contener en una sentencia, ésta puede ser diversa, es decir, puede ser a favor o en contra de uno de los justiciables y a la vez resulta válida.

3. Sin embargo, para que todo ello ocurra, es necesario que se asuman ciertas reglas, a fin de que un discurso sea *aceptado* por un consenso que proporcione razonabilidad entre las partes que intervienen.

Existen reglas generales y específicas. Las primeras son reglas de *fundamentación* y, según los especialistas, son hasta veintidós y se refieren a las condiciones que deben darse en el discurso (*principio de no contradicción* respecto de los sujetos que participan en un discurso; el principio de *sinceridad*, esto es, que los sujetos que participen en el discurso lo hagan sin que exista entre ellos violencia o coacción).

4. Una de las partes del pensamiento de Robert Alexy es la que está dedicada al *discurso jurídico*; y sostiene que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica, porque la argumentación jurídica se produce bajo ciertas limitaciones que determinan los medios argumentativos que se pueden utilizar. Aquí, Robert Alexy habla de seis¹⁶ y se resumen prácticamente en tres:

16 Los seis grupos de reglas, Alexy los enuncia así: 1) reglas y formas de interpretación, 2) de la argumentación dogmática, 3) del uso de los precedentes, 4) de la argumentación práctica general, 5) de la argumentación empírica; así como, 6) las llamadas normas especiales de argumentos jurídicos. Si uno quisiera designar estos grupos con una sola palabra, podría elegir las palabras: (1) ley, (2) dogmática, (3) precedente, 4) razón, 5) empírico, y 6) formas especiales de argumentos jurídicos. Vid. *Teoría de la Argumentación jurídica* (Trad. de M. Atienza e I. Espejo) Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Entre las traducciones hispanicas de Alexis, se cuentan las siguientes: "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", en E. Garzón Valdez (ed) *Derecho y Filosofía*, Alfa, Barcelona-Caracas, 1985; "Problemas de la Teoría del Discurso", en *Acta del Congreso internacional de Filosofía. Universidad de Córdoba (Argentina) 1988*; "Sistema ju-

- a) La ley (es decir, cualquier norma);
- b) Los precedentes;
- c) La dogmática.

3.1. *Las críticas al pensamiento de Alexy*

El pensamiento de Alexy no ha estado exento de críticas. Aquí, sólo consignamos dos en forma breve. Una que es la referida a las reglas que plantea Alexy. Nuestro autor considera que todo lo que él propone son reglas evidentes, es decir, que son aceptadas por todos. *Strictu sensu*, no es cierto que en el discurso jurídico estas reglas sean tan evidentes. Así, por ejemplo, el principio de sinceridad no es un principio jurídico, sino que existe un principio jurídico manifiestamente contrario como es el principio de la autoinculpación, pues una persona puede mentir en su defensa. Recuérdese el principio de que nadie puede auto inculparse a sí mismo ni a sus familiares. *Ergo*, este argumento quiebra un principio formulado por Alexis. Por otro lado, Alexy no parte de la praxis jurídica, es decir de los fallos o jurisprudencia, pues él no considera que el contenido del derecho tenga relevancia, pues Robert Alexy está pensando sólo para un sistema jurídico como el continental europeo o romano-germánico.

De igual modo, se puede enfilear las baterías de crítica en torno al tema del procedimiento, que en puridad no es una garantía de justicia ni moralidad, pues el procedimiento es una condición o algo necesario, pero el contenido es el que debe priorizar antes que el procedimiento. De ahí que los autores han criticado sobre la razonabilidad del derecho, que es de naturaleza relativa, sujeto a tantas condiciones.

4. BREVES REFLEXIONES FINALES

1. Como lo ha señalado recientemente Florencio Mixan¹⁷, en un brillante libro, en el ejercicio de la profesión jurídica, ya sea a través de la

rídico, principio jurídico y razón práctica”, en *Rev. Doxa*. N° 5, 1988 y “Respuesta a algunos críticos” que integra el postfacio de la edición castellana de *Teoría de la Argumentación Jurídica*.

17 MIXAN MASS, Florencio: *Lógica para Operadores de Derecho*, Edic. BLG, Lima, 1998.

docencia en Derecho, la Magistratura, la Asesoría Jurídica, la Defensa en juicio, es notorio en el país que muchos sólo aplican el *razonamiento natural* que, como es de verse, resulta insuficiente para rigорizar un proceso idóneo del discurso jurídico. Más aún, si se trata de la magistratura que, a la postre, en ella ineludiblemente habrá de afirmarse la *decisión jurídica* de las partes en conflicto que se someten al órgano jurisdiccional a fin de que se le imparta justicia frente a una incertidumbre jurídica.

2. Desde los primeros Códigos de la humanidad¹⁸ a la actualidad, el derecho se ha desarrollado sobre la base de normas bien sean de inveteradas costumbres, hasta su positivización sofisticada en códigos, leyes y, hoy básicamente, a través de una fuente de fuentes: la Constitución. En toda esta constelación de normas jurídicas, el ámbito de la argumentación jurídica, como lo aclara Atienza, se da básicamente en tres escenarios: a) en primer lugar, a través de la producción o establecimiento de las normas jurídicas; b) luego, el segundo ámbito que es el de la aplicación de las normas jurídicas; y, c) finalmente, el de la dogmática jurídica.

3. Si se toma en cuenta el segundo escenario, relacionado al de la aplicación del derecho, la presencia de la o las teorías de la argumentación jurídica en el Perú resulta estar aún a la zaga^{19*}. Y es que el tema, si bien se da con cualquier tipo de aplicación de normas, fundamentalmente la problemática teórica y práctica está vinculada con los grandes casos difíciles de la interpretación del derecho. La Constitución de 1993 prevé una cláusula que dispone: el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. Si nos atenemos a este enunciado, la judicatura peruana tiene un rico filón exegético frente a

18 *Los primeros códigos de la humanidad*. Estudio preliminar traducción y notas de Federico Lara Peinado y Federico Lara González, Tecnos, Madrid, 1994.

19 * Nota de 2011: No obstante, débese recordar que desde la presidencia en la Academia de la Magistratura del profesor Francisco Eguiguren Praeli, se empezó a dictar a los jueces en el PROFA, el curso de Argumentación Jurídica. A nivel del Tribunal Constitucional, el Centro de Estudios Constitucionales bajo nuestra dirección, ha venido impartiendo sendos diplomados en esta área tan sensible. Por lo pronto, ya empieza a desarrollarse una discreta pero reconfortante producción académica en esta área. Así, tenemos el trabajo de SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis Manuel: *Argumentación Jurídica. Un modelo y varias discusiones sobre los problemas del razonamiento judicial*, Jurista Editores, Lima, 2004; así como el de CASTILLO ALVA, José Luis: *Razonamiento judicial: interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

las *lagunas del derecho*. Empero, para suplir estos vacíos o deficiencias, se debe contar con el arsenal de una sofisticada teoría de cómo argumentar o razonar jurídicamente. Este es el gran reto que la nueva generación de magistrados debe asumir. En esta perspectiva, es de vital importancia que este gran vacío de formación académica que proviene *prima facie* de las Facultades de Derecho del Perú, sea inmediatamente suplido, incorporándose cursos orientados al razonamiento jurídico

4. Estamos firmemente convencidos que los jueces del Perú, aun perteneciendo a un sistema jurídico romano-germánico, cuya fuente del derecho es la norma escrita²⁰, el Juez puede *crear* el Derecho o recrear, a través de la Teoría de la Argumentación Jurídica. En esta perspectiva, es necesario redimensionar la clásica estructura de las resoluciones judiciales, básicamente el de la sentencia en su parte expositiva, considerativa y resolutive. Es decir, se debe partir de un razonamiento jurídico ligado al valor constitucional; pues la gran mayoría de magistrados peruanos razonan en frecuencia simplemente civil, penal, laboral, etc., cuando, en rigor, el razonamiento jurídico debe ser a través del marco constitucional, que debe ligar lo que Ignacio de Otto habla de la *eficacia directa de la Constitución*. Este concepto significa, en su formulación original y pura, que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las consiguientes consecuencias: a) dado que la Constitución es norma superior, habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene *eficacia directa* no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más²¹.

5. Visto así las cosas, el gran derrotero en la impartición de justicia en el Perú debe tener como inexorable punto de partida el tema

20 RUBIO CORREA, Marcial: *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, Fondo de la PUCP, Lima.

21 DE OTTO PARDO, Ignacio: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 76 y ss.

de la interpretación²². Pero, se trata de una interpretación en virtud del cual los operadores del derecho se desenvuelvan a través de un razonamiento jurídico que permita a los justiciables un mayor acercamiento a la justicia. En consecuencia, jueces y abogados deben asumir un discurso o una argumentación sobre la base de ciertos cánones que la lógica jurídica, la nueva retórica, la teoría de la argumentación jurídica; en suma, el discurso del razonamiento jurídico, permita dar luz ahí donde las tinieblas del derecho gobiernan, afectando a los destinatarios del derecho²³.

ANEXO

Introducción bibliográfica a la Aplicación, Interpretación, Razonamiento Jurídico y a la Integración de las lagunas del Derecho

Nota previa. Como consecuencia de los Seminarios sobre *Tópicos Jurídicos Constitucionales* que llevé a cabo hace muchos años en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de Trujillo

22 Una loable iniciativa en la formación de los magistrados se viene ya evidenciando en la *Academia de la Magistratura*, a través del curso de Razonamiento Jurídico que se imparte a través de materiales de lectura de algunos no todos, por cierto de los máximos exponentes de las teorías de la Argumentación Jurídica (Nota de 1999).

23 Al respecto, Domingo García Belaunde menciona tres grandes problemas en la teoría de la interpretación:

- 1) Si la interpretación descubre o crea; es decir, si tiene que indagar por lo que existe escondido detrás de la norma, o, si por el contrario, crea (en el mejor sentido del Juez, creador del derecho en el mundo sajón). La tesis garciabelaundiana afirma que la función judicial es creadora, si bien queda por discutir de qué clase de creación estamos hablando. Ergo, la interpretación, sobre todo la judicial, tiene siempre algo de creadora y no descubridora. Hoy la tarea del intérprete es asignar un *significado a la norma*.
- 2) La voluntad que hay que tener presente en el proceso interpretativo: la voluntad del legislador o la voluntad de la ley incluso, sutilmente, distingue lo que realmente dijo el legislador en su momento (*legislador histórico*) y lo que nosotros pensamos que hubiera dicho en las actuales circunstancias (*legislador presunto*).
- 3) La interpretación auténtica, según la cual sería la que realiza el legislador, quien, ante la duda en torno a una norma, lo que hace es dar una ley que aclara o precisa el sentido de la anterior. Empero, García Belaunde sostiene que existe una impropiedad en llamar auténtica a la legislativa, ya que lo que sucede es que ella se vuelve obligatoria, que es algo distinto. Cfr. "La Interpretación Constitucional como Problema", en *Pensamiento Constitucional*, PUCP, Fondo Edit., I.ima, 1994, p. 27.

(Semestre Lectivo de 1999), los alumnos propusieron se desarrolle un tema sobre los *Vacíos y Deficiencias en el Ordenamiento Jurídico Peruano*, tema que fuera pretexto lo que prescribe el art. 139 inc. 8 de la Fuente de Fuentes: la Carta Fundamental de 1993. El título, ciertamente, es convencional, pero equívoco, porque, en palabras de Eduardo García Máynez: *si en la ley hay lagunas, en el derecho no puede haberlas*, en razón a que existe en el mundo jurídico una *plenitud hermética del orden jurídico*, queriendo con ello expresar el querido maestro azteca que no hay situación alguna que no pueda ser resuelta jurídicamente, esto es, de acuerdo con principios de derecho.

No obstante estas aclaraciones, el Seminario llegó a feliz puerto y, como consecuencia de ello, pude seleccionar, bajo ciertos patrones depuratorios, una importante bibliografía que puede servir mínimamente a quienes se interesen con la problemática de la interpretación y del razonamiento jurídico, aun cuando diversas fichas tienen cierta antigüedad. Sin embargo, he preferido consignar las que existen en la Biblioteca de la Facultad de Derecho, y no la que tenemos en nuestra biblioteca privada.

Aquí se consigna una bibliografía, tanto de iniciación como especializada, sobre diversos tópicos relacionados a la aplicación del derecho, la interpretación jurídica, las opciones del intérprete y los criterios hermenéuticos, el razonamiento jurídico y las lagunas e integración del derecho, etc. Los temas, como son obvios, no son compartimentos estancos y tienen diversos conductos de intercomunicación en cada uno, de ahí que lo seccionado o dividido es apenas convencional. Se ha preferido mantener la codificación que identifica al usuario o lector con el acceso a la Biblioteca de Derecho de la UNT.

1. RAZONAMIENTO JURÍDICO

- ATIENZA, Manuel
- *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*
- Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993
- ATIENZA, Manuel
- *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*

- Barcelona, Ariel, 1993
- ALEXY, Robert
- *Teoría de la Argumentación Jurídica*
- Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989
- CASTRO CID, Benito de
- *La Filosofía Jurídica de Luis Recases Siches*
- Salamanca, España, Graficesa, 1974, 283 pp.
- Biblioteca de Derecho, 340. 1/C29/19964
- *La Filosofía de la interpretación del Derecho: Significado sistemático y contenido, la interpretación del derecho. Teoría de la función jurisdiccional. Teoría del razonamiento jurídico*
- DE TRAZEGNIES, Fernando
- *Introducción a la Filosofía y Teoría General del Derecho*
- Lima, Perú, UPC, 1987, 324 pp.
- Biblioteca de Derecho, 340. 1/D36/20246
- *Más allá del texto legal. La seguridad jurídica. La noción de norma jurídica. El razonamiento jurídico*
- GARCIA AMADO, Juan Antonio
- *Teorías de la Tópica Jurídica*
- U. de Oviedo, Edit. Civitas, 1988
- GARCIA AMADO, Juan Antonio
- *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*
- en ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO, T. III, Madrid, 1986
- H. LEVI, Edward
- *Introducción al Razonamiento Jurídico*
- Buenos Aires, Argentina, Edit. Eudeba, 1964, 8va. Ed., 148 pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., K-A-Lev

- *I. Las lagunas del derecho. II. La interpretación de las leyes. III. Principios Generales del Derecho. La integración*
- PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L.
- *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*
- Edit. Gredos, Madrid, 1989 (trad. de Julia Sevilla Muñoz)
- PERELMAN, Ch.
- *La Teoría Jurídica y la nueva Retórica*
- Edic. Civitas, Madrid, 1979
- RADBRUCH, Gustavo
- *Filosofía del Derecho*
- Madrid, España, Edit. Revista de Derecho Privado, 4ta. Edic., 1959, 276 pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., Der/K-a-Rad N° 1970
- *La Lógica de la Ciencia del Derecho. Interpretación, Construcción y Sistematización*
- RECASENS SICHES, Luis
- *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*
- México, Fondo de Cultura Económica, 1956, 304 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-A-a-Rec/1 974
- *Nuevos horizontes para jueces y abogados. La índole del razonamiento jurídico en la creación y aplicación del Derecho. La función judicial es necesariamente creadora. Nueva perspectiva de la equidad. ¿Qué fue de la certeza y seguridad jurídica?*
- SALVAT, Raymundo
- *Introducción al razonamiento jurídico*
- Buenos Aires, Argentina, Universitaria, 1964, 148 pp.
- Biblioteca de Derecho, 336.012/P89
- *Análisis del razonamiento jurídico. Concebir el razonamiento del derecho jurisprudencial como inductivo y la aplicación de las leyes como*

deductivo. Proceso del razonamiento jurídico en los campos del derecho jurisprudencial, del derecho legislativo y de la interpretación constitucional

- VIEHWEG
- *Tópica y jurisprudencia*
- (Trad. De. L. Díez Picazo de la 2da. Edic. alemana de 1963, con prólogo de García de Enterría) Taurus, Madrid, 1964
- VIEHWEG
- *Tópica y Filosofía del Derecho*
- (Trad. de Jorge M. Seña, corrección de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling),
- Ed. Gedisa, Barcelona, 1990

2. APLICACIÓN DEL DERECHO

- ALCHOURRON, Carlos E.- BULYGIN, Eugenio
- *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*
- Buenos Aires, Argentina, Edit. Astrea, 1974, 277 pp.
- Biblioteca de Derecho, 340. 1/ A35 N°6670
- *Cap. VIII.- El problema de las lagunas y la decisión judicial: 5. El juez frente a las lagunas normativas. 6. ¿Puede el juez resolver un caso de laguna sin modificar el derecho?*
- BADENES, Gasset
- *Metodología del Derecho*
- Barcelona, España, Edit. Bosch, 1959, 4ta. Ed., 445 pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., 340.11 .46/B 14 N°7873
- *Aplicación material normativa. Aplicación e interpretación. La interpretación de las normas. Interpretativo Legis e Interpretatio iuris.*
- BINER, Francisco
- *Resumen de Filosofía del Derecho*

- Madrid, España, Julio Cosano Imprenta, 1926, 323pp.
- Biblioteca del Derecho, K-a-Gin
- *Interpretación. Cumplimiento de la regla jurídica*
- CUTOLO, Vicente Oswaldo
- *Introducción al Estudio del Derecho*
- Buenos Aires, Perrot, 1955, 513 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-b-Cut/2126
- *Aplicación e Integración de la ley.*
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo
- *Introducción al Estudio del Derecho*
- México, Porrúa, 1963, 444 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Gar/2129
- (Ha llegado a la quincuagésima Edic. Porrúa, 1999)
- *La Técnica Jurídica: Aplicación del Derecho, concepto de interpretación. El método exegético. Interpretación e integración*
- GINER, Francisco
- *Resumen de Filosofía del Derecho*
- Madrid, España, Imp. de Julio Cosano, 1926, 323pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Gin/1944
- *Cap. III: La Vida del Derecho: La regla jurídica, interpretación, cumplimiento de la regla jurídica, reparación del derecho*
- LOPEZ DE OÑATE, Flavio
- *Filosofía del Derecho*
- Traducción de Alberto Bianchi
- Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, Tomo I, 281 pp.

- *Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., K-A-a-Lop (1) N°2046 Cap. V La Norma Jurídica: El problema de la interpretación y de la aplicación de la norma en relación a lo abstracto de ella*
- REALE, Miguel
- *Introducción al Derecho*
- Madrid, España, Pirámide, 1979, 286 pp.
- Biblioteca de Derecho, 340. 1/R31/7620
- *La hermenéutica o interpretación del Derecho. Interpretación y aplicación del derecho*
- SALVAT, Raymundo
- *Tratado de Derecho Civil Argentino*
- Buenos Aires, Argentina, Universitaria, 1950, s/e, 784 pp.
- Biblioteca de Derecho, A-Arg-Sal.T1
- *Aplicación e interpretación de la ley.*

3. CREACION DEL DERECHO

- ALCHOURRON, Carlos E. - BULYGIN, Eugenio
- *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*
- Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1974, 277pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., 340.1 N°6670 A35
- *Cap. VIII. El problema de las lagunas y la decisión judicial: 5. El juez frente a las lagunas normativas. 6. ¿Puede un juez resolver un caso de laguna sin modificar el derecho?*
- ASCOLI, Max
- *La interpretación de las Leyes*
- Buenos Aires, Argentina, Losada, 1947, 161 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-A-a-Asc/1994
- *El problema de la naturaleza creadora de la interpretación a los problemas acerca de la aplicación.*

- CALSAMIGLIA, Albert
- *Kelsen y la Crisis de la Ciencia Jurídica*
- Barcelona, España, Ariel, 1978, 253 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Cal/6541
- *Para una crítica de la Pirámide Jurídica: Auto creación del Derecho. Jerarquía normativa. Creación y aplicación del Derecho. El desprestigio del Derecho.*
- HECK, Philipp
- *El Problema de la Creación del Derecho*
- Barcelona, España, Ariel, 1961, 109 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Hec/4674
- *El Problema de la Creación del Derecho: Propuestas para la complementación de las lagunas, jurisprudencia de conceptos: Complementación de lagunas mediante construcción conceptual.*
- RECASENS SICHES, Luis
- *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*
- México, Fondo de Cultura Económica, 1956, s/e, 304 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-A-a-Rec
- *Nuevos horizontes para jueces y abogados. La índole del razonamiento jurídico en la creación y aplicación del Derecho.*
- STERNBERG, Theodor
- *Introducción a la Ciencia del Derecho*
- Trad. por José Rovira y Ermengol
- Barcelona, España, Edit. Labor S.A., 1930, 408 pp.
- Biblioteca de Derecho: K-B-Ste N°2135
- *Libro Segundo: La Creación del Derecho: 10. Principio de la crítica objetiva del derecho. La ciencia del derecho*

4. TECNICA JURÍDICA

- DU PASQUIER, Claude
- *Introducción al Derecho*
- Lima, Perú, Editorial Edinaf, 1990, 2da. Edición, 318 pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., UNT, 340.11/097
- *Aspectos del Derecho en la vida social. Lógica Jurídica: La Técnica Jurídica. La Interpretación. Las lagunas del Derecho*
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo
- *Introducción al Estudio del Derecho*
- México, Edit. Porrúa, 1963, 444 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Gar/2129
- *Cap. IV: La Técnica Jurídica: Concepto de interpretación. Método exegético. Interpretación e integración según Geny*
- HUBNER GALLO, Jorge
- *Manual de Introducción a las Ciencias Jurídicas y Sociales*
- Santiago, Chile, Jurídica de Chile, 1958, 453 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-b-Hub
- *Técnica del Derecho.*
- IBERICO RODRIGUEZ, Mariano
- *Principios de Lógica Jurídica*
- Lima, Perú, U.N.M.S.M., 1946, 2da. Ed., 107 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Ibe
- *La Interpretación en el Derecho. Teoría de la Interpretación Técnica Jurídica.*
- IHERING, Rudolf Von
- *La Dogmática Jurídica*
- Buenos Aires, Argentina, Losada, 1945, 231 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-A-a-Her/2029

- *La Técnica Jurídica: Objeto de la técnica y medios para alcanzarlo en general. Realización del derecho.*
- MOUCHET, Carlos
- *Introducción al Derecho*
- Buenos Aires, Argentina, Perrot, 1959, 516 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-b-Mou/2132
- *La técnica jurídica, las fuentes del derecho, la ley. Aplicación, interpretación e integración del derecho.*

5. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

- CARNELUTFI, Francesco
- *Metodología del Derecho*
- Buenos Aires, Argentina, Unión Tipográfica, 1962, 78 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-b-Car/23760
- *Principios Generales del Derecho.*
- INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES
- *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*
- Madrid, España, Edit. Fábrica Nacional de la Moneda y el Timbre, 1970, 1503pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., 342.46/V2 N°7649
- *Los Principios Generales del Derecho y la Constitución. Orientaciones constitucionales para la interpretación jurídica.*
- MANS PUIGARNAU, Jaime M.
- *Los Principios Generales del Derecho*
- Barcelona, España, Bosch, 1979, 523pp.
- Biblioteca de Derecho, 340.1 1/M22/8638
- *El orden de prelación de fuentes y las clases de interpretación de las mismas. Los principios generales del derecho en la legislación y la jurisprudencia. Los principios generales del derecho y las reglas de derecho.*

- RUBIO CORREA, Marcial
- *Título Preliminar del Código Civil de 1984*
- Lima, Desa, 1993, 03 - 186pp.
- Biblioteca de Derecho, 346.85.09/R91 V.3/19354
- *Principios Generales del Derecho y Analogía. Aplicación supletoria del Código Civil.*
- VECCHIO, Giorgio del
- *Los Principios Generales del Derecho*
- Barcelona, España, Ed. Bosch., 4ta. Ed., 1979, 149 pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T, 340.11/V39
- *Los Principios Generales del Derecho en el sistema vigente y las modernas tendencias interpretativas.*
- VINOGRADOFF, Sir Paul
- *Introducción al Derecho*
- México, Fondo de Cultura Económica, 1967, 184 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Vin/4073
- *La legislación. La costumbre. Los precedentes judiciales. La equidad.*

6. LAGUNAS DEL DERECHO E INTEGRACION JURIDICA

- CALSAMIGLIA, Albert
- *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*
- Barcelona, España, Editorial Ariel, 2da. Ed., 1978, 253 pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., K-a-Cal N°6541
- *Cap. 4. El sistema. III. Completud. 2. La teoría kelseniana de las lagunas del derecho.*
- CASTILLO, Melquiades
- *Filosofía del Derecho*
- Lima, Perú, Edigraf S.A., s/f

- Biblioteca del Derecho, 340. 1/C29
- *Fuentes del Derecho. Lagunas del Derecho.*
- CUTOLO, Vicente Osvaldo
- *Introducción al Estudio del Derecho*
- Buenos Aires, Argentina, Perrot, 1955, 512pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Cut N°2126
- *Cap. XII. Interpretación. Aplicación e integración de la ley. Nuevos principios de la interpretación de la ley. Reglas de Aplicación de la ley. Procedimientos de integración de la ley.*
- DIEZ PICAZO, Luis
- *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*
- Barcelona, España, Ariel, 1973,327 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Die/4679
- *Interpretación Jurídica. Opciones del intérprete y criterio hermenéutico. Integración y razonamiento jurídico. Las Lagunas del Derecho. Procedimientos de Investigación del Derecho y Resultados de la Interpretación.*
- GARCIA TOMA, Víctor
- *Teoría del Derecho*
- Lima, Perú, Ediciones Ministerio de la Presidencia, 1988, 304 pp.
- Biblioteca Personal
- *La Técnica de Integración. Plenitud del orden jurídico. Las lagunas legales. La analogía en la legislación peruana. Principios Generales del Derecho en la legislación peruana. Equidad.*
- HANS KELSEN
- *Teoría Pura del Derecho*
- Lima, Perú, Ediciones Wisla, 1987, 165 pp.
- Biblioteca de Derecho, 342. 1/H-36/5680
- *La Interpretación. El problema de las lagunas lógicas, las lagunas lógicas, las lagunas técnicas, las lagunas adquiridas por el legislador.*

- LARENZ, Karl
- *Metodología de la Ciencia del Derecho*
- Barcelona, España, Ariel, 1980, 536 pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., 340.1 8/L26 N°6726
- *Cap. IV La integración de las leyes. Cap. V. 2. Integración de las lagunas legales: a. Concepto y clases de lagunas legales.*
- MARIN CASTAN, María Luisa
- *Introducción a la Ciencia del Derecho*
- Madrid, España, Editorial Tecnos, 4ta. Ed., 1979, 449 pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., 340.3 M26 T.6 N°7476
- *18. Interpretación de las normas: c. Lagunas de la ley y analogía. a. Concepto de laguna. Laguna de la ley y laguna del Derecho. Imperfecciones del ordenamiento jurídico.*
- MIRET, Luis Francisco
- *Introducción al Derecho*
- Mendoza, Argentina, CED, T.II, 1994, 347 pp.
- Biblioteca de Derecho, 340.821M63/1772
- *Interpretación de las normas jurídicas. Examen lógico de los sistemas legales. Las llamadas lagunas y la integración.*
- MOUCHET, Carlos
- *Introducción al Derecho*
- Buenos Aires, Argentina, Perrot, 1959, 516 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-b Mou/2132
- *La técnica jurídica, las fuentes del derecho, la ley. Aplicación, interpretación e integración del derecho.*
- MOZOS, José Luis de los
- *Metodología y Ciencia en el Derecho Privado Moderno*
- Madrid, España, Revista de Derecho Privado, 1977, 355 pp.

- Biblioteca de Derecho, 346/M84/6642
 - *Principios para la metodología jurídica. Principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico.*
 - RODRIGUEZ PANIAGUA, José
 - *Ley y Derecho*
 - Madrid, España, Tecnos, 1976, 157 pp.
 - Biblioteca de Derecho, 340. 1/R74/7545
 - *La Analogía. Los Principios Generales del Derecho. Las Lagunas del Ordenamiento Jurídico Estatal.*
 - SAVIGNY, Federico von de
 - *La Ciencia del Derecho*
 - Buenos Aires, Argentina, Edit. Losada, 1949, 377 pp.
 - Biblioteca de Derecho, K-A-a-Sav N°2078
 - *Tercera parte: Las lagunas del Derecho.*
7. **FENOMENO JURIDICO, ORDEN JURIDICO, ORDENAMIENTO JURIDICO, NORMA JURIDICA**
- GOLDSCHMIDT, Werner
 - *Introducción Filosófica al Derecho*
 - Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 4ta. Ed., 1973, 637 pp.
 - Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., K-a-Gol N° 6470
 - *Cap. I. II. El Fenómeno Jurídico: a) El ordenamiento normativo, a. La norma. b. El ordenamiento normativo.*
 - RENDON VASQUEZ, Jorge
 - *El Derecho como norma y como relación social*
 - Lima, Perú, Edit. Edial, 3ra. Edic., 1997, 306 pp.
 - Biblioteca Personal
 - *Sistema Jurídico. Validez de la norma. Control de la legalidad. Clases de Normas Jurídicas.*

- TRAZEGNIES, Fernando de
- *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho*
- Lima, Perú, Ed. P.U.C.P., 1987, 325 pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., 340.1/036 N°20246
- *Cap.II. El concepto moderno de derecho: 2. La noción de orden jurídico. 2.2 La noción de norma jurídica. Hans Kelsen La norma. (a) La norma, esquemas de interpretación.*

8. INTERPRETACIÓN

- ALCHOURRON, Carlos E.
- *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*
- Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1974, 277 pp.
- Biblioteca de Derecho, 340. 1/ A35/6670
- *Problemas metodológicos en la ciencia del Derecho, las lagunas axiológicas, el problema de la clausura.*
- ASCOLI, Max
- *La interpretación de las leyes*
- Buenos Aires, Argentina, Losada, 1947, 161 pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., Der/K-A-a-Asc N° 1994
- *Cap. I. El problema de la naturaleza creadora de la interpretación. 1. Los problemas acerca de la interpretación: su posición al abordaje de la dogmática. Cap. II. Lo abstracto de la norma: Problemas de la Interpretación y la legislación.*
- CALSAMIGLIA, Albert
- *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*
- Barcelona, España, Ariel, 1978, 253 pp.
- Biblioteca de Derecho, M-a-Cal, 6541
- *Para una crítica de la pirámide jurídica: Auto creación del derecho. Jerarquía normativa. Creación y Aplicación del Derecho. El Prestigio del Derecho.*

- CARNELUTI, Francisco
- *Metodología del Derecho*
- Buenos Aires, Argentina, Unión Tipográfica, 1962, 78 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-b-Car, 27360
- *Principios Generales del Derecho.*
- CASTILLO, Melquiades
- *Filosofía del Derecho*
- Lima, Edigraf S.P., s/s
- ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL
- Biblioteca de Derecho, 340. 1/C29, 10065
- IX. Fuentes del Derecho. 9.2.2.9 Lagunas del Derecho.
- CASTRO CID, Benito de
- *La Filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches*
- Salamanca, España, Graficesa, 1974, 283 pp.
- Biblioteca de Derecho, 340. 1/C29/19964
- *La Filosofía de la Interpretación del Derecho: Significado sistemático y contenido, la interpretación del Derecho. Teoría de la función jurisdiccional.*
- COING, Helmut
- *Fundamentos de Filosofía del Derecho*
- Trad. Castellana por Juana M. Mauri
- Barcelona, España, Edit. Ariel, 1961, 307 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Coi N°5457
- *Parte Tercera: Cap. Séptimo. II. Derecho y Juez.*
- CUTOLO, Vicente Oswaldo
- *Introducción al Estudio del Derecho*
- Buenos Aires, Perrot, 1955, 513 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-b-Cut/2126

- *Cap. XII. Interpretación, aplicación e integración de la ley. Nuevos Principios de la Interpretación de la Ley. Reglas de Aplicación de la Ley. Procedimientos e Integración de la Ley.*
- DE TRAZEGNIES, Fernando
- *Introducción a la Filosofía y Teoría General del Derecho*
- Biblioteca de Derecho, UNT, 340.1/036
- *Más allá del texto legal. El concepto moderno de derecho. La noción de orden jurídico. Autonomía del Derecho. La coerción. La seguridad jurídica.*
- DIEZ PICAZO, Luis
- *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*
- Barcelona, España, Ariel, 1973, s/e, 327 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Die
- *Interpretación jurídica. Opciones del intérprete y criterio hermenéutico. Integración y razonamiento jurídico. Las lagunas.*
- GARCIA BELAUNDE, Domingo
- *La interpretación constitucional como problema, en Pensamiento Constitucional*
- Lima-Perú. Fondo Editorial Univ. Católica, 1994, 243 pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., 342.85/M15 N° 20007
- GARCIA, Trinidad
- *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*
- México, Porrúa, 1965, 244 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Gar
- *Cap. XIII. Interpretación de la ley. Noción.*
- GINER DE LOS RIOS, Francisco
- *Principios de Derecho Natural*
- Madrid, España. Imp. Clásica Española, 1916, 319 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-A-a-Gin N°2024

- IX. Interpretación: 4. Interpretación Anormal. 5. Principios de Interpretación.
- GOLDSCHMIDT, Werner
- *Introducción Filosofía del Derecho*
- Buenos Aires, Ed. Palma, 4ta. Ed., 1973,637 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Gol, 6470
- *Cap. II: El fenómeno jurídico. 2. El ordenamiento normativo, a. La norma. b. El ordenamiento normativo.*
- HECK, Philipp
- *El Problema de la Creación del Derecho*
- Barcelona, Ed. Ariel, 1961, 109 pp.
- Biblioteca de Derecho, k-A-Hec, 4674
- *El Problema de la Creación del Derecho.*
- IBERICO RODRIGUEZ, Mariano
- *Principios de Lógica Jurídica*
- Lima, Ed. UNMSM, 2do Ed. 1946, 107 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-a-Ibe/5696
- *Lección X: La Interpretación del Derecho.*
- JIMENEZ DE ASUA, Luis
- *Tratado de Derecho Penal: Filosofía y Ley Penal*
- Buenos Aires, Losada S.A., 1950, 1172 pp.
- Biblioteca de Derecho, Der/B-Arg.-Jin/t2, 5124
- *Cap. II: Interpretación de la Ley Penal. 1. Concepto y Naturaleza de la Interpretación.*
- LARENZ, Karl
- *Metodología de la Ciencia del Derecho*
- Barcelona, España, Ariel, 1980,536 pp.
- Biblioteca de Derecho, 340.1 8/L26/6726

- *La Interpretación de las Leyes. Métodos del Desarrollo Jurídico del Derecho. La formación del concepto y del sistema en la jurisprudencia.*
- LINARES QUINTANA, Segundo
- *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentina y Comparado*
- Buenos Aires, Argentina, Edit. Alfa, 1956, 531 pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., H Arg. Lin (5)
- *Seguridad Jurídica. Irretroactividad de la ley, interpretación analógica y extensiva de la ley.*
- LOPEZ DE OÑATE, Flavio
- *Filosofía del Derecho*
- Traducciones de Alberto S. Bianche
- Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, Tomo I, 1961, 281 pp.
- *Cap. V: La Norma Jurídica. 40. El Problema de la Interpretación de la aplicación de la norma en relación a lo abstracto de ella.*
- MIRET, Luis Francisco
- *Introducción al Derecho*
- Argentina, Ed. Carmen S.R.L., Tomo II, 1994, 347 pp.
- Biblioteca de Derecho, 346.82/M63/TII
- *Capítulo 15. D: Las llamadas lagunas y la integración.*
- MOZOS, José Luis de los
- *Metodología y Ciencia en el Derecho Privado Moderno*
- Madrid, España, Revista de Derecho Privado, 1979, 355 pp.
- Biblioteca de Derecho, 346/K84/6642
- *Principios para la Metodología Jurídica, Principio y Sistema en la Integración del Ordenamiento Jurídico.*
- RECASENS SICHES, Luis
- *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*

- México, Fondo de Cultura Económica, 1956, 304 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-A-a-Rec, 1974
- *III: Interpretación Jurídica. II: La Índole del Razonamiento Jurídico en la Creación y en la Aplicación del Derecho.*
- RUBIO CORREA, Marcial
- *Título Preliminar del Código Civil de 1984*
- Lima, Desa, 1993, 186 pp.
- Biblioteca de Derecho, 346.85.01 /R9 1 v.3/ 19334
- *Título Preliminar. Principios Generales del Derecho, obligación de dar cuentas al Congreso o vacíos o defectos de la legislación.*
- SALVAT, Raymundo
- *Tratado de Derecho Civil Argentino*
- Buenos Aires, 1950, 784 pp.
- Biblioteca de Derecho, A-Arg-Sal, T.11036
- *Aplicación e integración de la Ley.*
- SALVAT, Raimundo
- *Introducción al Razonamiento Jurídico*
- Buenos Aires, Argentina, Agenda Universitaria, 1964, 148 pp. Biblioteca de Derecho, 336.012/D89
- *Análisis del Razonamiento Jurídico. Concebir el Razonamiento del Derecho Jurisprudencial como inductivo y la aplicación de las leyes como deductivo. Proceso del razonamiento jurídico en los campos del Derecho Jurisprudencial del Derecho Legislativo y de la interpretación Constitucional.*
- STERNBERG, Theodor
- *Introducción a la Ciencia del Derecho*
- Traducción por José Roviera y Ermengol
- Barcelona, Ed. Labor S.A., 1930, 408 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-B-Ste, 2135

- *Libro Segundo: La Creación del Derecho. 10. Principios de la crítica objetiva del Derecho. La Ciencia del Derecho.*
- VIVES, Francisco
- *Filosofía del Derecho*
- Santiago de Chile - Chile Ed. Nacimiento 2da. ed. 1991, 380 pp.
- Biblioteca de Derecho y CC.PP., U.N.T., K-a-Viv N° 1990
- *Cap. VII. El Derecho en su acepción de ley. IV Promulgación, interpretación y efectos de las leyes.*
- WILLIAMS, Jorge N.
- *Interpretación de las leyes en el Derecho Norteamericano*
- Buenos Aires, Argentina, Abelod - Perrot, 1959, 43 pp.
- Biblioteca de Derecho, K-A-a-Wil/5131
- *Interpretación de las leyes en el Derecho Norteamericano.*

¿EXISTE EL DERECHO A LA MUERTE?*

Sumario: 1. Las estadísticas de la muerte. 2. El derecho a la vida. 3. Enfermedad y vida. 4. Enfermedades incurables. 5. El suicidio y otras situaciones afines. 6. La eutanasia. 6.1. Breve Historia. 6.2. Fundamentos en contra de la Eutanasia. 7. Un nuevo planteamiento: el derecho a la muerte. 8. Su fundamento. 9. Si existe el derecho a la muerte. 10. Epílogo: Una muerte tan dulce

Hace algún tiempo, los cables noticiosos provenientes del país más poderoso del orbe, han venido informando sobre la existencia de una singular máquina que, activada por un procedimiento no complicado, permite a la persona que lo utilice, recibir en su organismo una dosis letal que le cause la muerte en forma instantánea y sin sufrimiento, permitiendo así, a quien ha decidido usarlo dejar el reino de este mundo. Según las noticias, una dama de la ciudad de Michigan, de nombre Janet, ha sido la primera persona que ha utilizado esta máquina inventada por el Dr. Jack Revorkian. El esposo de la señora Janet, hoy viudo, ha informado a la prensa que su amada murió “con dignidad”, después de haber pasado una penosa enfermedad que la venía envejeciendo en forma prematura y del cual no había cura.

* Publicado en el *Diario La Industria* de Trujillo los días 4, 5 y 12 de agosto de 1990; también se publicó en la *Revista ADSUM*, N° 1, Lima.

“Había planificado todo hasta antes de su muerte”, inclusive había solicitado una sublime música que le acompañara en los momentos finales, dijo el sereno viudo de la señora Janet.

1. LAS ESTADISTICAS DE LA MUERTE

Según los cables, en USA mueren diariamente cerca de 6,000 personas, producto de un prolongado sufrimiento por las penosas enfermedades de los pacientes. Y, anualmente, se reciben 10,000 cartas de peticiones a las autoridades para permitir que los médicos desactiven los tubos que les prolongan la vida. Estos y otros datos más que pintan el bosque de sufrimiento de los pacientes y de los familiares, los ha venido también reportando la Asociación de Aut-suicidio que existe en Norteamérica y cuya tenaz defensora es la Vicepresidenta Trudy Dallos Henlok. Si esto ocurre en USA, es sólo una muestra de lo que, sin lugar a dudas, ocurre en todos los países, con diferencias más o menos estadísticas; pero en fin, el fenómeno en esencia es el mismo.

2. EL DERECHO A LA VIDA

“Resucitado, renovado por la fecundación, el óvulo se transforma en una célula plena de vida, pletórica de esperanza. Momento a partir del cual podrá cumplir su prodigiosa función consistente en producir un nuevo ser”. Bajo estas maravillosas palabras, el escritor gallo Jean Rostand, describe el misterioso fenómeno del inicio de la vida y, en virtud del cual la protección jurídica viene desde la misma concepción. El hombre como ser orgánico, pasa por todo un ciclo biológico de nacimiento, desarrollo, reproducción y, finalmente la muerte.

Aunque dicho ciclo biológico es relativo, el hombre sabe perfectamente que un día la muerte vendrá para arrancarle la vida. Yerto el hombre, su cuerpo inanimado se convierte ya no en una persona como lo fue; sino en una cosa, pero que merece todo el humano respeto a los despojos mortales. Los hombres al nacer traen en sí, aparte del pecado original que desde niños nos han enseñado, otro que quizás resulte más triste, pues los que hemos nacido no tenemos la culpa de que “nuestros primeros padres” Adán y Eva, ha-

yan pecado. Y, lo más infeliz es la sentencia que pende sobre todos los seres humanos de la muerte. Y es que todos tenemos una pena de muerte, con la salvedad que, en el campo jurídico, el reo sabe el día que le toca; pero para los demás seres, la muerte irremediablemente vendrá, como una sentencia, sin saber cuándo será ese día, y sin posibilidades de apelación.

3. ENFERMEDAD Y VIDA

¡Salud, dinero y amor! reza la vieja canción. ¡Qué dicha cuando el ser humano se encuentra bien en cuerpo y alma!. Rubicundo y desbordante de felicidad, el ser comparte su dicha con los suyos; pues, para muchos, primero es su entorno familiar que le rodea.

Si es pobre pero se tiene buena salud, ya cuenta con una riqueza que muchos ricos la quisieran tener. Si se es rico en riqueza materiales y se tiene también buena salud: ¡mejor aún!; pues muchas veces, como ha señalado Goethe en el Fausto, el dinero hace milagros, sana al enfermo, embellece al horrible, dignifica al indigno, rejuvenece al viejo.

Con todo, el rico en salud y en riquezas materiales es por partida doble feliz. Pero bien sabemos que la vida es una constante ruleta de suertes y de desgracias. Y, aunque el hombre, como diría Ortega y Gasset es y seguirá siendo el arquitecto de su propio destino; sin embargo, hay situaciones infinitas que no dependen de la voluntad del hombre, sino de otros factores, de otras circunstancias. La realidad cotidiana – esta terca intrusa que destruye muchas ilusiones – nos enseña que las cosas no son como uno quisiera que sean. Y es que también el hombre, como diría el mismo filósofo español, es él y sus circunstancias. Pero hay circunstancias en que el hombre pobre, tiene – para agravar más sus males – la desdicha de no tener buena salud, ora la de él o de los suyos. Mas, si se tiene enfermedad curable, estoicamente deberá soportar hasta en tanto la cura venga, producto del esfuerzo por conseguir los fármacos, pero en todo caso, dicha dolencia patológica agrava las circunstancias de pobreza de quienes lo sufren. Si es la mala salud de un rico, bastará con disponer de sus bienes para solicitar los servicios de los especialistas.

4. ENFERMEDADES INCURABLES

Pero aparte de las diversas enfermedades que son curables; la ciencia, por su propia naturaleza de ser tal, trata de descubrir la verdad en torno a otras enfermedades que flagelan al mundo, no olvidemos que en Europa, pestes aún no conocidas otrora, diezmaron a poblaciones enteras. Hoy, en el despertar del nuevo siglo XXI, si bien la capacidad heurística del hombre para seguir descubriendo e inventando nuevas cosas resulta obviamente encomiable y grandioso; en el campo de la medicina humana aún no se logra descubrir fórmulas que permitan curar algunos tipos de cáncer, el parkinson, o el Sida, etc.

A lo más se limitan a mitigar parcialmente dichas dolencias. Pero hay enfermedades que irredimiblemente no tienen cura; o, por lo menos todavía no se logra descubrir su solución. Y es aquí que la gran mayoría viene acompañada con una penosa y prolongada situación de sufrimiento. Nos encontramos entonces con la cuestión central: si el paciente no puede expresar su voluntad, pues se encuentra en completo estado de coma, la situación se complica, entrando por este sólo hecho a un terreno que ya no es exclusivamente de los predios médicos; sino también jurídico, religioso y, sobre todo, ético.

Con anterioridad se había señalado que existen enfermedades incurables que agravan más la situación por el penoso y prolongado sufrimiento de los pacientes. Pero aquí se pueden dar dos situaciones. Por un lado, la de aquellos pacientes que les aqueja una dolencia incurable y pueden decidir sobre su vida; y la de aquellos que, teniendo también un mal incurable, están incapacitados de poder expresar su voluntad a seguir viviendo o en último caso morir. Lo normal es que aquellas personas que tienen una dolencia incurable tienen la firme voluntad a perseverar en la fe de su salvación física en las manos de la ciencia médica, como también en las manos del Altísimo; sin embargo, por las mismas circunstancias en la que se encuentran, otras personas tienen la voluntad de ya no seguir viviendo, aunque no lo puedan expresar. Sobre esto último volveremos luego, veamos por lo pronto, la situación de aquellas personas que pueden por sus propias manos decidir su vida.

5. EL SUICIDIO Y OTRAS SITUACIONES AFINES

A estas alturas de los tiempos, resulta ocioso insistir en el análisis jurídico de esta problemática, pues simple y llanamente consiste en que la propia persona decide quitarse la vida, aclarándose que lo que se reprime no es el suicidio en sí, pues no constituye delito, sino que es punible la instigación y quienes participaron en el suicidio ajeno. Indudablemente que quienes se prodigan su propia muerte son personas que han tenido alguna desgracia. Nadie se quita la vida alegre y deportivamente porque sí. Los casos excepcionales de algunos deportes que en los últimos tiempos han aparecido como es el de lanzarse de un precipicio o de un puente amarrado, son simplemente eso: un “nuevo deporte”, con el aditamento que entraña la audacia del peligro; igual ocurre con los apostadores de la ruleta rusa, aunque éste no sea un deporte, sigue el mismo estilo del anterior: la audacia es el juego; audacia es saborear de cerca esa misteriosa dama escarlata que es la muerte; y, aunque muchos han estado cerca de ella, producto de su audacia voluntaria, la dama de la guadaña les ha postergado su fin. Pero en todo caso, estas situaciones excepcionales que se presentan no son figuras obviamente de suicidios, pues si algún audaz por “mala suerte” se le escapa el tiro en la ruleta rusa o se le rompe la liana de quien se lanza al precipicio; o el raudo volante del piloto se estrella, son pues situaciones de mala suerte, así es el juego.

Pero regresemos a lo nuestro, es indudable que el suicidio siempre ha estado presente en la humanidad¹. Y el cristianismo repudia, fiel a su concepción, este hecho. Pero en todo caso, la gente se sigue quitando la vida; y la vida sigue igual.

6. LA EUTANASIA

Lo que indudablemente resulta más complejo que el suicidio es la problemática de la eutanasia. El problema se ha ubicado en el campo estrictamente médico y jurídico, aunque el tema, en rigor, desborda estos predios. El planteo del problema consiste en que, por un lado, la medicina, fiel a su juramento hipocrático, trata por todos los medios de salvar una vida; no de quitarla; y, por el lado jurídi-

1 Al respecto vid. a David HUME: “*Sobre el suicidio y otros ensayos*” Alianza Edit., Madrid, 1995. (Nota del 2001).

co, quien viola un bien jurídico como es el de la vida, al margen de cualquier motivación, comete homicidio. Dentro de este marco, surge pues, el tema de la eutanasia.

6.1. Breve Historia

En el siglo XVII, Francis Bacon (1561-1626) acuñó el término “eutanasia” (del griego “en” = bueno y “thanatos” = muerte). Esta noción significaba originalmente la muerte dulce, feliz, sin sufrimiento. Por aquella época se sostuvo el derecho que asistía a una persona para dar muerte a otra por razones piadosas. En términos genéricos, la eutanasia comporta varios elementos que configura su autonomía conceptual para que exista como tal, a saber: a) que se trate de un enfermo incurable; b) que padezca de crueles dolores; c) que la muerte se dé a propio pedido de los miembros de su familia; d) que se haga a impulso de un sentimiento profundo de piedad y humanidad; y e) que se le procure una muerte exenta de sufrimiento.

Sin embargo, con el paso de los tiempos, la actividad médica restringió su significado dirigido sólo a suavizar las muertes de las personas. Pero esta actividad, seguía respetando la concepción primigenia de la “muerte dulce”. Sin embargo, esta noción, fue bastardeada y desnaturalizada en la Segunda Guerra Mundial, pues se utilizó la noción de “eutanasia” para comprender a la “destrucción de vidas sin valor”. La literatura tuvo fuerte predicamento. En el campo del derecho el jurista Karl Binding y en la medicina Alfred Hoche ejercieron notable influencia. Estos autores señalaron que existen “seres humanos absolutamente inútiles” por lo que “constituyen un cuerpo extraño en la sociedad humana”. En consecuencia, la muerte resulta ser la medida más urgente y necesaria. Esta concepción fue aplicada por el régimen nazi; cuyo fundamento reposaba en la pérdida de tiempo y de dinero que significaba el cuidado de estos pacientes. Sin embargo esa noción de eutanasia — que tienen muchos predicadores en la actualidad — no respeta la concepción primigenia de lo que significa, pues su aplicación obedece a un criterio axiológico repudiable, que implica un desvalor a determinadas personas, generándose una discriminación nauseabunda y absurda.

En la actualidad se distingue dos tipos de eutanasia: la activa y la pasiva. En la primera, el médico abrevia la vida del paciente, ocasionándole la muerte, ya sea suministrándole alguna dosis letal o desactivando los tubos que le prolongan la vida. En este caso, nos encontramos ante un caso de homicidio, pues la jurisprudencia mantiene este temperamento. En la "eutanasia pasiva", el galeno decide ya no continuar con el tratamiento, por lo inútil en que ha devenido, ocasionándole igualmente la muerte, esta situación también se reputa delito por omisión en el campo del derecho.

Con todo, siempre se esgrime la tesis de que los médicos tienen el deber de conservar una vida, aunque en los últimos tiempos se viene levantando la tesis de lo que podría calificarse como el derecho a la muerte. Previamente veamos el fundamento en contra de la eutanasia.

6.2. Fundamentos en contra de la Eutanasia

Aún cuando un paciente depende su vida tan sólo por un tratamiento que, a sabiendas se sabe que no podrá recuperarse, se afirma que no es lícito que se le desactive dicho tratamiento. Esta posición tiene como fundamento un pedestal de distinto orden: jurídico: si se le suprimen los tubos o se le deja de administrar su tratamiento, se comete delito; y así la jurisprudencia tanto de la Suprema Corte de los Estados Unidos de N.A. como de distintos Estados lo han confirmado. Sumado a ello, subyace el criterio deontológico de la medicina: ésta existe para afirmar la vida; y no para quitarla. Adicional a ello, subyacen también sublimes elementos como la esperanza: se prolonga una vida porque existen las posibilidades de que se descubra fórmulas científicas para salvarlo tarde o temprano; religiosas: la infinita misericordia del Altísimo puede tener la piedad de curarlo; o, en todo caso, de que lo recoja y lo tenga en su seno, pero en fin ya no habría la necesidad de ocasionarle la muerte por mano ajena; sino por muerte natural.

7. UN NUEVO PLANTEAMIENTO: EL DERECHO A LA MUERTE

Si bien los fundamentos en contra de la eutanasia tienen suficiente valía de por sí; sin embargo, frente a esta tesis, se levanta una nueva

concepción en torno al derecho a la muerte, cuyo fundamento habría que encontrarlo en las particulares circunstancias de los pacientes. Pero, previamente, permítasenos una breve acotación. Si bien es cierto que el derecho a la vida pertenece a todo individuo, con independencia de cualquier condición (nacido o no nacido, joven o viejo, laborante activo o no, enfermo o sano); este derecho tiene un límite; o mejor dicho, tiene excepciones como son la pena de muerte, los conflictos bélicos, el aborto terapéutico, la legítima defensa y el estado de necesidad. A ello pues, habría que incorporar el derecho a la muerte, el que si bien está anclada a la figura de la eutanasia, ostenta algunas diferencias.

8. SU FUNDAMENTO

Recientemente la doctrina moderna viene señalando que mantener a una persona viviendo una vida artificial y vegetativa, a sabiendas que no hay posibilidad alguna de recuperación, constituye un abuso del derecho, pues bajo el pretexto de afirmar el derecho a la vida, lo que simplemente se hace es prolongar un sufrimiento inmisericorde indigno de la condición humana. Precisamente, a nivel de la legislación peruana, ya había una actitud, de parte del legislador, por asumir esta problemática, el mismo que se evidencia en el D.L. N° 17505 de 18 de marzo de 1969 (Código Sanitario) y el D.S. N°0098-71-SA de 22 de junio de 1971 que regulaba el Reglamento de Injertos o Transplantes. En la fundamentación doctrinaria a dicho Reglamento se señalaba de que: “el médico está impedido de matar pero está obligado a permitir morir cuando toda recuperación es imposible”. Inclusive, a nivel de los articulados se regula en el art. 6 del Reglamento de Injertos que: “Desde el momento en que el médico certifique, respecto de su paciente, que cualquier procedimiento técnico que se siga será inútil para producir su recuperación...”, como se podrá apreciar, resulta interesante esta actitud asumida por el Estado, pues ya existe un tratamiento frontal a un problema que siempre lo ha estado esquivando. Pero, en todo caso, quedará para el futuro que la doctrina se pronuncie sobre esta situación. Por nuestro particular criterio, vamos a circunscribir el planteo de que sí existe el derecho a la muerte y que probablemente habrá que irse configurando con fundamentos acordes al nuevo milenio.

9. SÍ EXISTE EL DERECHO A LA MUERTE

Dentro del campo de la Teoría General del Derecho y de la legislación, en rigor, el “derecho a la muerte” no tiene cabida, pues representa, con su sola afirmación, la violación al sacro principio del derecho a la vida. Y, aunque no ostente por ahora un *status iuris*, habría que perfilar la idea y el fundamento en que *sí debe existir este derecho* para aquellas personas, que por sus particulares circunstancias, *voluntariamente* deciden dejar de seguir viviendo en el marco de una enfermedad incurable; comprobada por los propios médicos que certifiquen que el tratamiento resulta inútil. Ahora bien, este derecho sólo y exclusivamente debe ser del propio paciente.

Pero además debe estar restringido sólo a las personas que se encuentran postradas en cama, con un cuadro clínico deplorable: agonía, sufrimiento, etc. y debe constituir elemento indispensable que el paciente en forma lúcida exprese su voluntad. Está demás descartar el uso de este derecho a aquellas personas que si bien se encuentran padeciendo una enfermedad incurable, siguen viviendo una vida activa y, en lo posible, normal. Se trata pues de usar sólo este derecho para los pacientes que ya no desean seguir viviendo. Y, se trata, por lo demás, de aquellas personas que no pueden por sus propias manos quitarse la vida (suicidarse); pues si pudieran lo harían. En consecuencia, el derecho a la muerte tiene diferencias con la eutanasia. Este último implica que los médicos y familiares deciden por el propio paciente (que se encuentra en una situación comatosa irreversible) y no se sabe cuál es la voluntad del paciente; en cambio en el derecho a la muerte, se produce a solicitud del propio paciente.

Virtualmente podríamos agregar que este derecho a la muerte o el derecho a morir, sería un nuevo pariente entre el suicidio y la eutanasia; es más, se trataría, en este caso, de una eutanasia “a pedido de la parte interesada”, o una eutanasia de nuevo tipo.

10. EPÍLOGO: UNA MUERTE TAN DULCE

Por Mario Vargas Llosa**

Luego de cuatro procesos en los que fue absuelto, el Dr. Jack Kevorkian, de setenta años de edad, y que, según confesión propia, ha ayudado a morir a 130 enfermos terminales, ha sido condenado en su quinto proceso, por un tribunal del Estado norteamericano donde nació (Michigan), a una pena de entre 10 y 25 años de prisión. En señal de protesta, el Doctor Muerte, como lo bautizó la prensa, se ha declarado en huelga de hambre. Por una curiosa coincidencia, el mismo día que el Dr. Kevorkian dejaba de comer, el Estado de Michigan prohibía que las autoridades carcelarias alimentaran a la fuerza a los reclusos en huelga de hambre: deberán limitarse a explicar por escrito al huelguista las posibles consecuencias mortales de su decisión. Con impecable lógica, los abogados de Kevorkian preguntan si esta política oficial del Estado con los huelguistas de hambre no equivale a "asistir a los suicidas", es decir a practicar el delito por el que el célebre doctor se halla entre rejas.

Aunque había algo tétrico y macabro en sus apariciones televisivas, en su falta de humor, en su temática unidimensional, Jack Kevorkian es un auténtico héroe de nuestro tiempo, porque su cruzada a favor de la eutanasia ha contribuido a que este tema tabú salga de las catacumbas, salte a la luz pública y sea discutido en todo el mundo. Su 'cruzada', como él la llamó, ha servido para que mucha gente abra los ojos sobre una monstruosa injusticia: que enfermos incurables, sometidos a padecimientos indecibles, que quisieran poner fin a la pesadilla que es su vida, sean obligados a seguir sufriendo por una legalidad que proclama una universal "obligación de vivir". Se trata, por supuesto,

** Aunque nuestro ensayo fue escrito a inicios del año 1990, posteriormente he podido apreciar una respetable bibliografía y reflexión ya no sólo de las canteras típicas de la dogmática penal a la cual ha estado reservada; sino que en los últimos tiempos, a partir de la reflexión iusfilosófica, se ha venido replanteando como *casos prácticos* en un innumerable universo de fallos que hoy la doctrina los identifica como casos difíciles o casos trágicos. En lo que respecta a nuestras originales reflexiones, nos permitimos insertar aquí uno de los tantos ya célebres artículos de nuestro nobel de literatura, Mario Vargas Llosa, publicado el 29 de abril de 1999 en la revista *Caretas*, en donde daba cuenta de la muerte del médico Jack Kevorkian. Se inserta, en consecuencia, el presente artículo, que proviene de la "piedra de toque" del célebre novelista universal, Mario Vargas Llosa.

de un atropello intolerable a la soberanía individual y una intrusión del Estado reñida con un derecho humano básico. Decidir si uno quiere o no vivir (el problema primordial de la filosofía, escribió Camus en El mito de Sísifo) es algo absolutamente personal, una elección donde la libertad del individuo debería poder ejercitarse sin coerciones y ser rigurosamente respetada, un acto, por lo demás, cuyas consecuencias sólo atañen a quien lo ejecuta.

De hecho ocurre así, cuando quienes toman la decisión de poner fin a sus vidas son personas que pueden valerse por sí mismas y no necesitan ser "asistidas". Esto es, quizás, lo más lamentable de la maraña de hipocresías, paradojas y prejuicios que rodean al debate sobre la eutanasia. La prohibición legal de matarse no ha impedido a un solo suicida dispararse un pistoletazo, tomar estricnina o lanzarse al vacío cuando llegó a la conclusión de que no valía la pena continuar viviendo. Y ningún suicida frustrado ha ido a la cárcel por transgredir la ley que obliga a los seres humanos a vivir. Sólo quienes no están en condiciones físicas de poder llevar a cabo su voluntad de morir -pacientes terminales reducidos a grados extremos de invalidez-, es decir a quienes más tormento físico y anímico acarrea la norma legal, se ven condenados a acatar la prohibición burocrática de morir por mano propia. Contra esta crueldad estúpida combatía desde hace tres décadas el Dr. Jack Kevorkian, a sabiendas de que tarde o temprano sería derrotado. Pero, incluso desde detrás de los barrotes, su caso sirve para demostrar que, en ciertos temas, como el de la eutanasia, la civilización occidental arrastra todavía -la culpa es de la religión, sempiterna adversaria de la libertad humana- un considerable lastre de barbarie. Porque no es menos inhumano privar de la muerte a quien lúcidamente la reclama ya que la vida se le ha vuelto un suplicio, que arrebatar la existencia a quien quiere vivir.

Sin embargo, pese a la ciudadela de incompreensión y de ceguera que reina todavía en torno a la eutanasia, algunos pasos se van dando en la buena dirección. Igual que en lo tocante a las drogas, los homosexuales o la integración social y política de las minorías inmigrantes, Holanda es el ejemplo más dinámico de una democracia liberal: un país que experimenta, renueva, ensaya nuevas fórmulas, y no teme jugar a fondo, en todos los órdenes sociales y culturales, la carta de la libertad.

Tengo siempre muy vivo en la memoria un documental televisivo holandés, que vi hace dos años, en Montecarlo, donde era jurado de

un concurso de televisión. Fue, de lejos, la obra que más nos impresionó, pero como el tema del documental hería frontalmente las convicciones religiosas de algunos de mis colegas, no se pudo premiarlo, sólo mencionarlo en el fallo final como un notable documento en el controvertido debate sobre la eutanasia.

Los personajes no eran actores, encarnaban sus propios roles. Al principio, un antiguo marino, que había administrado luego un pequeño bar en Amsterdam y vivía solo con su esposa, visitaba a su médico para comunicarle que, dado el incremento continuo de los dolores que padecía -debido a una enfermedad degenerativa incurable- había decidido acelerar su muerte. Venía a pedirle ayuda. ¿Podía prestársela? La película seguía con meticuloso detallismo todo el proceso que la legislación exigía para aquella muerte asistida. Informar a las autoridades del Ministerio de Salud de la decisión, someterse a un examen médico de otros facultativos que confirmara el diagnóstico de paciente terminal, y refrendar ante un funcionario de aquella entidad, que verificaba el buen estado de sus facultades mentales, su voluntad de morir. La muerte tiene lugar, al final, bajo la cámara filmadora, en la casa del enfermo, rodeado de su mujer y del médico que le administra la inyección letal. Durante el proceso, en todo momento, aún instantes previos al suicidio, el paciente se halla informado por su médico respecto a los avances de su enfermedad y consultado una y otra vez sobre la firmeza de su decisión. En el momento de mayor dramatismo del documental, el médico, al ponerle la última inyección, advierte al paciente que, si antes de perder el sentido, se arrepentía, podía indicárselo con el simple movimiento de un dedo, para suspender él la operación e intentar reanimarlo.

Como este documental, que se ha difundido en algunos países europeos y prohibido en muchos más, provocando ruidosas polémicas, fue filmado con el consentimiento de los personajes y es promovido por las asociaciones que defienden la eutanasia, se lo ha acusado de 'propagandístico', algo que sin duda es. Pero ello no le resta autenticidad ni poder de persuasión. Su gran mérito es mostrar cómo una sociedad civilizada puede ayudar a dar el paso definitivo a quien, por razones físicas y morales, ve en la muerte una forma de liberación, tomando al mismo tiempo todas las precauciones debidas para asegurarse de que ésta es una decisión genuina, tomada en perfecto estado de lucidez, con conoci-

miento de causa cabal de lo que ella significa. Y procurando aliviar, con ayuda de la ciencia, los traumas y desgarros del tránsito.

El horror a la muerte está profundamente anclado en la cultura occidental, debido sobre todo a la idea cristiana de la trascendencia y del castigo eterno que amenaza al pecador. A diferencia de lo que ocurre en ciertas culturas asiáticas, impregnadas por el budismo por ejemplo, donde la muerte aparece como una continuación de la vida, como una reencarnación en la que el ser cambia y se renueva pero no deja nunca de existir, la muerte, en Occidente, significa la pérdida absoluta de la vida -la única vida comprobable y vivible a través del propio yo-, y su sustitución por una vaga, incierta, inmaterial vida de un alma cuya naturaleza e identidad resultan siempre escurridizas e inapresables para las facultades terrenales del más convencido creyente de la trascendencia. Por eso, la decisión de poner fin a la vida es la más grave y tremenda que puede tomar un ser humano. Muchas veces se adopta en un arrebato de irracionalidad, de confusión o desvarío, y no es entonces propiamente una elección, sino, en cierta forma, un accidente. Pero ése no es nunca el caso de un enfermo terminal, quien, precisamente por el estado de indefensión extrema en que se halla y la impotencia física en que su condición lo ha puesto, tiene tiempo, perspectiva y circunstancias sobradas para decidir con serenidad, sopesando su decisión, y no de manera irreflexiva. Para esos 130 desdichados que, violando la ley, ayudó a morir, el Dr. Jack Kevorkian no fue el ángel de la muerte, sino el de la compasión y la paz.

CUARTA PARTE

POLITOLOGÍA

EL POLITICO Y EL CIENTIFICO POLITICO*

La presente nota es una pequeña divulgación y, por lo mismo, debe entenderse en dicho nivel dentro de la amplia y compleja temática de la Ciencia Política.

I

El fenómeno político, como objeto de conocimiento científico, y la política, como actividad práctica, han marchado siempre por caminos distintos. La actividad política, históricamente no se puede focalizar en una época determinada; pero por su propia naturaleza consubstancial al hombre se puede afirmar que está siempre presente en la cotidianeidad de su vida. De la Ciencia Política no se puede decir lo mismo, apenas es una señorita muy joven con pocos pretendientes en nuestra patria¹.

* Publicado en la *Revista Voces*. Revista de Opinión Universitaria (Trujillo), Año II, N° 1, marzo de 1988.

1 Fue en 1948 en que, por iniciativa de la UNESCO, la Ciencia Política quedó, por decirlo así, "consagrada" oficialmente. Empero, se sabe que su desarrollo se despliega —aunque esto no sea consenso de todos los especialistas— en tres fases: a) Prehistoria de la Ciencia Política, cuyos representantes serían Aristóteles, Maquiavelo, Montesquieu. etc.; b) Período intermedio (siglo XIX) que es el período de los fundadores, a través de Tocqueville, Augusto Comte hasta Marx; y. c) Período histórico o período del siglo XX, que a su vez se puede bifurcar en dos épocas: desde fines del siglo pasado hasta la Segunda Gran Guerra, y desde esta época hasta nuestros días. En lo que respecta al Perú, la Ciencia Política surge embrionariamente en la década del 60; aunque, salvo uno que otro ensayo —y compulsando la producción bibliográfica—, se puede afirmar que la etapa inicial

Quienes cultivan esta disciplina² conceptualmente se diferencian de los que la ejercen. Veamos cada uno de ellos.

II

Si esgrimiéramos el viejo adagio aristotélico del “*zoon politikon*”, se diría que todos los hombres son políticos, aunque no todos ejerzan la actividad política. En efecto, desde el modesto campesino, pasando acaso por el estudiante universitario, hasta el calculador político profesional, todos hacen política; es verdad que con desigual calibre, pero actúan en este ámbito y muchos en función de la estimación político-partidaria que profesan. Empero, esta expresión de la política no es, pues, científica, sino sencillamente una actividad encaminada a determinados intereses, precisamente no académicos. ¿Quiénes, pues, son políticos? ¿Cuándo se puede calificar de político un determinado acto humano?

III

La interrogante planteada, como se observará trae implícita la diferenciación de otros actos que no tienen ese carácter. Veamos nuestro excursus: el hombre, en el reino de este mundo, se halla antropocéntricamente en una realidad. Dicha realidad es una sola, pero ella misma es en sí pluridimensional y multifacética: el hombre, desde que nace hasta que muere, experimenta diversas vivencias; la realidad — quiérase o no — es, pues, una urdimbre de distintas relaciones (amorosas, morales, religiosas, jurídicas, económicas, artísticas, deportivas, políticas, etc.). Si la realidad es una sola y si la política es una región de ese todo complejo, identificar cuándo un acto es político significa determinar las características esenciales y a la vez diferenciales de las otras relaciones. Desde esta perspectiva, estimamos que deberíamos reputar político todo esfuerzo sistemático, llevado a cabo en cualquier parcela del ámbito social, para mover a otros hombres en pos de algún proyecto deseado por el promotor del mismo, siempre en función

y con perspectivas de rigor se afinca afines de la década del 70, y sólo a partir de la presente década (80), se viene recién a tomar conciencia de la temática y del contenido académico de esta disciplina.

2 La Ciencia Política se le denomina también politología, y quienes la cultivan son los “cientistas políticos”, “politólogos” o “politicólogos”.

del Poder Político de un Estado. En este sentido, la actividad política constituiría, pues, un conjunto de actos orientados a asumir o influir en dicho poder, y los que lo realizan son los políticos en forma predominante; pero en forma circunstancial o esporádica — y aquí se coincide con el “*zoon politikon*” —, lo hacen todos los seres humanos.

IV

El político y el politólogo se desenvuelven en función de sus propias perspectivas. El cientista político no tiene por qué tener un camino convergente con el político; aquél discurre su actividad pasiva en el ámbito académico, y éste en la acción práctica; el primero observa, describe, selecciona y recomienda; en el mejor de los casos plantea hipótesis. Dicho en otras palabras, al politicólogo le interesa la posibilidad de llegar a conclusiones aceptables, que se encuadren dentro de los fundamentos científicos del rigor epistemológico: *la verdad, la seguridad y la evidencia metodológica de sus proposiciones* que, por otro lado, son contrastadas y verificadas. Al político, en cambio, le interesa la *eficacia de su acción*; y, en función de esta lógica, se mueve dentro de una suerte de escaramuzas del inmediatismo político, de la coyuntura, de la estrategia o táctica que se trace; hay veces en que, por su inoperante actuación a sus objetivos, tiene que, sutilmente, hacer rectificaciones cuyo saldo desfavorable se mide en la no consecución de sus fines y objetivos. El político puede ser una persona muy culta, puede tener una formación científica determinada y reputada o no profesional, como también puede ser un modesto campesino u obrero, aun analfabeto³. El político actúa en función de: a) *valores*; b) *prejuicios*; c) *creencias*; d) *ideología*. Respecto al poder tiene una visión *unidimensional*: llegar y conquistarlo — si no lo tiene — o mantenerse en él — si lo tiene —; pero a su vez tiene una visión crítica del mismo: el manejo del gobierno eficaz dentro de lo que, de una manera paradójica, puede ser: un gobierno predominantemente de clase y a la vez un

3 Sólo a guisa de ejemplo cabe destacar al descollante Francisco Largo Caballero, político español afiliado al PSOE. Trabajó desde joven en la UCT, sindicato del que fue elegido secretario en 1918: participó desde Consejero de Estado en la dictadura de Primo de Rivera: incluso llegó a ser Jefe de Gobierno tras el triunfo del Frente Popular. Hasta los 28 años fue analfabeto. Otro caso análogo: el gran conductor de la revolución mexicana, Emiliano Zapata, si bien fue analfabeto, ello no le impidió tener una cosmovisión política revolucionaria en su lucha por la Reforma Agraria.

gobierno en función de todos los destinatarios del poder (gobernados). Esto explica por qué la política es de naturaleza contenciosa, discutible, conflictiva y, fundamentalmente, antagónica.

V

Políticos los hemos tenido siempre en el Perú y seguirán apareciendo con desigual calibre, algunos con fines altruistas y de servicio; otros -quizás los más- con fines torvos y miserables: servirse del poder. Esto, desde luego, no debe llamar la atención; forma parte de la *condición humana*⁴. En cambio los politicólogos son académicos que cultivan una ciencia cuyo fin es entender y desentrañar el fenómeno político. El político puede ser un gran hombre: un estadista (no todos los que detentan el Ejecutivo – gobierno – son estadistas), una persona de arquetipo y paradigma, íclito, íntegro y ético; puede ser, asimismo, de tan iguales virtudes sin detentar el Poder Político; como también puede haber –y son los más– hombres políticos de sórdidas vocaciones (arribismo, sensualidad acomodaticia y crematística); mientras los interlocutores de los politicólogos son gente académica y tienen como tribuna abierta al mundo de la academia, de los políticos lo son entre sí y tienen como tribuna a la sociedad en su conjunto.

VI

Existe un rechazo casi mutuo entre el político y el cientista político⁵, arrojando un saldo desfavorable que perjudica por partida doble a la ciencia y a la práctica política; ésta debe nutrirse de aquella. El *telos* o el fin de la ciencia en general es beneficiar al hombre; ergo: la Ciencia Política, con sus proposiciones objetivas acerca del fenómeno político (desmitificando y desideologizando lo político), contribuye a una comprensión real y objetiva del quehacer político; que los políticos acepten

4 Desde distintas perspectivas, puede verse a Bertrand Russell; *Sociedad humana: ética y política*. Altaya Edit. Barcelona, 1999, p. 61 y ss. así como a José Antonio Marina y Marisa López Penas: *Diccionario de los sentimientos*: Anagrama Edit, Barcelona, 2000 (Nota del 2001).

5 Una reflexión acerca de la contraposición entre el quehacer del investigador y el comportamiento del hombre de acción puede verse en WEBER, Max: *El Político y el Científico*, Alianza Editorial (Antecede un prolijo estudio introductorio de Raymond Aron), Madrid, 1995 (Nota de 2001).

o rechacen tales planteamientos, eso ya es asunto de conveniencias propias de ellos. Grande y modesta, así es la politología.

CIENCIA POLÍTICA EN EL PERÚ: PERSPECTIVAS*

Sumario: 1. Diagnóstico. 2. Ensayando algunas respuestas. 3. Génesis de la ciencia política. 4. Las universidades. 5. Lo producido. 6. Derrotero. 7. Fe en las universidades. 8. Alternativas a seguir. 9. El reto está planteado. Anexo (Syllabus de Ciencia Política)

*A Francisco Miró Quesada Rada:
pionero en los estudios de la
politología en el Perú*

En el monumental trabajo sobre las ideas en el Perú contemporáneo, David Sobrevilla —quizá uno de los pocos filósofos profesionales de nuestro medio— afirma, con absoluta razón, que “En el Perú faltan estudios de detalles sobre la evolución de las ideas en diversos campos que pudieran ser empleados y aprovechados para una visión de síntesis de la historia de las ideas en nuestro país”¹. En efecto, por lo menos en el ámbito académico, que nos interesa, no se ha hecho ningún recuento de la Ciencia Política en el Perú y, en realidad, no tenemos ninguna imagen —mala o buena— al respecto. De otro lado, aún

* Este breve texto apareció en la Revista de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 15. año 1988 “Nueva Epoca Trujillo”.

1 SOBREVILLA. David: “Las ideas en el Perú Contemporáneo”, en *Historia del Perú*, Mejía Baca Edit., Vol. XI. 1980, Lima, p. 116.

no se ha formulado ninguna hipótesis satisfactoria sobre el estado actual de esta disciplina.

1. DIAGNÓSTICO

No obstante que recién en los últimos años se viene incorporando algunos cursos de Ciencia Política en el Perú —por lo demás, fruto del esfuerzo desplegado a título de preocupados académicos—, la politología, en realidad, no se ha institucionalizado ni ha sentado sus raíces en las universidades, pese a que ellas son, al fin y al cabo, las instituciones por excelencia llamadas a cubrir la enseñanza del saber humano.

Es verdad que en 1985 se formó recién un Instituto²; sin embargo, no pasa de ser un reducido círculo cuyo empeño por institucionalizar a la Ciencia Política choca con los aspectos presupuestales y económicos de las universidades, sumado a factores de prejuicios de distinta índole en torno a esta disciplina.

Las Facultades de Derecho en el Perú tienen el nombre de “Facultades de Derecho y Ciencias Políticas”, pero, en realidad, como irónicamente afirmó un periodista, el nombre se lleva como un “colgajo sin vida y sin estímulo”³. El problema se agrava más cuando se observa que en universidades y diversos círculos académicos del país se difunde la idea tradicional de que la politología comparte el mismo objeto de conocimiento con otras ciencias afines como la Teoría del Estado, la Sociología Política, el Derecho Constitucional, contribuyendo a reforzar la concepción de que ella es una ciencia de la encrucijada.

Un diagnóstico de su estado no arroja un saldo del todo favorable. Porque si nos formuláramos algunas interrogantes como: ¿Cuál es el estado actual de la Ciencia Política en el Perú?; ¿Qué ha sido y qué ha significado la Ciencia Política anteriormente?; ¿Cómo es en la actualidad?; ¿Cuáles son sus alternativas, opciones, requisitos y costos para su

2 El primero de Julio de 1985 se fundó el Instituto Peruano de Ciencia Política y Ciencias Sociales (CIENPOS), integrado por destacados politólogos, sociólogos, economistas, juristas y filósofos. Los principales objetivos que persigue el Instituto es estimular la difusión y la investigación interdisciplinaria de la Ciencia Política y de otras disciplinas de las Ciencias Sociales. El fundador, organizador y actual presidente de este Instituto es Francisco Miró Quesada Rada.

3 ISMODES CAIRO. Aníbal: “La hora de la Ciencia Política”. Diario Expreso.

inserción en el concierto de las demás ciencias sociales?; ¿Es posible un derrotero viable para su configuración, permanencia y necesidad en el Perú?; ¿Por qué, finalmente, es que no ha progresado la Ciencia Política?, la situación no resulta nada alagueña.

2. ENSAYANDO ALGUNAS RESPUESTAS

Tentativamente nos parece que hay varias respuestas saltantes:

- i) La incuria con que se ha tratado a las universidades a nivel presupuestal, con todo lo que ello importa una cuasi nula legión de académicos especializados en la materia, con niveles acaso de postgrado; impresión e importación de libros, infraestructura económica específica para este tipo de “carrera” con un determinado perfil profesional, etc., ha contribuido al subdesarrollo de la Ciencia Política. Esta pobreza franciscana es una causa indiscutible. Sin universidades y sin libros —lo que es lo mismo, con universidades sin recursos y con reducida existencia bibliográfica y de docentes capacitados— no puede existir ningún progreso y desarrollo científico en ningún campo.
- ii) Desde luego, el punto anterior es hartamente conocido y siempre los males de las universidades cómodamente se les endosa a los gobernantes. Pero el escaso desarrollo de la labor científica de la Universidad no se debe tan sólo al gobierno de turno, sino también a la propia institución. Así por ejemplo, recién a partir de la Ley Universitaria se ha vadeado la nociva política de la derogación del requisito de tesis para el bachillerato, cuando bien sabemos que las tesis —más que un mero requisito para obtener el título profesional— en muchos casos ha constituido el desarrollo académico en diversas áreas del saber humano⁴.
- iii) De otro lado, y fuera ya del ámbito estrechamente universitario, encontramos gran cantidad de literatura política producida en el país, bajo las canteras del “boom” de la sociología. Mas, si examinamos la ya abundante producción contemporánea de las ciencias sociales —la cual no tiene más de 12 años— nos encontramos con un doble movimiento: la sociología se ha

4 SOBREVILLA, David: op. cit., p. 125.

venido extendiendo hacia disciplinas afines y éstas, como la Ciencia Política, se han “sociologizado”⁵.

A fin de ser mucho más claro en nuestras ideas, estimamos que la ubérrima literatura política que se ha escrito acusa un evidente contenido ideológico, es decir, sus autores diluyen en sus reflexiones e investigaciones, criterios estimativos, axiológicos, orientando sus trabajos, no precisamente a explicar y predecir el *fenómeno político*, sino a estudiar las mutuas relaciones en la sociedad y política, entre las estructuras sociales y las instituciones sociales y a emitir un enjuiciamiento que, muchas veces, significa adoptar sistemas de valores imperantes en su concepción ideológica.

En consecuencia con lo expuesto, los trabajos en sociología política resultan parcializados y, por ende, ajena a la rigurosidad metodológica que entraña el instrumental teórico de la moderna ciencia política⁶.

- iv) Adicional a lo expuesto, estimamos que muchos científicos sociales tienen una cuota de responsabilidad por el estado actual de la Ciencia Política: su compromiso con el poder político o, en el otro extremo, su absoluto rechazo ideológico que se tiene del mismo, es lo que explica la confusión del reflexionar académico: ambos extremos impiden una necesaria objetividad que

5 ROCHABRUM, Guillermo: “Para una sociología de la sociología en el Perú”, en *La Revista*, N° 5, Lima, 01 de marzo de 1980,

6 Uno de los puntos más espinosos en la Ciencia Política es si sus enfoques deben estar levantados sobre la base de un no pronunciamiento en torno a todo lo que signifique valores, postura axiológica de un debe ser, etc. Evidentemente que postular una politicología con neutralidad valorativa es, en rigor, un absurdo. Y aunque esta ha sido la discusión que viene anclada desde la filosofía política clásica (o Ciencia Política antigua) cuyos remanentes aún no se ha superado en muchos autores, lo cierto es que actualmente el planteo está ya superado; una cosa es la neutralidad valorativa — que no existe — y otra la objetividad científica. El investigador, de una u otra manera, tiene ciertas posturas ideológicas (negar sería también un absurdo), pero ello no le impide tener la objetividad científica. Sobre este punto, Vid. MEYNAUD, Jean: *Introducción a la Ciencia Política*, Tecnos, Madrid, 1964; DYKE, Vernon Van: *Ciencia Política: un Análisis Filosófico*, Tecnos Edit., Madrid, 1962; KAPLAN, Marcos: *La ciencia política latinoamericana en la encrucijada*, Santiago de Chile, 1969; LUCAS VERDU, Pablo: *Principios de Ciencia Política*, Vol. 1, Madrid; MIRO QUESADA, Francisco: *Ciencia Política. Actualidad y perspectivas*, Lima, 1977.

requiere la Ciencia Política, pues les falta la independencia necesaria. Y es que el ámbito del poder y *lo político* y del intelectual y *lo científico* son de distinta naturaleza: el primero supone subordinación, el segundo la libertad.

Pese a todo lo señalado anteriormente, no todo es negativo en el diagnóstico de la Ciencia Política. La Politología quiere imponerse como disciplina académica. Y el avance positivo se evidencia en una ya descollante generación de politólogos que vienen orientando sus estudios con modernos replanteamientos de Ciencia Política destinados a aplicar técnicas de investigación empírica, que permitan acercarse cada vez más a la comprensión del fenómeno político nacional.

3. GENESIS DE LA CIENCIA POLÍTICA

En el Perú es probable que la Ciencia Política surja paulatinamente en la década del 60; aunque salvo uno que otro ensayo, y compulsando la producción bibliográfica, se puede afirmar que la etapa inicial, y con perspectivas de rigor, se afina a fines de la década del 70 y sólo a partir de la presente década del 80 se viene recién a tomar conciencia del objeto y contenido académico de esta disciplina. En este sentido, como muy bien afirma el politólogo peruano Francisco Miró Quesada Rada — acaso el pionero en haber introducido y divulgado con fidelidad y rigor la Ciencia Política en nuestro medio — “más que una Ciencia Política en el Perú, es más correcto hablar de un pensamiento político peruano”⁷.

4. LAS UNIVERSIDADES

Han existido varios intentos por institucionalizar, como ya se ha puntualizado, cursos de *politología*. Primero fue en la Universidad Mayor de San Marcos y en segundo lugar en la Pontificia Universidad Católica. Así, en 1971 Francisco Miró Quesada Cantuarias fundó el curso de “Filosofía Política”, que se enseñaba bajo la modalidad de Seminario, en el Programa de Humanidades de la UMSM. En la Universidad Católica se trató de organizar los estudios de politología como especialidad independiente; diversas dificultades impidieron que este ensayo tuviera éxito. En el grupo intervinieron jóvenes que,

7 MIRO QUESADA, Francisco: *Ciencia Política. Actualidad y Perspectivas*, 1º Cuadernos, Biblioteca Peruana de Ciencia Política, Lima, 1976, p. 42.

en ese entonces, habían sido becados para estudiar en el extranjero, como Enrique Bernaldes, Francisco Guerra García, Rolando Ames, Domingo García Belaunde; este último, hoy descollante constitucionalista, propuso a las autoridades universitarias que se incorporen cursos de politología en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica⁸, empero no tuvo eco en dichas autoridades.

En la actualidad, los cursos de Ciencia Política recién se dictan en la UNMSM, en su Facultad de Derecho, desde 1983. Hay cátedras también en la Universidad Garcilaso de la Vega, la Universidad del Pacífico, la Universidad de Lima, la Pontificia Universidad Católica — en la Facultad de Ciencias Sociales — Existe por introducir cursos de Ciencia Política en la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres; y hay la intención de crear una Escuela de Ciencia Política en la Universidad Federico Villarreal. En la Universidad de Trujillo se dictan dos cursos fundamentales: Teoría Política y Teoría del Estado. También se dictan cursos de Ciencia Política en el CAEM, Academia Diplomática, Escuela Superior de Guerra, Escuela de Inteligencia del Ejército, Escuela Superior de Inteligencia Nacional y en el Centro de Estudios Superiores de la PIP (CESPIP)⁹.

5. LO PRODUCIDO

Un primer trabajo que marca el inicio de la producción científica es el de Francisco Miró Quesada Rada: *Ciencia Política. Actualidad y Perspectivas* (Lima, 1976, 133pp.). Esta original inquietud de Miró Quesada posteriormente adquiere mayores dimensiones cuando publica los siguientes trabajos: *Política y Ciencia Política I* (Lima, 1981); *Partidos Políticos: Teoría y Análisis Sistemático* (Lima, 1984); *Ciencia Política (Manual y Antología)* (Lima, 1986, 477 pp.). Artículos como: “Algunos Planteamientos en torno al Poder Político” (Cfr. *Rev. Derecho y Ciencia Política*, Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 1983); “Dominación (expresión política y económica)” (Cfr. en *Rev. Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 20, Lima, 1981).

8 GARCIA BELAUNDE, Domingo: “Derecho Constitucional y Ciencia Política”, en *Derecho*, PUCP, Lima, N° 33, 1978, 133 pp.

9 MIRO QUESADA RADA, Francisco: “La Ciencia Política en el Perú”, en *Domini-cal* (Comercio, Lima, 2 de Junio de 1985).

Luis Silva Santisteban G.S. ha publicado un formidable trabajo: *Fundamentos de Ciencia Política* (Universidad de Lima, 1986, 187 pp.) Esta obra tiene como antecedente un trabajo de tipo epistemológico de su propio autor que, de paso, sale de las canteras filosóficas: *Ensayo sobre metodología de las Ciencias Sociales* (Ciesul, Universidad de Lima, Serie Investigaciones N° 5, Lima, 210 pp.).

Enrique Bernaldes Ballesteros, actual Senador de la República, ha desarrollado importantes trabajos empleando categorías e instrumentos de politología; resaltan los siguientes: *Ciencias Sociales y Cambio Social en el Perú* (PUCP, Lima, 1974); "Una opción de desarrollo académico: el postgrado en Ciencias Sociales" (en *Debates*, N° 3, PUCP, Lima, 1979); coautor con Marcial Rubio de *Perú Constitución y Sociedad Política* (Lima, DESCO, 1981, 686 pp.); "La Constitución de 1933 y la organización constitucional del Estado Peruano" (en *Revista de la PUCP*, Nueva Serie, N° 3, Lima, mayo de 1978); *Parlamento, Estado y Sociedad* (Lima, Serie Publicaciones Previas, DESCO, 1981, 95 pp.); *El desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú* (Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico. Lima, 126 pp.); *Crisis política. ¿Solución Electoral?* (Lima, DESCO, 132 pp.); *Análisis de los resultados de las elecciones para la Asamblea Constituyente de 1978* (PUCP, Mimeo, 1980); *Burguesía y Estado Liberal, El Parlamento por Dentro* (DESCO, Lima, 1984, 218 pp.); *El Camino Español de la Democracia* (ICI, Lima, 1987). Este autor, como se podrá apreciar en la exuberante y multifacética materia abordada, nos ofrece una vocación de estudios focalizados, desplegando un esfuerzo descriptivo y explicativo en todas las materias que desarrolla. A Bernaldes le debemos los enfoques sobre la praxis de las instituciones representativas. Es, a nuestro criterio, el que más ha incidido ya no en problemas teórico-abstractos, sino en su vertiente funcional de análisis práctico, con las herramientas de la CC.PP.

Desde otro enfoque y perspectiva, Domingo García Belaunde es el que ha contribuido, a nivel de la comunidad académica nacional y extranjera, ha decantar las relaciones y diferencias entre la Politología y el Derecho Constitucional; incluso planteando como hipótesis de trabajo la eliminación de dos disciplinas: la *Teoría del Estado y el Derecho Político*, toda vez que ambas no tienen, en rigor, un objeto de estudio propio; por ende, para ser disciplinas académicas carecen de peso epistemológico. Su obra es "Derecho Constitucional y Ciencia Política" (Cfr.

Derecho, Revista de la PUCP, N° 35, 1978). Sumado a este fundamental trabajo, existe una exuberante y rigurosa producción bibliográfica, como *El Constitucionalismo Peruano y sus Problemas* (PUCP, Lima, 1970); su enjundioso y monumental “Cuarenta años de Constitucionalismo peruano (1936-1976)” (en *Revista de Derecho y CC.PP.* de la UNMSM, Vol. 41, N° 1, 2 y 3, 1977); *Constitución y Política* (Lima, 1981); “Perfil del Parlamento Peruano” (Cfr. *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*, 1986). La interrelación entre el fenómeno jurídico y el fenómeno político es un loable empeño en el Dr. Domingo García que, desde hace muchos años, viene desarrollando sus investigaciones en función a dichas perspectivas. No obstante ser el más lúcido constitucionalista peruano¹⁰, sus incursiones en la politología han logrado cubrir grandes vacíos, siendo un autor que dimana de los predios constitucionales.

Mención aparte merece destacar la impresionante personalidad intelectual de Raúl Ferrero Rebagliati, inagotable publicista sobre diversos temas. Su obra fundamental en el área que comentamos fue su *Teoría del Estado* que, luego de varias ediciones posteriores, lo amplió bajo el título de *Ciencia Política (Teoría del Estado y Derecho Constitucional)* (1981).

Carlos García Bedoya, lúcido estadista que dio a la política exterior peruana una visión histórica con proyecciones al futuro, fue un amplio conocedor de la Ciencia Política; gracias al diplomático José A. García Belaunde, le debemos una obra póstuma: *Política Exterior Peruana (Teoría y Práctica)* (Mosca Azul Edit., Lima, 1981, 144 pp.)

Henry Pease García es el autor que en los últimos años, ya desde sus *Cronología Política* (X Volúmenes, DESCO, años 1968 hasta 1980); en la Revista *Que Hacer* (Rev. Bimestral de DESCO) y sus obras que pasamos a enumerar, es el que ha hecho un *análisis institucional*, es decir, un análisis de la escena oficial del Estado, de sus actores políticos desde el Estado. Sobresalen *El Ocaso del Poder Oligárquico* (DESCO, Lima, 1977); *Los Caminos del Poder. 3 Años de crisis en la escena oficial* (DESCO, Lima, 1980).

Francisco Guerra García ha publicado diversos trabajos relacionados al interregno militar del 68 al 80, enfocando desde la perspectiva del régimen político. Así tenemos: *El Peruano: Un proceso*

10 ETO CRUZ. Gerardo: “Domingo García Belaunde: El Constitucionalista”, en *Diario La Industria*, Trujillo, 1985.

Abierto (Libros de Contratiempo, Edit. Universo, Lima, 1971, 157 pp.); "Notas para el Estudio del Régimen Político Peruano" (en *Revista Socialismo y Participación*, Año I, 1977); *Velasco: del Estado Oligárquico al Capitalismo del Estado* (Lima, Edit. CEDEP, 1983).

Francisco Miró Quesada Cantuarias, cuyas canteras generacionales son distintas a los autores ya citados, es otro académico que de una u otra manera está vinculada al desarrollo de la politología; es quizá ya un clásico su trabajo *Las Estructuras Sociales* (Lima, 1961, 184 pp.); "Filosofía, Ideología y Revolución" (en *Revista Derecho y Ciencia Política*, N° 1, Universidad Garcilaso de la Vega, 1983). Existen otras obras, todas vinculadas al ámbito de la filosofía.

José Matos Mar, es el autor que ha trabajado sobre bases interdisciplinarias realmente asombrosas, sobre todo en la Sociología y Antropología. Una de sus obras fundamentales de reciente publicación es: *Desborde Popular y Crisis del Estado* (Perú, Problema 21, IEP, 1985, 111 pp.)

Julio Cotler, igualmente, ha contribuido con interesantes e imprescindibles estudios en torno a la problemática peruana; así tenemos su *Clases, Estado y Nación en el Perú* (Lima, IEP, 1978, 408 pp.)

Sigifredo Orbegoso Venegas, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo, ha publicado recientemente un trabajo que está inmerso dentro de la perspectiva analítica y racional de la moderna epistemología: *Derecho Constitucional: Ciencia y Política* (Trujillo, Marsol Edit, 1984, 435 pp.)

David Sobrevilla, filósofo peruano, ha contribuido a desarrollar la evolución del pensamiento político peruano en la obra inicialmente citada en el presente trabajo.

Existen otros autores de una incuestionable autoridad académica; pero que por razones de espacio nos limitamos a nombrar a algunos, como Carlos Delgado Olivera, Aníbal Quijano, Alfonso Benavides Correa, Hernando Aguirre Gamio, Jorge Bravo Bresani, Húgo Neira, Carlos Franco, Eugenio Chang Rodríguez, Héctor Bejar, Sinesio Lopez, Rolando Ames, Luis Pasara, Carlos Francisco Bieberach, y muchos académicos que discurren interdisciplinariamente sus trabajos en distintas ramas de las Ciencias Sociales. Existe, pues, toda una lista de iniciadores, forjadores y actualmente una nueva generación, por lo que

cabe afirmar que existe un repunte en esta área académica con perspectivas favorables.

6. DERROTERO

La madurez de la CC.PP. en el Perú requiere una doble exigencia si se trata de desarrollarla como tal. Por un lado, juzgamos que esta área científico-social, como disciplina misma, posee una estructura intrateórica particular; pero al mismo tiempo se encuentra inscrita en una historia supra-nacional (aquí y en cualquier parte del mundo la Ciencia Política tiene un mismo objeto de estudio, una misma metodología, etc.). Pero, por otro lado, la politología no puede justificarse en función de sí misma, sino de la interpretación que ofrezca de la realidad. De otro lado, se debe dejar la tradición jurídica que aún subsiste en nuestro país, puesto que es necesario que se estudie más estrechamente la relación entre el *fenómeno jurídico* y el *fenómeno político*, considerando su punto de entronque en el Estado¹¹. O, como ya lo ha señalado desde hace varios años Jiménez de Parga, el enfoque constitucionalista es insuficiente¹². Con esto no infravaloramos a las normas jurídico-políticas, pero se impone desde ya un enfoque *interdisciplinario* para comprender el *totum* del fenómeno político. Por tanto, si la politología se ha de cultivar con el rigor que entraña, tiene que desarrollarse tratando de satisfacer los más altos requisitos teóricos; pero al mismo tiempo en función, siempre, de permitir comprender las relaciones de poder en la sociedad peruana; esto es, entender cuál es la dinámica, el ejercicio, los fundamentos, la organización, la distribución y la dimensión del Poder Político en el Perú. Todo esto significa dos opciones:

- Si la Ciencia Política se desarrolla en nuestro país únicamente en función de sus propios problemas teórico-abstractos, se tornarán superfluos, sin sentido operativo-funcional; y
- Si la Ciencia Política se despliega en función sólo de la descripción del fenómeno político, se convertirá en una ciencia de estudios provinciales.

11 GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Constitucion y Politica*. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Serie Estudios 2, Lima, 1981.

12 JIMENEZ DE PARGA. M.: *Los regímenes políticos contemporáneos*. 2ª. edición, Edit. Tecnos, Madrid, p. 31.

A nuestro criterio, estimamos que la solución a esta disyuntiva es la de conciliar ambas opciones; es decir, del renovado esfuerzo por mantener el nivel de los problemas teóricos y, al mismo tiempo, por interpretar, explicar, predecir y describir las relaciones de poder en nuestra sociedad, despojándose de criterios ideológicos.

7. FE EN LAS UNIVERSIDADES

No obstante que en el Perú son los Centros Privados de Investigación los que desarrollan una serie de publicaciones vinculadas al área de la politología; sin embargo, creemos que hoy en día continúa siendo la universidad una institución insustituible para la transmisión y acrecentamiento de los conocimientos. ¿Y quién más puede cumplir el rol de enseñanza, investigación y profesionalización? La universidad es, pues, la única que puede cumplir este rol. Por lo mismo, el impulso y desarrollo de la Ciencia Política requiere de ciertos correctivos académico-curriculares a fin de estructurar una enseñanza idónea.

8. ALTERNATIVAS A SEGUIR

Una política universitaria sólida a seguir sería que, en tanto los profesores universitarios sean absorbidos por la docencia en la forma en que lo son ahora (y esto funciona para todas las facultades), no habrá investigación en la Universidad. Frente a esto, tanto las Facultades de Derecho o las de Ciencias Sociales —según donde se enseña o imparta la CC.PP. — deberían cambiar y alternar las funciones de docencia e investigación. Y esto no es nuevo ni original, siempre se ha recomendado: la planta de profesores, de acuerdo a dicha pauta, tendrá que estar dividida en dos equipos que alternen la actividad docente con la investigación. El ciclo que el equipo hace docencia el otro se dedica a la investigación y viceversa. Esta actividad vincula más activamente al profesor y el curso se dicta vinculado con su inmediata experiencia de investigación y facilita, por otra parte, un ritmo continuo y la formulación de una programación semestral, anual o bianual de investigación o que, a su vez, conectaría a la universidad de manera más visible con el exterior.

9. EL RETO ESTA PLANTEADO

Que todo lo expuesto como perspectiva de tarea y reto sea difícil es cierto; que pasará algún tiempo para que se institucionalice en su totalidad la Ciencia Política como lo son en países como la Argentina, Brasil, Venezuela y México — y no hablamos de los arquetipos europeos y norteamericanos que nos llevan larga brecha — también es cierto; pero, por lo pronto, nuestras autoridades universitarias — máxime si son preocupados académicos — deben empezar, gracias al aliento y ejemplo de los países aludidos, a impulsar su enseñanza, aunque, como diría Goethe, *sin prisa pero sin pausa*; pero ya se debe ir facilitando el camino de la Ciencia Política. El reto, pues, está planteado.

2. DESCRIPCION Y FUNDAMENTACION

El presente silabo responde a un viejo anhelo de que se institucionalizará algunos cursos sobre *Ciencia Política* en las Universidades Peruanas. El Perú, salvo contados académicos que lo han venido cultivando, ha estado a la zaga por muchos años en los avances de la moderna politología.

El estudio de los *fenómenos políticos*, tradicionalmente han estado vertebrados por un enfoque predominantemente jurídico.

Incluso aun se puede apreciar algunos remanentes en seguir difundiendo la idea anacrónica de que la Ciencia Política, la Teoría del Estado y el Derecho Constitucional es lo mismo.

En realidad, la Ciencia Política en el Perú, sin temor a equívocos, surge paulatinamente recién en la década de los 60'; pero la etapa inicial y de rigor y consolidación se ubica en la década de los 70'; y sólo a partir de la década de los 80' se viene recién a tomar conciencia del objeto y contenido académico de esta disciplina. En esta perspectiva, como lo ha puntualizado Francisco Miro Quesada Rada - el pionero en haber introducido en el Perú la Ciencia Política con rigor - en nuestro medio, " más que una ciencia política en el Perú, es más correcto hablar de un pensamiento político peruano "

La Ciencia Política en tanto ciencia social a de plantear teorías explicativas en torno al fenómeno político, la acción política; éstas teorías tienen que estar confrontadas con la realidad, a fin de auscul-

tar su verdad o falsedad. En este orden de cosas, las Ciencias Sociales hoy comienzan a caracterizarse por ser cada vez más rigurosas hasta adquirir, en algunos casos, un rigor comparable con las ciencias físicas y naturales.

Hoy, la Ciencia Política se nos presenta como aquella disciplina que estudia los fenómenos relacionados con el fundamento, organización, ejercicio y dinámica del poder en la sociedad. Es, por tanto, una teoría explicativa y, en lo fundamental, predictiva y, como toda ciencia social, empírica.

El estudiante de derecho, ligado a su formación jurídica como jurista, ha de ostentar una formación politológica, a fin de afirmar un perfil profesional que pueda comprender y explicar los problemas del fenómeno político, que las más de las veces están envueltas en normas jurídicas.

3. *OBJETIVOS TERMINALES*

Finalizado el curso, el alumno debe ser capaz de:

- a) Tener una noción filosófica de los niveles de conocimientos y, dentro de ella, ubicar el de la Ciencia Política.
- b) Asumir una posición conceptual de la Ciencia Política y deslindar las relaciones y diferencias con otras ramas afines.
- c) Definir, conceptualizar y diferenciar los sistemas políticos, régimen político, forma de gobierno y forma de Estado.
- d) Conocer y explicar la dinámica política que existen en los sistemas políticos.
- e) Conocer el concepto, origen y forma de expresión del Poder Político.
- f) Afirmar una posición ética en torno al ejercicio racional del Poder Político y del Derecho en el Perú.

ANEXO

SYLLABUS DE CIENCIA POLITICA* **

1. DATOS INFORMATIVOS

1.1 Escuela	:	DERECHO.
1.2 Ciclo	:	V.
1.3 Área Curricular	:	FORMACIÓN BASICA.
1.4 Código	:	204.
1.5 Pre-requisito	:	Ninguno.
1.6 Horas Semanales	:	Teoria: 05; Práctica: 01 Total: 06.
1.7 Créditos	:	05.
1.8 Duración	:	15 semanas.
1.9 Docente	:	GERARDO ETO CRUZ

* El presente Anexo es el Sílabo que pergüenáramos a mediados de la década de los 80, dentro de nuestra simpatía por esta disciplina y con miras a que se incorpore como un curso de formación básica en la Facultad de Derecho de la UNT. Lamentablemente, la reforma curricular recién habría de institucionalizarse en 1995 y sólo prosperó como curso "*electivo*".

Con todo, con ligeras reformas, este silabo se mantiene como tal en la Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo del cual, en su momento, impartimos *al alimón* con el profesor Vicente Sánchez Villanueva el curso bajo este syllabus. Se aclara que la bibliografía que se utilizó en aquella época corresponde a la biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNT, inclusive los códigos de las fichas bibliográficas más bibliografía particular (nota del 2001).

** Revisando el presente Syllabus a la altura de los tiempos, se mantiene la misma bibliografía que se trabajara en su momento; no obstante que a la fecha de esta nota hay sucesivas ediciones y una bibliografía nueva con heterodoxos enfoques; lo propio ocurre con la estructura temática que se mantiene tal como fue concebido; no obstante que bien puede hacerse un *aggiornamento* a la altura de los tiempos (Nota de enero de 2011).

4. PROGRAMACION ACADEMICA

4.1. *Primera Unidad: Precisiones epistémicas: Teoría del conocimiento y Ciencia Política*

4.1.1 *Objetivos específicos*

El alumno será capaz de:

- a) Explicar bajo los marcos de la filosofía del conocimiento, el conocimiento espontáneo del reflexivo.
- b) Conocer, explicar y aplicar los niveles de conocimiento científico, filosófico y religioso.
- c) Conceptuar la ciencia, sus características y su clasificación.
- d) Ubicar la Ciencia Política en los marcos de la clasificación que imperan en la Teoría del Conocimiento.

4.1.2 *Contenido*

- a) Clasificación y niveles de Conocimiento:
 - a') Conocimiento Científico,
 - b') Conocimiento Filosófico.
 - c') Conocimiento místico o religioso
 - d') El conocimiento distorsionado: Las ideologías
- b) Concepto de Ciencia:
 - a') Características.
 - b') Clasificación de las Ciencias:
 - a'') Ciencias Empíricas,
 - b'') Ciencias No Empíricas o Formales,
 - c'') Ciencia Hermenéuticas.
- c) Ubicación de la Ciencia Política en el marco clasificatorio de las ciencias.

4.1.3. *Estrategias de enseñanza - aprendizaje y evaluación*

NOTA: Aplicación para todas las unidades.

a) En lo fundamental las clases serán dialogadas, es decir, con la mayor participación activa de los estudiantes.

b) En la medida que lo permita el tiempo y la bibliografía, previa asignación del tema a tratarse en la próxima clase, los alumnos deberán estudiar la materia para responder a las preguntas que haga el profesor en el desarrollo colectivo de la clase.

c) También, siguiendo un método análogo al conversatorio, los expositores del tema serán uno o dos alumnos a quienes, con la debida anticipación, se le encomendará la exposición respectiva. Luego de absolver las preguntas de los demás alumnos o del profesor, éste hará un pequeño resumen que eventualmente será dictado.

d) Para ser presentado al final del curso, el profesor asignará un trabajo de estudio y crítica que, como las actividades, serán debidamente calificadas.

4.1.4 *Medios y Materiales*

El alumno tendrá una selección de materiales bibliográficos que serán de lecturas obligatorias; por otra lado, se le alcanzará al alumno, conforme se avance en el curso, separatas breves de resúmenes y esquemas de la clase, a fin de evitar el dictado; sin que esto por cierto, signifique que el alumno deje de tomar apuntes de los tópicos tratados en clase.

NOTA: Este aspecto igualmente será aplicado a todas las asignaturas

4.1.5 *Bibliografía específica*

BUNGE, Mario: *La ciencia, su método y su filosofía*. Edit. Siglo XXI.

-----: *La Investigación Científica*. Edit. Ariel, Barcelona, 1973.

GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Conocimiento y Derecho (Apuntes para una Filosofía del Derecho)*; Fondo Editorial de La Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1982.

MACKENZIE, W., J.: *Política y Ciencias Sociales*. Madrid, 1967.

MIRO QUESADA CANTURIAS, Francisco: *Iniciación Lógica*, UNMSM, Lima; 2da. Edic. 1969.

-----: *Para iniciarse en la Filosofía*. Universidad de Lima, 1981.

4.2 Segunda Unidad: Política y Ciencia Política

4.2.1 Objetivos específicos

El alumno será capaz de:

- a) Comprender y explicar la naturaleza de la Política.
- b) Ubicar en el marco de la realidad la manifestación de la política.
- c) Analizar, describir y aplicar la naturaleza de la política y de lo político, así como los conflictos que subyacen en ellas.

4.2.2 Contenido

- a) Etimología de la palabra Política
- b) La Política como realidad.
- c) Política: multiplicidad de definiciones y conceptos.
- d) La Política y la Político.
- e) Política y Conflicto.
 - a') La naturaleza del conflicto social.
 - b') La raíz de los conflictos sociales
 - c') Tipos de conflictos sociales.
 - d') La función de los conflictos sociales.
 - e') Guerra y Política.

4.2.3 *Bibliografía específica*

ANDRADE SANCHEZ, Eduardo: *Introducción a la Ciencia Política*, Edit. Tierra Firme, México, 1973.

BUTLER, Juan: *Estudio del Comportamiento Político*, Madrid. 1964 (A - S BON).

CATLIN, George: *La Teoría Política*, 1962 (S - A - CAT).

DIKE VAN, Vermont: *Ciencia Política*, Madrid. 1968 (S - a - DIIK).

DUVERGER, Maurice: *Introducción a la Política*, Edit. Ariel, Barcelona, 1968.

EASTON, David: *Enfoque sobre Teoría Política*, Bs. As., 1969 (S - a - EAS).

ECHEVARRIA, Luis: *Praxis Política*, México, 1975 (S - a - ECH).

JOUVENAL, Bertrand de: *La Teoría Pura de la Política*, Madrid, 1965 (S - a JOU).

LEVY, Leonard: *La política*, Bs. As., 1969 (S - a - LEV).

LIPSON, Leslie: *Los grandes problemas de la política*, México, 1964 (S - a - LIP).

LUCAS VERDU, Pablo: *Principios de Ciencia Política*, T. II Edit. Tecnos. Madrid, 1973.

MARTIN LIPSET: *El Hombre Político*, Bs. As, 1963 (S - a MAR).

MEYNAUD, Jean: *Las actitudes políticas*, Bs. As., 1965 (S - a - MEY).

MIRO QUESADA RADA, Francisco: *Política y Ciencia Política*, Francisco Campodónico F. Editor, Lima 1981.

-----: *Introducción a la Ciencia Política*. Primera parte UNMSM, Cult.

Cuzco Edit. Lima 1994.

-----: *Ciencia Política* (Manuel y Antología), Studium Edit, Lima 1986.

PRELOT, Marcel: *La Ciencia Política*, Edit. Universitaria de Buenos Aires. Colección Cuadernos, Bs. As. 1981.

SCHMITT, Carl: *El Concepto de lo Político*, Alianza Universidad (Versión Española de Rafael Agapito), Madrid 1987.

SILVA SANTISTEBAN G.S., Luis: *Fundamentos de Ciencia Política*. Universidad de Lima, Instituto de Investigaciones Filosóficas, s.f.

4.3. Tercera Unidad: La Ciencia Política

4.3.1 . Objetivos específicos

El alumno será capaz de:

- a) Precisar el concepto, evolución y el objeto de estudio de la Ciencia Política.
- b) Identificar las variables de relaciones y diferencias entre la Ciencia Política con otras ramas afines.
- c) Explicar las diferentes concepciones en torno a la Politología.
- d) Explicar, comprender y aplicar los enfoques y métodos de la Ciencia Política.

4.3.2 Contenido

- a) Concepto y evolución de la Ciencia Política.
 - a') La prehistoria de la ciencia política.
 - a'') La Prehistoria propiamente dicha: los precursores.
 - a''') Aristóteles y el Método de Observación
 - b''') Maquiavelo y el Método Objetivo
 - c''') Bodino y el desarrollo del Método de observación
 - d''') Mantesquieu y la observación sistemática
 - b'') El período intermedio (Siglo XIX):
Los Fundadores:

- a''') Alexis de Tocqueville y la Observación profunda
- b''') Augusto Comte y el Método Positivo
- c''') Karl Marx: Una nueva cosmogonía.
- b') El desarrollo de la Ciencia Política en el Siglo XX:
 - a'') Desde fines del Siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial.
 - b'') Desde 1945
 - c'') Recordando la Lista Tipo de la UNESCO.
- c') La Ciencia Política en el Perú:
 - a'') Preliminares.
 - b'') Los períodos o etapas.
 - c'') El pensamiento político peruano: los grandes temas de discusión en su evolución histórica.
 - d'') La Ciencia Política en el Perú: Balance y perspectivas.
 - e'') La Creación del Instituto de Ciencia Política y Ciencias Sociales (CIENPOS)
 - f'') Francisco Miró Quesada Rada y el Instituto de Ciencia Política y Ciencias Sociales "VOLTAIRE".
- b) Diferentes Concepciones de la Ciencia Política:
 - a') La CC.PP.: Ciencia del Estado.
 - b') La CC.PP.: Ciencia del Poder.
 - c') Las Concepciones intermedias:
 - a'') La CC.PP. como ciencia del Poder en las sociedades complejas.
 - b'') La CC.PP. como ciencia del Poder basado en coacción física.
- c) El Dominio de la Ciencia Política:
 - a') La CC.PP., como ciencia de la encrucijada.

- b') La CC.PP., como ciencia residual.
- c') La CC.PP., como ciencia de síntesis.
- d) El objeto central de estudio de la Ciencia Política.
- e) Relaciones y diferencias entre la Ciencia Política y otras Disciplinas:
 - a') CC.PP. y Filosofía Política.
 - b') CC.PP. y Derecho Constitucional.
 - c') CC.PP. y Sociología Política.
 - d') CC.PP. y Derecho Político.
 - e') CC.PP. y Teoría del Estado.
 - f') CC.PP. y Economía Política.
 - g') CC.PP. y Antropología Política.
- f) Enfoques de la Ciencia Política:
 - a') Marxista.
 - b') Institucional.
 - c') Conductista o Behaviorista.
 - d') Estructural – Funcional.
 - e') Sistémico.
 - f') Cibernético.
- g) Métodos y Técnicas de la Ciencia Política
- h) El Análisis Político.
- i) Las ramas de la Ciencia Política:
 - a') Política Internacional.
 - b') Política Comparada.
 - c') Historia de las ideas políticas.
- j) El Político y el Científico Político.
- k) ¿Es la Ciencia Política una disciplina con neutralidad valorativa?

4.3.3. *Bibliografía específica*

BIDART CAMPOS, Germán J.: *Ciencia Política y Derecho Constitucional ¿Unidad o Dualidad?*, Ediar, Buenos Aires, 1982 (342.87 - 8 - 47).

BURGESS, Juan: *La Ciencia Política y el Derecho Constitucional Comparado* (4, vol.) (H - a - Bur)

CATLIN, George: *La Teoría Política*, 1982 (S - A - CAT)

DIKE VAN, Vermont: *Ciencia Política*, Madrid. 1968 (S - a - DIK)
-----: *Método de las Ciencias Sociales*, Edit. Ariel, 1981.

DUVERGER, Maurice: *Introducciones Políticas y Derecho Constitucional*, Barcelona, 1970 (H - a - DUV)

EASTON, David: *Enfoques sobre Teoría Política*, Bs. As., 1969 (S - a - EIN)

ECHEVARRI V., Alvarado: *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. Temis, 4ta. Edic. Bogotá 1990

FERRERO, Raúl: *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Studium, Lima 1981.

GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Derecho Constitucional y Ciencia Política (A propósito de la relación entre el fenómeno jurídico y el fenómeno político)*, en *Constitución y Política*, 1ra. Edic., Lima 1981.

HAURIUO, André: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, 1970 (342 - H - 22)

-----: *Principios de Derecho Político y Constitucional*, Madrid 1927 (40- 75).

HÉLLER, Herman: *Teoría del Estado*, 1942 (40 - 77)

JELLINEK, George: *Teoría General del Estado* (320 - 101 - K - 37)

KRIELE, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado*. Bs. As. 1982 (342 - 1 - K - 82)

KAPLAN, Marcos: *La Ciencia Política Latinoamericana en la Escrucijada*. Chile 1969 (S - a - KAP).

LASKI, Harold: *El Estado Moderno*. Bs. As. 1945 (40 86).

LEGON, Faustino: *Tratado de Derecho Político*, Bs. As. (FI ARG – LEG)

LINARES QUINTANA, Segundo: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Plus Ultra, Edit, Bs. As. (3 Vol.), 1981.

LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, 2da. Edición Ariel. Madrid (342.01-L76)

LUCAS VERDU, Pablo: *Curso de Derecho Político* (3 Vol.) (342.46 – L98).

-----: *Principios de Ciencia Política*, Vol. 1 (1967), Vol II (1974), Ed. Tecnos Madrid.

MIRO QUESADA, Rada: *Ciencia Política. Actualidad y Perspectivas*. Lima 1976.

-----: *Ciencia Política* (Manual y Antología), Studium, Lima 1986.

-----: *Evolución Histórica de la Ciencia Política*, en *Revista Peruana de Ciencia Política y Ciencias Sociales*, Edit. Perla, CIENPOS, Lima 1988.

-----: *Introducción a la Ciencia Política (Primera Parte)* Cult. Cuzco, Lima 1994.

MEYNAUD, Jean: *Introducción a las Ciencias Políticas*, Madrid, 1964 (S - a - MEY).

MURILLO, Francisco: *Estudios de Sociología Política*, Madrid, 1964 (S - a - MUR)

ROMERO, César Enrique: *Introducción al Derecho Constitucional*: 2da. Edic. Víctor P. de Zavallía Edit. Bs. As. 1976.

ROIZ, Javier: *Introducción a la Ciencia Política*, Vicens Universidad, Edit. Madrid 1980.

SABINE, George: *Historia de la Teoría Política*. México 1970 (S - a - SÁB)

SANCHEZ AGESTA, Luis: *Principios de Teoría Política*, Ed., Nacional Madrid, 1967.

SAMPAY, Enrique: *Introducción a la Teoría del Estado*, Bs. As. 1964.

SANCHEZ VIAMONTE, Carlos: *Manual de Derecho Político*, Bs. As. (H - a - SAN)

SERRA ROJAS, Andrés: *Teoría General del Estado*, México (S - a - SERR)

STEIN, Ekhart: *Derecho Político*, Madrid (A - Ale - STE).

STERN KLAUS: *Derecho del Estado*, Barcelona, 1987.

WEBER, Max: *Sobre la Teoría de las Ciencias Sociales*. Edit. Futuro. Bs. As. 1976.

4.4. Cuarta Unidad: Sistemas políticos

4.4.1 Objetivos Específicos

El alumno será capaz de:

- a) Comprender, explicar y aplicar las nociones de Sistema Político, sus características y deslindar sus precisiones conceptuales con el Régimen Político.
- b) Identificar las nociones de Formas de Gobierno, Formas de Estado y las Tipologías de los Sistemas y Régimen Político.

4.4.2. Contenido

- a) Concepto de Sistema Político.
- b) Características del Sistema Político.
- c) Régimen Político.
- d) Formas de Gobierno, Forma de Estado y Tipología de los Sistemas y Regímenes Políticos.
 - a') Clasificación de las formas de Gobierno:
 - a'') Clases de Ejecutivo

- b'') Formas de Gobierno
- c'') Tipologías Clásicas de la Forma de Gobierno
- d'') Tipologías Contemporáneas. Formas de Estado, Tipo de Estado y Regímenes Políticos.
- b') Nuestra posición sobre la tipología de los Sistemas Políticos.
 - a'') Sistema Político y Formas de Gobierno.
 - b'') Ideología y Sistemas Políticos.
 - c'') Elementos del Sistema.
 - d'') Poder, Sociedad y Régimen.
 - e'') Tipología de los Sistemas en su acepción amplia.
 - f'') Tipología de los Sistemas Políticos según Karl Loewenstein.

4.4.3. *Bibliografía específica*

BIDART CAMPOS, Germán J.: *Derecho Político*, Bs. As. Ediar (H - ARG - BID)

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid 1987.

FERRANDO BADIA, Juan: *Regímenes Políticos Actuales*, 3ra. Edic. Tecnos Madrid 1995.

EBENSTEIN, William: *Los Grandes Istmos Políticos*, Barcelona, 1970 (S - a - EBE)

EISENSTAN, S. N.: *Los Sistemas Políticos de los Imperios* 1966 (S - a - EIS)

HERRERA PAULSEN, Darío: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Lima (342.850 - 20 - H 44)

JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel: *Los Regímenes Políticos Contemporáneos*, Edit. Ariel, Madrid 1965 (S - a - JIM)

LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Edit. Ariel. Barcelona, 1982 (342.01 - L76)

LIPSON, Leslie: *Los Grandes Problemas de la Política*. Edit. Limusa Wilwy, México 1964 (S - A - LIP)

MIRO QUESADA RADA, Francisco: *Introducción a la Ciencia Política* (Parte Especial). Cult. Cuzco Edit. Lima UNMSM, 1997.

VERNEY, Douglas: *Análisis de los Sistemas Políticos*, Madrid, 1961 (S - a - VER)

XIFRAS HERAS: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 1962 T. 2.

ZINK, Harold: *Los Sistemas Contemporáneos de Gobierno*, México 1965.

4.5. *Quinta Unidad: El Poder político*

4.5.1. *Objetivos específicos*

El alumno será capaz de:

- a) Conocer la Naturaleza del Poder Político.
- b) Conocer los Orígenes, Estructura, Formas y Relaciones del Poder Político.
- c) Conocer las diversas concepciones y clasificaciones en torno al poder.
- d) Conocer la esencia y diferencia entre el poder social y el poder político.

4.5.2. *Contenido*

- a) Consideraciones Preliminares:
 - a') Etimología de la Palabra Poder.
 - b') Concepto de Poder.
 - c') Orígenes de Poder.
 - d') Poder y Elite.
- b) Las concepciones en torno al Poder.
- c) Clasificación en torno al Poder.

- d) La Estructura y las relaciones del Poder.
- e) Formas de expresión del Poder.

4.5.3. *Bibliografía específica*

BIDART CAMPOS, Germán J.: *El Derecho Constitucional del poder*, 2 volúmenes, Ediar, Buenos Aires, 1967.

CARTER DOUGLAS: *El Poder y los Grupos de presión*, Nueva York, 1965 (S - a - CAT)

COLES, Harry: *Poder Civil y Poder Militar*, Bs. As. 1970 (S - a - COL)

JOUVENAL, Bertrand de: *El Poder*, Madrid 1956 (S - a - JOU)

MIRO QUESADA RADA. Francisco: *Introducción a la Ciencia Política*, Primera Parte, UNMSM, Cult. Cuzco, Lima 1994.

-----: *Algunos Planteamientos en torno al poder político*, en Rev.

Derecho y Ciencia Política, Universidad particular "Inca Gracilazo de la Vega", N° 01, Lima 1983.

MOORE BARRINGTON: *Poder Política y Teoría Social*, Barcelona, 1963.

PARSON, Talcott: *Enfoques sobre Teoría Política*, Edit. Amorroto, Bs. As. 1977.

RUSSELL, Bertrand: *El Poder en los hombres y en los pueblos*, Edit, Lozada, 1968, Bs. As.

SCHWARZENBERGER: *La Política del Poder*. México 1960 (S - a - SCH)

SMITH, Luis: *La Democracia y el Poder Político*, Bs. As. 1957 (S - a - SCH)

WEBER, Max: *Economía y Sociedad*, Edit, F. C. E. México 1964.

WILLIS, Wrih: *Poder Político*, México 1964 (S - a - WIL).

4.6. Sexta unidad: Estructura y dinámica política (las fuerzas políticas)

4.6.1. Objetivos específicos

El alumno debe ser capaz de:

- a) Conocer los factores reales que definan el ejercicio del Poder Político.
- b) Explicar los factores sociales del comportamiento político.
- c) Deslindar entre los Partidos Políticos de los poderes.
- d) Conocer y definir los grupos de poder, de presión, grupos de interés, opinión pública.

4.6.2. Contenido

- a) Factores Sociales del Comportamiento Político.
 - a') Derecho Político.
 - b') Socialización Política.
 - c') Cultura Política.
 - d') Participación Política.
 - e') Actitudes Políticas.
- b) Los Partidos Políticos.
 - a') Concepto de Partido Político.
 - b') Sistemas de Partidos.
 - c') Clasificación de los Partidos Políticos.
 - d') Evolución, desarrollo y crisis del sistema de partidos en el Perú:
 - a'') El Sistema multipartidista peruano.
 - b'') El Boom multipartidista peruano.
 - c'') Del Golpe a las Elecciones de 1995.
 - d'') La crisis del Sistema de Partidos Políticos en el Perú.

- c) Los Poderes de Hecho:
 - a') Factores de Poder, Factores de Presión y Grupos de Interés.
 - b') Partidos Políticos y Grupos de Presión.
 - c') Clasificación de los Grupos de Presión.
 - d') Opinión Pública.

4.6.3. *Bibliografía específica*

BIDART CAMPOS, Germán J.: *Las élites políticas*, Ediar, Buenos Aires, 1977.

BUTLER, D: *Estudio del Comportamiento Político*, Madrid, 1964 (S - a - BUT)

CATER, Douglas: *El Poder y los Grupos de Presión*; Nueva York, 1965 (S - a - CAT)

DOMENACH, Jean: *La Propaganda Política*, Bs. As. 1966 (S - a - DOM)

DRIENCOURT, Jacques: *La Propaganda, Nueva Fuerza Política*, Bs. As. 1964(Q - a - DRI)

HAAS, Ernesto: *Partidos Políticos y Grupos de Presión en la Integración Europea*. Bs. As. 1966 (S - a - HAA)

LANE, Robert: *Opinión Pública*. Barcelona 1967 (S - a - LAN)

MEYNAUD, Jean: *Las Actitudes Políticas*, Bs. As. 1965 (A - a - MEY)

LINARES QUINTANA, Segundo: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Plus Ultra Edic. Vol II, Bs. As. 1981.

MIRO QUESADA RADA, Francisco: *Introducción a la Ciencia Política*, UNMSM, Cult. Cuzco Lima 1997.

-----: *Evolución, Desarrollo y Crisis del Sistema de Partidos*, Edic., Instituto Superior de Ciencia Política y Ciencias Sociales. "VOLTAIRE", Lima 1997.

5. SISTEMA DE EVALUACIÓN

La evaluación será permanente y consistirá que al principio de cada clase se pregunte al azar a un alumno sobre el contenido de la clase anterior.

Habrá un trabajo personal y otro grupal. El primero versará en la exposición de un tema asignado por el profesor y que el alumno deberá en clase exponer; el segundo será un trabajo monográfico que el profesor designará a cada grupo, debiendo ser expuesto por los alumnos teniendo en cuenta la originalidad, la redacción, la utilización de las técnicas de la investigación bibliográficas, etc.

La evaluación consistirá en dos exámenes parciales y se utilizará la escala vigesimal. La nota aprobatoria será de 11 a 20. La fracción 0.5 vale como unidad sólo en el promedio final.

6. CONDICIONES DE APROBACIÓN

- a) Haber asistido a clases y no tener faltas en una proporción mayor al 30%.
- b) Haber realizado todas las tareas y trabajos encomendados; así como haber rendido los exámenes correspondientes.
- c) Que el promedio de la sumatoria de las notas relativas a las evaluaciones señaladas sea aprobatoria.
- d) No habrá oportunidad de exámenes de aplazados.

LA DEMOCRACIA COMO OBJETO DE ESTUDIO (BREVE ESBOZO SOBRE SUS DIVERSAS VERTIENTES DISCIPLINARIAS)*

Sumario: 1. Introducción. 2. El permanente binomio de la democracia: el ser y el deber ser. 3. Un esbozo tentativo de las ramas del saber que estudian a la democracia. a) El Derecho Constitucional. 1. Técnica de poder y técnica de libertad. 2. Derecho constitucional e instituciones políticas. 3. La Constitución como instrumento de control. 4. La concepción abierta de la Constitución. 5. La Constitución como sistema material de valores. 6. Función unificadora de la Constitución. b) La Ciencia Política. b.1. Sobre la historia de las ideas políticas. b.2. Las transiciones políticas. b.3. Los regímenes políticos. b.4. Los sistemas políticos. c) La Filosofía Política. c.1. El pensamiento político. c.2. Las doctrinas políticas. d) La Sociología Política. e) La Economía Política.

1. Introducción

Aunque se nos pueda endilgar de incurrir en una verdad de Perogrullo en el mundo académico, no está de más recordar que toda ciencia, para que se configure como tal, requiere

* Este trabajo se elaboró como Estudio Preliminar al libro del profesor Helder Domínguez Haro, *El Derecho a la Democracia. Repensando un modelo societario constitucional*, Grijley, Lima, 2008.

de un *objeto* de estudio específico. Epistemológicamente, los objetos o fenómenos son los que, a la postre, motivan la presencia de determinada ciencia¹. Por otro lado, normalmente a un fenómeno que es dado, corresponde de modo homólogo una específica y particular ciencia que cubra metodológicamente su estudio.

Sin embargo, no siempre a un objeto de estudio, puede corresponder una sola disciplina que explique el fenómeno. En efecto, si tomamos como ejemplo al hombre, éste puede motivar diversas vertientes disciplinarias que, con sus particulares enfoques, estudien y den cuenta del hombre. Con todo, cabe aclarar que la concurrencia de diversas ramas científicas dependerá con qué perspectiva teórica se acerquen a estudiar al hombre. Así, la antropología dará cuenta del ser humano desde una postura de su devenir cultural, la ciencia médica desde el enfoque de las etiologías de las enfermedades y la solución a los problemas patológicos, la psicología a su vez, concurrirá desde el enfoque del estudio de la mente y de la conducta de las personas; en fin, así se podría ir explicando una serie de ciencias que van a estudiar a un solo objeto, pero desde variadas perspectivas y con distinto enfoque o aproximación teórica.

La democracia, que en su versión etimológica, tiene ya muchos siglos de reflexión, desde la Antigüedad hasta las actuales transformaciones de los Estados contemporáneos², es pasible de ser objeto de estudio por diversas vertientes o ramas que aquí, acaso como un pálido reflejo expositivo de lo que trata el Prof. Helder Domínguez, nos vamos a permitir esquematizar, como un pretexto de nota preliminar al presente libro facturado con el sugestivo título: *El derecho a la democracia. Repensando un modelo societario constitucional*.

2. El permanente binomio de la democracia: El ser y el deber ser

Cuenta Norberto Bobbio, que Hegel fue invitado a una disertación sobre el porvenir de la democracia; a lo que un estudiante le formula la pregunta sobre si los Estados Unidos de América debiera ser considerado como el país del mañana, éste muy molesto respondió: "Como

1 BUNGE, Mario. *La ciencia, su método y su filosofía*. Editorial Sudamérica, Buenos Aires,

2 GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 7ª reimpresión, Alianza Universidad, Madrid, 1993.

país del mañana los Estados Unidos de América no me competen. El filósofo no tiene que ver con las profecías (...) La filosofía se ocupa de lo que es eterno, o sea, de la razón, y con esto ya tenemos bastante”³.

Y es que, para utilizar el sugestivo título de Néstor Pedro Sagüés, *el mundo jurídico y el mundo político*, en la que se encuentra envuelta la reflexión de la democracia, concurre un permanente e inexorable binomio y ello se produce en cascada. Así, surge la política como *ser* y el derecho como *deber ser*; o la política como acción, y el derecho como normación; la política como fundación y el derecho como ordenación social. Es decir, la reflexión de la democracia se presenta siempre en torno al *hecho político* y al *hecho jurídico* (el primero es un *hecho de poder*, el segundo es una *pretensión del deber ser*)⁴ y cada uno de ellos tiene sus propias fronteras⁵. Giovanni Sartori ha expresado con toda razón que: “Un sistema democrático es ubicado por una deontología democrática, y ello porque la democracia *es* y no puede ser desligada de aquello que la democracia *debería ser*. Una experiencia democrática se desarrolla a horcajadas sobre el desnivel entre el deber ser y el ser, a lo largo de la trayectoria signada por las aspiraciones ideales, que siempre van más allá de las condiciones reales”⁶. Esta dramática afirmación permite comprender que la democracia se construye sobre el marco de una serie de principios axiológicos de cómo debería ser la administración del poder político; ya Bentham efectivamente explicaba que la *deontología* quiere significar el “planteamiento sobre lo que es debido”. Así, el mundo político, tiene sus propias rías con el “*hecho político*”, “*los actos políticos*” y a partir de ellos la “*toma de decisiones*”. Lo propio, las fronteras del mundo jurídico, también están encorsetadas y limitadas; no es tan cierto de que “no hay nada en el cielo ni en la tierra que esté vedado al derecho”, pues el mundo jurídico “ve

3 BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. 3° ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 23.

4 Sobre el particular las grandes vigas del pensamiento kelseniano en torno al deber ser, pueden verse en KELSEN, Hans. *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. Traduc. de la 2° ed. del alemán por Wenceslao Roces. Notas, revisión y presentación de Ulises Schmill, Porrúa, México, 1987.

5 SÄGUÉS, Néstor Pedro. *El mundo jurídico y el mundo político*. Depalma, Buenos Aires, 1978, pp. 91 y ss.

6 SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Traduc. de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laperelli Salomón, Taurus, México, 2003, p. 22.

limitada su esfera en diversas fronteras como la legalidad, la necesidad, lo privado, la justicia, el absurdo; entre otros aspectos⁷.

En consecuencia, la permanente discusión sempiterna es el estudio de las relaciones entre los hechos jurídicos y los hechos políticos, y en este marco se mueve y se desarrolla el ideal de la democracia.

En este contexto, es que surgen una serie de vertientes disciplinas que de una u otra manera van a estudiar a la democracia, pero con enfoques distintos y que aquí vamos a formular algunas ideas reflexivas de las diversas ramas que de una u otra manera concurren a estudiar a estas organizaciones de los Estados y que constituyen el norte deseable de las civilizaciones contemporáneas, dentro de lo que forma por cierto, el pensamiento occidental.

3. Un esbozo tentativo de las ramas del saber que estudian a la democracia

Si bien la democracia, como lo explicita nuestro autor, supone una *poliarquía* (del gr. *πολιαρχία*, gobierno de muchos) no es un término *polisémico* en el entendido que tiene diversos significados, por cuanto puede haber definiciones *prescriptivas* tanto como definiciones *descriptivas* sobre lo que es, lo que no es o lo que no debería ser la democracia; justamente para entender el discurso y el reflexionar *en torno y sobre* la democracia bien podría identificarse tentativamente al menos diversas disciplinas académicas que son las siguientes:

- a) El Derecho Constitucional
- b) La Ciencia Política
- c) La Filosofía Política
- d) La Sociología Política
- e) La Economía Política

Todas estas vertientes se presentan en términos concurrentes al estudio de estas organizaciones políticas del cual, como refiere el Prof. Helder Domínguez fuera acuñada por Herodoto hace más de dos mil

7 SÄGUÉS, Néstor Pedro. Op. cit., pp. 143 y ss.

cuatrocientos años; y aunque mucho agua ha pasado bajo el puente, el fenómeno y su reflexión será de ayer, hoy y mañana permanente.

Veamos *grosso modo* cada una de estas ramas del saber y apreciemos cómo es que se acercan al estudio de la democracia.

a) El Derecho Constitucional

No cabe duda que esta disciplina si bien pertenece a los predios del mundo jurídico, en la actualidad viene desarrollando una verdadera revolución de sus primigenios planteamientos, pues amén de haber ampliado el objeto de estudio de lo que antes era simplemente el texto constitucional, hoy se ha redimensionado a lo que podríamos denominar el *fenómeno constitucional*⁸, lo cual presupone superar la tendencia a una excesiva formalización de la normatividad fundamental y a estudiar la propia realidad política utilizando diversos instrumentos metodológicos de la politología; claro ejemplo de ello es la obra de Karl Loewenstein.

¿En qué medida el Derecho Constitucional estudia a la democracia? En la medida en que la democracia se nos presenta, como un *principio legitimador* de la Constitución⁹, en las certeras frases de Manuel Aragón Reyes. En efecto, como anota Francisco Rubio Llorente: “Por Constitución entendemos y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica con alguna inconsecuencia, a las constituciones napoleónicas, simple despotismo de apariencia constitucional”¹⁰.

8 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Nuevas tendencias del Derecho Constitucional”, en *Constitución y Política*. 2º ed. Eddili, Lima, 1991, pp. 229-239.

9 ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución, democracia y control*. UNAM, México, 2002. p. 11.

10 RUBIO LLORENTE, Francisco. “La Constitución como fuente del Derecho”, en AA.VV. *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Vol. I Madrid, 1979, p. 61.

En consecuencia, hablar de democracia es hablar de la Constitución y, desde luego, toda Constitución se reputa, sin mácula, democrática, salvando por cierto aquellas que son, en la tipología de Karl Loewenstein¹¹, *constituciones normativas*, porque aquí en América Latina normalmente tenemos *constituciones nominales*; y peor aún las *constituciones semánticas* que no tienen nada de constitucional ni mucho menos son democráticas¹² y que a la postre genera lo que en su momento Geroge Liet-Venux calificara como *fraude a la Constitución*¹³.

Actualmente nuestra disciplina, como lo han quintaesenciado los ilustres profesores mexicanos Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona¹⁴, presenta ciertas líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo que permiten entender, estudiar y desarrollar a la democracia; y son las siguientes:

1. *Técnica de poder y técnica de libertad*: Esto significa, superando las viejas polémicas entre Marcel Prelot que planteaba que el Derecho Constitucional sólo debe regular el fenómeno de la autoridad; y por otro lado Mirkine Guetzevich, quien postulaba que el Derecho Constitucional sólo era una técnica de la libertad; ambos extremos eran excluyentes, por lo que aquí cabría señalar que hay verdades que son ciertas en lo que afirman y falsas en lo que niegan. Fruto de estas posiciones vendría luego André Hauriou y en una postura conciliadora llegó a señalar que en puridad, el Derecho Constitucional es esencialmente la técnica de la conciliación de la libertad con el poder, entroncado en el marco del Estado. Y es que la democracia, efectivamente gira en torno al poder y a la libertad. En tal sentido, el extremo de uno conlleva inexorablemente al autoritarismo; y el otro genera peor la anarquía;

11 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traduc. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 205 y ss.

12 COLOMER VIADEL, Antonio. *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*. Edit. De Cultura Hispana, Madrid, 1990.

13 LIET-VEAUX, George. "El "Fraude a la Constitución". Ensayo de un análisis jurídico de las recientes revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia"; en *Revista Peruana de Derecho Público*. Año 6, Número 10. enero-junio de 2005. Grijley, Lima, pp. 11-41.

14 FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho Constitucional mexicano y comparado*. 2º ed. Porrúa y UNAM, México, 2001, pp. 27 y ss.

de allí que la democracia concilia en un sincretismo armónico a *Escila y Caribdis*.

2. *Derecho constitucional e instituciones políticas*: Como ya se ha dicho, hoy el derecho constitucional ya no se limita sólo al estudio de la Constitución, sino que desde hace mucho tiempo ha ampliado su método y su campo de conocimiento a otras ciencias como la sociología y la ciencia política, y en tal sentido, el estudio de la democracia no se limita sólo a lo que está dentro de la Constitución, sino fuera de ella; de allí que existan instituciones políticas queridas o deseadas (Parlamento, sufragio, elecciones, etc.); como hay instituciones políticas que no son queridas ni mucho menos deseadas (golpe de estado, violencia política, fraude electoral, etc.). A todo ello, el derecho constitucional lo califica como fenómenos patológicos de *mutaciones constitucionales y desconstitucionalizaciones*¹⁵. En tal sentido, ha sido el constitucionalismo francés el que ha empezado a denominar a esta disciplina jurídica como instituciones políticas y derecho constitucional o viceversa.
3. *La Constitución como instrumento de control*: Una Constitución que no pretenda racionalizar el ejercicio legítimo del poder, en rigor, no es Constitución¹⁶. A esta pretensión de control se le denomina parte orgánica, y aquí Karl Loewenstein ha destacado desde un enfoque politológico una división de controles en *horizontales y verticales*; los primeros que se dan teóricamente al mismo nivel entre los órganos del estado. Así, para que haya una democracia real y actuante debe existir los *frenos y contrapesos* entre los propios órganos del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial; sin embargo, desde hace ya mucho tiempo Carré de Malberg empezó a delinear que aparte de la triarquía clásica de los "*poderes del Estado*" existen otros órganos más que también envuelven esta ingeniería constitucional de los controles que son consustanciales en toda Constitución frente

15 DAU-LIN, Hsu: *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Christian Forster. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñate. 1998.

16 BIDART CAMPOS, Germán. *El Derecho Constitucional del poder*. Vol. I Ediar, Buenos Aires, 1967, pp. 129 y ss.

al poder político¹⁷. Así, rol preponderante juegan en el Perú, el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, entre otros¹⁸. Los *controles verticales* surgen de los individuos, de los grupos o de la distribución del poder hacia los órganos supremos del Estado (por ejemplo, desde este tipo de control vertical se manifiestan las *transiciones democráticas* como fue la que se gestara en el Perú cuando se derrumbara el régimen de la corrupción). A su vez, Loewenstein indica que los *controles horizontales* pueden ser *intraórganos* o *interórganos*. Los primeros, se dan dentro de un mismo órgano del estado, como ocurre clásicamente con el bicameralismo, y los interórganos, cuando un órgano del Estado controla a otro órgano del Estado (por ejemplo el Legislativo frente al Ejecutivo, o el Tribunal Constitucional frente al Legislativo)¹⁹.

Como se podrá apreciar la democracia presupone, para su existencia, instrumentos de control; de allí que Manuel Aragón sostenga que el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución y de la propia democracia²⁰.

4. *La concepción abierta de la Constitución*: Así como en su momento Karl Popper escribiera *La sociedad abierta y sus enemigos*, en donde se supera la vieja concepción cerrada o teocéntrica del mundo; para entender la concepción abierta o antropocéntrica del mundo; igualmente las constituciones hoy se nos presentan como un modelo abierto, como indica Peter Häberle, dentro de una sociedad plural²¹. De allí que como anota, Konrad Hesse, la Cons-

17 CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría General del Estado*. Prefacio de Héctor Gros Espiell, Traduc. de José Lión Depetre. 1º reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 867 y ss, y 872 y ss.

18 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "Perfil del Parlamento peruano", en *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*. Cultural Cuzco, Lima, 1986, pp. 273-287, específicamente pp. 285-286.

19 LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit. pp. 232 y ss, 252 y ss, 294 y ss, 326 y ss.

20 ARAGÓN REYES, Manuel. Op. cit. p. 83

21 HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Estudio introductorio de Diego Valadés, Traducción e Índices de Héctor Fix-Fierro. UNAM y Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2003, pp. 151 y ss. y 260.

titución no es un sistema cerrado u omnicomprensivo; no contiene una codificación, sino un conjunto de principios concretos y elementos básicos del ordenamiento jurídico de la comunidad para la que ofrece una norma marco²². En esta misma línea de reflexión ubicase también Pablo Lucas Verdú²³, quien ha planteado la evolución de las constituciones cerradas y herméticas a una concepción abierta, generando a partir de la imaginación constitucional una nueva concepción política que justamente afirme las sociedades democráticas²⁴. Lo propio ha sido planteado también por Enrique Linde Paniagua quien hace derivar este carácter abierto de la norma fundamental de una serie de cláusulas constitucionales, que en el caso español, son las siguientes: a) cláusula de remisión a la ley, b) cláusula de transformación, c) cláusula de apertura al Derecho de tratados, d) cláusula de interpretación de los derechos humanos de conformidad con el Derecho internacional, e) cláusula de transferencia de competencias soberanas a organizaciones internacionales, f) cláusula autonómica y, g) cláusula de reforma constitucional²⁵.

5. *La Constitución como sistema material de valores*: La democracia constituye un *prius* de valores que van a encarnar un conjunto de ideas que hoy forman parte de lo mejor del pensamiento occidental. Una valoración de este inventario de bienes y valores fundamentales se ven regulados en forma expresa o tácita en la norma constitucional. Como sucede con los valores en general que son cualidades de los objetos, en el ámbito constitucional ha señalado Peces Barba que los valores son cualidades de los objetos denominados normas. En tal sentido, toda obra de un poder constituyente va a reflejar una suma de valores que configuran

22 HESSE, Honrad. *Escritos de derecho constitucional*. Selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón. 2º ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992.

23 LUCAS VERDÚ, Pablo. *La Constitución abierta y sus enemigos*. Beremar, Madrid, 1993.

24 LUCAS VERDÚ, Pablo. "La imaginación constitucional como creación política", en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*. (Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos). Víctor Bazán Coordinador, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 21-32.

25 LINDE PANIAGUA, Enrique. *Constitución abierta*. Linde Edit., Madrid, 1991, p. 12.

las bases de la propia democracia²⁶. Así, valores materiales como la división de poderes, la forma republicana de gobierno, el principio de la dignidad humana, o las viejas reivindicaciones de la Revolución Francesa como la libertad, igualdad y fraternidad, además de la soberanía del pueblo, el debido proceso, los derechos al medio ambiente y un largo etcétera, vertebran la identificación de la Constitución como sinónimo de democracia. Es este contexto en que explicaba Bidart Campos que todos debemos vivir *en* la Constitución; agregamos nosotros que toda democracia *vive* en el marco de una Constitución normativa.

Al respecto, ya que hablamos de la Constitución como un sistema material de valores, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido en la STC 4677-2004-PA/TC, en su Fundamento Jurídico N° 12, a partir de la propia Constitución los presupuestos que debe tener un Estado para que se repute democrático. Veamos:

“§6. Presupuestos para la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática

12. En reiteradas ocasiones, este Tribunal ha destacado que, tal como se desprende del artículo 43° de la Constitución, el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho.

El principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2° 17 de la Constitución.

26 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Dykinson, Madrid, 1992, pp. 88-94.

La democracia se fundamenta pues en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1° de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal, es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Desde luego, consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31° de la Constitución), de instituciones políticas (artículo 35° de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática, hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2° 17 y 30° a 35°, los derechos a las libertades de información, opinión e información (artículo 2° 4), de acceso a la información pública (artículo 2° 5), de asociación (artículo 2° 13) y de reunión, previsto en el artículo 2° 12° de la Carta Fundamental.

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra «herida de muerte».

Como se podrá apreciar, la propia Constitución le infunde un sistema de valores del que se encuentra rodeado fáctica y jurídicamente la democracia, y para el cual el punto de partida de la democracia resulta ser el principio kantiano establecido en el art. 1 de la Constitución, donde se afirma que la persona es eje, centro y fin en sí mismo. En efecto, como anota Marcial Rubio, “el respeto a la persona y sus derechos se convierte en piedra angular de lo democrático: donde no hay derechos humanos, o donde éstos no se respetan, no puede haber democracia”²⁷.

6. *Función unificadora de la Constitución:* Frente a la alarmante producción de normas muchas veces contradictorias y caóticas que a la postre generan *inseguridad jurídica*, como lo ha sostenido en su

27 RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, p. 22.

momento entre otros Gustavo Zagrebelsky²⁸ y Eduardo García de Enterría²⁹, la Constitución va a desempeñar una *función unificadora* orientando el desarrollo de la hiperlegislación sobre las bases de la fuente de fuentes de todo sistema jurídico que es la Constitución que se presenta también como la fuente fundamental y fundamentadora de todo sistema político³⁰.

Como se podrá apreciar el Derecho Constitucional es una disciplina jurídica que forma parte del Derecho Público y estudia tanto a la norma fundamental como a la propia *dinámica constitucional*; y es en esta última orilla donde la democracia es objeto de un *encuadramiento jurídico* por el Derecho Constitucional. En tal sentido, es innegable que esta disciplina jurídica es la rama por excelencia que se identifica con la pretensión axiológica de lo que debe ser *-función prescriptiva-* y de lo que no debe ser la democracia.

Interesa finalmente en este acápite cubrir dos presuntas disciplinas que de una u otra manera se encuentran ligadas con el tema de la democracia en cualquier tipo de reflexión o acercamiento que se haga a ella. Nos referimos a la llamada Teoría del Estado y al Derecho Político. Sin querer aquí esbozar un tema ciertamente polémico; lo cierto es que hoy la Teoría del Estado ha devenido eliminable por carecer de suficiente peso epistemológico en cuanto a su objeto de estudio; pues hoy el Estado es estudiado normativamente por el derecho constitucional. Y si bien el prestigio de esta disciplina dimana del pensamiento germano que en su momento iniciara Georg Jellinek³¹, lo cierto es que actualmente el derecho constitucional abarca o comprende a la Teoría del Estado; o dicho en otras palabras, a riesgo de ser redundante, hoy la Teoría del Estado no es más que un capítulo o una parte del Derecho Constitucional.

28 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traduc. de Marina Gascón, Epílogo de Gregorio Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1992.

29 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas, Madrid, 2000.

30 Vid. con todo DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. 7º reimpresión, Ariel, Madrid, 1999.

31 JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Prólogo y traduc. de Fernando de los Ríos. Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

En esta misma lógica, igualmente se ubica el llamado “Derecho Político” que obviamente tiene vinculación en su ámbito con el estudio de la democracia; sin embargo, esta disciplina no es más que el Derecho Constitucional, y si bien en su momento en España el Derecho Político fue identificado con el Derecho Constitucional, hay autores que mantienen dicha disciplina dentro de una postura ecléctica. Así expresa Pablo Lucas Verdú que, “se aceptó el nombre de Derecho Político mucho más por su valor significativo que por su claridad conceptual”³². Con todo, de nuestra parte asumimos la posición de profundas reflexiones que hiciera en su momento Domingo García Belaunde sobre esta compleja temática en torno a la relación entre el fenómeno jurídico y el fenómeno político³³.

b) La Ciencia Política

Esta disciplina a diferencia del Derecho Constitucional surge de los predios de las ciencias sociales y básicamente su objeto de estudio es el fenómeno político o el poder político o digámoslo en otros términos totalizantes el sistema político. Lo que caracteriza a esta rama es que su enfoque, a diferencia del derecho constitucional, está despojado de criterios axiológicos o valorativos, y por tanto, no pretende encausar cómo debe ser una determinada realidad política³⁴, sino tan sólo estudiarla tal cual es. Aunque esta postura que aquí asumimos se nos puede criticar que forma parte de la concepción *hiperfactualista* del movimiento norteamericano; lo cierto es que gracias a la politología se puede estudiar las realidades de cómo son las democracias³⁵ o los enemigos de ella –el autoritarismo- sin un criterio de valor, pero sí de una cruda y objetiva realidad que resulta vital para entender los oscilantes movimientos pen-

32 LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Político*. Vol. I, Tecnos, Madrid, 1972, p. 19.

33 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Derecho Constitucional y Ciencia Política”, en *Constitución y Política*. SESATOR, Lima, 1981, pp. 15-68, específicamente p. 44. Hay 2º edición, Lima, 1991, pp. 13-60.

34 Vid al respecto uno de los libros pioneros de MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. *Ciencia Política: Actualidad y Perspectiva*. Morson, Lima, 1976. Igualmente del mismo autor *Ciencia Política (Manual y Antología)*. Studium, Lima, 1986 e *Introducción a la Ciencia Política*. Cultural Cuzco, Lima, 1997.

35 Alexis de Tocqueville fue uno de los pioneros en aplicar el instrumental metodológico de la politología en su célebre y clásica obra *La democracia en América* (Cfr. Traduc. de Dolores Sánchez de Aleu. 4º reimp. Alianza Editorial, Madrid, 1994, 2 vol.).

dulares de América que se debate siempre entre las autocracias y las democracias³⁶. Al estudiar la Ciencia Política el fenómeno del poder, permitirá apreciar un real diagnóstico si en tal o cual país su sistema político es ciertamente democrático o no. He allí la diferencia epistemológica con la anterior rama dimanante del mundo jurídico; y como anota García Belaunde “mientras el derecho constitucional estudia el fenómeno del poder desde una perspectiva jurídica, la ciencia política lo estudia desde una perspectiva sociológica”.

Ahora bien, desde la vieja tipología de la UNESCO, en torno a las materias que deberían ser pasibles de ser estudiadas por la ciencia política, podríamos rescatar hoy una rama que es la *historia de las ideas políticas* y que aquí complementariamente nos atrevemos a señalar otra área que concurre a estudiar la democracia y que es el estudio de las *transiciones políticas*.

b.1. Sobre la historia de las ideas políticas

En lo que respecta a la historia de las ideas políticas efectivamente la democracia ha sido objeto de reflexión por una serie de pensadores que, desde una mirada de la filosofía, hasta la actualidad han venido planteando reflexiones de naturaleza *trascendental* en torno al ideal de las organizaciones políticas, así tenemos entre otros a Tucídides, Platón, Jenofonte, Aristóteles, Marco Tulio Cicerón, San Agustín, Al-Farabi, Maimónedes, Santo Tomás de Aquino, Marsilio de Padúa, Maquiavelo, Martín Lutero, Juan Calvino, Richard Hooker, Francis Bacon, Hugo Grocio, Thomas Hobbes, René Descartes, Jhon Milton, Baruch de Spinoza, Jhon Locke, Montesquieu, David Hume, Rousseau, Immanuel Kant, William Blackstone, Adam Smith, Thomas Paine, Edmund Burke, Jeremy Bentham, Georg Hegel, Alexis de Tocquevelli, Jhon Stuart Mill, Karl Marx, Friedrich Nietzsche, Jhon Dewey, Edmund Husserl, Martín Heidegger, Karl Popper, Norberto Bobbio, Giovanni Sartori, Leo Strauss, entre otros³⁷.

36 BÖHLER, Werner y HOFMANN, Stefan (Compiladores). *¿Quo vadis, América Latina? Crisis institucional como oportunidad para la renovación democrática*. Konrad-Adenauer-Stiftung, Buenos Aires, 2003.

37 STRAUSS, Leo y CROUSEY, Joseph. (Compiladores). *Historia de la filosofía política*. Traduc. de Leticia García Urriza, Diana Luz Sánchez y Juan José Utrilla. 4° reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

b.2. Las transiciones políticas

La politología actualmente también cubre impagables servicios al estudio de la democracia a través de una especialidad o rama que bien puede calificarse como el estudio de las *transiciones políticas* que no es más que el estudio de un régimen político indeseable o autoritario y que constituye la primera etapa; luego la llamada transición política *strictu sensu*, y finalmente, la última etapa que es el gobierno democrático o etapa final. El Perú, en su momento ha vivido todo este complejo fenómeno de las transiciones políticas³⁸ y todas giran en base al mismo norte que es lo deseable, es decir obtener un régimen democrático. Los pioneros trabajos en torno a lo que hoy se denomina *transiciones políticas* fueron desarrollados en su momento por G. O'Donnel, Ph. Schmitter y L. Witehead a través de su monumental obra *Transiciones desde un gobierno autoritario* (Cfr. 4 vol. Buenos Aires. 1988); y así, en los últimos tiempos existe una pléyade inmensa de juristas y politólogos que han venido diseñando enfoques utilizando el instrumental metodológico tanto de la ciencia política como del derecho constitucional, entre los que destacan Luca Mezzetti, con su obra *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa Orientale, Africa, America Latina, Asia*. (Cfr. Giapicchelli Editore. Torino, 2000). También contiene importantes reflexiones la obra colectiva de Antonino Spadaro *Le "trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione. Incontro di studio, Catanzaro 19 febbraio 1999*. (Cfr. Quaderni del Dipartimento de Scienza e Storia del Diritto. Facoltà di Giurisprudenza, Giapicchelli Editore. Torino, 2000). Incluso existen ambigüedades y polivalencias entre las categorías mismas de transiciones políticas, transiciones constitucionales y transiciones democráticas³⁹. Con todo, este enfoque permite entender parte de las mutaciones y cambios que se operan en la dinámica de la democracia.

38 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "Crónica del gobierno de transición"; en *Revista peruana de Derecho Público*. Año 1, Número 2. Enero-junio de 2001. Grijley, Lima, pp. 11-25.

39 Así por ejemplo puede apreciarse el colectivo de LABASTIDA MARTÍN DEL CAMPO, Julio; CAMOU, Antonio y LUJÁN PONCE, Noemí (Coordinadores). *Transición democrática y gobernabilidad. México y América Latina*. FLACSO, México, 2000.

Otro renglón aparte dentro del área de la politología es el estudio de los *regímenes políticos*. Veamos.

b.3. Los regímenes políticos

Vinculado colateralmente a la politología y al derecho constitucional, ubíquese el “*régimen político*”, categoría conceptual que básicamente es estudiada por la ciencia política, pese a que también está en los predios del “realismo jurídico” del Derecho Constitucional. En efecto, el estudio de la democracia, no sólo en la dimensión teórica abstracta, sino en la afirmación real y concreta de un país, debe comprender, por tanto, el manejo idóneo y adecuado de lo que es el régimen político, aún cuando la expresión abarca las dimensiones sociológica, jurídica y deontológica de la política y de la democracia.

Quien analice los vericuetos de lo que es el estudio de la democracia, debe partir siempre del concepto de régimen político que abarca no sólo las estructuras de los gobernantes y los gobernados (relación política) y demás supuestos y estructuras (supuestos físicos o territoriales y estructuras técnico-económicas, sociales y de encuadramiento), sino también su funcionamiento y, por tanto, los comportamientos humanos⁴⁰.

En tal condición, la democracia occidental no cabe duda que se desarrolla bajo los parámetros de un orden constitucional y se debe a ella. Empero, la alusión al régimen político resulta curiosamente ser más amplia que el orden constitucional; puesto que no se limita sólo al análisis de la ingeniería constitucional de las normas⁴¹; sino a la organización concreta y real de una sociedad. De allí que, *orden constitucional* y *régimen político* coinciden sólo parcialmente, pues ninguna Constitución se configura en su plenitud en la vida política de un país.

40 FERRANDO BADÍA, Juan (Coordinador). *Regímenes políticos actuales*. 3° ed. Tecnos, Madrid, 1995, vid. específicamente la presentación a este colectivo pp. 15-65.

41 SARTORI, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Traduc. de Roberto Reyes Masón, FCE, México, 1994.

b.4. Los sistemas políticos

En los predios de la ciencia política se ha introducido hace muchísimos años el concepto “*sistema político*”⁴²; y si bien, el régimen político supone la apreciación concreta de la realidad política, y el sistema político una visión abstracta de lo político; con todo, no cabe duda que el estudio de la democracia es consustancial con esta última categoría. En efecto, cuando de ordinario se habla de sistema político, se está frontalmente aludiendo a todas las interacciones que afectan al uso (o la amenaza de uso) de la coacción física legítima. El sistema político comprende por ende, no sólo instituciones de gobierno, como parlamentos, tribunales de justicia y organismos administrativos, sino todas las estructuras en sus aspectos políticos. Entre éstas figuran las estructuras tradicionales como los vínculos de parentesco y las agrupaciones de casta, los fenómenos anónimos como, por ejemplo, asesinatos, revueltas o manifestaciones, y las organizaciones formales; es decir, los partidos, grupos de interés y medios de comunicación⁴³.

El sistema político es de obligada utilización cuando se identifica a un Estado o gobierno; empero, no siempre esta categoría se va a referir, como se tiene dicho, únicamente a la fuerza, la violencia o la compulsión, sino que su relación con la coerción constituye su cualidad distintiva. Los objetivos de las élites políticas son, por lo general, la expansión o la seguridad nacionales, el bienestar social, el engrandecimiento de su poder a expensas del de otros grupos, la creciente participación popular en política, etc.; sin embargo, su interés por esos valores se relaciona con acciones coactivas como la legislación y la aplicación de la ley, la política exterior y de defensa y la política fiscal. El sistema político no es el único que elabora reglas y las aplica, pero sí es el único que impone la obediencia y la ejecución de estas reglas mediante la coerción. Es en este contexto, en donde parte de la naturaleza del *ius puniendi* se manifiesta en las últimas corrientes de la Teoría General del delito: el Derecho Penal del enemigo, como plantea Günter Jakobs⁴⁴; y en la misma línea se ubica

42 STAMMEN, Theo. *Sistemas políticos actuales*. Actualizado por Luis López Guerra, 2 vol. Ediciones Guadarrama, Edit. Labor, Barcelona, 1976.

43 ALMOND, G. A. y POWELL, G. B. “El sistema político”; en *El Gobierno: Estudios comparados*. Alianza Universidad, Madrid, 1981, p. 61.

44 JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Civitas, Madrid, 2003, pp. 21-56.

Luigi Ferrajoli, quien caracteriza al Estado de Derecho “como un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio estatal del uso de la fuerza, con el fin de excluir o al menos minimizar la violencia en las relaciones interpersonales”⁴⁵. En buena cuenta, una manifestación axiológica de un sistema político es que en él se manifieste la democracia; pues existen diversos sistemas políticos⁴⁶ y como es obvio hay sistemas políticos que no tienen nada que ver con las democracias occidentales⁴⁷.

c) La Filosofía Política

La filosofía política, como se sabe, utiliza un discurso lexical *sui generis*, por lo general, ausente de identificación con el discurso del lenguaje común. Lo propio, la ciencia política, emplea conceptos y categorías del ser, marcando las fronteras de su discurso gnoseológico con el deontológico de la filosofía. A su vez, el lenguaje común del hombre corriente en cuanto habla, piensa y opina sobre la política, y con ello sobre la democracia, por lo general, discurre sobre parámetros anímicos y volitivos de su leal saber y entender; y como es comprensible, ve lo inmediato e intuitivo, mas su reflexionar es la de un discurso común; “en cuanto sujetos empeñados activamente en la lucha política, todos terminamos por argumentar en forma pasional”⁴⁸.

¿Qué aporta la filosofía política al estudio y a la reflexión de la democracia? Estimamos aquí pertinente lo que explicitaba Bobbio “La manera más tradicional y coherente de entender la filosofía política es concebirla como la descripción, proyección y teorización de la óptima república – y nosotros pensamos de la democracia – o, si se quiere como la construcción de un modelo ideal de Estado fundado en algunos postulados éticos últimos sin preocuparnos de cuándo y cómo pueda ser efectiva y totalmente realizado. Pertenecen a esta forma de pensamiento ciertas “utopías al revés” de las que ha habido ejemplos conocidos sobre

45 FERRAJOLI, Luigi. *El galantismo y la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 91-92.

46 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago y MELLADO PRADO, Pilar. *Sistemas políticos actuales*. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.

47 LÓPEZ GARCÍA, Bernabé y FERNÁNDEZ SUZOR, Cecilia. *Introducción a los regímenes y constituciones árabes*. Prólogo de Fernando Morán, CEC, Madrid, 1985.

48 SARTORI, Giovanni. *La Política. Lógica y método en las ciencias sociales*. Traduc. de Marcos Lara. 3º ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 16.

todo en el último siglo, que consisten en la descripción no de la óptima, sino de la peor república o, si se desea, del modelo ideal del Estado que no debe realizarse”⁴⁹.

Más allá de sus complejas reflexiones y el discurso trascendental sobre la política y lo político, la filosofía política, justamente ha cumplido un permanente rol especulativo; es decir el rol de la filosofía política es estudiar el sentido de la vida misma y de sus valores, tanto de sus exigencias, como de sus ideales; es decir, conciben una “cosmogonía” del mundo evadiéndose del mundo fenoménico para entrar en el terreno de lo trascendental. Como expresa el filósofo Savater, la filosofía se formula “las preguntas de la vida”⁵⁰. En este contexto, explicaba Sartori, que la filosofía ha sido y es, un componente esencial e imposible de eliminar del discurso político. “No es justo que la ciencia empírica de la política venga a eclipsarla ni tampoco tiene sentido que el científico político desconozca lo que es el fundamento de su campo”⁵¹.

Bien podría expresarse que en el ámbito de la filosofía política se presentan dos grandes campos de desarrollo y especulación teórica y que van a concurrir con la temática de la democracia, en tanto organización política en la cual la sociedad civil va a desenvolverse; por lo menos visto desde la postura del pensamiento occidental. Así tenemos: a) por un lado, las llamadas *doctrinas políticas*; y por otro, b) *el pensamiento político*. Ambos no son compartimentos estancos que actúen en su discurrir en forma autárquica, esto es cada uno por lo suyo, pues uno y otro interactúan y se relacionan; pero cada una de ellos van tener características propias. Veamos *in extenso* ambos derroteros.

c.1. El pensamiento político

El pensamiento político constituye toda una construcción idealizada de la realidad política y surge entre las teorías políticas de un tiempo con las condiciones políticas de una época. El pensamiento político no necesariamente es objetivo; muy por el contrario, expresa de-

49 BOBBIO, Norberto. *El filósofo y la política. Antología*. Traduc. de José Fernández Santillán y Ariella Aureli, Estudio preliminar y compilación de José Fernández Santillán, 2° ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 56.

50 SAVATER, Fernando. *Las preguntas de la vida*. Edit. Ariel, Barcelona, 1999.

51 SARTORI, Giovanni. *La Política. Lógica y método en las ciencias sociales*. Op. cit., pp. 47.

terminada *cosmovisión* de creencias del hombre en torno a la naturaleza y el espíritu de las instituciones políticas dominantes⁵².

En esta perspectiva, es claro que el pensamiento político se desarrolla dentro del contexto de la creencia, la filosofía, la ética, la religión, la economía, la literatura⁵³ y aún de las tradiciones, dogmas, supersticiones⁵⁴ y prejuicios del hombre⁵⁵.

Nuevamente siguiendo a Gettell, éste precisa que "La naturaleza del pensamiento político depende del estado del desenvolvimiento intelectual. Los intereses intelectuales del hombre pasan por distintas fases, a medida que termina un período de la historia para dar nacimiento a otro. La influencia de las doctrinas religiosas en el pensamiento político de la Edad Media y la relación entre las doctrinas económicas y las teorías políticas de nuestro tiempo son hechos que se producen de manera simultánea. De conformidad con esto, la perspectiva histórica del pensamiento político debe tener en cuenta, no sólo el desenvolvimiento actual de las instituciones, sino el progreso paralelo del pensamiento humano en los distintos órdenes, para que los principios políticos de un tiempo determinado puedan comprenderse perfectamente"⁵⁶.

En la orilla del pensamiento político, por ejemplo pueden identificarse los planteamientos que en su momento formularan Jhon Locke o Montesquieu; o mucho más atrás Aristóteles, San Agustín, Maquiavelo, etc⁵⁷.

52 GETTELL, Raymond G. *Historia de las ideas políticas*. Vol. I. Traduc. y prólogo de Teodoro González García, Edit. Nacional, México, 1959, p. 34

53 Vid. al respecto las reflexiones de ECO, Umberto. *Sobre literatura*. Traduc. de Elena Lozano Miralles. RqueR Edit, Barcelona, 2002; y el sugerente libro de ZSCHIRNT, Christiane. *Libros. Todo lo que hay que leer*. Traduc. de Irene Pérez Michael, Santillana Ediciones Generales, Madrid, 2005.

54 Un claro ejemplo puede verse en la obra de L. Pawels y J. Bergier, *El retorno de los brujos*. Traduc. de J.Ferrer Aleu, 7º ed. Plaza & Janes S.A., Madrid, 1975.

55 Anota con una extraordinaria dosis de humor SCHWANITZ, Dietrich. que "En Europa hay mucha cosas que se han inventado dos veces, la primera vez en Grecia, concretamente en Atenas, y la segunda vez en los albores de la Edad Moderna: por ejemplo, la democracia, el teatro y la filosofía" (Cfr. *La cultura. Todo lo que hay que saber*. Traducción de Vicente Gómez Ibáñez. 4º ed. Taurus, Madrid, 2002, pp. 327 y ss.)

56 GETTELL, Raymond G. Op. cit., pp. 34-35.

57 Por ejemplo ROUCEK, Joseph en su *Antología del pensamiento político* (Cfr. Edit. Fraternal, Buenos Aires, 1984) pasa revista a los pensadores políticos que en mo-

c.2. Las doctrinas políticas

La doctrina política es de naturaleza relativa, por lo que no pretende ser axiomática ni apodíctica; muy por el contrario, siempre será de naturaleza contenciosa y discutible, habida cuenta que su fortaleza discursiva descansa justamente en apreciaciones, ideales de aspiraciones a un buen gobierno (o mal gobierno); y en lo que nos ocupa, vincula todo su arsenal fundamentador en torno y para la democracia; pero con la aclaración que puede ser en su favor o en contra.

Mientras en el pensamiento político se aprecia que no es de corriente coyuntural o inmedatista, ya que la temporalidad de sus planteos sólo se aprecia en perspectiva histórica. En cambio, la doctrina política es de naturaleza dinámica, en tanto se dedica a justificar la autoridad que acatan los hombres o a criticar esta autoridad incitando a que se produzca algún cambio favorable.

El pensamiento político diríase que se torna en doctrina política cuando ésta es llevada ya a la *praxis*; deja de ser una reflexión teórica o de aspiración idealizada del manejo del Estado o del buen gobierno y asume ya un compromiso con un régimen político. Aquí, los partidos políticos juegan un rol predominante⁵⁸. En efecto, las fuerzas de la *dinámica política*, del manejo del gobierno por lo general están cartabonados por una más o menos posiciones políticas, fruto de una doctrina o concepción del príncipe o del gobernante. En otros casos, representa la tesitura de las relaciones internacionales y constituye la etiología de los conflictos bélicos. Ejemplo sempiterno es el conflicto palestino-israelí.

mento influyeron en su época: Confucio, Pericles, Platón, Aristóteles, Demóstenes, Marco Tulio Cicerón, San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Nicolás Maquiavelo, Tomás Moro, Hugo Grocio, Thomas Hobbes, Oliver Cromwell, John Locke, Baruch Spinoza, William Penn, Montesquieu, William Pitt, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Edmund Burke, George Washington, John Adams, Thomas Paine, Thomas Jefferson, Jeremy Bentham, James Madison, Alexander Hamilton, Maximilien Robespierre, Claude-Henri Saint-Simon, Napoleón Bonaparte, Friedrich Hegel, Benjamín Disraeli, Alexis de Tocqueville, John Stuart Mill, Abraham Lincoln, Joseph Proudhon, Karl Marx, Frederich Engels, George Sorel, Wilfredo Pareto, Gaetano Mosca, Max Weber, Benedetto Croce, Sun Yat-Sen, Mahatma Gandhi, V. I. Lenin, Winston Churchill, Joseph Stalin, Oswald Spengler, Benito Mussolini, Adolf Hitler, Mao Tse-tung.

58 Al respecto consúltese a FERNÁNDEZ FONTENOY, Carlos (Coordinador). *Sociedad, partidos y Estado en el Perú. Estudios sobre la crisis y el cambio*. I Congreso Peruano de Ciencia Política. Universidad de Lima, 1995.

Normalmente el estudio de la evolución del pensamiento político, ha estado signado por distintos ejes temáticos que se presentan como temas-problemas. Por ejemplo, en la Edad Media giraba en torno a la supremacía de los poderes temporales y eclesiásticos; en los siglos XVII y XVIII entre la Monarquía y la República; en la actualidad en torno a la actividad del Estado y sus relaciones con los poderes económicos de los grupos dominantes.

En cambio, la *doctrina política* es distinta por cuanto ya no reflexiona sobre el manejo de la *res pública*, de la *polis* o del Estado en términos trascendentes, sino antes bien, en términos prácticos. Así, los grandes planteamientos de las doctrinas políticas se ubican a través de expresiones como el liberalismo, anarquismo, socialismo, humanismo⁵⁹. Es más, dentro de los regímenes liberales se presentan heterodoxas variantes como la social-democracia, el social-cristianismo; e incluso, en el socialismo, matices y corrientes propias; y así podrían argüirse otros “ismos” y que todos sin excepción tratan de captar el manejo del gobierno para desarrollar su programa ideológico. Hay pues en la doctrina política una ideología que pretende legitimizar al régimen político⁶⁰.

d) La Sociología Política

En lo que atañe a esta rama de las ciencias sociales se trata de estudiar ya no las instituciones políticas ni mucho menos las instituciones jurídicas que preconizan las constituciones, sino que estamos ante un enfoque que estudia las relaciones del poder en el marco de las estructuras sociales. La diferencia entre la politología y esta rama radica en que aquella utiliza un enfoque despojado de contenidos prescriptivos o valorativos; en cambio, la sociología política estudia la realidad política estableciendo pautas de solución a los males que eventualmente diagnostique; es más nos atrevemos a señalar que la sociología política se suministra de una visión que le otorga la filosofía política y aplica crite-

59 MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. *Ciencia Política. Manual y antología*. Studium Edit, Lima, 1986, pp. 271 y ss.

60 Sobre el particular, puede verse a los pensadores más representativos en torno a la legitimación o no de las tres formas de gobierno: el gobierno de muchos, de pocos, y de uno; o sea, democracia, aristocracia y monarquía, en BOBBIO, Norberto. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. 2° ed. FCE, México, 2001.

rios de valor determinando que tal realidad es positiva o no. Lo que ha existido en el Perú hasta hace varios lustros es literatura política, pero no sociología política ni mucho menos politología⁶¹. Sin embargo, a partir de la década de los 70 hay una producción académica emergente en los predios de la sociología política⁶²; y de un tiempo acá han empezado a rigORIZAR estudios de campo específicos frente a las grandes ideas políticas que desarrollaran desde la generación del 900, el período intermedio hasta la actualidad.

Ejemplos prototípicos de obras de esta manufactura son los trabajos que produce el Instituto de Estudios Peruanos y DESCO, entre los que destaca los trabajos de Julio Cotler, Francisco Guerra García, Matos Mar, Hugo Neira, Henry Pease García, Enrique Bernalles, Rolando Ames, Hernando de Soto, Peter F. Klarén, entre otros. Como se podrá apreciar se trata del estudio de las estructuras económicas y sus cambios, tanto en la política formal como en las constelaciones del poder, así como en las estructuras sociales y sus transformaciones. En los últimos lustros, desde una perspectiva etnohistórica y con enfoques de diversas vertientes de las ciencias sociales, las actuales líneas de investigación, como anota Máximo Vega-Centeno, se dan en las siguientes áreas:

- a) *Antropología*, que a pesar de ser entre las ciencias sociales la de más antigua actividad, en etapas recientes, en base a métodos cada vez más rigurosos y al empleo de categorías teóricas más consolidadas y también de medios más eficaces, viene abarcando, entre otras, las siguientes líneas temáticas:
 1. El estudio de Comunidades (San Marcos, IEP)
 2. El estudio de temas culturales (fiestas, ceremonias fúnebres, mitología) (PUCP)
 3. La religiosidad popular o tradicional (PUCP)
 4. Problemas y tratamiento de la salud (epidemiología y salud reproductiva) (IEP)

61 ETO CRUZ, Gerardo. "Ciencia Política en el Perú: Perspectivas"; en *Estudios de Derecho Constitucional*. Antecede Prólogo de José F. Palomino Manchego. Edit. Nuevo Norte, Trujillo, 2002, pp. 319-330.

62 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *El desarrollo de las ciencias sociales en el Perú*. Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima.

5. Problemas de la niñez (PUCP)
 6. Problemas rurales (tenencia de tierras) (San Marcos)
 7. Cuestiones de cultura andina (PCUP, U.M. de San Marcos, Colegio Andino, IEP)
 8. Cuestiones de tradición oral y lenguas aborígenes (PUCP, IEP, CIAAAP)
 9. Estudios sobre el medio ambiente (CIAAAP, GRADE, PUCP)
- b) *Economía*, que a partir de la década del cincuenta del siglo pasado, y en base a la exigencia de una política global de desarrollo que hiciera frente fundamentalmente al cada vez más creciente problema de la desigualdad y de la pobreza, empezó a generar cuadros de especialistas tanto en desarrollo como en manejo financiero de los fondos públicos, apareciendo múltiples investigaciones en estos temas y derivando a otros ejes investigadores entre los que se destacan:
1. Política macroeconómica y cuestiones monetarias (PUCP, GRADE, IEP, BCRP, DESCO, CIUP)
 2. Distribución del ingreso (PUCP, GRADE, IEP)
 3. Empleo e informalidad (GRADE, IEP, DESCO, PUCP)
 4. Salud y educación (GRADE, PUCP)
 5. Descentralización y desarrollo regional (IEP, DESCO)
 6. Medio ambiente y desarrollo (GRADE)
 7. Regulación (GRADE, PUCP)
 8. Economía internacional (IEP, CIUP)
 9. Crecimiento económico y cambio técnico o innovación (PCUP)
- c) *Sociología*, que constituye la disciplina social, en nuestro país, de más reciente desarrollo; recién, a partir de fines de la década del sesenta del pasado siglo empiezan a forjarse las líneas de investigación, basadas por cierto en una nueva configuración de la sociedad peruana, y entre las que podemos señalar:
1. Sociología rural y urbana (PUCP, CEPES)

2. Sociología del trabajo, de la empresa y de la industria (PUCP, IEP, DESCO)
3. Sociología política y de la política (CEDEP, DESCO, PUCP)
4. *Sociología* de la familia, la juventud y de la mujer (PUCP, IEP)
5. Sociología de la pobreza y de los desastres (PUCP, GRADE)
6. La problemática de la violencia (CEDEP, IEP)
7. Sociología de la cultura y de la religión (IEP, PUCP, CBC)
8. Sociología de las comunicaciones (U. de Lima)
9. Problemas de la población y de las migraciones (PUCP, U. del Pacífico)⁶³

Podríamos en este acápite concluir que la sociología política igualmente coadyuva al estudio de la democracia en términos reales y actuantes.

e) **La Economía Política**

Las ciencias económicas igualmente rodean desde otra perspectiva el estudio del crecimiento económico de cada país; así como el estudio de la producción y distribución de la riqueza; y en este contexto, no cabe duda que el régimen económico va a determinar las bases y el soporte de una real democracia, pues un Estado o régimen político es o no es democrático en función, no sólo de su institucionalidad formal; sino, según como se desarrolle el reparto y acceso a los bienes y servicios entre los destinatarios y los detentadores del poder.

Dentro de las ciencias económicas se ubica la economía política, cuyo término original fue utilizado para el enfoque de las relaciones de producción; especialmente en la evolución clásica de las tres clases principales de la sociedad: la feudal, la capitalista y la socialista; si bien este esquema maniqueo hoy se encuentra ya superado. Fue gracias a Adam Smith que la economía política entró en la escena del análisis de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Con todo, dicho concepto, a

63 VEGA-CENTENO, Máximo. "Las Ciencias Sociales en el Perú", en *La investigación científica y tecnológica en el Perú. Ciencia, tecnología e innovación en el Perú*. Vol. III. Banco Central de Reserva del Perú, CONCYTEC y BID. Lima. 2005. pp. 227-263, específicamente 250-252.

fin del siglo XIX empezó a ser progresivamente abandonado, para ser sustituido simplemente por *economía*. Actualmente, el término *economía política* recibe el influjo de las diversas vertientes que ya hemos aludido, como es la ciencia política, el derecho (*ius economía*) y dentro del derecho constitucional, desde el ya clásico trabajo de Lojendio en 1932, *Politische und Wirtschaftsverfassung*, se concebía la existencia de una “*Constitución Económica*”, como una ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como de la organización y la técnica de la producción y distribución⁶⁴.

Así entendido, las bases socio-económicas que subyacen en cada país, la determinación de una democracia real y actuante se encuentra determinada por el mercado, las fuentes de trabajo, la producción, los bienes y servicios; y es en este contexto en donde se encuentra amarrado todas las disciplinas ya aludidas con la economía que van a delinear y determinar la democracia según el mercado de cada país. Pese a que hoy se pregona el éxito de la teoría de la “economía de mercado”, a partir de las reformas operadas en la Europa del Este; hoy se entiende a esta economía de mercado como una forma económica de una sociedad pluralista; si bien, como ya ha apuntado el célebre ius-filósofo Peter Häberle, el principio “mercado y economía de mercado” contiene límites, pues no es posible regular y valorar toda la convivencia humana desde el punto de vista del mercado, en tanto, el modelo de mercado no es aplicable a determinados ámbitos culturales como el de la educación, de la instrucción y de la formación; como tampoco, al menos en parte, a aquel de la investigación y de la familia; asimismo, a sectores sociales como aquellos más esenciales del derecho del trabajo. El Estado Constitucional debe establecer, anota Häberle con asidua y activa sensibilidad, si cada sector social está o no listo para el mercado⁶⁵. Por lo pronto, no queda duda que hoy por hoy toda Constitución regula los principios del orden socio-económico de cada país; y a partir de allí se define la real

64 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El régimen socio-económico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español*. Presentación de Gerardo Eto Cruz y Nota Preliminar de José F. Palomino Manchego. Universidad Nacional de Trujillo, 1995, p. 23.

65 HÄBERLE, Peter. “*Incursus*. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo”; en *Nueve Ensayos Constitucionales y una lección jubilar*. Presentación y edición al cuidado de Domingo García Belaunde, Nota liminar de Joaquín Brage Camazano. Palestra y Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004, pp. 99-120; específicamente pp. 99 y 114.

LA DEMOCRACIA COMO OBJETO DE ESTUDIO

naturaleza de una verdadera democracia, despojada del huero normativismo formal del clásico Estado de Derecho para tramontar a un Estado Social y Constitucional de Derecho.

Trujillo, 28 de Enero de 2007
Día de Santo Tomás de Aquino

QUINTA PARTE

EL OTRO “SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL”

(NOTAS, CARTAS, SEMBLANZAS)

PABLO LUCAS VERDÚ Y EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL*

A raíz del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional que ha congregado a fulgurantes personalidades del pensamiento constitucional, tanto latinoamericano como europeo, destaca la presencia por vez primera en el Perú, del meritísimo académico español Pablo Lucas Verdú, a la sazón, uno de los más descollantes constitucionalistas occidentales, con una imperturbable maquinaria de producción en las áreas del Derecho Constitucional, la Ciencia Política, la Teoría del Estado, el Derecho Político, la Filosofía Política, la Historia de las Ideas Políticas y el Derecho Internacional.

1. Pablo Lucas Verdú y el movimiento constitucional español

Indudablemente España tiene ya una larga tradición en el desarrollo de la Ciencia del Derecho Constitucional; y, aunque por cierto existe una apabullante variedad de tendencias cuyas direcciones reciben el influjo de sólidas personalidades, una de ellas que irradia su presencia es nada menos que el maestro Pablo Lucas Verdú.

En realidad, Lucas Verdú pertenece, sin duda alguna a lo más graneado del pensamiento o, mejor precisamos, al movimiento constitucional español; y nuestro personaje es de aquellos académicos que van más allá de su especialidad, pues abarca gran cantidad de conocimientos y problemas en torno a la sociedad, la política y el pensamiento. Latinoamérica ha recibido su influjo en un filón de su conocimiento indiscutible: la ciencia política. Aquí en el Perú, su no menos descollante discípulo Francisco Miró Quesada Rada ha venido divulgando los alcances de la politología.

Aunque resulta ciertamente difícil precisar en pocas líneas la personalidad científica y cultural de Lucas Verdú, bueno es poner de relieve que no incursiona en la erudición académica con pretensiones de discursos fundamentalistas. Su ingente producción incorpora diversos

* El presente artículo fue publicado en el Diario La Industria de Trujillo. Se reprodujo en el Boletín Oficial del Tribunal Constitucional, a raíz del deceso de don Pablo Lucas Verdú el 06 de julio de 2011.

y sugestivos matices y posiciones intermedias a diversos problemas en torno al fenómeno jurídico y el fenómeno político.

Pablo Lucas Verdú ha cubierto en la evolución de la ciencia del Derecho Constitucional en España tanto la tradición como la modernidad. Su vida académica cubre desde los años cuarenta hasta la actualidad: más de medio siglo de presencia con una excepcional obra no sólo cuantitativa, sino por la alta calidad académica. Los primeros años de docencia universitaria fue en la Universidad de Salamanca, en la que compartiera por la década de los cuarenta-cincuenta la cátedra con el gran Tierno Galván y hoy en la famosa Universidad Complutense de Madrid, su presencia sigue vigorosamente rectilínea, sin concesiones a las posiciones extremistas; sino dentro de su cosmovisión de un Estado de Democracia real y actuante.

De Pablo Lucas Verdú, decía Enrique Tierno Galván, ex-alcalde de Madrid y una de las recias personalidades del mundo académico, que en su persona se sintetiza la laboriosidad, honradez, discreción y elegancia en el trato y esmero profundo en el trabajo científico, tan fecundo que ha contribuido a hacer en España una de las áreas del conocimiento más brillante de la península ibérica.

2. Produccion académica

Pablo Lucas Verdú es un académico que ha ejercido su magisterio de enseñanza en las Facultades de Derecho de las Universidades de Salamanca, Santiago de Compostela, Deusto, País Vasco, Valladolid y Madrid. Su producción no podría ni siquiera resumirse en pocas líneas periodísticas. Sin embargo, Francisco J. Bodillo en 1984, a propósito del Homenaje a Pablo Lucas Verdú en la Revista de Política Comparada (Nos. 10-11, 1984) comprimía una ubérrima producción de centenares de ensayos y decenas de libros. De nuestra parte, sus *Principios de Ciencia Política* con sucesivas ediciones (tres volúmenes), edit. Tecnos; o su monumental *Curso de Derecho Político*, igualmente en tres tomos (varias ediciones) confirman la presencia de este singular académico del pensamiento constitucional español.

3. Itinerario en el Perú

Junto, como ya hemos precisado líneas arriba, con otros valiosos constitucionalistas, entre los que se encuentran Germán J. Bidart Campos, Néstor Pedro Sagués, Oscar Puccinelli y Víctor Bazán en Argentina; Ernesto Rey Cantor de Colombia y nuestro querido Maestro de la Universidad de Santiago de Compostela, Francisco Fernández Segado (España), Pablo Lucas Verdú viene por vez primera a participar en el Quinto Congreso Nacional de Derecho Constitucional, lo que realza más el evento académico organizado por la Pontificia Universidad Católica y en la que merece rescatar a su gran organizador, César Landa Arroyo. Decimos pues, que Lucas Verdú viene por vez primera, pero en los pocos días, ya ha estado dictando un cursillo en la U. San Martín organizado por otro distinguido académico peruano: Alfredo Quispe Correa. De Lima, arriba a Trujillo y lo tendremos los días 7, 8 y 9 en nuestra ciudad, compartiendo al alimón por la Universidad Nacional de Trujillo que, en coordinación, con la Universidad César Vallejo, por un lado, y la Antenor Orrego, por otro lado, los estudiantes conocerán el rigor académico de este constitucionalista que, esperamos, su estancia sea gratificante, pues por parte de los profesores y alumnos peruanos, sí que lo es. Hacemos votos para que su presencia sea el inicio de nuevos retornos, siempre, en compañía afectiva de su amada esposa.

UN JURISTA DEL SIGLO XXI VISITA EL PERU: PETER HÄBERLE*

A partir de este lunes 16 de febrero, se inicia un reconfortante periplo académico de un distinguido ius publicista alemán, nos referimos al profesor Peter Häberle; probablemente uno de los más representativos y vigorosos constitucionalistas que mantienen la tradición del *ius publicum europaeum*.

Su venida se lo debemos nada menos que a la Pontificia Universidad Católica del Perú, que en un gesto que la enaltece, lo honra y se honra a sí misma, al atorgarle la distinción «*honoris causa*»; locución latina que significa “por razón a causa de honor”.

Aunque Rousseau solía decir que “siempre es más valiosa tener el respeto que la admiración de las personas”, en el caso del gran pensador germano Häberle, se le tiene respeto y la admiración viene precisamente por la personalidad de un extraordinario humanista que trasunta, como lo ha destacado Domingo García Belaunde, la sencillez del sabio y esto es sólo prototipo de las grandes personalidades.

1. Peter Häberle: Una biografía a vuelo de pájaro

Aunque en otra oportunidad ya hemos dada cuenta de la biografía de este pensador, y que es, como anota en reciente presentación Francisco Fernández Segado, “La personalidad académica y el aura científica del profesor Peter Häberle son sobradamente conocidas entre los tratadistas del Derecho Público de buena parte del mundo”, y es bueno a modo de divulgación, quintaesenciar los siguientes rasgos que aquí lo tomamos de un discípulo del profesor Häberle, Emilio Mikunda.

Peter Häberle nació en Gopping (Württemberg) en 1934. Es actualmente catedrático de Derecho Público, Filosofía del derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (RFA), cátedra que la imparte en forma simultánea con la docencia como profesor invitado con carácter permanente en la Universidad de Sankt Gallen (Suiza) desde 1981. Cursó estudios de Derecho/Ciencias Jurídicas en las Universi-

* Publicado en *Diario Nuevo Norte*, de Trujillo.

dades de Tübinga, Bonn Montpellier y Friburgo de Brisgovia. En 1961 se doctoró con Honrad Hesse, permaneciendo en calidad de asistente científico de dicho profesor hasta 1968. Durante toda su formación académica gozó de profesores de enjundia y renombre universal unos muy cercanos, como K. Hesse y Horst Enmke, Ulrich Scheuner, Josef Esser y Gunter Dürig; otros más alejados, como Georges Burdeau. En 1969 obtuvo la cátedra (Habilitación) y fue llamado a las Universidades de Mannheim y Marburgo y en 1973 a la de Bochum.

Hasta 1976, permaneció como catedrático de Derecho Público y Eclesiástico en Marburgo/Lahn, simultaneando la docencia con el decanato desde 1974 a 1975 a partir de ese momento se disputa su persona tanto Universidades alemanas como europeas, viéndose moralmente obligado a diversificar esfuerzos; así en 1976 imparte docencia en la de Augsburgo, en 1980 en la Suiza de Sankt Gallen, en 1961 se instala en la alemana de Bayreuth, que sigue manteniendo como centro de referencia. Sin embargo, fiel a su vocación europeísta, es investido doctor honoris causa en la Universidad Aristóteles en Tesalónica (Grecia) en 1994. A partir de ese momento multiplicará sus tareas docentes e investigadoras, sobre todo el ámbito europeo, acudiendo como profesor invitado a la Sapienza (Roma) en 1991 y 1997; al Instituto di Studi sulle Región en 1992-1995; a la Universidad Tor Vergata de 1994 a 1996, a la Universidad de Granada en 1995-1996 y 1998, así como, esta vez en calidad de conferenciante, a la de Berna (Suiza) en 1978, Innsbruck en 1980 y Graz (Austria) en 1988; Atenas (Grecia) en 1980-1990; Sudáfrica en 1982; Sevilla en 1992 Turin en 1992-1994; Milán y Perugia en 1993 y Palermo (Italia) en 1997; Viena, Zurich y Varsovia en 1994; llegando hasta a impartir seminarios de Derecho Constitucional en el Tribunal Constitucional de Kiev (Ucrania) y en Zagreb en 1998. Quienes conocen el *élan vital* que rodea a P. Häberle saben que todavía se halla a medio camino de su objetivo más querido, la integración de "toda Europa» -incluida la denominada actual y a todas luces eufemísticamente "limítrofe" - en la Unión Europea". Una Unión con Constitución propia (la Constitución Europea), cuyos perfiles pioneros a nivel de Derecho Constitucional Común Europeo tanto le deben.

Aparte de la biografía, este pensador como anota el profesor Mikunda, es de una personalidad "oceánica" en cuanto a valores humanos, conocimiento y erudición, han logrado desde su cosmovisión

cosmopolita vigorizar el anchuroso camino del Derecho Constitucional como una ciencia de la cultura que pretende incorporar una multifacética vertiente de la sabia cultural, en un diálogo puente con vertientes interdisciplinarias, permitiendo así entender el «fenómeno constitucional» mucho más allá del simple esquematismo normativo.

Estamos ante un ius-filósofo que proclama que “en el Estado Constitucional democrático, los ciudadanos y los seres humanos, su dignidad humana, constituyen la “premisa antropológico-cultural”.

2. La obra de Häberle: entre la “germanización” y la europeización de su doctrina.

Si bien el Profesor Perter Häberle es uno de los «nietos» de uno de los gigantes de Weimar y, por tanto, exponente directo de la doctrina alemana, su desarrollo no ha significado, lo que el pensamiento ibérico siempre temía, la “germanización” de su obra e influencia en el mundo hispanohablante, pues su pensamiento trasunta no sólo a su país, sino a una forma de ver diversos “temas-claves”, como nuestro autor suele explicitar en sus obras.

Así, la Constitución como ciencia de la cultura, la interpretación pluralista de la Constitución, los métodos de la interpretación, la jurisdicción constitucional, los valores y derechos fundamentales, temas como el federalismo, regionalismo, el estado constitucional, el estado constitucional comparativo, la constitución europea; en fin, son apenas, parte del arsenal de preocupaciones academias que han venido siendo desarrolladas desde sus seminarios de la Universidad de Bayreuth.

Todos estos temas han sido tenidos en cuenta en el mundo latinoamericano; y precisamente el mismo Haberle, con bastante sencillez expresa que ha sido España, la que ha trabajado y ha establecido constantes puentes a través de la fusión creativa de lo mejor de la evolución constitucional, por ejemplo de Italia y Alemania. Estos puentes, se dan no sólo a través de las traducciones, sino de los discípulos que han ido directamente a beber la sal de su inteligencia, en el mismo pozo donde se han formado otros tantos académicos que empiezan a “emanciparse” del maestro, pero bajo la concepción haberleana.

3. Un repaso a la biografía en versión española.

En lo que respecta a la producción de Häberle, traducida al español, tenemos una extraordinaria muestra representativa del cual se aprecia los innegables vínculos que van de España, Perú, México, entre otros veamos:

- “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, en *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, febrero-octubre de 1993.
- “El concepto de los derechos fundamentales” en SAUCA, Joe Ma. (ed): *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, Madrid, 1994.
- “Avances constitucionales en Europa Oriental desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la teoría constitucional”, en *Pensamiento Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, s.n., Lima, 1995.
- “Derecho constitucional común europeo”, en PEREZ LUÑO, A. E. (coord): *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Pons, 1996.
- “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, en HÄBERLE, P.: *Retos actuales del Estado Constitucional*, Oñate, Gobierno Vasco, 1996.
- “El regionalismo como principio estructural naciente del estado constitucional y como máxima de las política del derecho europeo”, en HÄBERLE, P.: *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, Gobierno Vasco, 1996.
- “Programas sobre Europa en Constituciones y proyectos constitucionales recientes. El desarrollo del derecho constitucional nacional sobre Europa”, en HÄBERLE, P.: *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, Gobierno Vasco, 1996.
- *El fundamentalismo como desafío del derecho constitucional: consideraciones desde la Retos actuales del Estado constitucional*, Oñate, Gobierno Vasco 1996.

- “La etica en el Estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el derecho”, en *Direito*, Santiago de Compostela, vol. 5, num. 1, 1996.
- “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, en GARCIA BELAUNDE, D., y FERNANDEZ SEGADO, F. (coords).: *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.
- “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. 18, num. 54, 1998.
- *Libertad, igualdad, fraternidad, 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Trotta, Madrid, 1998.
- “Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura”, Madrid, en *Lexemple dels 50 anys de la llei fonamental. Revista de llengua a i pret*, Barcelona, núm. 32, diciembre de 1999.
- “La cultura Europea de los derechos humanos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, tercera época, núm. 3, 2000.
- *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.
- *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, PUCP, Lima, 1997.
- “Desarrollo Constitucional y Reforma Constitucional en Alemania”, en *Pensamiento Constitucional*, PUCP, Lima, N° 7, 2000).
- *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*, PUCP, Lima, 2001.
- *El Estado Constitucional*. UNAM, México, 2001; y segunda edición recientemente editada en PUCP, Lima, 2003.
- *Pluralismo y Constitución (Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta)*, Tecnos, Madrid, 2002.

Mención aparte merece igualmente resaltar su último libro traducido por el joven jurista Dr. Joaquín Brage Camazano a la sazón discípulo predilecto del maestro Francisco Fernández Segado, dicho libro, que viene precisamente con una presentación y un penetrante “Estudio Preliminar” del hoy Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, Francisco Fernández Segado, se titula *La Garantía del Contenido esencial de los Derechos Fundamentales*, que se publica hoy, después de 40

años y que es la traducción directa del alemán de su tesis doctoral de 1961, tesis que fuera desarrollada bajo la batuta del insigne Konrad Hesse; si bien el profesor Paolo Ridola publicó parte de su tesis en italiano, y aquí en el Perú, el profesor César Landa igualmente tradujo del italiano parte de su tesis doctoral.

Más recientemente la flamante *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional Proceso y Constitución* ha publicado del profesor Haberle «El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional Concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional Alemán, traducido por Verónica Tanizo, con la revisión de Mariella Trujillo y Domingo García Belaúnde. Lo propio y con anterioridad la Revista Peruana de Derecho Público ha publicado su Bellísima “Lección jubilar”, pronunciada el 12 de julio de 2002 en la Universidad de Bayreuth titulada: “Las ciencias (del Derecho) como forma de vida”.

4. Su itinerario en el Perú

Este lunes 16 de febrero se desarrollará un Coloquio entre los profesores peruanos de Derecho Constitucional, en los ambientes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú a las 6.00 p.m. en el aula D-206. El día martes se desarrollará el acto académico en el cual se distinguirá al doctor Peter Haberle como Doctor honoris causa de esta casa superior de estudios, reza la Invitación que la distinción otorgada se hace en mérito al “reconocimiento a la calidad e influencia de sus obra académica en el pensamiento jurídico contemporáneo, así como a su relevante trayectoria profesional”. Este acto será a las 11.45 horas en el Auditorio de Humanidades, Campus Universitario.

5. Un gran hombre que alumbra con su ciencia las tinieblas del poder

Peter Haberle, a no dudarlo, no sólo es un constitucionalista, símil que alude al académico entregado a la reflexión sobre una disciplina jurídica, es más que eso, es un humanista que ha jaloneado diversas vertientes de lo que él denomina lo cultural, para poder entender las claves del poder; poder que por sí obnubila a quien lo detenta; pero su aporte no sólo se ciñe a entender el fenómeno complejo del

poder, sino que, como pregona desde nuestra orilla latinoamericana, otro gran maestro, me refiero a Germán Bidart Campos, viene haciendo catequesis de que el sentido de la vida es afirmar la dignidad, la justicia, la tolerancia, de os seres humanos. He allí los grandes aportes de quienes, no se presentan como unos simples mandarines del conocimiento; sino como un luchador, que desde la orilla de la reflexión, alumbran las tinieblas del que está investida las procelosas aguas del poder. Luz que supone la protección de los derechos fundamentales, a través del conocimiento que beben los demás. Peter Haberle es otro gigante que ha logrado mirar, en lotanza del tiempo, las cosas de este siglo.

¡Bienvenido al Perú, maestro Peter Haberle!

PETER HÄBERLE: EL ESTADO CONSTITUCIONAL:

UN GRANDIOSO APORTE AL CONSTITUCIONALISMO

ECUMÉNICO*

Hace algunos meses, acaba de publicarse en el Perú, un trabajo del gran pensador germano Peter Häberle titulado *El Estado Constitucional*, la edición peruana impecablemente editada, sale por los predios de la Pontificia Universidad Católica a través de su Fondo Editorial; y merece nuestro publico elogio a dos grandes figuras peruanas del constitucionalismo que la han hecho posible: Domingo García Belaunde y César Ilandá Arroyo, dos grandes figuras que no requieren ningún cartel de presentación.

La excelente traducción de la obra de Peter Häberle es de Héctor Fix-Fierro, notable jurista mexicano y viene precedido por un Estudio Introdutorio de Diego Valadés, actual Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y gran figura del constitucionalismo mexicano.

1. ¿Quién es Peter Häberle?

Peter Häberle es titular de la cátedra de derecho público, filosofía del derecho y derecho eclesiástico de la universidad de Bayreuth, Alemania (desde 1981) Y profesor visitante permanente de filosofía del derecho de la Universidad St. Gallen Suiza (desde 1980); donde recientemente fue nombrado senador honorario. Estudió derecho en las universidades de Tubinga, Bonn, Montpellier y Friburgo de Brisgovia, universidad en la que también obtuvo su doctorado bajo la dirección de Konrad Hesse. Es doctor honoris causa por la universidad Aristóteles de Thessaloniki, Grecia (1994) Y por la universidad de Granada, España (2000).

* Este artículo fue publicado en la revista *Derecho & Sociedad*, PUCP, Año 14, N.º 21, 2003, pp. 225-228.

Ha sido profesor visitante de varias universidades de Roma (de 1990 a 1999), así como de la Universidad de Granada, España (2000) y la Universidad Waseda de Tokio, Japón.

Fue nombrado Gran Oficial de la República italiana y miembro honorario de la Asociación Peruana de Profesores de Derecho Constitucional; recibió el premio de investigación Max Planck en 1998. Es autor de más de veinte libros, varios de ellos editados y traducidos, sobre temas muy diversos del derecho y la teoría constitucional.

Ha publicado cerca de 150 artículos y ensayos, muchos de los cuales también se han traducido a diez idiomas.

Como quiera que no es este lugar común para una reseña estrictamente académica, como recesión, nos vamos a permitir divulgar, a riesgo de pecar de cierta superficialidad, el libro de este extraordinario constitucionalista, a la sazón, una emblemática figura del Derecho Público Europeo.

Para quienes no están directamente vinculados con las actuales corrientes del Derecho Público en el pensamiento constitucional europeo, se debe, en primer término señalar que Haberle, es uno de los más directamente representantes del Derecho Alemán que trasciende su reflexión germana para expresar el arsenal teórico del derecho constitucional europeo.

De Peter Häberle, ha dicho el constitucionalista Diego Valadés, parafraseando un bello opúsculo del propio Haberle titulado "Libertad, igualdad, fraternidad", que, en realidad estamos ante un jurista del Siglo XXI.

Por lo pronto, debemos decir que no estamos aquí ante un clásico jurista conocedor sólo del territorio de su disciplina dominante: el derecho constitucional; sino que la admiración que produce Häberle es por la multifacética personalidad, donde se observa y constata a un hombre con un demoledor conocimiento que dimana desde la antigüedad, hasta nuestros días en la evolución del pensamiento jurídico político; y por otro lado, por su conocimiento vasto de la cultura, pero no en su versión limitada a lo antropológico, sino a una variada y heterodoxa dimensión que lo convierten también no sólo en un jurista, sino en un artista y no sólo concentra la atención, la recia personalidad académica y científica de este pensador; sino también el otro lado de

la vida: el humano. Sobre este aspecto, anota Domingo García Belaunde: "Häberle no es un profesor alemán de los que vemos con tanta frecuencia, sino que por el contrario, tiene la verdadera humildad del sabio. Tampoco es una persona distante, sino cordial y afectuosa en el trato, como lo comprueban todos los que lo conocen. Es además un humanista en el sentido clásico, porque en lugar de mirarse a sí mismo y a su entorno, como hacen otros profesores alemanes ha salido al mundo, al ancho mundo, para ver, conocer y entender otras realidades" (Cfr. Domingo García Belaunde: "Con Peter Häberle en Granada", en: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 4ta. edic., Grijley, Lima, 2003, p. 82).

2. La genealogía de Haberle: nieto de los grandes gigantes de Weimar

El Derecho Público Alemán, desde los viejos aportes de Carl Friedrich von Gerber (principios de derecho público Alemán), 1808, siguiendo a Paúl Laband, llega a cristalizar un bloque de exponentes o gigantes en torno a los grandes comentaristas de la Constitución de Weimar (1919), entre los que destaca Kelsen, Carl Schmitt, Herman Heller y Rudolf Smend. Precisamente Rudolf Smend fue el maestro de Konrad Hesse y éste maestro de Haberle.

En efecto, Konrad Hesse (en Königberg en 1919) fue su profesor y desde el verano de 1956 Hesse impartió el "seminario de Freiburg" en el que habría de formarse Häberle, junto con Alexander Hollerbach, Fredrich Müller, Hans Peter Schneider, Wilfred Fiedler, entre otros (Cfr. CRUZ VILLALON, Pedro: "La Ley Fundamental y la Unidad de Alemania. Una conversación con Konrad Hesse", en *Anuario de Derecho Constitucional y parlamentario*. U. De Murcia, N° 3, Año 1991, p 729). No obstante esta vinculación, en una entrevista que le formulara Fco. Balaguer Callejón a nuestro autor, reconoce que a Herman Heller "le debe más que a otros" en su formación.

3. Una introducción preliminar: lo que es la cultura

Pero antes de incorporarnos por el fascinante territorio de este pensador, reparemos brevemente sobre la cultura.

La cultura fue un nuevo ideal humanista de educación que influyó considerablemente en la burguesía alemana. A diferencia del humanismo político anglosajón, este ideal educativo entendió la cultura fundamentalmente como una interiorización de la civilización.

La cultura es la familiaridad con los rasgos fundamentales de la historia de nuestra civilización, con las grandes teorías filosóficas y científicas, así como con el lenguaje y las obras más importantes del arte, la música y la literatura. La cultura es pues algo complejo: una idea, un proceso, un conjunto de conocimientos y de capacidades y un estado (Cfr. Dietrich Schwaitz: *La Cultura: Todo lo que hay que saber*, 4ta. Edic, Taurus, Madrid. 2002, p. 395-396).

Sobre estos aspectos, Häberle ha desgranado diversos temas en el Derecho Constitucional, vinculado a la cultura y que han sido recepcionados en el pensamiento ibérico, tales como "Retos actuales del Estado Constitucional", entre los que destaca "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y "procesal" de la Constitución" y "El fundamentalismo como desafío del Estado Constitucional: consideraciones desde la ciencia del Derecho y de la cultura", "La ética en el Estado Constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho" (en *Direito*, Santiago de Compostela, 1996, Vol. 5); "La cultura europea de los derechos humanos" (*Rev. De la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2000, N° 3) y básicamente su *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* (Tecnos, Madrid, 2000).

4. Las vigas maestras del pensamiento häberleano

El pensamiento de Häberle ha sido objeto de diversas traducciones que van desde el español, italiano, polaco, japonés, coreano, francés, entre otros.

Aunque resulta ciertamente difícil encapsular y quintaesenciar en pocas líneas las grandes vigas torales del pensamiento de este autor germano, diríase que radica en su concepción entre la Constitución y la cultura cuya genética vinculación reconoce en Herman Heller, este gran autor que ha formado a muchísimos académicos, con su clásico libro sobre la Teoría del Estado. Häberle precisamente tiene un libro titulado *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* (Trad. e introducción de Emilio

Mikunda, Tecnos, Madrid, 2000 161 pp), donde nos ofrece con esa “personalidad oceánica en cuanto a valores humanos, conocimiento y erudición una concepción del derecho a partir de la cultura”.

Häberle, aclara de arranque que la Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, no tiene nada que ver, de allí su distanciamiento, con el discurso de moda en los años sesenta y setenta que pretendía atribuir una dimensión científico-social a las ciencias jurídicas y agrega: “El aspecto social es ciertamente un aspecto importante de la cultura, al igual que el político o el económico, si bien aquel no se agota tan sólo con esas facetas de la “realidad”. Asimismo, *sensu contrario*, su conceptualización ya acuñada como “ciencias del pensamiento” o “ciencias del espíritu” resultarían en este contexto demasiado restrictiva, porque bien podría distorsionar la realidad vista a través del prisma de lo cultural. Y aclara: “bajo “ciencias de la cultura” cabría entender ahora todo un conjunto de aspectos y dimensiones encaminadas a investigar conjuntamente su efectividad en la Constitución, al incluir sus limitadas posibilidades de dirección de la propia Constitución en el seno de la misma” (*Teoría de la Constitución*, p. 73).

5. La tesitura del libro El Estado Constitucional

Häberle aborda, bajo un orden sistemático, una compleja gama de temas claves a través de un impresionante discurso científico, jurídico, histórico, filosófico, literario. Quien empiece a leer la obra, debe en primer lugar leerlo sin prisa, poco a poco, *piano piano*, para degustarlo, pues se trata de una lectura donde se aprecia un “diálogo en la cumbre”, por esa erudición propia de una ciencia jurídica del derecho común europeo.

6. Pasando revista a la temática

Sólo para que el lector acucioso tenga una breve idea temática del libro, éste discurre sobre lo siguiente:

El capítulo primero inicia como pórtico sobre el concepto, fundamentación del objeto y métodos de trabajo. Allí descollan una gama temática como el tipo del Estado Constitucional como conquista cultural, la concepción mixta de la Constitución, la teoría de la Constitución como

ciencia jurídica de los textos y la cultura, la triada de los ámbitos republicanos: privado público-estatal.

El capítulo segundo es sobre la evolución histórica y la dimensión del tiempo. Discurre en este sector grandes fechas y grandes personajes; fechas que tienen que ver emblemáticamente con los grandes momentos de la historia constitucional mundial; y grandes personajes que han aportado en la evolución del pensamiento jurídico-político; sigue en este mismo capítulo el Estado constitucional desde la perspectiva evolutiva; las dos dimensiones de esta perspectiva: el tiempo y el espacio, luego aborda tiempo y cultura constitucional: instrumentos y procedimientos para el procesamiento del factor tiempo en el presente y en el futuro y finalmente, remata con la europeización y la internacionalización el "Estado constitucional cooperativo" - la visión del mundo del Estado constitucional.

UN CONSTITUCIONALISTA POLACO EN TRUJILLO: KRYSTIAN COMPLAK*

Se encuentra en nuestra ciudad el profesor de la Universidad de Wrociaw, Polonia Krystian Complak; este académico es hoy uno de los mas importantes expositores de todo lo que ha venido ocurriendo desde la compleja transición política de su Polonia natal, así como de la ex Europa del Este en su conjunto. No obstante su formación seguida por una percepción socialista de régimen antiguo, dada la versatilidad en el dominio de varios idiomas, pues es un avezado poliglota que le ha permitido estar inmediatamente en todo lo que hoy forma parte de lo que el pensador germano Peter Haberle denomina el Estado Constitucional de Occidente.

1. Las predilecciones académicas de Complak

Krystian Complak es un extraordinario constitucionalista que cuenta con una exuberante producción académica. Con anterioridad a los acontecimientos de 1989 -"agnus mirabilis" - y todo el proceso de la praxis política de Polonia y la emblemática figura de L. Walesa, las predilecciones académicas del profesor Complak estuvieron puestas y ligadas a los estudios de los regímenes políticos y los sistemas parlamentarios de América Latina.

Iniciado el proceso de la democratización de Polonia, nuestro ilustre vigilante empezó una nueva etapa en sus intereses académicos, pues empieza ya al estudio de las instituciones constitucionales de su nación. Así tenemos por ejemplo su ensayo "Principios del régimen de la República de Polonia y el acceso a la Unión Europea"; en igual contexto se encuentra su ensayo en torno a "los ordenamientos nacionales de los antiguos países socialistas europeos".

Un importante rubro de sus publicaciones alude al tema de la dignidad humana y las operaciones de paz de la ONU. Dentro de poco estará publicando un libro titulado *Las normas del preámbulo y del Primer Capítulo de la vigente Caria Magna Polaca*.

* Publicado en *Diario La Industria*, Trujillo.

Podríamos seguir desarrollando *in extensu* toda la copiosa producción; pero bien podríamos quintaesenciar sus publicaciones en más de sesenta temas científicos; sin contar con las divulgaciones periódicas, entre las cuales se destacan la monografía sobre los gobiernos de hecho en América Latina; así como el parlamento en América Latina. Como se ha indicado líneas atrás, la mayoría de publicaciones hasta antes de 1990, se han desarrollado en torno al extraordinario laboratorio constitucional latinoamericano. Y no podía ser de otra manera, por cuanto el antiguo sistema socialista de Polonia no le permitía un enfoque en la perspectiva de los Estados Constitucionales occidentales.

Podríamos afirmar, que en nuestro ilustre académico, habrían dos grandes etapas bien marcadas en sus predilecciones académicas; una la relacionada al estudio del fenómeno de los regímenes políticos y constitucionales en Latinoamérica. Y una segunda etapa, de mayor madurez, que es la relacionada al estudio del Sistema Constitucional de Polonia y de los actuales sistemas constitucionales de los ex regímenes socialistas.

Como se podrá apreciar, el profesor Complak cuenta con una aplastante producción de notable valía. A partir precisamente de sus investigaciones, todos los demás académicos han podido comprender el desarrollo de los actuales sistemas constitucionales comparados de lo que ocurre en los otrora países socialistas.

La predilección académica de nuestro visitante es heterodoxa, pues discurre tanto por los predios del derecho constitucional comparado y particular, con especial énfasis en los regímenes comparados y de las transiciones políticas. Y luego se observa una tercera etapa, ya mas marcada en sus intereses académicos que tienen como relieve lo que hoy se denomina como Derecho Procesal Constitucional, pues pese a la relativamente reciente incorporación de la justicia constitucional en los antiguos países socialistas, el profesor Kristian Complak ha logrado desarrollar y exponer los avances de las noveles jurisdicciones constitucionales en la ex Europa del este.

2. Un congresólogo consumado

Aparte de ser un reputado académico, un profesor a tiempo completo en la docencia y haber asumido cargos de autoridad académica, nuestro ilustre vigilante está presente en los diversos eventos

internacionales, entre los que destacan las veladas académicas Internacionales de Moscú, Minsk, Bucarest, Hamburgo, Bari, Valladolid, Salzburgo, Londres, Poitiers, Estrasburgo, Róterdam, La Haya; y ni hablar de Universidades a las que ha visitado.

En lo personal, A Krystian lo conocí en México en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional; allí con su juvenil entusiasmo, coincidente con un grueso cuerpo de profesores de distintas naciones afirmamos una amistad, cuyos orígenes son sin duda, por y para una común disciplina como es el Derecho Constitucional; estos eventos, así como los cursos, cursillos, seminarios, diplomados, se laman en inevitables compromisos para seguir entendiendo el sentido de la existencia humana, a partir de las instituciones del poder y de los heterodoxos mecanismos de afirmar la vigencia de los Derechos Humanos a través de sus instrumentos procesales.

En el VIII Congreso Iberoamericano realizado en Sevilla, con homenaje de los 25 años de la Constitución Española de 1978, también habríamos de coincidir con el profesor Complak, en todas las veladas académicas, como de la molicie de la vida; y siempre con su hablar fluido del español, es reconfortante tener amigos académicos provenientes de un extraordinario país con una rica tradición histórica, pese a algunos embates, como la intemperancia del nacionalsocialismo en su momento; y luego, la progresiva democratización, a partir de un burocratismo socialista.

Con todo, hoy lo tenemos presente en nuestra ciudad y en el poco tiempo que ha pisado tierra peruana, ha participado ya de un evento internacional promovido por la Pontificia Universidad Católica; y luego en Trujillo, este 10 de septiembre estará con nosotros en el Diplomado en Derecho Procesal Constitucional que viene desarrollando el Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico-Constitucionales (INDEJUC) y la Universidad Nacional de Trujillo. Precisamente, la prestancia y el realce de este evento, estará sellado con el cursillo internacional en tomo a la jurisdicción constitucional en la ex Europa del Este.

3. Visitante ilustre

La Municipalidad Provincial de Trujillo, en ceremonia especial previa al cursillo internacional que impartirá en el Anfiteatro del Cole-

gio de Abogados de La Libertad, lo declarara “Huésped Ilustre” de es la ciudad en mérito a la presencia de un extraordinario académico que volcara sus conocimientos para la formación de la comunidad forense de Trujillo; a fin de comprender desde esta perspectiva comparada, las recientes experiencias del Derecho Procesal Constitucional en Polonia y en los antiguos regímenes socialistas.

UN CONSTITUCIONALISTA ESPAÑOL EN TRUJILLO: FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO*

Se encuentra en nuestra primaveral ciudad, el distinguido jurista Francisco Fernández Segado, constitucionalista de estirpe española, a la sazón con sus 45 años, uno de los más influyentes en la tratadística hispanohablante.

Francisco Fernández Segado (Cartagena, España, 1950), es un meritísimo jurista español que destaca en el Derecho Constitucional, la Ciencia Política y la Filosofía Política; amén que su reflexión intelectual es multifacética, acusa una loable grafomanía que ya muchos académicos quisiera tener: una ubérrima y maciza producción jurídica.

1. El personaje

Francisco Fernández Segado es licenciado en Derecho en la Universidad de Murcia (1972), diplomado en Sociología Política y Administración de Empresas (1974); a los 24 años se doctoró en Derecho y ostenta la cátedra titular de Derecho Constitucional en las universidades Autónoma de Madrid (1978) y de Santiago de Compostela (1986). Es miembro de diversas instituciones académicas.

Su infatigable pluma ha transitado por casi todos los vericuetos del apasionante estudio del fenómeno político y constitucional, desde una amplia apertura científica y humanística y alejada de los apasionamientos ideológicos. Amén de un estilo sobrio, hay veces haciendo concesiones a la belleza del saber escribir; el lector se encuentra inmediatamente ante la presencia de un erudito que en su juventud, brilla con soltura desde la vieja y culta Europa y cuyo esplendor de su inteligencia vemos reflejado su luz, en el mundo hispanohablante.

Su aplastante maquinaria bibliográfica que convina con certeza y pertinencia, hacen de Francisco Fernández Segado un estudioso que en la mitad de su vida académica, se ha convertido en una indiscutible autoridad en una disciplinada mundo jurídico: el Derecho Constitucio-

* Publicado en el *Diario La Industria*, Trujillo.

nal, así como de otras vertientes afines: la Filosofía Política, Sociología Política y la Ciencia Política.

2. Su producción académica

Escribir una biobibliografía de Francisco Fernández Segado, excede el espacio de la presente nota, tan sólo destáquese la siguiente producción: a) "El Estado de Excepción en el Derecho Constitucional Español" (1978), b) "La Jurisdicción Constitucional en España" (1984), c) "Aproximaciones a la nueva normatividad Electoral" (1986), d) "Las Constituciones históricas españolas" (1992), e) "Los sucesos de Flandes en 1588" (1988), f) "La crisis del Golfo Pérsico", g) "Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos" (1992), h) "El Sistema Constitucional Español" (1992), i) "La dogmática de los Derechos Humanos" (1994).

En rigor, tiene publicado 10 libros orgánicos y aproximadamente 170 ensayos sobre infinidad de temas.

Se suman a su juventud y sencillez, el don de gente y la cordialidad a flor de piel; es también un Impenitente viajero y, conferencista de raza. Así, ha dado conferencias magistrales en Argentina, Colombia, Costa Rica, Francia, Italia, Chile, Perú y próximamente en Bolivia, invitado por la Comisión Andina de Juristas.

3. Huésped ilustre

Al talento de tan distinguido académico, en un acto inusual, la Municipalidad de Trujillo, le confiere la magnífica distinción de "Huésped Ilustre de la Ciudad"; y es que nuestro visitante, en puridad, se lo merece. El sólo hecho de cruzar el Atlántico y venir a nuestra ciudad, a departir el sentido de la existencia humana en el marco sublime de la reflexión académica, es ya gratificante para los abogados y estudiantes de derecho, como del público en general.

4. Profesor honorario

Igualmente, la Universidad Nacional de Trujillo le otorgará el título de "Profesor Honorario", a la par que se establece desde ya, vínculos con las universidades Autónoma de Madrid y de Santiago de Compostela; distinción que no hace más que confirmar la reconocida

trayectoria de este agregio personaje. En suma, un beneficio para la cultura jurídica de nuestra ciudad.

Con el distinguido académico, viene también el actual Secretario del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), José F. Palomino Manchego quien, precisamente, ha hecho el “Prólogo” al reciente libro de Fernández Segado: *La Dogmática de los Derechos Humanos* (Lima, 1994). Con la presencia de un jurista de la talla internacional de Fernandez Segado, la ciudad de Trujillo, conjuntamente con Lima, Ica y Puno, se constituyen en las ciudades privilegiadas que gozarán de la itinerante visita de este constitucionalista que viene haciendo una real filosofía de su vida, al menos, en la vieja acepción escolástica: el amor a la sabiduría. Y agregamos: al análisis y estudio por la comprensión de los fenómenos jurídicos y políticos del mundo.

DOMINGO GARCIA RADA: EL HONOR DE UN JUEZ*

A propósito del Día del Juez, permítasenos hacer una brevísima remembranza en homenaje al ilustre catedrático de diversas generaciones y del probo y honorable magistrado don Domingo García Rada, quien hace poco tiempo dejará el reino de este mundo y en cuya apacible tranquilidad de su hogar viviera los últimos años en el reposo de la patriarca y la tregua del guerrero, aun cuando persistió hasta en los últimos momentos de su vida por seguir bregando por nuestra patria, a través del Derecho.

1. El jurista

Reunía en el entorno de su personalidad una sólida formación académica de jurista de raza, aunada a profundas convicciones humanistas y cristianas. Toda una vida ligado a los claustros universitarios y en cuya sal de su inteligencia, cientos y miles de universitarios degustaban las magistrales disertaciones en la disciplina que le apasionó desde joven: el Derecho Procesal Penal. En su carrera como docente, culminó hasta el último peldaño que todo profesor desea, ser incorporado como Profesor Emerito, y así lo fue en las universidades de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Su producción bibliográfica es vasta. Así, destaca: *Instituciones de Derecho Procesal Penal* (1965), *La instrucción del inculpado* (1967), *La instrucción de la Prueba*, (1968), *Comentarios al Decreto Ley sobre celeridad procesal penal*, y su ya clásica y magistral obra: *Manual de Derecho Procesal Penal*, con 8 ediciones, publicada su primera edición en 1970. Aparte, de la tratadística, incursionó en diversos artículos y ensayos, y baste con mencionar uno de sus últimos y meritísimo trabajo y titulado "Criminal de cuello blanco" (C.AA.VV. *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta*. Guilhen pp. 291-310). Mención aparte, es un valiosísimo libro que daremos luego cuenta: *Memorias de un juez* (Edit. Andina, Lima, 1978)

* Publicado en el *Diario La Industria*, Trujillo, y en *La República*.

2. El magistrado

El Dr. Domingo García Rada asumió carrera judicial desde muy joven. Y, aun cuando había desposado a la hija del célebre pensador Víctor Andrés Belaúnde, su carrera como juez fue fruto de su esfuerzo y sacrificio. Como ha destacado el profesor Florencio Mixán, “como efecto del peso granítico de sus propios méritos, ascendió a Vocal de la Corte Suprema de la República e incluso ejerció la presidencia de la misma” (Cf. *Derecho Procesal Penal*, T.I., Trujillo, 1982, p. 135). Es decir, llegó a la más alta carrera que un juez desearía llegar: la presidencia de la Corte Suprema; esto es, ser el representante de uno de los órganos del Estado: el Poder Judicial. Empero, no sólo culminó allí, sino que gracias a sus virtudes académicas y éticas, terminó siendo nombrado Presidente del Jurado Nacional de Elecciones y en cuyas manos el destino del Perú se concentró en la jurisdicción electoral de aquel entonces. Lamentablemente, aún muchos recordarán que, en su condición de Presidente del JNE, sufrió aquel bárbaro atentado que casi culmina con su vida; pero el cielo debió esperar, pues el ilustre patricio de derecho habría de aferrarse a la vida por largos años, el que lamentablemente nos dejara para siempre, pero con su legado que, a la postre, habrá de convertirse en el paradigma de los actuales jueces.

3. El defensor de la Constitución

Existe una faceta que retrata de cuerpo entero el honor y la dignidad del juez, frente al Poder Político y que hoy, más que nunca, deben los jueces tomarlo como arquetipo en su conducta.

Corrían los años de la dictadura de Odría y en mérito a la espuria Ley de Seguridad Interior, Muchos peruanos no podían ingresar a su patria, entre ellos el ex presidente Don Luis Bustamante y Rivero. El entonces inefable Ministro de Gobierno, Esparza Zañartu, había dicho, “el gobierno no permite ni permitirá el ingreso del Dr. Bustamante”. Le cupo al Dr. Luis Bedoya Reyes plantear, como apoderado del ex mandatario, un Hábeas Corpus y que debía ser resuelto precisamente por el 2do. Tribunal Correccional donde era a la sazón Presidente de dicha Sala el Dr. García Rada.

Los dos vocales habían de declarar por mayoría “improcedente” el Hábeas Corpus se patentizaba así el peso del Poder frente a magistrados pusilánimes.

Odría sabía que contaba con dos votos y que hacían resolución. Pero el dictador quería el voto del Dr. García Rada, el que fue llamado a Palacio de Gobierno. En sus Memorias de Un Juez, narra el ilustre jurista el siguiente diálogo: “Y usted doctor García Rada, ¿Cuál es su voto?”

Yo señor, responde el magistrado, creo que es fundado, y prosigue a renglón seguido: Noté en su cara la indignación contenida de quien no tiene por costumbre ser contradicho ni oír nada contra su voluntad. Al final de la entrevista, relata el Dr. García Rada que Odría en tono admonitorio, le dijo “Recuerde usted esto bien, señor doctor, yo no perdono, a quienes no me sirven”. Ante esta amenaza, que la repitió dos veces más y en iguales términos, le dije: “señor yo no tengo dinero y vivo de mí sueldo en la Corte, no voy a dejar a mis hijos sino mi nombre, mi honor es mi único patrimonio y no lo pierdo; si se lo doy a Ud., señor ¿con qué me quedo? No puedo, señor Presidente, mi conciencia es lo primero” (Cf. *Memoria de un Juez*, Edit. Andina, Lima, 1978). Y fue así como sacó un magistrado voto singular que está consignado en la obra de su hijo, otro no menos descollante jurista. Dr. Domingo García Belaúnde, en su obra *El Hábeas Corpus Interpretado* (Lima 1971, p. 168). En vigor, esta es una de las más exquisitas jurisprudencias en que, no obstante el voto singular, habría de afirmar la luz que alumbra y resplandece la constitucionalidad contra la arbitrariedad en las violaciones de los derechos humanos.

4. El paradigma a seguir

Para quienes han decidido ciertamente vestir el alma de la toga, quienes habrán de impartir la justicia, habrán de tener siempre presente la vida y obra de un juez que supo honrar el honor y la dignidad frente a cualquier adversidad de la vida.

Y en todo caso, frente a la encrucijada de preferir el puesto y la historia éste debe como desideratum, primar. He allí el honor de un juez.

GERMÁN J. BIDART CAMPOS O EL APÓSTOL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL*

Permítasenos un breve *introito*: apóstol, en su acepción gramatical, significa, entre otros, el que convierte a los infieles de cualquier país, y por extensión, el propagador de una doctrina importante. Y no es que apelemos al recordatorio bíblico de los doce principales discípulos de Jesucristo; pero resulta muy legítimo por cierto, calificar con tal expresión a una personalidad tan llena de irradiación espiritual y que ha hecho de la enseñanza del Derecho Constitucional una apuesta al sí por la enseñanza de que el hombre siga siendo el eje, centro y fin de la sociedad y del Estado.

No es que estemos exagerando en calificar con tal atributo de apostolado a la calidad humana de la egregia personalidad del gran Germán J. Bidart Campos, pues merece otros reconocimientos por su labor académica.

1. Germán J. Bidart Campos en Trujillo

En realidad es la primera vez que nuestra ciudad recibe la visita de este académico; aún cuando ciertamente ya ha conocido el interior de diversas provincias del Perú, cada vez que se ha organizado el bienio de los Congresos Nacionales de Derecho Constitucional, su presencia, ha hecho siempre la tregua en su despacho de Buenos Aires para sembrar la semilla que siempre, por ventura, fructifica en la juventud peruana. Y, de él hemos aprendido que tres grandes vertientes del tridimensionalismo jurídico del que no sólo lo divulgará su creador Miguel Reale; sino también Werner Goldsmith.

2. Perfil humano de Germán J. Bidart Campos

El perfil humano de nuestro jurista es la del hombre generoso y el del hablar pausado pero reflexivo. A ello se suma la maestría de una pedagogía que es asimilada por auditorios diversos. En el IV Congreso de Derecho Constitucional, en emocionada palabras dijo: "Una vez, un

* Publicado en el *Diario La Industria*, Trujillo.

alumno me dijo una frase: los hijos que no han nacido del cuerpo han ido apareciendo por allí". Y prosiguió: "Al menos, yo creo que he enseñado a muchos hijos espirituales; para los hijos biológicos hace falta unir los cuerpos; para los hijos de espíritu basta unir dos corazones, y yo creo que nos hemos unido". En rigor, con estas bellas frases, el propio Germán Bidart sintetiza la generosidad del alumno que se acerca para aprender; virtud que se acrecienta porque el maestro también escucha para ser escuchado.

3. Una vocación sin tregua...

En rigor, Germán J. Bidart Campos es el prototipo del académico que al cien por ciento se dedica en multifacética labor a la reflexión y el estudio del fenómeno jurídico que pretende regular al fenómeno político: el Derecho Constitucional. Pero en realidad es una labor ciertamente de apostolado, pues no da tregua ni descanso al cultivo de esta singular disciplina que la vertebra como una catequesis cristiana en procura de afirmar la libertad y la justicia.

De este autor existe una ubérrima producción de libros que gráficamente ocupan sólo de su producción anaqueles completos; y hay un mirífico libro que resume como *desiderátum* el afán de este jurista porteño: "vivir en la Constitución", pretensión que no sólo está dirigida a los detentadores del poder, sino también a los destinatarios del poder (los gobernados o los ciudadanos).

No podríamos siquiera enumerar la cuantiosa producción bibliográfica al hilo de su pluma; pero sí podemos decir que transita por los predios del derecho constitucional, la ciencia política, la teoría del Estado; la filosofía política y el derecho humanitario; amén del marco exhaustivo del Derecho Constitucional Comparado. Digamos, de paso, que todos los profesores que estamos en estos trajines, hemos degustado la sal de su inteligencia, en sus imprescindibles tratados salidos de la inteligencia y tenacidad de este académico de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Católica de Buenos Aires.

4. El gran interlocutor con el mundo europeo

Pero, su presencia no sólo radica en los predios latinoamericanos; sino que Germán Bidart Campos, es el portavoz lúcido con el pensamiento constitucional europeo. Y así, los grandes vasos comunicantes de esta disciplina se fortifica; siempre ubicándolo en nuestra particular perspectiva latinoamericana.

5. Facultades de Derecho: compartiendo la presencia del gran maestro

Como no podía ser de otra manera, las universidades tanto de la Nacional de Trujillo, la César Vallejo y la Antenor Orrego vienen organizando sendos certámenes donde la calidad humana y académica de este jurista argentino será puesta de relieve por todos los estudiantes. Desde ya la comunidad de universitarios, y en especial, los estudiantes de derecho de las diversas universidades, sacarán un gratificante provecho por la presencia de los diversos académicos extranjeros que se habrán de congregar en los próximos días, tan luego como finalice el V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, cuya sede en Lima, será trampolín para nuestra ciudad en los días 7, 8 y 9 de noviembre.

REQUIEM A UN GIGANTE DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: GERMÁN J. BIDART CAMPOS*

Sumario: 1. Una irreparable pérdida. 2. Un boceto de su personalidad. 3. Bidart Campos: Gigante de gigantes del constitucionalismo latinoamericano. 4. Las dimensiones del Derecho Constitucional en Bidart Campos. 5. La permanente lucha por lo dikelógico. 6. Vivir la Constitución. 7. Requiescat in pace Bidart Campos. 8. Una vida lograda y de servicio

Preliminar

¿Qué hace que una persona sea admirada, querida, estimada? Según fuere desde el “cristal con que se mire” y el corazón con que lo sienta, pueden haber muchas y distintas respuestas a dicha interrogante. En la orilla de una comunidad de académicos, una fulgurante lumbrera que por casi cinco décadas dio su luz inapagable fue Germán J. Bidart Campos (Buenos Aires, 9-XII-1927 – Buenos Aires, 3-IX-2004). Luz pensante y rediviva en la Ciencia del Derecho Constitucional, Germán J. Bidart Campos, fue un jurista ejemplar, un ínclito de la libertad, infatigable escriba, pensador cosmopolita y original; contestatario a tiempo completo desde la orilla latinoamericana en pro de la vigencia de los derechos fundamentales; recio interlocutor del pensamiento jurídico *indo iberoamericano*, frente al pensamiento *finisecular* continental-europeo. Todo esto y mucho más fue Germán Bidart. Su recientemente deceso nos ha sorprendido a raíz de la noticia que inmediatamente escribiera Ricardo Haro a un grupo de amigos entrañables del maestro.

1. Una irreparable pérdida

El mundo académico del Derecho Constitucional, desde Latinoamérica toda, y desde la comunidad europea, todos lloran la

* Este trabajo fue publicado en el libro *GERMÁN J. BIDART CAMPOS (1927-2004). Testimonios y Homenajes*, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004.

pérdida irreparable de un gran hermano que bregó tenazmente con originales aportes en la lucha por hacer de la prédica académica, la catequesis de irradiación en la lucha por internalizar en la vigencia cotidiana los derechos humanos.

Permítasenos en esta hora ya de sosiego, después de sobreponernos a la infausta noticia, hacer un recordatorio a modo de homenaje y aunque quizás estas reflexiones puedan parecer una apreciación personal, subjetiva; en rigor lo es, y quiero recordar, desde mi intimista evocación en que por vez primera le conocí. Ello fue en el Primer Congreso Nacional de Derecho Constitucional celebrado en Lima en 1987, bajo los auspicios de la Universidad de Lima. Desde aquella primera impresión, en que inmediatamente nos brindó su amistad, supe que estaba ante un académico bueno, generoso y sencillo, distinto a aquellos otros mandarines soberbios de su conocimiento.

Desde el I Congreso ya aludido, Germán estuvo luego en los seis siguientes Congresos realizados en el Perú, a excepción del último realizado en Piura en el 2002. Y siempre estaba con esa eterna simpatía sumada a su sonrisa para cada alumno o profesor que se le acercaba, bien a saludarlo, a preguntarle, a conocerle, a tomarse una foto, estaba presente siempre allí, con otro entrañable maestro: Néstor Pedro Sagüés cuya figura hoy se agiganta desde la orilla del anchuroso camino del Derecho Procesal Constitucional. En alguna oportunidad, Domingo García Belaunde, en uno de los Congresos Nacionales celebrados en el Perú, expresó que la presencia de Germán J. Bidart Campos con la de Néstor Pedro Sagüés en dichos congresos, bastaban para darle toda la prestancia académica.

Hoy, si bien físicamente nos ha dejado el ilustre amigo y maestro Bidart, queda a la posteridad toda una aplastante producción desde heterodoxas orillas, todas interconectadas a través del Derecho Constitucional General, argentino y comparado, la Teoría General de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Comunitario, la Filosofía Política, la Politología, el Derecho Procesal Constitucional, entre otros aspectos.

2. Un boceto de su personalidad

No pretendemos en estas breves líneas, bocetar las facetas de la personalidad de Bidart Campos, pero podríamos identificar en él las siguientes características:

- a) Maestro;
- b) Divulgador;
- c) Investigador;
- d) Pensador.

- a) **Maestro:** Aunque siempre solía decir —y lo recuerdo vivamente— que no debíamos llamarlo *maestro*, pues el único maestro fue, consecuente con su vocación cristiana, Jesús; y con una tierna sonrisa expresaba una calidez real, serena, sencilla, no impostada y obsequiaba a su interlocutor una infinita gratitud y confianza.

No obstante, fue un maestro, no sólo en el entendido gramatical de la persona que enseña una ciencia; sino que hizo de la Ciencia del Derecho Constitucional, un magisterio de enseñanza, de apostolado; pues en sus escritos como en sus discursos, existe un pensamiento redivivo de cristiandad; y ello se observa, no sólo en su reflexión, sino que hace suyo una fuente teológica que van desde los padres de la Iglesia Católica, las Encíclicas papales, y el propio testimonio vivo de Jesús.

- b) **Divulgador:** Fue efectivamente un divulgador de diversas materias; entre las que se ubican y complementan disciplinas como el Derecho Constitucional en sus tres variantes: General, Comparado y patrio o argentino; la Teoría General de los Derechos Humanos, y a partir de allí, las vertientes del Derecho Internacional Humanitario; así como el Derecho Comunitario; y por otros predios como la Ciencia Política, la Filosofía Política, así como uno de los pioneros, si nos atenemos a sus reflexiones sobre el proceso de amparo como materia propia del Derecho Procesal Constitucional. Fue pues un divulgador en

el sentido como lo conceptualiza la Real Academia de la Lengua; publicó y puso al alcance del público, una compleja gama de principios, conceptos, categorías y diversas teorías en torno a las disciplinas ya aludidas.

- c) **Investigador:** No cabe duda que Germán Bidart fue un consumado investigador; y ello se evidencia desde su arsenal bibliográfico que se remonta casi a medio siglo, fue efectivamente un investigador permanente y conjugaba el hondo sentimiento de la vida académica que se evidencia hasta sus últimos días. Y no quepa la menor duda que, para entender hoy los desafíos del tercer milenio, es imprescindible bucear, *mar a fondo*, en el amplio camino recorrido por Germán Bidart y que nos lo ha dado en sus obras; escrita con sencillez y colmado a la vez con profundidad. Este excepcional hombre, hizo de su vida un arquetipo para todos nosotros, de su infatigable pluma quedará un océano inmenso de enseñanza y conocimiento, dado para las generaciones venideras con la bondad del maestro que enseña los pininos del saber.
- d) **Pensador:** La producción intelectual de este gran gigante del constitucionalismo latinoamericano que, a partir de su muerte, se agiganta más su sombra espiritual, ha legado un pensamiento que forma parte de la evolución de las ideas políticas; un pensamiento heterodoxo de humanismo cristiano y cuyas fuentes dimanaban desde el pensamiento católico y de la filosofía política occidental.

3. **Bidart Campos: Gigante de gigantes del constitucionalismo latinoamericano.**

Parafraseando a Merton (*A hombros de gigantes*, 1990) y recreado por Peter Häberle, podemos decir que Bidart Campos, fue un gigante del constitucionalismo en Latinoamérica; y sobre todo que, a partir de su reflexión, ha logrado desarrollar valiosos aportes al “Estado constitucional”, ya no de Latinoamérica, ni de Europa, sino de un real constitucionalismo ecuménico o universal.

Y si bien es cierto que, como lo ha acuñado Pablo Lucas Verdú, su pensamiento jurídico-político dimana desde los predios del *indo*

iberoamericano, Germán Bidart expresa que ello nos viene de la confluencia de lo indígena con lo ibérico. De allí que, en diversas oportunidades, Bidart Campos utilizaba el recordatorio emblemático de México: *Por mi raza hablará mi espíritu* y parafraseándolo, expresaba: *Por mi espíritu hablará mi raza*.

4. Las dimensiones del Derecho Constitucional en Bidart Campos

Bidart Campos ha expresado permanentemente que uno de sus maestros que reconoce en su formación fue el profesor alemán, afincado en Buenos Aires, Werner Goldschmidt. En tal circunstancia y consecuentemente con su inspiración iusfilosófica, Bidart Campos desarrolló su posición académica desde la década de los sesenta, afirmando que nuestra disciplina se expresa en tres órdenes íntimamente vinculados entre sí, pero diferenciables unos de otros: *a)* el orden o sistema normativo; *b)* el orden de la realidad existencial y *c)* el orden axiológico de la justicia.

Hoy, más allá de lo que puede significar el “trialismo” de Goldschmidt o el “tridimensionalismo” de Miguel Reale, lo cierto es que el fenómeno constitucional reclama ser estudiado por una apertura que trascienda su mera normatividad. Y a ello se consagró Bidart, sobre todo en la parte axiológica de la justicia. Toda esta base teórica estaba ya afirmada, en cimiento armado, en dos monumentales obras que siempre las releo con delicia y forman parte de nuestra formación: *Derecho Constitucional. Realidad, normatividad y la justicia en el Derecho Constitucional* (2 vols., Edit. Ediar, Buenos Aires, 1961).

5. La permanente lucha por lo dikeológico

El profesor Oscar Puccinelli ha expresado en algún momento que Bidart “no sólo fue un mensajero, un quijote del fin del milenio, un portador no sólo de los valores constitucionales; sino de la palabra de Cristo”. Y en esta orilla está una crucial batalla que ha venido librando desde la perspectiva de su reflexión y pensamiento: *la justicia*. Bidart ha venido siempre luchando a fin de que los operadores intérpretes de la norma constitucional, no sólo deban seguir el apego a lo

normológico, a la norma escrita, fría y despersonalizada, sino que el magistrado debe conciliar este criterio, con lo justo o lo dikelógico.

Estimo que este es uno de los valiosos aportes del Maestro argentino; y en esta ruta ya abierta debemos seguir emprendiendo el camino, como el *Quijote* con su *Rocinante*, cabalgando para *desfacer entuertos* y luchar por la justicia; hoy en un mundo en el que él mismo solía expresar citando a Giambattista Vico; en su *Ciencia Nueva*, donde la humanidad evoluciona con los altibajos notorios del doble progreso contrario: un progreso hacia el bien y un progreso hacia el mal.

6. Vivir la Constitución

Germán Bidart, en todo su trajinar, bien sea la cátedra, en los foros académicos, en sus obras, siempre expresó que la Constitución, *norma normarum* por excelencia, “es cosa buena” y que, por lo mismo, todos los seres, tanto los destinatarios del poder, como los detentadores del poder, como expresaba Karl Loewenstein, debemos reconducir nuestra conducta a los valores que ella incardina, puesto que si la Constitución va a irradiar, carísimos valores desde su *contenido esencial* que no pueden ser desconocidos, la Constitución se nos presenta como algo bueno, sano y deseable.

En esta perspectiva, los textos constitucionales van a tener presente, bien sean en forma expresa o táctica, el principio kantiano: que el hombre es el eje, centro y fin en sí mismo y no medio. Toda esta entelequia vivificante, lo expresa en un maravilloso libro titulado *Para vivir la Constitución*; aquí Bidart nos plantea como *desideratum*, como ideal de vida racional en términos de lo justo y lo valioso; y este pensamiento, lo replantea con mayor holgura en su obra *Valor justicia y Derecho Natural*.

7. *Requiescat in pace* Bidart Campos

No pretendemos hacer en estas líneas una liturgia de despedida al maestro Bidart Campos, pues como expresa Wolf Biermann: “Qué cerca sentimos a algunos que están muertos; y qué muertos nos parecen otros que aun viven”. Los restos mortales de Germán descansan ya en paz, pero su espíritu nos acompañará siempre. Aquel viernes

3 de septiembre en la noche, donde probablemente en nuestras cotidianidades de vida bregamos la vida, para algún momento alcanzar la muerte; Bidart Campos fue llamado por Dios; el maestro Bidart no ha hecho más que preceder; pero la estela de su espíritu redivivo hoy se agiganta y se expande para el bien de la ciencia, de la comunidad de académicos, de la verdad y la belleza de la vida.

Advertía Séneca que: “Necesitamos la vida entera para aprender a vivir, y también –cosa sorprendente– para aprender a morir. No permanezcan secos tus ojos ante la muerte de un amigo, pero tampoco se conviertan en un mar. Las lágrimas sí, llanto no”. ¡Oh Maestro de maestros!, permíteme parafrasear estos versos del poeta Rabindranath Tagore: “Cuando tu voz calle con la muerte, tu canción nos seguirá cantando con tu corazón vivo. La muerte como el nacimiento, es propia de la vida. Andar es tanto levantar el pie como bajarlo al suelo”.

Bidart Campos no nos ha dejado, estará presente, en la memoria de nuestros corazones, cada vez que abramos un libro suyo, estará allí su espíritu, su pensamiento, la reciedumbre de su coraje. Recordemos que Bidart Campos no fue humilde con los soberbios adictos al poder, ni fue un soberbio con los humildes. Bidart nos dio una permanente lección de vida: hizo del reino de este mundo, desde sus años mozos, la consagración y entrega sempiterna a desentrañar el misterio teológico del poder. Y cómo limitarlo desde la orilla del derecho y, en especial, de la norma constitucional; lo propio Bidart consagró hasta el final de sus días el esfuerzo extraordinario, propio de los hombres excepcionales, para entender la naturaleza humana, las acechanzas de la maldad; y cómo a partir de allí, salir fortalecida las libertades fundamentales de los seres humanos.

Qué cerca está en mi memoria, el discurso que pronunciara Bidart Campos en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en México; entre los que recuerdo de mis apuntes, estaban en el *podium* de honor catorce miembros; entre los que destacan el Decano de la Facultad de Derecho José Iturmendi, Pedro González Trevijano, sub-director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, Pedro de Vega, el propio Germán Bidart, Domingo García Belaunde, José Afonso da Silva, Antonio M^a. Hernández, Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Jorge Carpizo, Diego Valadés, entre otros. En este memorable discurso, sin mácula, pronunciado con un sentimiento y afilado discurso reflexivo de profundidad,

dio una cátedra de un gigante entre los gigantes. Recuerdo que, entre sus alocuciones, fustigó duramente “el liberalismo capitalista salvaje que no da solución a los problemas actuales”.

8. Una vida lograda y de servicio

Bien cabe señalar que Bidart Campos hizo de su vida una vida vivida. Alfred De Vigny expresaba que: “Una vida lograda es un sueño de adolescente lograda en la edad madura”. Y nuevamente el vate hindú Tagore expresaba: “yo dormía y soñé que la vida era alegría. Me desperté y ví que la vida era servicio. Serví y comprendí que el servicio era alegría”. Y Germán Bidart hizo un servicio permanente, el de servir; y lo hizo a través de su talento y su inteligencia para el beneficio de los demás. No por algo, Cicerón sentenciaba: “vivir es pensar”.

De la edad de oro de las letras españolas, siempre me agolpa las palabras llenas de un *sincretismo* filosófico y estético de Pedro Calderón de la Barca, cuando expresaba:

*“¿Qué es la vida? Un frenesí.
¿Qué es la vida? Una ilusión,
una sombra, una ficción.
Y el mayor bien es pequeño;
Que toda la vida es sueño,
Y los sueños, sueños son”*

Hoy, el sueño de Germán Bidart está expresado en la ruta que culminara, con el esfuerzo, la alegría y el entusiasmo por la vida y la entrega del servicio. Serán las generaciones venideras, las que seguirán abrevando de sus conocimientos, para entender el sentido de este extraordinario y acaso nada complicado *millenium* del cual Bidart Campos se proyectó como un gran gigante, desde *lo finisecular* de su gloria y pensamiento.

¡Descansa en paz querido Maestro!

Trujillo, Perú, setiembre de 2004.

VIDA Y PLENITUD DE UN GRAN MAESTRO: LOS 60 AÑOS DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE*

El día de hoy 13 de Julio, Domingo García Belaunde ha cumplido sesenta juveniles años en espíritu y en cuerpo. Llega así a una plenitud de vida un académico que si bien no es conocido en el mundo de la Política; sin embargo, es un científico en el mundo del derecho y en especial en diversos territorios intrincados y conexos como son la Teoría de la Constitución, La Teoría General de los Derechos Humanos, la Filosofía Política, la Filosofía del Derecho y, en especial, la fascinante rama – entrañable para nuestro autor – del Derecho Procesal Constitucional, que en los últimos lustros ocupa vigorosamente una esmerada predilección por esta rama relativamente nueva. Domingo García Belaunde nace en Lima el trece de julio de 1944, y es el segundo de seis hermanos: Margarita, Domingo, José Antonio, Víctor Andrés, Mercedes y María Luz. Su padre Don Domingo García Rada (1912-1994) fue el gran maestro San Marquino del cual a la fecha, está pendiente aún un libro homenaje póstumo en la memoria de quien fuera un gran Juez, un gran maestro, un gran jurista y reivindicado de su defenestración como magistrado terminó siendo el Presidente del JNE. Eran los tiempos donde el honor y la rectitud regían a muchas y grandes personalidades. La madre de Domingo García Belaunde es Doña Mercedes Belaunde Irigoyen hija nada menos que del gran pensador e ilustre peruanista, político y diplomático Víctor Andrés Belaunde.

Si bien lo que se hereda no se roba, en el caso de nuestro académicos Domingo García Belaunde, su trayectoria asaz del pensamiento heterodoxo es sin ligar a dudas uno de los máximos y lúcidos exponentes del Derecho Procesal Constitucional que está llamado a ser la rama más extraordinaria por los derroteros sublimes del que está envuelto, nos referimos al afán de tutelar la vigencia efectiva de la Constitución y con ello la afirmación del Estado Social y Constitucional de Derecho y de los Derechos Humanos.

* Artículo publicado en la columna *Ventana Abierta*, del periódico “Nuevo Norte”, Trujillo, el 14 de julio de 2004.

1. Breve perfil de la personalidad de Domingo García Belaunde

Quienes de una u otra manera estamos vinculados con el profesor Domingo García Belaunde, nos referimos en especial al mundo académico, nos sorprende permanentemente no solo con la claridad de su pensamiento ilustrado que se remonta desde las obras clásicas como a la literatura jurídica y política contemporánea; sino por una personalidad humanamente generosa. Hay en nuestro autor un don y un espíritu muy difícil de encontrar en quienes, llegado a la cumbre de la autoridad expresan una abierta soberbia. Y eso es lo que cotidianamente se encuentra en quienes detentan el poder en las diversas esferas de las relaciones humanas e incluso aquellos que tienen el poder del intelecto que se convierten en *mandarines del conocimiento*; en el caso de Domingo García Belaunde pese a su influencia decisiva en el pensamiento jurídico peruano sus relaciones con el prójimo resultan ser de una calidez y sencillez humana.

Con Domingo García Belaunde el Derecho Constitucional patrio no sólo levantó vuelo hace muchos lustros, sino que dejó de ser una disciplina de algunos cuantos ilustrados; y así como Borges la literatura argentina la convirtió en una literatura cosmopolita, así podríamos aseverar que los trabajos en las disciplinas ya aludidas en Domingo García Belaunde dejaron de ser de carácter provincialista para convertirse en un ecumenismo jurídico; y ello se observa en esta rama hoy conocida como el Derecho Procesal Constitucional.

Hoy todos los constitucionalistas peruanos de una u otra manera le tenemos una permanente e impagable deuda al espíritu generoso de este libre pensador que no se ha postrado jamás ante el poder ni en épocas de dictaduras ni en épocas de democracias formales. No sólo por la generosidad sino porque ha ido encaminando a toda una heterodoxa generación de jóvenes que hoy ya transitamos mas de cuarenta años y que estamos metidos en las insospechadas estepas de la Teoría Constitucional, de la Filosofía, de los Derechos Humanos, de la Politología, del Derecho Penal Militar y de la Historia del Derecho Constitucional Peruano.

2. Rescatando algunos aportes en Domingo García Belaunde

Nuestro homenajeado, bueno, es recordado, ha creado diversas revistas desde sus años mozos, revistas que luego han ido adquiriendo perfiles propios, nos referimos por ejemplo a la primera época de la Revista *Themis* de la PUCP; a la revista de la Universidad de Lima *Ius et Praxis*; actualmente el celo y entusiasmo académico en nuestro jurista está puesto en la *Revista de Derecho Público*, que viene adquiriendo perfiles propios; y es el gran mentor y organizador de los Congresos Nacionales de Derecho Constitucional que tiene más de década y media de presencia institucional en nuestra patria.

3. De la Ley de Hábeas Corpus y Amparo al Código Procesal Constitucional

Domingo García Belaunde fue el Presidente de la Comisión (R.S. 059-81-IUS del 01/09/1981) que se encargó de preparar el Anteproyecto de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo. Esta Ley a la fecha está en vigor y el reciente Código Procesal Constitucional si bien ha salido formalmente promulgado por el Parlamento; en realidad este Código fue elaborado bajo el entusiasmo académico de diversos profesores peruanos bajo la batuta nada menos que del ilustre Domingo García Belaunde.

4. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú

En la época de la transición política bajo la presidencia del Dr. Valentín Paniagua se nombró una Comisión que, a la postre, desarrolló los grandes lineamientos para una reforma constitucional; y allí el espíritu de Domingo García Belaunde estuvo patente; y es más que probable que cualquier reforma constitucional tenga que inspirarse en las bases de la reforma constitucional que fueran publicadas en aquella época.

5. La Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional

Mención especial en la inspiración de nuestro homenajeado es la creación por el Estado vía el Ministerio de Justicia de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, que será Dios mediante una serie de libros cuyo proyecto final está proyectado hasta el 2021; esto

es, en el Bicentenario de nuestra Independencia. Allí esta Biblioteca publicará una serie de obras que van desde los facsimilares de las Constituciones, los textos constitucionales reformados, los debates constitucionales hasta la publicación heterodoxa de las ideas políticas y los grandes aportes en torno a la peruanidad.

6. La ubérrima bibliografía en Domingo García Belaunde

Desde los años mozos e inquietos de Domingo García Belaunde que transitaba entre los predios de la Católica y el entusiasmo editorial de la revista *themis* de aquella época hasta la actualidad hay una aplastante bibliografía producida por nuestro autor cuyos caminos e hilos conductores producen vértigo; estamos en suma ante un científico del derecho que ha hecho de su causa la búsqueda de la verdad a través de la investigación, la reflexión y la publicación serena y meditada.

Llega así a una vida feliz y fecunda con sesenta años juveniles, conocedor de una gastronomía cosmopolita y nacional, viajero impenitente; y como muy bien ha apuntado otro de sus entrañables discípulos, me refiero a José Palomino Manchego, que Domingo García Belaunde es hoy un *congresólogo*; gran conversador de las cosas humanas y divinas; a la sazón un abogado riguroso en la defensa, en suma estamos ante un gran libre pensador que ha generado toda una escuela o movimiento constitucional peruano frente a los demás países de Latinoamérica y Europa.

LOS CAMINOS DE LA VIDA DEL PONTÍFICE DEL
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL:
BREVES LÍNEAS EN HOMENAJE A MEDIO SIGLO DE
INVESTIGACIÓN DE
DON HÉCTOR FIX-ZAMUDIO*

Se nos da una vida y en sus recodos inescrutables, uno decide qué hacer con ella; puesto que en el reino de este mundo, todos los caminos están abiertos y conducen a distintos destinos. Y con el tiempo, vemos la oquedad o no de lo andado. Es verdad, como decía Antonio Machado, que hay caminos y caminantes:

*Nunca perseguí la gloria.
Caminante, son tus huellas
el camino y nada más;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace camino
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante no hay camino
si no es te las da en la mar...*

* Discurso pronunciado en la ceremonia de otorgamiento de la Medalla de Honor del Tribunal Constitucional "José Faustino Sánchez Carrrión", al doctor Héctor Fix-Zamudio, realizado el 18 de setiembre de 2008 en el auditorio del Colegio San José de Arequipa. Esta breve *laudatio* igualmente fue publicado en el Vol. 1 del colectivo *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, UNAM/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional/Marcial Pons, México, 2008.

Y nuestro vate peruano, César Vallejo proclamaba desde su telúrica y quejumbre mirada: “!Ah! *desgraciadamente, hombres humanos, hay, hermanos, muchísimo que hacer*”; y hoy un trovador moderno dirá:

*Los caminos de la vida,
no son los que yo esperaba,
no son los que yo creía,
no son los que imaginaba
Los caminos de la vida,
son muy difíciles de andarlos,
difíciles de caminarlos,
y no encuentro la salida.*

El filósofo Fernando Savater se formula muchas preguntas sobre la vida: para empezar, la muerte; la verdad de la razón, el universo, la libertad, la belleza, el tiempo. Y así podría seguir un espiral de las preguntas de la vida. Y hoy, en su trajinar de medio siglo de investigador y a sus lozanos años de vida pletóricos y bien llevados, bien puede Usted mirar lo caminado y lo recorrido, tanto como maestro y como hombre.

Efectivamente, hay caminantes como Usted, maestro Héctor Fix-Zamudio que inician un largo periplo en lontananza del tiempo, des de donde empezó a forjar su vocación de escriba de la vida y del derecho. Sin mengua alguna, su largo trajinar ha alcanzado las grandes cumbres; sin embargo, Usted pudiendo mirar desde lo alto de lo andado, vuelca su espíritu de gran humanidad para mirar con sencillez al prójimo que se acerca a beber el talante de su inteligencia. Es Usted – y todos lo sabemos – *maestro de maestros*. Nosotros nos atrevemos a decir, desde nuestra América morena, que desde hace mucho tiempo Usted se ha convertido en el *sumo pontífice* del derecho procesal constitucional, forjado en el siglo XX y en cuya estela su pensamiento hoy se proyecta al siglo XXI; y no por algo, desde sus primeros trabajos, que datan de medio siglo hasta la actualidad, han delineado y consolidado lo que otrora fuera una incipiente disciplina; hoy, con las grandes vigas maestras de su granítica reflexión, la han convertido en la disciplina procesal del siglo XXI. Ya el eclesiastés expresaba: “No contengas la palabra cuando sea oportuna, y no escondas tu sabiduría por vanagloria”. Y creemos que los caminos

andados y por andar serán para la gloria de una ciencia y para la alegría de una comunidad de académicos que celebramos este justo homenaje a su vida y a su persona; y, sobre todo para el caminante y ciudadano común, que ven tutelados sus derechos, a partir de las herramientas procesales que hoy forman los procesos constitucionales, materia propia del derecho procesal constitucional; y del cual Usted ha desvelado sus horas investigando, reflexionando y luego llevando al lenguaje escriturario, bajo el arsenal fino y erudito de toda una bibliografía antigua, clásica y contemporánea. No está demás señalar que hoy, quien quiera escribir o investigar sobre y a partir del derecho procesal constitucional, debe inexorablemente sumergirse en su oceánico pensamiento, que hoy cubre ya cincuenta años con su infatigable pluma en ristre.

Ya fray Diego de Estella expresaba: “Querer saber solamente por saber, es curiosidad; querer saber por ser conocido, es vanidad; querer saber por adquirir honras y riquezas, es torpe ganancia; querer saber por mejor servir a Dios y edificar al prójimo, es virtud”. Y esto último es lo que ha hecho: servir al prójimo a partir de su ciencia puesta al servicio de las causas más sublimes y nobles, como es el batallar por la vigencia efectiva de los derechos humanos. Hace buen tiempo señalábamos, junto con el profesor José F. Palomino Manchego, un boceto de vuestra heterodoxa personalidad académica, que bien puede quintaesenciarse en las siguientes facetas y que en todas brilla con luz propia: investigador, maestro, publicista, traductor, divulgador, magistrado y congresólogo; si bien dichas facetas no pueden escindirse en tanto constituyen la integridad de su persona y de su ciencia.

Bien merece aquí dedicarle un rocío pletórico de letras que expresen y trasuntan el sentimiento de los que lo admiramos, respetamos y queremos. Y así, podría Usted expresar estos versos y que los con-militones del derecho constitucional y procesal constitucional pueden hacer suyos en este justo homenaje y aniversario de sus cincuenta años como investigador. Así, como diría Walt Whitman:

Me celebro y me canto a mí mismo.

Y lo que me atribuyo, también quiero que os lo atribuyáis,

Pues cada átomo que me pertenece también os pertenece a vosotros.

Vago e invito a vagar a mi alma.

Vago y me tumbo a placer sobre la tierra,

Para contemplar una brizna de hierba estival.

Mi lengua, cada molécula de mi sangre emanan de este suelo, de este aire.

He nacido aquí, de padres cuyos padres nacieron aquí y cuyos padres también nacieron.

Es Usted hijo de un gran país que es una gran Nación. De allí lo monolítico de este México siempre *¡lindo y querido!* En su persona bien pueden reflejarse estas hermosas letras heráldicas de México y de toda nuestra gran nación latinoamericana "*por mi raza hablará mi espíritu*"; y bien puede afirmarse que por su espíritu hablará nuestra raza.

Vayan estas sencillas líneas, pero con un gran sentimiento de quienes nos consideramos discípulos suyos y que lo admiramos cada vez que abrimos uno de sus tantos libros y que nos infunden la comprensión y el entendimiento de una gran parcela en las ciencias jurídicas como es el derecho procesal constitucional, llamada a ser la *primus inter pares* de las diversas ramas del procesalismo clásico como contemporáneo; y todo ello, con miras a que los seres humanos afirmen el respeto a sus derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales, y del cual Usted, don Héctor Fix-Zamudio, ha realizado aportes cosmopolitas y ecuménicos al pensamiento occidental. No quisiera cerrar estas breves líneas de homenaje que el Tribunal Constitucional le otorga hoy en esta bella ciudad de Arequipa, sin expresar nuestra sempiterna admiración al maestro y a los gratos recuerdos de haber conocido al hombre en su cotidianeidad de vida, desde el Instituto de Investigaciones Jurídicas en donde, a la sazón, es usted Presidente honorario y vitalicio del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Trujillo, Perú, 14 de febrero de 2007

Día de San Valentín

LOS 91 AÑOS DE LUIS ALBERTO SANCHEZ*

El 12 de octubre del presente año, Luis Alberto Sánchez cumplió 91 infatigables y lúcidos años en el reino de este mundo. Llega así, el hoy único superviviente de la “generación vetada” o del “centenario” remontando una multifacética vida llena de una cantera inagotable de experiencias en la vida política y cultural de la Nación y de Latinoamérica.

1. Yo soy la botella al mar de mi generación

Luis Alberto Sánchez, pertenece como se sabe, a la generación del “centenario”, entre los que se encuentran a Antenor Orrego, César Vallejo, Víctor Raúl Haya de la Torre, José Carlos Mariátegui, Pedro Beltrán, Alberto Hidalgo, Manolo Seoane, José León Barandiarán, Carlos Manuel Cox, Jorge Basadre, Jiménez Borja, Porras Barrenechea, Luis Valcárcel: Artemio Ocaña, Ángela Ramos, César Falcón, Lizardo Alzamora Silva entre otros.

Esta generación es quizá la más numerosa, abigarrada y heterodoxa, la menos compacta pero la más fecunda. Se caracteriza por asumir diversas vertientes ideológicas que allí se anidaron. Surgió decidida a romper la hegemonía oligárquica en materia política; surgió contra la continuidad colonialista en las artes; contra el privilegio latifundista en la economía y las prerrogativas de casta en la educación.

Esta “generación vetada” -cuya paternidad del nombre corresponde a Raúl Porras- expresó una actitud política y social de sus integrantes que no disfrutaron de la suerte de la “generación arielista”, pues ésta sí gozó de todas las canonjías oficiales. El propio Luis Alberto Sánchez ha destacado que esta bipolaridad ideológica de sus caudillos, tuvo como común denominador el de escuadriñar el pasado nacional, pero buscando su consonancia con el presente y su utilización para el futuro; lo mueve también un vigoroso anhelo de justicia colectiva y de “emoción social”, utiliza un lenguaje plástico, a menudo galicado y con marcada dosis de ironía; juega con ideas generales tratando de aplicarlas a la realidad peruana; cuida de la exactitud de su información; no puede

* Artículo publicado en el diario *La Industria* de Trujillo, el 12 de octubre de 1990.

ocultar cierto regusto erudito, heredado de los arielistas, con quienes la generación de LAS, en rigor no rompió.

2. Perfil Biográfico

Fue hijo de don Alberto Sánchez y doña Margarita Sánchez (primos hermanos). Nació con el siglo. En realidad debió ser el segundo hijo, pues el ansiado hermano que nunca tuvo, Manuel, nacido en 1896, lamentablemente falleció al nacer; el destino (en realidad las adversidades económicas de entonces) quiso que fuera el hijo único. Su educación primaria y secundaria los realizó en el Colegio llamado antiguamente de los "Sagrados Corazones" (La Recoleta): había empezado a saborear su bohemia literaria antes de los 16 años. Ingresó a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en marzo de 1917. Entre sus compañeros de promoción destacan dos juristas: José León Barandiarán y Lizardo Alzamora Silva. Tuvo diversos profesores, pero el propio Luis Alberto reconoce a su padre y al sacerdote Plácido Ayala, como los que le inculcaron la vocación de escritor. El Padre Plácido Ayala, profesor de La Recoleta, fue uno de los precursores de entonces, en la enseñanza moderna del castellano. En la Universidad, fue la personalidad del filósofo Deustua, entre otros que influyeron para su vocación sublime, del magisterio de la docencia universitaria.

3. La sabrosa vida multifacética

Desde el punto de vista objetivo, Luis Alberto Sánchez ha tenido ese raro privilegio que otorga las circunstancias de la vida; haber sido testigo de cuantos hechos han acaecido en la vida nacional. Quien pueda leer sus *Memorias de un peruano del Siglo XX*, que no es más que el testimonio personal del autor, podrá observar, como una imagen cinematográfica, el conjunto de hechos, juicios, impresiones y retratos que forman parte de nuestra historia, visto y vivido en la perspectiva de su autor.

He aquí algunos hechos objetivos que la vida le ha deparado a Luis Alberto Sánchez. Gracias a la capacidad creadora y organizativa de Víctor Raúl, la mordaz agresividad de Raúl Porras Barrenechea y al aliento innegable y no bien reconocido de José Carlos Mariátegui, figura también Luis Alberto Sánchez como uno de los impulsores de la Reforma Universitaria de 1919, la que dio frutos concretos, como la creación

de los Conversatorios Universitarios y las Universidades Populares. Ha ocupado tres veces el Rectorado de la UNMSM (1946-48; 1961-63; 1966-69), diestro parlamentario en seis oportunidades (1931-36; 1945-48; 1963-68; 1980-85; 1985-90 y 1990 a la fecha), descontándose, como veremos luego, el de diputado constituyente en 1978-79 que terminó presidiendo la Asamblea Constituyente por la enfermedad de Haya de la Torre. Ha sido sub-director de la Biblioteca Nacional de Lima (1928-31), presidente de la Delegación Peruana a la UNESCO (1946). Ha desempeñado diversas misiones diplomáticas, las que se intensificaron en el Gobierno de Alan García y en el que le cupo, en su calidad de Vice-presidente de la República, ocupar el cargo de la Presidencia por 20 veces. Fue desterrado en 1932-1933, 1934-1945 y 1948-56.

Con todo, y dentro de estas forzadas ausencias, ha viajado intensamente dictando clases y conferencias en diversas universidades de América, Europa y Asia Menor. Ha sido presidente de la Asociación Nacional de Periodistas del Perú (1930). Desde 1927 a 1969 fue catedrático de Historia y Literatura Americana en San Marcos. Entre otros actos de justicia que se le ha hecho en este lustro a Luis Alberto Sánchez fue el de haberse incorporado a la Real Academia de la Lengua, tantas veces postergado. Desde su famoso "Cuaderno de Bitácora" como periodista, o como orador en su escaño parlamentario, dejó caer el verbo y su palabra como un rayo fulminante. A decir de Antenor Samaniego: Alborotó cotarros, tertulias y capillas con el fino florete de su ironía y el acústico racimo de sus epítetos.

4. Su producción bibliográfica

En un destacado trabajo de Vidal Galindo O. *Contribución a la bibliografía de Luís Alberto Sánchez* (UNMSM, Lima, 1963), existen más de dos mil fichas de libros, folletos y artículos de Luis Alberto Sánchez. Según los académicos -y esto lo reconoce el propio Luís Alberto Sánchez- sus obras fundamentales se pueden clasificar hasta en cuatro rubros: a) temas americanos y peruanos; b) biografías; c) temas literarios generales; y d) educativos en general. A nuestro criterio, cabría lícitamente incorporar un no menos descollante rubro, guardando obviamente las distancias del caso: el de su producción en el terreno del derecho constitucional, el que esperamos en algún momento escribir algo al respecto.

CARTA DE UN PROFESOR PARA SUS ALUMNOS DE DERECHO*

Aquel que se adelanta al tiempo, morirá sin remedio; aquel que se atrase al tiempo, morirá sin remedio.

Hay un día para nacer y un tiempo para morir.

Hay un tiempo para ir de pesca y otro para secar las redes. Sé hoy feliz. El final está más cerca de lo que crees.

Proverbio Chino

Cajamarca, 28 de agosto de 2001

Querido Alumno:

Te parecerá extraño que te dirija esta carta; pero ya que se inicia este ciclo deseo expresarte algunos sentimientos míos, no sé si los podrás tomar como profesor o como amigo, yo prefiero esto último.

Todo tiene su tiempo y todo tiene su hora (Eclesiastés, 3,1)

Efectivamente, deseo fervientemente de todo corazón que sepas que tienes una serie de derechos en tu condición de alumno; pero también tienes una serie de *obligaciones* contigo mismo, pues, algún día vas a ser *Abogado* y quiero que sepas que tanto los tuyos como nosotros, en nuestra condición de profesores, deseamos que seas un *abogado triunfador*. Eso depende sólo de ti; la Universidad te encamina, te orienta, te forma, te ilustra, pero el largo camino que habrás de superar es un reto exclusivamente tuyo.

En consecuencia, todo tiene su tiempo. Por ahora, debes dedicar tu tiempo en formarte. Verdad es que para construir el futuro es imprescindible cimentar el presente. Pero no es menos cierto que sólo edificando el presente con visión de futuro, será útil lo que hagamos, no sólo

* La presente carta fue elaborada bajo nuestra condición de ser entonces Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, de Cajamarca, en el año 2001.

para salir del paso ahora, sino para preparar el camino que habremos de recorrer en el porvenir.

Recuerda que el tiempo es el único capital de aquellos que sólo poseen la fortuna de su inteligencia. Y si bien es un mérito bien raro saber juzgar con cordura los tiempos a que se pertenece, ubícate en tu tiempo. Por otro lado cuida de los minutos, pues las horas ya cuidarán de sí mismas. No es el tiempo lo que nos falta, somos nosotros los que les faltamos. Aprovecha pues el tiempo que vuela tan a prisa. Un minuto que pasa es irrecuperable.

1. Cada día tiene su afán: aprovéchalo y trata de cumplirlo

Si bien cada día tiene su afán, mientras seas estudiante y luego cuando seas profesional y por el resto de tu vida, habrás de estar intermitentemente aprendiendo y conociendo. Os recomiendo que valores tu tiempo. Estudia y estudia mucho; no seas simplemente estudiante por el hecho de estar en una Universidad, empéñate en ser estudioso.

Si bien la Biblia dice: “el mucho estudio es fatiga de la carne” (Eclesiastés 11, 12), tampoco te fatigues tanto de allí que disfruta también de la cotidianidad de la vida. Nadie sabe lo que tiene, hasta que lo pierde, no pierdas pues la gloria de la juventud. El tiempo es justiciero y pone cada cosa en su lugar.

2. Entre la TV y la lectura

Sabes, en los últimos tiempos me siento afligido: el tema de la adicción a la lectura que deben tener o deberían tener los estudiantes y en especial los de Derecho no se manifiesta en forma halagüeña-, y ello porque la TV y el Chat roban el tiempo. De allí que os recomiendo que debes trazarte la meta de leer diariamente 1 hora luego, 2 horas y así sucesivamente cualquier libro; no leas sólo para tu formación textos de Derecho, aunque, esto es vital, lee también buena literatura; lee y aprecia con deleite la maravilla de los buenos libros, cultiva tu espíritu en la poesía. Descubre el misterio de la vida a través de la reflexión y la contemplación que dan las letras. La TV es buena no lo niego, te informa y te entretiene; pero normalmente la TV da sólo una visión de la realidad y no te forma en la reflexión, en el análisis; muy por el contrario es ses-

gado, manipulador, genera una cultura consumista y un joven como tú no puede ni debe perder tiempo en la cultura del ocio sólo y para la TV, pues ella no educa.

3. **Supera tus aflicciones**

No te aflijas por aquellas cosas que no has podido vencer. Persiste y habrás de vadear y superar los obstáculos. ¡Ay! Que vida sería ésta, si en el reino de este mundo no habría piedras en nuestro camino. ¡Tremendamente aburrido!

A veces se siente más angustia esperando un placer que sufriendo una pena. Más nunca desespere. Pero si a ello llegas, sigue trabajando a pesar de la desesperación. Después de todo no hay hombre en el mundo sin tribulación o angustia, aunque sea rey o Papa. Una de las claves del éxito en la vida es que puedes tener desesperación, pero nunca llegues a la resignación, sobre todo si es por fracaso.

Y hablando de fracasos, éste enseña al hombre algo que necesita aprender. Un fracasado es un hombre que ha cometido un error pero no es capaz de convertirlo en experiencia. En realidad, hablando de aflicciones y fracasos, en el fracaso hay siempre una oportunidad nueva. En la aflicción un reto a tu carácter. Después de todo, solamente está exento de fracasos el que no hace esfuerzos.

4. **¿Cómo estás con tu autoestima?**

Los entendidos dicen que la autoestima importa conocerse a sí mismo. Me recuerda esto la frase de Sócrates: "Conócete a ti mismo". En efecto de vez en cuando utiliza la autoobservación pues ello permitirá una conciencia más ecuánime de sentimientos apasionados o turbulentos (Daniel Goleman: *La inteligencia emocional*, Javier Vargas, Edit. 1996, p.68)

Pero te hago con franqueza la pregunta: tú autoestima ¿Cómo la tienes? Autoestimar es eso: quererte a ti mismo. Hay veces que, de pronto, amanecemos con baja autoestima y hay un enemigo interno que nos dice al oído cosas negativas: "no hagas eso", "tú no puedes", "tú no vales", "no te respetan", "no te quieren". Pero debes desechar todo ésto, afirma siempre un sentimiento positivo de ti mismo.

Siempre suelo decir algo a mis alumnos; así como se los digo a las personas a quienes yo quiero: a) toda persona debe *tener seguridad*, b) saber lo que quiere; y c) (esto último va para las chicas) que nunca dependan económicamente de un hombre, sobre todo si es el marido.

Por lo pronto para que tengas seguridad debes sacrificarte mucho, y ello lo consigues ilustrándote: la ignorancia es igual a inseguridad; el conocimiento, todo lo contrario.

5. El Abogado en el Perú de Hoy

Y ya que sabes lo que quieres en tu proyecto personal de vida, quiero decirte que si decidiste estudiar Derecho, la cosa no es tan fácil; pero tampoco es difícil.

Mejor dicho, si lo tomas por el lado positivo: ¿No te parece hermoso estar formándote para que algún día pongas tus conocimientos en el prójimo, que luches por la justicia, por la verdad, por los valores? A estas alturas, debes ir estimando que la Universidad, tiene un perfil profesional excelente para el Abogado del nuevo Millennium. Pero la Universidad sólo te forma y orienta, la decisión será tuya si, desde ahora, te preocupas por alguna especialidad. Hoy ya no se puede ser abogado "todista". El mercado ocupacional es tan competitivo que tienes que saber en qué especialidad debes desde ya ir preparándote.

6. Estudio y Juventud

Quiero, desde una posición laica hacerte llegar algunas reflexiones que me parecen importantes, al menos yo lo considero así, sobre la juventud. Su Santidad se interroga: ¿Qué es la juventud? "No es sólo un periodo de la vida correspondiente a un determinado número de años, sino que es, a la vez, un tiempo dado por la Providencia a cada hombre. Tiempo que se le ha dado como tarea durante el cual busca, como el joven del Evangelio, la respuesta a las interrogantes fundamentales; no solo el sentido de la vida, sino también un plan concreto para comenzar a construir su vida (Cfr: Juan Pablo II: "Cruzando el Umbral de la Esperanza" Edit. Norma, 1994, p. 138)

Empieza pues a construir gozoso tu vida con plenitud del estudio, de las ansias de aprender y de invertir tu tiempo para el mañana.

Afirma en tu vida una cultura de paz, pero no dejes de ser crítico; afirma una cultura de confianza, mas no aceptes las verdades como dogma, en esta vida todo es relativo.

7. ¿Y tus sentimientos?

Acabo de leer un buen libro que se titula “Diccionario de los sentimientos” (Cfr: José Antonio Marina y Marisa López Penas, Anagrama, Edit., Barcelona; 4ta Edic, 2000) y veo que nosotros los seres humanos tenemos sentimientos muy poco sentimentales; a medio camino entre las sensaciones físicas y las experiencias afectivas.

Sin embargo hay veces que en las 24 horas las personas solemos tener manifestaciones complejas de nuestros sentimientos y así discurre con furor estado de calma y de desasosiego; entre el amor y el odio (o el fracaso del amor); la ira, la diversión y el aburrimiento, la gran preocupación por el futuro, el miedo y el valor; la tristeza, la alegría y la felicidad, las venturas y desventuras (propias y ajenas), la evaluación de los actos ajenos, la evaluación de uno mismo (orgullo, vanidad, vergüenza, timidez, desvergüenza, culpa, arrepentimiento).

¿Verdad que hay veces que aflora toda esta compleja red de sentimientos? No te preocupes, esto es normal.

Raro y celestial don, el que sepa sentir y razonar al mismo tiempo. Normalmente se conoce el corazón del hombre por lo que hace y su sabiduría, por lo que dice. Pero todo esto es tan complicado que si discutiera la cabeza y el corazón, acabaría por decidir el corazón: la pobre cabeza cede siempre, porque es la más prudente.

Pretendo, querido (a) amigo (a) darte a través de esta carta mis sentimientos, no ideas. Pues, no es con una idea como se persuade a un hombre o a una mujer, sino con un sentimiento. Y, aunque nuestros pensamientos más importantes son los que contradicen nuestros sentimientos, como afirma Blaise Pascal “el corazón tiene razones que la razón misma ignora”.

En síntesis, que bueno sería que tu formación y tu razón se haga adulta; pero ojalá que tu corazón permanezca siempre como el de un niño.

8. Para Terminar: y volvemos al tema de la educación

Bill Gates (“Camino al Futuro”, Mc Graw Hill. Edit., 1995, p. 181 y ss.) señala que la educación es la mejor inversión. Bien sea que trabajes o que tus padres cubran los gastos de la Universidad, ten siempre en cuenta que estás desarrollando un proyecto de vida para el futuro y ello se obtiene a través del aprendizaje que no es, como sabrás, algo que se limite a las aulas o que tenga que efectuarse obligatoriamente bajo la supervisión de profesores. Hoy las autopistas de internet dan vértigo y no podrás quejarte del acceso a la información. Sin embargo, me resisto a pensar que los libros sean sustituibles o prescindibles. En realidad os aconsejo que hagas el esfuerzo de adquirir, poco a poco, libros de cada materia. Ello te producirá seguridad, pues tienes el conocimiento a la mano.

9. Sé líder

Proponte ser un líder, para ello gobierna tus pasiones; esmérate en no dilapidar tu tiempo. Pero tampoco te esclavices para todas las responsabilidades. Claro, Jorge Luis Borges tiene un bello poema que no recuerdo bien pero dice que si volviera a empezar, sería menos inteligente, disfrutaría más de la vida, de esas pequeñas cosas; etc., etc. Pero, yo me pregunto: ¿Cómo no disfrutar de la vida afirmando tu propio proyecto de vida?

Piensa que vas a ser un líder y prepárate para ello.

Finalmente, deseo para terminar que tengamos una cultura de confianza, de tolerancia; la Universidad probablemente sea uno de los pocos reductos donde se afirma el sentido de la vida, a través de la formación de los futuros profesionales; para ello, tendrás en mí más que una autoridad, un amigo.

Al inicio del ciclo, tan sólo quería expresarte estas líneas; sé que las vas a tomar con buena voluntad.

Un fraternal abrazo.

CARTA A UNA PROMOCIÓN DE ABOGADOS*

Estimado colega:

Quiero en primer lugar agradecer este gesto de gratitud que han tenido ustedes, otrora alumnos míos de pregrado y que se inician ya como flamantes abogados. Y quiero corresponder este agradecimiento de llevar vuestra promoción mi nombre, con unas breves reflexiones, dichas acaso al desgaire pero con sentimiento de su antiguo profesor y hoy ya colega.

La vida, queridos amigos, tiene diversas etapas en todos los géneros y ciclos biológicos de los seres vivientes. Ustedes están terminando un ciclo e inician otro más fecundo. Al reino de este mundo venimos todos, y cada uno debe cumplir una misión, un rol; pero estoy seguro que todos, sin excepción debemos luchar por algo sublime que es la felicidad de uno mismo y del prójimo. Dar felicidad, presupone previamente que uno esté imbuido de esa estela. La *National Geographic* en su versión de enero de este año anuncia en su portada que este año la población mundial llegará a 7000 millones de habitantes ¡Qué cifra tan perturbadora!

No obstante este perturbador dato; ello no impide ver que cada persona tiene toda una historia que vivir y contar, así parezcamos un simple grano de arena en un inconmensurable desierto. En el caso de todos nosotros, hay una hermandad común. La afición y el estudio, así como el ejercicio de una profesión en el mundo jurídico, y que va a ser parte de vuestra vida cotidiana.

La realidad es una sola, pero ello es en sí pluridimensional y multifacética. Hay una porción de ella que es el encausamiento de nuestras conductas de acuerdo a determinados patrones normativos, y es allí donde todos los profesionales en el Derecho nos dedicamos a entenderla, comprenderla y estudiarla.

Existe en la práctica del abogado y de todo profesional en esta disciplina una lucha por la justicia. Esta palabra - la justicia - ha estado permanentemente siendo buscada desde los albores de la humanidad y seguirá luchándose por ella *per saecula saeculorum*.

* Esta carta se redactó e individualizó su entrega a cada uno de nuestros alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo, cuya promoción de 2011 lleva mi nombre.

Os convoco a que cada uno de ustedes afirme su nueva etapa de vida como proyecto permanente, cual es la de afirmar y construir su carrera profesional con éxito. Nunca duden de que, por encima de cualquier adversidad, ustedes son personas que deben luchar contra diversas inequidades; pero al final de cada batalla, la hayan ganado o no, ya es de por sí una victoria, porque la lucharon.

Seguid leyendo y seguid estudiando, fórmense en una especialidad y sean los primeros en ella. Nunca se olviden de leer también poesía, lean siempre literatura, que seguramente les va a dar carácter y reciedumbre en una profesión tan incomprendida como es el Derecho. Siempre es bueno leer y estudiar como que si nunca nos vamos a morir y vivamos a la vez como si fuera el último día de nuestro epitafio de vida.

Yo no sólo les puedo decir cual Couture, que luchen por el Derecho y que si encuentran conflicto entre el derecho y la justicia, que luchen por la justicia. Os les digo también que luchen por sus convicciones. No sucumban ante la sensualidad inmediata de lo crematístico. El ser un abogado de éxito no se mide necesariamente con el ingreso y el dinero. No, se mide por el bienestar que nuestra profesión otorga y lleva justicia y felicidad a los demás que nos convocan.

Nunca he sido un académico que imposta sapiencia como los hay muchos, nunca he sido un correcto profesor, políticamente hablando; al contrario, he tenido mil defectos y disculpenme por mi eventual impuntualidad, las clases impartidas con cierta irreverencia, pero nunca jamás podrán cuestionar dosis de humor y real conocimiento de lo que ocurre en el mundo científico donde se imparte la cátedra, pues ésta es, a no dudarlo, la verdadera razón de un buen catedrático.

Yo, queridos alumnos, no soy hombre de fortuna ni dinero; pero si de fortuna hablamos es la espiritual, como esta gratitud y agradecimiento que ustedes me otorgan como arquetipo en vuestra promoción.

Quiero terminar deseándoles a todos y cada uno de ustedes, éxitos personales, familiares y profesionales y mi sempiterna gratitud a todos y cada uno de ustedes, esperando que cada año de un día como hoy nos podamos reencontrarnos para departir el sentido de la vida.

Un cordial y espiritual abrazo.

Trujillo, 29 de enero de 2011

LLEGAR A LOS 45 AÑOS: UN ALTO EN EL CAMINO*

Aunque Alejandro Dumas, hijo, sostuvo en su momento que la vida humana se halla dividida en dos fases distintas: los primeros treinta y cinco años son para la experiencia, y el resto, para el recuerdo, en realidad, creo que toda la vida es una permanente experiencia que va desde la cuna hasta la tumba. Y si bien cada instante de la vida es un paso hasta la muerte, la vida no es más que una continua sucesión de oportunidades para sobrevivir. Y no podría ser de otra manera, porque siempre, todos, sin excepción, evaluamos la vida, comprendiéndola hacia atrás, pero únicamente puede ser vivida hacia delante. Atrás, lo que pasó, pasó.

1. **¡PERO LA VIDA ES CORTA: VIVIENDO TODO FALTA, MURIENDO, TODO SOBRA!**

Así expresaba Félix Lope de Vega; sin embargo, como afirmaba Thomas Jefferson, "El arte de la vida es el arte de evitar las penas". Y he aquí que esta irreverencia de hacer un alto en el camino para mirar con asombro, cómo uno llega, de pronto, a cuatro décadas y media. Llego, debo confesarlo, con diversos dolores, felizmente son sólo del cuerpo, no se si Dios nos habrá de dar algunos años más de vida, pero espero tener sólo dolores del cuerpo y que ellos no sean fuertes. En lo personal, me parece toda una tragedia griega, tener dolores del alma.

Estoy convencido de la certeza y veracidad de esta apreciación de ROUSSEAU: "Es muy difícil pensar noblemente cuando sólo se piensa en vivir. Los hombres dicen que la vida es corta y yo veo que se esfuerzan para que así sea". Es por eso que tenemos que vivir y no sólo existir.

Llegar a cuarenta y cinco años, en perspectiva del hombre antiguo, resultaba ya ser viejo; y en la perspectiva actual, los que tienen la "base seis o siete", es apenas una juventud; mas no sé, lo único que me interesa es que, en los años que Dios nos otorga los siga llevando como hasta ahora, con salud en apariencia buena, y con algunos achaques de mi sedentaria vida por los libros y mi impostergable siesta de la tarde.

* Publicada en el *Diario Nuevo Norte*, de Trujillo, el 10 de septiembre de 2003.

2. AGRADECIMIENTO Y PERDON

Quiero agradecer al Altísimo, por todo lo que hasta ahora me ha dado: la salud, la salud y la salud. Esto es una buena bendición, creo que lo demás viene en forma progresiva; y si no viene, ¡qué importa! Vale lo primero y es lo que más importa, y en segundo lugar el trabajo.

Quiero también pedir perdón a mi familia toda, por el tiempo que no les doy, a mi anciana madre de mi natal Sullana, igualmente a mis amigos, que siempre perdonan mis defectos; quiero agradecer a mis leales acreedores; creo que sin ellos la vida sería no tan placentera. Quiero que me perdonen los curas, porque desde mi primera comunión nunca más me he confesado. Sin embargo ya no siento remordimiento por ello. Y sobre todo, quiero pedirle perdón a mi propio cuerpo, por el trajín de vida que le doy. Hay veces, que dan tremendas ganas de mandar al diablo todo, y cumplir lo que expresaba Fray Luis de León:

¡Qué descansada vida
la del que huye del mundanal ruido
sigue la escondida
senda por donde han ido los
pocos sabios que en el mundo han sido!

3. TIEMPOS VELOCES

Recuerdo con mucha alegría, en mi Sullana nativa, las lecturas de las revistas llamadas “cómic”; ahora todo lo que yo de muy niño leía, mi hijo de nueve años lo ve por televisión. No sé si envidiarlo por la tremenda tecnología que ahora existe, o compadecerlo, porque mis viejas revistas, creo, eran mejores que la televisión. Sin embargo debo confesar que de todos los pliegues y repliegues de lo que he leído y lo que me falta leer, espero con deleite un buen sábado para leer la creación de Pepo: *Condorito*. Sigo teniendo mi adicción por el cine, aunque hay veces me produce claustrofobia. Son tiempos tan veloces los que se viven, que siempre veo con un asombro de niño las cosas malas y buenas que ocurren. Me da mucho gusto que los viejos en el cuerpo, y jóvenes en el espíritu, puedan reanimar el vigor de su virilidad; me da grata felicidad

que las mujeres puedan en algún momento estirar su piel y también iniciar un "segundo debut" claro, el problema no más es el dinero.

Siempre me seguiré asombrando la red de la informática, los ordenadores, la INTERNET, *¡Es una gran felicidad vivir estos tiempos!* Pero también me deprimen muchas cosas; la maldad sigue siendo para mí, algo que nunca entenderé, pues, desde el punto de vista teológico-cristiano, nada se mueve sin la voluntad de Dios.

4. ADMIRACIÓN POR LA VEJEZ

Debo confesar que he aprendido a admirar a la vejez; pues como ha sostenido Henri Frederic Amiel "Saber envejecer es una obra maestra de la sabiduría, y una de las partes más difíciles del gran arte de vivir". Sin embargo, trato de huir de muchos viejos tiranos. Y aunque la autoridad es el ornamento de la vejez; admiro a muchísimos maestros en el mundo académico.

5. ALEGRÍA POR LA JUVENTUD

"La juventud es una joya que no está en venta", este adagio anónimo es tremendamente cierto, la juventud, la niñez expresan lo maravilloso de la vida. No obstante, anota Herbert Asquith, "La juventud sería el estado ideal si llegara un poco más tarde". Se ha dicho que, en la juventud está siempre el aprendizaje, y en la vejez el entendimiento; pero, a veces ello ocurre al revés.

Cuando alguien cumple un año más de vida es una ganancia más en el tiempo y paradójicamente un acercamiento más a lo inevitable; sin embargo la dicha de vivir viviendo sin saber cuando uno habrá de despedirse es lo más extraordinario que le pueda ocurrir a un hombre libre y no condenado a una muerte. Agradezco pues a Dios, aun con ciertos achaques de estar viviendo tiempos extraordinarios, con todas sus grandezas y tragedias

2000 AÑOS DE CRISTIANDAD*

Hoy te recordamos, como hace 2000 años lo hace la humanidad; muchos con la devoción de afirmar la esperanza en el camino trazado; otros por las veleidades del consumismo que hoy nos azota, y – cuando no – los poderosos con el cinismo de la cristiandad farisea. Naciste para afirmar la paz dentro de la naturaleza conflictiva y guerrera del hombre, naciste para dar amor, dentro de los odios y rencores de la humanidad. Naciste para salvar y redimir de la sempiterna postración del hombre.

Tu nombre sabe a misericordia; y nuestra vida no tiene sentido si no tiene como fuente la revelación de tu signo divino y piadoso.

Y sin embargo, trocamos el camino por los predios perdidos del egoísmo, de la vanidad, de la indolencia humana. ¡Ay Señor!, pasión inútil es el camino sin ti.

El misterio de la vida es el hombre: pero el hombre es el misterio de ti, Señor, pues al nacer en Belén el Hijo de Dios hecho hombre, nosotros, los hombres de barro, encontramos el sentido de la vida en tu sacrificio.

Pasar revista a los últimos años, Señor, nos genera un sentimiento contradictorio, pues cuán cierto es lo que dice un gran científico “El hombre encuentra a Dios detrás de cada puerta que la ciencia logra abrir” (Einstein). Y así la ciencia despliega inventos y descubrimientos que no hace más que confirmar el infinito misterio de la vida y de la naturaleza. Pero al lado de lo extraordinario, la humanidad ve la otra orilla; el desvarío del odio, sigue siendo el hombre lobo del hombre. ¿Dónde está la solidaridad, la fraternidad, allí donde está el necesitado? ¿Dónde la paciencia y cautela, allí donde reina el peligro y la temeridad? ¿Dónde el amor en los meandros resbaladizos del odio y la amargura?

Que esta noche señor, los hombres tengan sosiego,

Que esta noche, Señor, los desvalidos sean fuertes

Que esta noche y todas las noches, Señor, sean noches buenas y mañanas de esperanzas.

* Publicado el 24 de diciembre de 2000 en el Diario *Nuevo Norte* de Trujillo.

Que la belleza de tu luz alumbre las tinieblas de los gobernantes.

Que los niños mantengan siempre la sonrisa de ternura y de inocencia.

Que los odios ancestrales de los fundamentalismos encuentren algún día el equilibrio de la convivencia humana.

Amén.

ENTRE LA FORTUNA Y LA DICHA*

Queridos colegas y hasta hace poco otrora alumnos de la Escuela de Pos Grado de la UNMSM y que también desde hace un bienio esta cuatri centenaria universidad me cobija en sus aulas:

Quiero en estas breves líneas de saludo a todos y cada uno de ustedes, expresar mi sentimiento de nostalgia y cariño de compartir unas breves reflexiones que me agolpan en el corazón. Cuando uno viene al reino de este mundo; a la postre viene para luchar por ser feliz y desde luego, dar felicidad a los demás. Este *desiderátum*, aparentemente ilusorio, hoy enfrenta retos que la filosofía pretende racionalizar en explicaciones de diversa índole; José Antonio Marinas, un eminente pensador español, en una de sus obras titulada “*Las Arquitecturas del Deseo*” señala que vivimos una “ideología del deseo”, como clave para entender la cultura actual que es una cultura de la “avidez y de la insatisfacción”. A ello se suma nuestro nobel de literatura, Mario Vargas Llosa, que ubica también una ideología de sensualidad en el ser humano, calificando a las actuales sociedades contemporáneas como civilizaciones del espectáculo.

En estas líneas de reflexiones el físico Stephen Hawkin y Leonard Mlodinow han puesto en evidencia que “cada uno de nosotros existe durante un tiempo muy breve, y en dicho intervalo tan sólo explora una parte diminuta del conjunto del universo. Pero los humanos -agregan

* Carta leída en la ceremonia de graduación de los alumnos de la promoción 2011 “Jorge Satisvevan de Noriega” de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos), en nuestra condición de padrino de promoción.

estos físicos- somos una especie marcada por la curiosidad. Nos preguntamos, buscamos respuestas". Fernando Savater, otro Filósofo Ibérico, en su última obra *Ética de urgencia*, que es una obra recentísima, que complementa después de veinte años su obra *Ética para Amador*, narra una anécdota sobre Bertrand Russell. En efecto, le preguntaron a este filósofo y nobel de la literatura: "si le dieran a escoger entre saber más o ser feliz, ¿Qué preferiría?". Russell respondió: "es extraño, pero preferiría seguir aprendiendo".

Vienen estas reflexiones un poco al desgaire, pero que enlazan con esta velada de graduación. Creo que todos ustedes, queridos colegas, cuando asumieron el reto de estudiar un pos grado supuso un sacrificio que hoy llega a buen puerto y ello afirma la vocación natural de aprender y aprender más y más y hoy ustedes tienen un tesoro espiritual invaluable que es el *grado académico* que va a permitirles en el mundo actual asumir con mayor ventaja las competencias y especializaciones en un mundo cada vez más difícil y complejo.

No obstante, en este mundo, para ser felices, anota Savater hay que arriesgar; y precisa que los ideales humanos se parecen al horizonte. "Nadie puede alcanzar el horizonte, pero podemos andar hacia él y merece la pena encaminarse hacia allí, porque sólo así avanzamos como persona, como sociedad y como especie".

De mi parte y ya para terminar estas disquisiciones quiero señalar ya en el plano del Derecho, de la Filosofía y de la Política que en el mundo existen tres insentivos que acompañan la cotidianeidad de la vida del hombre en la sociedad y que rigen la totalidad de las relaciones humanas: el amor, la fe y el poder. En el arcano del tiempo la historia pasa siempre revista de que esta trimembre vinculación ha estado siempre presente de una manera misteriosa. Así el poder de la fe mueve montañas y el poder del amor es el vencedor en todas las batallas; pero es en el hombre el amor al poder y la fe al poder. Loewenstein expresa que la historia muestra como el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hombre y como el poder a su miseria. No obstante, traten de luchar por ser felices, no sólo en términos personales o egocéntricos sino de dar felicidad al prójimo que es mayor dicha y de contribuir a engrandecer al país con sus aportes y talento; y cuando en el andar de la vida se les presente la disyuntiva entre el poder y la gloria, luchen por la felicidad; y cuando se les presente la disyuntiva entre ser afortunados y ser

dichosos, luchan por ser dichosos. El afortunado tiene poder, pero busca la gloria y no la encuentra; y el dichoso no necesita ni el poder ni la gloria, a su modo es feliz y da felicidad; el afortunado tiene dinero y puede comprar *casi* todo; el dichoso es feliz porque no necesita lo que quiere el afortunado, el afortunado puede tener una enfermedad y cubrirse con grandes médicos, el dichoso no necesita médicos, pues no tiene enfermedad alguna. Lapidariamente Herodoto en su trabajo de historia señala que hay que ver como muere un poderoso para ver si fue dichoso.

Queridos colegas sean felices y den felicidad a través de su trabajo y a todos os deseo los éxitos y que siempre sean dichosos en el reino de este mundo.

Lima, 16 de marzo de 2013

SEXTA PARTE

ENTREVISTAS Y DIÁLOGOS
CONSTITUCIONALES

CUESTIONARIO SOBRE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL*

PREGUNTA N° 1. ¿Cuándo tomó usted conocimiento de la existencia del concepto “Derecho Procesal Constitucional”?

Aunque la expresión ha sido conocida, divulgada y ciertamente utilizada con distintos términos, fueron los trabajos de Niceto Alcalá Zamora y Castillo donde tomé conocimiento de esta noción y que hoy es, sin duda alguna, toda una aplastante disciplina jurídica.

Don Niceto Alcalá ya delineaba esta disciplina en su conferencia *“Significado y Funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”* pronunciado el 09 de marzo de 1933 y cuya fuente está en su obra *“Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional”* (Buenos Aires, edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, pp. 503-536); si bien en este magistral ensayo aborda la génesis de la Constitución republicana de España y el significado del Tribunal de Garantías Constitucionales, en rigor, no indica la presencia de una disciplina con dicho nombre y más bien utiliza la categoría, en un ítem de dicho ensayo, *“Las partes del Proceso Constitucional”* (p. 533). Más bien, la fuente más específica que puedo identificar se encuentra en su obra *Proceso, Autocomposición y Autodefensa* (Cfr. Imprenta Universitaria, México, 1947; específicamente pp. 206 y

207) donde tomo conocimiento¹. Luego el ilustre procesalista habría de utilizarlo en diversos y sucesivos trabajos.

Aparte de la pluma del maestro Alcalá Zamora y Castillo, corresponde a su discípulo directo, don Héctor Fix-Zamudio, la segunda persona que en el mundo iberoamericano lo utiliza con el debido rigor y desarrolla hasta la fecha una permanente divulgación, hoy ya extendida en los confines de toda Latinoamérica, pese a las reticencias del pensamiento continental-europeo. En lo que atañe a Fix-Zamudio, es ya clásica su obra *El Juicio de Amparo* (Cfr. Edit. Porrúa, México, 1964); allí existen dos capítulos claves: el capítulo tercero rotulado precisamente *El Derecho Procesal Constitucional* y en la segunda parte el título "*La aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional*"; esta obra, sumada a sus "*Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*" (UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México DF, 1º edición, 1968) son las obras pioneras en el mundo hispanohablante; fuera desde luego de obras de la envergadura actual como en su "*Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*" (Cfr. Cuadernos Constitucionales México Centroamérica, UNAM, México, 2º edición, 1998), entre otras obras.

PREGUNTA N° 2. ¿Quién fue el primero que, en su país, utilizó el nombre de "Derecho Procesal Constitucional"? (si puede, debe indicar además el artículo o libro donde se usó el término, indicando fecha y demás referencias de ubicación. En caso de no saberlo, indicarlo así).

Sin disputa alguna, Domingo García Belaunde, y aquí habría que ubicar diversas fuentes en su ubérrima producción. En primer lugar, tenemos su obra "*El Hábeas Corpus Interpretado*" (Cfr. Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima, 1971, p. 445). En este libro, Domingo providencialmente expresaba lo que el tiempo le ha dado la razón, a propósito del hábeas corpus y de la disciplina que comentamos: "No sólo es necesario implementar esta acción en el texto político, sino proveer los cauces procesales adecuados que superen las

* Publicado en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (coordinadores): *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2006.

1 La tercera edición, es editada por la UNAM, en 1991, p. 214-215.

diferencias de la legislación actual y que contribuyan a crear un Derecho Procesal Constitucional como disciplina autónoma” (p. 21).

Posteriormente la expresión es utilizada en su ensayo “*La Jurisdicción Constitucional en el Perú*” que aparece en la Revista de la Universidad Católica del Perú (nueva serie) N°. 3, mayo de 1978; allí, encontramos que Domingo delinea los derroteros del Derecho Procesal Constitucional²; este mismo trabajo habría de aparecer luego en el colectivo *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (AA.VV. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984, 727 pp; específicamente 419 – 437 pp)³.

Por otro lado tenemos otro ensayo clave en el pensamiento garcíabelaundiano titulado “*Protección Procesal de los Derechos Fundamentales en la Constitución Peruana de 1979*” que apareció en la Revista “Derecho” de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Cfr. N°. 35, Lima, Junio 1981, pp. 65-82). Este ensayo constituye una aproximación quintaesenciada de lo que, en sustancia, son los grandes contenidos de la jurisdicción constitucional.

Por cierto que los recodos bibliográficos de Domingo han sido diversos y cada vez que ha desarrollado la problemática de los Procesos Constitucionales en el Perú y a nivel comparado, ha utilizado dicha expresión. Sin embargo, fuera de la producción bibliográfica de la década de los 70 y 80 de carácter pionero; hoy existen dos obras claves en el pensamiento contemporáneo: su libro “*Derecho Procesal Constitucional*”, cuya primera edición se edita en Trujillo, bajo el cuidado y estudio preliminar nuestro⁴, y la segunda edición publicada en Colombia (Cfr. *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Temis, Bogotá, 2001, 209 pp.). Igualmente el libro “*De La Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*”

2 (Vid. cita 9 de dicho ensayo; p. 141-145).

3 En este colectivo se publicaron las ponencias del II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional (726 pp.).

4 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Derecho Procesal Constitucional*; Marsol editores; Trujillo; 169 pp., antecede un estudio preliminar nuestro (LXXIV). Publicado también en el colectivo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “El pensamiento del derecho procesal constitucional en Domingo García Belaunde”, en: *Derecho Procesal Constitucional*; Edit. Porrúa; 4ta. Edición; México; 2003; Vol. I; 81-138 pp.

y la misma que cuenta con una cuarta edición, bajo el cuidado y prólogo de José F. Palomino Manchego⁵.

PREGUNTA N° 3. ¿Cuáles son los libros publicados en su país con el título de “Derecho Procesal Constitucional”? Si son más de cinco, escoja los que a su criterio son los más representativos, poniendo nombre de autor, ciudad, editorial y fecha de publicación de la primera edición.

En el Perú aún son pocos los libros que se han publicado con dicho *nomen iuris*; pues la pluralidad de nombres como jurisdicción constitucional, justicia constitucional, control constitucional, entre otros, han sido utilizados indistintamente por diversos académicos. Con todo, un breve registro cronológico, da cuenta de los siguientes trabajos:

- a) GERARDO ETO CRUZ: *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo, Edic. Derecho y Sociedad, 1992, 64 pp.
- b) ELVITO A. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Edit. Grijley, 1997, 603 pp.
- c) DOMINGO GARCÍA BELAUNDE: *Derecho procesal constitucional*, (Estudio preliminar de Gerardo Eto Cruz), 1° edición, Trujillo, Edit. Marsol, 1998, 164 pp.
- d) DOMINGO GARCÍA BELAUNDE: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 1° edición, Lima 2000; 4° edición, Edit. Grijley, lima 2003.
- e) CÉSAR LANDA ARROYO: *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Palestra, Lima, 2003, 278 pp.
- f) SAMUEL ABAD YUPANQUI: *Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004, 268 pp.

5 La tercera edición ha sido recientemente publicada en México, Edit. Fundap, bajo la presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rodolfo Vega Hernández; 132 pp.; y la cuarta edición, revisada, corregida y aumentada es de la editorial Grijley, Lima; 2003; 156 pp.

PREGUNTA N° 4. ¿Cómo definiría usted el “Derecho Procesal Constitucional”?

Hace algunos años que delineábamos la noción de que “el Derecho Procesal Constitucional es una disciplina jurídica que forma parte del derecho procesal en general, encargada de cultivar y estudiar los conocimientos teóricos y prácticos para la debida comprensión, interpretación y aplicación de las normas procesales constitucionales destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de los procesos constitucionales”. Esta noción requiere de cierta explicación, en tanto dichos procesos -los constitucionales- se van a diferenciar de los demás procesos (civil, penal, etc.), no tanto porque el conocimiento de las pretensiones estén fundadas en normas de derecho constitucional, ni porque se atribuyan a organismos especializados, como son en la actualidad los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales; sino porque el objeto que está en litigio es estrictamente una materia constitucional⁶.

PREGUNTA N° 5. ¿Cuál cree usted que es el lugar que ocupa del Derecho Procesal Constitucional en el mundo jurídico? ¿es disciplina autónoma o no lo es? ¿es sustantiva, procesal o mixta?

No cabe duda que hoy, el Derecho Procesal Constitucional es toda una disciplina jurídica y que tiene la frontera bien delimitada relacionada a su objeto de estudio como son *la jurisdicción constitucional, los procesos constitucionales y la magistratura constitucional*; aún cuando, después de este *núcleo duro* discurren otros meandros que pueden ir siendo incorporados en su materia de estudio. Estimamos, en ese orden de ideas, que esta vertiente disciplinaria está llamada a ser *primus inter pares* frente a las demás ramas procesales. El por qué de esta audaz aseveración no es ni tremendista ni tiene por qué asombrarnos. Hoy, el mundo convulsionado en que se vive, exige al ciudadano cuente con herramientas procesales de *urgencia* para encarar en su cotidianeidad de vida, eventuales escarnios a sus derechos fundamentales; de allí que la *jurisdicción constitucional de la libertad* – mirífica expresión que acuñara Mauro Cappelletti – vertebró la defensa de la *parte dogmática* de la Constitución; y, por otro lado, el control del poder político se ve asegurado

6 ETO CRUZ, Gerardo: *Breve introducción al derecho procesal constitucional*; edit. Derecho y sociedad, Trujillo; 1992.

a través de la *jurisdicción constitucional orgánica*. En este sentido y por la trascendencia de las materias que protege, el Derecho Procesal Constitucional tiene hoy una relevante presencia que es, sin desmerecer la defensa procesal de los *derechos subjetivos privados*, nuestra disciplina inicia su andadura de cara al siglo XXI con un fascinante derrotero; por cierto que no todo su anchuroso territorio es pacífico, pues está sembrado de un *territorio comanche* que, no emoece ello, esta disciplina seguirá *in crescendo* en el mundo jurídico.

Por otro lado, la problemática epistémica de si es o no una disciplina autónoma nos parece de por sí ya innecesaria su discusión, por cuanto la respuesta es positiva y fluye en forma clara y contundente; y es que el Derecho Procesal Constitucional tiene sus propias categorías, sus conceptos, sus principios y que si bien se han nutrido y reconocen las viejas categorías de la teoría general del proceso; ello no hace más que confirmar su evidente autonomía frente a las demás ramas procesales.

Finalmente el Derecho Procesal Constitucional es de naturaleza procesal y aquí, sin pretensiones apodícticas, los demás escribas y eruditos en la materia, bien pueden plantear con notable éxito sugestivos planteos como la de ser de naturaleza sustantiva (Häberle) o mista (Sagüés); empero el mundo en que se desenvuelve esta rama está ubicada dentro de los predios estrictamente procesales.

PREGUNTA N° 6. ¿Cuáles serían, según usted, los principales temas, áreas o sectores del “Derecho Procesal Constitucional”?

A la fecha es consenso que el derecho procesal constitucional tendría tres grandes contenidos temáticos, a saber: a) la jurisdicción constitucional; b) los procesos constitucionales y; c) la magistratura constitucional. Sobre la base de esta trilogía, se puede desarrollar diversos temas y áreas que aquí, por razones de espacio sólo enunciamos esquemáticamente y que forma parte del desarrollo silábico que un grupo de profesores ya hemos planteado en su momento⁷:

7 Vid. al respecto a: José F. Palomino Manchego, Gerardo Eto Cruz, Luis R. Saenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos: *Syllabus de derecho procesal constitucional*. Liminar y epílogo de Domingo García Belaunde, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; Lima; Grijley; 2003; 48 pp.

I) *Teorías y Fundamentos en torno a la defensa de la Constitución*: aquí cabe el desarrollo histórico de los planteamientos primigenios de Kelsen, con la célebre controversia de Schmitt; así como el desarrollo contemporáneo de la defensa de la Constitución formulada por Héctor Fix-Zamudio. Luego podría sectorizarse un segundo rubro, ciertamente propedéutico: II) *el derecho procesal constitucional como derecho procesal*. Aquí cabe desarrollar *items* como el origen histórico de la disciplina, teoría general del proceso y el derecho procesal constitucional (DPC, de ahora en adelante), los contenidos temáticos del DPC: como acción, jurisdicción y proceso constitucional. Igualmente otro rubro como la *naturaleza jurídica* del DPC, donde se aborde la propuesta que hace Héctor Fix-Zamudio sobre la existencia del “*derecho constitucional procesal*” que rescatara de Eduardo J. Couture y la objeción que viene planteando Domingo García Belaunde, extremos que consideramos deben abrir un rico debate teórico⁸; luego comprender las posiciones de Peter Häberle que concibe al DPC como un derecho constitucional sustantivo y “concretizado”; la posición de Gustavo Zagrebelsky (el DPC como un derecho dúctil); la postura misma de Domingo García Belaunde que el DPC es un derecho de naturaleza procesal o la de Néstor Pedro Sagüés que es mixta. En buena cuenta, el tema de la “*naturaleza jurídica*” de esta disciplina invita un mosaico de reflexiones que amén de no cerrarse, permanecerá abierto según fuera la posición que se asuma. Habría una tercera (III) área que bien puede identificarse como *DPC y Jurisdicción Constitucional*, aparte de diversos aspectos que bien pueden entrar aquí, consideramos que es de rigor realizar ciertas precisiones epistémicas entre *jurisdicción constitucional y justicia constitucional*. Luego abordar los *sistemas o modelos* de jurisdicción constitucional, donde se comprenda el *modelo americano* (judicial review), el *uropeo*; una revisión histórica del *modelo político* (hoy en franca retirada) y el modelo para nosotros, los del Perú, identificado como *dual o paralelo* que igualmente lo tienen otros países. Finalmente, se debe desarrollar los *ámbitos o contenidos de la jurisdicción constitucional*, y que sigue siendo válido lo propuesto hasta la fecha por Mauro Cappelletti: la jurisdicción constitucional

8 Las declaraciones que hace Héctor Fix-Zamudio, sobre este tema pueden verse en: José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz: *El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio* (Reflexiones en torno al derecho procesal constitucional); Lima, Grijley, 2005.

de la libertad, la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional supranacional. En forma más específica es obvio que debe la disciplina abordar los procesos constitucionales; y en lo que corresponde al Perú, propedéuticamente desarrollar los principios estructurales, su naturaleza, etc.; y el desarrollo específico de cada uno. Así, en lo que corresponde a la jurisdicción constitucional de la libertad el estudio sistemático del hábeas corpus, amparo, hábeas data, y proceso de cumplimiento. En la jurisdicción constitucional orgánica el estudio de la acción popular, proceso de inconstitucionalidad y conflicto competencial.

Fuera de estos aspectos, estimamos que el tema de "*interpretación constitucional*" ha dejado ya de pertenecer, por decirlo así, a los predios del *derecho sustantivo constitucional*, para ubicarse en las parcelas del DPC.

En líneas generales, fuera del DPC "positivo" o de cada país, existen ejes troncales mínimos que son hoy propios ya del cosmopolitismo de esta disciplina.

PREGUNTA 7. ¿Cómo ve usted el avance del término "Derecho Procesal Constitucional", en su país?

El desarrollo del DPC es ya imparable y hoy con la presencia de una normatividad procesal específica como es el Código Procesal Constitucional, en nuestro concepto, el primer código de esta naturaleza en el mundo, salvando el Código de Tucumán y, en parte la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, el interés y desarrollo va *in crescendo*. Visto en perspectiva y dado hoy el interés de los Derechos Humanos a través de una *tutela de urgencia*, es probable que el DPC como disciplina, en un futuro no muy lejano se convierta en la *primus inter pares*, frente a la milenaria legislación procesal civil. No obstante, resulta de particular interés apreciar que, pese a que el DPC se nutre de la Teoría General del Proceso, son actualmente los "*constitucionalistas*" los que vienen afirmando su desarrollo.

PREGUNTA N° 8. ¿Existe interés por el “Derecho Procesal Constitucional” en las facultades de Derecho en su país o en todo caso, en la que usted enseña? ¿Está en la currícula? Y si está ¿es materia obligatoria u optativa? ¿existe en cursos de postgrado?

La estructura curricular de los actuales facultades de derecho en el Perú cuentan, casi todas, con esta asignatura; y particularmente en lo que corresponde al norte del país, específicamente la ciudad de Trujillo hace muchos años iniciamos el desarrollo de esta asignatura vía los *seminarios y laboratorios* en derecho constitucional; posteriormente en el año de 1996 se reforma el currículo en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo y se incorpora orgánicamente esta asignatura, *syllabus* que ha servido para el desarrollo de este curso igualmente en las universidades César Vallejo, Privada del Norte y Antenor Orrego.

Lo que hoy si se puede aseverar es que, a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional, en el Perú el interés ya no sólo va a ser desde la óptica académica, sino una necesidad, como podemos apreciar en los cursos de esta naturaleza que ya viene implementando hace un buen tiempo la propia Academia de la Magistratura que trata de afirmar un perfil de una judicatura que enganche con el razonamiento constitucional.

DOS CONSTITUCIONALISTAS DIALOGAN SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

**Entrevista de José F. Palomino Manchego al
Profesor Gerardo Eto Cruz, candidato al Tri-
bunal Constitucional****

Frente a la inminente elección de cuatro nuevos miembros del Tribunal Constitucional, por parte del Congreso, nos gustaría saber sus opiniones sobre las tensiones que existen entre el Tribunal Constitucional y el legislador

Bien llevado cada uno su rol, no deberían existir fricciones ni tensiones; lo cual no significa que no dejen de presentarse algunos casos por algunos fallos del Colegiado Constitucional. El tema, por cierto, ha estado presente desde los orígenes mismos del Tribunal Constitucional y tú lo sabes perfectamente. Recordemos que fue Hans Kelsen quien

* Publicado en el *Boletín Bibliográfico* del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, en el año 2007.

** Sobre la personalidad científica del Prof. Dr. Gerardo Eto Cruz me he ocupado con mayor detalle en el Prólogo que redacté a su libro *Estudios de Derecho Constitucional*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Trujillo, 2001, págs. I-XXIV. También en el libro de Edgar Carpio Marcos y Gerardo Eto Cruz intitulado *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho Comparado*, FUNDAP, México, D.F., 2004, págs. 13-22.

delinea y crea el Tribunal Constitucional en Austria; y fruto de ellos se dio en el periodo de entreguerras una fuerte polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt. Kelsen afirmaba que el Tribunal Constitucional debía configurarse como un legislador negativo, esto es, de producirse una ley contraria a la Constitución, dicho Colegiado debía declarar inconstitucional la norma. Schmitt en la otra orilla, esgrimía que dicho planteo suponía una judicialización de la política o una politización de la justicia. Es decir, el problema del control de la política por la justicia ha estado en los orígenes mismos de la justicia constitucional y aún hoy se discute mucho sobre los límites de la actividad de los tribunales constitucionales.

¿En este debate llegó a plantearse quien debería ser el defensor de la Constitución, no?

Cierto, Kelsen afirmaba tajantemente que debería ser un órgano distinto a los tres clásicos poderes del Estado. Schmitt replicaba afirmando que debería ser el Presidente del Tercer Reich, o sea el Ejecutivo, dado que él asimilaba las viejas tesis de Benjamín Constant del poder neutral en la antigua Monarquía y que, reciclada en la versión republicana, éste se encontraba representado por el Jefe de Estado.

Sin embargo, a pesar de que hoy se acepta la legitimidad del Tribunal Constitucional, las tensiones entre éste y el Parlamento persisten. ¿A qué cree que se debe esto?

Es que hoy los tribunales constitucionales en el mundo ya no sólo ejercen la labor primigenia concebida por Kelsen, de ser un legislador negativo; hoy los Tribunales Constitucionales, desde los viejos planteamientos de Costantino Mortati, ejercen una labor, digamos, de legislador positivo. Y allí se produce un aparente desencuentro entre los ámbitos competenciales del legislador y del Tribunal Constitucional. Y ello ocurre, principalmente, con las sentencias atípicas o las sentencias interpretativas y exhortativas, donde el Tribunal se pone en una labor, que mirada desde la perspectiva de cualquier legislador, diría que el Tribunal le está “robando” las atribuciones al Congreso, como fue lo que planteaba, si mal no recuerdo en la revista *Caretas*, Antero Flores-Araoz. Sin embargo, creo que el Tribunal Constitucional debe cumplir una labor, en lo fundamental, clásica: el control de constitucionalidad de

las leyes y la tutela de los derechos fundamentales por vía del recurso de agravio constitucional en los procesos constitucionales de la libertad. Y en forma, de suyo excepcional, bien pueden dictarse sentencias interpretativas o de recomendaciones al legislador, lo cual no significa que se le usurpe las atribuciones que tiene el legislador.

Los congresistas se resisten a que el Tribunal Constitucional haga labor de legislador positivo...

En parte, es una posición comprensible; pero esta labor de legislador positivo por parte del Tribunal Constitucional ha empezado a desarrollarse después de muchos años de experiencia en la jurisdicción constitucional comparada. Aquí, el Tribunal Constitucional, recordémoslo, es una institución que apenas tiene, desde la antigua Constitución de 1979, casi 27 años, frente a un Poder Judicial que tiene lo que tiene nuestra oscilante vida republicana. Y sin desmedro de la labor de la justicia ordinaria, hoy cabe hablar de un verdadero sentimiento constitucional a partir de los fallos que pronuncia el Tribunal Constitucional.

¿Existe sentimiento constitucional en el Perú?

Pese a todo lo que ocurre en el país, yo creo que sí, pues el sentimiento constitucional es un concepto metajurídico con ingredientes psicológicos. En la línea de Karl Loewenstein y Pablo Lucas Verdú, se trata de la identificación que tanto los detentadores del poder como los ciudadanos tienen con los valores materiales que la Constitución encarna. Recordemos el espíritu redivivo del gran maestro Germán J. Bidart Campos que hablaba que la Constitución es cosa buena y hay que vivir en ella. El ideal sería que todos reconduzcamos nuestra vida a los valores que la Constitución encarna. Eso para mí es un verdadero sentimiento constitucional.

¿Estamos hablando aquí, también de la fuerza normativa que ella impone a todo el sistema político?

¡Claro! A partir de la Segunda Guerra Mundial, el pensamiento germano desarrolló una concepción jurídico-política que hoy forma parte del pensamiento occidental: que la Constitución es fuente fundamental

y fundamentadora de un sistema político. Hoy el concepto político de Constitución se ha relativizado e impera el concepto normativo; puesto que a partir de dicha concepción todo acto, incluso de gobierno puede ser judicializado vía algún proceso constitucional. Y quien tendría la última palabra, como intérprete supremo sería el Tribunal Constitucional.

Pero, a partir de sus rendijas o cláusulas abiertas, pueden presentarse diversas interpretaciones

Todo depende de lo que esté en discusión. Por ejemplo, temas candentes han sido los fallos últimos del Tribunal: el caso de los casinos y tragamonedas, o el caso de la inmunidad relativa de los congresistas; o conceptos indeterminados que pueden presentarse como la infracción constitucional, que en estos momentos se discute y que sale a flote cada vez que se presentan complejos problemas políticos. Recordemos en las palabras de Peter Häberle que el Tribunal Constitucional puede acelerar o retrasar muchas cosas y sus cambios de agujas tienen efecto configurador para la tradición y la transformación, para la tradición y el progreso.

Otto Bachof hablaba en Alemania de que los jueces constitucionales deben tener una concepción política, dado que muchas controversias son de esa índole

Es clásico su libro, *Jueces y Constitución*, y efectivamente, allí puntualizaba que los jueces debían tener una cosmovisión política y que, por cierto, los jueces de la justicia ordinaria lo tienen, y que no está mal, pues pueden y deben tener alguna posición político-partidaria. Lo que el sistema jurídico les prohíbe es que ejerzan activismo político, pero ese ya es otro problema.

¿Los miembros del Tribunal Constitucional también?

¡Desde luego!. Pero con la gran diferencia de que los fallos del Tribunal Constitucional, aquí y en otros países de jurisdicción constitucional concentrada, ponen de manifiesto criterios políticos, filosóficos, históricos; puesto que los métodos del Derecho Constitucional difieren de las demás disciplinas jurídicas. Ya Alexis de Tocqueville expresaba que los jueces no sólo deben ser buenos ciudadanos, probos y letrados;

sino también hombres de Estado que sean hombres de su tiempo y de su época. Un claro ejemplo de cómo una sentencia incorpora dichos criterios, al margen de lo jurídico, fue la declaración de inconstitucionalidad de la legislación antiterrorista. En cambio, en la jurisdicción ordinaria, los magistrados tienen un apego básicamente a la ley.

Néstor Pedro Sagiés distingue entre “jueces legales” y “jueces constitucionales”

Los jueces legales son aquellos que sólo aplican los criterios de la ley y en sus fallos deifican a la norma infraconstitucional que es la ley; el ideal es que la judicatura ordinaria devenga de “juez legal” a “juez constitucional”, y así, en sus fallos invoque principios de contenido constitucional.

¿Ello no puede acarrear problemas entre la labor del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial?

No, pues cada uno tiene lo suyo. Veamos. En el caso de los procesos constitucionales, hay procesos compartidos, es decir, los conoce primero el Poder Judicial y luego, si éste deniega la tutela a los justiciables, se pueden abrir las compuertas del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional. Estamos hablando del Hábeas Corpus, el Amparo, el Hábeas Data y el Proceso de Cumplimiento.

Se puede hablar también de procesos constitucionales exclusivos...

Sí, el Poder Judicial tiene uno sólo: la Acción Popular, y el Tribunal Constitucional dos: el Proceso de Inconstitucionalidad y el Proceso Competencial. Lo cual significa que cuando un juez ordinario conoce un proceso de Hábeas Corpus o de Amparo, deviene en juez constitucional; pese a que la LOTC en su art. 8 establece que sólo los miembros del Tribunal tienen el título de “Magistrados del Tribunal Constitucional”. Sin embargo, creo que todos son jueces constitucionales cuando resuelven procesos constitucionales.

Pasemos a algo más coyuntural: ¿cuándo la política controla al Derecho? Le pregunto esto porque la elección de los cuatro miembros del Tribunal Constitucional es, a no dudarlo, una elección política y Ud. no tiene ninguna tienda partidaria

Yo, como sabrás tengo una percepción del mundo como cualquier ciudadano. Hago una reflexión axiológica, valoro y sopeso lo político y la política; lo que es legítimo o no; una decisión política del Gobierno puede ser para mí saludable; otras en mi fuero interno diría que no, en fin. Y es que, cuando se entra en el terreno de enjuiciar la política coyuntural no se puede estar neutral, lo cual no significa que los jueces que definen alguna situación deban dejar de ser objetivos. El ideal es que los miembros del Congreso consensualicen los votos para elegir a académicos y expertos, mucho más allá de la filiación partidaria que se pueda tener.

Profesor Gerardo Eto Cruz, ¿qué balance y perspectivas puede hacer del Tribunal Constitucional en el Perú y a nivel de otros países?

En primer lugar, los Tribunales Constitucionales son instituciones relativamente nuevas; no olvidemos que fue Kelsen el mentor de esta institución y que fue recién creado en Austria en 1920, por lo que a la actualidad sólo tiene 87 años de vigencia. Como decía el recordado profesor francés Louis Favoreau, el desarrollo de los Tribunales ha tenido tres olas; la primera, desarrollada en el periodo de entreguerras con los tribunales checoslovaco de 1920, austriaco del mismo año, y el español de la segunda república de 1931. La segunda ola, se localiza tras la segunda guerra mundial y surgen las Cortes Constitucionales de Italia en 1947, la Alemana Federal de 1949, Turquía de 1961, Yugoslavia de 1963, e incluso Francia de 1959. La tercera ola, se produce en los años 70, e inicios de los 80 del siglo XX con la creación de los tribunales portugués de 1976, español de 1978, y belga de 1983, y en parte el griego de 1975. José Julio Fernández plantea una cuarta ola, como son los tribunales de Polonia de 1985, y todos los demás tribunales de la ex-Europa del Este. Es en este contexto, en que recientemente Gustavo Zagrebelsky habla de una justicia constitucional cosmopolita, o que en palabras de Häberle, es la marcha triunfal ecuménica de la justicia

DOS CONSTITUCIONALISTAS DIALOGAN SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constitucional. El Perú, bien puede ubicarse en el marco de la tercera ola; y, pese a la presencia del Poder Judicial que tiene, como ya hemos visto, la misma edad de la República, el Tribunal Constitucional ha logrado afirmarse por mérito propio como el supremo intérprete de la constitucionalidad. Con todo, desde 1979 en que se gestara como Tribunal de Garantías Constitucionales a la fecha, son apenas 27 años, y en este lapso no ha estado exento de críticas; sin embargo, el Estado Constitucional de Derecho y la democracia, real y actuante, hoy se ve fortalecida, no sólo con la presencia de la representación nacional vía el Parlamento; sino de ésta aún joven institución, pero con un porvenir extraordinario como es el Tribunal Constitucional.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA PONDERACIÓN DE DERECHOS*

Entrevista de la Revista RAE
Estudio Caballero Bustamante

ENTREVISTA

RAE: Doctor Gerardo Eto, sabemos que están en boga las teorías acerca de la argumentación racional. Desde su experiencia en el Colegiado Constitucional, ¿qué importancia ha adquirido la argumentación en el proceso de decisión judicial?

GEC: La primera impresión que siempre tengo y del cual estoy convencido es que el mundo del derecho presupone *interpretación*, porque el *fenómeno jurídico* se expresa a través de normas y esas normas, a partir de Savigny, se consolida la idea de que, deberían ser objeto de ciertas técnicas de interpretación. Savigny fue quien decantó las ideas de interpretación gramatical, lógica, sistemática, teleológica, etc. Pero todo eso se ha ido desarrollando desde las orillas de la *interpretación clásica*. Sin embargo, a partir de 1945 para adelante, empezaron otros iusfilósofos a desarrollar nuevas concepciones sobre el fenómeno jurídico, empe-

* Publicado en RAE *Jurisprudencia: revista de análisis especializado en jurisprudencia*, Estudio Caballero Bustamante, Lima, Año 2010, Tomo 19, pp.105-111. Dicha publicación fue la versión magnetofónica con algunos errores en la redacción. Aquí se publica en versión oficialmente revisada de la grabación.

zaron a percibir nuevas ideas, de lo que sería –casi en simultáneo, tanto en Holanda, Alemania e Inglaterra- de lo que se llamó la *nueva retórica*, y luego, lo de la *argumentación jurídica* y la *tópica jurídica*; es decir, es un triunvirato de vertientes teóricas, que al final fueron consolidándose en la teoría de la argumentación jurídica, estoy hablando de Theodor Viehweg, Chaim Perelman, Robert Alexy, que fueron los grandes teóricos, que han hecho aportaciones, a caballo entre el siglo XX y las concepciones que ahora priman en el siglo XXI. No voy a desarrollar los temas de la argumentación jurídica, simplemente como académicos estamos obligados a revisar todo ese arsenal teórico, para poder interpretar las normas. Ahora, en la magistratura se utiliza estos instrumentos técnicos. La primera idea que nos surge es que el Tribunal Constitucional está recién incorporando estas pautas para interpretar problemas que se presentan básicamente en los procesos de inconstitucionalidad y sobretodo en los procesos de amparo ¿Por qué surge esto de la interpretación jurídica? Nosotros en la jurisdicción constitucional encontramos normas con dos componentes, uno es la *disposición*, que es el fraseo, la oración jurídica; el sujeto, verbo y predicado; donde morfológicamente o esqueléticamente se asienta algo que trasciende como deber jurídico que es la norma. Cuando los intérpretes en la justicia constitucional encuentran normas que tienen contenidos indeterminados es ahí donde entra el tema de la argumentación, de la ponderación, de la proporcionalidad, y estas nuevas cosmogonías de la hermenéutica jurídica.

En otras palabras, en el Código Penal, el homicidio es homicidio, lesiones seguidas de muerte es lesiones seguidas de muerte; lo propio en el Código Civil, la posesión es posesión, la propiedad es propiedad.

No se requiere que el Juez desarrolle conceptos más allá de lo que está fosilizado en la norma, porque lo tiene todo allí. En el Código Civil y en el Código Penal un concepto tiene elementos constitutivos que le dan una autonomía conceptual y a partir de allí está el tema y nadie lo discute. Pero cuando se trata del desarrollo de los derechos fundamentales, éstos son *conceptos indeterminados* y es partir de aquí que se empieza a yugular, a interpretar de acuerdo a una serie de aspectos –que veremos más adelante- de los conflictos que hay entre derechos fundamentales, la ponderación de un derecho fundamental frente a otro, o si podría sacrificar un derecho fundamental por encima de otro, en fin.

Esa es la labor que hace la jurisdicción constitucional que cuando empieza a desarrollar la interpretación de las normas lo hace porque son conceptos indeterminados, que requieren ser rellenados para la casuística en concreto.

RAE: Y en el trabajo de interpretar y aplicar la Constitución, que ustedes como jueces constitucionales realizan a diario, ¿qué formas de esta nueva dimensión argumentativa del Derecho emplean?

GEC: Los jueces civiles y los jueces penales lo que hacen frente a conceptos preestablecidos es la técnica de la *subsunción*: dado A debe ser B, si alguien mata, "el que matare" esa conducta fáctica si se acopla al tipo penal de esa norma, entonces se rellena lo que el Juez Penal ha dicho, y simplemente hay la técnica de la subsunción, dado A debe ser B, pero si se dice que toda persona tiene *derecho a la identidad*, entonces allí habría que ver la identidad, el honor, la buena reputación, la igualdad, no hay, no existe un concepto concreto, entonces el Tribunal Constitucional, empieza a desarrollar la técnica de la *ponderación*. La ponderación presupone que cuando hay una norma indeterminada es necesario que el Juez no diga A es B, sino más menos. Dado A debe ser B es la técnica de la subsunción, pero en los derechos fundamentales opera la técnica de la ponderación. Ponderar significa auscultar cuál es el derecho fundamental que se encuentra en un vaciamiento de un verdadero contenido esencial de acuerdo al grado de intensidad leve, moderado o fuerte. Estos son los temas que están subyacentes en la jurisdicción constitucional.

RAE: ¿Puede considerarse la ponderación un nuevo paradigma de la interpretación constitucional?

GEC: Por cierto que sí.

RAE: ¿De qué forma?

Ello permite al Juez constitucional resolver conflictos sin que se vea cosificado por el corsé normativo del código, porque el Código Penal obliga al juez penal simplemente a aplicar lo que ya está estatuido como tipo penal. Ay de aquel juez penal que se meta a ponderar o hacer cualquier especie de activismo judicial sobre la base preestablecida de lo normológico del Có-

digo Penal, pues puede terminar siendo procesado a lo mejor por delito de prevaricato.

Veamos como ejemplo el tema del *derecho a la identidad*, reconocido en la Constitución, ponderar presupondría interpretar que hay el derecho a la identidad personal, sexual y genética. Como por ejemplo que el derecho a la identidad personal supone el derecho al nombre, al honor a la buena reputación; pero luego hablamos del derecho a la identidad sexual y que ésta puede ser dinámica o estática, que la estática es la que uno nace morfológica o fisiológicamente con su sexo: mujer o varón, pero la *identidad sexual dinámica* puede significar que pasado una cierta edad, esa persona como sujeto de su propio proyecto de vida, puede optar por su proyecto de opción sexual, una mujer que se enamora de otra mujer, relaciones lésbicas, un hombre de otro hombre, una relación homosexual.

Entonces, eso presupone ponderar bienes jurídicos mucho más allá de lo que dice la norma y eso es lo que opera en la justicia constitucional. En consecuencia, la ponderación, más que un paradigma, es un método y una técnica de la actual interpretación constitucional.

RAE: ¿La utilización de los métodos ponderativos y la aplicación del principio de proporcionalidad, nos lleva en algunos casos, por el camino de la discrecionalidad y el decisionismo jurídico?

GEC: Hay que apartar un poco lo que un momento planteó la tesis del derecho libre, quienes propugnaban que el juez podía crear derecho a su regalado antojo y a su libre discrecionalidad, conocida también como la famosa escuela libre del derecho, mucha agua ha pasado sobre esos pensamientos jurídicos.

Hoy, no es que el Juez utilice una discrecionalidad que prescinda de la norma. El juez constitucional del amparo, del habeas corpus, habeas data, o del Juez del Tribunal Constitucional como es un proceso de inconstitucionalidad sobre la base de la norma empieza a interpretar de acuerdo al canon de que si esa norma tiene un contenido constitucional o no, no hay una discrecionalidad abierta sino que tenemos nosotros un parámetro que es el comando normativo mayor que es la Constitución, y a partir de este comando normativo se analizan los presuntos actos

lesivos o las presuntas normas que pueden ser inconstitucionales. En el juego de la reflexión y de la argumentación jurídica de los fallos no siempre van a tener una discrecionalidad libre sino el canon de la norma constitucional, nosotros de alguna forma somos jueces de la Constitución y a partir de ahí evaluamos la casuística concreta si es que esos actos lesivos resultan ser o no afectados de la constitución, en consecuencia, no hay una discrecionalidad pura o abierta.

RAE: Respecto a la creación judicial del Derecho, el Tribunal Constitucional muchas veces ha sustentado su facultad para crear reglas jurídicas de alcance general, en la imposibilidad del legislador de situarse en todos los supuestos que presenta la realidad, ¿cómo ve usted esta facultad del juez constitucional de llenar las lagunas o vacíos del Derecho?

GEC: Siempre ha existido el tema que surgió en Europa y también en la Suprema Corte de Estados Unidos, si los jueces pueden crear derecho, es una polémica que no esta sellada, estará permanentemente abierta, acaso por los siglos de los siglos. Normalmente primó la idea que el señor del derecho era el legislador, recordemos a Montesquieu que en el "Espíritu de las leyes" decía que los jueces no son mas que seres inanimados sin vida, son la boca que pronuncia la ley. Esa es una concepción pasadista y la historia lo ha arrinconado en el desván, hoy prima la tesis que el señor del derecho es el juez y no el legislador, ¿Por qué? Por un problema complicado, pero que lo vamos a tratar a continuación. El legislador actual -no solo el peruano- pasa por lo que se conoce como un fenómeno de *hiperproducción legislativa*, lo que Zagrebelsky en el "*Derecho dúctil*" habla de que hay un *legislador motorizado*. Las leyes se producen en cantidades industriales. Hay tal cantidad de leyes que el sistema jurídico se ha vuelto caótico, que hasta el más preparado estudio jurídico no está efectivamente tan al día de la incoherencia de normas que hay, es tal la cantidad de producción legislativa que se hace caótico, entonces alguien debe escarmenar cual es la ley pertinente para el caso concreto, es así como surge la idea de que el señor del derecho es el juez y a partir de ahí el juez puede afirmar creaciones del derecho en base a estos temas que se llaman aporías o vacíos que se denominan lagunas o antinomias del derecho.

La Constitución de una u otra manera tangencialmente lo dice, los jueces no pueden dejar de aplicar la ley por vacíos o deficiencias, eso se llama lagunas de derecho, puede ser que se trate de vacío o de laguna. Yo tengo algunas ideas, una cosa es un vacío y otra cosa es una deficiencia. Vacío es cuando se presenta un fenómeno jurídico que requiriere una imputación normativa y no la hay.

Deficiencia es cuando hay un fenómeno jurídico pero tiene varias normas jurídicas que lo regulan al mismo tiempo y no puede ser, debe en consecuencia haber solo una norma. Bien sea vacío o deficiencia se presenta la laguna de derecho, entonces los jueces lo que hacen primero es integrar, coger de la constelación normativa cual es la norma más pertinente, y aquí están las técnicas clásicas: norma posterior deroga a norma anterior, o norma específica prima sobre norma genérica, esto esta subyacente en la judicatura ordinaria y en la judicatura constitucional, porque siempre en la justicia constitucional que tiene paradigmas modernos se nutre de lo más graneado del pensamiento jurídico clásico.

Los jueces sí pueden crear derecho y a lo mejor hasta pueden crear derechos fundamentales que no están establecidos en la constitución, ¿puede la justicia constitucional a través de los jueces crear derechos fundamentales, a pesar que los derechos fundamentales normalmente han estado recogidos en la parte dogmática de una constitución? La respuesta es sí, porque la fuente de creación de los derechos fundamentales son: las fuentes heterónomas o externas, que son los tratados, convenios o pactos internacionales, y las fuentes internas que son la Constitución, la ley y puede ser la costumbre, pero también es la jurisprudencia. En esta perspectiva el Tribunal Constitucional ha ido creando una serie de derechos fundamentales que no han estado regulados ni en la Constitución ni en los tratados, como es el caso del derecho a la verdad, el derecho al agua potable, el derecho a la fundamentación de las resoluciones administrativas que esta subsumido dentro de las resoluciones judiciales.

RAE: Ya entrando en la teoría sobre la interpretación de los derechos fundamentales, ¿cuál es su posición respecto a la existencia de derechos preferentes en la Constitución?

GEC: Esos son problemas que entran dentro de la teoría general de los derechos fundamentales, los derechos fundamentales tienen una disciplina que es la teoría general que es de los derechos humanos, o los derechos fundamentales, como habla en un libro, el mismo Carlos Bernal Pulido, dentro de esas aristas o ejes temáticos se encuentra los derechos preferentes, desde luego en la cotidianidad de vida hay derechos que son de mayor valor frente a otros.

Por ejemplo entre el derecho a la vida, y el derecho a la libertad de religión, se prefiere el derecho a la vida y se sacrifica el derecho a la religión, lo que estoy diciendo en abstracto se lo grafico en un caso de laboratorio pero clásico, el joven que es accidentado pero que lo llevan a la clínica a que lo operen, y luego llegan los padres del joven quienes se oponen ferozmente a que le hagan transfusión sanguínea, porque su religión no les permite, entonces el médico en esa situación, qué es lo que debe ponderar como derecho preferente, aquí pondera el derecho a la vida. Así también se puede presentar un problema entre el derecho a la privacidad y el derecho al acceso de la información pública que la población quiere, hay permanentes conflictos, pero ello debe estar en función a la ponderación de bienes.

El solo hecho que la persona sea un funcionario, se puede relativizar su privacidad, porque la conducta que el desarrolla está en función al cargo público que él tiene, no es lo mismo un funcionario, un artista o un gran escritor, que son hombres públicos, no estoy hablando de hombres públicos en el sentido estricto de ser funcionario público, o a lo mejor un García Márquez o un Vargas Llosa o vamos también a la cultura peruana, la llamada farándula, hay artistas, y las personas quieren saber que hacen, que es lo que no hacen, etc., ellos encuentran de cierta manera relativizados ciertos derechos, pero sin duda alguna existe un núcleo inexpugnable de privacidad, lo que ocurre ya dentro de un cuarto de hotel, o dentro de su casa, ese es tema de un derecho fundamental que no puede ser vaciado de su contenido esencial, entonces siempre habrán derechos de mayor preferencia frente a otros, y eso se presenta cuando hay conflicto de derechos fundamentales, y entonces habrá que ver cual se puede relativizar sin que suponga el desconocimiento de este derecho fundamental.

RAE: Si se asume, por el contrario, que todos los derechos fundamentales tienen igual valor e importancia, ¿qué sucede si entran en conflicto dos derechos fundamentales? ¿Puede hablarse legítimamente de sacrificio de algún derecho fundamental en nombre de otro?

GEC: Si hay dos derechos fundamentales en conflicto, el juez deberá ponderar el que tenga mayor valor, por cierto que para el pensamiento jurídico, todos los derechos tienen igual valor, pero llegado el caso y esto va a ser siempre en forma cotidiana, sin que se sacrifique este derecho fundamental, el juez lo que va a hacer es relativizar para que prevalezca el de mayor valor. Podríamos plantear algunos casos dramáticos; en la doctrina se habla de los casos *difíciles* y los *casos trágicos*. Imagínese el caso de una jovencita que está en estado, y en la ecografía se ve que tiene problemas, y cuando el bebé nazca posteriormente, tendrá que hacerse un implante de médula, por lo que tendrá que buscarse a alguien que tenga el mismo tipo de sangre, y es tanto el amor que su madre se embaraza, para que este hijo pueda servir de conejillo de indias para que a través de él pueda ayudar con los implantes de médula que necesita el nieto, este caso se llevó a los tribunales, y al final se prohibió que se hicieran estos transplantes, pues supondría un periodo más corto de vida del segundo bebe que viene a ser el hermano de la madre, este es un caso *difícil* y *trágico* a la vez, entonces son casos en donde se tienen que ponderar bienes. Pueden presentarse casos difíciles también en el Perú, como puede ser el caso que el legislador despenalice el aborto eugenésico o ético-sentimental, el tribunal se encontrará ciertamente con casos difíciles, porque tendrá que enfrentarse con ponderación de derechos del bebé y los de la madre.

RAE: Las tesis conflictivistas de los derechos fundamentales, ¿no atentan, llevadas a sus últimas consecuencias, con la proscripción de vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales? ¿No significa también ello la pérdida del valor normativo de la Constitución?

GEC: Bueno, en los predios de los derechos fundamentales, hay una serie de vertientes o corrientes donde está siempre subyacente un conflicto de intereses. Cada vez que se lleva un proceso de inconstitucio-

nalidad al Tribunal, hay un conflicto de intereses, todo proceso presupone un conflicto de intereses, de ahí el conflictivismo y en esa situación el Tribunal tiene que dirimir a través de su fundamentación, el derecho que haya de corresponderle, si hay conflicto, habrá que ver que derecho esta en mayor valor frente a otro derecho. Puede darse el caso que los derechos fundamentales se relativicen frente a *principios políticos*, y está en la propia constitución, la declaratoria del estado de emergencia, supone un poco la restricción de los derechos fundamentales. Y eso llevado a la lectura de las ideas políticas vienen desde “El Príncipe”, de Nicolás Maquiavelo, arengaba a los monarcas de esa época, se afirme la república como bien jurídico mayor, aún a costa de vidas humanas, entonces son temas muy complejos, que han sido desarrollados por Bodín, Carl Smith, y que han generado problemas como las guerras mundiales, el holocausto, etc., entonces son situaciones en donde se relativizan los derechos fundamentales, pues si bien estos derechos tienen *contenido esencial* pero también tienen *límites*, y este límite es que, lo que se dice en el argot popular “el derecho de uno termina donde comienza el derecho del otro”.

RAE: Pero ¿Ello también no significaría la pérdida del valor de la constitución frente a estos derechos?

No, porque justamente lo que se hace es interpretar desde el punto de vista sistémico, es decir dentro de la teoría de la armonización de los derechos fundamentales, pero el pensamiento de la judicatura, es que esa armonización no debe suponer el desconocimiento de otro derecho fundamental. Supongamos que una empresa tiene una discoteca dentro de una urbanización, y los vecinos se quejan puesto que afectan sus derechos a la tranquilidad, el respeto de dicho derecho se opone al derecho del empresario como es su derecho a la libre empresa y al trabajo. En este escenario, aplicando la teoría de la armonización y pacificación de los derechos fundamentales, se dispuso que para que no salgan los ruidos nocivos se instalen dentro de esta discoteca, se pongan un sistema de aislamiento de sonido, de manera que no se afecte el derecho a la tranquilidad y la paz de los vecinos.

RAE: Desde autores como Pound, Hart y Dworkin, se tiende a aceptar la utilidad de la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, ¿utiliza también el Tribunal esta distinción y como se enfrenta a los llamados casos difíciles?

GEC: Yo quisiera ver si es que el Tribunal antes de nosotros habría desarrollado algunos casos bajo este paradigma de los casos difíciles y los casos trágicos, creo que todavía no se han presentado *strictu sensu*. La conceptualización de los casos difíciles supone que el sistema jurídico, no ha regulado un hecho, pero el caso difícil requiere una solución normológica, a partir de la propia norma jurídica, lo más complicado puede ser el *caso trágico*, como por ejemplo, en Alemania un grupo terrorista secuestra a un empresario, para exigirle al gobierno que lo liberaba siempre y cuando el ministro de justicia dispusiera la libertad de varios presos por terrorismo, esto generó el problema en la opinión pública, y entonces el hijo del empresario interpone un amparo contra el gobierno, para que éste soltara a estos terroristas a fin de que se tutele el derecho a la vida de su padre, porque si no lo soltaban lo iban a matar. El tema, obviamente generó una situación dramática en los jueces, pero era un tema que rebasa los aspectos normativos, entonces el Tribunal Constitucional entendió que efectivamente había el derecho a la vida de por medio, pero también tenía de por medio los principios políticos subyacentes de la ley fundamental de Bonn que es el manejo político discrecional del gobierno que no puede ser coaccionado bajo esta fórmula cobarde de amenaza de un secuestro. Lamentablemente, muy a su pesar, los jueces fueron concientes y declararon improcedente la demanda de amparo y al día siguiente amaneció muerto el empresario, fue devastador. Eso fue un caso trágico, no difícil, porque era un caso humano.

Caso difícil, es por ejemplo el que se dio también en Alemania. El parlamento emitió una ley donde, como consecuencia del 11 de setiembre, se declaraba una ley de seguridad aérea, que establecía que si en territorio alemán unas huestes de terroristas secuestraban un avión y que este tenía como objetivo estrellarse en alguna zona clave de la República Federal Alemana, entonces las fuerzas aéreas estaban habilitadas a disparar a ese avión a pesar que tenga pasajeros civiles. Entonces, un señor plantea un amparo para que se declare inaplicable esa ley, porque como él era un pasajero frecuente, veía que su vida podía estar en riesgo en cualquier momento, entonces el Tribunal Constitucional declaró incons-

titucional esa ley, bajo el argumento de que la constitución proscribe que la fuerza aérea utilice su armamento bélico en su propio territorio, así sea el objetivo de un enemigo como son los terroristas, y, además, porque está de por medio el derecho a la vida de las personas que están en el avión. Fue un caso difícil, no fue un caso trágico.

RAE: ¿Utiliza el Tribunal para la solución de estos casos sólo los métodos de la argumentación jurídica racional o toma en cuenta también factores extrajurídicos como la previsión de consecuencias?

GEC: Desde luego, como todavía no ha llegado, es obvio que solamente vamos a desarrollar argumentación sobre la norma sino que tiene que ver esta tipología de sentencias que se llaman sentencias previsoras y porque el insumo de la justicia constitucional es también incorporar argumentos extrajudiciales, aquí se incorporan ideas que tiene que ver con la politología, economía, aspectos antropológicos, etc., porque un juez no puede cosificar su cosmovisión del mundo estrictamente a la norma, porque la norma es un elemento de referencia y los fallos tienen que estar subyacentes anímicamente de otros elementos extraconstitucionales, porque la vida es mucho más rica que la norma y hay que tener en cuenta toda esa pluridimensionalidad de realidades para poder solucionar un caso dramático o difícil que se pueda presentar.

RAE: ¿O es cierto acaso la denuncia de algunos críticos que estiman que las decisiones son tomadas en función a determinaciones culturales, filosóficas y políticas y que la argumentación es sólo un disfraz de decisiones tomadas con antelación?

GEC: En todo caso es lo que esta imperando en la actualidad, hoy no podemos desarrollar una impartición de justicia solamente con referencia a la norma. La norma es un aspecto copernicanamente importante, pero aparte están subyacentes otros factores que tienen que tenerse en cuenta, de lo contrario vamos a estar en la concepción de Montesquieu los jueces que son la palabra de la ley, y eso no es así. Hoy por hoy, la justicia constitucional se nutre de otros aspectos extrajurídicos y si eso es decinonismo, bueno, seremos decisionistas.

ACTUALIDAD Y TRASCENDENCIA: CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ, 200 AÑOS DESPUÉS*

Después de las celebraciones por el Bicentenario de la Constitución de 1812, el Perú tiene la tarea pendiente de enfrentar con firmeza, como lo hicieron los peruanos representantes en las Cortes de Cádiz, los lastres sociales, económicos y culturales que aún no permiten afirmar en nuestra Patria el ideal constitucional que se forjara en aquellas primeras décadas del siglo XIX, afirmó el magistrado y director del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional (TC), Gerardo Eto Cruz, quien en el país organizó un importante encuentro para analizar este magno acontecimiento y su influencia en nuestro constitucionalismo y la vida del Perú republicano.

Doscientos años después de la publicación de la Constitución de Cádiz, ¿se puede decir que sus principios y contenidos aún están vigentes y pendientes de cumplimiento?

- En efecto, como lo han sostenido las voces académicas más autorizadas en la materia, la Constitución de Cádiz sirvió como modelo para las nuevas cartas constitucionales que emergieron en las nacientes repúblicas de nuestra región como consecuencia del proceso emancipatorio. Esto significa que el influjo de los principios y valores expresados en la Constitución gaditana aún perviven en nuestros días,

* Entrevista publicada en *Jurídica. Suplemento de análisis legal*, del diario oficial *El Peruano*, el 3 de abril de 2012.

si bien adecuadas a nuestras propias realidades y contextos sociales e históricos. Ciertamente, no podemos olvidar que los principios que toda Constitución consagra no son solo norma escrita plenamente vinculante, sino también desiderátum de lo que toda sociedad política aspira a materializar como un ideal compartido. Todavía es difícil que algún país de nuestra región pueda afirmar con determinación que haya llegado a conformar un status quo de Constitución normativa, en la terminología de Loewenstein. Sin embargo, creo que la optimización de los derechos fundamentales en un Estado constitucional es siempre una tarea pendiente, en la medida en que la sociedad siempre evoluciona y exige continuos cambios.

Diversos estudios y juristas han calificado a la proclamación de “La Pepa” como la madre de todas las constituciones, ¿es cierto que un estudio sobre la historia del constitucionalismo peruano no puede realizarse prescindiendo del análisis de la primera Constitución que rigió en América, como es la de 1812?

- Abordar históricamente los orígenes del constitucionalismo peruano implica, naturalmente, remitirnos a nuestra Constitución histórica. Y aunque sea común en la doctrina no incluir en ésta a la Carta de 1812, creo que tal omisión constituye un grave error que contradice la importancia de dicha fuente normativa, que, como es harto conocido, sirvió de influjo directo para la elaboración de nuestras primeras constituciones, desde la de 1823 hasta la de 1828, que es considerada como la madre de todas nuestras constituciones. Es bueno recordarlo, algunos de los representantes peruanos en las Cortes de Cádiz fueron asimismo representantes en el Parlamento Nacional que elaboró nuestra primera Constitución en 1823, lo que demuestra el cordón umbilical que une a la tradición constitucional de Cádiz con el constitucionalismo histórico en el Perú.

Al culminar las actividades políticas, jurídicas y culturales que enmarcaron esta efeméride, ¿cuál es la agenda pendiente que impone para legisladores, magistrados y autoridades la Constitución de Cádiz, que consagró que el poder no es ilimitado frente a los ciudadanos?

- La sociedad actual, especialmente la peruana, tiene frente a sí grandes retos que constituyen la agenda pendiente del proyecto de Perú

republicano que idearan los primeros padres de la Patria. Esta agenda tiene que ver con asuntos tan esenciales como la protección de la dignidad humana, de su inmunidad frente a los abusos del poder político o económico; tiene que ver también con la promesa de la igualdad entre ciudadanos y con la participación paritaria de éstos en la esfera pública, así como con la construcción de una democracia real y actuante, retos todos que fueron prefigurados ya por los constituyentes de Cádiz, enfrentados a una sociedad española conservadora, clasista y donde los privilegios de la nobleza y el clero eran los que determinaban el ascenso social. El Perú, pues, tiene la tarea pendiente de enfrentar con firmeza, como lo hicieron los peruanos representantes en las Cortes de Cádiz, los lastres sociales, económicos y culturales que aún no permiten afirmar en nuestra Patria el ideal constitucional que se forjara en aquellas primeras décadas del siglo XIX.

Se ha mencionado que Cádiz siempre ha sido una puerta abierta al mundo y, de manera especial, a América, donde dejó encendida la llama de la libertad, pero sobre todo sus artículos e impronta progresistas se perpetuaron en las sucesivas constituciones del mundo hispánico. En ese contexto, ¿cómo influye la Constitución de 1812 en nuestro constitucionalismo y vida del Perú republicano?

– Cádiz sienta los principios. La soberanía ya no le pertenece más al rey, sino al pueblo o la nación. Este es un cambio copernicano en la concepción del Estado y su recepción por las colonias hispanas, fundamental para que ellas postulen su derecho a la autodeterminación, a la independencia de la Metrópoli. También está la división de poderes, la desconcentración del poder será un principio esencial en la formación de las nuevas repúblicas latinoamericanas. La conformación de un poder para legislar, para representar la voluntad popular, un poder para administrar el Estado y dirigir los asuntos internos, como la política exterior, y un poder para resolver las controversias entre los ciudadanos o entre éstos y el Estado. También están las libertades ciudadanas: la libertad de imprenta, de expresión, de difusión del pensamiento, etcétera. Del mismo modo, las garantías básicas de la impartición de justicia: la presunción de inocencia, la de no sufrir tratos degradantes o de no infligir dolor, la imparcialidad judicial, el derecho de defensa en juicio,

etcétera. Todos estos principios son esenciales para entender los Estados constitucionales contemporáneos y todos ellos, entre otros más, nos vinieron de Cádiz.

Defensa de la Constitución

- Los artículos 372 y 373 de la Constitución gaditana establecen lo siguiente: “Art. 372. Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones a la Constitución, que se les hubiesen hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella. Art. 373. Todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución”. Así, la Constitución estableció tímidamente, como única forma de asegurar su supremacía, la fórmula de los artículos 372 y 373.
- El magistrado Eto Cruz puntualiza que aquí se verá cómo la figura de la infracción constitucional se convertiría en el único medio de defensa de los derechos ciudadanos que la Constitución había establecido. Defensa que, por otro lado, se presumiría en primer lugar como la simple búsqueda de responsabilidad penal de los infractores del texto fundamental, responsabilidad que le correspondería determinar en exclusiva a los jueces; posición que luego las Cortes se harían cargo de variar haciendo intervenir al cuerpo político en pos de la defensa de los derechos ciudadanos.
- La parte más interesante de la obra de los constituyentes de Cádiz para la defensa de la Constitución fue el establecimiento de los dos primeros artículos referentes al Título sobre la “Observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella” y la interpretación que las mismas Cortes de Cádiz hicieron de ellos.

Justifican celebraciones

- Una de las razones principales es el hecho de que la Constitución gaditana de 1812 representa el inicio del largo camino del estado de derecho, la democracia y el constitucionalismo en el mundo hispanoamericano. Si bien esta Constitución también fue modelo

ACTUALIDAD Y TRASCENDENCIA:
CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ, 200 AÑOS DESPUÉS

para otras constituciones en Europa, su influencia en las entonces colonias hispanas, inaugurando la era de la libertad, fue notable.

- Otro motivo para esta celebración reside en que el espíritu liberal que rezuman sus más de 300 artículos inauguró una nueva concepción de la persona, la sociedad y el Estado, basada en las libertades públicas, el pluralismo y la dignidad humana, aun en contra de una sociedad marcadamente conservadora como la española en los albores del siglo XIX.
- Por lo demás, la Constitución de Cádiz no solo fue luz intelectual para el liberalismo y el constitucionalismo de las nacientes repúblicas latinoamericanas, sino que su espíritu libertario, contrario a la invasión napoleónica, fue ejemplo también de rebeldía, de afirmación de la soberanía, como condición para el ejercicio de la libertad.
- “Todo ello nos enseñó Cádiz, todo ello sirve aún hoy y tiene mucha actualidad; por eso, un homenaje al bicentenario de esta Constitución es más que merecido y seguramente aleccionador”, manifestó el magistrado Eto Cruz

“EL ABOGADO ES QUIEN DEBE EXPRESAR LA MÁS ALTA FORMACIÓN DEL HUMANISMO”*

Nació un 10 de setiembre de 1959. Es hijo de Eusebio Masaky Eto Huiman y Guadalupe Cruz Saldarriaga. Felizmente casado. Constitucionalista por la Universidad Nacional de Trujillo. Obtuvo un diplomado en Defensa Nacional en el CESEDEN (España). Es doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (Galicia). Actualmente se desempeña como Magistrado del Tribunal Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales.

1. Dr. Eto ¿cómo es que nace su vocación por el Derecho? ¿Qué la llevo a apasionarse por esta carrera?

Cuando se viene al reino de este mundo, muchas personas se van al otro barrio sin saber a qué vinieron. Creo que antes de terminar la secundaria, los muchachos ya deben saber por dónde transitar a lo largo de su vida en algo útil. Mi tránsito al estudio del derecho estuvo precedida por la literatura; y antes de ella, como todo niño, tuve una vocación por la lectura de los comics. Mi pasión por el derecho ha ido *in-crecendo* más que por el ejercicio en sí de la abogacía, por el estudio teórico del derecho.

* Entrevista publicada en la sección “Charlas de Café” del periódico *La Ley*, de Gaceta Jurídica, Año 5, N.º 57, del 1 al 31 de octubre de 2012.

2. ¿Quiénes fueron sus principales referentes en lo personal, académico y profesional? ¿Qué rescató de cada uno de ellos?

En lo personal fueron dos profesores en la Universidad Nacional de Trujillo: Sigifredo Orbegoso Venegas y Víctor Julio Ortecho, la dupla del Constitucionalismo del Norte y que este año han cumplido ambos 80 años de vida. Por supuesto Florencio Mixán Mass fue otro académico con un discurso lógico que influyó mucho. José Montenegro Baca fue un distinguido ius-laboralista que tenía contactos en el mundo internacional. Y si ello ocurría con él desde provincia, por qué uno no podría vincularse con académicos extranjeros. Luego vendrían otros referentes como Domingo García Belaunde, Germán Bidart Campos, y Néstor Pedro Sagüés, en España con Paco Fernández Segado. Rescato de todos ellos sus grandes reservas morales y académicas, la honestidad y la capacidad de estimular a la juventud de entonces y a su infatigable labor por el quehacer académico y la producción bibliográfica.

3. ¿Qué lo caracterizó como estudiante? ¿Podría compartir con nosotros algún recuerdo de su etapa universitaria?

Fue una etapa de mucha efervescencia en discusiones políticas. Por el lado del pensamiento político del marxismo versus el espacio tiempo histórico esgrimido por el APRA. En Trujillo habían permanentes polémicas entre los mismos estudiantes que reclamaban una verdadera interpretación marxista de la sociedad. Recuerdo que en algún momento Pablo Macera, demoledor él con algunas frases, sostuvo que la izquierda era como aquel par de conejos que empezaron a discutir qué perro era el que los perseguía: uno decía que era un galgo, otro un podenco. Al final - invierto yo la conseja hecha por Macera - vino Sendero y se tragó a la izquierda iniciando una alternativa de proyecto político inviable. Creo que ahora son épocas distintas, los escenarios son a través de las redes.

**4. ¿Por qué decidió especializarse en Derecho Constitucional?
¿Hubo alguna experiencia en particular que lo motivó a interesarse en estas ramas del Derecho?**

Creo que desde mi época universitaria me consideré un político frustrado. Había mucha discusión bizantina, ello me llevó a ser un tanto anacoreta y dedicarme a estudiar el fenómeno jurídico a partir de su contenido político; y terminé en la que hoy es la disciplina del derecho constitucional. Siempre consideré al derecho penal apasionante; luego terminé por ver que esa pasión tenía como aliciente la oratoria forense; mas el Derecho Constitucional iba progresivamente consolidándose. Y un hecho importante fue la coyuntura de los debates de la Asamblea Constituyente de 1978. Aún cuando esta disciplina era la cenicienta del derecho, como lo sostuvo Domingo García Belaunde, creo que a la postre, fue una inversión en el tiempo en estos últimos 25 años de mi vida, tratar de entender la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Hoy creo que un abogado experto en su área respectiva no debe dejar de conocer un mínimo de conceptos y categorías del Derecho Constitucional.

5. La docencia universitaria forma parte de su vida profesional, ¿podría compartir con nosotros alguna anécdota que recuerde especialmente? ¿Algún alumno que recuerde de manera especial?

Fíjese Usted, en la biblia se dice que bendecido de Dios es aquel que encuentra en su trabajo la felicidad. Yo la encuentro justamente en la docencia – y confieso que es en la única esfera de mi vida donde me siento a gusto y lo disfruto – de allí que parte de mi vida será siempre la docencia.

6. ¿Qué podría rescatar durante el tiempo que ejerció la docencia en México y España?

En principio, yo estudié en Santiago de Compostela, ubicado en Galicia – España, mi doctorado. Allí fui alumno e intermitentemente hacía labor de dictar diversas clases que me permitían los profesores Francisco Fernández Segado y Carlos Ruíz Miguel. En México, estuve como profesor investigador visitante en el Instituto de Investigacio-

nes Jurídicas. Ambos países me han permitido tener una aproximación más cosmopolita para entender los problemas locales de nuestro Derecho Constitucional.

7. ¿Qué recomendación le daría a los estudiantes de Derecho?

Que estudien como que nunca se van a morir; que no sólo lean textos de formación o de su especialidad, sino también una ración por lo menos entre semana de poesía y una buena dosis en la semana de novelas, algo de ensayos; un poco de filosofía, y coronar con algunos temas de historia; en fin, el abogado es el que debe expresar la más alta formación del humanismo y no ser un simple tecnócrata de su especialidad.

8. Actualmente se desempeña como Magistrado del Tribunal Constitucional, ¿qué significa para usted, en el plano personal y profesional, ejercer este cargo? ¿Alguna anécdota que nos pueda contar?

Es un cargo sumamente delicado y de una gran responsabilidad. Supone un reconocimiento a la trayectoria académica y al compromiso por la consolidación de un Estado Constitucional. Creo que ha sido y es aún una experiencia, acaso la más vital que he tenido fuera de la docencia. Y lo más importante es que, a partir de las diversas disciplinas jurídicas que están en juego, los magistrados constitucionales tienen la posibilidad de crear o recrear en base a casos concretos la aplicación de los principios, conceptos o categorías del derecho sustantivo o procesal. ¿Una anécdota? El pleno de Magistrados me nombró Director del Centro de Estudios Constitucionales por dos años y a estas alturas que estamos ya por salir del TC, dicho cargo lo he detentado por cinco años.

9. ¿Podría formularnos una idea para mejorar el servicio de administración de justicia?

Actualmente están en giro aproximadamente dos millones de expedientes en toda la República. Eso revela la ineficacia por muchas causas que deben diagnosticarse y empezar a imponerse soluciones inmediatas, sin tanta retórica que trae cada Magistrado que asume la presidencia de la Corte Suprema. El servicio de la impartición de justicia

pasa por una buena remuneración a sus magistrados; permanente capacitación vía la Academia de la Magistratura que funcionen en términos eficaces el control interno del Poder Judicial y externamente el Consejo Nacional de la Magistratura. Que el Presidente de la Corte Suprema sea elegido por elección de todos los Jueces Supremos, Superiores y de Primera Instancia. Una reforma estructural pasa por identificar el diagnóstico de cada mal con una solución.

10. ¿Gusta Ud. de viajar? ¿Qué lugares del mundo la han fascinado o son los que más recuerda?

Viajo invitado para eventos académicos y llevar los aportes jurisdiccionales hechos por el Tribunal Constitucional peruano. España se encuentra en mi corazón por sus grandes ciudades medievales, tanto como Italia. A México lindo y querido lo tengo permanentemente presente.

11. ¿Qué características definen su personalidad?

Mi constancia.

12. ¿A qué se dedica en su tiempo libre?

A leer literatura y a escuchar música.

LAS ENSEÑANZAS DEL MAGISTRADO GERARDO ETO CRUZ*

En el marco del lanzamiento del Instituto Dominicano de Derecho Procesal Constitucional, tuvimos el honor de recibir en el país al Mag. Gerardo Eto Cruz, del Tribunal Constitucional Peruano. En su particular manera de afirmar derechos, expresó varias ideas que me han parecido medulares en esta construcción activa y viva del derecho constitucional aplicado; para pasar de la “formalidad” a la concreción en el ejercicio de los derechos fundamentales.

La primera de estas ideas, fue sobre el “derecho a la felicidad” sin tapujos, sin colocarla en el plano de lo “irrealizable” y sin que sea asumida como un acto medalaganario y particular de la emoción individual. Hablaba de una felicidad llena de valores como: igualdad, equidad, justicia, legalidad, respeto, y solidaridad; vista desde la responsabilidad estatal y social de que la ciudadanía pueda vivir en paz. Espero sinceramente que esta aprehensión de un contexto real de felicidad sea un objetivo a lograr desde todas las instancias comprometidas con un mejor funcionamiento de la sociedad.

* Esta nota informativa fue elaborada por la doctora Yildalina Tatem Brache y apareció en el portal web “Diario Libre.com”, de República Dominicana, con ocasión del viaje del suscrito a dicho país en el mes de junio de 2013. Se encuentra publicada en http://www.diariolibre.com/opinion/2012/05/23/i337245_las-enseanzas-del-magistrado-gerardo-eto-cruz.html (fecha de visita: 14/06/2013).

La segunda es cuando señala que la “Suprema Corte de Justicia no tiene la última palabra porque es infalible sino que es infalible porque tiene la última palabra”. Dicho esto, para en el sentido de aprehender que lo que se asume con el ejercicio de la función de la magistratura de las más altas instancias es un gran compromiso de servir con independencia, probidad, criterio de oportunidad, pertinencia, y eficacia. Es decir, que tener una posición como ésta, no es para engrandecer el ego de nadie en particular, sino para asumir el servicio ciudadano de administrar justicia.

La tercera idea, posiblemente reiteración de las anteriores pero con sus propias peculiaridades, es que “la justicia constitucional existe para la ciudadanía”, con toda la implicación que conlleva esta afirmación. Y desde aquí la construcción de que los derechos humanos, los derechos fundamentales y los derechos constitucionales, hay que aprehenderlos desde la noción de que los mismos pertenecen a todos los seres humanos. De ahí que no es populismo reconocerlos y considerar la pertinencia de hacerlos valer en la convivencia cotidiana, por el contrario, de eso se trata.

En múltiples oportunidades escucho las preocupaciones y las dudas que genera en muchos el afianzamiento neoconstitucional que positiviza los derechos humanos, por lo regular estas se vinculan a la incapacidad material de los Estados de cumplir con las obligaciones que contrae. Y no le niego la certeza que puedan acarrear estos planteamientos; ahora bien, lo que no logro comprender es por qué a pesar de todos los problemas que todavía persisten en el país con el registro inmobiliario, nadie expresa la idea de que habría que no reconocer el derecho de propiedad, porque el Estado no ha sido capaz de ofrecer un servicio eficiente para que todas las propiedades estén saneadas. Tampoco entiendo por qué no se utiliza la misma lógica de pensamiento cuando se trata de los derechos vinculados al pluralismo político y la enorme inversión de recursos estatales para que haya un sistema de elecciones “libre y democrático” -que defiendo y que estoy de acuerdo en que debe mantenerse, aunque posiblemente haciéndolo menos oneroso para las arcas públicas-, pero cuando se trata de la salud u otro derecho prestacional, la primera gran preocupación de si el Estado puede con esa “carga”.

Quizás, se deba reconocer, como dice Valenzuela Bernal (La Judicialización de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, s/f), que

lo que ha existido es insuficiencia en los medios de exigibilidad judicial de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), pues toda discusión sobre la justiciabilidad de un derecho, se funda en si hay o no una acción y su relación frente a aquella prerrogativa que se pretende tutelar con la misma.

Siguiendo a López Blanco (Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, 2005), definitivamente, para que estos derechos no resulten una mera declaración de principios, debe proporcionárseles recursos adecuados y efectivos conforme la realidad y su naturaleza. Es decir, recursos cuyas funciones sean idóneas para proteger las situaciones jurídicas infringidas y que además sean capaces de producir los resultados para los que han sido concebidos (Corte IDH. Caso Godínez Cruz vs. Honduras, 1987). Esta idea debería ser clave en el desarrollo y desempeño de la justicia constitucional.

Desde mi punto de vista, en lugar de una preocupación por la constitucionalización de los derechos (que los Estados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en las Convenciones que la sustentan, han reconocido como inherentes a las personas) debe haber un empeño en fortalecer el proceso constitucional, que asuma su rol protagónico en la medida en que a través del mismo, la persona titular de derechos y libertades que deben ser tutelados, pueda ejercer la facultad de reclamar la satisfacción de los mismos. La preocupación (insisto) debería ir encaminada a establecer las especificidades que requieren los nuevos procesos constitucionalizados que tomen en cuenta las diversas connotaciones que le son consustanciales.

Llegó el tiempo de asumir que el derecho no es lineal. Que, como todas las ciencias, es holístico y transdisciplinario. Es cierto que puede costarnos --un poco o un gran esfuerzo- aprehender y comprender la naturaleza jurídica de los derechos sociales; pero, que no sean nuestras taras doctrinales óbice suficiente para descartar como posible, lo que asumimos como ideal en todas las declaraciones de principios cuando reconocemos la igualdad entre los seres humanos.

Generalmente, por su calidad prestacional, la doctrina se ha inclinado a relegar los DESC a un segundo plano en contraposición con los derechos civiles y políticos: de aquí su dependencia de las posibilidades fácticas del Estado para proveerlos, originando dificultades rela-

tivas a su exigibilidad y judicialización. En mi opinión, si asumiéramos los DESC como derechos con fuerza vinculante directa, estableceríamos las fórmulas posibles para su garantía, atendiendo a criterios de no regresividad, eficiencia en el uso de los fondos públicos y la creación de prestaciones individualmente materializadas.

Van Hoof identifica cuatro niveles en el tipo de obligaciones derivadas de estos derechos para los Estados: respeto, protección, garantía y promoción. Unos exigibles de forma inmediata y otros responden al principio de progresividad. De esta manera se aseguran las condiciones necesarias para el usufructo de los DESC y se promueven mecanismos adecuados y efectivos para su justiciabilidad.

En definitiva, los derechos no deben tener categorías sino complementariedad e interacción. El Estado será más eficiente en la administración de los recursos escasos en la medida en que las personas tengan mayores vías para demandar el control y exigir el cumplimiento de los derechos reconocidos. Desde esta perspectiva, qué bueno que en la República Dominicana tenemos una Constitución que hace fundamentales los derechos humanos.

ANEXO:

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

UNA AGENDA PENDIENTE PARA
EL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA

NOTA PRELIMINAR

Permítasenos justificar el presente Anexo, o Anejo como dice la Real Academia Española de la Lengua, respecto a dos documentos que tienen valía *per se*, aún cuando ambos puedan servir de base a proyectos concretos que el gobierno de turno emprenda en el marco del ideal que asuma con relación a los valores y principios democráticos que debe impulsar para la consolidación del sentimiento constitucional de cara al Bicentenario de la Independencia del Perú.

En el caso de la llamada “**Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional**”, este proyecto surge en el gobierno de Alejandro Toledo (2001-2006), bajo la batuta en el Ministerio de Justicia del doctor Baldo Kresalja. La idea que subyace en este proyecto de largo aliento es que nuestro país cuente con un archivo oficial de los documentos políticos y constitucionales más importantes de su historia republicana. Haciendo un símil con una familia, que guarda documentos valiosos como la partida de matrimonio de los padres, las partidas de nacimiento de los hijos, partidas de bautizo, títulos de propiedad, testamentos y una serie de documentos que pasan a formar parte del acervo fundamental del hogar y que se guardan con mucho esmero; el Perú, como familia más grande, debe tener también la proyección de guardar, ordenada y sistematizadamente, los documentos más importantes que forman parte de su historia como Estado y como Nación. Así, desde la independencia hasta la actualidad, hemos pasado por diversos ciclos históricos que han quedado registrados no solo en documentos oficiales, sino en las grandes obras de pensadores, historiadores, filósofos, soció-

logos, juristas y políticos que dedicaron su vida a pensar y reflexionar sobre el Perú, los problemas concretos de su desarrollo como república y las fracturas sociales que han problematizado siempre nuestro común destino como nación. En la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional se piensa recopilar pues todos nuestros documentos constitucionales de los siglos XIX y XX, así como los debates constituyentes que los precedieron, pero también las principales obras del Perú Republicano, sea en doctrina constitucional, historia de las ideas políticas, pensamiento y doctrina política, textos sobre la peruanidad e identidad nacional, entre otras, que serán el tributo más imperecedero en el marco del Bicentenario de nuestra Independencia.

El segundo documento que aquí se presenta es el que se titula **“Lineamientos para una Reforma Constitucional”**, preparado por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú y presentado en ceremonia oficial al Presidente Valentín Paniagua Corazao en julio de 2001. La Comisión encargada de elaborar este documento fue convocada mediante Decreto Supremo N° 018-2001-JUS, de fecha 26 de mayo de 2001, y estuvo integrada por veintiocho destacados juristas y constitucionalistas designados por Resolución Suprema N° 232-2001-JUS, de fecha 31 de mayo de 2001. La Comisión estuvo presidida por el entonces Ministro de Justicia Diego García Sa-
yán, con Domingo García Belaunde como Vicepresidente. El documento presentado por la Comisión, forjado en la coyuntura de rescate de la democracia, luego de la caída del régimen de Alberto Fujimori, contiene en realidad una serie de propuestas de reforma a la Constitución de 1979, en la idea de que la Constitución de 1993 había carecido de legitimidad de origen y de ejercicio. Así una de las propuestas contenidas en este documento era la declaración de nulidad de la Constitución de 1993; a la que se sumaron la de la reforma total de la Constitución de 1993, retornando a la de 1979 con los cambios pertinentes, o la convocatoria a una Asamblea Constituyente para elaborar una nueva Constitución. En todo caso, los cambios más importantes que se aprecian son en un sentido más democrático, social y progresista que la actual Carta de 1993, es decir en un espíritu más cercano a la Constitución del 79. Así, este documento propone el retorno a la bicameralidad, la eliminación de la reelección inmediata presidencial, el fortalecimiento de los partidos políticos, el reconocimiento de los derechos sociales, de los pueblos indígenas, de las tareas del Estado en el logro de la igual-

dad sustantiva, aunque se mantiene el estímulo por la libre iniciativa privada y la economía social de mercado. Con todo, este documento debería, a futuro, constituirse como punto de referencia para un poder constituyente, sea éste originario o derivado.

De todo lo expuesto, se justifica la necesidad de que ambos documentos integren este anexo. En ambos casos, me cupo el honor de integrar las respectivas comisiones que se encargaron de elaborarlos.

LA COMISIÓN DE BASES PARA EL ESTUDIO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

PRESENTACIÓN

Desde que se constituyó, a fines del mes de noviembre de 2000, el Gobierno Transitorio ha tenido entre sus objetivos primordiales la reconstrucción del Estado de Derecho, la recuperación y fortalecimiento de las instituciones políticas, la lucha contra la corrupción y la plena vigencia de los derechos constitucionales, buscando desarrollar una agenda democratizadora para superar la estructura de poder arbitraria que actuó al margen de mínimos criterios de respeto a la ley y la seguridad jurídica.

En tal sentido, el esfuerzo efectuado en estos meses por las diversas instancias del Gobierno ha sido fundamental para la recuperación de los espacios democráticos, a través de una gestión que buscó la transparencia en la administración y el acercamiento a la sociedad civil, a fin de iniciar las bases de un proceso de restauración constitucional en el que los ciudadanos estén protegidos en sus derechos y vivan en un ambiente de seguridad que propicie el desarrollo de su personalidad y su libre iniciativa.

El conjunto de arbitrariedades cometidas por el gobierno anterior, por lo que cuestionó su legitimidad y que fue causa de la resistencia cívica, ha permitido que los peruanos efectuemos una profunda

reflexión sobre los problemas del país y que consolidemos nuestra permanente vocación de vivir en democracia.

Y es que, las implicancias de convivir dentro de un régimen con funcionarios sin ningún tipo de control y con un poder oculto, fueron nefastas debido a que fue precisamente este escenario el que permitió que la democracia sea secuestrada y mediatizada por quienes se apoderaron del poder para intereses mezquinos y subalternos. Dicho escenario permitió también que la corrupción, se enquistara en el gobierno precedente, con la magnitud y las consecuencias que todos conocemos.

La tarea a emprender por el Gobierno Transitorio, entonces, era importante, pero también enorme. Por ello, éste último hizo efectivo, desde el inicio, un extenso programa de reformas y propuestas democráticas, como marco para unas elecciones generales justas, limpias y transparentes; y con una indispensable visión de futuro. Es en este camino difícil por la necesidad de desmontar el aparato de poder corrupto, que se efectuó la propuesta para iniciar un proceso de reforma constitucional, que devuelva el pacto político fundamental, refuerce el respeto a los derechos y garantías constitucionales y ratifique el enfoque de seguridad jurídica indispensable para la vida en sociedad.

Ha sido claro para el Gobierno de Transición el origen espurio de la Carta de 1993, elaborada y aprobada en un escenario de crisis política y moral del país, que ha sido considerada como un instrumento del poder o, como han dicho algunos, un estatuto de ocupación que produjo la debilidad de los instrumentos de control político y permitió el uso abusivo del poder. Además, la citada Constitución fue aprobada por un Congreso Constituyente cuya existencia no se encontraba prevista por el texto constitucional de 1979, que fue producto de un golpe de Estado, y que no tuvo en cuenta las necesidades y cuestionamientos de la ciudadanía y las instituciones privadas más representativas. Finalmente, fue ratificada por un referéndum que estuvo muy cuestionado por las irregularidades cometidas durante su desarrollo.

El objetivo del gobierno, dentro la tarea de reinstitucionalización del país, ha sido garantizar que un eventual proceso de reforma constitucional se asiente sobre el estudio especializado de expertos del más

alto nivel académico y moral, que presenten al país un informe sobre las reformas constitucionales necesarias, y el procedimiento a emplearse

para desarrollarlas. Con ello se busca iniciar un debate nacional sobre la materia, e ingresar a un momento constituyente para perfeccionar la normativa constitucional y contar con un texto fundamental garantista y humanista.

De esta manera, mediante Decreto Supremo N° 018-2001-JUS de fecha 26 de mayo de 2001, se creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, a fin que la misma proponga tres productos concretos:

Las normas constitucionales que podrían ser reformadas, a partir de la evaluación de su contenido, de su análisis sistemático y de la regulación de las instituciones políticas.

Las opciones sobre el contenido de las reformas propuestas.

El procedimiento para desarrollar las reformas constitucionales propuestas.

Dados los productos a alcanzar, el Gobierno conformó la Comisión, la misma que estuvo constituida por especialistas y expertos de reconocida trayectoria profesional y académica, así como de probada moral y ejecutoria democrática. Para ello, por Resolución Suprema N° 232-2001. -JUS, de fecha 31 de mayo de 2001, se designó a un grupo de veintiocho juristas, los mismos que efectuaron en poco tiempo la tarea encomendada de estudiar las bases de la reforma constitucional. La conformación, como no podía ser de otro modo, consideró también a los especialistas provenientes de provincias.

De igual modo, se estableció que conformarían el denominado Comité de Coordinación un grupo reducido de miembros de la Comisión, quienes han tenido a su cargo el diseño de la metodología, la consolidación de las propuestas, el análisis de las iniciativas presentadas por instituciones públicas y privadas, así como por la ciudadanía en general.

El trabajo desarrollado no se divorció de la realidad ni de su entorno. De hecho, la Comisión efectuó una convocatoria pública a través de los medios de comunicación escritos, abriendo una línea de comunicación en una casilla especial del Ministerio de Justicia, así como el uso de los medios modernos de transmisión de datos. Como respuesta de

esta iniciativa de la Comisión, se apreció un enorme interés de la sociedad civil para iniciar este proceso de reformas, que revela que en el poco tiempo disponible, haya existido una positiva reacción, lo que demuestra a su vez que el camino iniciado es a todas luces el correcto.

El debate que ha planteado el trabajo de la Comisión, confirma la necesidad de establecer mecanismos adecuados para una reforma constitucional que consigne la corrección de las deficiencias existentes y que exprese las aspiraciones de la ciudadanía.

En esta línea se adscribe el presente Informe Final de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, que se presenta al país, como un documento de bases constitucionales que no contiene un proyecto de articulado, sino lineamientos fundamentales que recogen un conjunto de ideas novedosas que buscan rescatar la democracia, el principio de supremacía constitucional y consolidar el Estado de Derecho.

No puedo dejar de expresar a nombre del Gobierno el agradecimiento a los miembros de la Comisión, quienes con dedicación y dejando de lado sus múltiples ocupaciones profesionales o académicas, han permitido contar con un documento que inicie un camino para superar las dificultades constitucionales. De igual modo quiero expresar mi reconocimiento a todas las instituciones públicas y privadas y a las decenas de ciudadanos que enviaron sus contribuciones para enriquecer este debate. Igualmente, al Congreso de la República, que envió valiosa información de orden histórico respecto a la Carta de 1993 y a la Fundación Konrad Adenauer, que apoyó en la realización de talleres internos y en la publicación del presente informe.

Lima, julio de 2001

Diego García-Sayán

Ministro de Justicia

INTRODUCCIÓN

A través del Decreto Supremo N° 018-2001-JUS se creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional con la finalidad de dejar sentados los lineamientos para una reforma constitucional y, en esa medida, contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad democrática en el país. Ella estuvo integrada por veintiocho especialistas designados mediante Resolución Suprema N° 232-2001-JUS, de fecha 31 de mayo de/ 2001, y presidida por el señor Ministro de Justicia.

La Comisión tuvo por objetivo elaborar un informe en el cual se formulen las bases para una reforma constitucional, así como plantear los posibles procedimientos para llevarlas a cabo. El plazo era muy breve pues debía presentar sus propuestas al Presidente de la República el 15 de julio de 2001. Ello hizo necesario diseñar una metodología de trabajo que permitiera alcanzar los objetivos propuestos.

1. LA METODOLOGÍA UTILIZADA POR LA COMISIÓN

La Comisión en pleno se instaló el 7 de junio de 2001 en la sede del Ministerio de Justicia. Con anterioridad, los miembros del Comité de Coordinación, también designados por la citada Resolución Suprema, se reunieron para formular una propuesta de metodología que sería presentada al pleno.

Una decisión inicial fue designar como vicepresidente de la Comisión al Dr. Domingo García Belaunde. Asimismo, se acordó efectuar una convocatoria pública para recibir las propuestas de la ciudadanía y, a la vez, solicitar a las instituciones públicas que remitan sus aportes. En respuesta a esta iniciativa, diversas personas e instituciones enviaron sus propuestas las cuales fueron detenidamente examinadas por la Comisión.

A fin de agilizar el trabajo, se crearon ocho Subcomisiones, cada una de las cuales debía elaborar una propuesta sobre el tema examinado, designándose un coordinador encargado de dirigir los debates y ser el enlace entre el Comité de Coordinación, el Pleno y los respectivos miembros de las Subcomisiones. Dichas Subcomisiones fueron las siguientes:

Preámbulo, derechos, deberes, régimen de excepción, Defensoría del Pueblo y procesos constitucionales.

Régimen económico

Congreso y Gobierno

Administración de justicia

Defensa nacional y orden interno

Régimen electoral

Descentralización

Estado y nación, tratados, función pública y reforma constitucional.

Cada miembro de la Comisión se incorporó a una o varias Subcomisiones. Las propuestas de cada Subcomisión fueron presentadas el 22 de junio y a partir del 25 de ese mes se iniciaron los debates en el Pleno. La Comisión realizó 18 sesiones plenarias y un número mayor de sesiones a nivel de las Subcomisiones. En la medida que no siempre se podía alcanzar la unanimidad respecto a las propuestas formuladas, se procedía a una votación para lograr un acuerdo que permitiera avanzar con el trabajo desarrollado. Las propuestas aprobadas por el Pleno fueron consolidadas por el Comité de Coordinación, el cual tuvo a su cargo la redacción final del informe.

Cabe indicar que el 6 de julio, el Comité de Coordinación informó al Consejo de Ministros sobre los avances del trabajo, recibiendo interesantes aportes.

2. LA CONSTITUCIÓN DE 1979 Y EL PROCEDIMIENTO PARA LA REFORMA

Reconociendo el cuestionable origen de la Carta de 1993, se acordó que el texto base para formular las reformas sería la Constitución de 1979, a la cual se le harían las modificaciones correspondientes, incorporando los aportes formulados por los integrantes de la Comisión y los contados avances de la Carta de 1993.

En consecuencia, el informe propone cambios a la Constitución de 1979 y, por tanto, en aquellos casos en los cuales no se formulan modificaciones, considera que debe mantenerse lo dispuesto por ella.

Cabe anotar que el presente documento no acompaña un proyecto de articulado, pues entiende que ello no le corresponde a la Comisión sino al próximo Congreso. Formula, más bien, los lineamientos generales que permitan avanzar hacia un proceso de reforma constitucional en el país.

Adicionalmente, la Comisión ha estimado conveniente presentar un conjunto de posibilidades para proceder a la reforma constitucional planteada. Es decir, no se propone una sola alternativa o procedimiento para proceder al cambio constitucional, pues ella deberá ser escogida en su momento por las autoridades políticas competentes.

3. Lineamientos para una reforma constitucional: la primacía de la persona humana y la limitación del poder

El informe formula los lineamientos que consideramos necesarios para una reforma constitucional cuyo eje sea la persona humana y la indispensable limitación del poder. En este sentido, la reforma propone un modelo de sociedad decididamente democrático caracterizado por los aspectos que resumimos a continuación.

a) Vigencia de los derechos humanos.- En la medida que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado, la Comisión consideró necesario avanzar en el reconocimiento de los derechos fundamentales, incorporando, además, los aportes de los instrumentos internacionales sobre la materia, las novedades introducidas por las recientes Constituciones, así como los aspectos positivos contenidos por la Carta de 1993. Asimismo, se ha considerado conveniente reconocer la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos. Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, se ha tratado de establecer un adecuado equilibrio con las actuales tendencias que caracterizan a un estado social y democrático de derecho.

b) Afianzar una economía social de mercado. La propuesta acoge un modelo de economía social de mercado que, reconociendo lo positivo de los anteriores textos constitucionales, reafirme los principios y valores de la solidaridad y de la persona humana dentro de un sistema económico competitivo que fomente la propiedad y la libre empresa, regulando una intervención subsidiaria del Estado en la economía sin perjuicio de su necesario rol promotor.

c) Un régimen presidencial atenuado. La tendencia constitucional del Perú se ha inscrito en el marco de modelos presidenciales con intensos poderes y limitados controles. De esta manera, el crecimiento desmesurado del presidencialismo ha sido un factor de inestabilidad política en el país. La propuesta de la Comisión contiene algunas novedades y, en otros aspectos, plantea un retorno a la constitución histórica. Respecto a esto último, vista la experiencia reciente donde se ha comprobado que el sistema unicameral no ha funcionado adecuadamente, se propone regresar a un modelo bicameral. Así, se plantea que las cámaras tengan funciones diferenciadas, un mejor control parlamentario, mayor criterio de representación y seguridades para la elaboración de las leyes, contando para ello con la revisión legislativa, aunque estableciendo que el trámite siempre debe iniciarse en la Cámara de Diputados, con lo que el Senado sería sólo una cámara revisora.

Además, la Cámara de Diputados, puede ser renovada periódicamente, se elegiría en circunscripciones electorales que pueden tener como base los actuales departamentos, y el Senado por distrito electoral único, para que exista una base dual de representación que exprese la voluntad ciudadana. Asimismo, cámara baja tendría las funciones de interpelación y censura de los Ministros, descartándose algunas innovaciones de la Carta de 1993, respecto al voto de confianza y la estación de preguntas, que han demostrado su inoperancia. De otro lado, se proponen cambios en el sistema de elección presidencial en doble vuelta, la prohibición de la reelección, la posibilidad de acusar constitucionalmente al Presidente de la República durante su período por todo delito que corneta, el establecimiento de un Presidente del Consejo de Ministros sin cartera. Todo ello, en la mira de diseñar un modelo presidencial atenuado.

d) Fortalecer a las instituciones y mecanismos de control. El control es indesligable de la idea de Constitución, en consecuencia, la Comisión considera indispensable fortalecer los mecanismos de control para garantizar no sólo un adecuado equilibrio de los poderes u órganos del Estado, sino a la vez la tutela de los derechos de las personas. En este sentido, se ha tenido mucho cuidado para garantizar la autonomía de los órganos que prestan el servicio de justicia, - Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura y Tribunal Constitucional -, así como, en general, fortalecer los mecanismos jurisdiccionales

y parlamentarios de control. Igualmente, se han delimitado las competencias de la justicia militar a fin de evitar los excesos que en los últimos años se han cometido.

Finalmente, la Comisión no puede dejar de agradecer a todas las personas e instituciones públicas y privadas que remitieron sus propuestas, así como a todas aquellas personas que colaboraron con nuestra labor. Asimismo, expresa su reconocimiento al señor Presidente de la República, Dr. Valentín Paniagua Corazao y al señor Ministro de Justicia, Dr. Diego García-Sayón Larrabure, por la confianza depositada en sus miembros para desarrollar un trabajo de esta envergadura.

En definitiva, la Comisión considera que esta constituye una singular oportunidad para que el pacto político que ha de regir los destinos del país en los próximos años se adecue, no sólo a los avances producidos en materia constitucional, sino fundamentalmente a las nuevas perspectivas que aporten al desarrollo humano y al fortalecimiento de la institucionalidad democrática. De esta manera, se garantizará que tanto las instituciones como los derechos que allí se desarrollen, respondan a las necesidades y expectativas de todas las personas. Así lograremos que la reforma constitucional que se promueve, y cuyo debate esperamos se inicie, sea un verdadero diseño de convivencia democrática al que todos aspiramos.

Lima, 15 de julio del 2001

Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional

LINEAMIENTOS PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

PREÁMBULO

FUNDAMENTACIÓN

Con excepción de la Carta de 1979, los textos constitucionales de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1993 prácticamente carecieron de un preámbulo. Es importante contar con uno, pues en él se reconoce la decisión política del pueblo de darse una Constitución, se definen los fines y valores democráticos que se pretenden alcanzar, se postula la integración nacional, y se promueve su fuerza normativa constitucional.

PROPUESTA

1. **El preámbulo debe inspirarse en la Carta de 1979.**- La Comisión considera que el preámbulo de la Constitución de 1979 debe ser la base de aquel que se pretenda elaborar. El preámbulo debe reconocer la posición central de la persona humana; establecer la forma de Estado democrático y social; precisar que la economía social de mercado está al servicio de la persona humana; y, proteger al medio ambiente y los recursos naturales, como compromiso social con las presentes y futuras generaciones.

2. **Preámbulo.**- Se formula el texto siguiente basado en el preámbulo de la Carta de 1979:

CREYENTES en la primacía de la persona humana y en que todos los seres humanos, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado;

- Que la familia es la célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación, la cultura, la paz y la solidaridad;
- Que la libertad y la justicia son valores primarios de la vida en comunidad y que el ordenamiento social se cimienta en el bien común y la solidaridad humana;

- Que el trabajo es deber y derecho de toda persona y representa la base de la realización humana y de la creación de la riqueza, el bien común y la justicia social;

CONSCIENTES en la necesidad de construir un sentimiento constitucional que impulse la solidaridad entre quienes comparten diferentes períodos históricos de vida, y que las generaciones presentes deben asumir una responsabilidad con las futuras, para fortalecer la personalidad histórica de la Patria, fundada en los valores éticos, cívicos y democráticos; de defender su patrimonio cultural; y, de asegurar el respeto humano al medio ambiente y los recursos naturales;

RESUELTOS a promover la creación de una sociedad justa, libre y solidaria, sin explotados ni explotadores, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo, condición social o cualquier otra índole, donde la Economía esté al servicio de la persona y no la persona al servicio de la Economía;

DECIDIDOS a fortalecer un Estado constitucional, democrático y social, basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta; que garantice el pluralismo y la tolerancia política y social, a través de instituciones representativas y legítimas, la plena vigencia de los derechos humanos; la independencia y la unidad de la República; la integridad territorial; la dignidad creadora del trabajo; la participación de todos en la satisfacción de las necesidades básicas espirituales y materiales; la superación del subdesarrollo y la injusticia; el sometimiento de gobernantes y gobernados a la Constitución y la ley, y; la efectiva responsabilidad de quienes ejercen función pública;

CONVENCIDOS de la necesidad de promover una sociedad dinámica y abierta a formas superiores de convivencia así como de la integración de los pueblos, apta para recibir y aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica, económica, social y cultural que transforma el mundo, enmarcada en el respeto y promoción de los derechos humanos.

CONSCIENTES de la fraternidad de todas las personas y de la necesidad de excluir la violencia como medio de procurar la solución a los conflictos internos e internacionales:

EVOCANDO las realizaciones de nuestro pasado pre-inca e inca; la fusión cultural y humana cumplida durante el virreinato hispá-

nico y la República; la gesta de los Libertadores de América que inició en el Perú Tápac Amant y aquí culminaron San Martín y Bolívar; así como las sombras ilustres de los fundadores de la República y de todos nuestros próceres, héroes y luchadores sociales; y el largo combate del pueblo contra las autocracias por alcanzar un régimen de libertad y justicia social.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

FUNDAMENTACION

Un título como el que se plantea debe establecer el conjunto de principios y valores que dan sentido a la Constitución y que operan no sólo como cláusulas interpretativas, sino, también, como normas jurídicas vinculantes que integran el sistema de fuentes del derecho. Por ello, la Comisión considera conveniente la incorporación de un título inicial que contenga estos principios fundamentales.

PROPUESTA

1. Un título inicial que defina los principios fundamentales.-

Las Constituciones del Perú no han contado con un título inicial que agrupe a los principios fundamentales que las orientan. En cambio, las últimas Constituciones de América Latina (Bolivia, Colombia, Paraguay, Brasil, Ecuador, Chile y Nicaragua) suelen contar con uno. Esto también ocurre con las constituciones europeas occidentales (España, Portugal, Alemania e Italia), así como con las nuevas constituciones europeas orientales (Rusia, Bielorrusia, Polonia y las Repúblicas Bálticas).

2. Principios fundamentales.- Se propone la inclusión de diez principios que puedan desarrollar los temas que a continuación se presentan.

- 2.1. Dignidad de la persona humana.
- 2.2. Derechos fundamentales.
- 2.3. Orden democrático.
- 2.4. Estado social y democrático de Derecho.

- 2.5. Control y transparencia del poder público.
- 2.6. Descentralización.
- 2.7. Economía social de mercado.
- 2.8. Integración.
- 2.9. Supremacía constitucional.
- 2.10. Vigencia de la Constitución ante formas de derogación no previstas por ella.

DERECHOS FUNDAMENTALES

FUNDAMENTACIÓN

En la medida que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado, se considera conveniente tomar como base la enumeración de derechos reconocidos por la Constitución de 1979, incorporando, además, los aportes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la doctrina sobre la materia, las recientes Constituciones, así como los aspectos positivos introducidos por la Carta de 1993.

Tratándose de los derechos económicos, sociales y culturales, debe efectuarse una detallada revisión de lo dispuesto por la Constitución de 1979, a fin de establecer un adecuado equilibrio con las actuales tendencias que caracterizan a un estado social y democrático, sin que ello importe el vaciamiento de tales derechos.

Es importante que el primer título de la Constitución esté referido a los derechos fundamentales. Así, se dejaría de lado la sistemática utilizada por la Carta de 1993 que ubica en capítulos distintos a los derechos fundamentales y a los derechos políticos, sociales y económicos, propiciando una diferencia que afecta la unidad de estos derechos. Además, debe unificarse el lenguaje constitucional de tal modo que no sólo se mencione al hombre como sujeto de derecho. Por ello, debe utilizarse un lenguaje sensible al género que claramente aluda a hombres y mujeres o, en general, se refiera a la persona.

PROPUESTA

1. La persona humana como fin supremo de la sociedad y el Estado.- Iniciar el articulado del título sobre derechos fundamentales señalando que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, reiterando la obligación de todos de respetarla y protegerla.

Precisar, además, que el Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del poder público, de conformidad con la Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por estado peruano y las leyes que los desarrollen.

2. Vida.- En concordancia con los avances en materia de derechos humanos y el respeto de la dignidad del ser humano, la Comisión propone acoger una tesis abolicionista y eliminar la pena de muerte, incluso tratándose del supuesto de traición a la patria en caso de guerra exterior. Asimismo, la Comisión propone reconocer que el Estado debe adoptar medidas que garanticen a las personas un nivel mínimo de subsistencia y una vida digna. Finalmente, se considera necesario señalar que el concebido es sujeto de derecho.

3. Libertad personal.- Establecer que toda persona, en tanto ser libre, tiene derecho a la protección de su proyecto de vida en sociedad.

En consecuencia, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe y, por tanto, cuenta con los derechos reconocidos por el artículo 1 inciso 20) de la Constitución de 1979.

4. Derecho a no ser detenido arbitrariamente.- Precisar que la detención de una persona sólo procede por orden judicial emanada de un debido proceso y por la policía en caso de flagrante delito. Debe evitarse reiterar la expresión contenida en la Carta de 1979 («en todo caso») que permitió interpretaciones que autorizaban detenciones por sospechas.

5. Libertad y límites a la potestad punitiva.- La potestad punitiva del Estado constituye una de las manifestaciones del ejercicio del

poder con mayor posibilidad de afectar los derechos fundamentales. Por ello, el texto constitucional incorpora un conjunto de principios, normas y garantías que condicionan la validez del ejercicio de la potestad punitiva estatal, es decir, contempla lo que suele denominarse el «programa penal de la Constitución».

De este modo, resulta fundamental reconocer expresamente que la potestad punitiva del Estado respeta los principios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad y humanidad de las penas.

Estos principios limitan el poder punitivo estatal tanto en el ámbito sustantivo, procesal, como el de ejecución. Asimismo, no se permite la delegación de facultades legislativas al Gobierno en materia penal, pues ello afecta el fundamento político del principio de legalidad.

La Constitución, además, asume la unidad de la potestad punitiva del Estado, extendiendo las garantías básicas del derecho penal (principios de legalidad, proporcionalidad, igualdad, culpabilidad) al ámbito del derecho administrativo sancionador.

6. Identidad personal.- Es fundamental que el texto constitucional reconozca el derecho a la identidad personal en tanto manifestación esencial de la dignidad humana.

7. Igualdad y no discriminación.- No sólo se mantiene una igualdad formal o igualdad ante la ley, sino que se avanza hacia el reconocimiento de una igualdad sustantiva o material. En este sentido, el Estado dirige el desarrollo de sus actividades a remover o eliminar los obstáculos que impidan una real y efectiva igualdad de las personas a través de acciones positivas o medidas de acción afirmativa.

De la misma forma, el Estado debe desarrollar medidas transversales que garanticen el derecho a la igualdad en todos los ámbitos de la vida, especialmente en las relaciones familiares, en el campo de los derechos políticos, en los derechos económicos y sociales (igualdad en la educación, en materia laboral, en el acceso a servicios, entre otros), así como en el acceso a la función pública.

8. Derecho a la integridad personal y a una vida libre de violencia.- Se propone reconocer que todos los seres humanos tienen derecho a la integridad psicosomática en todos los ámbitos de su vida. En ese sentido, se encuentra proscrita la tortura y todo tipo de penas o tratos

cruelles, inhumanos o degradantes así como toda forma de violencia física, psicológica y sexual.

Es obligación del Estado adoptar políticas y medidas legislativas para prevenir, eliminar y sancionar la violencia en el ámbito familiar, especialmente en favor de las mujeres, niños y niñas, a fin de garantizar una vida libre de violencia.

9. Debido proceso.- Se recomienda incorporar al debido proceso en el capítulo de Derechos Fundamentales trasladándolo de la parte referida al Poder Judicial. De esta manera se resalta su verdadera naturaleza. Se entiende por debido proceso, desde la perspectiva procesal, aquella situación en la que se respetan los derechos de la persona de libre acceso a la justicia, al juez natural, a probar, de defensa, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada, ni sometida a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos y a la ejecución de las resoluciones judiciales, entre otros.

Además, el referido derecho puede invocarse no sólo en el ámbito jurisdiccional, sino, también, en los procedimientos administrativos y en las relaciones entre particulares. Finalmente, se debe reconocer como derecho fundamental al debido proceso sustantivo, es decir, la vigencia de criterios como los de razonabilidad y proporcionalidad, que deben guiar la actuación de los poderes públicos.

10. Libertad de expresión y secreto profesional de los periodistas.- Reconocer lo dispuesto por la Constitución de 1979. En consecuencia, señalar que toda persona tiene derecho a ser informado y a ejercer las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita, así como a través de la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades establecidas en la ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal. Asimismo, debe considerarse como delito toda acción que suspenda o clausure algún medio de comunicación o le impida circular libremente. Finalmente, debe establecerse que los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

En este apartado, también se debe reconocer el derecho de los periodistas al secreto profesional, a fin de garantizar la reserva de sus fuentes de información.

11. Acceso a la información y transparencia de las Administración Pública.- Reconocer el derecho de toda persona de acceder a la información que obre en poder de la Administración Pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la Administración Pública tenga en su poder, cualquiera sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material. Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad, la seguridad nacional y los supuestos excepcionales que precise la ley, en tanto no afecten el contenido esencial de este derecho. El reconocimiento de este derecho garantiza la transparencia de la Administración Pública y desalienta la “cultura del secretismo”.

12. Derecho a la protección de la información contenida en bancos de datos o registros informáticos.- Este derecho comprende el de conocer, actualizar, incluir o rectificar la información o datos referidos a la persona que se encuentren almacenados o registrados, en forma manual, mecanizada o informatizada, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, comprende el derecho a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o íntimo que afecten derechos constitucionales.

13. Derecho a la protección judicial ante violaciones a los derechos humanos.- El Estado debe estar obligado a investigar y sancionar los delitos cometidos contra los derechos humanos. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad y las violaciones a los derechos humanos son imprescriptibles y deberán ser investigados y juzgados por los tribunales ordinarios o, en su caso, por los tribunales internacionales competentes de acuerdo a los tratados ratificados por el Estado peruano. Tales delitos quedarán excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluido el indulto y la amnistía.

14. Objeción de conciencia.- Reconocer el derecho a la objeción de conciencia cuyos alcances serán desarrollados por una ley orgánica.

15. Libertad de contratación.- Establecer que la libertad de contratación supone el derecho de pactar y determinar el contenido del contrato. El ejercicio de este derecho debe salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso en el ejercicio del derecho.

Por razones de interés general, la ley aprobada con el voto de la mitad más uno del número legal de miembros de cada cámara del Congreso, puede establecer modificaciones equitativas a las estipulaciones contractuales, para evitar que al amparo de esta libertad se congelen situaciones injustas.

16. Libertad de asociación.- Establecer que el derecho de asociarse, sin autorización previa y con arreglo a ley, comprende también a quienes se asocian con fines lucrativos. Debe reiterarse que las asociaciones y personas jurídicas de toda clase no pueden ser disueltas por resolución administrativa.

17. Identidad étnica y cultural.- Reconocer este derecho fundamental en tanto expresión que define a un Estado multiétnico y pluricultural. Sus alcances se expresan en los apartados correspondientes de la Constitución.

18. Petición.- Mantener el derecho de petición, precisando que la autoridad está obligada a dar respuesta a la persona peticionante dentro de un plazo razonable. Se excluye toda mención al silencio negativo, pues ello debe ser desarrollado por la ley.

19. Derecho de asilo, extradición y protección a los refugiados.- Reconocer el derecho de asilo político y la regulación de la extradición previstos en la Constitución de 1979, trasladándolos del capítulo de «Tratados», al relativo a los derechos fundamentales. Además, señalar que el Estado protege a las personas que tienen la condición de refugiados.

El Estado no entrega a ninguna persona al país cuyo gobierno le persigue por motivos de opinión, raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o discriminación equivalente.

20. Derecho a un medio ambiente sano.- Reconocer el derecho de toda persona de habitar en un ambiente saludable, ecológicamente

equilibrado y adecuado para el desarrollo y preservación de la vida, del paisaje y la naturaleza.

21. Participación ciudadana.- Reconocer que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural del país.

22. Participación política.- Esta modalidad del derecho de participación ciudadana, así como sus manifestaciones de participación directa son reconocidas por la Constitución. En este sentido, se contemplan instituciones de democracia directa como el referéndum, la revocatoria, la remoción de autoridades, la rendición de cuentas, la iniciativa normativa popular, así como las demás formas de participación que señale la ley. Asimismo, se señala que el Estado debe establecer medidas especiales para promover la participación política de la mujer en todos los cargos de elección popular.

23. Voto facultativo.- En la medida que el sufragio es un derecho fundamental resulta razonable reconocer que el ejercicio del derecho al voto es una facultad del ser humano, eliminando su carácter obligatorio, tal como sucede en la mayoría de países europeos, en los Estados Unidos de América y en algunos países de América Latina.

24. Voto de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.- Reconocer el derecho al voto de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional estableciendo los mecanismos necesarios para garantizar su neutralidad durante los procesos electorales. Con ello se trata de fortalecer las relaciones entre civiles y militares, fomentar la democratización en el país permitiendo que un amplio sector de personas se comprometa con el sistema democrático y garantizar el derecho de participación política de todos los peruanos sin exclusión. Ello no implica que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad puedan participar en partidos políticos, hacer proselitismo político, ni ser elegidos.

25. Partidos políticos.- Se contemplan principios básicos destinados a institucionalizar y se fortalece a los partidos políticos en tanto canales fundamentales de participación ciudadana. Se establece la obligación del Estado de contribuir a su financiamiento, así como el control de sus gastos por parte del Tribunal Supremo Electoral, a efectos de garantizar la transparencia de sus recursos. Se reconoce el derecho de

acceso equitativo a los medios de comunicación antes y durante los procesos electorales, y se establece que el funcionamiento de las agrupaciones políticas se enmarca dentro de los principios democráticos.

26. Discapacitados.- La persona discapacitada tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, y seguridad. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para prevenir y eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración.

27. Derechos de las comunidades nativas, campesinas y pueblos indígenas.- El Estado reconoce la existencia jurídica de las comunidades nativas, campesinas y, en general, de los pueblos indígenas a que se refiere el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por el Estado Peruano; así como su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan, las cuales son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida, dentro del marco de la Constitución y las leyes.

Es obligación del Estado preservar y propiciar su desarrollo cultural. Asimismo, le corresponde, con la participación de las comunidades campesinas, nativas y, en general, los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad de sus tierras, las cuales serán imprescriptibles e inembargables. Dichas tierras son inalienables, salvo si lo solicitan una mayoría de dos tercios de sus miembros o, en caso de expropiación, de acuerdo con lo establecido por los tratados, la Constitución y la ley.

El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las respectivas comunidades campesinas, nativas y, en general, pueblos indígenas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y la Ley.

28. Familia.- El Estado protege a la familia y al matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y disolución se regulan por la ley.

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

29. Uniones de hecho.- Reconocer que la unión estable de varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, genera derechos hereditarios y alimentarios así como da lugar a una comunidad de bienes. La ley regula este derecho.

30. Derechos sexuales y reproductivos.- Establecer que la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables y que el Estado debe asegurar los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios que no afecten la vida o la salud. Asimismo, reconocer el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

31. Seguridad Social.- Toda persona tiene derecho a la seguridad social. Ella está orientada a cubrir todos los riesgos sociales y progresivamente a toda la población. La ley regula la forma de acceder a ella y su financiamiento. La seguridad social se ofrece a través de diversos sistemas de acuerdo a ley.

32. Alimentación, vivienda y salud.- Señalar que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le permita a ella y a su familia satisfacer sus necesidades básicas de alimentación, vivienda, vestido, salud y educación.

El Estado apoya la atención de las necesidades básicas de la persona, preferentemente de los sectores sociales en extrema pobreza.

El Estado debe reglamentar y supervisar la producción, calidad, uso y comercio de los productos alimenticios, químicos, farmacéutico y biológicos. Combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas.

33. Educación.- Toda persona tiene derecho a la educación.

La educación tiene como objetivos básicos el pleno desarrollo de la persona humana y de su dignidad; el respeto por los derechos humanos y los valores democráticos; la preparación para la vida y el trabajo; el fomento de los valores éticos; la tolerancia; la solidaridad; la justicia y la paz.

La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. La educación impartida por el Estado, en todos sus niveles, es gratuita, con sujeción a la ley.

El Estado reconoce a la educación privada. Ningún centro educativo puede ofrecer conocimientos de calidad inferior a los niveles que corresponda. Toda persona pública o privada tiene derecho a fundar centros educativos dentro del respeto a los principios constitucionales y de acuerdo a ley.

La educación, tanto pública como privada, se imparte en todos sus niveles, dentro del respeto a los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

El Estado dedica un porcentaje significativo del presupuesto general de la República al sector Educación.

Los medios de comunicación social colaboran con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural y democrática, de acuerdo a ley.

34. Enseñanza de la Constitución y los derechos humanos.- La enseñanza sistemática de la Constitución y los derechos humanos es obligatoria en todos los niveles de los centros de educación tanto civiles como militares.

35. Derecho a los beneficios de la cultura.-

Toda persona tiene derecho a:

Participar en la vida cultural y artística de la comunidad;

Gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;

Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, tecnológicas, literarias o artísticas de que sea autora.

36. Universidades.- La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la investigación científica y tecnológica, la creación intelectual y artística, y la difusión cultural, en el marco del respeto de los derechos humanos y los valores democráticos. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

Las Universidades se crean por la ley. Pueden ser promovidas por entidades privadas o públicas. Son autónomas en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Se rigen por la ley y sus estatutos, La Universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. En el caso de las universidades privadas participan también en el gobierno los representantes de los fundadores o de los promotores.

37. Derecho al trabajo.- El trabajo es un derecho y un deber social. A través de él, la persona se realiza y sirve a la comunidad. Asimismo, brinda la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

38. Protección de derechos en la relación laboral.- En toda relación laboral es nula cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad.

39. Libertad de trabajo.- A nadie puede obligarse a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución. Está prohibida toda forma de trabajo forzoso, así como la esclavitud, la servidumbre y el comercio de personas.

40. Remuneración mínima.- El Estado garantiza una remuneración mínima por el trabajo, en concertación con las organizaciones de trabajadores y empleadores.

41. prioridad de créditos laborales.- El pago de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores es, en todo caso, preferente a cualquier otra obligación del empleador. El plazo de prescripción es igual al más largo previsto para la prescripción de las acciones personales.

42. Protección a la mujer, al niño y al discapacitado.- El Estado protege especialmente a la madre, al menor de edad y al discapacitado que trabajan. Se reconoce el derecho del niño a la protección contra la explotación económica y laboral. El Estado promueve programas laborales específicos para los trabajadores discapacitados.

43. Jornada de ocho horas.- La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales. Puede reducirse por convenio colectivo o por ley.

44. Horas extras.- El trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria debe prestarse de mutuo consentimiento y se remunera extraordinariamente.

45. Descanso semanal y anual.- Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado y vacaciones anuales pagadas, los cuales se regulan por ley o convenio colectivo.

46. Principio de igualdad.- En las relaciones laborales se respetan los principios de igualdad de trato sin discriminación alguna y de igualdad de oportunidades. Corresponde al Estado promover las condiciones para la efectiva igualdad.

47. Irrenunciabilidad de derechos laborales indisponibles.- Los derechos indisponibles reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo. Se introduce la palabra indisponible para diferenciarlos de los derechos disponibles, pues respecto a estos últimos el trabajador puede renunciar o disponer de ellos.

48. Principio in dubio pro operario.- En la duda sobre la interpretación o aplicación de cualquier disposición en materia de trabajo, se opta por la interpretación más favorable al trabajador.

49. Estabilidad laboral.-

Se propone acoger lo previsto por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, «Protocolo de San Salvador», el cual ha sido suscrito por el Estado peruano, así como la actual tendencia doctrinal de reforzar la protección contra el despido violatorio de derechos fundamentales. En consecuencia, se propone señalar que:

Se reconoce la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la ley.

Es nulo el despido que vulnera los derechos fundamentales.

50. Participación de los trabajadores en la empresa.- Los trabajadores tienen derecho a la participación en las utilidades de la empresa conforme a ley. El Estado puede promover otras modalidades de participación.

51. Seguridad en el trabajo. Corresponde al Estado dictar medidas sobre higiene y seguridad en el trabajo que permitan prevenir los riesgos profesionales y asegurar la salud e integridad física y mental de los trabajadores.

52. Derechos colectivos.- Los trabajadores tienen derecho a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga. Por lo tanto:

Se garantiza la libertad sindical.

Se fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos del trabajo. El convenio colectivo tiene fuerza vinculante.

La huelga es un derecho de los trabajadores. Se ejerce en la forma que establece la ley.

53. Derecho de acceder a la jurisdicción supranacional y al cumplimiento de sus decisiones.- Reconocer que toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados sobre derechos humanos suscritos por el Estado peruano, a dirigir peticiones o quejas ante los organismos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los organismos internacionales a cuya competencia se encuentra sometido.

54. Derechos de las organizaciones de personas.- Reconocer la titularidad del ejercicio de los derechos fundamentales, en lo que les resulte aplicable en la organizaciones de personas, comprendiendo resulte aplicable, dentro de ellas a las personas jurídicas.

55. Regulación de los derechos fundamentales.- Las leyes orgánicas que desarrollen los derechos fundamentales respetarán su contenido esencial.

56. Cláusula abierta en materia de derechos humanos.- Precisar que la enumeración de los derechos reconocidos por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no excluye a los demás que derivan de la dignidad del ser humano y del Estado Social y Democrático de Derecho.

DEBERES DE LA PERSONA

FUNDAMENTACION

En la medida que todo derecho conlleva uno o más deberes frente a los demás, se considera conveniente incorporar una enumeración de deberes ciudadanos tomando en cuenta lo dispuesto por la Carta de 1979, sin perjuicio que estén previstos en la Constitución o en la ley

PROPUESTA:

Señalar que todos tienen el deber de:

Realizarse como persona en tanto ser libre.

Contribuir al bien común.

Convivir pacíficamente y colaborar a la afirmación de una sociedad justa, fraterna, solidaria, sustentada en principios éticos y democráticos

No dañar a las demás personas, respetando su derecho e interés existencial.

Honrar al Perú, proteger los intereses nacionales, defender la integridad territorial y respetar los símbolos de la patria.

Contribuir a afirmar y perfeccionar el sistema democrático, respetando y defendiendo los derechos fundamentales, la Constitución y el ordenamiento jurídico.

Servir a la comunidad, a través del trabajo eficiente y responsable, decisivo medio para la realización personal.

Pagar los tributos y contribuir equitativamente con las cargas legalmente establecidas al sostenimiento de los servicios públicos.

Contribuir con las autoridades competentes en la lucha contra la corrupción.

Respetar la identidad étnica y cultural.

Requerir a los medios de comunicación a que cumplan con sus deberes de información pluralista, ética y de fomento a la cultura y la paz.

Contribuir a la defensa, preservación y mantenimiento de un medio ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza.

Colaborar en el mantenimiento de la paz la seguridad.

DEL ESTADO Y LA NACION

FUNDAMENTACION

La Comisión considera de importancia incluir preceptos referidos al Estado como institución “basándose en la Carta de 1979” a fin de que sirvan de marco para su accionar, explicitando la forma de Estado y de Gobierno, los deberes que debe tener el mismo, y en especial, consagrando el derecho de insurgencia que procede frente a todo gobierno usurpador.

Asimismo, creemos que en materia de nacionalidad es indispensable mantener el articulado de la Constitución de 1979, con algunos cambios menores que propendan a una adecuada determinación de la nacionalidad de las personas en nuestro país. Asimismo, sugerimos que la Constitución incluya normas claras que regulen las formas de adquisición de la nacionalidad peruana por parte de los ciudadanos extranjeros.

Por lo demás, se propone reconocer que la integración es una de las formas que facilitan el crecimiento económico y social de las naciones en vías de desarrollo. En consecuencia, la norma fundamental de una nación debe establecer marcos mínimos de acción para hacer posible los procesos de integración, en primer lugar con los países fronterizos y, posteriormente, con los demás que integran la comunidad internacional.

Adicionalmente, la Comisión considera necesario establecer clara mente el mecanismo a través del cual se incorporan los acuer-

dos internacionales a nuestro ordenamiento estatal, su jerarquía, así como determinar las entidades estatales que cuentan con competencia para aprobarlos.

PROPUESTAS

ESTADO

Forma de Gobierno y Estado.- Se propone establecer que la República del Perú es democrática., social, independiente y soberana, siendo el Estado uno e indivisible. De igual forma se precisa que su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, organizándose según el principio de la separación de poderes.

Deberes del Estado.- Se sugiere establecer que son deberes primordiales del Estado: promover a la persona en sus mejores condiciones de vida, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y ejercer la defensa de la Constitución; defender la soberanía nacional; proteger a la población frente a las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Origen del poder estatal y límites a su ejercicio.- El poder del Estado emana del pueblo. Se ejerce para los fines y con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Rebelión y sedición.- Ninguna persona, organización, Fuerzas Armadas, Policía Nacional o sector de la población puede, mediante acto de fuerza, clausurar o impedir el funcionamiento de los otros poderes o instituciones constitucionales o atribuirse sus competencias o arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

Desobediencia a gobierno usurpador.- Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas. Se debe establecer que nadie debe obediencia a un gobierno usurpador y a quienes asumen funciones o empleos públicos en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen.

Derecho de insurgencia.- El pueblo tiene el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional.

Defensa del Estado.- La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los procuradores públicos de acuerdo a ley.

Idioma oficial.- El castellano es el idioma oficial de la República. También son de uso oficial el quechua y el aymara en las zonas y en la forma que la ley establece. Las demás lenguas aborígenes integran asimismo el patrimonio cultural de la Nación.

Capital de la República.- La capital de la República del Perú es la ciudad de Lima.

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

Iglesia Católica y respeto a otras confesiones sin discriminación.- Se recomienda precisar que, dentro de un régimen de independencia y autonomía, se reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. Asimismo se sugiere precisar que el Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.

Jerarquía de normas.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.

Principio de publicidad de las normas.- Se plantea que la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. En consecuencia, no existen normas secretas.

NACIONALIDAD

Nacionalidad por nacimiento (ius soli y ius sanguinis). Se debe establecer que son peruanos por nacimiento los nacidos en territorio del Perú y que también lo son los nacidos en el extranjero de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad.

Asimismo, puede optar por la nacionalidad peruana al llegar a su mayoría de edad el hijo de extranjero nacido en el exterior, siempre que haya vivido en la República desde los cinco años.

Presunción de nacionalidad de menores de edad en estado de abandono. Se presume que han nacido en el Perú los menores de edad, residentes en el territorio nacional, hijos de padres desconocidos.

Nacionalidad por opción. Se sugiere establecer que son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

Naturalización de extranjeros. Adquiere la nacionalidad peruana el extranjero mayor de edad domiciliado en la República, por lo menos dos años consecutivos, que solicita y obtiene carta de naturalización y renuncia a su nacionalidad de origen.

Naturalización de latinoamericanos y españoles. Los latinoamericanos y españoles de nacimiento domiciliados en el Perú pueden naturalizarse, sin perder su nacionalidad de origen, si manifiestan expresa voluntad de hacerlo.

Pérdida de la nacionalidad. La nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa.

Adquisición y recuperación de la nacionalidad. La nacionalidad peruana se recupera cuando el que ha renunciado a ella se domicilia en el territorio de la República, declara su voluntad de reasumirla y renuncia a la anterior.

Matrimonio y nacionalidad. Ni el matrimonio ni su disolución alteran la nacionalidad de los cónyuges; pero el cónyuge extranjero, varón o mujer, puede optar por la nacionalidad peruana, si tiene dos años de matrimonio y de domicilio en el Perú.

TERRITORIO

Territorio. Se sugiere establecer que el e o inalienable e inviolable y que comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre.

Dominio marítimo. El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la

distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley. En su dominio marítimo, el Perú ejerce la soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y los convenios internacionales ratificados por la República.

Espacio aéreo. Se propone establecer que el Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.

INTEGRACIÓN

Política de integración y fronteras. Se propone establecer que es deber del Estado, fijar y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

Promoción de la integración. Se propone que el Perú promueva la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina. Asimismo, se propone que se contemple la posibilidad de que se permita la aplicación directa en el país de las decisiones aprobadas por los Órganos Comunitarios.

DE LOS TRATADOS

Incorporación de los tratados al derecho nacional. Se sugiere establecer que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Modificación de los tratados. Se recomienda que las normas de los tratados sólo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del Derecho Internacional.

Prevalencia de los tratados sobre la ley. Se plantea establecer que en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.

Jerarquía y preferencia de los tratados sobre derechos humanos. Se sugiere que los preceptos contenidos en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. Cuando un tratado sobre derechos humanos contenga normas más favorables a la persona que las previstas por la Constitución, prevalecerán las primeras.

Aprobación de los tratados por el Congreso. Se estima que los tratados sobre las siguientes materias deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República:

Derechos humanos;

Soberanía, dominio o integridad del Estado;

Defensa Nacional;

Obligaciones financieras del Estado;

Los que contienen materia tributaria;

Los que exigen modificación o derogación de alguna ley; y

Los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Tratados de aprobación por el Presidente. Se sugiere que el Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo respectivo. En todos estos casos, debe dar cuenta al Congreso dentro del plazo de treinta días.

Aprobación de tratados que afectan disposiciones constitucionales. Se propone que cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

Denuncia de los tratados. Se plantea que la denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, se debe precisar que la denuncia requiere aprobación previa de éste.

Denuncia de los tratados sobre derechos humanos. Se propone precisar que la denuncia de los tratados sobre derechos humanos debe efectuarse según el procedimiento previsto para la reforma constitucional.

VI. RÉGIMEN ECONÓMICO

FUNDAMENTACION

La propuesta que se formula contempla un Régimen Económico Constitucional, que reconociendo lo positivo de los anteriores textos constitucionales, reafirme los principios y valores de la solidaridad, así como de la persona humana dentro de un sistema económico competitivo y en el marco de los cambios mundiales producidos.

Al hacer esta propuesta no olvidamos que dos principios esenciales, aparentemente contradictorios, están presentes en la configuración del orden social. Por un lado, el principio de libertad individual y subsidiariedad estatal. Por el otro, el principio de igualdad de todas las personas y de solidaridad social. Así, subsidiariedad y solidaridad son

dos principios básicos que informan los sistemas de ordenación económica y de organización social, los cuales son rescatados por esta propuesta como orientadores.

A juicio de la Comisión, la intervención del Estado en la economía debe estar debidamente delimitada en la Constitución, como garantía esencial para todas las personas y los agentes económicos en especial, pues la inclusión indiscriminada de estipulaciones en esta materia puede dar lugar a abusos y distorsiones. Sin perjuicio de ello, dichas estipulaciones deben ser lo suficientemente amplias en razón de los cambios radicales, imprevistos y constantes, típicos de nuestro tiempo. Ambos aspectos —garantía y flexibilidad— son los que coadyuvarán a que los gobiernos democráticos del futuro puedan tener un manejo prudente, racional y consecuente con sus particulares planteamientos, sin hacer por ello necesario introducir cambios constitucionales. El texto constitucional en materia económica debe ser principalmente una referencia para gobernantes y gobernados, teniendo claro que ninguna disposición constitucional por sí misma puede garantizar un crecimiento estable y una distribución equitativa de la riqueza.

De otro lado, la Comisión considera que el sistema tributario es la principal fuente de financiamiento para el cumplimiento de sus fines. La potestad tributaria es un tema que tiene que estar debidamente re-

gulado en la Constitución. En tal sentido, es preciso señalar quiénes son sus titulares, la materia sobre la cual pueden actuar y el instrumento normativo que debe usarse. Los límites constitucionales al ejercicio de la potestad tributaria, deben constituir la adecuada garantía para las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, a fin que quien la ejercite no se exceda en sus atribuciones.

Por lo demás, las exoneraciones, beneficios y demás excepciones son, en realidad, verdaderas subvenciones que tienen que ser asumidas por los contribuyentes afectos. Por ello, la concesión de exoneraciones debe estar limitada y su otorgamiento debidamente cuantificado, a fin de consignarse como subvención (gasto) en la ley de presupuesto, a manera de información sobre el sacrificio fiscal que ellas implican.

PROPUESTA

PRINCIPIOS RECTORES DEL ORDEN ECONÓMICO

Riqueza. La riqueza debe estar siempre subordinada al interés social, y el ejercicio de cualquier actividad económica no debe ser lesivo a los derechos fundamentales. En el proceso de creación de la riqueza, tanto la persona como su trabajo e iniciativa deben tener un rol preeminente.

Rol del Estado. La intervención del Estado en la economía debe estar debidamente delimitada como garantía esencial para todas las personas y los agentes económicos en especial. Sin embargo, ello no debe interpretarse como ausencia o renuncia a actuar, mas debe priorizar su actuación, promoviendo el desarrollo económico, regulando la actuación de los agentes, y buscando nivelar positivamente las desigualdades, haciendo posible el logro de un nivel aceptable de vida para los menos privilegiados, con el objeto que puedan gozar de los beneficios de una sociedad moderna.

Cooperación Internacional. El Estado debe promover la cooperación entre los pueblos para alcanzar un orden económico internacional justo.

Economía social de mercado. La iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado que es un sistema que

funciona según las reglas del mercado, en el cual el Estado interviene para complementar su funcionamiento y ofrecer seguridades sociales mínimas.

Derechos y rol subsidiario. Los derechos a la propiedad privada, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación y al trabajo, así como el respeto a los consumidores y usuarios, deben ser los cimientos fundamentales sobre los que se construye un sistema económico moderno y equitativo, en el cual el Estado tiene un rol subsidiario.

Libertad de empresa. Debe ser entendida como derecho de todas las personas a participar en la vida económica de la nación, es decir, como un derecho subjetivo que los poderes públicos tienen la obligación de respetar y también de promover, a fin que esta libertad sea efectiva y real. Empero, para que exista una efectiva libertad de empresa, se requiere que el Estado garantice el libre acceso al mercado.

Intervención excepcional del Estado. El Estado podrá intervenir en situaciones de carácter excepcional, coyuntural o temporal, ejerciendo funciones de suplencia, cuando no existe el mercado, o cuando éste se vea gravemente amenazado por su propia debilidad. En situaciones de emergencia económica, calamidad pública o por razones ecológicas, el Presidente de la República está facultado para dictar Decretos de Urgencia, siempre de duración transitoria, que deben guardar relación directa con las causas que los motivan.

Promoción de la libre competencia. El Estado debe promover la libre y leal competencia, tanto interna como externa, con el fin de garantizar a las personas mayores y mejores opciones. Asimismo, debe corregir las prácticas que la restringen y sancionar los abusos de las posiciones de dominio, evitando la sobre regulación de carácter adjetivo tanto del Gobierno Central como de los gobiernos departamentales y municipales. El Estado puede establecer mecanismos de fiscalización de los procesos de concentraciones empresariales.

Derechos intelectuales. El Estado debe promover y proteger por diversos medios, la innovación y la creatividad en todas sus formas al igual que las manifestaciones y los resultados de la investigación científica y tecnológica, así como el reconocimiento de aquellos otros conocimientos transmitidos de generación en generación que puedan tener incidencia en una mejora en la calidad de vida.

Servicios públicos. El Estado, mediante ley, determina qué actividades esenciales para la vida en sociedad pueden ser consideradas como servicios públicos. Asimismo, se encuentra obligado a supervisar su funcionamiento dentro de los marcos regulatorios correspondientes, alentando su gestión por la empresa privada y previendo la participación efectiva de las asociaciones de usuarios, con el objeto de garantizar que sean ofrecidos con oportunidad, calidad y transparencia.

La protección de los consumidores y usuarios. El Estado debe promover y proteger el interés de los consumidores y usuarios, exigiendo el cumplimiento de los derechos que la ley les otorga, en especial los vinculados a su seguridad, salud, educación e información oportuna y veraz, combatiendo cualquier clase de discriminación.

Derecho de propiedad. Debe reconocerse las distintas modalidades de propiedad, las que deberán usarse de conformidad con el interés social. La expropiación, previo pago de indemnización justipreciada, sólo será procedente por causas justificadas de necesidad pública o de interés social declaradas por ley. Esta declaración no podrá ser cuestionada judicialmente.

Organismos reguladores. Los organismos reguladores deberán tener autonomía funcional y técnica y actuar dentro del marco jurídico correspondiente.

Planeación estratégica de las acciones estatales. Las inversiones estatales y las acciones gubernamentales en el ámbito económico deben responder a un Plan Estratégico, que debe presentar el Gobierno al Congreso al inicio de su gestión, y que debe tener su correlato en los presupuestos anuales, con el objeto de que la ciudadanía conozca con antelación de aquéllas, así como su evolución anual.

Modalidades empresariales. Se propone reconocer las diversas modalidades empresariales mediante una legislación adecuada; y dar igual trato a todas para acceder al mercado. La Constitución debe garantizar la libre creación, administración y finalización de tales modalidades empresariales conforme lo determinen la ley, sus propietarios o gestores.

Comercio e inversión extranjera. El comercio interno y externo debe ser libre. La inversión extranjera debe estar garantizada y recibir en

nuestro país el mismo trato que el que recibe la nuestra en otros países o en procesos de unificación política y económica.

Se sugiere que la Ley señale el límite máximo de la inversión minoritaria extranjera en los medios de comunicación que emplean el espectro electromagnético.

Prohibición del monopolio o acaparamiento de la prensa y los medios de comunicación. Se propone mantener la prohibición del monopolio o acaparamiento por parte del Estado o de los particulares, en lo que se refiere a la prensa y a los medios de comunicación, como una garantía esencial para el ejercicio de la libertad de expresión y del funcionamiento del sistema democrático. Ninguna persona podrá ser propietaria de más de una frecuencia radial o televisiva en una misma provincia del país.

Jurisdicción y arbitraje en contratos del Estado. En todo contrato del Estado y de las personas jurídicas estatales con extranjeros domiciliados, se sugiere que conste el sometimiento a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República, así como su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas jurídicas estatales pueden someter sus controversias a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados en vigor, siempre que se trate de materias que no afecten la soberanía, dominio o integridad del Estado.

MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

1. **Naturaleza de los recursos naturales.** Se sugiere afirmar que los recursos naturales son bienes de dominio público. Mediante ley orgánica se regula la utilización y conservación de los recursos naturales.
2. **Medio ambiente.** Se debe enfatizar la preservación del ambiente como un patrimonio de las generaciones presentes y futuras. El Estado deberá tener una política a este respecto y promover el uso sostenible de los recursos naturales.

3. **Diversidad biológica.** El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.
4. **Explotación por particulares.** La titularidad del Estado sobre los recursos naturales es compatible con el otorgamiento de su explotación a los particulares mediante el régimen de concesión.
5. **Canon.** Los gobiernos departamentales y locales tienen participación económica en la explotación de los recursos naturales, de acuerdo a ley.

PROPIEDAD

1. **Derecho de propiedad.** Se recomienda reconocer las distintas modalidades de propiedad, las que deberán usarse de conformidad con el interés social. La expropiación debe, previo pago de indemnización justipreciada, solo será procedente por causas justificadas de necesidad pública o de interés social declaradas por ley. Esta declaración no podrá ser cuestionada judicialmente.

2. **Limitación a la propiedad de extranjeros.** Dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, minas, tierras, bosques, aguas, combustible ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa

3. **Bienes de dominio público.** Los bienes de dominio público gozan de los caracteres de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Son bienes de dominio público aquellos que determine la ley, y en todo caso, las playas, los parques, las vías públicas, los ríos, los recursos naturales, el espectro electromagnético y las denominaciones de origen. La explotación económica de los bienes de dominio público puede ser otorgada a los particulares mediante concesión, conforme a ley, la cual establecerá las condiciones requisitos y plazos.

RÉGIMEN FINANCIERO Y PRESUPUESTARIO

1. potestad tributaria.- En la medida que la organización del Estado contempla distintos poderes y niveles de gobierno, se sugiere que la potestad tributaria debe estar repartida entre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, y los Gobiernos Locales. Para los Gobiernos Departamentales, en su caso, debe contemplarse una participación en los ingresos tributarios del Gobierno Central.

a) poder Legislativo.- Se sugiere que los diputados y senadores, el Presidente de la República, y, en su caso, los Gobiernos Locales y Departamentales, tengan iniciativa para proponer la creación, modificación y supresión de tributos en los asuntos de sus respectivas competencias. Corresponde al Congreso, mediante ley, crear modificar o suprimir impuestos y contribuciones.

Para la aprobación de un proyecto sobre materia tributaria se requiere informe del Ministerio de Economía y Finanzas, el que deberá ser emitido dentro del plazo que señale la ley.

b) Poder Ejecutivo.- Se propone que al Presidente de la República se le reconozca la capacidad de crear, modificar y suprimir el arancel de aduanas e impuestos adicionales al arancel (como por ejemplo, sobretasas); así como los tributos denominados tasas del Gobierno Central y sus Instituciones Públicas.

El instrumento legal debe ser el Decreto Supremo, expedido con voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

c) Poder Judicial.- Se plantea que sea de competencia de la Sala Plena de la Corte Suprema el crear, modificar y suprimir las tasas judiciales (también llamadas aranceles), conforme a ley, sin desvirtuar el principio constitucional de gratuidad de la administración de justicia.

El instrumento ha de ser la Resolución de la Corte Suprema.

2. Delegación de facultades legislativas e improcedencia de dictar decretos de urgencia. Se plantea que sobre la materia tributaria de su competencia el Poder Legislativo podrá delegar, temporalmente, en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos.

En ningún caso se podrán dictar decretos de urgencia referidos a materia tributaria

3. Destino de los ingresos impositivos. Se sugiere que sean ingresos del Gobierno Central los impuestos que afectan las rentas o ingresos y el consumo.

Se recomienda que sean ingresos de los Gobiernos Locales los impuestos patrimoniales. Asimismo, se propone que los Gobiernos Departamentales tengan participación en los impuestos a las rentas o ingresos y los Gobiernos Locales en los impuestos al consumo.

4. Gobiernos Locales.- Se plantea que sean de competencia de los Concejos Municipales la creación, modificación o supresión de las contribuciones y tasas municipales, conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades.

Las tasas y contribuciones creados por los Concejos de las Municipalidades Distritales, para su vigencia, deben ser ratificados por el correspondiente Concejo de la Municipalidad Metropolitana o Provincial, en su caso, dentro del plazo que establezca la Ley Orgánica de Municipalidades.

El instrumento legal de aprobación de los tributos municipales es la ordenanza.

5. Límites al ejercicio de la potestad tributaria.- La potestad tributaria, para ser legítima, tiene que ser ejercida respetando los derechos fundamentales de las personas, lo cual se garantiza mediante la incorporación de principios de observancia obligatoria.

Se sugieren los siguientes principios deben ser:

a) Legalidad: Garantiza el uso del instrumento normativo correspondiente, por su respectivo titular y en el ámbito de su competencia.

b) Igualdad: Garantiza igual trato para quienes se encuentren en situación económica o capacidad contributiva similar. La aplicación del principio económico de la capacidad contributiva está referida sustantivamente a los impuestos a la renta y patrimoniales.

c) Generalidad: No puede haber privilegios en materia tributaria, salvo la concesión de exoneraciones y beneficios, con carácter

temporal por razones económicas (como puede ser la promoción de un determinado territorio) o sociales (por ejemplo, para un sector de la población que haya sido víctima de un desastre natural u otro).

d) No confiscatoriedad: El tributo no puede alcanzar un nivel que absorba una parte sustantiva de las rentas, ingresos o patrimonio de los contribuyentes.

6. Inconstitucionalidad de las normas tributarias.- Se propone establecer que las normas tributarias declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, son nulas a partir de su dación con la correspondiente obligación del Estado de devolver lo recaudado indebidamente.

7. Vigencia de las normas tributarias en el tiempo.- Las modificaciones a los tributos de carácter periódico rigen a partir del primer día siguiente al del vencimiento del período en curso. Las normas tributarias no pueden tener efecto retroactivo, salvo la retroactividad benigna en materia de sanciones.

8. Prohibición que la Ley de Presupuesto contenga normas tributarias.- En la Constitución de 1979 y en la de 1993 existe esta prohibición, respecto de la cual se propone mantenerla, pues la Ley de Presupuesto sólo debe contener disposiciones vinculadas con la fijación de gastos y la previsión de ingresos

9. Inmunidad impositiva para universidades, institutos superiores y demás centros educativos estatales y privados sin fines de lucro.- Se sugiere conceder inmunidad impositiva respecto del Impuestos a la Renta e Impuesto a los Ingresos; de los impuestos patrimoniales en cuanto a los bienes en los que desarrollan su actividad educativa, cultural y administrativa; de los impuestos a la importación (aranceles) en cuanto se trate de bienes destinados a fines educativos; y, de los impuestos al consumo sobre ingresos obtenidos en retribución a sus actividades educativas y culturales.

DEUDA PÚBLICA

1. Garantía sobre el pago de la deuda pública.- Se sugiere que el Estado sólo garantice la deuda contraída por gobiernos constitucionales.

2. Principio de legalidad.- El endeudamiento interno y externo debe requerir autorización del Congreso, salvo para el caso de las Municipalidades Metropolitanas y Provinciales. En este caso la autorización debe ser concedida por el respectivo Concejo de la Municipalidad (Ordenanza), con cargo a sus recursos.

3. Proporcionalidad en el pago de la deuda pública.- Se propone que en los presupuestos se incluya partidas para el servicio de la deuda pública tanto interna como externa y respetar la proporcionalidad que corresponda, teniéndose en consideración el monto y vencimiento.

También se incluye la partida necesaria para atender el pago de las obligaciones patrimoniales determinadas por laudos y sentencias judiciales firmes.

PRESUPUESTO

1. Programa financiero anual.- La administración económica y financiera del Estado, durante cada año, se rige por el presupuesto del sector público, que debe ser previamente aprobado por el Congreso.

2. Principio de legalidad.- Se sugiere que tanto el presupuesto anual, como las modificaciones que sean necesarias durante su ejecución, se rijan por el principio de legalidad.

3. Contenido de la Ley de Presupuesto.- Se plantea que el presupuesto se limite a calcular los ingresos y autorizar los gastos. Por tanto, no debe contener materia ajena a la presupuestaria. Si bien no debe incorporar normas tributarias, sí debe consignarse el importe de las exoneraciones y beneficios tributarios que afectan a los tributos del Gobierno Central, como información sobre el sacrificio fiscal que ellas implican.

4 Proyecto.- Se plantea que el proyecto se elabore por el Poder Ejecutivo y se presente al Congreso. La Constitución puede establecer que el Presidente de la República presentará el proyecto al Congreso el 31 de agosto de cada año. El Poder Judicial presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo, a fin que éste lo remita al Congreso.

5. Equilibrio presupuestal.- Dado que la Ley de Presupuesto es de naturaleza temporal (un año) y no puede crear recursos, se sugiere que los proyectos de leyes, que se requieran para su adecuado finan-

ciamiento, deben presentarse conjuntamente al proyecto de la Ley de Presupuesto. El presupuesto debe estar equilibrado.

6. Aprobación del Presupuesto.- Se propone que si el Congreso no aprueba hasta el 30 de noviembre la Ley de Presupuesto y los proyectos de ley para su financiamiento, el Presidente de la República mediante decreto legislativo pone en vigencia todos los proyectos mencionados. El Presidente de la República no puede observar la Ley de Presupuesto.

7. Prohibición para crear o aumentar gastos.- Se recomienda, dada la naturaleza del presupuesto, mantener la norma contenida en las constituciones de 1979 y 1993, en el sentido que los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos.

8. Contratación de obras y adquisición de suministros.- La contratación de obras y la adquisición de bienes o servicios con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente a través de los procedimientos administrativos públicos y transparentes establecidos por la ley.

RÉGIMEN DE LA CONTRALORÍA GENERAL

1. Del régimen de la Contraloría General.- La Contraloría General es la autoridad superior y rectora del Sistema Nacional de Control. Supervisa el funcionamiento de sus órganos conformantes. Ejerce el control de la legalidad de la ejecución financiera y del resultado de las metas de los presupuestos de las entidades del Estado, de las operaciones de la deuda pública, de la utilización de los bienes y recursos públicos.

2. Designación del Contralor.- Se sugiere que el Contralor General se designe por el Senado por un periodo de seis años con el voto aprobatorio de los dos tercios de sus miembros. El Senado puede al Contralor General por falta grave, requiriéndose votación de los dos tercios de sus miembros.

La ley orgánica establece la organización, atribuciones y responsabilidades del Sistema Nacional de Control y los requisitos para ser Contralor General.

3. De la Cuenta General.- La Cuenta General, acompañada por las memorias de los titulares de cada pliego, es remitida al Congreso por

el Presidente de la República, el 30 de junio del año siguiente al de la ejecución presupuestal.

La Contraloría General, a más tardar el 31 de agosto del mismo año, presenta al Congreso el informe de desempeño y auditoría.

La Cuenta General es examinada y dictaminada por una comisión revisora del Congreso que siguiendo los trámites señalados para el presupuesto recibirá el pronunciamiento del pleno a más tardar el 10 de noviembre del mismo año.

El Congreso puede formular observaciones y reservas a la Cuenta General. En este caso, el Ejecutivo dispone de un plazo de sesenta días para subsanarlas; luego del cual con el informe de la Contraloría General, el Ejecutivo la remite nuevamente al Congreso para su pronunciamiento en la segunda legislatura ordinaria a más tardar el 20 de abril.

BANCA CENTRAL Y RÉGIMEN BANCARIO

1. Regulación monetaria.- La regulación monetaria está a cargo del Estado y se ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú. Por tratado de integración económica podrá establecer un orden monetario común.

2. Autonomía del Banco Central de Reserva.- Se propone potenciar al máximo la autonomía funcional del Banco Central de Reserva para resguardar la estabilidad monetaria. La autonomía funcional, debe ejercerse en coordinación con la política macroeconómica del Gobierno, en el marco de la ley orgánica respectiva.

La información sobre el estado de las finanzas nacionales debe ser efectuada por el Banco Central ante el Poder Legislativo, semestralmente.

3. Designación.- Se sugiere que el Poder Ejecutivo designe a un número importante pero minoritario de miembros del Directorio, y que el Senado designe a los otros miembros, para lo cual se retorna lo señalado por la Carta de 1979. Corresponde al Senado la remoción de cualquiera de los miembros del Directorio, con el voto de los dos tercios del número legal de sus miembros.

4. Superintendencia de Banca y Seguros.- Se plantea mantener lo preceptuado en la Constitución de 1979 en lo referente al Superintendente de Banca y Seguros, el cual es designado por el Poder Ejecutivo y luego ratificado por el Senado.

RÉGIMEN AGRARIO

1. De la promoción del agro. Dada la importancia social y económica del agro, teniendo además en cuenta la evolución científica y tecnológica, se sugiere establecer la obligación por parte del Estado de promover el desarrollo agrario como instrumento de mejora de la calidad de vida de todos los peruanos.

2. De la propiedad en el agro. Se plantea que el Estado garantice el régimen de propiedad de la tierra, bajo diversas modalidades, sea privada, comunal, cooperativa o asociativa. Mediante ley se debe normar sobre abandono de tierras según previsión legal y en forma excepcional limitar la extensión de la propiedad conforme a las peculiaridades de ciertas regiones.

3. Del catastro agrario. Se sugiere que el Estado cree y actualice un catastro agrario, tal como se ha hecho en la minería, a fin de establecer un sistema de titulación que garantice y haga posible que la tierra sea plenamente transferible y gravable a terceros. El objeto de la propuesta consiste en facilitar no sólo la inversión directa por el agricultor sino el crédito agrario hoy inexistente o de niveles muy reducidos.

4. De los conflictos entre actividades. La ley debe regular los procedimientos que resuelvan conflictos entre las actividades agropecuarias y mineras, o de cualquier otra índole.

VII. ESTRUCTURA DEL ESTADO

FUNDAMENTACIÓN

La tendencia constitucional del Perú se ha inscrito en favor de la figura del Presidente de la República, institución que en los hechos, por incidencia de la inestabilidad política y la fragilidad de los partidos políticos, desbordó las previsiones constitucionales. La Presidencia se asoció así a otras modalidades de ejercicio del poder: caudillis-

mo, autoritarismo, cesarismo, etc. Más que en una clase dirigente o en partidos políticos, el Presidente se apoyó en sectores oligárquicos o en grupos militares. Esto fue determinante para llegar o salir del poder por la vía de los golpes de Estado.

El crecimiento desmesurado del presidencialismo ha sido un factor de inestabilidad política. Las Constituciones tomaron de forma iconoclasta la figura del Presidente de la República sin desarrollar simultáneamente un sistema similar al norteamericano. Asimismo, no se trazó como modelo el parlamentarismo europeo. El presidencialismo de los Estados Unidos y el paradigma parlamentario de las monarquías europeas modernas fueron apenas un referente para crear una identidad propia que no se logró plasmar a cabalidad en la realidad.

El constitucionalismo peruano también adoptó la separación de poderes, pero formuló un régimen político presidencial, introduciendo para atenuarlo elementos parlamentaristas europeos como la interpelación, la censura y la disolución. En esa línea, las constituciones peruanas atenuaron el presidencialismo. En realidad, los presidentes basaron su poder, más que en el complejo equilibrio que propugnaban los textos, en alianzas fácticas, sin embargo, las constituciones, inspiradas y trazadas sobre la base del traslado de las instituciones europeas y norteamericanas no cuajaron muchas veces en la realidad. Los hechos fueron más fuertes que los textos.

La propuesta contiene algunas novedades y en otros aspectos plantea un retorno a la Constitución histórica. Respecto a esto último, vista la experiencia reciente en el país en donde se ha comprobado que el sistema unicameral no ha funcionado en atención a los argumentos de mejor estructuración para la elaboración de las leyes, mejor control político y menor gasto público. En consecuencia, se plantea regresar a la instauración de dos cámaras legislativas con funciones diferenciadas, muy al estilo de la Carta de 1979, que establezca un mejor control parlamentario, mayor criterio de representación y seguridades para la elaboración de las leyes, contando para ello con la revisión legislativa, aunque estableciendo que el trámite siempre debe iniciarse en la Cámara de Diputados, con lo que el Senado sería solo una cámara revisora.

Se plantea que la Cámara de Diputados se pueda elegir en circunscripciones electorales, que pueden tener como base los actuales de-

partamentos, y el Senado por distrito electoral único, para que exista una base dual de representación que exprese la voluntad ciudadana. De igual manera, que la Cámara Baja, conforme a lo dispuesto por la Constitución de 1979, tenga las funciones de control político, descartándose algunas innovaciones de la Carta de 1993, respecto al voto de confianza y la estación de preguntas, que han demostrado su inoperancia.

Asimismo, conforme se verá puntualmente en esta sección, se tratan aspectos importantes como la renunciabilidad del mandato, mejor regulación de la amnistía, consignación clara de las legislaturas parlamentarias, sistema de elección presidencial en doble vuelta, la acusación contra el Presidente de la República durante su periodo, por todo delito que corneta, entre otros aspectos.

PROPUESTAS

CONGRESO

1. Sistema bicameral. Se propone un sistema parlamentario bicameral. La Cámara de Diputados está integrada por ciento cincuenta (150) representantes, con atribuciones legislativas, de fiscalización y de control político, pero con una mejor precisión, ámbito y ejercicio de cada una de ellas, para evitar duplicaciones y hacer que prime como orientación la especialización funcional de cada Cámara.

El Senado tiene cincuenta (50) senadores y su función es de revisión de las leyes, de ratificación de los nombramientos de los oficiales de más alto rango de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, de los Embajadores acreditados en el exterior, así como del Contralor General, del Presidente del Banco Central de Reserva y del Superintendente de la Banca y Seguros.

A la Cámara de Diputados le corresponde acusar a los funcionarios aforados, vale decir los que tienen derecho al antejuicio, quedando a cargo del Senado declarar si ha lugar o no a la formación de causa. Se deja a decisión del Ministerio Público formular la denuncia respectiva, de acuerdo a la tipicidad penal.

Aunque en materia legislativa es la Cámara de Diputados la que inicia la aprobación de las leyes, tanto los diputados y senadores

pueden proponerlas, pero éstos lo hacen, necesariamente, ante dicha Cámara. Se concede, también, el derecho de iniciativa legislativa al Presidente de la República y, en los asuntos de su competencia, a la Corte Suprema, al Tribunal Supremo Electoral, al Tribunal Constitucional, al Consejo Nacional de la Magistratura, al Defensor del Pueblo, a las Juntas Departamentales y Municipales, a los Colegios Profesionales y, obviamente, a la ciudadanía.

Se incorporan actividades conjuntas, como por ejemplo, la discusión y aprobación del Presupuesto anual de la República en sesiones del Congreso, la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional o la del Defensor del Pueblo, así como, en su caso, la remoción de los mismos. Tanto para el nombramiento, como para la remoción por causa grave, se sugiere establecer la mayoría calificada de dos tercios del número legal de senadores y diputados.

Se incluye un mecanismo de coordinación entre ambas cámaras, que perfeccione y mejore la antigua Comisión de Conferencia y Conciliación. Esta comisión propone la solución de los impasses que podrían surgir entre ambas cámaras.

En síntesis, el Congreso tiene similitud con el de la Constitución de 1979, pero con un perfil más diferenciado entre las Cámaras, puesto que cada una de ellas asume funciones propias y aquellas que implican un procedimiento bicameral, el cual tiene en la propia Constitución el mecanismo que evite dilaciones y resuelva confrontaciones (Comisión de Conferencia).

2. Forma de elección. Se propone que los diputados sean elegidos por circunscripciones electorales que pueden tener como base los actuales departamentos, pero buscando fórmulas que combinen mejor los criterios de territorio y población para una mejor representación. En cambio, los senadores son elegidos por distrito nacional, debido a que ello permite que el criterio representación atienda por un lado a la participación local y, por otro lado, a una visión integral de la marcha de la Nación.

3. Requisitos e impedimentos de la función de los Senadores o Diputados. Se sugiere mantener los que establece la Constitución 1979.

4. Duración y renovación de las Cámaras. Eliminación de la disolución. El mandato parlamentario es de cinco años, pero de Diputados se renueva por mitades cada dos años y medio. Esta opción hace innecesaria la revocatoria y la disolución de la referida cámara.

5. Reelección de Senadores y Diputados. Se propone mantener el criterio de reelección indefinida, por cuanto los senadores y diputados no manejan recursos públicos y debido a que históricamente así no más del veinte por ciento de los parlamentarios son reelegidos; asimismo, ello permite combinar la experiencia con la renovación en beneficio del país.

6. Mandato renunciabile. Se plantea que el parlamentario pueda renunciar al mandato, en cuyo caso es reemplazado por el accesitario.

7. Inmunitades. Se propone restringir el concepto tradicional de inmunitades. Este privilegio culminará cuando cesan en el cargo. Los Senadores y Diputados no gozan del antejuicio sino simplemente del fuero.

8. Legislaturas. Se recomienda establecer en el texto constitucional que el Congreso funciona en dos legislaturas ordinarias por cada año legislativo, una con duración de cuatro meses y medio, y la otra de tres meses. Asimismo, el Parlamento se reúne en legislatura extraordinaria, para temas específicamente determinados, por convocatoria del Presidente de la República o, mediando acuerdo de la Comisión Permanente, del Presidente del Congreso, y, por auto convocatoria, cuando se lo solicita la mayoría absoluta de sus miembros.

9. Comisión Permanente. La Comisión Permanente tiene las atribuciones que le asignó la Constitución de 1979 y, por ende, sin delegación de facultades legislativas. Esta Comisión cumple determinadas funciones durante el interregno entre las legislaturas ordinarias. Durante el funcionamiento de la legislatura extraordinaria mantiene su actividad la Comisión Permanente.

10. Reglamento del Congreso. Se propone que el texto constitucional señale una pauta general conforme a la cual se desarrollen los reglamentos de las Cámaras Legislativas, a efecto de no desvirtuar las funciones asignadas constitucionalmente a ellas y se garantice un adecuado trabajo de comisiones y debate legislativo.

11. Antejuiicio. Se recomienda mantener, como hechos punibles, la infracción constitucional y los delitos de función. Se suprime la inhabilitación hasta por diez años, que puede ser objeto de excesos de carácter político. Empero, se mantiene la suspensión temporal de los funcionarios sujetos a proceso. El listado de los funcionarios que tienen el privilegio del antejuiicio se determina de acuerdo a lo señalado en la Carta de 1979.

Se sugiere que los Senadores y Diputados no tengan derecho al antejuiicio, pero si gozan de inmunidad.

El Presidente de la República podrá ser acusado, durante su período, por todo delito que cometa. El plazo de prescripción de la acción penal se computa desde el día siguiente a la conclusión de su mandato. Idéntico criterio se aplica a los funcionarios que tiene fuero.

12. Atribuciones legislativas. La propuesta plantea que se precise las atribuciones legislativas y las relaciones con otros órganos del Estado que tienen atribuciones normativas, debiendo establecerse los criterios básicos del procedimiento legislativo.

Se sugiere determinar también la capacidad del Congreso para velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, así como disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.

Se propone preservar la institución de la «dación de cuenta» para revisar los actos normativos del Presidente de la República. Deben mantenerse las demás atribuciones establecidas en el artículo 186° de la Constitución de 1979.

Tanto los senadores como los diputados mantienen la facultad de pedir informes sobre los asuntos públicos a los Ministros y a los demás funcionarios que determine la ley.

13. Delegación de facultades legislativas. La delegación de facultades legislativas debe hacerse en la forma prevista por la Constitución de 1979. No pueden ser materia de delegación las leyes de reforma de la Constitución, la aprobación de tratados internacionales, las leyes orgánicas, y ley de presupuesto, Ley de la Cuenta General de la República y leyes en materia penal.

El uso de la facultad delegada agota la habilitación.

14. Leyes orgánicas. Se propone que las leyes orgánicas sean las que regulen la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como las materias que disponga la propia Carta Fundamental. Se tramitan como cualquier ley, pero para su aprobación se requiere del voto conforme de más de la mitad del número legal de cada cámara.

15. Comisiones investigadoras. El Congreso, a través de la Cámara de Diputados, mantiene sus atribuciones de fiscalización. Se propone que para aprobar la creación de una comisión investigadora se requiera sólo el voto de un tercio del número legal de Diputados. En estas comisiones se actúan los medios probatorios a pedido de un tercio de sus miembros.

16. Interpelación y censura. La atribución del control político (interpelación y censura) queda asignada a la Cámara de Diputados, sin que ello impida al Senado debatir asuntos políticos, pero sin efectos vinculantes. Para acordar la interpelación se requiere sólo el voto de un tercio del número legal de Diputados.

17. Leyes de amnistía. No procede la amnistía, cuando ésta sea contraria a los convenios internacionales sobre derechos humanos. Tampoco en favor de los altos funcionarios pasibles de antejuicio, por delitos cometidos durante el propio período de gobierno.

18. Regímenes de excepción. Al Senado le corresponde conocer los regímenes de excepción declarados por el Presidente de la República. Toda prórroga del régimen de excepción requiere necesariamente la ratificación del Senado.

19. Promulgación de las leyes. No existe la promulgación parcial de una ley. La observación total o parcial de ésta por parte del Presidente de la República debe tramitarse y resolverse ante el Congreso antes de su promulgación.

GOBIERNO

1. Definición de Presidente. Se propone mantener la definición del Presidente de la República como Jefe de Estado, el mismo que representa a la Nación y que tiene a su cargo el Poder Ejecutivo, eliminando la expresión «y personifica a la nación».

2. Requisitos para acceder a la Presidencia. Se sugiere mantener los requisitos señalados en la Constitución de 1979.

3. Elección del Presidente de la República. El Presidente de la República se elige por sufragio directo.

Para ser elegido Presidente de la República se requiere obtener la mitad más uno de los votos válidos. No se consideran los votos nulos ni los votos en blanco.

Si ninguno de los candidatos alcanza la mayoría absoluta, se procederá a una segunda elección entre los dos candidatos más votados, salvo que el primero hubiera obtenido más del cuarenta por ciento de los votos válidos y diez puntos porcentuales de diferencia sobre el segundo candidato.

4. Duración del cargo. El período presidencial es de cinco años. Se prohíbe toda forma de reelección.

Debería incluirse una disposición transitoria que señale que este artículo no afecta a quienes ya han ejercido la Presidencia o a quien la esté ejerciendo al momento de aprobarse la reforma constitucional.

5. Ex Presidentes Constitucionales: Senadores vitalicios. Se sugiere que los ex Presidentes Constitucionales de la República, que no han sido objeto de destitución, abandono de cargo, sentencia firme, incapacidad permanente física o mental, o conducta incompatible con la dignidad del cargo, sean senadores vitalicios supernumerarios. La presencia de los ex Presidentes es importante, pues pueden contribuir al sistema político con su experiencia e influencia moral en la opinión pública.

6. Vicepresidencia. Se considera conveniente que sólo haya un Vicepresidente de la República y que el que sea elegido como tal se incorpore al Senado, con las mismas atribuciones que la Constitución confiere a los senadores.

7. Vacancia. Las causales de vacancia de la Presidencia de la República son, además del caso de muerte:

Renuncia, aceptada por el Congreso.

Abandono del cargo, al salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no retornar a él dentro del plazo fijado.

Sentencia firme condenatoria por la comisión de delitos de función o por infracción a la Constitución.

Incapacidad permanente, física o mental, declarada por el Congreso, previo dictamen médico.

Conducta incompatible con la dignidad del cargo.

En los casos de los incisos a), b) y c) se requiere mayoría simple de votos; y en los casos de los incisos d) y e) se necesitan dos tercios del número legal de senadores y de diputados.

La fórmula propuesta elimina las restricciones establecidas en el artículo 117° de la Constitución de 1993, como la del artículo 2100 de la de 1979.

8. Atribuciones del Presidente. Se sugiere que se mantengan sin modificación los incisos 1), 2), 3), 4), 6), 7), 8), 10), 11), 14), 15), 16), 22) y 26) del artículo 211° de la Constitución de 1979.

Asimismo, se plantean las siguientes atribuciones adicionales perfeccionando las normas de la Constitución de 1979:

Promulgar y ejecutar las leyes y ordenar su cumplimiento así como el de las resoluciones legislativas en las que concurra con el Congreso.

Cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

Adoptar las medidas para la defensa del territorio y firmar la paz con autorización del Congreso.

Administrar la Hacienda Pública y negociar los empréstitos;

Dictar decretos de urgencia con fuerza de ley en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo a dar cuenta al Congreso. Los citados decretos caducan a los treinta días, salvo ratificación expresa del Senado, que los puede prorrogar hasta por sesenta días más.

Conceder indultos y conmutar penas, salvo los casos prohibidos por la ley o tratados internacionales sobre la materia.

Se sugiere que las atribuciones de los incisos 21 (aprobar los planes nacionales de desarrollo), 24 (conferir condecoraciones a nombre de

la Nación) y 25 (autorizar a los peruanos para servir en ejército extranjero), pasen al Consejo de Ministros.

9. Presidente del Consejo de Ministros. Se propone que el Presidente del Consejo de Ministros debe ser un ministro sin cartera. Dicho funcionado debe tener a su cargo las relaciones entre el Gobierno y el Congreso, la coordinación con los gobiernos departamentales y locales, los planes nacionales de desarrollo, así como la ejecución de la política general del gobierno y de las medidas relativas al orden interno y la seguridad exterior de la República.

10. Concurrencia a la Cámara de Diputados. El nuevo gabinete ministerial concurre ante la Cámara de Diputados para debatir la política general de gobierno. La exposición del gabinete no genera voto alguno.

11. Responsabilidad de los Ministros. El Presidente de la República no tiene responsabilidad política. Los Ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrenden.

VIII. REGÍMENES DE EXCEPCIÓN

FUNDAMENTACION

En los últimos veinte años, la potestad gubernamental de declarar regímenes de excepción ha sido ejercida con frecuencia y ha contribuido a que, ante la ausencia de controles efectivos, las autoridades políticas, policiales y las Fuerzas Armadas afecten los derechos de las personas. En este sentido, es conveniente que la Constitución manteniendo estas instituciones, fortalezca los respectivos controles tanto jurisdiccionales como parlamentarios.

PROPUESTAS

1. Estado de Emergencia y Estado de Sitio.- Es conveniente mantener estas dos modalidades del régimen de excepción, como una atribución del Presidente de la República, previo acuerdo del Consejo de Ministros. Se distinguen por la gravedad de las situaciones de hecho que se suscitan.

2. Presupuestos.- El decreto supremo que declara los estados de excepción debe justificar la necesidad de la medida adoptada precisando las razones concretas que lo ameritan en función de la grave situación de hecho presentada. Asimismo, debe respetar los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad. Se trata de una medida temporal cuya duración no se extenderá más allá del tiempo de la emergencia y dentro de su respectivo ámbito geográfico.

3. Restricción al ejercicio de derechos constitucionales.- Durante los regímenes de excepción se incrementan las facultades ordinarias del Poder Ejecutivo y se autoriza la restricción de derechos fundamentales. Tratándose del Estado de Emergencia, pueden restringirse el ejercicio del derecho a no ser detenido (salvo orden judicial o flagrante delito), a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad de tránsito y el derecho de reunión.

En cambio, en el Estado de Sitio, pueden restringirse otros derechos fundamentales. Sin embargo, existen derechos intangibles reconocidos por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y por el derecho internacional humanitario, los cuales no pueden ser objeto de restricción. Entre ellos, se puede señalar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la vida, la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, a no ser privado de la libertad por incumplimiento de obligaciones contractuales, el principio de legalidad y la prohibición de la retroactividad de las leyes, la libertad de conciencia y religión, la protección a la familia, el derecho al nombre y a la identidad, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos, el debido proceso y los instrumentos procesales para proteger tales derechos.

4. Vigencia de los procesos constitucionales y control jurisdiccional. Los procesos de Hábeas Corpus, Amparo y Habeas Data no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. Cuando se interponen respecto a los derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo. De esta manera, evalúa si las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción. Asimismo, si el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o

injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez.

5. Intervención de las Fuerzas Armadas. El Presidente de la República puede disponer de manera excepcional que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno cuando la policía Nacional no esté en condiciones de hacerlo ante la gravedad del supuesto de hecho presentado. En ningún caso, las Fuerzas Armadas sustituyen las funciones que corresponden a las autoridades civiles y políticas.

6. Control parlamentario.- El presidente de la República debe dar cuenta al Senado o a la Comisión Permanente de los estados de excepción decretados o prorrogados dentro de las veinticuatro horas posteriores a su publicación. El Senado puede dejar sin efecto en todo o en parte el decreto que declara un estado de excepción. Asimismo, puede dejar sin efecto la decisión del Presidente de disponer que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno. La prórroga procede únicamente mediante aprobación del Senado.

IX. SERVICIO DE JUSTICIA

FUNDAMENTACIÓN

Si bien el problema fundamental en los años precedentes no ha sido principalmente el diseño constitucional del servicio de justicia (Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura y sino la distorsión de sus contenidos a través Tribunal Constitucional), sino la distorsión de sus contenidos a través de normas de inferior jerarquía y de un sofisticado sistema de intervención en todos los órganos de impartición de justicia, resulta fundamental a través de la nueva normativa constitucional robustecer la autonomía de los órganos encargados de impartir justicia. Asimismo, es importante crear las mejores condiciones para la independencia de sus funcionarios y diseñar un marco orgánico que haga posible un adecuado gobierno de los referidos órganos, diferenciándolo para ello de la función jurisdiccional.

Resulta importante también definir adecuadamente el concepto de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, adoptando una

solución respecto al reconocimiento que ha existido anteriormente de fueros privativos.

PROPUESTAS

AUTONOMÍA DE LOS ÓRGANOS DEL SERVICIO DE JUSTICIA

Los Órganos. Se considera adecuado mantener la organización del servicio de justicia a través del Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura y Tribunal Constitucional.

Aun cuando se reconocen elementos comunes entre los citados organismos, pues todos ellos tienen atribuciones que se relacionan con la función jurisdiccional, se ha optado -a diferencia de lo previsto en otros países --por no diseñar un Sistema de Impartición o Administración de Justicia único o centralizado, pues se considera que ello en el contexto nacional podría facilitar más adelante nuevos intentos para de atentar contra la autonomía judicial. Lo expuesto no obsta para que, en el ámbito legislativo, se generen mecanismos de coordinación y colaboración entre los referidos organismos estatales.

2. PRINCIPIOS Y DERECHOS.

Estimarnos básicamente adecuados los principios que se recogen en la Constitución de 1979 y que se reproducen con algunas modificaciones en la Carta de 1993, mas no parece importante corregir la denominación a «principios de la función jurisdiccional y derechos en el proceso».

Se trata de dejar de lado equívocas denominaciones como aquella de «principios y derechos de la función jurisdiccional» ya que, difícilmente se puede aceptar que una función del Estado (en este caso, la jurisdiccional) tenga derechos. Convendría entonces, proceder a la modificación propuesta, trasladándose el tratamiento sistemático del derecho a un debido proceso al capítulo referente a los derechos fundamentales, ya que es esa la ubicación más adecuada a su naturaleza

3. Unidad y exclusividad. Se propone reformular el tratamiento dado hasta hoy a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, eliminando la referencia, por razones distintas, tanto a la jurisdicción arbitral, como a la militar. Asimismo, entendiendo el principio de exclusividad como la capacidad que tiene(n) algún(os) organismo(s) de emitir actos jurisdiccionales, debe pasarse más bien a una formulación del mismo que aclare que estamos ante una responsabilidad compartida entre la judicatura ordinaria, el Tribunal Constitucional y el Consejo Nacional de la Magistratura.

Se debe eliminar la referencia a una jurisdicción arbitral ya que técnicamente es inadecuada. Ello no descarta la conveniencia de un reconocimiento constitucional expreso de los diferentes medios alternativos de resolución de conflictos: arbitraje, negociación y conciliación. Por otro lado, en el ámbito de la denominada Justicia Militar, ésta se mantendrá no como un fuero, sino como una instancia especializada autónoma de la judicatura ordinaria, con las características que más adelante se detallan.

PODER JUDICIAL

1. Autonomía e Independencia. Se recomienda incluir una norma expresa que establezca que los organismos vinculados al servicio de justicia son autónomos e independientes, y que ninguno de los otros Poderes del Estado puede intervenir en su gobierno, administración o gestión.

Esta norma puede resultar técnicamente innecesaria, pero dada la situación reiterada de intromisión del poder político en el sistema de justicia, resulta conveniente la puntualización propuesta.

2. Presupuesto. Debe contemplarse que el presupuesto del Poder Judicial no debe ser inferior a un porcentaje equivalente al tres por ciento (3%) del presupuesto de gastos corrientes del Presupuesto General de la República.

La debida asignación de recursos presupuestales es una condición previa para la autonomía y eficiencia del Poder Judicial. El establecimiento de un porcentaje expresa el compromiso efectivo del Estado con el desarrollo del servicio de justicia.

3. Gobierno del Poder Judicial.

Se propone establecer una distinción muy clara entre órganos de gobierno y órganos jurisdiccionales. Estos últimos serán los que la Ley Orgánica del Poder Judicial defina. Respecto a los órganos de gobierno constitucionalmente debe definirse la existencia de un Consejo de Gobierno del Poder Judicial y dejarse, igualmente a la ley la definición de una estructura descentralizada del mismo.

Existiendo consenso de que es indispensable para una judicatura autónoma la existencia de órganos de gobierno debidamente diferenciados de los órganos jurisdiccionales, surge la opción de diseñar un gobierno del Poder Judicial a través de organismos como los consejos de la judicatura que son externos al Poder Judicial o de estructurar órganos de gobierno al interior del Poder Judicial, reconociendo y estableciendo su función propia. Parece más conveniente en el Perú, en la línea de robustecer al Poder Judicial, adoptar esta segunda opción matizándola para expresar en ese órgano de Gobierno el compromiso de la sociedad civil con el servicio de justicia.

Sobre el particular, se considera más conveniente tener un modelo mixto en el que el Consejo Nacional de la Magistratura tiene a su cargo todo lo referente a nombramientos, promociones y sanciones de jueces y fiscales.

Los demás temas propios del Gobierno de la judicatura ordinaria estarán a cargo del Consejo de Gobierno del Poder Judicial. La Corte Suprema de Justicia de la República y sobre todo, su Sala Plena, continuará siendo la máxima instancia en lo jurisdiccional de nuestro país.

4. Consejo de Gobierno del Poder judicial. Se considera que la composición del Consejo de Gobierno del Poder Judicial debe ser la siguiente:

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, quien la preside;

Un Vocal de la Corte Suprema en actividad elegido en Sala Plena por todos sus colegas de dicha instancia jurisdiccional;

Un Vocal Superior en actividad elegido por todos los magistrados de ese rango existentes en los diferentes distritos judiciales de nuestro país;

Un juez en actividad elegido por todos los magistrados de ese rango existentes en los diferentes distritos judiciales de nuestro país;

Un integrante elegido por y entre los miembros de todos los Colegios de Abogados del país;

Un integrante elegido por los Decanos de las Facultades de Derecho de las universidades públicas del país. Únicamente están habilitados como electores aquellos Decanos cuyas Facultades de Derecho tienen por lo menos treinta años de funcionamiento;

Un integrante elegido por los Decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas del país. Únicamente están habilitados como electores aquellos Decanos cuyas Facultades de Derecho tienen por lo menos treinta años de funcionamiento.

La duración del mandato de los miembros del órgano de Gobierno es de tres años. No son reelegibles en forma inmediata.

Se considera conveniente que la Constitución establezca la conformación del Consejo de Gobierno pues ella expresa la concepción que se tiene de dicho órgano, evitándose así posteriores y coyunturales distorsiones legislativas. La composición propuesta intenta comprometer a la sociedad civil con el funcionamiento del servicio de justicia y dar cabida a jueces de distintos niveles en una tarea que les incumbe a todos.

5. Elección popular de jueces de paz no letrados. Se recomienda mantener la posibilidad de la elección popular para los jueces de paz no letrados, dejando que la llamada «justicia profesional» sea nombrada en todos sus diferentes grados por el Consejo Nacional de la Magistratura.

El acceso a la justicia profesional requiere de una evaluación técnica que no debe estar sometida a la elección popular, a fin de evitar la politización y la influencia de los grupos de poder económico. En cambio, en el caso del juez de paz no letrado, quien ejerce funciones generalmente en pequeños poblados y no requiere de una capacitación profesional, parece idóneo que la fuente de su legitimidad sea el mismo pueblo que lo conoce directamente, descartándose el sistema de designación por las cortes superiores.

6. Requisitos para ser designado vocal de la Corte Suprema. Se mantienen los mismos requisitos contenidos en la Carta de 1993.

7. Facultades reglamentarias. Se sugiere la inclusión de un precepto constitucional expreso mediante el cual el Consejo de Gobierno del Poder Judicial pueda aprobar reglamentos que regulen las organizaciones y funciones de tan importante institución estatal.

MINISTERIO PÚBLICO

1. Autonomía y funciones Se recomienda preservar su autonomía institucional. Se propone incorporar entre sus funciones la de dirigir la investigación de los delitos — que no se encontraba presente en la Constitución de 1979— y, en ese sentido, la lucha contra la corrupción.

2. Consejo de Gobierno del Ministerio Público. Asimismo, las mismas pautas para la configuración del gobierno del Poder Judicial deben seguirse en el Ministerio Público en lo que le sea aplicable. El Presidente del consejo de Gobierno del Ministerio Público debe presentar y sustentar el proyecto de presupuesto anual ante el Congreso de la República. Específicamente, la composición del Consejo de Gobierno del Ministerio Público estaría conformada de la siguiente manera:

El Fiscal de la Nación, quien lo preside;

Un Fiscal Supremo en actividad elegido por la Junta de Fiscales de su rango;

Un Fiscal Superior en actividad elegido por todos los Fiscales de su rango existentes en los diferentes distritos judiciales de nuestro país;

Un Fiscal Provincial en actividad elegido por todos los fiscales de su rango, existentes en los diferentes distritos judiciales de nuestro país;

Un integrante elegido por y entre los miembros de todos los Colegios de Abogados del país;

Un integrante elegido por los Decanos de las Facultades de Derecho de las universidades públicas del país. Únicamente están habilitados como electores aquellos Decanos cuyas Facultades de Derecho tengan por lo menos treinta años de funcionamiento.

Un integrante elegido por los Decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas del país. Únicamente están habilitados como electores aquellos Decanos cuyas Facultades de Derecho tengan por lo menos treinta años de funcionamiento.

La duración del mandato de los miembros del órgano de Gobierno es de tres años, y sus miembros no son reelegibles en forma inmediata.

3. Facultades reglamentarias. Se sugiere la inclusión de un precepto constitucional expreso mediante el cual el Consejo de Gobierno del Ministerio Público pueda aprobar reglamentos que regulen las organizaciones y funciones de tan importante institución estatal.

CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

1. Funciones. Estimamos que a las funciones actuales deben añadirse las funciones disciplinarias para todos los niveles de la judicatura. Así, el Consejo Nacional de la Magistratura debe, en una sala, ocuparse de la selección y nombramiento de jueces y, en la otra, de las funciones disciplinarias.

El tema de la selección y nombramiento de jueces está íntimamente vinculado a la creación de condiciones de independencia y autonomía. Nos parece importante desvincular — más allá de algunas sustentaciones teóricas en contrario — el nombramiento de jueces de la influencia política. Un organismo como el diseñado, con una adecuada representación de los poderes públicos y de la sociedad civil, parece una opción idónea.

De otro lado, se estima que la experiencia de funciones disciplinarias ejercidas por órganos de control interno tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio Público, no ha tenido un resultado positivo. Por ello, como existe en otras experiencias latinoamericanas, se plantea el traslado de todas las atribuciones disciplinarias al Consejo Nacional de la Magistratura, sin que ello prive al superior jerárquico de la aplicación de las sanciones que la ley contemple a propósito de la revisión en una instancia superior de un caso concreto.

A propósito del ejercicio de las funciones disciplinarias, el Consejo Nacional de la Magistratura debe evaluar permanentemente la competencia funcional de jueces y fiscales.

2. Composición. Al respecto se recomienda que el Consejo Nacional de la Magistratura se encuentre integrado de la siguiente manera:

Un integrante elegido por la Sala Plena de la Corte Suprema;

Un integrante elegido por la Junta de Fiscales Supremos,

Un integrante elegido por el Presidente de la República con la aprobación del Consejo de Ministros;

Un integrante elegido por el Congreso de la República entre quienes se hayan desempeñado como Presidentes de las Cámaras o de las comisiones de Justicia o Constitución, durante la vigencia de gobiernos democráticos;

Un integrante elegido por y entre los miembros del Colegio de Abogados de Lima.

Un integrante elegido por y entre los miembros de los otros Colegios de Abogados del país;

Dos integrantes elegidos por y entre los miembros de los otros Colegios Profesionales del país;

Un integrante elegido por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades públicas del país. Únicamente están habilitados como electores aquellos decanos cuyas facultades de Derecho tengan por lo menos treinta años de funcionamiento;

Un integrante elegido por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades privadas del país. Únicamente están habilitados como electores aquellos decanos cuyas facultades de Derecho tengan por lo menos treinta años de funcionamiento.

Cabe aclarar que junto a cada integrante titular del Consejo, las entidades o instancias a las cuales acabamos de hacer mención también tienen que nombrar a aquellos miembros suplentes que pasan a componer el Consejo en caso de vacancia de sus titulares.

Asimismo, la duración del mandato de los miembros del órgano de Gobierno es de cinco años. Sus miembros son reelegibles en forma inmediata por una sola vez.

La propuesta incrementa el número de miembros del Consejo, ya que sus funciones se han aumentado y se quiere que funcionen dos salas. Mantiene una importante presencia de representantes de la sociedad civil y añade miembros designados por el Presidente de la República y por el Congreso, lo que creemos aumenta su legitimidad.

3. Ratificaciones. Se propone la eliminación de las ratificaciones judiciales entre las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura.

El preocupante tema del control de la conducta funcional e idoneidad de los magistrados, la grave situación de crisis de legitimidad y credibilidad en la cual se encontraba -y continúa aún encontrándose- nuestra judicatura ordinaria, así como nuestros fiscales, permitió explicar la introducción de un sistema de ratificaciones judiciales como el que actualmente viene poniéndose en práctica. Sin embargo, siendo hoy otra la coyuntura que deberíamos afrontar, y habiéndose optado por un sistema en el cual las labores de control serán desempeñadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, se considera innecesario mantener el polémico sistema de ratificaciones judiciales.

Se busca entonces compatibilizar la necesidad de asegurar ciertas condiciones de estabilidad a juzgadores y fiscales (y por ende, una mayor independencia funcional de estos magistrados y una plena autonomía de sus instituciones) con una indispensable fiscalización de la labor de los mismos, tarea que, según la propuesta, tiene las ventajas de ser constante y está a cargo de una institución que actúa objetivamente. Adicionalmente se cuenta con el privilegio que dicha institución presenta en la configuración de sus decisiones, existe una importante participación de la sociedad civil.

4. Academia de la Magistratura. Se propone, sin desconocer su autonomía funcional, que pase a formar parte del Consejo Nacional de la Magistratura y que se elimine de la Constitución cualquier mención que la vincule a ser necesariamente un requisito previo para acceder a la judicatura.

Se considera que lo más adecuado, de acuerdo a las funciones tanto del Consejo Nacional de la Magistratura como de la Academia, es colocar a ésta vinculada al Consejo. De otro lado, nos parece que los estudios en la Academia no deben ser requisito previo para acceder a la judicatura. La Academia debe estar orientada a reforzar la formación de quienes ya han sido seleccionados como magistrados y como paso previo a asumir el cargo. Asimismo, la Academia debe permitir estudios de perfeccionamiento a los jueces y fiscales.

JUSTICIA MILITAR

1. Instancia especializada autónoma de la judicatura ordinaria. Competencia. El ámbito de la llamada justicia militar se mantendrá como una instancia especializada autónoma de la judicatura ordinaria la cual, bajo ningún concepto, juzga a civiles ni a militares en situación de retiro, limitándose únicamente a procesar a militares que hayan cometido delitos de función castrense. Los fallos de la máxima instancia a nivel militar puedan ser impugnados mediante recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la República, cuyas características y alcances serán determinados por la ley.

Esta propuesta se engarza con la reformulación antes planteada de los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, enmarcándose dentro del replanteamiento del rol y posición de las Fuerzas Armadas en el marco constitucional.

2. Selección de jueces. Los juzgadores en materia castrense deben ser designados por el Consejo Nacional de la Magistratura a propuesta del Comando Militar, por un plazo de tres años prorrogables, entre oficiales en retiro, abogados asimilados a las Fuerzas Armadas y oficiales en actividad.

Esta propuesta se inserta dentro del propósito general de someter al poder civil lo relativo a la designación de los jueces militares, asegurando su imparcialidad.

JUSTICIA POLICIAL

Instancia especializada autónoma de la judicatura ordinaria. Competencia. Se propone una organización jurisdiccional autónoma de la judicatura ordinaria encargada únicamente de conocer de los procesos a policías que hayan cometido delitos en el ejercicio de su función. Esta jurisdicción policial tampoco podrá juzgar a civiles y su composición se diseñará bajo pautas similares a las previstas para la jurisdicción militar en lo que le sea aplicable, dejándose a la ley el desarrollo correspondiente.

Se ha considerado que el juzgamiento de los delitos de policías en el ejercicio de sus funciones, debe tener autonomía respecto de la justicia militar.

MEDIOS ALTERNATIVOS

Reconocimiento constitucional. Se recomienda un expreso reconocimiento a nivel constitucional de los denominados medios alternativos de resolución de conflictos (conciliación, negociación y arbitraje), aun cuando precisándose que la regulación de las condiciones en las cuales se usen, es responsabilidad exclusiva de la ley.

Sin desconocer, ni minimizar el rol de la justicia estatal, dada la importancia que han tomado en los últimos años los medios alternativos de resolución de conflictos, se considera prudente darles un reconocimiento constitucional adecuado.

FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LAS AUTORIDADES COMUNALES

Comunidades campesinas, nativas, y en su caso, rondas campesinas Se considera oportuno consignar un ámbito de acción de la impartición de justicia a nivel de las comunidades campesinas y nativas, y en su caso, las rondas campesinas, que en principio reiteren los expresados en el artículo 149° de la Carta de 1993.

X. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTACION

La Carta de 1979 creó un organismo de control de constitucionalidad denominado Tribunal de Garantías Constitucionales. Dicho órgano fue disuelto por el autogolpe del 5 de abril de 1992. Seguidamente, la Carta de 1993 creó el Tribunal Constitucional con nuevas atribuciones, como por ejemplo, la de dirimir los conflictos de competencia. En este orden de ideas, es necesario, apuntalar las atribuciones de este organismo a fin de que ejerza las funciones de control constitucional de forma eficiente, considerando su condición de intérprete supremo de la Constitución.

PROPUESTAS

1. **Tribunal Constitucional: supremo intérprete de la Constitución.** Se reconoce su condición de órgano jurisdiccional autónomo.

mo al que se atribuye la titularidad de las funciones de control constitucional y un rol de intérprete supremo de la Constitución.

2. **Competencias y efectos.** El Tribunal tiene competencia en materia de tutela de derechos fundamentales, control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley y resolución de conflictos de competencia. Se establece, además, el carácter de cosa juzgada de sus fallos, los cuates en materia de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley tienen carácter vinculante, es decir, fuerza de ley.

3. Modelo dual.

Se mantiene el modelo dual de control de constitucional acogido en el Perú en la Constitución de 1979: control difuso en la judicatura ordinaria y control concentrado a nivel del Tribunal Constitucional.

4. **Composición.** Se propone ampliar el número de magistrados integrantes del Tribunal Constitucional de siete a nueve. Se permitirá la conformación de salas para conocer procesos constitucionales. La acción de inconstitucionalidad será conocida por el Pleno. Finalmente, se ha admitido la figura de magistrados suplentes. De esta manera, para cada caso en especial, se convoca a los que siguieron en votación en el Congreso de la República.

5. **Elección.** El Congreso, con el acuerdo de los dos tercios de sus miembros, elige a los magistrados del Tribunal, a propuesta del Senado. La propuesta, debe contener un número total de candidatos que triplique a los que deben ser elegidos. La elección es por siete años y no admite reelección.

El Senado debe seleccionar solamente a aquellos candidatos que demuestren una clara trayectoria democrática, probada defensa de los derechos humanos, independencia en el desempeño de la labor judicial y/o calidades de jurista. La edad mínima requerida es de cuarenta años.

6. **Inmunidad.** Debe señalarse que los magistrados del Tribunal Constitucional no responden por sus votos y opiniones ante ninguna autoridad. Cuando los magistrados del Tribunal Constitucional cometan una infracción constitucional o faltas en el

ejercicio de su función, éstas deben ser pasibles de sanciones disciplinarias dictadas por el pleno.

7. **Sistema de votación.** Se considera que para tener un pronunciamiento válido en los asuntos que son competencia del pleno, se requiere contar con los votos en determinado sentido de la mitad más uno del número legal de sus miembros, siempre y cuando ello no constituya menos de cinco votos. En los temas que sean vistos por las Salas, bastará solamente contar con el pronunciamiento de la mayoría simple de sus integrantes.

Finalmente, las decisiones que resuelvan los conflictos de competencia deben ser emitidas por el Pleno, para lo cual basta la obtención de mayoría simple.

XI. DEFENSORÍA DEL PUEBLO

FUNDAMENTACIÓN

En términos generales, es conveniente mantener lo dispuesto por la Carta de 1993 en la medida que reconoce el carácter autónomo y regula adecuadamente las funciones de la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, pueden efectuarse algunas reformas constitucionales que contribuirían a fortalecer su funcionamiento.

PROPUESTA

1. **Precisar los alcances del deber de cooperación.-** El deber de cooperación no sólo debe comprender a los órganos públicos, sino también abarcar a las personas jurídicas privadas que prestan servicios públicos, como sucede, por ejemplo, con la empresa que presta servicios de telefonía.

2. **Defensa y promoción de derechos de la población.-** Señalar que la institución no sólo defiende sino, además, promueve los derechos fundamentales, sustituyendo la referencia a la ciudadanía y reemplazándola por la de «población».

3. **Requisitos para ser Defensor del Pueblo.-** Se sugiere precisar que para ser elegido se requiere haber cumplido treinticinco

años, además de ser un abogado reconocido por su independencia, probidad y trayectoria en defensa de los derechos fundamentales y del sistema democrático.

4. Duración del cargo.- El cargo debe ser de cinco años, permitiéndose la reelección por una sola vez.

5. Impedimento de postular a cargos de elección popular.- Señalar que la persona que ha desempeñado el cargo de Defensor del Pueblo está impedido de postular a un cargo de elección popular hasta un año después de haber cesado en el cargo o de haber renunciado.

6. Legitimación para iniciar e intervenir en procesos constitucionales.- Reconocer a nivel constitucional la legitimidad de la Defensoría del Pueblo para iniciar e intervenir en todos los procesos constitucionales a fin de garantizar el cumplimiento de sus funciones.

XII. BASES Y PRINCIPIOS DEL ESTADO DESCENTRALIZADO

FUNDAMENTACION

La descentralización es una demanda nacional sustentada en la historia y alentada por las transformaciones productivas e institucionales que operan en el mundo actual. En consecuencia, el régimen constitucional del Perú en el siglo XXI tiene, necesariamente, que asumir una incontestable vocación descentralizada.

La descentralización atañe a la «forma de Estado», en la medida que afecta al territorio, uno de sus tres componentes básicos. Por lo tanto, la descentralización tiene que estar adscrita a la naturaleza del Estado y no a la forma de Gobierno como está consignado en los textos de 1979 y 1993. El artículo pertinente, al lado de otras características, debe establecer un Estado descentralizado.

El modelo descentralista propuesto ratifica la formula histórica de Estado unitario. En consecuencia, la definición de nuestra forma concreta de estado será unitaria y descentralista.

La descentralización tiene dos fuentes sustento. En primer lugar, la necesidad de ampliar y consolidar la democracia, mediante, la distri-

bución territorial del poder, el aliento a la participación ciudadana y la multiplicación de los mecanismos de control. Por esta razón, se puede hablar de una «división vertical del poder», complementaria de la clásica división de los poderes del estado. En segundo lugar, la descentralización tiene que procurar, también, un nuevo modelo de desarrollo económico y social que supere los desequilibrios, el atraso del interior del país y propenda a un crecimiento armónico y equitativo de la Nación.

Es conveniente que el texto constitucional incorpore ambas dimensiones, no sólo por razones teóricas, sirvo porque estas definiciones pueden operar como fronteras o marcos conceptuales de un proceso descentralista, necesariamente largos complejo y contradictorio. Política y economía, democracia y desarrollo, no se suponen automáticamente. Siempre habrá una saludable tensión que obliga al gobernante a conciliar ambos extremos y, por lo tanto, actuar con prudencia para que un aspecto no lesione al otro. Se trata de fijar pautas que sirvan para orientar el debate ulterior y evitar caer en los excesos que siempre malogran estas experiencias.

PROPUESTAS

Órganos territoriales de gobierno, no simplemente administrativos. Desde el punto de vista práctico e institucional la descentralización estatal consiste en la creación de entidades territoriales que tengan la calidad de gobierno y no solamente administrativas. Este es el sentido último que justifica la noción de autonomía política, de la cual están investidos, y cuya manifestación jurídica más nítida consiste en la potestad de dictar ciertas normas que tienen rango o valor de ley, por cierto, en su ámbito geográfico y en las materias competenciales asignadas.

Constitución de gobiernos locales y departamentales en todo el territorio. El objetivo descentralista, desde el punto de vista institucional, se alcanzará, a criterio de la Comisión, creando sobre las divisiones administrativas preexistentes, órganos de gobierno locales y departamentales en todo el territorio. Las municipalidades, que han pervivido a pesar de sus limitaciones durante toda la República y que se remontan al viejo cabildo indiano, están llamadas a constituirse por derecho propio en instancias de gobierno local. Sobre el tema, no hay cuestionamiento sustantivo.

Es pertinente constituir un segundo nivel de gobierno descentralizado, intermedio entre lo local y lo nacional. Algunas voces sostienen, por ello, que la descentralización debiera limitarse a una profunda municipalización del país. Sin embargo, ni la doctrina ni la experiencia internacional, respaldan este parecer. Está plenamente acreditado que lo local es un ámbito demasiado estrecho y limitado para que operen eficientemente tanto políticas de distribución democrática del poder, como políticas de desarrollo alternativo, válidos para el conjunto del país. Recordemos que Francia, el modelo occidental centralista por excelencia, revitalizó su régimen municipal desde la Revolución, sin que ello afectara para nada dicho carácter.

En consecuencia, creemos que el texto constitucional debe garantizar el objetivo descentralizador mediante dos procesos simultáneos y, por cierto vinculados: la municipalización y la departamentalización del país.

Régimen de competencias y conflictos. El tema crítico de todo proceso de descentralización estatal son los inevitables conflictos que se generan. Esta preocupación es válida, pues, la ciudadanía no quiere que se afecte la coherencia de la actuación estatal. Tampoco que se trabe su funcionamiento. Sin embargo, la afirmación democrática admite el conflicto y lo concibe como un método válido para arribar a las mejores decisiones. Corno sucede en la tradición constitucional la clave reposa en cómo articular, integrar y compatibilizar intereses diversos y contradictorios.

Sobre el tema de las competencias entre los diferentes niveles de gobierno territorial no hay fórmulas absolutas ni soluciones plenas. Ningún país del mundo lo ha conseguido. Ni los países que optaron por el federalismo en los siglos XVIII y XIX. Tampoco los procesos regionalizadores y descentralistas de la posguerra. En ningún caso la Constitución puede prever todo los casos y las nuevas situaciones. La tarea de armonización e integración ulterior es siempre unatarea de la legislación ordinaria y, por cierto, del Tribunal Constitucional que en la función de dirimir los conflictos de competencias entre órganos constitucionales, debe cumplir un rol fundamental, como ha sucedido en otros países. A pesar de lo dicho, el texto constitucional debe establecer criterios inequívocos que faciliten las tareas normativas y de control de la constitucionalidad.

Para tal efecto, recomendamos el uso de las más avanzadas doctrinas sobre la distribución de competencias, distinguiendo entre las exclusivas, compartidas y concurrentes con sus respectivos regímenes. Las competencias exclusivas (que deben ser muy pocas) definen el llamado núcleo esencial, sin el cual el órgano se desnaturaliza y pierde su razón de ser.

Pero hay que tomar muy en cuenta la tendencia moderna a darle mayor peso al régimen de las competencias compartidas, donde diferentes instancias de gobierno territorial se reparten funciones dentro de una misma competencia (formación básica y de desarrollo, non-nación y ejecución, por ejemplo), así como reglas muy claras para dirimir sobre las competencias concurrentes, es decir, cuando dos órganos territoriales acceden a la misma competencia. En ese mismo sentido, deberá aplicarse la denominada cláusula residual en favor del Estado, mediante la cual las funciones y competencias no asignadas expresamente a municipios y departamentos se presumen confiadas al Gobierno Nacional.

Preeminencia de la política nacional. El reto para el funcionamiento de un sistema descentralizado radica, justamente, en que la pluralidad de instancias y la diversidad de iniciativas funcione con un grado de coherencia que no afecte los rumbos generales, ni trabe la marcha de la administración global del país. Esto implica reconocer, no sólo las prerrogativas, competencias y funciones de los distintos órganos territoriales, sino afirmar al mismo tiempo, y como condición de lo anterior, el rol directriz del Gobierno Nacional. El correcto manejo de lo público implica destacar el momento universal, la preocupación por todos, la concepción de conjunto, articulando —sin desmedro, claro— los espacios locales y departamentales, abiertos precisamente por las políticas descentralistas.

LOS GOBIERNOS LOCALES

1. Las municipalidades son los órganos de gobierno local. Las municipalidades, de tanta raigambre en nuestra historia, deben ser consideradas como órganos de gobierno local. De esta manera, acaba una larga práctica republicana que las circunscribía a meras instancias administrativas, incluso dependientes del Poder Ejecutivo (Ministerio

de Gobierno o del Interior). Igualmente, pone coto a las tendencias a convertirlas en una suerte de empresas de servicios locales, so pretexto de su modernización.

2. Autonomía política. Se sugiere que las municipalidades gocen de autonomía política dentro de su competencia, además de la administrativa y económica. Pero en aras a la coherencia estatal las competencias de los gobiernos locales distritales no son iguales a los de las provincias, tal como estuvo regulado en la Constitución de 1979, con buen criterio. Las llamadas municipalidades delegadas son una forma de desconcentración local y, por ende, no gozan de esta clase de autonomía.

3. Elección por tres años, límites a la reelección inmediata. La elección de las autoridades edilicias, alcaldes y regidores, es de tres años conforme a nuestra tradición. No convienen períodos más dilatados, pues limita la posibilidad del vecindario para evaluar y renovar sus autoridades. Cabe, sin embargo, estudiar la posibilidad de un período de cuatro años para las municipalidades provinciales, especialmente para las de Lima y el Callao que tienen rango de metropolitanas. Del mismo modo, es conveniente limitar la reelección inmediata a una sola vez, pudiendo volver a postular, posteriormente, sujeto a las mismas condiciones.

4. Renunciabilidad e Impedimentos. Planteamos que el mandato de alcalde y regidor es renunciable, a diferencia de lo preceptuado por las Constituciones precedentes y por la Carta vigente.

Asimismo, se sugiere que para que el alcalde y regidor puedan postular a otro cargo de elección popular, deben renunciar un año antes de la elección.

5. Definición de competencias básicas y de recursos financieros mínimos. Creemos que es necesario que el texto constitucional defina el núcleo de competencias básicas de las municipalidades, a diferencia de lo que ocurre hoy. De esta forma, el núcleo esencial que tipifica su existencia no está a disposición del legislador ordinario. En tal sentido, creemos necesario retomar la redacción contenida en la Constitución de 1979.

Igualmente, la autonomía local tendrá sentido si la Carta Fundamental consigna los recursos patrimoniales y financieros elementa-

les para la vigencia de la institución, cosa que tampoco sucede con la actual normatividad.

6. Régimen metropolitano de Lima y el Callao. La provincia de Lima, capital de la República y la Provincia Constitucional del Callao, por razones históricas y urbanísticas tienen el régimen de Municipalidad Metropolitana. Esta caracterización no sólo define un régimen organizativo propio, sino les permite ingresar en pie de igualdad al proceso de descentralización que operará en el resto del país. En otras palabras, tanto en Lima como en el Callao no hay gobierno departamental, sino gobiernos municipales metropolitanos.

LOS GOBIERNOS DEPARTAMENTALES

1. Preexistencia de los departamentos. Dar inicio a la constitución de un gobierno descentralizado intermedio entre el Estado y las municipalidades, implica previamente resolver la cuestión del ámbito territorial donde ejercerá sus competencias. La Constitución de 1979 optó por configurar espacios nuevos, de mayor envergadura que los históricos departamentos, llamados regiones. Como no existían, fue menester crearlas a través de un largo y complejo proceso: Plan Nacional de Regionalización, Ley de Bases de la Regionalización, Leyes Orgánicas de creación de cada una de las regiones, legislación complementaria y de adecuación con las demás instancias del Estado, Ley de Elecciones Regionales y, finalmente, la instalación de los gobiernos regionales. La llamada regionalización del país abarcó toda la década de los 80 y los primeros años de los 90, hasta que fue abortada por el golpe de Estado de 1992. A mediados de 1995 las regiones que habían subsistido en cuanto entidad geográfica, con gobiernos espurios llamados CTAR, fueron abolidas, pues estos últimos fueron departamentalizados.

A pesar de estos antecedentes, se ha preferido que el segundo nivel de gobierno territorial repose en los históricos departamentos. Abona a favor de este planteamiento:

Que nacieron con la República.

Que están ahí y que no habría nada que modificar para instalar los gobiernos descentralizados.

Que la mayoría de las regiones tuvieron como base un solo departamento.

Que existen los antecedentes, aunque con otra concepción y contenido, de las Juntas Departamentales establecidas por las Constituciones de 1823, 1828, 1856 y 1867.

Que sin tener relevancia constitucional el siglo XIX conoció los Concejos Departamentales contenidos en la Ley de Municipalidades del gobierno de Pardo, los cuales se prolongaron hasta los primeros años del siglo XX.

Que la Constitución de 1933 creó también los Concejos Departamentales y hasta se llegó a aprobar una Ley Orgánica. Pese a ello, nunca fueron puestos en vigor.

2. Modificación de la demarcación departamental abierta. Las variaciones de los límites departamentales, son decididas previa consulta popular a las poblaciones concernidas.

3. La descentralización es un proceso. El tema de las competencias y rentas departamentales tiene que abordarse con el tino que corresponde a una visión procesal de la descentralización. En ningún caso puede repetirse el error de la precipitación. La Constitución debe establecer los criterios, el núcleo básico de competencias, las que pueden ser asignadas en forma progresiva, y los procedimientos, pero la responsabilidad de resolver estas dos cuestiones es materia de la legislación especializada.

4. Estructura de gobierno. Creemos que la estructura del gobierno departamental no debe ser complicada, ni conllevar innovaciones que no tengan respaldo en nuestra tradición constitucional. Debe haber un órgano deliberativo y fiscalizador, así como otro encargado de la ejecución. Ambos elegidos por elección universal y directa de los pobladores del departamento correspondiente, respetando la proporcionalidad. De esta manera, queda superada la anterior configuración corporativa y por tercios, origen de los vicios de la experiencia anterior. La primera autoridad del departamento será el Intendente Departamental. Dicha autoridad es reelegible por una sola vez.

5. La Junta departamental será pequeña y sus miembros elegidos por votación popular. A fin de evitar el burocratismo y el asambleí-

mo que tipificaron la anterior experiencia, el modelo edilicio de Concejo y Alcalde puede ser una guía sugerente. No hay razón alguna para que el colegiado departamental, no tenga el número de representantes adecuado a su realidad. Lo que no se puede cuestionar es la legitimación popular de los miembros del organismo colectivo. No sólo porque ello estaría reñido con la democracia, sino, principalmente, porque sería imposible la producción de normas departamentales de carácter general.

Se postula la existencia de una Junta Departamental conformada por siete delegados como mínimo, agregándosele uno más por cada medio millón de habitantes o fracción mayor de trescientos mil. Dichos delegados son reelegibles por una sola vez.

Finalmente, el régimen remunerativo y estatutario se sujetará al que es aplicable a los regidores, en lo que sea pertinente. El mandato de las autoridades departamentales es de cuatro años.

6. Fondo de compensación y redistribución. La voluntad descentralista no niega el carácter unitario del Estado y, por lo tanto, debe operar el principio de solidaridad interdepartamental de modo que exista una redistribución de recursos mediante la existencia de un Fondo de Compensación Departamental, teniendo en cuenta las características territoriales y económicas propias de cada departamento.

ARTICULACIÓN Y COORDINACIÓN LOCAL Y DEPARTAMENTAL

1. Necesidad de mecanismos de coordinación. El funcionamiento adecuado del sistema descentralizado de modo que no afecte el mencionado carácter del Estado, supone la existencia de diversos mecanismos de coordinación.

2. Vocación descentralista del conjunto del orden estatal. Se sugiere que las políticas globales y sectoriales del gobierno nacional tengan una vocación descentralista en lo que fuera pertinente. Por lo tanto, su formulación pasa por consultas y participación de las instancias locales y departamentales en lo que fuera factible. En ningún caso, esta práctica implica dilaciones que perjudiquen la marcha del estado o el interés nacional.

3. Instancia de coordinación local y departamental. Para superar la dispersión y tender a la coherencia, se sugiere que la Presidencia del Consejo de Ministros quede encargado de la coordinación descentralista.

4. Control de la constitucionalidad y la legalidad. El Tribunal Constitucional será el órgano encargado de resolver los conflictos de competencia entre las entidades descentralizadas y entre estas y el Gobierno Central. Igualmente, conocerá las acciones de inconstitucionalidad promovidas contra las normas de carácter general que emitan los gobiernos departamentales y locales. Mediante la acción contenciosa administrativa y la Acción Popular, el Poder Judicial garantiza la legalidad de los actos administrativos y reglamentos departamentales, respectivamente.

5. Relación entre los municipios y los departamentos. A fin de preservar la autonomía de las municipalidades, se establecerá que los gobiernos departamentales no afectarán el núcleo indisponible de competencias de los gobiernos locales de su jurisdicción. Esta mención, alcanza también al gobierno nacional.

XIII. DEFENSA NACIONAL Y ORDEN INTERNO

FUNDAMENTACIÓN

La Comisión ha creído necesario y oportuno plantear el debate sobre un cambio sustantivo del modelo constitucional de los últimos veintidós años, dado que el objetivo debe ser que cada una de las instituciones que se confundieron en su tratamiento en la Constitución del Perú y en la Carta de 1993, debe ser estructurada por separado, para que tanto las Fuerzas Armadas como la Policía Nacional, puedan desarrollarse para atender el encargo que el Perú les confiere.

El Estado ejerce su autoridad dentro de un marco jurídico preestablecido. En una democracia constitucional, no se debe utilizar la fuerza para violar los derechos ciudadanos. La Constitución es la regla que concilia el poder con la libertad. Quien se pone al margen o por encima de ella, niega esta gran construcción de la inteligencia

humana, que es la más alta expresión de convivencia pacífica, orden acordado y civilización.

La pretensión de un poder armado -cualquiera que él sea- para actuar ejerciendo presión a base de su capacidad intimidatoria, a fin de capturar el Estado o influir en el proceso de toma legítima de decisiones, es una irracionalidad absoluta que ningún pueblo puede admitir sin sacrificar su libertad y los derechos que le protegen. El Estado constitucional no tolera este extremo, y por elemental universalidad de las normas que estructuran el sistema jurídico, impide que se pueda invocar norma propia o estatuto particular para escapar o sobreponerse al imperio de la ley.

En aplicación de este precepto, ninguna institución puede convertirse en un fuero propio y con derecho protegido. Las instituciones militares son entidades estatales, organizadas de acuerdo a ley y sometidas a la Constitución. Reclamar la naturaleza castrense para establecer reglamentos militares opuestos a las normas constitucionales es simplemente inaceptable. La Constitución manda, y civiles y militares tienen la misma obligación de someterse a sus mandatos. Es absolutamente concluyente que las normas, códigos, reglamentos y ordenanzas militares están inexorablemente subordinadas a la Constitución, por lo tanto, las autoridades militares tienen que ajustar su conducta, organización y atribuciones a lo que dispongan la Constitución y las leyes.

También debe considerarse que es el mérito militar o policial el que determina la política de ascensos y que los retiros que por causal de renovación se produzcan, deben acordarse de acuerdo a criterios que alejen el capricho o impidan que el favoritismo premie a unos y sancione a otros por causas distintas a las legales.

PROPUESTAS

1. Presupuestos básicos. Ha de garantizarse en cualquier legislación futura, en cuanto es posible al Derecho, que el uso de la fuerza por parte de las personas a las que se les encomienda esa tarea por parte de la Nación, no se utilice contra la población, sino sólo en su favor. En consecuencia:

Ha de establecerse también que la integración de las personas a las Fuerzas Armadas no les da a estas derecho a decidir sobre el destino

político del país, rebasando o destrozando el sistema democrático que los peruanos escogemos para nuestra convivencia, ni a considerarse titulares de un patriotismo mayor que el del resto de los peruanos. Es por ello que debe quedar clara la subordinación de la Fuerzas Armadas al poder político emanado del pueblo.

También la Comisión quiere dejar sentada su posición que la tarea específica de las Fuerzas Armadas es la de proveer a esa defensa y de colaborar específicamente en los encargos que el poder político le asigne, pero no desarrollar iniciativas en campos que corresponden a las tareas propias del gobierno.

Las tareas de desarrollo del país, tanto económico como social no deben encomendarse a las Fuerzas Armadas o Policiales, y en caso de ser necesaria la utilización de su estructura o de su personal, debe ser definido en cada oportunidad por el poder civil, tanto en la extensión de su ayuda, como en su duración y en el sentido de la misma. Siempre, cuando participen en estas tareas han de hacerlo bajo la dirección de las autoridades civiles y políticas.

La seguridad del país no constituye tarea exclusiva de las Fuerzas Armadas, sino que en ella tiene parte y responsabilidad la ciudadanía. Por eso, se considera que el Estado tiene la obligación de proveer a la seguridad y el ciudadano tiene el deber de participar en esa tarea.

Por otra parte, la propuesta que hacemos plantea un tratamiento separado de las instituciones encargadas de la seguridad y defensa del territorio y aquella encargada del orden interno, dado que cada una tiene su propia tarea y para lograr sus cometidos requieren de distinto entrenamiento y despliegue en su actividad cotidiana. Confundirlas ha llevado a la militarización de la policía y ello ha demostrado ser altamente inconveniente en la vida del país.

2. Ámbito separado para las fuerzas armadas y para la policía nacional. Creemos que la reforma debe abarcar la existencia de dos capítulos diferenciados en los que se trate, en cada caso, de la institución que corresponde. Uno de la Fuerzas Armadas y otro de la Policía Nacional.

De esta forma se permite que cada una de las instituciones tenga un tratamiento especial en razón de sus diversas finalidades y del cumplimiento de las tareas que la Constitución les encarga.

3 La integración de las Fuerzas Armadas. La Comisión propone que se consigne como Fuerzas Armadas de la Nación, al Ejército, a la Marina y a la Fuerza Aérea.

De esta manera, se consigna con claridad cuáles son las ramas de la Fuerzas Armadas y se evita que pueda existir una distorsión como la que alentó el régimen dictatorial de considerar como un arma o una rama de la Fuerzas Armadas a la «comunidad de inteligencia».

4. Rol de las Fuerzas Armadas. La Constitución debe definir los roles de las Fuerzas Armadas con relación a su tarea de la defensa del territorio de la República y de su integridad como consecuencia de amenazas provenientes del exterior y, excepcionalmente, cuando la agresión provenga de una amenaza interna. La Comisión estima que ha de consignarse que la Fuerzas Armadas deben constreñirse a cumplir este papel y que cuando se les encarga por excepción una tarea concreta ajena a la defensa nacional, actuarán bajo la dirección de las autoridades civiles y políticas correspondientes, sin realizar tareas con fines de lucro u otras que corresponden desarrollar a los agentes de la sociedad civil.

La Comisión cree que las Fuerzas Armadas no deben desarrollar tareas de competencia de los actores civiles o económicos del país.

5. Sometimiento al poder constitucional. La Comisión propone que se consigne expresamente que las Fuerzas Armadas no son deliberantes y que están sujetas al poder constitucional.

Esta declaración debe ser expresa en especial cuando se le acuerda a sus integrantes, como en este proyecto se proponen algunos derechos políticos individuales compatibles con su función.

6. Jefatura de las Fuerzas Armadas. La Comisión propone que el Presidente de la República sea el Comandante General de las Fuerzas Armadas y, en consecuencia, de cada una de ellas, designe un Jefe de Estado Mayor, cuyas funciones deben acordarse por ley orgánica.

De esta manera, el Presidente no tiene sólo una jefatura suprema que ha sido nominal, sino un comando efectivo que le permite, dentro de lo que la ley señala, tomar las determinaciones de comando que le corresponden como la primera autoridad del país.

7. Manejo de las políticas de defensa nacional. La Comisión estima que debe crearse en la Constitución un Consejo de Defensa Nacional que sea el ente rector de las políticas que en esta materia desarrolle el Estado, y defina los objetivos concretos así como la supervisión de la organización y marcha de las instituciones armadas. Este Consejo es permanente.

La Comisión estima que la constitución de este Consejo de Defensa Nacional garantiza el control democrático de las Fuerzas Armadas.

8. Atribuciones del Consejo de Defensa Nacional. Debe encargarse a este Consejo de Defensa Nacional, la propuesta, a través del Poder Ejecutivo, de las leyes y los reglamentos respectivos que determinen la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas, así como la supervisión de su funcionamiento y la disposición de lo necesario para la formación, composición, organización de las reservas, equipamiento y repliegue de las Fuerzas Armadas.

Estas atribuciones se insertan dentro de lo señalado en el acápite anterior, de permitir que la política de defensa sea tratada también por las autoridades políticas del país elegidas para desarrollar las más altas tareas por el voto popular y los encargados de la administración del Estado en los ramos que pueden tener incidencia más directa en esta tarea.

9. Composición del Consejo de Defensa Nacional. El Consejo de Defensa Nacional debe estar conformado por el Presidente de la República, el Presidente del Senado, el Presidente de la Cámara de Diputados, el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro encargado del sector Defensa, el Ministro encargado del sector Relaciones Exteriores, el Ministro encargado del sector Economía, el Ministro encargado del sector Interior y los Jefes de Estado Mayor de cada arma.

Esta composición garantiza una presencia mixta e incorpora a los diversos funcionarios civiles que tienen relación con el proyecto nacional de defensa, evitando que esta tarea esté consagrada sólo a las fuerzas militares.

10. Uso de armas de guerra. La Comisión propone que se elimine de la Constitución una disposición que define la exclusividad del uso de las armas de guerra a las Fuerzas Armadas y que sea por ley propues-

ta por el Consejo de Defensa Nacional que se señale a quién corresponde el uso de las mismas y cuáles pueden ser calificadas en ese rubro.

La Comisión estima que este dispositivo fue incorporado a la Constitución para evitar que la Policía Nacional pudiera contar con armas de determinada potencia que los militares de la época en que se aprobaron estos dispositivos, consideraban como una amenaza de la Policía para la preeminencia de sus instituciones.

11. Asignación de fondos. La Comisión estima que la asignación de Fondos a las Fuerzas Armadas debe hacerse por ley, pero que esa es una disposición que no corresponde incorporarla en la Constitución, porque va de suyo en cuanto a la asignación de cualquier fondo público que debe de hacerse por esa vía.

12. Ascensos en las Fuerzas Armadas. La Comisión estima que los ascensos en las Fuerzas Armadas deben ser propuestos por la autoridad que fije la ley, siguiendo el orden de méritos y decididos por el Consejo de Defensa con ratificación del Poder Ejecutivo y que en el caso de las propuestas para ascenso de los oficiales generales, estos deben ser adicionalmente ratificados por el Senado de la República.

De esta manera se expresa la opinión del conjunto del pueblo, a través del Senado, acerca del compromiso democrático de las Fuerzas Armadas y se evita que se considere a las mismas como coto privado del Presidente de la República, cuidándose de la tentación de convertirlas en una institución que tenga una relación personal y no institucional con su persona.

También se considera que no debe mencionarse en la Constitución que los pases al retiro deban ser ratificados por el Senado de la República, porque estima que esta figura debe estar referida estrictamente a criterios de razonabilidad sin margen de discrecionalidad. Consignar ello en el texto podría dar lugar a que se interpretara que esa posibilidad, distinta a la puramente institucional y regulada por la ley, existe.

13. Derechos políticos de los militares. Como ya se ha expresado, la Comisión estima que los militares deben tener derecho a voto en las elecciones políticas, pero deben de estar prohibidos de realizar actividades de proselitismo o de participar en los partidos políticos. También se ha considerado que no pueden ser elegidos si no se retiran del servi-

cio activo con una anticipación de un año a la fecha de la elección en la cual postulan.

Debe concluirse con esa dicotomía persistente por muchas décadas y que dejó de lado la consideración que de los militares se hizo en la Constitución de 1823, donde se les definía como «ciudadanos con el uniforme de la Patria», estimando la Comisión que debe revitalizarse la idea fundacional del militar como ciudadano.

La Comisión no coincide con las reservas doctrinarias que relacionan el «no derecho» al voto con la disciplina o con el impedimento de deliberar que tienen los militares. Por una simple constatación de hecho, se aprecia que hay otros funcionarios o servidores del Estado, como los jueces o empleados públicos de confianza, que están impedidos de afiliarse a un partido o realizar tareas de proselitismo político, pero nada de ello los margina del derecho al voto.

Igualmente, la Comisión estima que los militares en actividad no deben ser designados como ministros de Estado, por cuanto ello corresponde a un cargo político y, por lo mismo, sujeto a debate y actuación de ese tipo.

14. Grados y honores militares. La Comisión propone eliminar la consideración constitucional a este tópico, en tanto que es materia estrictamente legal.

15. Justicia Militar.

Como se ha señalado, las infracciones de las obligaciones cometidas por los militares en servicio en contra de las normas de contenido militar, han de ser juzgadas a través de un procedimiento seguido ante jueces militares designado. La persistencia en un fuero especial para los militares trasluce la posibilidad de brindarles un trato distinto del resto de habitantes de la República, lo que es profundamente contrario a los principios republicanos y democráticos. Dichas resoluciones podrán ser revisadas por la Corte Suprema de Justicia.

16. Orden Interno. La Comisión propone que el orden interno debe ser encargado a la Policía Nacional, la misma que no debe ser militarizada, sin que por ello se prescinda de la necesaria disciplina para que pueda cumplir debidamente con sus funciones. Se debe buscar tecnificar

los roles de la policía y, fundamentalmente, acercarla a la sociedad civil, a la que se debe y por la que tiene sentido su existencia institucional.

La Comisión estima que ciertas tareas de la defensa ciudadana deben ser encargadas a las autoridades locales y departamentales, como viene sucediendo en la actualidad, lo que permite un control más cercano de la población.

17. Consejo Nacional de Orden Interno. Se propone la creación del Consejo Nacional de Orden Interno, como un órgano encabezado por el Presidente de la República e integrado de acuerdo a ley, la que también fija sus atribuciones.

18. Rol de la Policía Nacional. La Comisión estima que el rol de la Policía Nacional debe ser el de mantener y restablecer el orden interno; prestar protección y ayuda a las personas de la comunidad; prevenir y combatir el delito; servir de auxiliares a la justicia; brindar seguridad al patrimonio público y privado; y, vigilar y controlar los pasos fronterizos.

Al definir las tareas específicas, se contribuye a la desmilitarización de esta institución y al reconocimiento de su importante tarea en la convivencia nacional.

19. Sometimiento al Poder Constitucional. Al igual que en el caso de la Fuerzas Armadas, la Comisión considera conveniente que conste el sometimiento de la Policía Nacional a la autoridad constitucional y la prohibición de deliberar en asuntos públicos.

20. Coordinación con las policías departamentales y locales. La Comisión propone que se consigne la obligación de la Policía Nacional de coordinar, respetando la función de cada una de ellas, con las policías departamentales y locales.

De esta forma, se procede en consonancia con el diseño descentralista que se propone para el país y se hacen efectivas las competencias que se asignan a cada uno de estos órganos de gobierno.

21. Asignación de fondos. La Comisión estima que, al igual que lo señalado con relación con las Fuerzas Armadas, la asignación de fondos debe hacerse por ley, pero que esa es una disposición que no corresponde incorporarla en la Constitución, porque va de suyo

en cuanto a que la asignación de cualquier fondo público debe de hacerse por esa vía.

22. Ascensos en la Policía Nacional. La Comisión estima que los ascensos en la Policía Nacional deben ser propuestos por la autoridad que fije la ley, siguiendo el orden de méritos y decididos por el Poder Ejecutivo, y que en el caso de las propuestas para ascenso de los oficiales de mayor rango, estos adicionalmente se ratificarán por el Senado de la República. Igualmente, en el caso que se defina por ley una política de renovación de cuadros, esta debe de sujetarse a la ley y definirse estrictamente en razón de méritos policiales, evitando la distorsión de este recurso.

23. Grados y Honores en la Policía Nacional. La Comisión propone eliminar de una consideración constitucional a este tópico en tanto que es materia estrictamente legal.

24. Justicia Policial. Como se ha señalado en el capítulo correspondiente, las infracciones de las obligaciones cometidas por los policías en servicio en contra de las normas de la disciplina u obligaciones estrictamente policiales, han de ser juzgadas a través de un procedimiento seguido ante jueces policiales designados. La administración de la justicia en la policía debe ser distinta de la que corresponde a los militares precisamente por la diferencia de las funciones de cada una de ellas. Como se ha señalado con respecto a los militares, la persistencia en un fuero especial para los policías trasluce la posibilidad de una consideración de privilegio que los hace distintos del resto de habitantes de la República, lo que es profundamente contrario a los principios republicanos y democráticos. Como se ha señalado, dichas resoluciones podrán ser revisadas por la Corte Suprema de Justicia.

25. Derechos políticos de los Policías. La Comisión cree que a los policías, por las mismas razones que las expuestas en el caso de los militares, corresponde también el derecho al voto y le alcanzan las incompatibilidades para ser elegidos si no dejan el cargo con antelación de un año a la fecha de las elecciones para las que postulan y la de pertenecer a partidos políticos o ser designados para el cargo de Ministro de Estado.

26. La Policía departamental o local. La Comisión propone que se definan en favor de los departamentos o municipalidades, ciertas

competencias en materia de mantenimiento de orden interna Estas policías deben de coordinar la realización de sus tareas con la Policía Nacional, acercando de esta manera más aún a la población esta responsabilidad y permitiendo un mejor control por parte de la misma.

XIV. RÉGIMEN ELECTORAL

FUNDAMENTACIÓN

La democracia ha sido definida como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Para que ese principio pueda funcionar de la manera más adecuada se requiere que tanto la Constitución como la legislación electoral posibiliten a las personas que su opinión, libremente expresada, alcance dos objetivos fundamentales: 1) comicios periódicos y auténticos para elegir sus representantes; y 2) ejercer directamente determinados actos políticos.

La Carta de 1993 destina el Capítulo XIII «Del Sistema Electoral» (siempre en el Título IV De la Estructura del Estado) a tratar de esta materia. La denominación no es acertada por cuanto sistema electoral refleja más bien el mecanismo de acuerdo al cual se hace la elección. Se considera más apropiado que el capítulo, por la riqueza de su contenido, sea «Del Régimen Electoral».

Cuando en las decisiones, prima el criterio de conciencia y no la aplicación del Derecho, el nombre apropiado es el de Jurado; pero cuando, a la inversa, debe ser aplicado el Derecho, o sea, la Constitución y la ley y, adicionalmente, los principios generales del Derecho, el nombre tiene que ser distinto. Y, entre los alternativos de Corte Electoral o Tribunal de Elecciones, parece ser más adecuado el de Tribunal Supremo Electoral, del cual dependerán los Tribunales Electorales Especiales, según la clase de elecciones (políticas, departamentales o municipales). La composición del Tribunal puede ser la misma que actualmente tiene el Jurado Nacional de Elecciones.

PROPUESTAS

TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL

1 Unidad orgánica del régimen electoral. La Comisión se ha manifestado favorable a reinstaurar la unidad y articulación orgánica del régimen electoral, a cuya cabeza se coloca al Tribunal Supremo Electoral - TSE, órgano que reemplaza al Jurado Nacional de Elecciones.

2. Oficina Nacional de Procesos Electorales ONPE. La Comisión considera indispensable mantener la existencia de la Oficina Nacional de Procesos Electorales ONPE - que, si bien queda articulada dentro de la estructura unitaria propuesta, debe conservar autonomía técnica, administrativa y funcional para el adecuado desempeño de sus funciones de organización y conducción de los procesos y consultas electorales.

A la ONPE compete el diseño y distribución de la cédula de sufragio, la organización del acto de votación, la entrega de las actas y material para el escrutinio, así como la difusión de sus resultados. Brinda información permanente sobre el cómputo y resultados de la votación.

El Jefe de la ONPE es designado por el Tribunal Supremo Electoral, mediante concurso público, ejerciendo el cargo por un período de cuatro años. Es removido por el Tribunal en caso de falta grave o de causa justificada fijada en la ley.

3. El Tribunal Supremo de Elecciones: naturaleza y competencias. El Tribunal Supremo Electoral es la máxima instancia en materia de justicia electoral, siendo sus resoluciones en esta materia definitivas e irrevisables ante instancia judicial alguna. Su misión es asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad popular, manifestada en las urnas por votación directa.

Entre sus principales funciones se encuentran:

Convocar a elecciones.

Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales en sus diversas modalidades, así como la aprobación de los padrones electorales.

Llevar el registro de los partidos políticos y de las alianzas de partidos, cumpliendo y haciendo cumplir las normas respectivas.

Realizar la administración de justicia en materia electoral.

Proclamar a los candidatos elegidos y otorgar las credenciales correspondientes.

Proclamar los resultados de las consultas populares.

Declarar, en su caso, la nulidad de los procesos electorales.

Designar al Jefe de la ONPE, por un período de cuatro años.

Dictar las resoluciones necesarias para suplir los vacíos o defectos de la legislación electoral.

Ejercer las demás atribuciones que determinan la Constitución y la ley.

Todas las decisiones y resoluciones del Tribunal Supremo Electoral se adoptan por mayoría simple de sus integrantes.

4. Composición y número de miembros del Tribunal Supremo Electoral. La composición y número de integrantes del TSE es la misma que actualmente corresponde al JNE; sin embargo, los miembros que designe el Poder Judicial y el Ministerio Público deben ser abogados, magistrados o no de dichas instituciones. Su mandato será de siete años, sin posibilidad de reelección.

Sus miembros deben reunir los requisitos para ser vocal de la Corte Suprema, teniendo las mismas incompatibilidades y prerrogativas que corresponden a éstos. Los miembros del Tribunal Supremo Electoral eligen a su Presidente.

5. Del sufragio y el escrutinio. El sufragio es secreto y se ejercita libremente. El escrutinio es público e irrevisable, salvo el caso de error material o de impugnaciones, de conformidad con lo que disponga la ley.

El Tribunal Supremo Electoral puede disponer la utilización de sistemas electrónicos, o de medios similares, para el ejercicio del sufragio, con miras a su mayor seguridad.

6. Representación proporcional. En las elecciones pluripersonales se debe mantener la representación proporcional, mediante el siste-

ma de cuocientes electorales. Ello garantiza la representatividad política y el pluralismo, especialmente en la composición del Congreso. En las elecciones de alcaldes y regidores, la ley determina el sistema aplicable.

7. Nulidad de los procesos electorales. El Tribunal Supremo Electoral puede declarar la nulidad de los procesos electorales en los siguientes casos:

Cuando no concurran a votar más de dos tercios de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. Esta causal se incorpora al haberse acordado proponer el carácter facultativo del sufragio.

Cuando los votos nulos o en blanco, sumados o separadamente, superen la mitad de los votos emitidos. Aquí se corrige la norma vigente, que exige para tal nulidad dos tercios de votos nulos o blancos, criterio que atenta contra la legitimidad de un proceso electoral pues puede determinar que se considere «válida » una elección a pesar que una mayoría de ciudadanos haya expresado una voluntad contraria a los candidatos o a la propuesta.

Cuando existan graves irregularidades que sean suficientes para modificar o poner en duda la autenticidad de los resultados electorales.

8. Registro de Identificación y Estado Civil. La Comisión considera que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) no forma parte del Régimen Electoral, entendiendo que la ley debe señalar su configuración, atribuciones y coordinación con los gobiernos locales.

DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

1. Fortalecimiento. La Comisión considera fundamental resaltar la importancia de los partidos políticos y la necesidad de su fortalecimiento para la consolidación de la democracia. Los partidos políticos concurren a la formación y expresión de la voluntad popular; expresan el pluralismo democrático y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y a la ley orgánica que los regula.

2. Partidos nacionales y regionales: número de adherentes, inscripción y renovación de registro. Pueden existir partidos políticos de carácter nacional o departamental. Se considera como criterio que los

partidos nacionales requieren para su inscripción el uno por ciento (1%) del número de electores que votaron en el proceso general anterior. Los partidos departamentales deberían contar con el respaldo del dos por ciento (2%) de los votantes del último proceso electoral a nivel departamental.

Los partidos políticos que no obtengan cuando menos del tres (3%) de la votación nacional o departamental, según sea el caso, tendrán que renovar su inscripción. Las alianzas inscritas concluyen tras el proceso electoral.

3. Postulación de candidatos. Corresponde a los partidos políticos y alianzas de partidos inscritos la postulación de candidatos en cualquier elección popular. La inscripción de candidaturas independientes sólo es factible en las elecciones municipales.

Se considera necesario establecer una valla electoral, de modo que para la integración de un representante al Parlamento, los partidos nacionales deben obtener cuando menos el tres por ciento (3%) de los votos y los departamentales el cinco por ciento (5%) de la votación de su circunscripción.

4. Democracia interna. Dada la importancia de los partidos políticos en el sistema democrático, la Comisión considera que es importante fomentar que su organización interna y la participación de sus integrantes respondan a los principios y criterios democráticos. La ley orgánica de partidos políticos establece las normas para garantizarla.

5. Apoyo estatal y financiamiento. A fin de contribuir al fortalecimiento e independencia de los partidos políticos, el Estado contribuye con recursos públicos para su funcionamiento. Tales fondos deben asignarse en proporción a la votación que obtengan los partidos en el último proceso electoral. Los partidos deben informar periódicamente y también luego de cada elección, sobre el origen y uso de sus fondos y recursos.

Los partidos pueden adquirir bienes muebles e inmuebles para el ejercicio de sus actividades.

Es importante asegurar que el Gobierno o los funcionarios no utilicen fondos públicos ni realicen propaganda estatal en favor de alguna de las agrupaciones políticas o candidatos.

6. Acceso a medios de comunicación. Durante las campañas electorales, todos los partidos inscritos deben tener igual acceso gratuito a los medios de comunicación, públicos y privados, en la forma y proporción que determine la ley.

Sin perjuicio de ello, a fin de incentivar la participación democrática y la cultura política en el país, se considera conveniente establecer franjas cívicas permanentes en los medios de comunicación, públicos y privados, que utilizan bienes de dominio público, como el espectro electromagnético. Ellos tienen el deber social de contribuir al fortalecimiento de la democracia, brindando la información que favorezca la participación política y la conciencia cívica de los ciudadanos. Los partidos políticos y las organizaciones sociales pueden acceder gratuitamente a estos espacios, en la forma que determine la ley, en este caso, en proporción a la votación obtenida en el proceso electoral parlamentario precedente.

XV. DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

FUNDAMENTACION

Se establece que la Administración Pública sirve con objetividad a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general. La Comisión considera importante que la Constitución incorpore un capítulo sobre la Administración y la Función Pública para garantizar el cumplimiento de sus cometidos.

Asimismo, se propone señalar que la función pública tiene como objetivo la consecución del interés general, dentro del respeto a los derechos humanos y a todos aquellos derechos e intereses legítimamente protegidos de las personas y se desarrolla en los principios de igualdad, probidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y transparencia. Se sugiere precisar que los funcionarios y servidores públicos ejercen sus funciones sobre la base de diligencia y probidad, de manera coordinada, en relaciones de colaboración y propiciando el control de sus operaciones.

PROPUESTAS

1. Creación de entidades de la Administración Pública mediante normas con rango de ley.- Las entidades de la Administración Pública serán creadas por norma con rango legal.

2. Control de la constitucionalidad y legalidad de la actuación administrativa.- Corresponde al Poder Judicial, controlar la constitucionalidad y legalidad de toda la actuación u omisión administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican mediante el proceso contencioso administrativo que será regulado mediante ley.

3. El procedimiento administrativo.- Asimismo, es necesario establecer que mediante ley se regula el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando el debido procedimiento y, cuando proceda, la audiencia del interesado.

4. La potestad reglamentaria.- La potestad reglamentaria, si bien corresponde al Presidente de la República, puede ser asignada mediante ley a otros organismos, respecto a sus competencias, no pudiendo en ningún caso transgredir ni desnaturalizar la ley.

5. Líneas de acción de la Administración Pública.- Se establece que la Administración Pública se estructura de modo tal que se aproximen los servicios a las poblaciones, que se evite la burocratización y que se asegure la participación de los interesados en su gestión efectiva. Asimismo, se precisa que la ley establece formas adecuadas de descentralización y desconcentración administrativas, sin perjuicio de la necesaria eficacia y unidad de la acción de la Administración y de las facultades de dirección, supervisión y tutela de los órganos competentes.

6. Participación ciudadana en la Administración Pública.- Se incorpora una norma constitucional que precisa que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos de la Administración Pública, particularmente, mediante audiencias públicas en los procedimientos de interés general, mediante el acceso a los archivos y registros administrativos, y en la fiscalización de los actos de la Administración Pública.

DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. Regulación de la función pública. Principios.- Se debe incorporar una norma constitucional que precise que una ley regula el ingreso, permanencia y salida de la función pública, el sistema de incompatibilidades y prohibiciones derivadas de su naturaleza, así como los derechos del personal al servicio del Estado.

2. Igualdad de acceso a la función pública en según méritos.- Los nombramientos y designaciones que no han sido calificados en la ley como de confianza, son cubiertos mediante concurso público. La carrera pública se rige por las características de méritos, flexibilidad y progresividad sujeta a su competencia y moralidad en el servicio.

3. Principio de la responsabilidad pública.- Se sugiere establecer una norma constitucional que precise que el personal al servicio del Estado no está exento de responsabilidad por sus actos u omisiones, y que las normas para establecer la responsabilidad civil, penal o administrativa se aplican a todas las personas al servicio del Estado sin distinciones.

4. Remuneración pública.- Se propone establecer que las remuneraciones que perciba el personal al servicio del Estado sean proporcionales a las funciones asignadas, eficiencia demostrada y responsabilidades asumidas. Se propone que las remuneraciones que pague el Estado deberán ser de conocimiento público.

5. Equiparación. Un principio central a tomar en cuenta es el de establecer una similitud de condiciones entre las más altas personalidades del Gobierno, el Congreso y el Sistema de Impartición de Justicia. En esa línea de pensamiento, se recomienda explicitar un reconocimiento de similares prerrogativas, remuneraciones y demás condiciones de trabajo entre los congresistas, ministros, vocales de la Corte Suprema, Fiscales Supremos, miembros del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo Electoral y el Consejo Nacional de la Magistratura.

6. La corrupción como causal de cese e inhabilitación.- Se propone establecer que las causales de corrupción comprobadas judicialmente, sean consideradas como causales de cese e inhabilitación en el desempeño de los cargos de funcionarios, conforme a ley. Asimismo

que dicho cese e inhabilitación alcance a los funcionarios que omitan la denuncia de hechos de corrupción.

7. Declaración jurada de bienes y rentas.- Se sugiere establecer que las personas al servicio del Estado deben presentar y publicar una declaración patrimonial juramentada al inicio, durante y al término de su gestión. Dicha declaración debe incluir el conjunto de sus bienes, rentas y obligaciones en el Perú y en el extranjero, conforme a ley. En caso contrario, dicha omisión debería constituir impedimento para ejercer el cargo o causal de cese en el mismo. Asimismo, ninguna persona puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

8. Responsabilidad civil solidaria.- Se propone establecer que quienes ejercen funciones públicas son solidariamente responsables con el Estado por las acciones u omisiones practicadas en el ejercicio de sus funciones, de los que resulte violación de los derechos y garantías o generen daños a terceros.

XVI. PROCESOS CONSTITUCIONALES

FUNDAMENTACIÓN

Todo Estado democrático debe garantizar el respeto de los derechos humanos y del principio de supremacía constitucional a través de ciertos instrumentos procesales - llamados garantías o procesos constitucionales- y determinados órganos jurisdiccionales, ya sea el Poder Judicial o un Tribunal Constitucional. El modelo adoptado por la Carta peruana de 1979, fue modificado parcialmente por la de 1993, presentando problemas en su regulación y funcionamiento que la Constitución debe rectificar.

PROPUESTAS

1. Denominación.- Modificar la denominación «garantías constitucionales » utilizada por la Constitución y sustituirla por «procesos constitucionales» pues es una expresión técnicamente más apropiada.

2. Defensa de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional.- Los procesos constitucionales tienen por objeto la

defensa de los derechos humanos y la supremacía constitucional. Para tutelar los derechos humanos se propone mantener los procesos de Hábeas Corpus, Habeas Data y Amparo. A fin de garantizar la supremacía de la Constitución es conveniente mantener la Acción de Inconstitucionalidad, la Acción Popular y el Proceso Competencial. Asimismo, en la medida que la Acción de Cumplimiento no tiene por finalidad específica la defensa de los derechos humanos o la supremacía constitucional se propone su eliminación constitucional autónoma. En rigor, dicho proceso constituye una modalidad del proceso contencioso administrativo frente a las omisiones de la administración pública.

3. Proceso de Hábeas Corpus.- Procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que amenaza o vulnera la libertad individual o los derechos conexos a ella, es decir, también protege los derechos a la vida, integridad personal e inviolabilidad del domicilio.

4. Proceso de Hábeas Data.- Procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenaza los derechos de acceso a la información pública y a la protección de la persona frente a la información contenida en bancos de datos o registros informáticos.

5. Proceso de Amparo.- Procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que amenaza o viola los derechos fundamentales, con excepción de los protegidos por el hábeas corpus y el hábeas data. Se debe eliminar la mención prevista por la Carta de 1993 según la cual el amparo no procede contra normas legales o resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.

6. Proceso de Acción Popular.- Procede por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. Cualquier persona está legitimada para iniciar este proceso que es resuelto por el Poder Judicial.

7. Proceso de Acción de Inconstitucionalidad.- Procede contra las normas con rango de ley, como las leyes, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso, las normas departamentales de alcance general y las ordenanzas

municipales. La demanda se presenta en única instancia ante el Tribunal Constitucional.

Están legitimados para hacerlo el Presidente de la República; el Fiscal de la Nación; el Defensor del Pueblo; los intendentes departamentales con de la Junta respectiva; los Alcaldes provinciales con acuerdo de su consejo; el veinticinco por ciento del número legal de congresistas; cinco mil ciudadanos. Si se trata de una ordenanza municipal o de una norma departamental, se encuentran facultados el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que no sean más de cinco mil personas. Asimismo, se propone reconocer legitimación a los partidos políticos y a las Universidades con más de treinta años de existencia.

8. Proceso Competencial.- Se presenta ante el Tribunal Constitucional en instancia única y procede ante los conflictos suscitados sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos departamentales o locales.

9. Ley orgánica de procesos constitucionales.- Una ley orgánica regula el ejercicio de los procesos constitucionales, los órganos jurisdiccionales ante los que se presentan, así como los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas. Se sugiere que esa ley sea un Código Procesal Constitucional.

XVII. REFORMA CONSTITUCIONAL

FUNDAMENTACIÓN

Resulta indispensable que toda Constitución contemple un proceso de reforma a fin que la misma pueda adecuarse a los cambios en los procesos políticos y de la conformación de la sociedad que aquélla regula.

PROPUESTAS

1. Procedimiento de reforma. Se considera apropiado el siguiente procedimiento: Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el

Congreso con el voto favorable de las tres quintas partes del número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

La Constitución debe contemplar la posibilidad de su reforma integral, así como su procedimiento, y en su caso, la integración de la asamblea que ha de llevarla a cabo; estableciéndose para ello que se requiere por lo menos el voto de las dos terceras partes del número legal de miembros de cada cámara.

2. La prohibición al Presidente de la República de observar la ley de reforma. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

3. La iniciativa para la reforma constitucional. Se debe establecer que la iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; un quinto del número legal de los parlamentarios; y el uno por ciento del número de votantes en el último proceso electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

XVIII. CLÁUSULA DE SALVAGUARDA

FUNDAMENTACIÓN

Se considera conveniente consignar en sus mismos términos lo preceptuado por el artículo 307° de la Constitución de 1979, como una garantía para la vigencia de la Constitución y para desalentar a quienes pretendan atentar contra ella.

PROPUESTA

Mantener el artículo 307° de la Carta de 1979.- De acuerdo al referido dispositivo la Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En estas eventualidades todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Asimismo, son juzgados, según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior. También son susceptibles de ser juzgados, los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución.

El Congreso puede decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se les haya causado.

PROCEDIMIENTOS PARA UNA REFORMA

CONSTITUCIONAL

La Comisión ha estimado conveniente presentar un conjunto de posibilidades para la reforma constitucional, teniendo como punto de referencia a la Constitución de 1979. Sin embargo, se considera que es necesario partir de la realidad actual, y sobre ello, plantear algunos caminos a seguir, que sin ánimo exhaustivo, podemos enumerar de la siguiente manera:

1. PRIMERA ALTERNATIVA

a) Lo primero que debe aceptar el Congreso de la República, de ser posible en el mismo mes de agosto del año en curso, es declarar la nulidad de la Constitución de 1993, y declarar la vigencia de la Carta de 1979. Los argumentos que sustentan esta medida, son los siguientes:

El artículo 307° de la Constitución de 1979, en cuanto estipula que dicha Carta no perderá vigencia en ningún caso y que todos están obligados a restablecerla, tan pronto sea posible.

El que la Constitución de 1993, fue aprobada por un Congreso Constituyente Democrático, fruto de un golpe de Estado y en dependencia de un gobierno autoritario y corrupto, como los hechos posteriores lo han confirmado.

Adicionalmente, la Constitución de 1993 fue aprobada en un debate parlamentario controlado y no libre, y ratificado por un referéndum que se realizó sin ninguna seguridad ni garantía en sus resultados, y con un propósito fraudulento.

La Constitución de 1993 sólo ha servido como un instrumento de la dictadura, pues ha sido vaciada de contenido, incumplida en los pocos preceptos novedosos y democráticos que fueron incorporados, y adicionalmente, ha servido para proteger actos de corrupción y de violación de derechos humanos, perdiendo así cualquier eventual legitimidad que pudiera haber tenido o que hubiera aspirado a tener. Si bien no tuvo legitimidad de origen, bien pudo tener legitimidad de ejercicio de la que también careció.

b) Sin embargo, en el mismo acto deben declararse convalidadas todas las acciones, nombramientos, compromisos, etc., que hayan sido hechas bajo su imperio, incluyendo aspectos tributarios, financieros, administrativos, judiciales, etc., con independencia de su revisión futura, en los casos que el tiempo transcurrido y las leyes correspondientes, así lo configuren y posibiliten. Expresamente debe señalarse entre otros puntos, que:

Se reconoce los efectos de las elecciones generales del año 2001.

Se reconocen los derechos humanos aprobados por los tratados internacionales de la materia, y ratificados por el Perú.

Se deja en suspenso la parte relativa a los aspectos laborales, de la seguridad social, salud y bienestar, y régimen agrario.

La institución de la Defensoría del Pueblo debe mantenerse como tal, con sus atribuciones.

El actual Congreso de la República pasa a llamarse Cámara de Diputados.

Se deja a salvo el proceso de ratificaciones judiciales que viene realizando el Consejo Nacional de la Magistratura.

Debe mantenerse el nombre de Tribunal Constitucional, con sus miembros y competencias actuales, hasta que sea renovado totalmente.

Se convoca a elecciones para una Asamblea Constituyente de 80 miembros, para que en el plazo de seis meses introduzcan en la

Constitución de 1979, los cambios que corresponda. Al término de su mandato, de los 80 constituyentes, los 50 más votados –y que cumplan con los requisitos– pasarán a formar el Senado, y los 30 restantes se incorporan a la Cámara de Diputados, que de esta manera tendrá un total de 150 miembros.

Se establece que la ONPE es parte integrante del Jurado Nacional de Elecciones. En igual sentido, lo es la RENTEC. Ambos dependerán del Jurado, en tanto se hagan las reformas correspondientes.

Los cambios efectuados son sancionados por un referéndum posterior.

2. SEGUNDA ALTERNATIVA

Utilizar los mecanismos que la actual Constitución de 1993 prevé para la reforma constitucional, teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) Introducir una reforma total incorporando la Constitución de 1979, aprobando esta decisión en dos legislaturas ordinarias sucesivas o en una y ulterior ratificación en referéndum.
- b) Simultáneamente, introducir las reformas de actualización a la Carta de 1979, con las correspondientes disposiciones transitorias, estableciendo los plazos correspondientes.

3. TERCERA ALTERNATIVA

a) Aprobar una ley de referéndum, para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, si es así, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución.

b) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello.

MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Dr. Diego García-Sayán
Ministro de Justicia y Presidente de la Comisión
Dr. Domingo García Belaunde
Vicepresidente
Dr. Javier de Belaunde López de Romaña
Dr. Samuel Abad Yupanqui
Dr. Alberto Borea Odria
Dr. Francisco Eguiguren Praeli
Dr. Jorge Danós Ordofiez
Dr. Javier Alva Orlandini
Miembros del Comité de Coordinación
Dr. Samuel Abad Yupanqui
Dr. Javier Alva Orlandini
Dr. Jorge Avendaño Valdez
Dr. Martín Belaunde Moreyra
Dr. Enrique Bernales Ballesteros
Dr. Carlos Blancas Bustamante
Dr. Ernesto Blume Fortini
Dr. Alberto Borea Odría
Dr. Roger Cáceres Velásquez
Dr. Ernesto de la Jara Basombrío
Dr. Jorge Danós Ordóñez
Dra. Patricia Donayre Pasquel
Dr. Javier de Belaunde López de Romaña
Dr. Francisco Eguiguren Praeli
Dr. Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
Dr. Gerardo Eto Cruz.
Dr. Carlos Fernández Sessarego
Dr. Raúl Ferrero Costa
Dr. Magdiel Gonzáles Ojeda
Dr. Domingo García Belaunde
Dr. Baldo Kresalja Rosselló
Dr. César Landa Arroyo
Dra. Beatriz Merino Lucero
Dr. Sigisfredo Orbegoso Venegas
Dr. Víctor Ortecho Villena

Dr. Jorge Santistevan de Noriega

Dr. César Valega García

Dr. Armando Zolezzi Moller

Miembros de la Comisión

Dr. Juan Federico Jiménez Mayor

Viceministro de Justicia y Secretario Técnico
de la Comisión

Dr. Christian Guzmán Napurí

Dr. Hebert Tassano Velaochaga

Dr. Humberto Valenzuela Gómez

Asesores.

**RELACIÓN DE INSTITUCIONES Y PERSONAS QUE HAN-
REMITIDO PROPUESTAS PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL**

INSTITUCIONES PÚBLICAS

1. Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT
2. Organismo Supervisor de la Inversión en Energía -OSINERG
3. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual INDECOPI
4. Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público OSITRAN
5. Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento - SUNASS
6. Superintendencia de Banca y Seguros
7. Banco Central de Reserva del Perú
8. Contaduría Pública de la Nación
9. Contraloría General de la República lo. Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
11. Jurado Nacional de Elecciones
12. Primera Fiscalía Provincial de Lima (Dra. Margarita Rentería D.)
13. Ministerio Público – Fiscalía de la Nación
14. Consejo Nacional de la Magistratura
15. Conferencia Episcopal Peruana
16. Arzobispado de Lima (Cardenal Juan Luis Cipriani Thorne)
17. Comité Transitorio de Administración Regional Ica
18. Municipalidad Provincial de Maynas
19. Municipalidad Provincial de Chiclayo
20. Concejo Provincial de Piura

21. Universidad Nacional del Santa
22. Universidad Nacional de Trujillo
23. Universidad Nacional de Cajamarca
24. Universidad Nacional del Centro del Perú
25. Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann
26. Universidad Nacional Mayor de San Marcos
27. Colegio de Abogados de Lima —La Comisión de Estudios para la modernización institucional de las Fuerzas Armadas
28. Colegio de Abogados de Cajamarca
29. Colegio de Abogados de San Martín
30. Comisión Especial encargada de evaluar el ejercicio de la Defensa del Estado
31. Centro de Investigaciones Judiciales
32. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos
33. Municipalidad Provincial de Chepén

INSTITUCIONES PRIVADAS

34. Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas

CONFIEP

35. Cámara de Comercio de Lima
36. Agrupación Nacional de Abogados Apristas
37. Amnistía Internacional —Sección Peruana
38. Círculo de Estudios de Derecho «Sayari» de la Universidad Privada Los Ángeles de Chimbote
39. Universidad Tecnológica del Perú (Facultad de Derecho)
40. Universidad Femenina Sagrado Corazón —UNIFE
41. Universidad Privada Antenor Orrego
42. Universidad Tecnológica de Los Andes

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

UNA AGENDA PENDIENTE PARA EL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA

43. Universidad Privada Antenor On-ego
44. Universidad Particular de Iquitos
45. Universidad Peruano los Andes-Huancayo
46. Asociación Civil IBIFAM
47. Centro de Investigación, Documentación y Asesoría Poblacional-CIDAP
48. Confederación General de Trabajadores del Perú-CGTP
49. Movimiento Político Independiente Perú Para Cristo
50. Comité Cívico de Desarrollo Integral Pro Parque El Carmen
51. Organización de Comunidades Aimaras, Amazonenses y Quechuas- OBAAQ
52. Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA)
53. Mesa de Coordinación de donantes de Género (MESAGEN)
54. Comisión Especial Multisectorial para Comunidades Nativas
55. Centro de Asesoría Laboral del Perú
56. Comisión Andina de Juristas
57. OXFAN-América
58. Federación Departamental unificada de Pensionistas de Puno

PERSONAS NATURALES

59. Dra. Miriam Schenone Ordinola - Congresista de la República
60. Sr. Notario, Alberto Flórez Barrón
61. Dr. Nissim Alcabés
62. Dr. Ismael Paredes Lozano
63. CPC Pedro Chapilliquén Vélez
64. Dr. Pierre Foy Valencia
65. Sr. Lizardo Helfer Vásquez
66. Sr. Daniel Linares Bazán

67. Sr. Alfredo Salazar Pérez
68. Sr. Alejandro Rivera Ramírez
69. Sr. José Acosta Segovia
70. Dr. Luis García
71. Dr. Javier Tovar Brandán
72. CPC Aurelio Bermúdez Alvarez
73. Dr. Fernando Bazán Cerdán
74. Dr. José Luis Yábar Santillán
75. Arqto. Mario Molina Cabezas
76. Sr. Guillermo Henríquez Cruz
77. Dr. Róger Rodríguez Iturri
78. Sr. Francisco Morales
79. Dr. Manuel Allende Cortijo
80. Sr. William Ruiz Díaz
81. Dr. Giovanni Forno Flórez
82. Sr. Nelson Bazán Cabanillas
83. Dr. César Ochoa Cardich
84. Sr. Helder Domínguez
85. Sr. José Cerna Díaz
86. Sr. Luis Escajadillo Camacho
87. Sr. Julio Calle Trelles
88. Dra. Elizabeth Salmón G.
89. Sr. Eduardo Gordillo A.
90. Sr. Francisco Miro Quesada Rada
91. Dr. Juan Chávez Molina
92. Dr. Juan Carlos Moron
93. Dr. César A. Sandoval Nizama

CONSTITUYEN COMISIÓN DE LA BIBLIOTECA CONSTITUCIONAL PERUANA

RESOLUCION MINISTERIAL N° 172-2004-JUS

CONCORDANCIAS: R.M. N° 278-2004-JUS

Lima, 26 de marzo de 2004

Que, es responsabilidad del Ministerio de Justicia promover el fortalecimiento del Estado Constitucional, mediante el registro y difusión del ordenamiento jurídico nacional, así como del pensamiento constitucional peruano;

Que, es política del Sector Justicia fomentar una conciencia constitucional, mediante el establecimiento de una Biblioteca Constitucional Peruana, que reúna la bibliografía constitucional de los siglos XIX y XX;

Que, una de las causas de la inestabilidad jurídica que afronta cíclicamente el país es la falta de conciencia constitucional y democrática de los gobernantes y del pueblo, a lo largo de nuestra historia;

Que, mediante Resolución Suprema del 25 de mayo de 1929, se creó la biblioteca de carácter histórico denominada "Biblioteca de la República", con el fin de publicar los actos, discursos, escritos y lecciones de quienes, por su actuación en la vía política e intelectual de la República, merecieron que su pensamiento sea conocido y divulgado;

Que, no se ha continuado con los trabajos propios de la Biblioteca de la República, habiéndose publicado únicamente la recopilación de las obras de Bartolomé Herrera;

Que, en la actualidad, se requiere fortalecer al Estado Constitucional de Derecho promoviendo un sentimiento constitucional en la Nación, a fin de restablecer la confianza ciudadana en las instituciones democráticas;

Que, en la historia política del Perú se encuentra las mejores tradiciones de la promesa de una mejor vida entre los peruanos, sin perjuicio del aporte de la cultura constitucional comparada;

De conformidad con lo dispuesto en el inciso h) del artículo 6 del Decreto Ley N° 25993, Ley Orgánica del Sector Justicia y en el artículo 37 del Decreto Legislativo N° 560;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Constituir la Comisión de la Biblioteca Constitucional Peruana encargada de elaborar un Plan de Trabajo para seleccionar, recopilar, organizar y difundir el acervo bibliográfico constitucional. Dicha Biblioteca estará integrada por textos constitucionales, oratoria parlamentaria, debates constituyentes, textos políticos, doctrina, entre otros, de los siglos XIX y XX.

Artículo 2.- La Comisión constituida en el artículo anterior, estará integrada, ad honorem, por las siguientes personas:

Presidente: Domingo García Belaúnde.

Vicepresidente: César Landa Arroyo.

Miembro: Daniel Soria Luján.

Miembro: Edgar Carpio Marcos.

Miembro: Carlos Mesía Ramírez.

Miembro: José Palomino Manchego.

Miembro: Gerardo Eto Cruz.

Artículo 3.- La Secretaría Técnica estará a cargo de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia.

Artículo 4.- La Comisión elaborará su Plan de Trabajo, que presentará al Ministerio de Justicia en un plazo de 90 días, y podrá coordinar con instituciones públicas y privadas nacionales para la edición de sus publicaciones.

Artículo 5.- La Comisión de la Biblioteca Constitucional Peruana sesionará en el local central del Ministerio de Justicia, donde se le otorgará las facilidades correspondientes.

Regístrese, comuníquese y publíquese

BALDO KRESALJA ROSELLÓ

Ministro de Justicia

**APRUEBAN PLAN DE TRABAJO DE LA BIBLIOTECA
CONSTITUCIONAL PERUANA**

RESOLUCION MINISTERIAL N° 278-2004-JUS

(*) El Anexo de la presente Resolución se publicó el 12-06-2004.

Lima, 23 de junio de 2004

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Ministerial N° 172-2004-JUS se constituyó la Comisión de la Biblioteca Constitucional Peruana, encargada de elaborar un Plan de Trabajo para seleccionar, recopilar, organizar y difundir el acervo bibliográfico constitucional peruano de los siglos XIX y XX;

Que, de conformidad con lo establecido en la Resolución Ministerial N° 172-2004-JUS, dicha Comisión ha cumplido con presentar su Plan de Trabajo en el plazo de 90 días;

Que, se hace necesario aprobar el Plan de Trabajo de la Biblioteca Constitucional Peruana;

Que, el Ministerio de Justicia está encargado de editar, periódicamente, una versión fidedigna de todas las constituciones históricas del Perú y de la vigente Constitución y editar y patrocinar estudios, publicaciones, textos, jurisprudencia y legislación constitucional;

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, en el inciso h) del artículo 6 del Decreto Ley N° 25993, Ley Orgánica del Sector Justicia y en el artículo 37 del Decreto Legislativo N° 560;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobar el Plan de Trabajo de la Biblioteca Constitucional Peruana, el mismo que formará parte integrante de la presente Resolución Ministerial.

Artículo 2.- Dar por cumplido el encargo de la Comisión de la Biblioteca Constitucional Peruana; así como agradecer a los miembros de la Comisión por el importante trabajo realizado.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

BALDO KRESALJA R.

Ministro de Justicia

Anexo de resolución que aprobó el Plan de Trabajo de la Biblioteca Constitucional Peruana

ANEXO - RESOLUCION MINISTERIAL N° 278-2004-JUS

(*) La Resolución Ministerial de la referencia fue publicada el 28-06-2004.

COMISIÓN DE LA BIBLIOTECA CONSTITUCIONAL PERUANA

PLAN DE TRABAJO

I. OBJETIVO

El presente documento esboza el plan de trabajo de la Comisión de la Biblioteca Constitucional Peruana, creada a través de la Resolución Ministerial N° 172-2004-JUS.

El plan de trabajo tiene por finalidad seleccionar el acervo documental y bibliográfico en materia constitucional que será publicado en la Biblioteca Constitucional Peruana, la cual se pretende completar en el año 2021 con ocasión del Bicentenario de la Independencia Nacional. Asimismo, el mencionado plan establecerá las pautas generales de recopilación y organización de la referida información.

De otro lado, la Biblioteca está compuesta de cuatro series:

Serie I : Biblioteca Peruana de Legislación Constitucional.

Serie II : Debates Constituyentes.

Serie III : Doctrina Constitucional.

Serie IV : Doctrina Política.

Cabe precisar que la Comisión no pretende agotar todas las materias que integrarán la Biblioteca Constitucional Peruana, por cuanto se proyecta que esta colección vaya aumentando en el mediano y largo plazo, con miras al Bicentenario.

II. SERIES, SECCIONES Y MATERIAS QUE INTEGRARÁN LA FUTURA BIBLIOTECA CONSTITUCIONAL PERUANA

Sin que esto signifique un orden de prioridades, pero sí razones de mayor facilidad en la publicación, las series que integrarían esta Biblioteca serían las siguientes:

A.- Serie I: Biblioteca Peruana de Legislación Constitucional

Está compuesta por el universo normativo de constituciones que, a lo largo de nuestra historia republicana, han venido sucediéndose. La serie, a su vez, estaría dividida en tres grandes secciones, que son las siguientes:

Sección I Constituciones Políticas del Perú (edición facsimilar)

Publicación de las Constituciones del Perú en un solo volumen (que podría incluir dos tomos), que se iniciaría con las Bases de la Constitución de 1822, en tanto primer texto de contenido constitucional que fue elaborado por el primer Congreso Constituyente del país, y posteriormente con las constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993. Entre la Constitución de 1834 y la de 1839 se incluirían además a la Constitución del Estado Sud-Peruano (1836), la Constitución del Estado Nor-Peruano (1836) y la Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana (1837), en tanto instrumentos constitucionales que, si bien tuvieron una corta existencia, constituyeron una importante propuesta de división de la República Peruana en dos Estados, confederándola con el antiguo Alto Perú (Bolivia).

Es menester señalar que se pretenden publicar las autógrafas de estos documentos (textos caligráficos en su mayoría, excepto la Carta de 1979 que está mecanografiada y la de 1993 que fue redactada en computadora), así como la primera edición oficial impresa de cada una de ellas. La idea es publicar los textos fidedignos en su versión original, sin agregar las reformas posteriores de las que fueron objeto.

Sección II Constituciones Políticas del Perú y normas constitucionales materiales

En esta segunda sección se publicarían las once constituciones históricas peruanas y la vigente de 1993, incluyendo las reformas y modificaciones de las que fueron objeto a lo largo de su vigencia, así como la Constitución del Estado Sud-Peruano, la Constitución del Estado Nor-Peruano y la Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana, por las razones expuestas en el punto precedente.

Asimismo, se incluirían a las normas constitucionales materiales que suspendieron parcial o totalmente la vigencia de las constituciones a lo largo de la historia republicana del país. Como se sabe, en el ordenamiento jurídico histórico peruano no se han sucedido los textos constitucionales formales uno tras otro, ya que han existido muchos regímenes de facto que aprobaron y pusieron en vigencia sus propias "normas institucionales", asumiendo un virtual poder constituyente material.

Más allá de las dimensiones axiológicas de esta normatividad indeseable, indudablemente estamos ante un universo de normas materialmente constitucionales que entran en lo que se ha denominado el "orden normativo de la historiografía constitucional de cada país". De allí que documentalmente resulta tener una especial relevancia.

En ese sentido, se propone recopilar toda aquella normatividad constitucional de facto que ha tenido nuestra República, presentándola con notas a pie de página a las constituciones formales que las antecedieron y sucedieron, a fin de ubicar y guiar adecuadamente al lector.

Tanto las constituciones como las llamadas normas constitucionales materiales, se presentarían conjuntamente y de manera cronológica, a fin de mantener la continuidad histórica de la dinámica constitucional. Eventualmente, se añadirían manifiestos u otros textos que ayuden a entender el entorno político en el cual se sucedieron los actos de fuerza que suspendieron el régimen constitucional en los siglos XIX y XX.

Sección III Proyectos constitucionales

En esta sección se rescatarán los principales proyectos que fueron obra de personalidades de la época que, desde su aporte y perspectiva personal, pretendían hacer sus contribuciones al constituyente, como por ejemplo Manuel Lorenzo de Vidaurre, Felipe Pardo y Aliaga, Bartolomé Herrera, Fernando Casos, la Comisión Villarán, etc.

La Comisión considera que no se publicarían los proyectos elaborados en el seno de las comisiones parlamentarias, o en el Congreso en general, debido a que en la serie dedicada a los debates constituyentes se dará cuenta de las discusiones relativas a su elaboración, y a que muchos de los proyectos tienen similitudes con los textos constitucionales, a que dieron origen.

La publicación de los proyectos de Constitución se efectuaría cronológicamente en un solo volumen. Incluiría además el trabajo de la Comisión de Bases para el Estudio de la Reforma Constitucional nombrada por el Presidente Valentín Paniagua, y culminaría eventualmente con el proyecto de Constitución elaborado por el Congreso en el año 2002, en la medida que llegó a ser completado, pero no fue formalmente aprobado. En este último caso, haríamos una excepción al criterio descrito en el párrafo anterior, debido a que el referido proyecto fue elaborado con el concurso de diversos juristas.

Se considera la posibilidad de incluir los proyectos elaborados por Partidos Políticos en el siglo XX.

B.- Serie II: Debates Constituyentes

Se propone editar un volumen por debate constituyente, partiendo del supuesto de que a cada texto constitucional formal le habría precedido un escenario constituyente donde se debatió el texto constitucional.

Cada volumen podría tener varios tomos, según como se trate de distribuir las partes de los debates estrictamente constitucionales, dado que en algunos casos el órgano constituyente era, en simultáneo, poder legislativo ordinario.

No obstante estos impasses, esta serie debe sectorizar por materias los debates constitucionales; es decir, de cada Constitución podría

rescatarse los debates constituyentes siguiendo determinadas materias, bien sea de los plenos o de las comisiones. Asimismo, se propone la confección de un índice de materias.

De esta manera, los rubros que puede integrar la serie serían, sólo a guisa de ejemplo los siguientes:

- Preámbulos y Declaraciones.
- Garantías individuales y sociales / derechos fundamentales.
- Garantías / procesos constitucionales.
- Estado, Nación, Poder y Territorio.
- Ciudadanía y elecciones.
- Religión.
- Poder Legislativo.
- Poder Ejecutivo.
- Poder Judicial.
- Descentralización: Gobiernos regionales / departamentales / municipales o locales.
- Órganos constitucionales autónomos.
- Régimen interior / Fuerza Armada / Seguridad nacional y orden interno.
- Constitución económica.
- Reforma de la Constitución.

Por otra parte, debe recordarse que en la primera mitad del siglo XIX, no encontramos diarios de los debates completos, por lo que la publicación podría reducirse sólo a las actas de las sesiones en algunos casos. Las actas de las sesiones del Congreso son los documentos que contienen un resumen de los temas tratados en cada sesión, no reproduciéndose, por ejemplo, los discursos de los oradores. En cambio, en los diarios de los debates se reproduce íntegramente el contenido de las sesiones, incluyendo todo lo expuesto y discutido por los parlamentarios.

En tal medida, las sesiones constituyentes de ese periodo que sólo consten en actas, podrían complementarse con los discursos parlamentarios que eventualmente fueron publicados en periódicos locales.

C.- Serie III: Doctrina Constitucional (libros sobre materias constitucionales de los siglos XIX y XX)

En esta serie se difundirán los libros publicados en los siglos XIX y XX cuya materia de estudio haya sido el Derecho Constitucional, independientemente del título de la obra en algunos casos (por ejemplo la obra "Derecho Político General" de José María Quimper).

El siglo XIX se iniciaría con la edición limeña de 1827 de las "Leciones de Derecho Público Constitucional para las Escuelas de España" de Ramón Salas, y seguirían los textos de Silvestre Pinheiro Ferreira (con anotaciones de Bartolomé Herrera), Toribio Pacheco, Felipe Masías, Manuel Atanasio Fuentes, José Quimper, José Silva Santisteban, Luis Felipe Villarán, entre otros.

Con relación al siglo XX se publicarían manuales destacados, como los de Toribio Alayza y Paz Soldán o de Lizardo Alzamora Silva, así como obras, opúsculos o artículos de Manuel Vicente Villarán, Víctor Andrés Belaunde, Raúl Ferrero Rebagliati, Darío Herrera Paulsen, José Pareja Paz Soldán, entre otros. Este periodo concluiría a fines de los años setenta, incluyendo el manual de José Pareja Paz Soldán sobre la Constitución de 1979. No obstante, se dejaría abierta la posibilidad de ampliar el periodo a la década de los años 80 del siglo pasado, incorporando autores fallecidos, conforme se vaya publicando la Biblioteca en el futuro.

Por lo relativamente cercano y por lo extenso de la producción del siglo XX, pueden tentativamente existir diversos criterios para publicar nuestra bibliografía constitucional, no necesariamente cronológicos (materias, generación de autores, etc.).

D.- Serie IV: Doctrina Política

Esta serie probablemente resulte ser la más compleja y la que demande una labor editorial de largo plazo. Desde una perspectiva convencional de la Ciencia Política, la presente serie podría dividirse de la siguiente manera:

- Pensamiento Político S. XIX y S. XX.

- Ideología Política S. XIX y S. XX.

El, primer rubro estaría referido a los autores de doctrina del mundo académico, mientras que el segundo a la producción intelectual de estadistas y líderes políticos.

Siguiendo la temática similar a las anteriores, se trata de publicar los libros, discursos o folletos de los más importantes pensadores y líderes políticos de nuestra historia, que por cierto, tendrían que ser objeto de una cuidadosa selección.

Bien podría esta serie completarse con una historia de la presencia de los partidos políticos, en la cual se rescate sus concepciones ideológicas y programas de gobierno, en especial en el siglo XX, en donde esto se presenta en forma quizá más nítida.

III. ESQUEMA DE TRABAJO

La Comisión propone el siguiente esquema de trabajo:

1. Publicación de la edición facsimilar de las constituciones peruanas:
 - Coordinaciones con el Congreso de la República y, eventualmente, la Embajada de Bolivia, y búsqueda de apoyo financiero para la publicación, a través del Ministerio de Justicia.
 - Revisión de los textos en comisiones de dos personas y elaboración del estudio preliminar
 - Publicación.
2. Publicación de las constituciones políticas del Perú y normas constitucionales materiales:
 - Búsqueda de fondos, con apoyo del Ministerio de Justicia.
 - Selección y revisión de los textos en comisiones de dos personas, y elaboración del estudio preliminar.
 - Publicación.
3. Publicación de los proyectos de constituciones del siglo XIX:
 - Búsqueda de fondos, con apoyo del Ministerio de Justicia.

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

UNA AGENDA PENDIENTE PARA EL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA

- Selección y revisión de los textos en comisiones de dos personas, y elaboración del estudio preliminar.
- Publicación.
- 4. Publicación de la doctrina constitucional del siglo XIX:
 - Búsqueda de los financistas, con apoyo del Ministerio de Justicia.
 - Selección y revisión de los textos en comisiones de dos personas, y elaboración del estudio preliminar.
 - Publicación.

Nota: Lo anterior supone una infraestructura administrativa mínima que la puede proporcionar el Ministerio de Justicia.

DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE

Presidente

CÉSAR LANDA ARROYO

Vicepresidente

EDGARD CARPIO MARCOS

Miembro

DANIEL SORIA LUJÁN

Miembro

GERARDO ETO CRUZ

Miembro

CARLOS MESÍA RAMÍREZ

Miembro

JOSÉ PALOMINO MANCHEGO

Miembro

ÍNDICE GENERAL
TOMO II

SEGUNDA PARTE
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

(Continuación)

EL AMPARO EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO: ALGUNOS PERFILES CARACTERÍSTICOS	3
I. RESUMEN	4
II. INTRODUCCIÓN	4
2.1. Realidad Problemática	4
2.2. Antecedentes	5
2.3. Problema	6
2.4. Objetivos de la investigación	7
III. RESULTADOS	7
3.1. Introducción	7
3.2. El proceso de amparo como garantía constitucional específica de la defensa de la constitución	8
3.3. El amparo en el sistema mexicano: el gran aporte de México al derecho comparado	8
3.4. Primera visión panorámica del amparo en los ordenamientos latinoamericanos: la competencia .	10

3.4.1. El Amparo como acción o como recurso ante un solo tribunal	10
3.4.2. El Amparo como una acción o recurso pero ejercido ante una globalidad de tribunales	11
3.4.3. Los derechos que tutela el Amparo en el sistema latinoamericano	11
3.4.4. Motivos de la Protección del Amparo	13
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	14
V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	15
EN TRES ANÁLISIS: EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO. SU ITER LEGISLATIVO Y SUS PRINCIPIOS PROCESALES	17
UN HITO EN LA HISTORIA LEGISLATIVA DE AMÉRICA LATINA: EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO	18
1. ¿Por qué el primer Código Procesal Constitucional de Iberoamérica y del mundo?	19
EL ITER LEGISLATIVO DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	24
1. La etapa de la iniciativa académica	24
2. La etapa de la iniciativa legislativa multipartidaria ..	26
LOS PRINCIPIOS PROCESALES QUE RIGEN A LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES	27
1. EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO:	27
1.1. Introducción	27
2. LOS PRINCIPIOS PROCESALES QUE REGIRÁN A LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES	29

ÍNDICE GENERAL

2.1.	Principio de dirección judicial del proceso	29
2.1.1	Los deberes del Juez en el Código Procesal Constitucional	29
2.1.2.	La superación del principio dispositivo y la instauración del principio inquisitivo	30
2.1.3.	El rol determinante del Juez en el principio de dirección judicial	31
2.1.4	El principio de dirección judicial a partir de la doctrina jurisprudencial del TC	33
2.2.	Principio de gratuidad en la actuación del demandante	34
2.2.1.	Los perfiles de la Constitución de 1993	35
2.2.2.	El carácter tuitivo de la norma	37
2.2.3.	¿Por qué el legislador no ha extendido la gratuidad a todas las partes?	37
2.2.4	La excepción al principio de la gratuidad: La condena de los costos y costas	38
2.3.	El Principio de economía procesal	40
2.3.1.	La posición del TC en torno al principio de economía procesal	41
2.4.	El Principio de intermediación	44
2.4.1.	El principio de intermediación según la doctrina jurisprudencial del TC	48
2.5.	El Principio de socialización del proceso	51
2.5.1	El principio de socialización a partir de la doctrina jurisprudencial del TC	54
2.6.	El impulso procesal de oficio	58

2.6.1. El principio de impulso de oficio a través de la jurisprudencia del TC	60
2.7. La adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales	62
2.7.1. El principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales en la doctrina jurisprudencial del TC	64
2.8. La continuidad del proceso constitucional frente a la duda de su conclusión	66
2.8.1. El principio de favorecimiento del proceso o pro actione en la jurisprudencia del TC ..	67
 CAMBIO DE RUMBO EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: DE LOS PROCESOS DE CUMPLIMIENTO A LOS PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS	71
Nota Preliminar	72
I. Hechos resumen de la actual tendencia jurisprudencial del TC	73
II. Antecedentes	74
III. Algunas consideraciones teóricas en torno al art. 53 de la Ley 23733	75
3.1. Disposición y Norma	75
3.2. Breve análisis del texto del art. 53 de la Ley 23733	76
3.3. ¿Qué derechos regula el art. 53 de la Ley 23733: un derecho objetivo o un derecho subjetivo?	77
3.4. La homologación: ¿un derecho iluso (“derecho sobre el papel”) o un “verdadero derecho”?	78
3.5. ¿Estamos ante una norma regla o una norma principio?	80

ÍNDICE GENERAL

3.6.	La ponderación como técnica de aplicación que el TC debe tener presente en el cumplimiento del art. 53 de la Ley 23733.	83
3.7.	La interpretación del art. 53 de la Ley Universitaria, no es solamente un problema jurídico, sino un debate de política gubernamental.	85
IV.	Derechos fundamentales de configuración constitucional y derechos fundamentales de configuración legal	88
4.1.	La concepción asumida por el Código Procesal Constitucional respecto a la naturaleza de los derechos fundamentales	88
4.2.	La posición del Código Procesal Constitucional en torno a los DDFD	89
4.3.	Algunas consideraciones críticas a la posición del Código Procesal Constitucional	91
V.	Los requisitos de admisibilidad de los procesos de cumplimiento	92
VI.	Breve análisis jurídico del art. 53 de la ley universitaria y su acoplamiento a las exigencias que hoy exige el Tribunal Constitucional	95
VII.	La antigua posición del TC en torno a la homologación de haberes de los docentes universitarios	101
VIII.	Algunas consideraciones teóricas en torno a la vigencia, <i>vacatio legis</i> , derogación, anulación, validez, eficacia de las normas e inconstitucionalidad de las normas	104
IX.	Las posiciones del derecho fundamental a la homologación	108
X.	Procesos de cumplimiento y procesos contenciosos administrativos	111

XI.	Algunas consideraciones que presentan las “reglas procesales” que ha dispuesto el TC para los futuros procesos contencioso-administrativos	114
XII.	Lo que el TC pudo haber hecho apelando al estado de cosas inconstitucionales: Las sentencias con efectos más allá de las partes	116
XIII.	El intérprete supremo ¿también se equivoca?	118
XIV.	Colofón: El pensamiento constitucional peruano: ¿mero postglosador del Tribunal Constitucional peruano?	120
XV.	Epílogo: El problema de cumplir con la homologación: más que un problema jurídico, es un problema de decisión política	122
	EL JUEZ: EL SEÑOR DEL DERECHO	127
I.	Una mirada retrospectiva en torno a la evolución de las ideas políticas en la historia	128
II.	¿Por qué el juez es y debe ser el señor del derecho?	129
III.	El Estado Constitucional hoy:	130
IV.	El juez hoy: Revalorización de su labor	131
V.	Los retos actuales de los jueces	132
VI.	Recapitulando: El señor del derecho	132
	UNA PROPUESTA ESPECÍFICA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: LA CREACIÓN DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN	135
I.	Introducción	135
II.	Los deberes y la responsabilidad jurídica del estado ...	138

ÍNDICE GENERAL

III.	Reubicando nuevamente la problemática: la inconstitucionalidad por omisión	142
IV.	EL LEGISLADOR NO ES EL ÚNICO SEÑOR DEL DERECHO	148
V.	LAS PERMANENTES OMISIONES: LOS DERECHOS SOCIALES	150
5.1.	Acerca de la constitucionalización de los derechos sociales	153
VI.	EL LEGISLADOR MOTORIZADO: HIPERINFLACIÓN INTRASCENDENTE Y UNA ESCASA VOCACIÓN DE CUMPLIR CON LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES	153
VII.	EL TRATAMIENTO COMPARADO	159
VIII.	UNA EXPERIENCIA FRUSTRADA: LA COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL	162
IX.	HAY UN TIEMPO PARA DISENTIR Y OTRO PARA CONSENTIR: ES EL MOMENTO DE CONSENTIR UNA REFORMA CONSTITUCIONAL IMPOSTERGABLE: LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN	165
	¿EXISTE ACTUACIÓN DE SENTENCIA IMPUGNADA EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?	169
1.	Introducción	170
2.	Exordio conceptual: el ocaso del procesalismo clásico y la actual tutela de urgencia.	172
3.	La elaboración del Código Procesal Constitucional	174
4.	El texto definitivo del Código Procesal Constitucional	177

5.	¿Cuándo empieza a hablarse de la existencia de la actuación de sentencia impugnada?	179
6.	La posición de Domingo García Belaunde: la no existencia de la actuación de sentencia impugnada.	180
7.	Los planteamientos de la doctrina constitucional peruana: pros, contras y silencios en torno a la actuación de sentencia impugnada.	181
A)	Posición a favor	181
B)	Posición en contra.	185
C)	La postura discreta: silencio en torno a la figura procesal.	187
8.	Una ojeada panorámica a la legislación comparada	188
A)	Argentina	188
B)	Bolivia	189
C)	Colombia	190
D)	Ecuador	191
E)	Uruguay	191
F)	Costa Rica	192
G)	Venezuela	192
9.	¿Qué es lo que ocurrió en la Comisión que elaboró el Código Procesal Constitucional?	193
10.	Entre la voluntad del legislador y la voluntad de la ley	197
11.	Las disposiciones y normas vinculadas a la actuación de sentencia impugnada: las orillas contrapuestas	201
12.	¿Ante qué tipo de actuación de sentencia nos encontramos?	203

ÍNDICE GENERAL

13.	Condiciones de aplicación de la actuación inmediata de la sentencia impugnada	205
13.1	El sistema de valoración.	205
13.2.	Los presupuestos procesales	206
13.3.	Las formas de concesión	208
13.4.	La oportunidad de la solicitud	209
13.5.	La competencia del juez	209
13.6.	La apelación contra el auto que ordena la actuación inmediata	209
13.7.	La apelación contra el auto que deniega la actuación inmediata	210
13.8.	Los efectos del mérito de la sentencia de segundo grado sobre el auto que concedió la actuación inmediata	210
13.9.	Los efectos del mérito de la sentencia del TC (como consecuencia del recurso de agravio constitucional) sobre el auto que concedió la actuación inmediata	212
13.10.	A manera de conclusión: una tentativa propuesta de regulación	213
14.	Estado actual de la cuestión	213
14.1.	La emisión de la STC 0607-2009-PA/TC (Caso Flavio Jhon Lojas)	213
14.2.	Evolución jurisprudencial	218
15.	Retos y perspectivas	222
15.1.	¿Son razonables los requisitos procesales previstos en la sentencia? Sobre las exigencias de proporcionalidad, irreversibilidad y contracautela ..	222

15.2. ¿Procede la actuación inmediata de sentencia en el amparo contra resoluciones judiciales? ¿Y en el amparo contra normas? Dos aplicaciones concretas de los requisitos de proporcionalidad e irreversibilidad	223
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ANTE LAS DESAPARICIONES FORZADAS. INFORME SOBRE EL CASO PERUANO	227
I. INTRODUCCIÓN	228
II. LA LEGISLACIÓN EXCEPCIONAL Y DE EMERGENCIA COMO MARCO SOCIO-JURÍDICO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS. ...	232
2.1. Introducción	232
2.2. Terrorismo de Estado y Doctrina de Seguridad Nacional	234
2.3. Los periodos de la legislación excepcional y de emergencia en el Perú: Un brochazo panorámico	235
a) Periodo 1932-1945: Ley de Emergencia y sus Leyes Complementarias	235
b) Periodo 1949 - 1956: La Ley de Seguridad Interior.	237
c) Periodo 1956 - 1962: El inicio de los decretos de excepción	238
d) Periodo 1968 - 1980: El docenio militar	238
e) Periodo 1980 - 2000: Terrorismo y desapariciones forzadas	239
III. HÁBEAS CORPUS Y ESTADO DE EMERGENCIA: EL TRATAMIENTO EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA	247

ÍNDICE GENERAL

3.1.	Introducción	247
3.2.	La posición del Tribunal Constitucional respecto a los regímenes de excepción	248
3.3.	Elementos constitutivos del régimen de excepción	250
3.4.	Las obligaciones del Estado peruano en materia de Derechos Humanos y la función interpretativa del Derecho Internacional que ha establecido el Tribunal Constitucional	252
3.5.	El hábeas corpus y su tratamiento en los Estados de Emergencia	255
IV.	EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS E INVOLUNTARIAS A TRAVÉS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	256
4.1.	La posición del Tribunal Constitucional respecto al Derecho Internacional Humanitario.	256
4.2.	La improcedencia de los obstáculos procesales para sancionar graves crímenes contra el derecho internacional humanitario y violaciones a los derechos humanos y su relación con la tutela judicial	258
4.3.	La posición del Tribunal Constitucional respecto al delito de desaparición forzada de personas	259
4.4.	El hábeas corpus instructivo frente a las desapariciones forzadas	263
4.5.	El pronunciamiento del Tribunal Constitucional frente a la impunidad de las ejecuciones extrajudiciales	265
4.6.	El reconocimiento del Derecho Fundamental a la verdad.	267
V.	CONCLUSIONES	270

LA HERENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA EN LA FORMACIÓN DEL AMPARO EN LATINOAMÉRICA	273
I. Introducción	274
II. Los antecedentes hispánicos del amparo	276
1. Antecedentes castellanos: los “amparamientos”	278
1.1. La alzada	281
1.2. La revisión extraordinaria por falsedad en la prueba o por infracción de la ley	283
2. Los antecedentes aragoneses: los procesos forales .	283
2.1. Acerca del Justicia Mayor de Aragón	288
2.2. Sobre los procesos forales de competencia del Justicia	288
a) El Proceso de Firma	288
b) El proceso de manifestación	291
c) El proceso foral de aprehensión	292
d) El proceso foral de inventario	293
3. El Fuero de Vizcaya	294
4. El Fuero Juzgo	294
5. El Fuero Real de España (Espéculo)	295
6. Las Leyes de Estilo	297
7. Las Siete Partidas	297
8. Las Ordenanzas Reales de Castilla	299
9. La Novísima Recopilación	300
10. La Constitución de Cádiz de 1812	301

10.1. Las infracciones a la Constitución y el “Proyecto de Ley sobre la responsabilidad de los infractores de la Constitución” de 1813	303
III. Epílogo	310
HACIA UNA TIPOLOGÍA ESPECÍFICA DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS SOCIALES	313
I. Los derechos sociales y su reconocimiento constitucional y jurisprudencial en el Perú	313
1. Reconocimiento constitucional	313
2. Reconocimiento jurisprudencial	319
2.1. El derecho a la salud	319
2.2. Los derechos sexuales y reproductivos	321
2.3. El derecho a la seguridad social y el libre acceso a las pensiones	321
2.4. El derecho a la educación	322
2.5. El derecho al trabajo	322
2.6. La protección de la familia y las uniones de hecho	323
II. Una tipología de sentencias para los derechos sociales	323
1. Sentencias restitutorias en casos de protección individual	324
2. Sentencias en casos de protección colectiva y control de políticas públicas	326
2.1. Sentencias declarativas	329

2.2.	Sentencias de condena con órdenes específicas	329
2.3.	Sentencias de condena con orden de implementación posterior: la jurisprudencia dialógica	332
2.4.	El empleo de las sentencias manipulativas	333
UNA PROBLEMÁTICA NO RESUELTA EN LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA ¿TIENEN AUTONOMÍA PROCESAL LOS TRIBUNALES-CONSTITUCIONALES?		335
1.	Introducción	336
2.	Noción de Autonomía Procesal	337
2.1.	Autonomía Procesal delegada o interpretativa ..	338
2.2.	Autonomía Procesal autárquica o cuasilegislativa ...	338
3.	Críticas a la Autonomía Procesal	338
4.	Límites a la Autonomía Procesal	339
5.	Breve brochazo panorámico a la Autonomía Procesal a nivel comparado	340
a)	La creación de la <i>judicial review</i> y el caso <i>Marbury vs. Madison</i>	340
b)	La introducción del amparo en Argentina	341
c)	La creación del bloque de constitucionalidad por el Consejo Constitucional francés	341
d)	El desarrollo de las tipologías de sentencias interpretativas por la Corte Constitucional italiana ...	343
e)	La creación del estado de cosas inconstitucional por la Corte Constitucional de Colombia	344

6.	El Tribunal Constitucional peruano y la utilización de la Autonomía Procesal	345
6.1.	La aplicación de la autonomía procesal delegada o interpretativa	346
6.1.1.	Tipología de las sentencias interpretativas	346
6.1.2.	Las reglas para la adecuación de los procesos de amparo a procesos contencioso-administrativos en materia previsional	349
6.1.3.	Los requisitos del mandamus en el proceso de cumplimiento	353
6.1.4.	Supuestos de procedencia del proceso competencial	355
6.1.5.	El <i>iura novit curia</i> y la suplencia en la queja deficiente	356
6.1.6.	La distinción entre precedente y doctrina jurisprudencial vinculante	357
6.1.7.	La actuación inmediata de la sentencia en el amparo	357
6.1.8.	La represión de actos homogéneos	360
6.2.	La Autonomía Procesal autárquica o cuasilegislativa	362
6.2.1.	La técnica del estado de cosas inconstitucional	362
6.2.2.	El recurso de agravio constitucional a favor del precedente	363
6.2.3.	El recurso de agravio excepcional por vulneración del orden constitucional	364

6.2.4. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional y el recurso de apelación por salto	365
6.2.5. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Poder Judicial	370
6.2.6. La figura del amparo contra amparo	371
6.2.7. El partícipe en el proceso de inconstitucionalidad	372
6.2.8. La adecuación del proceso de cumplimiento para el control de la inconstitucionalidad por omisión	373
6.2.9. El cómputo del plazo razonable	376
Epílogo	379
Bibliografía	380
EL HÁBEAS CORPUS COMO MECANISMO EXCEPCIONAL PARA CUESTIONAR PROCESOS ORDINARIOS Y CONSTITUCIONALES	383
Introducción	383
I. Concepción constitucional amplia del proceso de hábeas corpus	385
II. Procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales	388
III. Tutela del debido proceso y la tutela procesal efectiva, a través del hábeas corpus, por tratarse de un “derecho conexo”	391
IV. Procedencia del hábeas corpus frente a otro proceso constitucional	393
V. A modo de conclusión	394

TERCERA PARTE

FILOSOFÍA DEL DERECHO

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS TEORIAS DE LA ARGUMENTACION JURIDICA DE THEODOR VIEHWEG, CHAÏM PERELMAN Y ROBERT ALEXY	399
INTRODUCCION	402
1. THEODOR VIEHWEG Y LA TOPICA JURIDICA	404
2. CHAÏM PERELMAN Y LA NUEVA RETORICA	406
2.1. Los planteamientos de Perelman	407
2.2. El pensamiento de Perelman	408
2.3. El Orador, el Discurso y el Auditorio	409
2.4. Las críticas al pensamiento de Perelman	410
3. ROBERT ALEXY Y LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA	411
3.1. Las críticas al pensamiento de Alexy	413
4. BREVES REFLEXIONES FINALES	413
ANEXO	416
INTRODUCCIÓN BIBLIOGRÁFICA A LA APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN, RAZONAMIENTO JURÍDICO Y A LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS DEL DERECHO .	416
1. RAZONAMIENTO JURÍDICO	417
2. APLICACIÓN DEL DERECHO	420
3. CREACION DEL DERECHO	422
4. TECNICA JURÍDICA	424

5.	PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	425
6.	LAGUNAS DEL DERECHO E INTEGRACION JURIDICA	426
7.	FENOMENO JURIDICO, ORDEN JURIDICO, ORDENAMIENTO JURIDICO, NORMA JURIDICA	429
8.	INTERPRETACIÓN	430
	¿EXISTE EL DERECHO A LA MUERTE?	437
1.	LAS ESTADISTICAS DE LA MUERTE	438
2.	EL DERECHO A LA VIDA	438
3.	ENFERMEDAD Y VIDA	439
4.	ENFERMEDADES INCURABLES	440
5.	EL SUICIDIO Y OTRAS SITUACIONES AFINES	441
6.	LA EUTANASIA	441
	6.1. Breve Historia	442
	6.2. Fundamentos en contra de la Eutanasia	443
7.	UN NUEVO PLANTEAMIENTO: EL DERECHO A LA MUERTE	443
8.	SU FUNDAMENTO	444
9.	SÍ EXISTE EL DERECHO A LA MUERTE	445
10.	EPÍLOGO: UNA MUERTE TAN DULCE Por Mario Vargas Llosa	446

CUARTA PARTE

POLITOLOGÍA

EL POLITICO Y EL CIENTIFICO POLITICO	453
CIENCIA POLÍTICA EN EL PERÚ: PERSPECTIVAS	459
1. DIAGNÓSTICO	460
2. ENSAYANDO ALGUNAS RESPUESTAS	461
3. GENESIS DE LA CIENCIA POLÍTICA	463
4. LAS UNIVERSIDADES	463
5. LO PRODUCIDO	464
6. DERROTERO	468
7. FE EN LAS UNIVERSIDADES	469
8. ALTERNATIVAS A SEGUIR	469
9. EL RETO ESTA PLANTEADO	470
ANEXO SYLLABUS DE CIENCIA POLITICA	472
LA DEMOCRACIA COMO OBJETO DE ESTUDIO (Breve esbozo sobre sus diversas vertientesdisciplinarias)	489
1. Introducción	489
2. El permanente binomio de la democracia: El ser y el deber ser	490
3. Un esbozo tentativo de las ramas del saber que estudian a la democracia	492
a) El Derecho Constitucional	493
b) La Ciencia Política	501
b.1. Sobre la historia de las ideas políticas	502

b.2.	Las transiciones políticas	503
b.3.	Los regímenes políticos	504
b.4.	Los sistemas políticos	505
c)	La Filosofía Política	506
c.1.	El pensamiento político	507
c.2.	Las doctrinas políticas	509
d)	La Sociología Política	510
e)	La Economía Política	513

QUINTA PARTE

EL OTRO "SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL":

CARTAS, SEMBLANZAS Y RECUERDOS

PABLO LUCAS VERDÚ Y EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONALES PAÑOL	519
1. Pablo Lucas Verdú y el movimiento constitucional español	519
2. Producción académica	520
3. Itinerario en el Perú	521
UN JURISTA DEL SIGLO XXI VISITA EL PERU: PETER HÄBERLE	522
1. Peter Häberle: Una biografía a vuelo de pájaro	522
2. La obra de Häberle: entre la "germanización" y la europeización de su doctrina.	524
3. Un repaso a la biografía en versión española.	525
4. Su itinerario en el Perú	527

ÍNDICE GENERAL

5.	Un gran hombre que alumbra con su ciencia las tinieblas del poder	527
PETER HÄBERLE: EL ESTADO CONSTITUCIONAL		529
1.	¿Quién es Peter Häberle?	529
2.	La genealogía de Haberle: nieto de los grandes gigantes de Weimar	531
3.	Una introducción preliminar: lo que es la cultura	531
4.	Las vigas maestras del pensamiento häberleano	532
5.	La tesisura del libro El Estado Constitucional	533
6.	Pasando revista a la temática	533
UN CONSTITUCIONALISTA POLACO EN TRUJILLO: KRYSTIANCOMPLAK		535
1.	Las predilecciones académicas de Complak	535
2.	Un congresólogo consumado	536
3.	Visitante ilustre	537
UN CONSTITUCIONALISTA ESPAÑOL EN TRUJILLO: FRANCISCO FERNÁNDEZSEGADO		539
1.	El personaje	539
2.	Su producción académica	540
3.	Huésped ilustre	540
4.	Profesor honorario	540
DOMINGO GARCIA RADA: EL HONOR DE UNJUEZ ...		542
1.	El jurista	542
2.	El magistrado	543

3.	El defensor de la Constitución	543
4.	El paradigma a seguir	544

GERMÁN J. BIDART CAMPOS O EL APÓSTOL DEL DERECHOCONSTITUCIONAL 545

1.	Germán J. Bidart Campos en Trujillo	545
2.	Perfil humano de Germán J. Birdart Campos	545
3.	Una vocación sin tregua...	546
4.	El gran interlocutor con el mundo europeo	547
5.	Facultades de Derecho: compartiendo la presencia del gran maestro	547

REQUIEM A UN GIGANTE DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: GERMÁN J. BIDART-CAMPOS 548

Preliminar	548	
1.	Una irreparable pérdida	548
2.	Un boceto de su personalidad	550
3.	Bidart Campos: Gigante de gigantes del constitucionalismo latinoamericano.	551
4.	Las dimensiones del Derecho Constitucional en Bidart Campos	552
5.	La permanente lucha por lo dielógico	552
6.	Vivir la Constitución	553
7.	<i>Requiescat in pace</i> Bidart Campos	553
8.	Una vida lograda y de servicio	555

VIDA Y PLENITUD DE UN GRAN MAESTRO: LOS 60 AÑOS DE DOMINGO GARCÍABELAUNDE	556
1. Breve perfil de la personalidad de Domingo García Belaunde	557
2. Rescatando algunos aportes en Domingo García Belaunde	558
3. De la Ley de Hábeas Corpus y Amparo al Código Procesal Constitucional	558
4. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú	558
5. La Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional	558
6. La ubérrima bibliografía en Domingo García Belaunde	559
LOS CAMINOS DE LA VIDA DEL PONTÍFICE DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL BREVES LÍNEAS EN HOMENAJE A MEDIO SIGLO DE INVESTIGACIÓN DE DON HÉCTOR FIX-ZAMUDIO	560
LOS 91 AÑOS DE LUIS ALBERTO SANCHEZ	564
1. Yo soy la botella al mar de mi generacion	564
2. Perfil Biográfico	565
3. La sabrosa vida multifacética	565
4. Su producción bibliográfica	566
CARTA DE UN PROFESOR PARA SUS ALUMNOS DERECHO	567
1. Cada día tiene su afán: aprovéchalo y trata de cumplirlo ..	568
2. Entre la TV y la lectura	568
3. Supera tus aflicciones	569

4.	¿Cómo estás con tu autoestima?	569
5.	El Abogado en el Perú de Hoy	570
6.	Estudio y Juventud	570
7.	¿Y tus sentimientos?	571
8.	Para Terminar: y volvemos al tema de la educación	572
9.	Sé líder	572
	CARTA A UNA PROMOCIÓN DE ABOGADOS	573
	LLEGAR A LOS 45 AÑOS: UN ALTO EN EL CAMINO .	575
1.	¡PERO LA VIDA ES CORTA: VIVIENDO TODO FALTA, MURIENDO, TODO SOBRA!	575
2.	AGRADECIMIENTO Y PERDON	576
3.	TIEMPOS VELOCES	576
4.	ADMIRACIÓN POR LA VEJEZ	577
5.	ALEGRÍA POR LA JUVENTUD	577
	2000 AÑOS DE CRISTIANDAD	578
	ENTRE LA FORTUNA Y LA DICHA	581

SEXTA PARTE

ENTREVISTAS Y DIÁLOGOS CONSTITUCIONALES

CUESTIONARIO SOBRE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL	587
DOS CONSTITUCIONALISTAS DIALOGAN SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	597

ÍNDICE GENERAL

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA PONDERACIÓN DEDERECHOS Entrevista de la Revista RAE Estudio Caballero Bustamante	605
---	------------

ACTUALIDAD Y TRASCENDENCIA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ, 200 AÑOS DESPUÉS	617
---	------------

“EL ABOGADO ES QUIEN DEBE EXPRESAR LA MÁS ALTA FORMACIÓN DELHUMANISMO”	623
---	------------

LAS ENSEÑANZAS DEL MAGISTRADO ETO CRUZ	629
---	------------

ANEXO:

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

UNA AGENDA PENDIENTE PARA EL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA

1. Nota Preliminar	635
2. La Comisión de Bases para el Estudio de la Reforma Constitucional	639
3. La Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional	783

BIBLIOTECA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL(*)

1. ALBERTO BOREA ODRÍA
La defensa constitucional: El Amparo (1977).
2. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Constitución y Política (1981).
3. ALBERTO BOREA ODRÍA
El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy (1985).
4. JORGE POWER MANCHEGO-MUÑOZ
Constitución y Democracia (1989).
5. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Cómo estudiar Derecho Constitucional (1994).
6. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
La dogmática de los derechos humanos (1994).
7. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Aproximación a la Ciencia del Derecho Constitucional (1995).
8. GERARDO ETO CRUZ
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
(Editores)
Congresos Nacionales de Derecho Constitucional. Trujillo,
Perú, (1996).

(*) Se indica la fecha de la primera edición. Salvo indicación en contrario, la edición se ha hecho en Lima.

9. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
El régimen socio-económico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español (1995).
10. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Constitución y dominio marítimo (2002).
11. GERMÁN J. BIDART CAMPOS
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
(Coordinadores)
Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde (1997).
12. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional (2000).
13. ERNESTO BLUME FORTINI
El control de la constitucionalidad (Con especial referencia a Colombia y al Perú) (1996).
14. GERARDO ETO CRUZ
Índice analítico de la Constitución Política de 1993. Trujillo, Perú, (1997).
15. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Derecho Procesal Constitucional. Trujillo, Perú, (1998).
16. RAÚL CHANAMÉ ORBE
Diccionario de Derecho Constitucional (2000).
17. ERNESTO BLUME FORTINI
La defensa de la Constitución a través de la ordenanza municipal (1998).

18. ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA
El control parlamentario (1999).
19. JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
JOSÉ CARLOS REMOTTI CARBONELL
(Coordinadores)
Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos (2002).
20. LUCIANO PAREJO ALFONSO
Constitución, Municipio y Garantía Institucional (2000).
21. GERARDO ETO CRUZ
La Justicia Militar en el Perú. Trujillo, Perú, (2000).
22. JAVIER TAJADURA TEJADA
El Derecho Constitucional y su enseñanza (2001).
23. GERARDO ETO CRUZ
Estudios de Derecho Constitucional. Trujillo, Perú, (2002).
24. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
(Coordinador)
Constitucionalismo y Derechos Humanos (2002).
25. JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
Problemas escogidos de la Constitución de 1993
(en preparación).
26. LUCIO PEGORARO
ANGELO RINELLA
Las fuentes del Derecho (con especial referencia al ordenamiento constitucional) (2003).

27. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba
(1940-1952) (2002).
28. GIANCARLO ROLLA
Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales (2008).
29. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
(Coordinador)
La Constitución y su defensa
(Algunos problemas contemporáneos) (2003).
30. LIZARDO ALZAMORA SILVA
Estudios constitucionales (2004).
31. ROBERT S. BARKER
La Constitución de Estados Unidos y su dinámica actual (2005).
32. JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
(Coordinador)
Estudios sobre el Código Procesal Constitucional. Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde (2006).
33. VÍCTOR GARCÍA TOMA
Legislativo y Ejecutivo en el Perú (2006).
34. JORGE LUIS CÁCERES ARCE
La Constitución de Cádiz y el constitucionalismo peruano. Arequipa, Perú, (2007).
35. JHONNY TUPAYACHI SOTOMAYOR
(Coordinador)
Código Procesal Constitucional comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde. Arequipa, Perú, (2009).

36. VARIOS AUTORES
Ponencias desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional. 2 tomos, Arequipa, Perú, (2008).
37. JHONNY TUPAYACHI SOTOMAYOR
Las reglas que nadie quiere cumplir. Los partidos políticos y su financiamiento en el Perú. Arequipa, Perú, (2008).
38. PETER HÄBERLE
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
(Coordinadores)
El control del poder. Libro Homenaje a Diego Valadés, 2 vols.
Lima(2012).
39. DIEGO VALADÉS
La parlamentarización de los sistemas presidenciales. Arequipa, Perú, (2009).
40. JHONNY TUPAYACHI SOTOMAYOR
El precedente constitucional vinculante en el Perú.
Análisis, comentarios y doctrina comparada. Arequipa, Perú,
(2009).
41. ERNESTO BLUME FORTINI
El proceso de inconstitucionalidad en el Perú. Arequipa, Perú,
(2009).
42. VÍCTOR GARCÍA TOMA
Teoría del Estado y Derecho Constitucional (2011).
43. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
JHONNY TUPAYACHI SOTOMAYOR
(Coordinadores)
Propuestas de reforma al Código Procesal Constitucional.
Arequipa, Perú, (2011).

44. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
(Coordinador)
En torno al Derecho Procesal Constitucional. Un debate abierto y no concluido. Arequipa, Perú (2011).
45. JORGE LUIS CÁCERES ARCE
VÍCTOR GARCÍA TOMA
(Coordinadores)
Regímenes políticos. Arequipa, Perú (2011).
46. EDWIN FIGUEROA GUTARRA
La exigencia constitucional del deber de motivar
Arequipa, Perú (2012).
47. MARCO FALCONÍ PICARDO
El Control Parlamentario de los actos legislativos del Jefe de Estado
Arequipa, Perú (2012).

CONSTITUCIÓN Y PROCESOS CONSTITUCIONALES
TOMO II

Se terminó de imprimir en julio de 2013, a doscientos diez años
de la publicación de la sentencia Marbury vs Madison,
en los talleres gráficos de:

© **ADRUS D&L EDITORES S.A.C.**
Av. Tacna 535 Of. 704-B
Lima - Perú
Teléf. 01-4016451
adrusdyleditores@hotmail.com

