Tribunal
Constitucional

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

Democracia Representativa y Derecho Electoral

3 | NUEVA ÉPOCA julio / diciembre | 2010

© TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
Jr. Áncash 390 – Lima
Telf. (51 1) 427-5814
webmaster@tc.gob.pe
www.tc.gob.pe

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Democracia Representativa y Derecho Electoral
N.º 3, Nueva Época, julio/diciembre 2010

Director General: Ernesto Álvarez Miranda

Impresión: Servicios Gráficos JMD
José Gálvez 1549 – Lince
Telf. (51 1) 472-8273
graficajmd@gmail.com

Diagramación: María Esther Ybañez

HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY
Cert. N.º 99-3844

ISSN: 2222-0615

Impreso en Perú
Tiraje: 1000 ejemplares

Tribunal
Constitucional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Presidente
Carlos Mesía Ramírez

Vicepresidente
Ernesto Álvarez Miranda

Magistrados
Juan Vergara Gotelli
Ricardo Beaumont Callirgos
Fernando Calle Hayen
Gerardo Eto Cruz
Oscar Urviola Hani

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Director General
Ernesto Álvarez Miranda

Director Ejecutivo
Carolina Canales Cama

Consejo Editor
Javier Adrián Coripuna
Edgar Carpio Marcos
Luis Castillo Córdova
Alvaro Córdova Flores
Carlos Hakansson Nieto
Luis Sáenz Dávalos
Omar Sar Suárez
Susana Távara Espinoza

CONSEJO CONSULTIVO

Néstor Pedro Sagüés (Argentina)
Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, y Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Profesor titular emérito en la Universidad de Buenos Aires y Profesor de posgrado en la Universidad Austral de Buenos Aires, la Pontificia Universidad Católica Argentina, y la Universidad Panamericana de México

Francisco Balaguer Callejón (España)
Doctor en Derecho (Universidad de Granada, 1984). Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo y Catedrático Jean Monnet "ad personam" de Derecho Constitucional Europeo y Globalización. Director de la Revista de Derecho Constitucional Europeo y Presidente de la Fundación Peter Häberle. Miembro del Grupo de Expertos Jurídicos de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRALEX).

Antonio-Carlos Pereira Menaut (España)
Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela. Director de la Cátedra "Jean Monnet" de Derecho Constitucional Europeo de la misma Universidad. Profesor Honorario de la Universidad San Martín de Porres y de la Universidad de Piura. Profesor Extraordinario de la Universidad Santo Toás (Chile) y Visitante de la Universidad Adolfo Ibáñez (Chile), así como Visitante de la Universidad Panamericana (México). Ha sido miembro de la *Political Studies Association of the UK* durante veinte años.

Alessandro Pizzorusso (Italia)
Profesor de Derecho Público de la Facultad de la Universidad de Pisa. Fue miembro de la judicatura italiana de 1958 a 1972. Presidente de la Asociación Italiana de Derecho Comparado. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (París). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (Buenos Aires). Desde 1987 es editor de *Commentario della Costituzione*, publicado por Zanichelli, Bologna.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)
Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor de "Derecho Procesal Constitucional" en la Facultad de Derecho de la UNAM a nivel licenciatura y de posgrado. Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal "Dr. Cipriano Gómez Lara".

Domingo García Belaúnde (Perú)
Abogado y Doctor en Derecho. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (desde 1968). Profesor Distinguido de las Universidades Externado de Colombia (1992) y Nacional Autónoma de México (1987) y Profesor Honorario de diversas universidades peruanas. Fundador y Secretario General Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Fundador y Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 3, NUEVA ÉPOCA
JULIO - DICIEMBRE 2010

Democracia Representativa y Derecho Electoral

PRESENTACIÓN 13

ESTUDIOS

Dieter Nohlen
El desarrollo internacional de los sistemas electorales y de su evaluación 17

Jorge Carpizo
México: Poder Ejecutivo y derechos humanos, 1975-2005 37

Luis Castillo Córdova
La democracia como bien humano esencial 71

Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama
Representación política para el Estado constitucional 91

Milagros Campos Ramos
¿Son nuestros representantes el reflejo de la sociedad a la que representan o el resultado de las reglas electorales? 105

Carlos Hakansson Nieto
La unificación de los organismos electorales: JNE, ONPE y RENIEC como parte de la reforma del Estado 123

José Francisco Gálvez
El espéculo electoral 2010 141

Samuel Abad Yupanqui
El primer referéndum promovido por la ciudadanía. Aproximaciones para un balance 157

Óscar Urviola Hani
Tribunal Constitucional y democracia: algunas breves reflexiones 177

Omar Sar Suárez
El amparo electoral frente a la Constitución de 1993 189

Giancarlo Cresci Vasallo
Control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú 215

Janeyri Boyer Carrera
"Yatama vs. Nicaragua y el derecho de participación política de los indígenas" 231

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS (2007-2010)

1) *STC 00025-2007-PI, de 19 de setiembre de 2008. Criterios sobre la carrera magisterial.* Por Javier Adrián Coripuna 249

2) *STC 00031-2008-PI, de 19 de enero de 2009. Homologación de los sueldos de los profesores de universidades públicas.* Por Vladimir Aráoz Tarco 253

3) *STC 00001-2009-PI, de 4 de diciembre de 2009. Demanda de Inconstitucionalidad contra la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, Ley N.º 29182.* Por Alberto Che-Piú Carpio 257

4) *STC 00013-2009-PI, de 4 de enero de 2010. Sobre los congresistas accesitarios.* Por Roger Rodríguez Santander 263

5) *STC 00002-2009-PI, de 8 de febrero de 2010. Tratado de Libre Comercio con Chile.* Por Jorge León Vásquez 269

6) *STC 00006-2009-PI, de 22 de marzo de 2010. Constitucionalidad de la Ley de Carrera Judicial*. Por Giancarlo E. Cresci Vassallo 275

7) *STC 00018-2009-PI, de 23 de marzo de 2010. Plazo de prescripción en el control de constitucionalidad de los tratados internacionales.* Por Jaime de la Puente Parodi 279

8) *STC 00017-2008-PI, de 15 de junio de 2010. Filiales universitarias y Ley Universitaria.* Por Roger Rodríguez Santander 285

9) *STC 00022-2009-PI, de 17 de junio de 2010. Consulta previa y Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.* Por Alvaro Córdova Flores 291

10) *STC 00002-2010-PI, de 31 de agosto de 2010. Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.* Por Alberto Che-Piú Carpio 295

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Francisco Javier Matia Portilla
El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el Derecho español 303

Jorge León Vásquez y Nicolaus Weil von der Ahe
Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios: el examen de constitucionalidad de las resoluciones judiciales en Alemania 321

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad (A la luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México) 337

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Domingo García Belaunde
Diritto costituzionale comparato 385

Luis Castillo Córdova
Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas 393

Kristina Georgieva Nikleva
La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune *en América Latina?* 401

REVISTA DE REVISTAS

Cuestiones Constitucionales 413
Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura 415
Revista Española de Derecho Constitucional 417

Presentación

El primer número de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional* fue editado en octubre de 1999, por iniciativa del entonces magistrado del Tribunal Constitucional, doctor José García Marcelo, en momentos que la sociedad peruana conjuraba el cruel fenómeno terrorista a un elevado costo en materia de Estado de Derecho, democracia y respeto a los derechos humanos. Como era previsible, la crisis de legitimidad que sufría nuestra institución no permitió la publicación sino de un segundo número en octubre de 2000, perdiéndose así un valioso instrumento para la difusión de los valores y principios constitucionales que se concretizan en la propia jurisprudencia constitucional.

Por decisión del actual Pleno del Tribunal Constitucional, retomamos la tarea de continuar con la edición de tan importante proyecto, consientes de la necesidad de que el máximo intérprete de la Constitución asuma sus responsabilidades frente a cada coyuntura política y económica. Ello, en la firme convicción de que el Derecho debe limitar eficazmente al Poder, compatibilizando tanto las decisiones políticas, legislativas y jurisdiccionales, así como los actos administrativos, a una lectura actualizada de la Constitución, necesariamente coherente con la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Precisamente, renace la *Revista Peruana de Derecho Constitucional* en circunstancias en que en nuestro país se viene consolidado un sistema democrático sustentado en la alternancia y en la tolerancia; en la creencia común de la superioridad del pluralismo político sobre toda fórmula de monopolio del poder; en la promesa compartida de que el crecimiento económico debe significar un conjunto de políticas públicas que promuevan una mejor distribución de la riqueza, la lucha eficiente contra la pobreza y la igualdad de oportunidades; y, el respeto de las libertades que concretizan el principio de preeminencia de la persona humana sobre la propia Sociedad y el Estado.

Solo así, se legitimarán en las conciencias de los ciudadanos el Estado Constitucional de Derecho y la economía social de mercado, cerrando en forma concluyente los oscuros capítulos de nuestra reciente historia, signados por el uso de la violencia y el terror como instrumentos ideológicos, la desproporcionada concentración del poder político, y la pavorosa deshumanización del adversario.

En este nuevo contexto, el Tribunal Constitucional pone en vuestras manos el Número 3, Nueva Época, de su Revista institucional, con la esperanza de seguir contribuyendo a la difusión del Derecho Constitucional, ya no tan sólo en forma jurisdiccional con sus sentencias, sino ahora a través de un medio de expresión netamente académico.

En ese sentido, nos queda ofrecer algunas explicaciones sobre el contenido de la Revista. La Sección «Estudios» está configurada bajo la premisa de una permanente actualización y de análisis sobre tópicos relevantes del quehacer constitucional. En esta oportunidad, atendiendo a que luego de la culminación del proceso electoral de naturaleza municipal y regional, el país se apresta a elegir democráticamente a un nuevo Presidente de la República y, al mismo tiempo, a una nueva composición del Congreso para el período 2011-2016; se ha considerado conveniente la presentación de artículos académicos que analizan el sistema democrático, formas gubernamentales, así como la legislación electoral peruana.

De otro lado, dado el importante papel que la jurisdicción constitucional desempeña en nuestro país, se ha establecido que una parte fundamental de cada número deberá dedicarse al comentario de la «Jurisprudencia Constitucional». Así, se han recogido los principales lineamientos de las diez sentencias más emblemáticas de los últimos tres años, coincidentes con la renovación del Pleno del Tribunal Constitucional efectuada entre julio y septiembre de 2007, y que marcó una variación en la percepción de los acontecimientos políticos y económicos del país, provocando lógicamente con ello, un cambio en la jurisprudencia constitucional. Pues, si antes la prioridad era la eficacia de los derechos fundamentales en una sociedad políticamente polarizada; una vez, concretado el propósito, la principal preocupación pasó a ser acompañar el esfuerzo del país por acceder al desarrollo económico y traducirlo en la mejora de la calidad de vida para el ciudadano de a pie.

Se consignan también desarrollos analíticos de «Jurisprudencia Comparada» que en este número se presentan respecto a pronunciamientos de los tribunales constitucionales de España y Alemania, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por último, la Sección «Reseña Bibliográfica» tiene como finalidad dar a conocer las publicaciones más recientes relacionadas con el Derecho constitucional, haciendo un análisis específico y de presentación de sus contenidos.

La *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, finalmente, se proyecta como una publicación semestral, a cargo del equipo editor en quien recae la tarea principal de elaborar la propuesta de directrices sobre las que se regirá la Revista y de elegir las aportaciones temáticas. Para ellos expreso mi especial agradecimiento pues han permitido que la aventura intelectual que representa este primer número de la Nueva Época haya sido satisfactoriamente cumplida.

Ernesto Álvarez Miranda
Director General

ESTUDIOS

EL DESARROLLO INTERNACIONAL DE LOS SISTEMAS ELECTORALES Y DE SU EVALUACIÓN*

DIETER NOHLEN**

SUMARIO: I. *Introducción.* **II.** *Algunas precisiones conceptuales y clasificatorias.* **III.** *Los motivos que condujeron a la nueva tendencia.* **IV.** *Evaluación de los sistemas electorales según criterios que han motivado su desarrollo hacia tipos combinados.* **V.** *Consecuencias para el análisis político y la jurisdicción constitucional.* **VI.** *Síntesis*

I. Introducción

El debate sobre sistemas electorales en el ámbito nacional en la gran mayoría de los países tiene como punto de referencia casi exclusivo la propia historia electoral del país. De vez en cuando se amplían los horizontes para citar a modelos foráneos que se perciben como exitosos y válidos para orientarse a ellos. En mis distintas contribuciones al debate he enfatizado la perspectiva comparativa en el estudio de los sistemas electorales, describiendo, clasificando y evaluando los "sistemas electorales del mundo"[1]. Hoy, iré más allá en mi análisis observando tendencias en el desarrollo de los sistemas electorales a nivel mundial y señalando problemas que debido a éstas encaran a la ciencia política y el derecho constitucional.

---

* Versión ampliada y actualizada de la conferencia pronunciada en el Instituto Federal Electoral de México, el 24 de marzo de 1999. Agradezco mucho el apoyo de Claudia Zilla M.A. en la preparación de la versión castellana del ensayo original y del Dr. José Reynoso Núñez en la revisión de su actual versión.

** Profesor emérito de Ciencia Política de la Universidad de Heidelberg, profesor honorario de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Quito, Dr. honoris causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Buenos Aires.

[1] Véase: NOHLEN, D. *Sistemas electorales del mundo*. Centro de Estudios Constitucionales (ed. orig. alemana 1978). Madrid, 1981; NOHLEN, D. *Sistemas electorales y partidos políticos*. Fondo de Cultura Económica. México, 2004; entre otros.

No me limitaré a individualizar situaciones concretas para resaltar sus peculiaridades y efectos específicos, sino que observaré, además, el proceso de reforma que se encuentra en marcha desde más o menos dos décadas, e indagaré cómo, en qué dirección, por qué motivos, con qué efectos y con qué consecuencias para el estudio de la materia evolucionan los sistemas electorales. El punto de partida lo conforma la observación de que en el marco de la democratización de los países de Europa del Este se establecieron sistemas electorales que en ningún caso siguieron modelos clásicos como el inglés de mayoría relativa o el francés de mayoría absoluta o el de la representación proporcional pura. En la misma orientación se inscribieron también las reformas electorales efectuadas en algunos países occidentales, como en Nueva Zelanda, Japón e Italia, que implicaron un cambio en el tipo de sistema electoral.

¿En qué consisten estas nuevas tendencias? Aquí vale distinguir entre elementos técnicos individuales que constituyen un sistema electoral, por un lado, y sistemas electorales en su conjunto, por el otro. A nivel técnico se observa la propagación de elementos como son la barrera legal y la lista nacional. En relación con el primer elemento, un estudio nuestro recién acabado[2] detectó que de un set de ciento cuarenta y tres países hoy en día son cuarenta y siete los que aplican una barrera legal, introducida –en más de la mitad de los casos– en los años noventa. La extensión de la barrera legal, sin embargo, implica una mayor diferenciación entre los sistemas electorales que la introducen, dado que estas barreras difieren mucho en su magnitud (desde menos del 1% hasta 11%), en su área de aplicación (nacional, regional o por distrito) y en su momento de aplicación (en el primer o segundo escrutinio, o sea proceso de adjudicación de escaños). Existen casos de distintas barreras legales en un mismo sistema electoral según diferentes áreas (caso por ejemplo de Suecia).

Finalmente, la barrera legal es también aplicada en varios países de forma escalonada. Su magnitud se define según la cantidad de partidos que constituyen una alianza electoral. Así, la barrera legal se fija en Eslovaquia para un partido en 5%, para una alianza de dos partidos, en 7%, para una alianza de tres partidos, en 10%. De este modo se dificulta el acceso al parlamento a los partidos que por la formación de alianzas electorales intentan superar la barrera legal uniforme. La barrera legal escalonada ha sido una innovación técnica en el proceso de democratización de algunos países de Europa del Este[3]. Con respecto a la lista nacional, adicional a las listas distritales o regionales, ésta es utilizada –sin excepción– en todas las nuevas democracias de Europa Oriental[4]. De esta manera se acentuó la tendencia a asignar los escaños en (por lo menos) dos procesos o

[2] NOHLEN, D. *Wahlrecht und Parteiensystem.* Opladen: Barbara Budrich. 6a.ed., 2009, p. 47.
[3] Ídem, p. 113.
[4] Véase: NOHLEN, D./STÖVER, Ph: *Elections in Europe.* Baden-Baden: Nomos, 2010.

niveles de distritos, el primero siendo normalmente el distrito llamado directo (sea uni o plurinominal) y el segundo regional o nacional.

A nivel de los sistemas electorales en su conjunto se observa la introducción de sistemas combinados, o sea, la introducción del sistema alemán o bien sus variantes. En cuanto a la adopción del tipo de sistema electoral alemán, ésta se constata en tres casos: Venezuela, Nueva Zelanda y Bolivia. En relación a sus variantes, la más exitosa es el sistema segmentado, introducido en México en el año 1977 –entonces único en el mundo–, se ha extendido hasta unos catorce países, entre otros, Japón y Rusia (hasta 2005). Por otra parte, esta nueva tendencia hacia sistemas electorales combinados encuentra su sustento no sólo en las reformas concretadas, sino también en los intentos efectuados en un sinnúmero de países de reformar el sistema electoral vigente en esta misma dirección[5].

En lo que sigue, me concentraré en el análisis de esta tendencia hacia la introducción de estos tipos de sistemas electorales. Voy a indagar, primero, los motivos de esta nueva orientación de las reformas electorales, segundo, los parámetros para evaluar los sistemas electorales cuya consideración contribuye a entender –desde una perspectiva comparativa– lo atractivo de los sistemas combinados y, tercero, los retos que el desarrollo de los sistemas electorales hacia los tipos combinados implica para su estudio, en especial, para la ciencia política.

II. Algunas precisiones conceptuales y clasificatorias

Antes de entrar en estos análisis, vale aclarar algunas distinciones imprescindibles para bien entender mis observaciones y comentarios. En primer lugar, se distingue entre sistemas electorales clásicos y sistemas electorales combinados. Los clásicos son los que se identifican con todo el debate sobre representación por mayoría y representación proporcional, es decir: el sistema inglés de mayoría relativa, el sistema francés de mayoría absoluta o de *ballotage,* y el de la representación proporcional pura, a los que se refería *Maurice Duverger*[6] con

[5] Esta tendencia pudo incluso penetrar en el Reino Unido, país en el que el additional member system, denominación inglesa correspondiente al sistema proporcional personalizado alemán, constituye la opción central en el debate sobre reforma electoral. Vale añadir que en el Reino Unido actualmente (2010) están en uso cinco sistemas electorales distintos. El sistema de pluralidad sólo rige para la Cámara de Comunes. En Irlanda del Norte se aplica el single transferable vote system (la versión inglesa de la representación proporcional). Para las elecciones europeas se acaba de introducir un sistema proporcional y para las elecciones en Escocia y Gales un sistema combinado.

[6] Véase: DUVERGER, M. *Los partidos políticos*. Fondo de Cultura Económica (ed.orig. 1951). México, 1957.

sus famosas leyes sociológicas[7]. Vale añadir como clásico al sistema proporcional en distritos plurinominales de tamaño variable, que representa generalmente al sistema proporcional. Los sistemas electorales combinados son los que combinan elementos técnicos que tradicionalmente se asocian con los dos principios de representación opuestos, o sea, el de la mayoría o pluralidad y el de la proporcionalidad. En especial se trata de la combinación del distrito uninominal que implica la regla decisoria de la mayoría o de la pluralidad, con la lista regional o nacional que por su parte implica una u otra forma de aplicar la regla decisoria proporcional[8].

En segundo lugar, vale distinguir entre tres tipos de sistemas combinados. Esta tipología precisa es importante cuando en el debate sobre reforma electoral se llama la atención a experiencias foráneas para fortalecer el argumento propio.

El sistema proporcional personalizado. Aquí se combina la adjudicación de un determinado número de escaños (directos) en circunscripciones uninominales con el principio de representación proporcional. El porcentaje de escaños de cada partido se determina exclusivamente según el porcentaje de votos proporcional a nivel nacional o a nivel de las circunscripciones plurinominales. El número de escaños alcanzados en la circunscripción uninominal por el partido en cuestión se sustrae del número de los que le corresponden según la fórmula proporcional. Es el caso de Alemania, donde rige, además, el sistema de dos votos, uno personal y otro de lista regional. Con el voto personal (primer voto) se elige en los distritos uninominales, cuyo número corresponde a la mitad de los escaños parlamentarios, a un candidato del distrito, y con el voto de lista (segundo voto) se elige la lista regional (del *Land* [Estado miembro]) de un partido. Las listas son cerradas y bloqueadas. La distribución del número total

[7] *Duverger* formuló ya en su época lo que desde entonces ha quedado arraigado en el conocimiento general de la relación entre sistema electoral y sistema de partidos, aunque posteriormente él mismo ha refutado que se tratara de leyes (véase DUVERGER, M. *Duverger's Law: Forty Years Later.* En: Grofman, B./Lijphart, A. (Eds.): "Electoral Laws and their Political Consequences", Nueva York: Agathon Press, 1986, p. 69-84): (1) La representación proporcional conduce a un sistema pluripartidista con partidos rígidos; estables e independientes (excepto en el caso de movimientos repentinos de gran intensidad.). (2) El sistema de mayoría con segunda vuelta tiende a un pluripartidismo con partidos flexibles, dependientes y relativamente estables (en todos los casos). (3) El sistema de mayoría relativa conduce a un bipartidismo con partidos grandes e independientes que se alternan. Véase: NOHLEN, D. *Justicia electoral y sus desafíos actuales en América Latina.* En: Ortiz Ortiz, R. (Ed): Estudios de justicia electoral, Quito: Tribunal Contencioso Electoral, 2009, p. 23-38.

[8] Para esta distinción entre regla decisoria electoral y principio de representación como herramienta para diferenciar bien entre los modelos básicos de sistemas electorales, entre representación por mayoría y representación proporcional, véase: NOHLEN, D. *Sistemas electorales del mundo*. Centro de Estudios Constitucionales (ed. orig. alemana 1978). Madrid, 1981; y NOHLEN, D. *Sistemas electorales y partidos políticos.* Fondo de Cultura Económica. México, 2004, p. 109 y sig.

de escaños se lleva a cabo a nivel federal de acuerdo a la participación total de votos de los partidos. Se aplica una barrera legal del cinco por ciento, la cual puede ser obviada por un partido en el momento en que éste gane tres escaños llamados directos en los distritos uninominales. Una vez que está definido cuántos escaños recibirá un partido, estos escaños se distribuyen al interior del partido de forma proporcional entre las listas regionales de los partidos. De este número se descuentan los escaños directos que se hayan alcanzado en cada caso; los escaños restantes les corresponden a los candidatos en las listas regionales correspondientes. Si los partidos han alcanzado en los distritos electorales uninominales más escaños directos que los que les corresponden proporcionalmente (los llamados escaños excedentes), los conservan y no se hace una compensación. De acuerdo con esto, el elector determina a través de su primer voto la composición individual de la mitad del *Bundestag*, pero sin por ello influir en principio (si se prescinde de los escaños excedentes) sobre la composición del parlamento respecto a los partidos políticos[9].

El sistema proporcional compensatorio. En este caso se adjudica, en una primera fase de la conversión de votos en escaños, una determinada cantidad de escaños (directos) en circunscripciones uninominales según una de las fórmulas mayoritarias. En una segunda (o tercera) fase de la conversión de votos se compensa, por lo menos aproximadamente, el efecto desproporcional resultante de las circunscripciones uninominales a través de la adjudicación de escaños de lista según la fórmula proporcional. Para este fin por lo general se desfavorece o excluye directamente de la distribución de escaños, en las fases siguientes de la conversión de votos en escaños, a los partidos (grandes) que resultaron exitosos en las circunscripciones uninominales. Era el caso de Italia, a partir de la reforma de 1993. En el sistema proporcional compensatorio, abolido en 2005, tres cuartas partes de los diputados se eligieron en circunscripciones uninominales por mayoría relativa, mientras que la cuarta parte restante se eligió proporcionalmente a nivel de asociación regional de circunscripciones. Estos últimos escaños se otorgaron compensatoriamente de forma que los votos de los partidos que ya habían ganado escaños en las circunscripciones uninominales no eran tomados en cuenta en la repartición proporcional de los restantes escaños. No obstante, la compensación proporcional de escaños era solamente parcial (*scorporo partiale*), pues al partido más votado en la circunscripción no se le deducían los votos proporcionales de todos los votos emitidos a favor de

[9] Para más detalles véase: NOHLEN, D. *Sistemas electorales y partidos políticos.* Ob cit. p. 1; LINDNER, R./SCHULTZE, R.-O. Italy, en: Nohlen, D./ Stöver, Ph. (Eds.): *Elections in Europe*, Baden-Baden: Nomos, 2010, pp. 723-806.

sus candidatos, sino que sólo se le restaban el número de votos correspondientes al candidato más votado en segundo lugar más uno[10].

El sistema segmentado o paralelo, como es su denominación en el Japón. Aquí, el resultado total de la elección se conforma a partir de los resultados parciales separados. Una parte de los escaños parlamentarios (por lo general alrededor de la mitad) se distribuye en distritos uninominales según la regla mayoritaria, la otra de forma proporcional sobre la base de distritos regionales o nacionales (o bien listas). El modelo que conviene citar en el marco latinoamericano es el mexicano. Recién en Venezuela se practica el mismo sistema, aunque de manera inconstitucional[11], evaluación que comparto con muchos expertos venezolanos[12].

El caso venezolano es interesante para subrayar la diferencia entre los tipos de sistemas combinados y sus implicancias constitucionales y políticas. En 1989 es un sistema proporcional personalizado que conforme a la norma constitucional se basa en el principio de la representación proporcional. En circuitos uninominales se eligen un poco más de la mitad de los escaños, pero para la composición total del parlamento es decisivo el porcentaje de votos de los partidos a nivel de las circunscripciones plurinominales[13]. El principio de la representación proporcional se realiza a través del mecanismo llamado compensación proporcional, o sea por la deducción del número de candidatos que previamente se adjudicaron de manera uninominal, al número de candidatos del mismo partido que le corresponde por lista en la circunscripción plurinominal. Tal resta es necesaria para que el sistema pueda figurar empíricamente como de representación proporcional[14]. Sin embargo, en las elecciones de 2005, las fuerzas gobernistas presentaron candidatos para los escaños uninominales,

[10] Véase: CACIAGLI, M. Italy, en: Nohlen, D. Stöver, Ph. (Eds.): *Elections in Europe*, Baden-Baden: Nomos, 2010, pp. 1027-1099.

[11] NOHLEN, D./ NOHLEN N. *El sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal. La igualdad electoral a debate (con una mirada a Venezuela).* En Revista de Derecho Público 109 (enero-marzo 2007), p. 7-26; y NOHLEN, D. *Justicia electoral y sus desafíos actuales en América Latina… Ob cit. p. 3.*

[12] Por ejemplo: MOLINA, J.E. *Venezuela: sistema electoral y gobernabilidad.* En: Parlamento Andino (Ed.): Sistemas electorales andinos, Bogotá: Parlamento Andino, 2005, pp. 191-226; RACHADELL, M. *Consagración, auge y declinación del principio de representación proporcional en el derecho electoral venezolano.* En: Revista Politeia 39 (2), 2005, p. 223-271; y BREWER-CARÍAS. *La demolición del Estado de derecho y la destrucción de la democracia en Venezuela* (1999-2009). En: Reynoso Núñez, J./ Sánchez de la Barquera y Arroyo, H. (Coord.): La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario, México 2009: UNAM, pp. 477-517.

[13] Véase: MOLINA, J.E./Thibaut, B. *Venezuela*, en: Nohlen, D. (Ed.): *Elections in the Americas*, vol. 2, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 535-592.

[14] Véase: NOHLEN, D. *Sistemas electorales y partidos políticos*. *Ob. cit. p. 1*

llamados "morochas", no vinculados con ninguna lista de partido, pero adictos a una misma corriente política. El objetivo era doblar su fuerza parlamentaria, evitando el mecanismo de compensación proporcional. La oposición denunció la práctica como fraudulenta y su infructuoso intento de hacerla prohibir motivó su retirada de las elecciones[15]. Su posterior recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia tampoco resultó. La Sala Constitucional negó "pruebas, alegatos o argumentos que permitieran evidenciar la contradicción entre el mecanismo de postulación denominado *"*las morochas*"* y las normas superiores constitucionales". Declaró que el mecanismo de "las morochas" no se encuentra prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico. En contraste, *Manuel Rachadell*[16] sentenciaba correctamente: "La asignación a los electores de dos votos (uno nominal y otro por lista tiene por finalidad conciliar los principios constitucionales de elección personalizada con la representación proporcional y en ningún caso para que sean utilizados para obtener una doble representación." ..."De allí que... manteniéndose una apariencia formal de legalidad, se infringen los principios consagrados en la Constitución y en la legislación electoral, lo cual es característico de fraude a la ley". De hecho, por medio del mecanismo de las "morochas" se había sustituido el sistema proporcional personalizado por el sistema segmentado. La posterior reforma electoral iba a adaptar la ley electoral a la práctica política, sin conciliarse, sin embargo, con la norma constitucional que pide proporcionalidad.

III. Los motivos que condujeron a la nueva tendencia

¿Cuáles son los motivos que forjaron el camino para la nueva tendencia? Con fines analíticos diferenciaré entre tres:

El primer motivo es el de la crítica a fondo del sistema electoral vigente, visto como factor responsable de una crisis de carácter más global del sistema político mismo. Vale pensar en los casos de Italia y Japón, pero también en el de Venezuela de los años ochenta. No se trata de la crítica común y corriente a la cual está expuesto generalmente cualquier sistema electoral vigente en un país. El argumento clásico aquí es el de perfeccionar el grado de representación, detrás del cual –empero– se esconden intereses de poder. Esta crítica a fondo es una crítica que acusa al sistema de representación, a los partidos políticos, a la clase o

[15] Véase: MOLINA, J.E. *Venezuela: sistema electoral y gobernabilidad… Ob cit. p. 4,* pp. 191-226

[16] RACHADELL, M. *Consagración, aug…Ob cit. p. 4,* p. 262.

élite política, a la manera de hacer política, como causante de los males existentes, pero centrándose principalmente en el sistema electoral como variable decisiva. Su reforma aparece, por consiguiente, como una labor necesaria, solicitada e impulsada –incluso– por sectores de la sociedad o de la opinión pública, los cuales vienen a contrarrestar la inercia de la clase política. Además se observa que allí donde la crítica al sistema electoral vigente no alcanza esta intensidad, la materialización de una reforma acorde a los patrones de la nueva tendencia hacia sistemas electorales combinados es bastante dificultosa. Basta citar el caso de Portugal, país en el que en 1998 fracasó el intento de introducir un sistema combinado tipo proporcional personalizado aunque era la opción más apreciada por los propios actores políticos. El rechazo fue por motivos circunstanciales[17].

El segundo motivo lo constituyen nuevos retos a la representación política. A nivel teórico puede producirse un cambio de concepto de democracia en dirección a mayor inclusión, mayor representatividad, mayor competitividad, o un cambio de un tipo de democracia de políticas adversas a otro de políticas consocionales. En estas circunstancias puede darse el caso de que el sistema electoral vigente no cumpla con los requisitos impuestos por las nuevas concepciones o se considere que otro sistema electoral estaría en mejores condiciones de hacerlo. El caso clásico en este sentido es el de Nueva Zelanda, donde se produjo una reforma electoral en el año 1993. No cabe duda que el sistema de mayoría relativa con representación especial para la minoría étnica de los maoris en Nueva Zelanda cumplía adecuadamente con sus funciones. Recuérdese el análisis de Arend Lijphart en el que elogia al sistema neozelandés de la siguiente forma: "muy cercano al ideal de combinar las ventajas del mantenimiento de un sistema bipartidista y de la representación de minorías"[18].

Sin embargo, debido a nuevos elementos normativos en el concepto de la representación, se encargó a una comisión parlamentaria la realización de un examen crítico de los sistemas electorales en el mundo y presentar una

[17] El proyecto portugués que sigue vigente en el debate sobre la reforma electoral en el país luso tenía en un principio, en comparación con el alemán, los siguientes rasgos: a) el votante tiene sólo un voto, de modo que no puede diferenciar entre su preferencia por un candidato y su preferencia por un partido; b) la fórmula proporcional se aplica a nivel regional; c) se resuelve el problema de los escaños excedentes de la siguiente manera: si un partido gana más escaños en las circunscripciones uninominales de los que le corresponden según los votos de lista de partido a nivel de los distritos regionales, hay una compensación proporcional a través de la distribución de escaños en un distrito nacional separado.

[18] Versión textual: LIJPHART, A./ GROFMANN, B. *Close to the ideal of combining the advantage of maintaining a two-party-system with the advantage of minority representation.* En: Choosing an Electoral System. Issues and Alternatives, Nueva York: Agathon Press, 1984, p. 212.

propuesta para Nueva Zelanda, la cual resultó finalmente en el sistema combinado tipo alemán. La adopción del *mixed member proportional system* (MMP) –concepto inglés para el sistema proporcional personalizado–, fue, empero, la desembocadura de un extenso camino: a la reforma se llegó a través de dos referendos[19].

El tercer motivo es el de un compromiso entre las fuerzas políticas, mejor dicho entre sus opciones respecto al sistema electoral. Esto se pudo observar en el proceso de democratización de los países de Europa del Este, donde las élites del régimen comunista y las de la oposición democrática acordaron en un buen número de países un sistema electoral combinado, tipo segmentado o compensatorio para satisfacer algunos de sus propósitos. En términos generales, la élite antigua defendía los elementos mayoritarios, la nueva élite democrática, los elementos proporcionales de los nuevos sistemas electorales. En los países donde la oposición democrática al régimen comunista había desplazado a la vieja élite del poder se introdujeron sistemas proporcionales del tipo clásico. La génesis de los sistemas electorales en estos casos muestra por lo demás a los sistemas electorales como variables dependientes de intereses de coyuntura y expectativas de poder, por lo que resulta imposible pensar la relación entre sistema electoral y partidos políticos sólo en dimensión 'sartoriana', es decir, considerando al sistema electoral exclusivamente como variable independiente[20].

Vale recordar que esta diferenciación entre los tres motivos para las reformas se encuentra ubicada a nivel analítico. En la práctica no es tan sencilla su individualización. Incluso existen casos en los que estos motivos aparecen íntimamente vinculados o entremezclados. Así, en el caso mexicano, es difícil atribuir la introducción del sistema combinado tipo segmentado a un sólo motivo. Dejo de lado lo peculiar del caso mexicano, un proceso lento de reformas electorales continuas equivalente sólo últimamente a un cambio de un sistema autoritario unipartidista a una democracia pluripartidista, y asimismo un proceso que engloba a todo el régimen electoral, o sea, al sistema electoral en su sentido amplio relacionado con el tema de elecciones libres y honestas: El sistema segmentado que fue introducido en 1977[21]. Primero contravenía la crítica a la

[19] Véase: BORTON, J. et al. *New Zealand under MMP. A new Politics?* Auckland: Auckland University Press, 1996; y RICHTER, St. *Modell Aotearoa. Der Prozess der Wahlsystemreform*. En Neuseeland, Glienicke et cet.: Galda & Wilch, 1998.

[20] 'Sartoriano' se refiere a Giovanni Sartori quien en su crítica a mi enfoque de causalidad circular entre sistema electoral y sistema de partidos políticos rechaza mirar al sistema electoral como dependiente de la política y en sus efectos especialmente del contexto. Véase en: SARTORI, G. *Ingeniería constitucional comparada*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 41.

[21] Es cierto que ya en 1964 la reforma electoral iba a abrir canales de representación para las minorías políticas. Sin embargo, esta reforma pese a iniciar una tendencia que se coronó sólo

exclusión de los crecientes partidos menores de la representación en términos proporcionales, segundo, correspondía a nuevos conceptos de representación que se generaron en la sociedad mexicana al perder fuerza la idea del partido único como para civilizar el proceso postrevolucionario y, tercero, en la versión actual, saliendo de la reforma de 1996 que ha sido consensuada con la oposición democrática. Este consenso incluía detalles como los topes de representación y el porcentaje mínimo de votos para convertir una primera mayoría de votos en una mayoría absoluta en escaños. En México se iba a determinar a través de estos elementos artificiales el margen de efecto del sistema segmentado absolutamente únicos en el universo de los sistemas electorales democráticos para alcanzar una representación política, cuyo modelo parece contener la razón para la atracción de los sistemas combinados: balancear los diferentes intereses políticos y los distintos objetivos a ser alcanzados por el sistema electoral para aumentar la capacidad de inclusión y de legitimidad (reconocida) del sistema político[22].

IV. Evaluación de los sistemas electorales según criterios que han motivado su desarrollo hacia tipos combinados

Los sistemas combinados tienen una gran ventaja frente a los clásicos: el de cumplir en gran medida con los distintos requisitos que hoy en día se le exigen a los sistemas electorales. Los sistemas clásicos atienden sólo a algunos de éstos –quizás– en forma óptima; los combinados, sin embargo, atienden a todos, aunque cada una tal vez en forma subóptima. En este contexto se pueden diferenciar cinco requisitos, tres fundamentales y dos adicionales.

El primer requisito consiste en la *representación.* Aquí se trata de reflejar adecuadamente los intereses sociales y las opiniones políticas en los órganos de representación. Este criterio se entiende en doble sentido: por un lado representación para todos, de manera de estar representados los distintos sectores de la sociedad, incluidos las minorías étnicas y las mujeres; por el otro, representación 'justa', es decir una representación más o menos proporcional

en 1996, no implicaba la introducción de un sistema segmentado, sino de un sistema de pluralidad con representación minoritaria. Para la génesis de la reforma electoral véase CÓRDOVA VIANELLO, L. *La reforma electoral y el cambio político en México.* En: Zovatto, D./ Orozco Henríquez, J.J. (Eds.): Reforma política y electoral en América Latina, México: UNAM/IDEA Internacional, 2008, pp. 653-703.

[22] Véase: GONZÁLEZ ROURA, F./NOHLEN, D./ZOVATTO, D. *Análisis del sistema electoral mexicano. Informe de un grupo de expertos.* México: PNUD, 1997.

de las fuerzas sociales y políticas, equivalente a una relación equilibrada entre votos y escaños. Los parámetros de medición empírica son obvios: la falta de representación de minorías y mujeres así como desviaciones significativas en la proporcionalidad son consideradas frecuentemente como problemáticas.

El segundo requisito denominado, *concentración* o *efectividad,* consiste en la agregación de intereses sociales y de opiniones políticas de tal manera que de ellas resulten decisiones políticas y que la comunidad adquiera capacidad de acción política. Las elecciones se comprenden como un acto de formación de la voluntad política, mas no como una forma de copiar o medir las opiniones dominantes en la población. Los parámetros de la adecuada capacidad de concentración de un sistema electoral son: a) el número o la reducción del número de partidos que obtienen escaños en el parlamento y b) la formación de una mayoría partidaria o de una coalición que tengan carácter estable en el parlamento. Los sistemas multipartidistas que sólo permiten la formación de gobiernos inestables son vistos normalmente como problemáticos. Por ende, este criterio comprende, asimismo, la cuestión de la efectividad del sistema electoral, cuyo parámetro es el de si contribuye a generar estabilidad en el funcionamiento del sistema político, dado que el sistema electoral influye en el funcionamiento de instituciones como el parlamento y el poder ejecutivo, así como en el proceso político en general. No todo gobierno estable es un buen gobierno, pero resulta altamente improbable que la inestabilidad política genere un buen gobierno.

El tercer requisito es el de la *participación*. Aquí no se trata de la participación en el sentido común del término –pues las elecciones son en sí un acto de participación política– sino de la mayor o menor posibilidad por parte del elector de expresar la voluntad política en el marco de la alternativa voto personalizado *versus* voto de partido o de lista. Esta opción se asocia a un mayor o menor grado de relación, de conocimiento, de responsabilidad y de identificación entre electores y elegidos. El parámetro de medición de una adecuada participación (en el sentido estricto) permitida por un sistema electoral es el grado de personalización del voto. La forma de votación totalmente impersonal (por ejemplo, en el caso de la lista bloqueada) se convierte por lo general en blanco de críticas.

El cuarto requisito es el de la *transparencia*. Un instrumento esencial aquí es la sencillez: el sistema electoral no debería ser demasiado complejo. Este requisito contradice de alguna manera la premisa que exige que los tres requisitos anteriores sean cumplidos a la vez, pues aquellos sistemas electorales que cumplen simultáneamente de forma efectiva las funciones de representación, concentración y participación son de hecho sistemas electorales más sofisticados. El sistema electoral más sencillo es sin duda el sistema de mayoría relativa en distritos uninominales. Éste cumple sin embargo sólo con los requisitos de concentración y participación, desatendiendo totalmente la función de la representación –en términos, repito, de la relación entre votos y escaños–.

En primer lugar debería existir transparencia para el elector, quien debería poder entender tanto el sistema electoral como la estructura de la boleta, saber qué ocurre con su voto, cómo contribuye éste al resultado electoral final, qué efecto mecánico produce. En este sentido debería eliminarse, en primer lugar, la posibilidad de que el voto genere un efecto contrario a la intención con la que se lo emite. Debería evitarse, además, que se le haga creer al elector que su voto ejerce una determinada influencia (por ejemplo, sobre la selección de los candidatos de un partido), mientras que ésta –en realidad– termina desapareciendo totalmente debido a un proceso escalonado de transformación de votos en escaños hasta convertirse en precisamente lo contrario. Un reciente caso es el de Alemania, donde justamente el sistema proporcional personalizado permitía que un aumento en votos de lista pueda llevar a una pérdida en escaños de las listas de partido de los Estados miembro o a que una pérdida en votos de lista ocasione un aumento en los escaños para las listas de partido de los Estados miembro. El Tribunal Constitucional Federal sentenció que este efecto del cálculo de repartición de los escaños relacionado con los escaños excedentes era inconstitucional. El máximo tribunal obligó al legislador a establecer una regulación compatible con la Constitución a más tardar hasta el 30 de junio de 2011[23].

La transparencia debería caracterizar también el proceso de aplicación del sistema electoral por parte de las autoridades electorales. Un sistema electoral demasiado complejo termina convirtiéndose en un desafío para las autoridades electorales, superando incluso, en muchos casos, su competencia material o técnica. Otro problema asociado a este punto y con el que se ven confrontadas más que todo las democracias jóvenes es la demora en la determinación de los resultados electorales, generada por la complejidad del escrutinio, aspecto que puede alimentar sospechas de fraude. El requisito de la transparencia tiene por lo tanto como finalidad elevar el grado de confianza en el sistema y en el proceso electoral como así también en otras áreas donde ésta falta. Junto a otros criterios, es fundamentalmente la transparencia la que hace que un sistema electoral sea defendible.

El quinto y último requisito es la *legitimidad*, aspecto en el que confluyen las otras funciones. La legitimidad tiene por su parte un significado propio que se pone de manifiesto cuando –desde una perspectiva genética– se considera al sistema electoral como producto del consenso entre los partidos más relevantes. La legitimidad del sistema electoral depende de la magnitud de este consenso.

[23] Véase: NOHLEN, D. *La reforma necesaria al sistema electoral alemán. El principio de igualdad de logro del voto como idée fixe en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 3 de julio de 2008*. En: Justicia Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Tercera Época, vol. 1, núm 4, México, 2009, pp. 33-62.

Para bien entender la importancia del consenso para la legitimidad del sistema electoral, es oportuno diferenciar entre dos conceptos de legitimidad respecto a las instituciones: 1) La legitimidad que merecen las instituciones debido al valor democrático que contienen o al diseño que reflejan, más allá de un alto grado de madurez democrático del sistema, una perfección técnica. 2) La legitimidad que reciben por parte de la sociedad, de sectores o grupos o por parte de la opinión pública en general, debido al reconocimiento, la atención y la lealtad que provocan, procuran y promueven gracias a factores que pueden ser independientes a aquellos que fomentan el primer tipo de legitimidad. Entre estos factores se encuentran la tradición, la experiencia histórica, en el caso de las democracias bien establecidas; y el acuerdo y el consenso fundacional del nuevo sistema político que incluye al sistema electoral, en el caso de las democracias recién establecidas. El caso más llamativo es el del sistema binominal de Chile que es un sistema sui generis[24]. No es mayoritario, porque no favorece al partido o a la alianza de partidos que gana la mayor cantidad de votos, sino a la primera minoría. El efecto sobre la relación de votos y escaños es bastante proporcional. Al mismo tiempo, excluye de la representación política a los partidos que no sepan coaligarse con otros. Permite el voto personal. Por lo tanto, el sistema opera de manera proclive a cumplir bastante bien con los requisitos funcionales mencionados, pero le falta la legitimidad de origen, pues no ha sido acordado por las fuerzas políticas del país, sino impuesto por el régimen de Pinochet. No obstante, todos los esfuerzos de reformarlo han quedado hasta ahora sin éxito.

Los sistemas combinados facilitan el acuerdo entre posiciones que en un primer momento parecen irreconciliables. Se adaptan más fácilmente a las estructuras existentes dado que no existe ningún modelo estático, muy al contrario de los sistemas clásicos mayoritarios tipo inglés o francés que no permiten variación ninguna.

Sin embargo, por lo tanto, no es fácil diseñar una reforma del sistema electoral de modo que una de sus funciones se maximice sin debilitar por consecuencia alguna de las otras. A este problema ya aludimos respecto al requerimiento de sencillez cuando se aspira a combinar las funciones de representación y concentración. Esta última relación es la más complicada. Supongamos que una reforma electoral amplía la representación y aumenta el pluralismo, en este caso es altamente probable que disminuya el efecto de concentración del sistema. Aquí surge el fenómeno del *trade-off* (intercambio) entre representación y gobernabilidad, los dos conceptos más valorados en el debate sobre sistemas electorales en la última década. El costo de lograr una mayor inclusión parece consistir en menor gobernabilidad. El desenlace tradicional es el de priorizar o

[24] Véase: NOHLEN, D. *La reforma del sistema binominal desde una perspectiva comparada.* En: Revista de Ciencia Política 26 (1), 2006, pp. 191-202.

la representación o la gobernabilidad. Los sistemas combinados, sin embargo, tratan de paliar los efectos *trade-off* entre las tres funciones fundamentales de los sistemas electorales. Asimismo, posibilitan no sólo el cumplimiento de estas funciones de forma simultánea, sino también ajustada a la contingencia.

De lo anterior se desprende que no existe ninguna combinación de los tres requisitos que pueda servir como modelo. El contexto constituido por las peculiaridades del caso determina el grado de cumplimiento de cada uno de ellos que conviene intentar en el diseño de los sistemas electorales. El orden de los requisitos mencionados tampoco es indicativo. El contexto puede poner en primer lugar la participación, o la concentración, pues la reforma electoral siempre se plantea a partir de la (a veces supuesta) falta de alguno de los requisitos.

V. Consecuencias para el análisis político y la jurisdicción constitucional

La nueva tendencia en el desarrollo de los sistemas electorales constituye un gran reto para las ciencias sociales y para el derecho constitucional. Vale recordar que el estudio de los sistemas electorales tiene varios déficits, entre ellos, el de carecer de una terminología y una conceptualización específicas. Con la aparición de los nuevos sistemas combinados esta falta se ha vuelto mucho más notoria. ¿Cómo denominar a los nuevos sistemas –o sea cada uno de los nuevos tipos– y cómo clasificarlos –o sea cuántos nuevos tipos hay en realidad y cuál es su relación con los conceptos de representación por mayoría y de representación proporcional? ¿Cómo entenderse en esta rama del saber si los investigadores y expertos nacionales e internacionales comparten tan poco en cuanto a terminología, conceptos y clases de sistemas electorales?

En relación al análisis político, lamentablemente no es éste el momento ni contamos con el espacio suficiente como para tratar aquí mis propuestas terminológicas y clasificatorias al respecto[25]. Sí quisiera ahora llamar la atención sobre los siguientes puntos:

[25] Para mayores detalles véase NOHLEN, D. *Sistemas electorales y partidos políticos*. *Ob cit. p. 1* y la síntesis comparativa *NOHLEN, D. /GROTZ, F. /KRENNERICH, M./ THIBAUT, B. 2000: Electoral Systems in Independent Countr*ies, en: Rose, R. (Ed.), Encyclopedia of Elections, Washington D.C.: Congressional Quarterly, 2000, pp. 353-379.. Vale destacar que International IDEA en su *Handbook of Electoral System Design* (1997) de gran circulación hace un esfuerzo por adaptar mi clasificación de los sistemas electorales a la trilogía tradicional distinguiendo básicamente entre *Plurality - Majority Systems* (cuatro tipos), *Semi - PR Systems* (dos tipos) y *Proportional Representation Systems* (tres tipos). Sin embargo, la tipología no es consistente en sí misma. Por lo demás no fue posible alcanzar un uso

Primero: más que nunca parece imprescindible para el análisis comparativo de un sistema electoral su precisa descripción. Siempre he lamentado las fallas en la pura descripción de los sistemas electorales como es el caso, por ejemplo, del sistema electoral alemán. Ahora, existiendo variantes del sistema combinado (como concepto genérico), conformando el sistema alemán sólo una de ellas, es imperioso el trabajo descriptivo para diferenciar bien los sistemas electorales, para determinar sus probables efectos y para efectuar correctamente su clasificación. No son pocos los casos en que se observa que la clasificación se realiza con base en el elemento técnico más visible. Esto fue cierto en el caso del sistema compensatorio italiano que en un inicio ha sido tipificado como mayoritario debido a la introducción del distrito uninominal. Muchos analistas se sorprendieron con los resultados electorales bastante proporcionales. Asimismo, la clasificación se efectúa en base al efecto sobre la representación que se produjo en las primeras elecciones como en el caso del sistema compensatorio húngaro que en las dos primeras elecciones coincidió con altos grados de desproporcionalidad y sólo recién en las terceras elecciones demostró efectos que en teoría se habían adelantado. Hubo elogios del sistema electoral húngaro por el tipo de resultados electorales que, en verdad, fueron circunstanciales. Sin una correcta clasificación, el debate comparativo sobre los efectos de los sistemas electorales queda definitivamente en el aire.

Segundo: Más que nunca vale tomar en cuenta el contexto sociopolítico en el cual operan los sistemas electorales. Los nuevos sistemas combinados son muy sensibles respecto a este punto dado que sus propios efectos no se determinan teóricamente por su integración clasificatoria a los sistemas de representación o por mayoría o proporcional, sino en buena medida por las condiciones sociopolíticas a las cuales están expuestos. En el caso de Hungría se pudo observar que lo pronosticado teóricamente como el efecto del sistema compensatorio dependía, concretamente, del comportamiento del elector y de la estructura del sistema partidario o mejor dicho de la interacción de los partidos en el sistema de partidos políticos[26].

Tercero: Vale asimismo relacionar los estudios sobre los sistemas electorales y sus efectos en el mundo de las democracias jóvenes con la doctrina de los sistemas electorales comparados. Se observa que los sistemas electorales en estas nuevas circunstancias muchas veces no consiguen los efectos que estamos

homogéneo de la nueva clasificación por parte de todos los contribuyentes a la obra. Así, el sistema alemán y el sistema mexicano aparecen como tipos idénticos; en el análisis del sistema boliviano no se consigue aclarar, si este sistema es del tipo alemán-proporcional o segmentado.

[26] Véase: GROTZ, F. "*Dauerhafte Strukturprägung" oder "akrobatische Wahlarithmetik"? Die Auswirkungen des ungarischen Wahlsystems in den 90er Jahren*. En Zeitschrift für Parlamentsfragen 29 (4), 1998, pp. 624-647.

acostumbrados a atribuirles en base al *conventional wisdom*. Por ejemplo, el sistema de mayoría relativa no ejerce necesariamente efectos en dirección a un bipartidismo como se sigue sosteniendo en la literatura. Existen muchos casos que demuestran lo contrario. Uno de mis ejemplos preferidos es el caso de Paquistán como muestra de que la introducción de elementos proporcionales en un sistema de pluralidad vigente puede incluso tener como efecto la reducción de la fragmentación del sistema de partidos[27]. Sin embargo, mi énfasis en los casos opuestos se justifica no tanto en su carácter contrario a la tendencia general sino más bien porque éstos llaman la atención a las precondiciones implícitas de nuestros enunciados científicos relacionados con los sistemas electorales. La condición necesaria para que el sistema de pluralidad tenga el efecto que estamos acostumbrados a adjudicarle es la existencia de un sistema de partidos bien institucionalizado.

Por otra parte y para bien, los nuevos sistemas combinados amplían enormemente nuestras posibilidades de análisis. En el caso del sistema segmentado, podemos observar los efectos de prácticamente dos sistemas electorales diferentes, el de la mayoría relativa en distritos uninominales y el de la representación proporcional en un distrito único en una misma elección. Comparando los casos de Europa Oriental, en ninguna de las doce elecciones efectuadas en ocho países en los años noventa[28], la cantidad de partidos que consiguieron escaños en la parte proporcional del sistema electoral ha sido mayor que el de la parte mayoritaria. Al contrario: la fragmentación ha resultado más grande con el distrito uninominal. Este hallazgo demuestra la dependencia de las teorías en el estudio comparativo de los sistemas electorales del factor político sociológico, o sea su hasta ahora firme vinculación con los factores sociales existentes en las democracias occidentales. El gran reto en el estudio de los sistemas electorales es el de mayor diferenciación en las dimensiones mencionadas sin perder de vista el objetivo de las ciencias sociales, el de llegar a cierto tipo de generalizaciones y a teorías empíricas de por lo menos medio alcance.

En relación a la jurisdicción constitucional, tampoco podemos indagar aquí las sentencias de los Tribunales Constitucionales (o de Salas Jurisdiccionales que cumplen con esta función) como convendría en términos sistemáticos. Incluso falta la correspondiente información al respecto. Sí puedo, sin embargo, llamar la atención a algunas observaciones.

A menudo la constitución no indica nada sobre el sistema electoral para la elección del parlamento. Y si contiene normas al respecto, en caso de controversias la jurisdicción constitucional tiende a recurrir a los principios que rigen

[27] Véase: NOHLEN, D. *Electoral System: Options for Pakistan, Islamabad.* Friedrich Ebert Stiftung, 1995.

[28] Véase: NOHLEN, D./STÖVER. *Ob cit. p. 2.*

el sufragio, especialmente a los requisitos del derecho a sufragio igualitario y directo. El principio "igualitario" pide que, cada elector tenga el mismo peso electoral, es decir, que nadie disponga de ningún voto más que el que tiene otro elector: el derecho de grupos, estratos o individuos de tener más votos está descartado. El principio "directo" pide que el elector elija directamente un candidato o un partido y no lo hace por él una persona o un gremio, que efectúe entonces la propia elección del titular del escaño. Ahora bien: estos principios constitucionales de un derecho electoral democrático no son trasladables sin más al ámbito de los sistemas electorales. Especialmente el manejo dogmático de los principios del sufragio es menos apropiado para la valoración de cuestiones relacionadas con el sistema electoral.

Como ya hemos dado por entender, son otros los criterios los que tienen relevancia, por ejemplo el cumplimiento de las funciones que se esperan del sistema electoral, la legitimidad a la que los sistemas electorales aspiran y disfrutan en la realidad. No obstante, recién el Tribunal Constitucional Federal de Alemania argumentó que para el sistema electoral combinado, la igualdad y la inmediatez de la elección serían criterios esenciales de su valoración, de su conformidad con la Constitución[29]. Así se pretende que los sistemas electorales se deban medir constitucionalmente no sólo por el mismo valor numérico, sino también y precisamente por el mismo valor de logro de los votos de los electores. Sin embargo, es justamente una de las posibles funciones del sistema electoral de hacer variar el valor de logro de los votos, como indican inequívocamente la regla decisoria mayoritaria y las barreras legales. La problemática aumenta, por cierto, en caso de los sistemas electorales combinados, dado que estos sistemas tratan de combinar diferentes funciones que pueden expresar ciertos principios sin que ninguno de ellos domine por completo el conjunto. Por lo tanto, cuando se trata de un sistema de representación proporcional combinado con elementos técnicos provenientes del ámbito mayoritario, la jurisdicción constitucional proclive a basar su decisión en un sólido principio constitucional, el sufragio igualitario, tiende a favorecer el principio proporcional como parámetro de su sentencia. A veces, las consideraciones de constitucionalistas van en dirección a rechazar incluso la posibilidad de un voto estratégico como lesión al voto igualitario. Respecto al principio del sufragio directo y su traslado al mundo de los sistemas electorales, hay constitucionalistas que reconocen este principio solamente cumplido cuando el votante puede votar a una persona y determinar directamente el titular del escaño. Se rechaza equivocadamente el voto de lista, por considerarlo como voto indirecto, en términos más abstractos se rechaza la representación proporcional pues por regla general los sistemas proporcionales aplican el voto de lista. Lo

[29] Véase: NOHLEN, D. *La reforma necesaria al sistema electoral alemán… Ob. Cit. p. 9.*

que se observa finalmente es que a menudo la evaluación jurisdiccional peca de un reduccionismo local como consecuencia de su orientación en la Carta Magna nacional. La ciencia política podría ampliar el horizonte hacia experiencias foráneas, pero a veces carece también de un conocimiento comparativo en la materia y cuando lo tiene, no parece en condiciones de abrir camino en la jurisprudencia constitucional hacia esta enorme fuente de experiencias.

VI. Síntesis

Resumiendo mis observaciones y reflexiones, se destaca una nítida tendencia hacia nuevos tipos de sistemas electorales, los sistemas combinados. Esta tendencia se manifiesta no sólo en la introducción de nuevos sistemas electorales en el marco de la democratización de los países de Europa del Este, sino también en las reformas electorales de los últimos decenios efectuadas en algunos países occidentales. Factores como la crítica al sistema electoral en vigencia, responsabilizándolo por diversas crisis políticas, nuevos retos a la representación política asociados a transformaciones en el concepto de democracia que desembocan en nuevas expectativas en cuanto al funcionamiento del sistema electoral, como así también el carácter de los acuerdos efectuados en el marco de los procesos de democratización han conducido a la elección y adopción de sistemas electorales de tipo combinado.

La particularidad cualitativa de los sistemas electorales combinados radica en su capacidad de satisfacer en gran medida las diversas exigencias impuestas a los sistemas electorales. Mientras los sistemas clásicos, más puros, cumplen de manera casi óptima –y alternativa– requisitos como la representación o la concentración / efectividad, los sistemas electorales combinados intentan alcanzar un objetivo funcional más amplio, atendiendo –conjuntamente– varios requisitos adicionales como participación, transparencia y legitimidad. Sin embargo, el tipo de relación de *trade off* existente entre algunos de estos requisitos impide que su cumplimiento simultáneo sea a la vez óptimo para todos y cada uno de ellos.

La nueva tendencia en el desarrollo de los sistemas electorales constituye un reto para las ciencias sociales[30]. Con el surgimiento de los nuevos sistemas electorales combinados se hacen mucho más evidentes los déficits conceptuales de las disciplinas que de ellos se ocupan. En este contexto se vuelve imperiosa la necesidad de homogeneizar y precisar el instrumentario terminológico y

[30] Respecto a sus avances véase: SHUGART, S.M. *Comparative Electoral Systems Research. The Maturation of a Field and New Challenges Ahead.* En: Gallagher, M./ Mitchell, P. (Eds.): The Politics of Electoral Systems, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 25-56.

tipológico a fin de facilitar el entendimiento y la comunicación en este campo. Imprescindible se hace, además, la adecuada descripción técnica de los diversos sistemas electorales existentes, como prerrequisito para un análisis comparativo ulterior. Importante es aquí no sólo el trabajo descriptivo, sino también el clasificatorio y en este sentido, el desarrollo de criterios categoriales. Dada la sensibilidad que los sistemas electorales combinados han demostrado tener ante contingencias históricas, es imposible renunciar al análisis del contexto sociopolítico en el que se gestaron, si de lo que se trata es de su cabal entendimiento.

La adopción y aplicación de sistemas electorales combinados ha significado por sobre todas las cosas una ampliación significativa de las posibilidades de análisis. Aquí se puede observar claramente de qué manera, transformaciones sociopolíticas, es decir cambios a nivel empírico, conllevan transformaciones en las herramientas de análisis, o sea, cambios y retos a nivel teórico en la ciencia política y en el derecho constitucional. Pues, si bien el objetivo de las ciencias sociales es el de facilitar el entendimiento de la realidad a través de la formulación de teorías y generalizaciones, éstas no deberían dejar de reflejar procesos de diferenciación acaecidos a nivel empírico.

* * * * *

MÉXICO: PODER EJECUTIVO Y DERECHOS HUMANOS, 1975-2005*

JORGE CARPIZO**

SUMARIO: I. *De partido político predominante a sistema tripartito de partidos.* **II.** *El fortalecimiento del poder legislativo.* **III.** *El fortalecimiento del poder judicial.* **IV.** *Influencia en la economía.* **V.** *Ejército, medios de comunicación y federalismo.* **VI.** *Designación del sucesor y de los gobernadores, y los aspectos internacionales.* **VII.** *El gobierno del Distrito Federal y el fin de un mito***. VIII.** *Reformas constitucionales sobre derechos humanos***. IX.** *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos***. X.** *Instrumentos internacionales de derechos humanos adoptados o ratificados***.**

I. De partido político predominante a sistema tripartito de partidos

1. En el periodo 1975-2005 el sistema político mexicano se modificó en forma radical, y esa modificación se encuentra estrechamente relacionada con el papel que el presidente de la República desempeñaba en dicho sistema y que hoy es diferente desde diversas perspectivas.

En 1978 escribí[1] que a mi criterio las causas del predominio del presidente mexicano eran:

a) Es el jefe del partido predominante, partido que está integrado por las grandes centrales obreras, campesinas y profesionales.

* Agradezco el eficiente apoyo del Lic. Iván Alfredo Montes Flores para la elaboración de este ensayo. Asimismo, expreso mi reconocimiento a mi secretaria la Sra. Isabel Cacho por la transcripción del manuscrito.

** Investigador emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la cual fue Rector, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas donde se desempeñó como Director. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

[1] Carpizo, Jorge, El presidencialismo mexicano, México, siglo veintiuno editores, 2002, pp. 25-26.

b) El debilitamiento del poder legislativo, ya que la gran mayoría de los legisladores son miembros del partido predominante y saben que si se oponen al presidente las posibilidades de éxito que tienen son casi nulas y que seguramente están así frustrando su carrera política.
c) La integración, en buena parte, de la suprema corte de justicia por elementos políticos que no se oponen a los asuntos en los cuales el presidente está interesado.
d) La marcada influencia en la economía a través de los mecanismos del banco central, de los organismos descentralizados y de las empresas de participación estatal, así como las amplias facultades que tiene en materia económica.
e) La institucionalización del ejército, cuyos jefes dependen de él.
f) La fuerte influencia en la opinión pública a través de los controles y facultades que tiene respecto a los medios de comunicación.
g) La concentración de recursos económicos en la federación, específicamente en el ejecutivo.
h) Las amplias facultades constitucionales y extraconstitucionales, como son la facultad de designar a su sucesor y a los gobernadores de las entidades federativas.
i) La determinación de todos los aspectos internacionales en los cuales interviene el país, sin que para ello exista ningún freno en el senado.
j) El gobierno directo de la región más importante, y con mucho, del país, como lo es el Distrito Federal.
k) Un elemento psicológico: que en lo general se acepta el papel predominante del ejecutivo sin que mayormente se le cuestione.

En la actualidad, 2008, considero que:

- Varias de esas causas han desaparecido por completo: incisos a), b), c), h), j), y k).
- Otras existen pero han sufrido modificaciones importantes: incisos d), f), i), y g).
- y una subsiste íntegramente: inciso e).

2. En 1991 me pregunté las razones de dicha transformación[2] y asenté que las encontraba en:

> *"a) los cambios profundos que ha tenido la sociedad mexicana; b) las crisis económicas de los últimos años; c) un factor psicológico: la ruptura del tabú de que no se debía criticar al presidente de la república; d) el fortalecimiento de los poderes legislativo y judicial federales; e) la influencia más intensa de los grupos de presión; f) el paso de un sistema de partido predominante a uno*

[2] Ibidem, pp. 234-235.

pluralista; g) las frecuentes e intensas manifestaciones de malestar popular; h) las reformas políticas promovidas desde la cúpula política, especialmente en los últimos años e, i) una serie de factores internacionales".

3. Examino esas transformaciones. El sistema de partido predominante actualmente no existe más. Tenemos un sistema tripartito de partidos políticos, lo que no quiere decir que existan únicamente tres partidos, sino que sólo tres tienen, a nivel nacional, la posibilidad real de obtener la presidencia de la república y un número importante de legisladores en el Congreso federal. Son tres partidos los que gobiernan entidades federativas y múltiples municipios, y entre los cuales existe una lucha real por la obtención del poder dentro del marco que señala la ley.

Este cambio real comenzó con las elecciones federales de 1988, en las cuales las dos oposiciones más importantes crecieron: en la elección presidencial el Partido Acción Nacional (PAN) obtuvo el 17.07% de la votación y el Frente Nacional Democrático (FND) el 30.8%; el Partido Revolucionario Institucional (PRI) alcanzó el 50.36% de aquélla. En la cámara de diputados federal, el PRI logró contar con 260 legisladores, el PAN con 101 y la coalición de izquierda con 115[3].

A partir de esa fecha los avances electorales del PAN y del PRD –sucesor del FND– han sido espectaculares y han conformado el actual sistema de partidos.

4. No obstante, esos tres grandes partidos políticos tienen actualmente –unos más, otros menos– graves problemas internos que son del dominio público y que se están ventilando de frente a la sociedad. En estos momentos es difícil vislumbrar cómo van a evolucionar dichos partidos, si habrá escisiones en alguno de ellos. Nuestro sistema de partidos aún se encuentra en formación.

5. El 2 de julio de 2000, la presidencia de la República fue ganada por uno de los partidos opositores, el PAN. Este fue un cambio mayor, si se considera que durante siete décadas el PRI había monopolizado la presidencia de la República. Esta mutación fue pacífica y se decidió en las urnas. En 2006, el PAN volvió a obtener la presidencia de la República.

El cambio de partido político en la presidencia de la República implicó fuertes modificaciones en la relación partido político-presidente.

Dentro del PRI, durante esas décadas, y cada vez más, el verdadero jefe del partido lo era el presidente de la República; sus órdenes no eran discutidas, sino puntualmente cumplidas.

Hasta el final del último sexenio priísta, aquél designó y removió al presidente del PRI como a un miembro más de su gabinete[4], y le imponía al partido

[3] Becerra, Ricardo, et al., La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas, México, Ediciones Cal y Arena, 2000, p. 202.

[4] El último presidente de la República que emanó del PRI fue el doctor Ernesto Zedillo y durante su sexenio designó a seis presidentes del comité ejecutivo nacional de ese partido

su visión -¿ideología?- del país; decía la última palabra sobre los candidatos a las gubernaturas y se reservaba el derecho de decidir con libertad un número importante de las candidaturas de los legisladores federales, quienes hasta 1987 tenían amplias posibilidades de ganar la elección, con lo cual el presidente de la República prácticamente los estaba designando para el cargo.

Sin embargo, a partir del mencionado 2 de julio de 2000, la rebelión interna dentro de ese partido impidió que el presidente de la República cambiara una vez más a la presidenta del PRI; las críticas para él dentro de su partido fueron muy fuertes y los legisladores federales de ese partido le mostraron su independencia.

6. El PRI ha estado configurado por sectores integrados por las grandes centrales obreras, campesinas y de profesionistas y, a través del partido, el presidente de la República tuvo férreo control sobre aquéllos, y designaba a sus líderes como a cualquier otro colaborador, salvo al de la CTM por la gran fuerza política que éste poseía.

Estos controles se vinieron debilitando poco a poco. A principios de los años setenta comenzaron a surgir movimientos sindicales independientes e inconformidades en las organizaciones agrarias. No obstante, el sistema corporativo ha continuado, aunque actualmente existen divisiones, enfrentamientos y discrepancias en el seno de esos sectores y, desde luego, el presidente de la República ya no controla a los grandes sindicatos obreros ni a las principales organizaciones agrarias.

7. En el cambio pacífico de la presidencia de la República, entre otros factores, revistió importancia la modificación del sistema electoral, desde sus leyes hasta los órganos que organizan las elecciones y las califican.

Por décadas, el órgano que organizaba las elecciones dependió de la secretaría de gobernación. Diversas reformas constitucionales cambiaron esta situación. En 1990 se creó el Instituto Federal Electoral (IFE), con personalidad jurídica y patrimonio propios; gozó de cierta independencia y aunque se precisó que contaba con autonomía en sus decisiones, la mayoría de los consejeros eran controlados por el poder ejecutivo y lo presidía el secretario de gobernación. En 1994 se "ciudadanizó" la integración de los órganos electorales, y el Consejo General del IFE se integró con mayoría de consejeros ciudadanos. En 1996 se

político. Todos ellos eran personas identificadas con él. A los presidentes salientes los ubicó en su gabinete, en un organismo paraestatal o en una embajada. Desde luego que tantos cambios en su presidencia debilitaron al PRI y le restaron continuidad a su estrategia política; parecía que el presidente de la República quería dejar claro, entre otros aspectos, que el presidente del PRI era uno más de sus subordinados -"empleados" en la terminología que resultaba de su agrado-, sin importarle sus propias declaraciones en el sentido de que había establecido una "sana distancia" con su partido.

suprimió al secretario de gobernación como presidente del IFE, alcanzando éste el carácter de órgano constitucional autónomo.

Las elecciones federales respondían al principio de autocalificación porque, incluso la del presidente de la república, recaían en el Congreso federal. En diciembre de 1986 se creó el Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal, como órgano autónomo de carácter administrativo, con facultades reducidas, en virtud de que sus resoluciones, en relación con la calificación de las elecciones, podían ser modificadas por los colegios electorales de cada cámara legislativa. Este tribunal, dentro de la esfera administrativa, se fue fortaleciendo en sucesivas reformas. En 1990 la Constitución reforzó su autonomía pero sus resoluciones sobre la calificación de las elecciones todavía podían ser revisadas y, en su caso, modificadas por los colegios electorales legislativos. En 1993 se le concedió al tribunal la última palabra al resolver las impugnaciones sobre la validez, el otorgamiento de las constancias y la asignación de diputados y senadores. En 1996 se le colocó dentro del Poder Judicial de la Federación y se le otorgó la facultad de realizar el cómputo final de la elección del presidente de la República una vez que hubiese resuelto las respectivas impugnaciones, procediendo a formular la declaración de validez de la elección y la de presidente electo al candidato que hubiese obtenido el mayor número de votos, Asimismo, dice la última palabra respecto a los recursos sobre las elecciones en las entidades federativas, y los derechos políticos de los ciudadanos. Es decir, en la actualidad se cuenta con un sistema contencioso electoral de naturaleza judicial y jurisdiccional.

En esta forma, el presidente de la República perdió el control en esta materia y sus facultades para organizar, calificar y resolver las controversias en relación con las elecciones. Si bien estos dos últimos aspectos se encontraban en manos del congreso de la unión, quien decidía era el presidente, debido al control férreo que ejercía sobre el congreso, donde su partido, del cual él era el jefe indiscutido, contaba con mayorías abrumadoras.

II. El fortalecimiento del poder legislativo

1. El fortalecimiento del poder legislativo federal fue un proceso lento que se aceleró a partir de las elecciones federales de 1988, cuando la Cámara de Diputados quedó integrada, como ya asenté, casi por mitades: una con miembros del partido hegemónico, y la otra con el conjunto de los partidos de oposición, así como el ingreso de cuatro legisladores de la oposición al senado de la república, que hasta entonces había sido unipartidista. En las elecciones federales de 1991 y 1994, el PRI logró recuperarse y contar con una cómoda mayoría en ambas cámaras legislativas federales. En 1997, el PRI perdió la mayoría en la

cámara de diputados pero la conservó en la de senadores. En las elecciones de 2000 ninguno de los grandes partidos obtuvo la mayoría absoluta en ninguna de las dos cámaras legislativas, aunque el PRI constituyó la mayoría relativa en ambas. En 2003, en la integración de la cámara de diputados ningún partido, de nueva cuenta, obtuvo la mayoría absoluta. En 2006, otra vez más ningún partido alcanzó la mayoría absoluta en ninguna de las dos cámaras legislativas. Actualmente en la de diputados, el PAN cuenta con 207 diputados, el PRD con 127 y el PRI con 106. En el senado, el PAN tiene 52 senadores, el PRD 26, y el PRI 33.

2. En diciembre de 2000, el congreso de la unión modificó en forma importante los proyectos de ley de ingresos y presupuesto de egresos que le había enviado el titular del poder ejecutivo federal. En la ley de ingresos de 2001 se incrementaron éstos por aproximadamente 30,000 millones de pesos, con lo cual se aumentó el déficit del gasto público. La cámara de diputados, con estos recursos adicionales, apoyó fuertemente las participaciones federales a entidades federativas y municipios y redistribuyó los recursos en otras partidas. La negociación entre los tres partidos políticos más importantes entre sí, y con el poder ejecutivo federal, fue intensa. El consenso se alcanzó a través de esas negociaciones, evitándose así un enfrentamiento entre poderes.

A partir de entonces, el congreso de la unión ha ejercido sus "facultades de la bolsa", que por decenios había claudicado de ellas en beneficio del presidente de la República.

3. La integración de la cámara de diputados, en 1988, trajo consigo otro cambio mayor: las reformas constitucionales no las podía ya realizar un solo partido político, porque no reunía el número de votos indispensables para satisfacer el quórum requerido para esta específica situación, la cual es idéntica a partir de 1997. En otras palabras, el presidente de la República se vio obligado a negociar sus proyectos de reformas constitucionales, y a partir de ese año también sus proyectos de reformas legislativas, debido a que su partido no contaba con las mayorías legislativas para ello. Por ejemplo, la Constitución exige un quórum de votación de las dos terceras partes de los legisladores presentes en cada cámara para la reforma constitucional.

4. La composición política del Congreso de la Unión alcanzada en 1977 lo fortaleció y comenzó, sólo comenzó, a ejercer facultades que constitucionalmente le corresponden pero que en la realidad eran letra muerta, específicamente la aprobación de todo lo relacionado con las facultades del "poder de la bolsa", las que revisten una especial importancia en las tareas gubernativas como la mencionada ley de ingresos, el presupuesto de egresos, el examen anual de la cuenta pública, la política de empréstitos y de deuda pública.

El congreso de la unión –o la cámara de diputados cuando es una facultad que le es exclusiva– comenzó a ejercer, aunque de forma incipiente, esas facultades constitucionales respecto al poder de la bolsa. Cada día ha sido más

difícil que el presidente de la República pueda ejercerlas sin el contrapeso del Congreso por tres razones: este último ya se encuentra alerta de sus funciones al respecto y de lo muy importantes que son para el conjunto de la nación; por su composición pluripartidista, y porque si el presidente de la república viola la ley fundamental en estos aspectos se le podría llevar a un juicio de responsabilidad política, tal y como he venido sosteniendo desde 1978[5].

Al respecto señalo un solo ejemplo: el de los empréstitos sobre el crédito de la nación, cuyas bases están constitucionalmente reguladas, y que al final de cuentas serán parte de la deuda pública.

La costumbre anticonstitucional en México fue que la ley de ingresos, cuya aprobación corresponde al congreso de la unión, autorizaba al presidente de la República la cantidad máxima de deuda que podía contratar por concepto de endeudamiento, tanto interno como externo, para el financiamiento del presupuesto de egresos de la federación, por lo que fue común que esa ley contuviera un párrafo como el siguiente: "Asimismo se faculta al ejecutivo a ejercer o autorizar montos adicionales de financiamientos cuando, a juicio del propio ejecutivo, se presenten circunstancias económicas extraordinarias que así lo exijan".

Lo anterior fue muy grave, porque el congreso de la unión claudicaba de su poder de la bolsa y le entregaba estos aspectos claves al criterio discrecional del presidente de la República y sin que posteriormente pudiera ejercerse algún control al respecto. Con todo lo grave de esa situación, el Congreso abdicaba de estas facultades de antemano, pero lo hacía voluntaria y conscientemente.

Peor y más delicado ha sido lo que aconteció en la legislatura 1997-2000, cuando el PRI ya no contaba con la mayoría en la cámara de diputados, y el presidente de la República intentó, a posteriori, cuando ya era un hecho consumado, decidido exclusivamente por él y ante él, que se aprobara como deuda pública las que estaban contenidas en el Fobaproa y que constituyen el monto de deuda más grande en toda la historia de México, que se calcula se podrá pagar en treinta años, lo cual reduce considerablemente los recursos presupuestales para la obra pública y el gasto social[6]. Algo parecido no se vio ni en los peores momentos del presidencialismo mexicano. Todo el poder, sin ningún contrapeso, ejercido por un solo hombre como si se tratara de Luis XIV o de Catalina de Rusia.

---

[5] Carpizo, Jorge, El presidencialismo…, obra citada, nota 1, pp. 143-150, 212-214. Véanse Flores Zavala, Ernesto, Elementos de finanzas públicas mexicanas, México, Porrúa, 1991, pp. 205, 219-222. Fraga, Gabino, Derecho Administrativo, México, Porrúa, 1998, pp. 315, 318-320, 328-331, 334, 341-342.

[6] López Obrador, Andrés Manuel, Fobaproa: expediente abierto. Reseña y archivo, México, Grijalbo, 1999, pp. 49-63 y 71-94.

Desde luego que no se podía permitir la quiebra del sistema financiero nacional, pero la solución tenía que discutirse en el Congreso de la Unión, si iba a implicar deuda pública, para que el costo de ésta fuera el menor para la nación y para evitar corruptelas y enorme corrupción, tal y como aconteció. A pesar de las disposiciones constitucionales, nada de ello ocurrió y la voluntad soberbia de un solo hombre endeudó a generaciones de mexicanos.

Empero, el mismo congreso ejerció otras facultades que habían caído en desuso, como la posibilidad de no aprobar la salida al extranjero del titular del poder ejecutivo federal, las comisiones de investigación o la presentación de la controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la negativa de aquél de entregarle documentación indispensable para comprender diversos aspectos del Fobaproa, con pretextos legaloides que ofenden el sentido común. Estas tres facultades "de la bolsa" son ejercidas en la actualidad en forma cotidiana y normal como siempre debió haber sido.

5. En cualquier sistema democrático es indispensable la rendición de cuentas, los controles al poder con el establecimiento de adecuados pesos y contrapesos, y el sistema de responsabilidades de los funcionarios públicos.

En la cámara federal de diputados existió un órgano especializado denominado oficialía mayor de hacienda que tenía diversas funciones como el examen de lo gastado y de las partidas aprobadas en el presupuesto contenido en la cuenta anual, que el presidente de la República estaba y está obligado a presentar cada año. Dicho examen era la base para la respectiva discusión y aprobación, en su caso, de dicha cuenta anual, pero el titular de esa oficialía era designado, en la realidad, por el presidente de la República. En una palabra, no existía ninguna rendición de cuentas respecto a la utilización de los recursos federales.

En julio de 1999 se creó, por reforma constitucional, la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación de la cámara de diputados, con autonomía técnica y de gestión; entre sus principales facultades se encuentra la fiscalización en forma posterior de los ingresos y egresos, el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los poderes federales, de los entes públicos federales, y de los recursos federales que ejerzan las entidades federativas, los municipios y los particulares; asimismo, es el órgano que revisa la cuenta pública y entrega un informe a la cámara de diputados.

Al titular de esta entidad lo designa dicha cámara de diputados por mayoría calificada, por un periodo de ocho años, renovable una sola vez, y se le otorga estabilidad en el cargo.

No existe duda alguna de que en este aspecto mucho se ha avanzado. No obstante, los resultados de dicha entidad de fiscalización son todavía magros. Es probable que la corrupción no haya disminuido. Dicha entidad habrá de transformarse en órgano constitucional autónomo para que cumpla sus funciones con plena autonomía y profundidad.

III. El fortalecimiento del poder judicial

1. En 1982 se suprimió de la Constitución la facultad del presidente de la República de solicitar a la cámara de diputados la destitución de cualquier juez federal, incluidos los ministros de la Suprema Corte de Justicia y los magistrados y jueces del Distrito Federal. Esta facultad resultaba muy peligrosa para la autonomía del poder judicial, en virtud del dominio que el presidente de la República ejercía sobre las cámaras legislativas.

2. El poder judicial comenzó a fortalecerse a partir de las reformas constitucionales del 15 de enero de 1988, las cuales convirtieron a la Suprema Corte de Justicia en un incipiente tribunal constitucional y le rescataron, en buena parte, su verdadera competencia[7]: la interpretación de la ley suprema. Esa reforma trajo consigo el incremento del número de los juzgados de distrito y de los tribunales de circuito; un aumento muy importante a las remuneraciones de los magistrados y jueces federales, y el comienzo real de la profesionalización y de la carrera judicial.

3. El 31 de diciembre de 1994 se realizó una nueva reforma al poder judicial federal, que también lo ha continuado fortaleciendo: nueva integración del pleno de la Suprema Corte; énfasis en las funciones jurisdiccionales de aquél, al suprimirle atribuciones administrativas y de gobierno; un avance en la configuración de la Suprema Corte como un auténtico tribunal constitucional; la creación del Consejo de la Judicatura Federal; la creación y fortalecimiento de garantías constitucional-procesales para la defensa de la Constitución, como la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional[8].

4. La Suprema Corte de Justicia se ha vigorizado al ejercer sus responsabilidades como tribunal constitucional y su prestigio ha sido revalorado socialmente con la resolución de importantes controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Sus criterios han resuelto conflictos entre poderes de la federación, y entre éstos y los de los niveles locales y municipales.

---

[7] Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, Derecho Constitucional mexicano y comparado, México, Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 761-762. Véase Fix-Zamudio, Héctor, "La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional", en Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano: la reforma judicial de 1986-1987, México, Porrúa, 1987, pp. 345-390. Carpizo, Jorge, "Algunas reflexiones sobre los cambios en el presidencialismo mexicano (1978-1990)", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie, año XXIV, núm. 70, 1991, p. 90.

[8] Carpizo, Jorge, "Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, nueva serie, año XXVIII, núm. 83, 1995, pp. 807-842. Melgar Adalid, Mario (coord.), Reformas al Poder Judicial, México, UNAM, 1995, 287 pp. Fix Fierro, Héctor, "La reforma en México entre la eficacia autoritaria y la incertidumbre democrática", en Pásara, Luis (comp.), En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina, México, UNAM, 2004, pp. 249-260.

5. El presidente de la Suprema Corte de Justicia es designado libremente por el pleno a partir de 1999, ya que con anterioridad éste aceptaba la sugerencia que realizaba el presidente de la República a través del secretario de gobernación. Este aspecto refuerza la autonomía de la Suprema Corte.

6. A partir de 1928 el sistema de nombramiento de los ministros de la Suprema Corte fue igual al de la Constitución norteamericana. Con la reforma constitucional de 1994, éste se alteró para que el presidente someta una terna a la consideración del senado.

7. Importantes también en este aspecto son las siguientes reformas:

a) La Constitución señalaba al presidente de la República como la máxima autoridad agraria. En enero de 1992 se crearon los tribunales agrarios, dotados de autonomía y plena jurisdicción, para la administración de la justicia agraria, y dicha frase desapareció de la Constitución. Estos tribunales conocen las controversias que se presentan en relación con la distribución de las tierras, aguas y bosques.
b) La reforma constitucional de diciembre de 1994 señaló en su artículo 21 que "las resoluciones del Ministerio Público sobre el no-ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional…". Antes de esta reforma, aspectos tan importantes para cualquier persona, como es su libertad y el castigo al delincuente, quedaban al criterio absoluto del presidente de la República, a través del ministerio público federal, que depende totalmente del procurador general de la República.
c) También puede apuntarse que en diciembre de 1970 se creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. Por reforma constitucional de marzo de 1987 se estableció que los Estados podrían instituir tribunales de lo contencioso-administrativo, dotados de plena autonomía, para dictar sus sentencias. En diciembre de 2000, el Tribunal Fiscal de la Federación, creado en 1937, se convirtió en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con jurisdicción y autonomía plenas, el cual, paulatinamente, había ido ampliando su competencia hasta conocer de casi todas las controversias administrativas federales, incluso las responsabilidades de los funcionarios públicos.

IV. Influencia en la economía

1. La influencia del presidente de la República en la economía sigue siendo muy importante, pero ha venido disminuyendo a causa de una serie de factores.

2. La política monetaria ya no se encuentra en sus manos, debido a que en agosto de 1993 se reformó la Constitución para otorgar autonomía al banco central en sus funciones y en su administración con el objetivo prioritario de procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional.

3. La participación del sector público en la economía ha disminuido con la privatización de múltiples organismos descentralizados, empresas públicas de participación estatal mayoritaria y del sistema bancario. En 1976 existían 124 organismos descentralizados y 387 empresas de participación estatal mayoritaria[9]. En 2008 existen 98 organismos descentralizados –cuatro de los cuales están en proceso de desincorporación–, 91 empresas de participación estatal mayoritaria –de las cuales 22 están en proceso de desincorporación–, 14 fideicomisos públicos –2 en proceso de desincorporación–, y 7 fideicomisos públicos que forman parte del sistema financiero mexicano[10]. Lo anterior no sólo implica una drástica reducción del sector público en la economía, sino que el presidente cuenta con menos cargos para distribuir entre su clientela política.

4. La participación activa, y más cada día, del Congreso de la Unión en la determinación de la ley de ingresos y del presupuesto de egresos, aspectos a los cuales ya me referí.

5. La mayor libertad de actuación de las leyes del mercado, con la desregulación de variados aspectos económicos y la firma de diversos tratados de libre comercio, primordialmente aquel con Estados Unidos y Canadá (TLCAN), como por ejemplo el aspecto de los aranceles, que con anterioridad se encontraba realmente en las manos del presidente de la República en virtud de que con base en el artículo 131, segundo párrafo, constitucional, tanto la Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación, como la Ley de Comercio Exterior delegan en el presidente de la República la posibilidad de modificar las cuotas de las tarifas impositivas para las importaciones y las exportaciones. No obstante que esta facultad continúa incólume tanto en la Constitución como en las leyes, en la realidad queda limitada en los tratados de libre comercio; situación similar ocurre con las facultades que el congreso le puede delegar al ejecutivo federal para crear aranceles y para restringir y prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de mercancías en el país con las finalidades que la propia Constitución señala[11]. Si el presidente ejerce esas facultades constitucionales y legales, el Estado tendría responsabilidad internacional e incluso podría poner en peligro la propia existencia de ese tratado de libre comercio.

---

[9] Diario Oficial de la Federación, México, 8 de septiembre de 1976.

[10] Diario Oficial de la Federación, México, 15 de agosto de 2008.

[11] Patiño Manffer, Ruperto, "La Constitución mexicana frente a la apertura comercial", en Calva, José Luis (coord.), México en el mundo: inserción eficiente, México, Cámara de Diputados, Porrúa, UNAM, vol. 3, 2007, pp. 105, 107, 112, 116 y 117.

6. Reducción de la influencia del poder ejecutivo en el sistema financiero del país, en virtud de que la gran mayoría de los bancos han quedado en manos de capital extranjero.

V. Ejército, medios de comunicación y federalismo

1. La institucionalización del ejército es una realidad y se encuentra subordinado al poder civil. Esta causa no se ha modificado. El ejército es respetuoso de la Constitución, de la autoridad civil y de su comandante en jefe, que es el presidente de la República.

2. Lo que sí ha cambiado en estas décadas es que actualmente se discuten públicamente las funciones del ejército. Es probable que su prestigio sí se haya dañado por los casos de altos oficiales ligados al narcotráfico y por violaciones de derechos humanos.

3. En cambio, la sexta causa que señalé, su fuerte influencia en la opinión pública a través de los medios de comunicación, es de las que han sufrido modificaciones importantes. Señalo las más singulares. La influencia del poder ejecutivo federal respecto a muchos medios es inexistente o ha disminuido en forma considerable, aunque todavía existen aspectos en los cuales puede hacer sentir su poder.

4. El control del papel periódico que existía a través de la Productora e Importadora de Papel, S. A. (PIPSA), que dependía de la secretaría de gobernación, ha desaparecido. Esa empresa incluso permitió que se le hicieran compras a crédito y que algunos periódicos le debieran fuertes cantidades de dinero, con lo cual subordinaban su independencia editorial.

5. Los medios de comunicación públicos han disminuido, como en el caso de los canales de televisión que hoy integran Televisión Azteca y el periódico El Nacional. No obstante, de los que aún subsisten, en muchas ocasiones más parecen medios del poder ejecutivo, al servicio y propaganda de su imagen y de sus acciones, que del Estado; sin embargo otros proporcionan información objetiva e imparcial a la sociedad respecto a temas que le interesan o preocupan, como son los canales de televisión 11 y 22.

6. La publicidad que otorga el poder ejecutivo es extraordinariamente importante para los medios, y se realiza en forma discrecional, sin criterio alguno, a pesar de la existencia de lineamientos normativos que no se cumplen.

7. La autocensura ha sido casi totalmente superada y la libertad de expresión es una realidad, cuando menos a nivel federal. No puede negarse que actualmente un problema es que algunos –nunca es acertado generalizar– medios y comunicadores se escudan en ese valioso derecho humano para calumniar,

difamar y mentir. Hoy en día, la autocensura de los medios no es en razón del gobierno, sino del temor que les inspira el narcotráfico, que incluso ha asesinado a un número elevado de comunicadores.

8. Los famosos "chayotes" (regalos de carácter económico) y prebendas aún existen en algunos casos, aunque se disfrazan de formas complejas.

9. Las concesiones y revocaciones de las estaciones y canales de la radio y de la televisión, así como su vigilancia permanente, continúan en las manos del poder ejecutivo federal, quien actúa casi en forma discrecional, lo cual constituye una "espada de Damocles" sobre el cuello de los concesionarios[12].

A pesar de lo anterior, la radio y la televisión han alcanzado una libertad de la cual no disfrutaban hace unos cuantos años, aunque quedan algunos resabios, especialmente en la televisión.

10. Muy importante ha sido el comienzo de la cultura de la transparencia de la función pública. En 2002 se publicó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que fue impulsada por grupos sociales que presentaron la iniciativa al Congreso. Esa Ley garantiza el acceso de toda persona a la información en posesión de los poderes federales, los órganos constitucionales autónomos, órganos con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal.

Para aplicar y hacer vigentes las normas de la Ley se creó el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), como un órgano con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión[13].

Con esta Ley se quebró la tradición de secrecía de los poderes federales, especialmente del ejecutivo.

11. El 20 de julio de 2007 se publicó una reforma constitucional al artículo sexto que establece una serie de principios y bases para la Federación, los Estados y el Distrito Federal que habrán de respetar al legislar sobre el derecho de acceso a la información.

12. El federalismo mexicano se ha fortalecido en estas décadas principalmente por cuatro causas, mismas que han cambiado la correlación de fuerzas federación-entidades federativas. La primera se encuentra en el papel actual de los gobernadores de las entidades federativas.

Desde el principio del sexenio del presidente Ernesto Zedillo la relación presidente de la República-gobernador de entidad federativa comenzó a cambiar, sólo recuérdese el caso del gobernador de Tabasco Roberto Madrazo, a quien se le pidió que dejara dicho cargo y quien, aunque al principio había aceptado, se sublevó y no acató la sugerencia del gobierno federal. Con anterioridad,

[12] Carpizo, Jorge, El presidencialismo…, obra citada, nota 1, pp. 254-255.

[13] Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, Transparencia, acceso a la información y datos personales, México, IFAI, 2006, 200 pp.

durante la presidencia de Carlos Salinas, el PAN había comenzado a obtener gubernaturas, con lo cual la relación de esos gobernadores cambió respecto al presidente de la República, pero fue a partir de la elección presidencial de 2000 cuando el PAN obtuvo el triunfo, que la situación de los gobernadores se modificó profundamente al no tener ya como jefe real al titular del poder ejecutivo federal.

Nuestro federalismo comenzó a ser diferente por el vigor del pluralismo mexicano. A partir de 1989 los partidos de oposición comenzaron a ganar gubernaturas y municipios urbanos muy importantes[14].

Hoy en día incluso se manifiesta que los gobernadores se han constituido en una especie de señores feudales. Es probable que tal idea sea exagerada pero se acerca a la realidad. Así, Lorenzo Córdova y Pedro Salazar expresan acertadamente que "El proceso de cambio político no supuso la democratización de las estructuras políticas en los estados, sino una autonomía frente al poder central que en muchos casos se tradujo en una verdadera feudalización que fraccionó las prácticas verticales y autocráticas de gobierno, pero no las erradicó. De esta forma, como una consecuencia nociva y no deseada de la democratización, tenemos poderes locales autárquicos y autocráticos. Con ello el debilitamiento del Estado mexicano se agudiza"[15].

Se creó la Conferencia Nacional de Gobernadores (CONAGO) como un foro de las relaciones intergubernamentales con la finalidad de reflexionar y estudiar los problemas de los estados y el Distrito Federal entre sí, y en relación con el gobierno federal, principalmente con el ejecutivo[16]. No es lo mismo el diálogo entre uno o varios gobernadores con la federación que con la CONAGO, donde a pesar de la diversidad, existen intereses comunes entre sus integrantes.

13. La segunda causa es la alteración del sistema de competencias entre la federación y las entidades federativas que tiende a cierta descentralización en diversas materias. En algunos casos dicha intención ha tenido éxito; en otros, no tanto.

La regla competencial de la facultad coincidente de forma restringida ha tenido un gran desarrollo a partir de la década de los setenta, cuando se introdujo la noción de la concurrencia o de facultades concurrentes en el artículo 73, fracción XXIX-C, constitucional, y se autorizó al Congreso de la Unión para legislar normas que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de

[14] Merino, Mauricio, "Un federalismo sin proyecto" en Nexos, vol. XXX, núm. 371, México, noviembre de 2008, p. 28.

[15] Córdova Lorenzo y Salazar Pedro, "En defensa del Estado democrático" en Nexos, vol. XXX, núm. 372, México, noviembre de 2008, p. 12.

[16] Véase Barceló Rojas, Daniel A., y Serna de la Garza, José María, "Propuestas de evolución institucional del federalismo mexicano" en Federalismo y descentralización, México, Conferencia Nacional de Gobernadores, 2008, pp. 245-247.

los Estados y de los Municipios en el ámbito de sus competencias respectivas en materia de asentamientos humanos. En 1983 se estableció esa concurrencia en el articulo 4o., párrafo 3 constitucional, en materia de salubridad general; en 1987 en lo relativo al medio ambiente; en 1999 en lo que respecta al deporte; en 2003 en relación con el turismo, etc.

Resulta claro, y es positivo, que la finalidad que se persigue con esas "facultades concurrentes" es lograr cierta descentralización en esas materias.

En las Constituciones, doctrina y jurisprudencia extranjera generalmente se entiende por facultades concurrentes las que no están exclusivamente atribuidas a la Federación ni prohibidas a los Estados, y cuando la primera no actúa, las entidades federativas lo pueden realizar, pero cuando la Federación legisla sobre esas materias, deroga la legislación local respectiva. O como también se suele expresar: en ese supuesto la ley federal quiebra o rompe a la local.

En México no pueden existir facultades concurrentes con el sentido técnico que poseen en el Derecho Constitucional Comparado, debido a que no lo permiten los artículos 16, 40, 41, 103 y 124: en México el principio de autoridad competente constituye una garantía individual y si se viola procede el juicio de amparo. La división de competencias en el estado federal mexicano tiende a ser precisa[17].

En consecuencia, es preferible, para evitar confusiones terminológicas, hablar de facultad coincidente de forma restringida que de facultad concurrente o, como algún otro autor propone, de "competencias compartidas"[18].

En relación con las llamadas facultades de coordinación, que realmente son también facultades coincidentes de forma restringida, se puede exponer como ejemplo que en 1994 se introdujo esta idea de la coordinación con el objetivo de establecer un sistema nacional de seguridad pública. En 2008 tal coordinación se precisó al reformarse el artículo 21 constitucional, cuyo texto actual en el párrafo 9 dice: "Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el sistema nacional de seguridad pública". Este 9o. párrafo del artículo 21 constitucional está indisolublemente relacionado con el artículo 73, fracción XXIII, de la Constitución, que desde 1994 establece que el Congreso Federal está facultado para : "expedir

[17] Carpizo, Jorge, Estudios constitucionales, 8a. ed., México, Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 97-98.

[18] Serna de la Garza, José María, El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 16-18.

leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios…"[19].

En consecuencia, esta atribución de coordinación es realmente, reitero, una facultad coincidente de forma restringida.

14. La tercera causa está relacionada con los recursos económicos que manejan la federación y las entidades federativas. El sistema de coordinación fiscal se ha alterado sensiblemente en los años examinados. En 1973, los presupuestos de egresos de todas las entidades federativas sólo representaban un 5.12% del presupuesto de egresos de la federación[20]. En la historia de México la concentración de recursos económicos en la federación resulta increíble[21].

Actualmente dicha situación se puede sintetizar en la expresión de Cabrero Mendoza "México: federal en el gasto, unitario en el ingreso", en virtud de que la federación recauda aproximadamente un 94% de los ingresos fiscales totales. El restante 6% corresponde a las entidades federativas y municipios.

En contraste, en 2005, las entidades federativas ejercieron el 34% del gasto, y los municipios el 9%[22]. Las participaciones federales "etiquetadas" se convierten en esenciales para los presupuestos locales, lo que a su vez implica alguna centralización, debido a que significan poco más del cincuenta por ciento de los ingresos de aquéllas[23]. Cerca del 88% de los dineros de las entidades federativas provienen de la hacienda federal[24].

15. La cuarta causa se encuentra en un fortalecimiento relativo del municipio, con un incremento considerable de sus recursos económicos.

Dos reformas constitucionales, una en 1983 y la otra en 1999 lo vigorizaron al reconocérsele como esfera de gobierno, así como la autonomía jurídica de los ayuntamientos, al numerarse los servicios públicos cuya prestación es de su competencia exclusiva, aunque el gobierno del Estado puede colaborar en aquella; se estructuró la hacienda municipal, y se precisó la participación de los ayuntamientos en los asuntos de desarrollo urbano, ecología y planeación.

---

[19] Ibidem, véanse las pp. 99-100 y 107-184. Barceló Rojas, Daniel A., y Serna de la Garza, José María, obra citada, nota 16, pp. 218-221.

[20] Farías Hernández, Urbano, "Aspectos financieros del estado federal mexicano" en El federalismo en sus aspectos educativos y financieros, México, UNAM, 1976, p. 97.

[21] Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, Derecho Constitucional, 5a. ed., México, Editorial Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 47-50. Carpizo, Jorge, Estudios constitucionales, obra citada, nota 17, pp. 106-107.

[22] Cabrero Mendoza, Enrique, "La trampa del federalismo fiscal" en Nexos, vol. XXX, núm. 371, México, noviembre de 2008, pp. 34-35.

[23] Idibem, p. 37.

[24] Merino, Mauricio, obra citada, nota 14, pp. 30-31. Sobre el sistema de coordinación fiscal, tanto su evolución como su actualidad, pueden consultarse Carpizo, Jorge, Estudios constitucionales, obra citada, nota 17, pp. 99-108, y Serna de la Garza, José María, obra citada, nota 18, pp. 199-209.

No obstante lo anterior, mucho pesa la presencia del gobernador en los municipios, salvo en los más grandes y ricos.

Durante el sexenio del presidente Zedillo se creó la Conferencia Nacional de Municipios de México (Conamm). Empero, la CONAGO ha resultado más activa, más fuerte y con más presencia nacional.

VI. Designación del sucesor y de los gobernadores, y los aspectos internacionales

1. Con la elección del 2 de julio de 2000 se pulverizó uno de los poderes más grandes del presidencialismo mexicano: la designación del sucesor; facultad que se había convertido en un sistema de engaños y mentiras, y que, en términos generales, resultó nefasta para México[25].

2. El nombramiento de los gobernadores también comenzó a modificarse cuando, en 1989, se reconoció por primera vez que un partido de oposición, el PAN, había logrado el triunfo en la gubernatura del estado de Baja California. Cada día, más gubernaturas fueron siendo detentadas por el PAN y el PRD.

El presidente de la República había conservado la decisión acerca de las candidaturas de su partido a las gubernaturas. Con las mencionadas elecciones del 2 de julio, la anterior facultad también pasó al museo de las prácticas políticas.

3. El nuevo sistema presidencial, en una buena parte, se va a determinar por el régimen de partidos políticos que termine por configurarse en México, y por una asignatura todavía pendiente: la democracia interna en los propios partidos.

4. La nueva integración del senado, con tres partidos fuertes y otros pequeños, trae como consecuencia que este órgano se interese en ejercer la parte de la responsabilidad que la Constitución le atribuye en el ámbito internacional. Ciertamente su participación había sido modesta, en virtud de que hasta las elecciones del 2 de julio de 2000, el PRI contó con una gran mayoría en esa cámara legisladora.

5. En mayo de 1988 se reformó la fracción X del artículo 89 constitucional, que señala al presidente de la República una serie de atribuciones, para adicionarle

[25] Paz, Octavio, Posdata, México, siglo veintiuno, 1970, p. 53. Cossío Villegas, Daniel, La sucesión presidencial, México, Joaquín Mortiz, 1975, pp. 10, 15-17 y 120. Del mismo autor, La sucesión: desenlace y perspectivas, México, Joaquín Mortiz, 1975, pp. 99 y 100. Hansen, Roger D., La política del desarrollo mexicano, México, siglo veintiuno, 1971, pp. 146-147 y 293. Carpizo, Jorge, Temas constitucionales, México, Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 555-558.

que en la conducción de la política exterior deberá observar los principios normativos que dicho precepto enuncia y que son la síntesis de la política internacional mexicana, la cual es reconocida mundialmente. En consecuencia, la política exterior se debe conducir de acuerdo con aquéllos, los cuales también obligan al senado, en su momento, a ejercer su corresponsabilidad en esta materia.

6. En febrero de 2007 se volvió a reformar la Constitución a fin de facultar al senado para aprobar la decisión del presidente de la República de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar y retirar reservas, así como formular declaraciones interpretativas respecto a los tratados internacionales y convenciones diplomáticas ratificados por México.

VII. El gobierno del Distrito Federal y el fin de un mito

1. A partir de la reforma constitucional del 22 de agosto de 1996, la ciudad de México es el Distrito Federal –de acuerdo con el artículo 44 de la ley fundamental– y es la sede de los poderes de la Unión, pero el jefe de gobierno del Distrito Federal tiene a su cargo el ejecutivo y la administración pública de esta entidad –artículo 122 c– y es elegido por votación universal, libre, directa y secreta[26].

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal constituye su poder legislativo, aunque el Congreso de la Unión conserva algunas importantes atribuciones normativas respecto a esta entidad territorial; asimismo, el presidente de la República conserva algunas facultades, tales como: la iniciativa de leyes para el Distrito Federal; proponer al senado al jefe de gobierno, si éste es removido; enviar al congreso de la Unión la propuesta de los montos de endeudamiento necesarios para el financiamiento del presupuesto de egresos del Distrito Federal del proyecto que le presentó el jefe de gobierno. El Estatuto de Gobierno dispone que el jefe de gobierno nombra y remueve al procurador general de justicia, con la aprobación del presidente de la República, y el artículo 34 del propio Estatuto establece que el presidente de la República está al mando de la fuerza pública en el Distrito Federal, y su jefe será designado por el presidente a propuesta del jefe de gobierno, pero puede ser despedido libremente por el presidente o a solicitud del jefe de gobierno del Distrito Federal.

2. En las elecciones de 1997 se eligió por primera vez al jefe de gobierno del Distrito Federal y ganó dichas elecciones uno de los candidatos de partido político

[26] Burgoa, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, México, Porrúa, 2003, pp. 965-967. Gamas Torruco, José, Derecho Constitucional Mexicano, México, Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 724-728.

diferente al partido del presidente de la República. Al principio las relaciones entre los poderes federales y los del Distrito Federal fueron bastante cordiales, lo que no ha sido el caso a partir de 2001; siempre será preferible y más justo que el Distrito Federal goce del principio de autogobierno y autonomía política.

3. Quien haya vivido en el país en los últimos años conoce que se terminó con la aceptación social del presidencialismo predominante. Hoy al presidente se le cuestiona fuertemente. La sociedad exige que exista un verdadero equilibrio entre los poderes y que se termine el predominio del presidente de la República sobre los demás poderes, organizaciones e instancias del país.

4. México ha vivido graves crisis económicas a partir de 1976, y la sociedad las ha atribuido en una gran parte a los diversos presidentes de la República, quienes fueron perdiendo el respeto del pueblo, deteriorándose el prestigio de la institución presidencial.

5. La creación de un sentimiento social de antiautoridad, pero especialmente enfocado a diversos titulares del poder ejecutivo federal, porque, justificada o injustificadamente, se les ha atribuido corrupción, nepotismo, la causa de la inseguridad pública y la disminución del nivel de vida de millones y millones de mexicanos.

6. Los aspectos anteriormente reseñados rompieron el mito de que el presidente no debía ser criticado. De esta situación se pasó a ataques virulentos, incluso a veces llenos de odio y resentimiento, llegándose a la difamación, aunque hay que reconocer que los comunicadores serios realizan sus críticas con argumentos de peso y con objetividad.

*

Durante el periodo reseñado, el presidente de la República realmente sólo ha obtenido una facultad, aunque muy importante: la facultad de veto respecto al presupuesto de egresos. Dicha facultad no le fue otorgada a través de una reforma constitucional, sino por la decisión de la Suprema Corte de Justicia al resolver una controversia constitucional[27].

El presidente Fox vetó el presupuesto de egresos y la cámara de Diputados consideró acertadamente que la Constitución no le otorgaba esa facultad al presidente en ese caso concreto. Fox, entonces, presentó una controversia constitucional[28].

---

[27] Sentencia relativa a la controversia constitucional 109/2004, promovida por el poder ejecutivo federal, en contra de la cámara de diputados del H. congreso de la Unión, publicada en el Diario Oficial el lunes 24 de octubre de 2005.

[28] Carpizo, Jorge, El presidencialismo mexicano, obra citada, nota 1, p. 87. El presidente de la República, de acuerdo con el artículo 72, puede vetar las leyes o decretos "cuya resolución

La Suprema Corte de Justicia de la Nación le otorgó la razón constitucional a Fox. Para ello realizó, de acuerdo con sus propias afirmaciones, una interpretación literal, sistemática, histórica y genético-teleológica de los artículos 70, 71, 72 y 74 de la Constitución federal. En la interpretación literal consideró que la Ley Fundamental no establece restricción alguna al presidente de la República para hacer observaciones al decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación y que tampoco establece una regulación específica para su aprobación, de lo cual no se desprende que para tal efecto deba seguirse un procedimiento diverso al previsto en el artículo 72.

De su interpretación sistemática concluyó que el ejecutivo cuenta con facultad para formular observaciones a todo proyecto de ley o decreto, emanado del congreso de la Unión o de alguna de sus cámaras, salvo las excepciones establecidas en el inciso j del artículo 72 y el último párrafo del artículo 70, entre las cuales no se encuentra el decreto de Presupuesto de Egresos. También señaló que para que las observaciones del ejecutivo puedan ser superadas, es necesaria la aprobación de las dos terceras partes de los diputados presentes en la sesión.

En la interpretación histórica afirmó que desde la Constitución de 1857 se estableció expresamente que el presidente podía formular observaciones respecto a proyectos de leyes y decretos, así como las restricciones a tal derecho, sin señalar alguna para el Presupuesto de Egresos de la Federación. La interpretación genético-teleológica consideró que las razones para establecer el derecho de veto fueron los acontecimientos que surgieron por el exceso de facultades otorgadas al legislativo, y que la finalidad del veto es mantener el justo equilibrio entre los poderes de la Unión.

*

Es natural que con todos esos cambios constitucionales, legales, políticos y económicos el presidencialismo mexicano no existe más. Es decir, ha desaparecido el presidente de la República en extremo poderoso, debido a las facultades constitucionales y metaconstitucionales de las cuales gozaba; ese presidente era el pivote y la columna vertebral del sistema político, porque los otros poderes políticos le estaban subordinados, e influía grandemente sobre los de carácter social y económico.

---

no sea exclusiva de alguna de las cámaras" (el énfasis es mío); es decir, cualquier otro acto del congreso no es susceptible de ser vetado. Así, el presidente no tiene facultad de veto respecto a: a) las facultades exclusivas de cada una de las cámaras, b) las facultades de la comisión permanente, c) las facultades del congreso materialmente administrativas o jurisdiccionales como el juicio de responsabilidad política y el nombramiento o ratificación de servidores públicos, d) las facultades del congreso reunido en cámara única y, e) la ley que regula la estructura y funcionamiento internos del congreso.

Los cambios reseñados se efectuaron de forma pacífica y por los cauces institucionales. En ocasiones fueron transformaciones lentas y paulatinas; en otras, de manera vertiginosa. Varias de las modificaciones fueron el resultado de presiones sociales, pero la autoridad tuvo la sensibilidad de no oponerse a ellas, sino canalizarlas para evitar que el malestar social se pudiera desbordar. Otras fueron el fruto de negociaciones con los partidos políticos para dar satisfacción a demandas políticas antiguas, y otras más fueron resultado de que el presidente de la República y la elite política fueron conscientes de que viejas prácticas tenían que modificarse, de que eran otros tiempos y que había que superar los retos y exigencias sociales en forma pacífica, y de que era preferible realizar las reformas inevitables de manera pacífica que a través de la violencia.

Así, se fueron fortaleciendo los poderes legislativo y judicial; se crearon órganos constitucionales autónomos para que realicen funciones técnicas sin tinte partidista alguno.

Es probable que en estas últimas décadas la demanda política más sentida, por parte de la sociedad y de los partidos políticos, fue la realización de elecciones limpias, transparentes, objetivas, imparciales y equitativas. Se consideraba que éstas eran la base y raíz de todas las demás transformaciones indispensables.

Las reformas para fortalecer nuestra democracia continuaron: transparencia en el actuar público, acceso a documentación pública, controles al poder, rendición de cuentas, creación de órganos constitucionales autónomos, aunque en varios de estos aspectos el camino por recorrer aún es largo y difícil; las resistencias son inmensas y los intereses en contra son muy poderosos.

El antiguo sistema político, basado en el presidente de la República como árbitro último de la vida política y social, se aceptó por la mayoría de la población mientras el sistema gozó de crecimiento económico con cierto desarrollo social, y en tanto la calidad de vida indiscutiblemente fue aumentando para las clases medias y trabajadoras. El descontento hacia el sistema autoritario creció en la misma proporción que las recurrentes crisis económicas afectaron a las grandes mayorías y resultaron en una increíble concentración de la riqueza.

En algunos sectores de la sociedad aún persiste la idea de que existe un presidente muy fuerte, lo que no es el caso, y que hay que cercenarlo y debilitarlo todavía más, lo cual puede resultar peligroso para la gobernabilidad y la estabilidad del país.

Hoy en día el péndulo se está dirigiendo hacia el otro extremo: hacia la primacía del Congreso de la Unión, especialmente hacia una gran fuerza política de los líderes de los tres partidos políticos más importantes en el Congreso.

México necesita un poder ejecutivo fuerte, un poder legislativo fuerte y un poder jurisdiccional fuerte. Un poder predominante, sea el que sea, siempre tenderá a abusar del poder. Urge que se fortalezcan los pesos y los contrapesos

entre los poderes, que existan controles efectivos entre ellos, para que estén asegurados los derechos y las libertades de los mexicanos.

VIII. Reformas constitucionales sobre derechos humanos

La Constitución mexicana de 1917 se ha reformado en múltiples ocasiones en estas décadas (1975-2005) para reconocer o incorporar un derecho humano. Enuncio los principales derechos humanos que dicha Constitución ha incorporado en el periodo mencionado como derechos fundamentales o garantías individuales, sociales o de la tercera generación.

1. En 1977 se garantizó:

a) el derecho a la información (art. 6),
b) un derecho adicional a la reforma penitenciaria de 1965, en el sentido de que la compurgación de las penas de mexicanos en el extranjero o de extranjeros en territorio nacional pueda efectuarse en el país de origen, de acuerdo con los tratados internacionales ratificados, pero ese traslado sólo puede realizarse con el consentimiento expreso del inculpado (art. 18).

2. En 1978 se reconoció que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil (art. 123).

3. En 1980 se estableció:

a) que toda persona tiene el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos (art. 4),
b) el deber de los padres a preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y mental (art. 4).

4. En 1983 se decretó que:

a) toda persona tiene derecho a la protección de la salud (art. 4),
b) mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo, y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, se permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución (art. 25),
c) toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa (art. 4).

5. En 1987 se garantizó el acceso a los tribunales, los que deben administrar justicia emitiendo resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, y las leyes federales y locales deben establecer los medios necesarios para garantizar la independencia de los tribunales, así como la plena ejecución de sus sentencias (art. 17).

6. En 1993 se asentó:

a) la precisión de las garantías del inculpado en todo proceso penal (art. 20),
b) la serie de requisitos que debe satisfacerse para la validez de la prueba de la confesión en el proceso penal (art. 20).

7. En 1994 se admitió que las resoluciones del ministerio público sobre el no-ejercicio y desistimiento de la acción penal pueden ser impugnadas por la vía jurisdiccional (art. 21).

8. En 1996 se consideró que:

a) toda comunicación privada es inviolable y se estableció el procedimiento para las excepciones, así como las materias en las cuales la autoridad judicial federal no puede otorgar las autorizaciones respectivas (art. 16),
b) se precisaron y ampliaron las garantías del inculpado, que ya habían tenido un especial desarrollo en las reformas constitucionales de 1985 y 1993 (art. 20).

9. En 1997 se concedió:

a) la posibilidad de que los mexicanos tengan una doble nacionalidad (art. 32),
b) que ningún mexicano por nacimiento pueda ser privado de su nacionalidad (art. 37).

10. En 1999 se aceptó que toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar (art. 4).

11. En 2000 se decretó:

a) los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral (art. 4),
b) la enumeración de los derechos de la víctima o del ofendido del delito, entre los cuales se estableció la coadyuvancia tanto en la averiguación previa como en el proceso (art. 20).

12. En 2001 se reglamentó:

a) el principio de no-discriminación, prohibiéndose toda discriminación motivada por el origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias (sexuales), el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (art. 1),
b) el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación dentro de un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional, reconociéndoseles los más diversos derechos, tales como: decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural; aplicar sus propios sistemas normativos en la solución de los conflictos internos, respetando la Constitución y los derechos humanos; ejercer el derecho de voto, de acuerdo con sus usos tradicionales, con la finalidad de practicar sus formas de gobierno interno; una preocupación constante por proteger los derechos de la mujer indígena; preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos de su cultura e identidad; conservar la integridad de sus tierras en los términos marcados por la Constitución; acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, tomándose en cuenta sus costumbres y especialidades; favorecer la educación bilingüe e intercultural, así como la alfabetización y su acceso a todos los niveles educativos (art. 1),
c) la educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica obligatoria. Toda persona tiene derecho a recibir educación del Estado (art. 3). Con anterioridad a esta reforma la educación primaria y la secundaria ya eran obligatorias.

13. En 2005 se garantizó:

a) la prohibición de la pena de muerte sin excepción alguna (art. 14),
b) el establecimiento de un sistema integral de justicia para los adolescentes a quienes se les atribuya alguna conducta delictiva y tengan entre doce y dieciocho años de edad, con la finalidad de garantizarles los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a toda persona. Los menores de doce años, si han cometido una conducta delictiva, sólo son sujetos a rehabilitación y asistencia social (art. 18),
c) el ejecutivo federal puede, con la aprobación del senado, reconocer en cada caso la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (art. 21).

14. Además, en estas décadas, varios artículos constitucionales fueron reformados para precisar o ampliar derechos fundamentales ya contenidos en la Ley Fundamental.

IX. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos

1. El 6 de junio de 1990 se creó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), a través de un decreto presidencial, como un organismo desconcentrado de la secretaría de Gobernación, pero con autonomía funcional. La CNDH tuvo como modelo al ombudsman escandinavo, aunque adaptándolo a la realidad mexicana. Entre algunas de esas innovaciones destacan la existencia de un cuerpo colegiado, al cual se le llamó Consejo, y el énfasis en la función de divulgación y difusión de la enseñanza y promoción de los derechos humanos con el objeto de ampliar al máximo posible la cultura de ellos entre los mexicanos.

Antes de 1990 ningún ombudsman en el mundo contaba con un Consejo. El ombudsman es siempre una persona. Situación diferente es que el ombudsman tenga colaboradores muy importantes, o que se ocupe de temas específicos y especializados, como acontece en varios países, como puede ser el de la niñez, el militar, el de salud, el de educación, pero un Consejo, un órgano colegiado, integrado por miembros externos a la oficina del ombudsman, fue una verdadera novedad.

2. El artículo tercero del Reglamento Interno de 1990 de la CNDH señaló y precisó su competencia:

a) Violaciones administrativas, vicios en los procedimientos y delitos que lesionen a una persona o a un grupo y que sean cometidos por una autoridad o servidor público;
b) Violaciones administrativas, vicios en los procedimientos y delitos que lesionen a una persona o a un grupo, cometidos por otros agentes sociales, cuya impunidad provenga de la anuencia o la tolerancia de alguna autoridad o servidor público, y
c) En los casos a que se refieren los dos incisos anteriores, por negligencia imputable a alguna autoridad o servidor público.

El artículo cuarto del propio Reglamento Interno excluyó de la competencia de la CNDH los asuntos jurisdiccionales, laborales y electorales[29].

[29] Carpizo, Jorge, Derechos Humanos y Ombudsman, México, Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 23-25, 92 y 93.

3. La CNDH, a través de su trabajo, sus resultados y sus recomendaciones, se prestigió socialmente, lo que permitió que dicha Comisión se "constitucionalizara" a través de su inclusión en la Ley Fundamental, agregándole, el 28 de enero de 1992, un apartado B al artículo 102 constitucional para crear un sistema nacional no-jurisdiccional de defensa y protección de los derechos humanos, cuyos principios fueron los siguientes: a) la creación de organismos de protección de los derechos humanos; b) la expedición de recomendaciones públicas autónomas no obligatorias para la autoridad; c) el establecimiento de su competencia; d) la figura del ombudsman judicial, y e) la creación de un sistema nacional no-jurisdiccional de protección de los derechos humanos.

El precepto constitucional ordena que tanto el congreso de la Unión como las legislaturas de los Estados deben crear, en el ámbito de sus respectivas competencias, organismos de protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano.

Una de las principales funciones de dichos organismos es la expedición de recomendaciones que: a) no son obligatorias para la autoridad, pero ésta se inclina a aceptarlas por el costo político y social que implicaría rechazarlas; b) son autónomas, en el sentido de que se fundamentan únicamente en las pruebas contenidas en el expediente de la investigación, y c) son públicas para que la sociedad conozca el caso y pueda apoyar al ombudsman a conseguir que la violación de derechos humanos sea resarcida por la respectiva autoridad.

La competencia de esos organismos se estableció en el conocimiento de "quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos". La excepción a este Poder en actos administrativos se debió a petición expresa del propio Poder, alegando su papel de custodio de la Constitución[30].

Se excluyeron de su competencia las mismas materias que al momento de su creación en 1990, y que ya he enunciado.

Un sistema nacional fue creado, debido a que la CNDH "conocerá de las inconformidades que se presentan en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los Estados". Este párrafo se inspiró en la fructífera tradición del juicio de amparo mexicano: tiene que existir una unidad de interpretación en un asunto tan extraordinariamente importante como es el de los derechos humanos[31].

---

[30] Ibidem, pp. 94-95. Véase Rowat, Donald C., "Por qué un Ombudsman para supervisar los Tribunales", en Informe del Primer Congreso de Ombudsmanship de San Juan. El Ombudsman judicial, San Juan de Puerto Rico, Oficina del Procurador del Ciudadano, 1991, p. 29. Comisión Nacional de Derechos Humanos, El ombudsman judicial. Perspectivas internacionales, México, CNDH, 1993, 252 pp.

[31] Carpizo, Jorge, Derechos Humanos y…, obra citada, nota 16, pp. 95-97. Fix-Zamudio, Héctor, "Artículo 102, Apartado B, de la Constitución Federal Mexicana. Constitucionalización

4. En septiembre de 1999 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma al mencionado apartado y artículo constitucional para perfeccionar nuestro sistema de ombudsman. Las principales innovaciones fueron:

a) Se concedió a la CNDH autonomía de gestión. En 1992 la autonomía se refería a las recomendaciones. En realidad, se convirtió a la CNDH en un organismo constitucional autónomo, otorgándole personalidad jurídica y patrimonio propios, y autonomía presupuestaria.
b) El nombramiento del presidente de la CNDH quedó exclusivamente como responsabilidad del senado de la República o, en sus recesos, de la Comisión Permanente. Para dicha designación es necesario el voto de las dos terceras partes de los legisladores presentes. Con anterioridad a esta reforma, el nombramiento lo realizaba el presidente de la República y debía ser ratificado por el senado.
c) Se señalaron, a nivel constitucional, las garantías que debe gozar el presidente de la CNDH, y que ya se encontraban en la respectiva Ley de 1992. Estas son: estabilidad, remuneración y responsabilidad.
d) Los miembros del Consejo Consultivo son electos por igual procedimiento que el presidente de la Comisión. Dos de éstos, los de mayor antigüedad en el cargo, serán sustituidos anualmente, a menos que sean propuestos y ratificados para un segundo periodo.
e) El presidente de la CNDH debe presentar a los poderes de la Unión –a los tres– un informe anual de actividades, para lo cual comparece ante las cámaras del congreso[32].

X. Instrumentos internacionales de derechos humanos adoptados o ratificados

1. A continuación enuncio las declaraciones y los tratados internacionales de derechos humanos, adoptados y ratificados por México durante el periodo reseñado[33].

---

del Ombudsman en el ordenamiento mexicano", en La modernización del derecho constitucional mexicano. Reformas constitucionales 1990-1993, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 173-176.

[32] Carpizo, Jorge, Temas constitucionales, obra citada, nota 14, pp. 377-384.

[33] Pedroza de la Llave, Susana y García Huante, Omar (comps.), Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Firmados y Ratificados por México, México, CNDH, 2003, t. I, 759 pp., y t. II, 706 pp. Véanse: www.ordenjuridico.gob.mx/derechos_humanos.php y www2.scjn.gob.mx/tratadosinternacionales/default.htm. El cuadro fue estructurado por el Lic. Iván Alfredo Montes Flores bajo la supervisión del autor de este ensayo.

PROCLAMACIÓN	DECLARACIÓN
10 de noviembre de 1975	Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad
9 de diciembre de 1975	Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
9 de diciembre de 1975	Declaración de los derechos de los impedidos
27 de noviembre de 1978	Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales
28 de noviembre de 1978	Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra
17 de diciembre de 1979	Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley
25 de noviembre de 1981	Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones
12 de noviembre de 1984	Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz
10 de diciembre de 1984	Declaración para el reconocimiento de la competencia del Comité contra la Tortura
29 de noviembre de 1985	Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder
4 de diciembre de 1986	Declaración sobre el derecho al desarrollo
9 de diciembre de 1988	Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión
7 de septiembre de 1990	Principios básicos sobre la función de los abogados
14 de diciembre de 1990	Principios básicos para el tratamiento de los reclusos
18 de diciembre de 1992	Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas
11 de noviembre de 1997	Declaración universal sobre el genoma humano y los derechos humanos
9 de diciembre de 1998	Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos
Depósito de aceptación el 16 de diciembre de 1998, publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 1999	Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CRONOLOGÍA	TRATADO
Firmada por México el 1 de noviembre de 1966, ratificada el 20 de febrero de 1975 y publicada en el Diario Oficial el 13 de junio de 1975	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial del 7 de marzo de 1966
Adhesión de México el 4 de marzo de 1980 y publicada en el Diario Oficial el 3 de abril de 1980	Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid del 30 de noviembre de 1973
Firmada por México el 31 de marzo de 1953, ratificada el 23 de marzo de 1981 y publicada en el Diario Oficial el 28 de abril de 1981	Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer
Ratificada el 24 de marzo de 1981 y publicada en el Diario Oficial el 4 de mayo de 1981	Convención sobre Asilo Territorial del 28 de marzo de 1954
Ratificada por México el 24 de marzo de 1981 y publicada en el Diario Oficial el 7 de mayo de 1981	Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" del 22 de noviembre de 1969
Firmada por México el 17 de julio de 1980, ratificada el 23 de marzo de 1981 y publicada en el Diario Oficial el 12 de mayo de 1981	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer del 18 de diciembre de 1979
Adhesión de México el 23 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial el 12 de mayo de 1981	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 19 de diciembre de 1966
Adhesión de México el 24 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial el 20 de mayo de 1981	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966
Adhesión de México el 22 de febrero de 1983 y publicada en el Diario Oficial el 19 de abril de 1983	Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios del 10 de diciembre de 1962
Adhesión de México el 10 de marzo de 1983 y publicado en el Diario Oficial el 21 de abril de 1983	Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales del 8 de junio de 1977
Firmada por México el 16 de abril de 1985, ratificada el 23 de enero de 1986 y publicada en el Diario Oficial el 6 de marzo de 1986	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984
Ratificada por México el 12 de agosto de 1987 y publicada en el Diario Oficial el 21 de agosto de 1987	Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores del 24 de mayo de 1984
Firmada por México el 10 de febrero de 1986, ratificada el 22 de junio de 1987 y publicada en el Diario Oficial el 11 de septiembre de 1987	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura del 9 de diciembre de 1985

Firmada por México el 16 de mayo de 1986, ratificada el 18 de junio de 1987 y publicada en el Diario Oficial el 17 de septiembre de 1987	Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes del 10 de diciembre de 1985
Ratificado por México el 5 de septiembre de 1990 y publicado en el Diario Oficial el 24 de enero de 1991	Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes del 27 de junio de 1989
Firmada por México el 26 de enero de 1990, ratificada el 21 de septiembre de 1990 y publicada en el Diario Oficial el 25 de enero de 1991	Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989
Ratificada el 20 de junio de 1991 y publicada en el Diario Oficial el 6 de marzo de 1992	Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del 25 de octubre de 1980
Firmado por México el 13 de junio de 1992, ratificado el 11 de marzo de 1993 y publicado en el Diario Oficial el 7 de mayo de 1993	Convenio sobre la Diversidad Biológica del 5 de junio de 1992
Ratificado el 12 de julio de 1993 y publicado en el Diario Oficial el 25 de octubre de 1993	Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe del 24 de julio de 1992
Ratificada el 14 de septiembre de 1994 y publicada en el Diario Oficial el 24 de octubre de 1994	Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional del 29 de mayo de 1993
Firmada por México el 7 de abril de 1992, ratificada el 5 de octubre de 1994 y publicada en el Diario Oficial el 18 de noviembre de 1994	Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores del 15 de julio de 1989
Firmada por México el 29 de noviembre de 1995, aprobada por el Senado según decreto publicado en el Diario Oficial el 14 de mayo de 1996	Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores del 18 de marzo de 1994
Ratificada el 16 de septiembre de 1996 y publicada en el Diario Oficial el 2 de enero de 1997	Enmienda al párrafo 1 del Artículo 20 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer del 22 de mayo de 1995
Ratificadas el 16 de septiembre de 1996 y publicadas en el Diario Oficial el 2 de enero de 1997	Enmiendas al Artículo 8 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial del 15 de enero de 1992
Ratificada el 22 de septiembre de 1997 y publicada en el Diario Oficial el 1 de junio de 1998	Enmienda al párrafo 2 del Artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño del 12 de diciembre de 1995
Ratificado el 16 de abril de 1996 y publicado en el Diario Oficial el 1 de septiembre de 1998	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" del 17 de noviembre de 1988

Firmada por México el 4 de junio de 1995, ratificada el 12 de noviembre de 1998 y publicada en el Diario Oficial el 19 de enero de 1999	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará" del 9 de junio de 1994
Firmada por México el 22 de mayo de 1991, ratificada el 8 de marzo de 1999 y publicada en el Diario Oficial el 13 de agosto de 1999	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias del 18 de diciembre de 1990
Adhesión de México el 7 de junio de 2000 y publicada en el Diario Oficial el 25 de agosto de 2000	Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del 28 de julio de 1951
Adhesión de México el 7 de junio de 2000 y publicada en el Diario Oficial el 25 de agosto de 2000	Convención sobre el Estatuto de los Apátridas del 28 de septiembre de 1954
Ratificado el 30 de junio de 2000 y publicado en el Diario Oficial el 7 de marzo de 2001	Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación del 17 de junio de 1999
Ratificado el 5 de abril de 2001 y publicado en el Diario Oficial el 22 de abril de 2002	Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas del 20 de junio de 1983
Firmado por México el 7 de septiembre de 2000, ratificado el 15 de marzo de 2002 y publicado en el Diario Oficial el 22 de abril de 2002	Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía del 25 de mayo de 2000
Firmada por México el 3 de julio de 1969, ratificada el 15 de marzo de 2002 y publicada en el Diario Oficial el 22 de abril de 2002	Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad del 26 de noviembre de 1968
Adhesión de México el 15 de marzo de 2002 y publicado en el Diario Oficial el 3 de mayo de 2002	Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966
Firmado por México el 10 de diciembre de 1999, ratificado el 15 de marzo de 2002 y publicado en el Diario Oficial el 3 de mayo de 2002	Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer del 6 de octubre de 1999
Ratificadas el 15 de marzo de 2002 y publicadas en el Diario Oficial el 3 de mayo de 2002	Enmiendas a los Artículos 17, párrafo 7 y 18, párrafo 5, de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del 8 de septiembre de 1992
Firmado por México el 7 de septiembre de 2000, ratificado el 15 de marzo de 2002 y publicado en el Diario Oficial el 3 de mayo de 2002	Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados del 25 de mayo de 2000
Firmada por México el 4 de mayo de 2001, ratificada el 9 de abril de 2002 y publicada en el Diario Oficial el 6 de mayo de 2002	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas del 9 de junio de 1994

Firmado por México el 23 de septiembre de 2003, ratificado el 11 de abril de 2005 y publicado en el Diario Oficial el 15 de junio de 2006	Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del 18 de diciembre de 2002
Ratificada el 5 de julio de 2006 y publicada en el Diario Oficial el 26 de febrero de 2007	Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales del 20 de octubre de 2005
Adhesión de México el 20 de agosto de 2007 y publicado en el Diario Oficial el 9 de octubre de 2007	Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte del 8 de junio de 1990
Adhesión de México el 26 de septiembre de 2007 y publicado en el Diario Oficial el 26 de octubre de 2007	Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinados a Abolir la Pena de Muerte del 15 de diciembre de 1989
Firmada por México el 30 de marzo de 2007, ratificada el 17 de diciembre de 2007 y publicada en el Diario Oficial el 2 de mayo de 2008	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo del 13 de diciembre de 2006

2. En este cuadro queda claro cómo México fue renuente a ratificar instrumentos internacionales de derechos humanos, aunque acabó aceptándolos, pero después de muchos años. Por ejemplo, los dos pactos de Naciones Unidas de 1966, cuya adhesión por parte de México ocurrió hasta 1981, o la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, al cual se adhirió hasta 2000, lo que era realmente absurdo, tratándose de un país que siempre tuvo las puertas abiertas a miles de refugiados, como aconteció en los casos de la guerra civil española o de las dictaduras de América Latina.

Esta situación afortunadamente comenzó a cambiar, como puede constatarse en el cuadro expuesto, en los últimos años de la década de los ochenta, situación que a partir de entonces se ha fortalecido.

Algunos aspectos fueron especialmente difíciles en México, como la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a una concepción muy tradicional del concepto de soberanía, la cual tiene una base histórica; recuérdese sólo que a México se le arrebató la mitad de su territorio como consecuencia de una guerra injusta y provocada por el país agresor. Téngase en cuenta que en toda la historia de la humanidad ningún país ha despojado a otro de tal cantidad de territorio.

No obstante, México ha entrado de lleno en la corriente imparable del derecho internacional de los derechos humanos. Dos de los últimos presidentes de la mencionada Corte Interamericana han sido los muy distinguidos juristas mexicanos: don Héctor Fix-Zamudio y don Sergio García Ramírez.

3. En México, todos los derechos humanos contenidos en los tratados, convenios o pactos internacionales, a los cuales el país se ha adherido o ratificado, forman parte del derecho interno[34], tal y como dispone, con total claridad, el artículo 133 constitucional: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión…".

Cada día más los abogados y los jueces toman en consideración los derechos humanos contenidos en esos tratados, convenios y pactos internacionales. Cada día más se les conoce mejor y se fortalece la conciencia de que son parte, reitero, del derecho interno del país, con una jerarquía superior a las leyes federales y locales[35], y al mismo nivel que las leyes constitucionales.

* * * * *

[34] Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, obra citada, nota 7, pp. 483-484. Carpizo, Jorge, Estudios constitucionales, obra citada, nota 17, pp. 22-24.

[35] Cueva, Mario de la, Teoría de la Constitución, México, Porrúa, 2008, pp. 114-129. Carpizo, Jorge, Estudios constitucionales, obra citada, nota 21, pp. 16-22. Del mismo autor, Temas constitucionales, obra citada, nota 14, pp. 431-441 y 493-498. Patiño Manffer, Ruperto, "Los tratados internacionales en la Constitución Mexicana", en Revista de la Facultad de Derecho de México, México, UNAM-Facultad de Derecho, tomo XLII, núms. 181-182, 1992, pp. 96-97.

LA DEMOCRACIA COMO BIEN HUMANO ESENCIAL

LUIS CASTILLO CÓRDOVA*

SUMARIO: I. *La Persona como punto de partida.* **II.** *El Derecho como Justicia: los bienes humanos como lo justo humano.* **III.** *La Democracia como exigencia humana de la organización política de la convivencia social.* **IV.** *La positivización de la Democracia como exigencia de justicia.* **V.** *Conclusiones.*

I. La Persona como punto de partida

Como todo en el Derecho, la Democracia debe ser entendida en función de la Persona. En la medida que el único absoluto existente y reconocido como tal es la Persona, todo lo demás será correctamente entendido y formulado en la medida que se parta de ella concebida como fin en sí misma. Partir de la Persona significa necesariamente partir de aquello por lo cual un ser es Persona y no es otra cosa diferente, es decir, partir de su esencia o naturaleza. En este punto es preciso formular conceptos lo más básicos posible con el propósito de generar el mayor consenso posible también. En esta línea es posible constatar dos elementos definitorios de la esencia de la Persona.

Uno de ellos es que la Persona es una realidad imperfecta que está llamada a la perfección. Así se constata, por un lado, de la comprobación que somos seres cargados –en mayor o menor medida– de una serie de necesidades y carencias; y por otro, que día a día intentamos superarlas y al lograrlo nos hacemos un poco menos imperfectos. El otro elemento es nuestra complejidad dentro de nuestra unidad esencial. Sólo con afán didáctico, es posible sostener que la radical y esencial unidad humana se compone al menos de cuatro ámbitos o dimensiones.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura.

Es manifiesta la constatación de nuestra dimensión material. Allí está nuestro cuerpo para servir de verificación. También resulta manifiesta nuestra dimensión espiritual, constatada a través de nuestra alma, entendida ésta como aquello que da movimiento (ánima) al cuerpo, y que como motor posee unas potencialidades propias, como la racional: el movimiento de la Persona es uno de tipo racional (a diferencia del provocado por el alma vegetal y por el alma animal)[1]. Nadie pone en duda nuestra dimensión individual, manifestada por nuestro singular e irrepetible modo de ser y existir, propio y diferenciador de cada sujeto. Y en fin, no se puede poner en duda tampoco nuestra dimensión social, nuestra tendencia humana de vivir con otros e intentar nuestro progreso y felicidad en comunidad es una muestra manifiesta de esta dimensión[2]. Dos elementos pues: nuestra imperfección humana; y nuestra complejidad esencial.

Estos dos elementos pueden ser relacionados de la siguiente forma. La imperfección humana se manifiesta en la compleja unidad humana, de manera que en los mencionados ámbitos es posible constatar carencias y necesidades humanas[3]. En el *ámbito material* una primera es la necesidad de mantener con vida el cuerpo en el cual consiste la materialidad de la Persona; y adicionalmente, se trata de mantenerlo existente al menos con un básico equilibrio psicosomático. En el *ámbito espiritual* es notorio que debido precisamente al alma racional, la Persona tiene la posibilidad y la necesidad de conocer y de trascender de sí misma. Está hecha para el conocimiento y precisamente en el conocimiento encuentra el modo propio de ser y hacer; y esa capacidad de conocer le lleva a desear la posibilidad de religarse (a través de un ritual de culto) con una realidad concebida como Divinidad. En el *ámbito individual* todos experimentamos la necesidad de que nos singularicen e identificándonos no nos confundan con los demás; así como la necesidad de poseer y controlar un espacio propio donde poder desplegar nuestra individualidad. Y en el *ámbito social*, que es lo que interesa especialmente destacar aquí, es manifiesta la necesidad de que la organización política de la comunidad social en la que vivimos, sea una que en la mayor medida de lo posible favorezca la plena y eficaz realización de todo el conjunto humano que la conforma.

Constatado que es posible descubrir necesidades y carencias humanas –sólo con ánimo didáctico– según el ámbito o dimensión humana, resulta necesario

[1] DE AQUINO, Tomás. *S. Th.*, 1 q. 78 a.1.

[2] COTTA, Sergio. "Persona", en *ADH*, nueva época, volumen 1, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 34.

[3] AÑON ROIG, María José, "Fundamentación de los Derechos Humanos y necesidades básicas", en BALLESTEROS, Jesús (ed.), *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, ps. 100–115.

pensar en la satisfacción de las mismas. En la medida que la superación y satisfacción de las distintas necesidades y carencias que brotan de la esencia humana supondrá un paso adelante en la tendencia hacia un perfeccionamiento humano; y en la medida que el bien puede ser entendido básicamente como aquello que perfecciona al ser[4]; es posible concluir que la satisfacción de necesidades y la superación de las carencias humanas se va a lograr a través de la consecución o disfrute de bienes humanos. Las necesidades en tanto brotan de la esencia (de la naturaleza) humana pueden ser calificadas como esenciales (o naturales), de modo que los bienes que las satisfacen pueden ser calificados también de esenciales (o naturales).

Tomando en consideración que si bien es verdad que la Persona es una radical y esencial unidad, también es verdad que no por ello deja de ser posible descubrir en ella al menos las cuatro facultades antes mencionadas, con lo que es posible adscribir a cada dimensión distintos bienes humanos. Así, y para seguir con los ejemplos hasta ahora seleccionados, en el ámbito material es posible descubrir como bienes humanos tanto la vida como la salud; en el ámbito espiritual, es posible reconocer como bienes humanos la educación y la libertad de dar culto a una divinidad; en el ámbito individual, hay que afirmar el nombre y la intimidad como bienes humanos; y en el ámbito social la Democracia aparece como bien humano. Inmediatamente se profundizará sobre el entendimiento de la Democracia como un bien humano. Por ahora conviene insistir en que esta adscripción de bienes humanos según el ámbito material, espiritual, individual y social de la Persona, es sólo formulada con una finalidad didáctica pues lo que existe realmente no es una dimensión separada e incomunicada de la otra, como si fuesen compartimentos estancos, sino que lo existente es la Persona como una unidad conformada simultáneamente por las dimensiones antes mencionadas. Consecuentemente, los bienes humanos no son bienes para una determinada dimensión, sino que serán bienes para la Persona considerada una unidad y, por tanto, un bien para todas las dimensiones que la constituyan. Así, si algo resulta un bien para una dimensión de la Persona pero no lo es para otra dimensión, en realidad no se constituirá como un bien humano para la Persona considerada como una unidad[5].

---

[4] ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, 1094a–1103a.

[5] Se acierta cuando se dice que "la persecución de un cierto bien humano hasta el punto de lesionar otros o poner en riesgo los otros bienes que ese mismo sujeto comparte con el resto de los individuos no proporciona un bien real, sino meramente aparente". SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 93.

II. El Derecho como Justicia: los bienes humanos como lo justo humano

Si el Derecho tiene que ver con la justicia, y ésta exige dar a cada quien lo que le corresponde[6], preciso es preguntarse lo que le corresponde a la Persona. Como se sabe, la correspondencia entendida como deuda depende de lo previamente atribuido. La Persona, por ser como es, tiene atribuido el carácter de absoluto, es decir, se trata de una realidad que es fin en sí misma[7]. Como tal, reclama desde su propia naturaleza la posibilidad de alcanzar el mayor grado de realización o perfeccionamiento humano. Si este perfeccionamiento se logra a través de la satisfacción de las necesidades humanas esenciales y esta satisfacción a su vez se logra a través de la consecución o disfrute de los bienes humanos esenciales, entonces, es posible concluir que lo debido a la Persona por ser tal es precisamente el conjunto de bienes humanos esenciales. Si esto es lo debido se hace justicia con la Persona a la hora que se le otorga o se le permite la consecución o se asegura el disfrute del bien humano. De forma tal que es posible sostener que lo justo humano o el derecho humano es el conjunto de bienes humanos debidos a la Persona por ser tal, y cuyo otorgamiento, consecución o aseguramiento le permite alcanzar grados de perfeccionamiento en ese intento de plena realización humana[8]. Así, y para seguir con los ejemplos apuntados arriba, es posible hablar de los derechos humanos a la vida, a la salud; a la educación y a la libertad religiosa; al nombre y a la intimidad; y a la Democracia y a sus requerimientos esenciales.

Aquí interesa especialmente el análisis de la Democracia como bien humano, el cual al ser debido a la Persona humana se convierte en lo justo humano. No discutiré el dato objetivo de que la Persona experimenta irremediablemente una vocación esencial de vivir con otros y de intentar alcanzar en esa convivencia su desarrollo y perfeccionamiento humano. Al margen de que se asuma la existencia de la Comunidad como un dato natural o como uno artificial, producto

[6] HERVADA, Javier, *Lecciones de propedéutica de filosofía del derecho*, EUNSA S.A., Pamplona, 1992, p. 207.

[7] La persona humana, "existe como fin en sí mismo, no meramente como medio para el uso a discreción de esta o aquella voluntad, sino que tiene que ser considerado en todas sus acciones, tanto en las dirigidas a sí mismo como también en las dirigidas a otros seres racionales, siempre a la vez como fin". KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª edición, Ariel Filosofía, Barcelona 1996, p. 187.

[8] CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho", en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 42.

del acuerdo de individuos, lo cierto es que a una u otra posibilidad le antecede como causa necesaria la mencionada vocación social de la Persona ínsita por otro lado en su esencia humana. Sin esta vocación no es posible la existencia de la Comunidad social. Es fácil advertir que en toda comunidad social existen asuntos propios de los individuos que la conforman y existen asuntos comunes al grupo social. Los asuntos propios son gestionados por los individuos mismos según sus propias posibilidades e intereses; mientras que los asuntos comunes necesitan de un ente diferente al individuo mismo para gestionarlos. Esta última afirmación no es absolutamente necesaria, sino sólo relativamente. En efecto, viene exigida por la envergadura de las comunidades sociales actuales. Si fuese posible pensar en comunidades sociales muy reducidas, sería posible también justificar que sean los mismos individuos los que se ocupen de gestionar los intereses de todos. Pero este tipo de comunidades, si alguna vez existieron, hoy es manifiesto que no.

Se ha de asumir, pues, que en las comunidades sociales actuales los asuntos comunes requieren ser gestionados por una entidad diferente a la Persona individualmente considerada. Esta entidad ha de componerse de una serie de órganos, los cuales requieren ser actuados a través de concretas personas. Sin embargo, esta actuación nunca será personal, sino institucional; es decir, actuarán no a nombre del concreto individuo, sino a nombre del órgano mismo que conforma la entidad encargada de gestionar los asuntos que a todos interesan. Otro modo de llamar los asuntos que a todos interesan es bien común. Los órganos que componen la entidad encargada de gestionar el bien común necesitan ordenarse según una determinada organización. Esta organización, que perfectamente puede ser llamada organización política (organización de la *polis*), puede definirse de modo básico de la siguiente manera: la disposición de los distintos órganos encargados de gestionar el bien común en una comunidad social.

Si la Persona, como se ha dicho, es un absoluto que tiene la calidad de fin en sí misma, la entidad encargada de gestionar el bien común necesariamente tiene la calidad de medio. Que la Persona tiene la calidad de fin significa que el logro de su pleno desarrollo en la mayor medida de lo posible, adquiere la calidad de fin. En la medida que la adquisición, disfrute o aseguramiento de bienes humanos depara a la Persona grados de perfeccionamiento humano, pues con ellos satisface sus necesidades y solventa sus carencias humanas, el pleno desarrollo de la Persona estará en relación directa a la adquisición de bienes humanos. De esta manera, afirmar que la Persona es el fin, significa afirmar que la adquisición, disfrute o aseguramiento de bienes humanos se convierte en fin. En la medida que estos bienes humanos son, como se justificó antes, lo justo humano y, por ello, son derechos humanos, afirmar que la Persona es fin significará reconocer que sus derechos humanos son el fin.

III. La Democracia como exigencia humana de la organización política de la convivencia social

El medio, como se sabe, se legitima en su existencia y actuación en la medida que se dirige a la consecución del fin. Será ilegítimo no sólo cuando entorpece la consecución del fin, sino también cuando sin entorpecerlo se dirige a la consecución de un fin distinto. Así, la existencia y actuación de la entidad encargada de gestionar el bien común será legítima en la medida que promueva en la mayor medida de lo posible la plena vigencia y ejercicio de los derechos humanos, a través de los cuales la Persona alcanza mayores cotas de perfeccionamiento humano y de realización personal. En este contexto resulta fundamental responder adecuadamente a la siguiente pregunta: ¿cuál ha de ser la característica que anime la organización política de la comunidad social? O, con otras palabras, ¿cuál ha de ser la característica que anime la disposición de los distintos órganos encargados de gestionar el bien común en una comunidad social?

A mi modo de ver, una es decisiva: la posibilidad de que los individuos que conforman la comunidad social participen en la organización política. La justificación es sencilla: la presencia del beneficiario de lo que se formula como fin promoverá una organización tal que favorezca en la mayor medida de lo posible la consecución del mismo. De manera que si la organización política debe favorecer en la mayor medida de lo posible la plena realización de la Persona a través de la más plena vigencia de sus derechos humanos, es razonable pensar que la participación de la Persona en tal organización resulta siendo beneficiosa para la consecución del fin. Es verdad que la consecución del fin no se ha de negar de organizaciones políticas que se construyen sin la participación de la Persona, una suerte de gestión del bien común a favor de la Persona pero sin la Persona. Es posible, pero es menos probable porque se dan menos o no se dan las condiciones de participación y fiscalización necesarias para hacer de la organización política un medio efectivo en el logro del fin. Hoy en día la forma de organización política que más y mejor favorece la consecución del fin, en la medida que más y mejor favorece la participación de la Persona en la gestión del bien común es la Democracia.

La Persona, por el significado de fin ya manifestado, está llamada a existir en una comunidad social organizada políticamente que favorezca más y mejor su pleno desarrollo. Una tal forma de organización política viene exigida por la misma consideración de fin de la Persona y se constituye en una necesidad humana esencial en la medida que brota de su esencia. Hoy en día, la forma de organización política que mejor cumple estas exigencias es la democrática. Consecuentemente, la organización política democrática se convierte hoy en día en un bien humano para la Persona cuya consecución le es debida a ella, convirtiéndose en lo justo humano y, por ello, en un derecho humano.

No hay que perder de vista que las necesidades y consecuentes bienes humanos se predican de la Persona localizada en unas concretas coordenadas de tiempo y de lugar. La justificación también es sencilla: la plena realización de la Persona ha de ser intentada no en abstracto[9], sino en las concretas limitaciones e impedimentos que una específica realidad representa para la vigencia de la Persona como fin. Esto significa que es posible sostener que si llegasen a cambiar las circunstancias pueden llegar a cambiar las necesidades, ya sea porque aparecen nuevas, se redimensiona o estrecha el contenido de las ya existentes, o sencillamente dejan de aparecer como necesidades; y en todos los casos ocurrirán estos cambios sin que varié un ápice la esencia o naturaleza humana, la cual es siempre la misma. Si es posible que cambien las necesidades humanas, será posible también que varíen los bienes humanos –y con ellos los derechos humanos sobre ellos formulados–, apareciendo nuevos, redimensionando o estrechando el contenido de los existentes o sencillamente dejando de aparecer como bienes humanos[10]. Para lo que aquí interesa destacar significa que si llegase el caso de que fuese posible pensar y ejecutar en la realidad una organización política que favorece más y mejor la plena realización de la persona como fin, que lo que puede favorecer la Democracia, entonces, en ese momento la Democracia dejaría de ser un bien humano y pasaría a serlo esa nueva forma de organización política. Y es que la exigencia de justicia humana es que la comunidad social en la que se vive adopte como organización política una que promueva en la mayor medida de lo posible la plena realización de la Persona a través de la más plena vigencia de sus derechos humanos.

IV. La positivización de la Democracia como exigencia de justicia

4.1 La Democracia como derecho fundamental o principio jurídico

Las exigencias de justicia natural que significan los bienes humanos normalmente son positivadas como derechos fundamentales, aunque también pueden serlo como principios jurídicos. Esto puede ocurrir tanto en la norma positiva internacional como en la norma positiva nacional. Tanto una como otra

[9] Por este motivo, "hablar de ordinario de cosas tan generales como 'el bien del hombre' es un sinsentido. Lo que es bueno para el hombre se concreta en bienes determinados, muy concretos: que se proteja y fomente su familia, su profesión, la comunidad en que vive, etc.". CARPINTERO BENITEZ, Francisco, *Derecho y ontología jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, p. 168.

[10] CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos", en *Gaceta Constitucional*, Tomo 5, mayo 2008, p. 31–48.

forma de positivización son permitidas por la esencia de la Democracia como bien humano, ella no exige una en concreto sino que permite tanto una como otra, eso sí, siempre y cuando se le defina de modo correcto en su contenido y alcance. Y es que tanto del derecho humano como del principio jurídico es posible predicar un contenido que brota de la esencia del bien humano del cual parte, y en ese sentido es posible reconocerles a ambos un *contenido esencial*. La diferencia radica en que el contenido esencial del derecho humano atribuye al titular del mismo una serie de facultades que definen una determinada posición jurídica; mientras que el contenido esencial del principio jurídico no atribuye ninguna facultad concreta por lo que no es posible predicar de él un titular. Esta diferencia material trasciende sus efectos hacia el plano procesal, de ahí que un derecho fundamental pueda ser directamente invocado ante un tribunal de justicia, mientras que la invocación del principio jurídico necesariamente reclama la presencia de un derecho cuyo contenido –no necesariamente de rango constitucional– haya sido afectado al desconocer las exigencias que brotan del contenido esencial del mismo principio jurídico.

En este punto se ha de precisar que cuando refiero el contenido esencial no lo hago con la finalidad de reconocer en el derecho fundamental y en el principio jurídico, un contenido no esencial, sino más bien para reconocer que el contenido es uno sólo y todo él es esencial en la medida que brota de la esencia (de la naturaleza) del derecho fundamental o principio jurídico. Porque brota de aquello por lo cual el derecho o el principio es ese derecho y ese principio y no otro diferente, el contenido es uno esencial. Este contenido esencial, para lo que aquí interesa destacar, es el contenido constitucional del derecho fundamental o principio jurídico constitucionalizado. En efecto, cuando el constituyente recoge uno u otro lo hace sin definirlo, invocando sólo el nombre del bien humano que está detrás del derecho (por ejemplo vida, salud, educación, etc) o del principio (proporcionalidad, seguridad jurídica, seguridad ciudadana, etc)[11]. Al constitucionalizarlo así, está constitucionalizando la esencia del derecho o del principio, es decir, aquello que define en su naturaleza tanto a uno como a otro.

4.2 La positivización en el ordenamiento jurídico peruano

El que la Democracia sea positivada como un derecho humano o como un bien jurídico depende del concreto ordenamiento jurídico positivo. En cualquier

[11] Así, ha dicho el Tribunal Constitucional que "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". EXP. N.º 1417–2005–PA/TC, del 17 de agosto del 2010, Fundamento 10; al EXP. N.º 01761–2008–PA/TC, del 7 de abril del 2010, Fundamento 16; por sólo citar dos de las recientes.

caso, ahora se está en condiciones de afirmar que sea cual fuese la forma que adopta la Democracia al ser positivada, si como derecho fundamental si como principio jurídico, habrá siempre una relación fuerte con una serie de otros principios jurídicos y otros concretos derechos fundamentales positivados normalmente en la Constitución, y que resultan siendo especificaciones de la Democracia como bien humano que van a definir su significación y alcance jurídico.

El ordenamiento positivo que resulta relevante examinar aquí es el peruano. De él preciso es destacar las siguientes dos disposiciones. Una pertenece al ordenamiento positivo internacional vinculante para el Perú, y que por mandato de la IV Disposición final y transitoria forma parte del ordenamiento constitucional peruano. Tal disposición es el artículo 29 apartado c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que se ha establecido que "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (…) c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que *se derivan de la forma democrática* representativa de gobierno". La otra disposición a considerar es el artículo 3 de la Constitución peruana, la que dice lo siguiente: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o *que se fundan en* la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del *Estado democrático de derecho* y de la forma republicana de gobierno".

Como es fácil concluir, en el ordenamiento constitucional peruano la positivización de la Democracia no ha adoptado la forma de un derecho humano, sino más bien la de un principio jurídico. Como principio también ha sido definido e invocado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia[12]. Según se puede apreciar de las disposiciones transcritas, la positivización de la Democracia como principio ha ido acompañada de una clara atribución al mismo: hacer derivar de él o fundar en él una serie de derechos humanos (o fundamentales). Un correcto entendimiento de esta atribución que el legislador positivo, nacional e internacional, ha deparado para el principio democrático en el ordenamiento constitucional peruano, no debe dejar de lado el papel que en ello juega necesariamente la Persona.

El principio democrático como característica de organización política de la comunidad social no tiene por si mismo ni el significado ni la entidad requerida para hacer derivar de él derechos humanos o fundamentales. Necesita de un contacto fuerte y directo con la Persona (su naturaleza y dignidad) que es la única fuente de la que es posible hacer derivar los derechos humanos. Ese

[12] Así es reconocido, por ejemplo, en las sentencias al EXP. N.º 04899–2007–PA/TC, del 17 de agosto del 2010, Fundamento 15; al EXP. N.º 00016–2008–PI/TC, del 17 de junio del 2010, Fundamento 2, por citar dos recientes.

contacto consiste en la consideración de la Democracia como un bien humano. Precisamente, como se ha argumentado más arriba, porque la Democracia es un bien humano (exigencia de justicia humana), es posible fundar en ella otras exigencias de justicia humana que a modo de derechos humanos son atribuibles a la Persona. De esta manera, pues, se han de interpretar las dos declaraciones positivas manifestadas antes, evitando en la mayor medida de lo posible desconectarla del significado y papel que juega la Persona en la existencia y reconocimiento de los derechos que le son inherentes.

Así, en el ordenamiento constitucional peruano, la Democracia no se ha positivado como un derecho fundamental sino que lo ha sido como un principio que actúa como fuente de derechos humanos (o fundamentales). Esta forma de positivización no altera en nada la esencia de la Democracia como exigencia de justicia humana. Lo decisivo es el contenido jurídico constitucional que se le atribuya así como el alcance del mismo, en referencia a otros principios constitucionales. Por lo que conviene pasar a estudiar el contenido de este principio en el ordenamiento constitucional peruano.

4.3 Relación de la democracia con otros principios constitucionales

4.3.1 El principio de soberanía del pueblo

Para hacer referencia a los principios constitucionales relacionados con la Democracia, se hace preciso decir algo del Estado. De manera general puede definirse el Estado como una forma de organizar políticamente la comunidad social. Se trata de una forma que no sólo no es necesaria, sino que es histórica[13]. Quiere esto decir que no ha existido siempre ni siempre existirá. Antes de su aparición en los albores de la modernidad, otras formas de organización política le precedieron, señaladamente la Polis griega y la Civitas romana[14]. Hoy en día hay indicios de que se está evolucionado desde la estructura estatal a otras realidades estructurales más complejas en las que aparecen varias fuentes de Poder más o menos ordenadas y en las que las fronteras tal y como las definía el Estado nacional prácticamente desaparecen[15].

---

[13] SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Principios de teoría política*, 7ª edición, 1ª reimpresión, EDERSA Madrid, 1990, p. 107.

[14] Cfr. SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado Constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona 1993, ps. 30–45.

[15] DOMINGO OSLÉ, Rafael, *¿Qué es el Derecho Global?*, 2ª edición, Thomson – Aranzadi, Madrid 2008, ps. 111–139.

Aunque con indicios evolutivos, lo cierto es que aún existen Estados y como tales se organizan políticamente las sociedades. Clásicamente el Estado se ha definido por la concurrencia de al menos los siguientes tres elementos. La población, un territorio y el poder público o poder político. Conviene detenerse en este último elemento. El poder, definido básicamente como la capacidad de generar obediencia y más acabadamente como energía de la voluntad destinada al gobierno de una comunidad humana[16], insertado como elemento del Estado es un poder único (con un centro claro de irradiación, aunque pueda ejercerse de manera desconcentrada y descentralizada); institucionalizado, que se ejerce –toma y ejecuta las decisiones– a través de una serie de órganos; y soberano, que no reconoce la existencia de ningún poder más alto y, por tanto, a parece como independiente hacia fuera y como supremo hacia dentro del propio Estado[17].

La actividad de gobierno o dirección de la comunidad política se lleva a cabo a través del ejercicio de este poder. Que el titular del mismo sea el pueblo significa que la actuación institucionalizada y soberana del poder necesita estar legitimada y esta legitimación provenir del pueblo mismo[18]. Que necesita de legitimación significa rechazar las doctrinas que afirmaban que la existencia de la comunidad social es un hecho natural que no necesitaba de justificación, y que era natural porque Dios había decidido que fuese así, era "algo inscrito en el orden que la divinidad ha forjado para el cosmos"[19]. Implica pues el rechazo de las doctrinas que formulaban que el fundamento del poder era Dios, ya sea en la versión de doctrina del derecho divino sobrenatural[20], ya sea en la versión de la doctrina del derecho divino providencial[21].

---

[16] HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Comares, Granada 2003, ps. 177 y ss.

[17] NARANJO MEZA, Vladimiro, *Teoría Constitucional e instituciones políticas*, Temis, Bogotá 2006, ps. 129 y ss.

[18] BÖCKENFÖRDE, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid 2000, p. 48.

[19] GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, "Del Estado Absoluto al Estado Constitucional", en *Manuscrits: Revista d'història moderna, Nº 4–5, 1987, p.* 83.

[20] Esta doctrina afirmaba que Dios elige por sí mismo a los gobernantes y al hacerlo les dota de los poderes necesarios para gobernar la comunidad. Así, "Dios estableció a los reyes como sus ministros y reina a través de ellos sobre los pueblos (…). Por ello el trono real no es el trono de un hombre sino el de Dios mismo". BOSSUET, Jacques, *La política según las propias palabras de las Sagradas Escrituras*, Libro III, 1679.

[21] Esta doctrina afirmaba que Dios determina el sujeto del poder no directamente sino por la dirección providencial de los acontecimientos y de las voluntades humanas. Así, la Providencia "hace germinar insensiblemente (el Gobierno), como una planta, por el concurso de una infinidad de circunstancias que nosotros llamamos fortuitas". DE MAISTRE, Joseph, *Estudio sobre la soberanía*, Libro I, Capítulo VII.

La comunidad social ya no es tomada como un mero hecho natural sino como una creación artificial producto de la voluntad de los individuos[22]. Necesita, pues, de legitimación la organización política de esa comunidad social. Y la legitimidad fue hallada en cada uno de los individuos que con una igual voluntad libre habían decidido conformar la comunidad, es decir, en el Pueblo mismo. Si el poder radicaba en el pueblo, entonces el ejercicio del poder era necesariamente un ejercicio limitado y en ningún caso absoluto. Y la principal fuente de limitación provendría del acto constituyente (Constitución), que es la primera y fundamental muestra de titularidad popular del poder.

Este principio se ha recogido expresa y claramente en la Constitución peruana. De modo general lo ha sido en el artículo 45 al disponerse que el poder del Estado emana del pueblo, consecuentemente, "quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen". En esta fórmula breve reposa la esencia del principio de soberanía popular, al cual se le ha de dar el significado que del mismo se ha explicado antes. En palabras del Tribunal Constitucional, "el principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude (…) 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)"[23]. Por lo que del principio de soberanía popular "se deriva que las potestades ejercidas por los poderes públicos de nuestro Estado se sujetan a lo establecido por la propia Constitución"[24].

De modo particular ha sido recogido en el artículo 3 de la Constitución cuando se ha previsto a la soberanía popular como un criterio sobre el cual se pueden concluir derechos fundamentales no reconocidos expresamente. Nuevamente se ha de recordar que la única realidad que tienen una entidad tal que permita concluir de ella derechos fundamentales es la Persona (su naturaleza y consiguiente dignidad), en ningún caso el principio de soberanía popular puede por sí mismo ser fuente de derechos humanos. Lo será siempre en conexión con la Democracia entendida como bien humano, pues –como se dijo ya– de ésta si es posible concluir derechos humanos en la medida que detrás de ella se encuentra la Persona misma.

4.3.2. El principio de participación del pueblo en la toma de decisiones

Desde la teoría del origen divino del poder la consecuencia necesaria que se obtenía era el ejercicio absoluto de un poder también absoluto. Si quien ostenta

[22] BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid 2003, p. 423.
[23] EXP. N.° 4677–2004–PA/TC, del 7 diciembre de 2005, Fundamento 12.
[24] EXP. N.º 05761–2009–PHC/TC, del 13 de mayo del 2010, Fundamento 28.

el poder lo tiene porque Dios lo ha querido o permitido, primero, no tiene que dar cuenta de sus actos más que a Dios; segundo, nadie puede limitar su poder más que Dios. Al trasladarse el origen y fundamento del poder hacia el pueblo, quienes ejercen el poder necesariamente lo hacen en representación del titular del poder, de manera que ni puede ejercerlo como desean ni, consecuentemente, está exento de rendir cuentas ante el pueblo mismo. Como se ve, la legitimidad popular del poder obliga a diferenciar titularidad de ejercicio del poder[25]. Al ser el pueblo una entidad ideal y no de carne y hueso, requiere expresar su voluntad a través de representantes. Estos representantes deben ser encontrados de entre el mismo pueblo en la medida que los individuos que la conforman son todos igualmente libres y portadores de unos mismos derechos. El ejercicio del poder es, pues, necesariamente –aunque no exclusivamente– representativo. Aun con base en el principio representativo la democracia exige que el pueblo siempre pueda mantenerse como origen del poder, como titular del poder constituyente[26].

Así, una vez definida la legitimidad del poder en su origen popular, el ejercicio del poder tiene que poder retrotraerse siempre y de forma determinable a la voluntad popular y, consecuentemente, el gobernante o representante ha de ser responsable ante el pueblo[27], precisamente porque titularidad y ejercicio del poder se han separado. El fundamento de la obediencia que los gobernados deben a las decisiones que adopta el gobernante en ejercicio del poder político, resulta del hecho que tales decisiones son imputables en último término al pueblo mismo, ya sea porque se ha intervenido indirectamente en la toma de decisión al elegir al detentador del poder, ya sea porque ha intervenido directamente –al margen de denuncias de una *emocionalización subjetiva de la política*–[28], obligando al detentador del poder a decidir con un contenido previamente aprobado por el pueblo[29]. En uno y otro caso, la participación del pueblo se desenvuelve según la decisión mayoritaria (y dependiendo de la trascendencia del objeto decidido, puede ser una mayoría calificada). De esta manera, el fin de la legitimación democrática será asegurar en la mayor medida de lo posible la efectiva influencia del pueblo en la toma de decisiones del gobernante en ejercicio del poder político[30].

La participación inmediata o mediata del pueblo en la toma de decisiones se justifica en el presupuesto de que "el individuo, como persona moral y racional,

[25] GONZALEZ ALONSO, Benjamín, "Del Estado Absoluto…", ob. cit., p. 86.
[26] BÖCKENFORDE, Ernst, *Estudios sobre*…, Ob. cit., p. 50.
[27] Idem., p. 55.
[28] SCHNEIDER, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 259.
[29] NARANJO MEZA, Vladimiro, *Teoría Constitucional*…, ob. cit., p. 139.
[30] BÖCKENFORDE, Ernst, *Estudios sobre*…,p. 56.

es el mejor juez de sus propios intereses"[31]. La validez de este presupuesto lleva a admitir que el principio democrático no exige cualquier tipo de participación del pueblo, sino una de calidad. Una participación es tal cuando es informada. Esta exige conocimiento por parte del pueblo, y un conocimiento al menos con las dos siguientes exigencias. Por un lado, conocimiento del asunto sobre el cual se ha de decidir; y por otro, conocimiento del ejercicio del poder que realizan los diferentes órganos que toman las decisiones. El primero es un conocimiento al menos básico del significado social, político y técnico del asunto de relevancia pública que ha de ser decidido por el pueblo, de modo que este se convierta en un público activo, informado, consciente de sus derechos[32]. Uno especialmente decisivo y que ocurre con periodicidad es la elección de los representantes en el ejercicio del poder, tanto para ejercer la función ejecutiva –central y descentralizada–, la legislativa y eventualmente la judicial. En esta labor informativa juegan un papel importante los propios postulantes a ejercer el poder público, quienes están llamados a actuar con transparencia en la comunicación de las formas y contenidos planificados para el ejercicio del poder.

El segundo conocimiento exige la existencia y funcionamiento de "mecanismos institucionales que obligan a los gobernantes a tomar sus decisiones a la luz del día, y permiten a los gobernados 'ver' cómo y dónde se toman dichas decisiones"[33]. Precisamente porque el poder no pertenece a quien lo ejerce, sino al pueblo como todo, y porque el poder se ha de ejercer en nombre y en beneficio del pueblo, el ejercicio del poder debe estar animado por el principio de transparencia y publicidad. Esta exigencia de conocimiento del actuar del poder permite un doble orden de beneficios. Uno es que asegura más y mejor que la decisión efectivamente favorezca al pueblo; y segundo, permite la fiscalización en el ejercicio del poder, ya sea para obligar a cambiar una decisión adoptada por el poder, ya sea para no renovar la confianza a los detentadores del poder.

Es manifiesta la vinculación de este principio con una serie de derechos humanos al punto que es posible justificar la existencia del derecho humano de participación en la toma de decisiones que a todos afecta. Es el caso peruano, en cuyo artículo 2.17 ha reconocido el derecho de todos a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. En lo que respecta a la vida política, se hace expresa mención a ella en el artículo 31 de la Constitución, y a partir de lo cual se reconoce expresamente el derecho a participar mediante referéndum, el derecho a la iniciativa legislativa, el derecho a la remoción o revocación de autoridades, el derecho a la demanda de rendición de cuentas, el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes;

[31] BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*…, Ob. cit., p. 457.
[32] Idem., p. 419.
[33] Idem., 418.

derechos considerados por el Tribunal Constitucional como "el complemento idóneo para dotar de estabilidad a la democracia representativa"[34].

Todos estos derechos reconocidos son exigencias de justicia constitucionalizadas como derechos fundamentales y que conforman el principio democrático en su contenido esencial. En efecto, detrás de estos derechos de participación política se encuentra el bien humano Democracia, de forma tal que el reconocimiento y efectiva vigencia de tales derechos permite hablar de la efectiva consecución del bien humano Democracia, y permite calificar al Estado de democrático. A este conjunto de derechos hay que agregar otros también expresamente reconocidos en la Constitución peruana como el derecho de expresión e información, el derecho a fundar partidos políticos y el derecho de acceso a la información pública. El último de los nombrados derechos tiene especial relevancia a la hora de consolidar primero, la exigencia democrática de que el poder debe actuar siempre con transparencia y publicidad; y segundo, la exigencia de calidad en la participación del pueblo la cual –como se dijo– sólo es posible con base en un adecuado conocimiento. Hacer plenamente efectivo lo que se acaba de decir, requiere de la consideración de un principio más, como a continuación se explica.

4.3.3 Principio de la Persona como fin

El análisis de los dos principios antes mencionados ha mantenido la justificación en un plano formal. Así, el principio de la soberanía del pueblo da respuesta a quien se ha de considerar titular del poder público en un Estado, y al atribuirlo al pueblo ha exigido el reconocimiento del principio de su participación directa o indirecta en la toma de decisiones en ejercicio del poder político y para lo cual se habilita el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales. Con la sola consideración de estos dos principios se podría afirmar que lo decidido por el pueblo, o por sus representantes, debe ser siempre cumplido porque siempre será obligatorio en la medida que la decisión será siempre jurídicamente válida por ser atribuible al titular del poder. Esta conclusión, es formalmente válida aunque materialmente puede no serlo necesariamente.

Lo es desde un plano formal porque efectivamente, una decisión será democrática y jurídicamente válida cuando ha sido adoptada ya sea por el pueblo directamente o ya sea por el representante del titular del poder, y lo ha sido en ambos casos a través del procedimiento previamente aprobado en la decisión constituyente (Constitución) o constituida (Ley) del poder público. La validez de la decisión en este caso depende de su ajustamiento a exigencias

[34] EXP. N.º 0030–2005–PI/TC, del 2 de febrero del 2006, Fundamento 8.

procedimentales: que la decisión haya sido tomada por el órgano competente, siguiendo el procedimiento previamente establecido. Pero una decisión así adoptada no asegura necesariamente que su contenido beneficie a los individuos que conforman la comunidad social. Como antes se justificó, la democracia es un bien humano, de modo que su consecución no puede significar en ningún caso la agresión de la Persona que significa cada uno de los individuos que conforman la comunidad, ni la agresión a la convivencia social que depara el conjunto humano. Una decisión democráticamente válida desde el punto de vista formal no es realmente democrática si trasgrede la esencia de la Democracia que, como bien humano, tiene que ver con el perfeccionamiento y desarrollo pleno y por igual de todas las personas que componen la comunidad social en un Estado. Estas son exigencias materiales cuyo incumplimiento hace no democrática una decisión.

Estas exigencias son exigencias de justicia humana encarnadas en los derechos humanos y normalmente positivadas en la norma internacional (Tratados sobre derechos humanos) y en la norma constitucional (Constitución). De manera que una decisión será válida no sólo cuando es adoptada a través del órgano y procedimientos previamente previstos, sino también cuando favorecen la realización del fin que es la plena realización de la Persona a través del pleno respecto a sus derechos fundamentales[35]. Como se explicó antes, afirmar que la persona es el fin significa admitir que la plena vigencia de sus derechos humanos es el fin. Y admitir esto significa a su vez admitir que el Poder público, como medio o instrumento al servicio de la Persona que es, debe, primero, no adoptar decisiones que contradigan o nieguen el contenido esencial de tales derechos, frustrando su consecución; y, segundo, adoptar decisiones que promuevan en la mayor medida de lo posible la superación de las dificultades o la desaparición de los impedimentos que impiden un ejercicio pleno de los referidos derechos. De esta manera, la Democracia no sólo tiene una dimensión procesal o formal, sino también una dimensión material. La validez de la decisión que adopta el Gobernante en ejercicio del poder público dependerá del cumplimiento estricto tanto de las exigencias formales como de las materiales que dimanan de la esencia del bien humano en que consiste la Democracia.

La Constitución peruana se abre con la prescripción del principal mandato en ella contenido: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad

[35] En referencia a la democracia sustancial, ha escrito Ferrajoli que "es precisamente con la sustancia de las decisiones con lo que tienen [que] ver las obligaciones y las prohibiciones impuestas a la legislación por los derechos fundamentales estipulados en las normas sobre la producción, que por eso podemos llamar 'sustanciales' ". FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª edición, Trotta, Madrid 2006, p. 52.

son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1)[36]. Consecuente con este mandato, el constituyente ha establecido un deber calificado de primordial para el poder y, por tanto, para quienes en representación del pueblo lo ejercen: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44). De esta manera, la Persona se convierte en "el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple"[37]. Este mandato constitucional permite predicar del ordenamiento constitucional peruano la justificación y significado que de la Persona y los derechos humanos entendidos como bienes humanos se formulo al inicio de estas páginas. Al ser considerada la Persona como fin y el Estado un medio, el Poder como elemento del Estado se justifica en su existencia y ejercicio sólo en la medida que favorezca la plena realización de la Persona, es decir, sólo en la medida que promueva la plena vigencia de los derechos humanos o fundamentales.

Por lo demás, esta dogmática iusfundamental es posible hallarla recogida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual ha apelado a la naturaleza humana para justificar específicos derechos humanos –como el derecho a la propiedad[38] y el derecho al trabajo[39]–, y ha reconocido de modo general la existencia de exigencias de justicia natural que denomina como *derechos naturales[40], como despliegues de la dignidad humana que "en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica"*[41], que se presentan en un ámbito material[42] y espiritual – cuya satisfacción "contribuye al crecimiento, desarrollo y desenvolvimiento del hombre en el ámbito social pero también le permite lograr a plenitud el goce de la vida en su dimensión espiritual"[43]–; así como individual –"el ser humano física y moralmente individualizado"[44]–, y social –que le ha llevado al Tribunal Constitucional a reconocer que "los derechos sociales son derechos

[36] Para el Tribunal Constitucional "esta disposición constitucional es la 'piedra angular' de los derechos fundamentales de las personas y, por ende, de todo el ordenamiento jurídico". EXP. N.º 6612–2005–PA/TC, del 18 de diciembre de 2007, Fundamento 4.

[37] EXP. N.º 00926–2007–AA/TC, del 3 de noviembre del 2009, Fundamento 26.

[38] EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, Fundamento 26.a

[39] EXP. N.° 008–2005–PI/TC, del 12 de agosto de 2005, Fundamento 18.

[40] El Tribunal Constitucional tiene dicho que "la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal". EXP. Nº 318–1996–HC/TC, del 6 de agosto de 1996, Fundamento 1.

[41] EXP. N.º 2273–2005–PHC/TC, del 20 de abril del 2006, Fundamento 9.

[42] EXP. N.° 04922–2007–PA/TC, 18 de octubre 2007, Fundamento 6.

[43] EXP. N.º 1317–2008–PHC/TC, del 4 de junio de 2008, Fundamento 12.

[44] EXP. Nº 02130–2009–PA/TC, del 7 de julio de 2010, Fundamento 7.

fundamentales por su relación e identificación con la dignidad de la persona y porque así se encuentran consagrados en nuestra Constitución"[45].

4.4 Relación de la democracia con los derechos fundamentales

La Democracia como bien humano ha sido constitucionalizada en el ordenamiento jurídico peruano como un principio. La base dogmática está para ser considerada también como un derecho humano. En este punto el Legislador positivo, en este caso el Constituyente, tiene un margen de acción en virtud del cual ha decidido correctamente constitucionalizar la Democracia como un principio. No obstante ello, lo decisivo es la determinación de su significado y alcance jurídico –y obviamente político–. En esa determinación hay que tomar en consideración la relación de la Democracia con al menos otros tres principios constitucionales: el de soberanía popular; el de participación ciudadana y el de la consideración de la Persona como fin. Junto a estos principios hay que tomar en consideración su intensa relación con una serie de derechos fundamentales. De entre ellos principales son los que ya se concluían del principio de participación ciudadana. Y son principales en la medida que de su efectiva vigencia depende la plena construcción de una organización política de la convivencia humana que en la mayor medida de lo posible favorezca la plena realización de la Persona a través de la plena vigencia de sus derechos humanos. Siempre teniendo en cuenta que el alcance de estos derechos, normalmente denominados como derechos fundamentales políticos, no pueden ser ejercitados de manera que pongan en peligro la consecución del fin, es decir, que en ningún caso un ejercicio del derecho a participar en la vida política del país podrá suponer la agresión de otros derechos fundamentales.

No es oportunidad de realizar un estudio pormenorizado de estos derechos así como de su contenido constitucionalmente protegido. Sólo es preciso destacar su íntima relación con la Democracia. La plena vigencia de estos derechos fundamentales consiguen en la mayor medida posible la satisfacción de la necesidad humana de convivir en una comunidad en la que se promueva el más pleno desarrollo de la persona a través, precisamente, de permitir su libre e informada participación en la toma de decisiones que a todos afectan. En palabras del Tribunal Constitucional peruano, "[la] participación [del pueblo] en la formación de la voluntad político–estatal, es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales"[46], y con ello –habría que agregar– a su perfeccionamiento y pleno desarrollo personal.

[45] EXP. N.º 4232–2004–AA/TC, del 3 de marzo de 2005, Fundamento 7.
[46] EXP. N.º 00005–2007–PI/TC, del 26 de agosto del 2008, Fundamento 14.

V. Conclusiones

La Persona como inicio y fin del Derecho permite justificar y definir a la Democracia como un bien humano que brota de la esencia de la Persona y como tal, de un bien humano esencial. A partir de aquí el reconocimiento positivo del mismo puede acontecer por vía de un derecho fundamental o por vía de un principio jurídico. En el caso peruano no ha sido recogido como derecho fundamental sino como un principio. Esto no significa olvidar el vínculo fuerte con otros principios constitucionales (especialmente del principio de soberanía popular; del principio de participación popular y del principio de la Persona como fin), y con otros derechos fundamentales (especialmente con los derechos fundamentales políticos). Tanto unos como otros definen el significado y alcance esencial de la Democracia. Este contenido esencial se convierte en parámetro de justicia y por consiguiente validez jurídica de las decisiones que en ejercicio del poder público se adopten. Así, por ejemplo, una decisión mayoritaria –incluso unánime– de los miembros del órgano decisor –por ejemplo el Parlamento– que trasgreda las exigencias constitucionales de los derechos fundamentales, vulnerará necesariamente las exigencias esenciales de la Democracia y, por ello, será antidemocrática, con la consiguiente invalidez jurídica de la misma. Y es que la Democracia, como forma de organizar la comunidad política y de ejercer el poder político, es un medio cuya legitimidad depende no sólo de que no contradiga la consecución del fin, sino de que lo promueva de modo efectivo. Y el fin, como se ha dicho, es el pleno desarrollo de la Persona, y en la medida que los derechos humanos o fundamentales son el conjunto de bienes humanos debidos a la persona cuya adquisición supondrá grados de perfeccionamiento para ella, afirmar que la Persona es el fin, significa afirmar que sus derechos humanos o fundamentales son el fin.

* * * * *

REPRESENTACIÓN POLÍTICA PARA EL ESTADO CONSTITUCIONAL

ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA*
CAROLINA CANALES CAMA**

SUMARIO: **I**. *Introducción.* **II.** *Democracia y Constitución.* **III**. *Democracia Representativa y Sistema Electoral. 3.1. Sistema Electoral Peruano. 3.2. Requisitos y Capacidades.* **IV**. *Conclusión.*

I. Introducción

El principio democrático contenido en el artículo 45º de la Constitución, según el cual el poder del Estado emana del pueblo, implica que la titularidad de los cargos públicos sólo puede ser legítima si su origen, de manera mediata o inmediata, se funda en un acto concreto que expresa la voluntad popular, y siempre que su ejercicio se haga con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Sin embargo, la democracia no puede ser únicamente un método electoral y el Derecho electoral un conjunto de reglas que organicen las elecciones; sino que es necesario regular unas elecciones y un sistema electoral que se rodeen de imprescindibles requisitos y garantías que otorguen confianza al sufragio ciudadano. Lo que pone en relación directa a la teoría general del Derecho electoral y su objeto –las elecciones- con el Derecho constitucional[1].

Sostenemos que, en el caso del Derecho electoral como en ningún otro sector del Derecho constitucional, en razón primero de la pluralidad de sus actores (triada representado-partido político-representado, medios de comunicación,

---

* Vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional y Doctor en Derecho por la Universidad San Martín de Porres.

** Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad San Martín de Porres. Egresada de la Maestría de Derecho Constitucional en la Escuela de Graduados de la PUCP.

[1] LANDA, César. "Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones". En: Elecciones, ONPE, Año 6, N.º 7, noviembre 2007, p. 119.

organismos electorales, organizaciones de la sociedad civil, entre otros), pero también de las características de los mismos, se exige la adopción de determinadas actitudes, pautas de comportamiento sin cuya observancia es muy difícil una actuación correcta del sistema democrático.

Que duda cabe, la integración en tiempo y forma de los distintos poderes y órganos constitucionales es un presupuesto para el correcto —y legítimo— funcionamiento de las instituciones del Estado. En el caso de los cargos sometidos a elección popular esas eventuales inobservancias implican consecuencias lesivas de la dignidad de la función y de la institucionalidad democrática, que ponen en evidencia la relevancia de un tipo de integración personal muy condicionada por la función misma que le ha sido reservada a los referidos órganos.

Confiamos de esa manera que la democracia representativa goce de la ventaja de que su institucionalidad informe y fortalezca los procedimientos de elección de representantes que cuenten con comprobada conducta institucional y cívica respecto al deber constitucional sobre el ejercicio de sus competencias; y asimismo, se revitalice el vínculo prodemocrático de la sociedad civil con las instituciones políticas.

Finalmente, estamos convencidos que un proceso de elección respetuoso de los principios de transparencia, publicidad y del propio perfil de la representación democrática, permitirá evitar fenómenos de regresión histórica donde la democracia, por incipiente y debilitada, se vio desnaturalizada. Siendo que lo que está comprometido es la propia vigencia de la democracia. La responsabilidad de los depositarios del voto popular es grande con respecto a la institucionalidad y a la tarea asignada: una responsabilidad mayor, pues la renovación de la confianza ciudadana depende de ellos –de sus talentos, experiencias y puntos de vista individuales y de su trabajo común-.

Por ello, es necesario que la normatividad y la normalidad constitucional se encarguen de describir y detallar el proceso mismo, para lo cual el presente ensayo tiene como modesta pretensión coadyuvar en dicho esfuerzo.

II. Democracia y Constitución

El Tribunal Constitucional ha destacado que, conforme al artículo 43º de la Constitución, el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho[2] ; De donde se desprende que, es inherente al Estado Constitucional el reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes

[2] STC 4677-2004-AA, de fecha 25 de diciembre de 2005, CASO CGTP.

constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y, que su voluntad se plasma en la Constitución Política del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional)[3].

Lo que también tiene un impacto en la parte dogmática de la Constitución, actuando como "fundamento de derechos fundamentales", según refiere el artículo 3º de la Constitución: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

De forma que en el ordenamiento constitucional peruano, la democracia tiene el rango de un principio jurídico fundamental que tiene muchas funciones y modos de validez simultáneos: actúa, por un lado, como principio programático; y de otro, conjuntamente con normas de derecho positivo, como directamente obligatoria. En suma, comparte un doble carácter deontológico[4]:

(i) Metanorma que orienta el conocimiento, la interpretación y la aplicación de las restantes normas jurídicas, porque atraviesan a manera de ratio legis todo el contenido de las disposiciones que componen el edificio legal del ordenamiento al que se refiera. Así, la democracia actúa como concepto vinculante en todos los niveles de la llamada estructura gradual del orden jurídico: desde el Derecho constitucional hasta el Derecho de estatuto. No está vivo en un sólo plano de validez e impregna consigo la realidad social. Es decir, sobre ella se asienta el deber ser (la normatividad), y al mismo tiempo el es (la normalidad), a los cuales presta todo su sentido propio.

(ii) Actúa propiamente como norma que tiene un prima facie debido, expresándose en un deber ser, que regula determinadas conductas, las cuales deben estar siempre orientadas al respeto y valoración del hombre. Es una auténtica norma jurídica.

De allí que, la instalación y consolidación de un sistema democrático obliga a una afirmación continuo de los valores de la participación y la estabilidad, de la pluralidad y la paz, del ejercicio de los derechos y la legalidad, del despliegue de los intereses propios y la autolimitación, de la contienda y la cooperación y de la tolerancia. Un aprendizaje que lleva a reconocer derechos y obligaciones recíprocos, a asumir el valor de la pluralidad y la diversidad, y renunciar a dogmas.

---

[3] VEGA GARCÍA, Pedro de. La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid: Tecnos, 1985, pp. 15-37.

[4] ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 81 y ss.

Lo que tendrá un reflejo en el plano institucional en la formación de partidos y tendencias políticas conscientes de los alcances y las limitaciones de la competencia propiamente democrática, en la que nadie puede colocarse por encima de la legalidad, en la que nadie puede pretender tener privilegios contra la mayoría, en la que, incluso, las mayorías eventuales han de asumirse siempre como parte y no como todo, y en la que, por consiguiente, deben respetarse plenamente los derechos de las minorías, incluido su derecho a volverse mayoría [5].

En suma, la preocupación del jurista frente a la realización del principio democrático atraviesa como se ha acomodado y ha resuelto sus conflictos con otros principios y valores constitucionales. Pues, es bien cierto, que la democracia en las sociedades modernas sólo puede concebirse en la fórmula representativa, y los demás bienes constitucionales apuntan en parte hacia una misma dirección. Sin embargo, en buena medida también se encuentran en una situación de tensión [6].

III. Democracia Representativa y Sistema Electoral

La democracia representativa alude a que las deliberaciones colectivas, es decir, las deliberaciones que involucran a toda la colectividad, no son tomadas directamente por quienes forman parte de ella, sino por personas elegidas para este fin[7]. No obstante, en los actuales procesos de democratización ("de la democratización del Estado a la democratización de la sociedad"), si se quiere tomar un indicador, éste ya no puede ser el número de personas que tienen derecho de votar. El desarrollo democrático ha pasado del criterio de "quién" vota, para colocar en su lugar las interrogantes respecto al "dónde" vota, "cómo" vota y "por quién" vota".

Con estas consideraciones, la situación constitucional contemporánea en Latinoamérica debe ser estudiada a la luz de los conflictos entre democracia y autoritarismos constitucionales. Esto es, porque la inestabilidad ha sido una constante histórica que ha producido no sólo el ir y venir entre democracia y

[5] WOLDENBERG, José. "Ética, Elecciones y Democracia". En: Derecho y Cultura. Ética y democracia, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, núm. 11-12, septiembre-diciembre 2003, p. 26.

[6] BERNAL PULIDO, Carlos. "La democracia como principio constitucional en América Latina". En: Cuestiones Constitucionales, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, número 17, julio-diciembre 2007, p. 33.

[7] BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 52.

regímenes autoritarios, pero también una permanente mixtura de ambos regímenes.

Al respecto, cabe referir que en el contexto autoritario peruano de los noventa, como quiera que el gobierno y la oposición parlamentaria mantuvieron una relación de suma cero, donde los éxitos de uno fueron la derrota del otro y viceversa, las elecciones estaban sujetas a la manipulación que restó credibilidad y operatividad al sistema de garantías. La consecuencia inevitable de ello fue el profundo deterioro no sólo de los procesos electorales y de quienes participan de ellos, sino también del modelo democrático del consenso, ahondando la desconfianza de la opinión pública ciudadana sobre las instituciones del Estado constitucional de Derecho. Creemos que la principal debilidad no está solo en la forma de proceder y de decidir de estas instituciones, sino en la falta de legitimidad al momento de conformarlas.

La transición democrática iniciada en nuestro país en el año 2000 implicó la construcción gradual de un nuevo vínculo entre ética y política que se refuerza en la renovación permanente de la cultura institucional de los involucrados. Los partidos políticos, los representantes elegidos, los medios de comunicación y la sociedad en su conjunto deben en sus respectivos papeles asumir la "ética convergente de la responsabilidad"[8] que supone, tener presente las previsibles consecuencias de la propia actuación en la tarea política.

Hoy, culminada la transición, el Estado peruano afronta nuevos temas y problemas que, en esencia, son los mismos que se presentan en otras democracias más maduras, en orden a hacerlas más eficaces y cercanas a las expectativas ciudadanas. En suma, se trata de arraigar los valores consustanciales a aquella forma de vida de una sociedad plural, libre y solidaria. Esto impone la necesidad que sean permanentes los esfuerzos del legislador de redefinir piezas claves del diseño normativo de los procesos de elección democrática; para que desde su origen, la ciudadanía observe una diferencia sustancial, mientras su diario quehacer se articule tanto con la realidad constitucional como con los valores democráticos; y que tenga su contraparte en el fortalecimiento de los controles electorales.

3.1. Sistema electoral peruano

La democracia representativa se articula a través del sistema electoral. El sistema electoral es un conjunto de mecanismos y procedimientos que permiten trasladar la voluntad popular a la conformación de los principales niveles de dirección del Estado. Ello requiere de transparencia absoluta en las reglas que

[8] WEBER, Max. El político y el científico. México D.F.: Premia, 1980, p. 47.

condicionan la participación de los grupos políticos en el proceso electoral (vgr. Ley N.° 28094, de Partidos Políticos). Hecho necesario si consideramos que los electores no podrán pronunciarse por las personas de su predilección sino tan sólo por aquellas que sean propuestas por los grupos políticos; es decir, se otorga confianza al sistema de partidos políticos, pues la inmensa mayoría de ciudadanos no conoce de manera suficiente las virtudes y defectos de los candidatos por quiénes vota.

Por estas razones, se debe reparar en el carácter nodal de las elecciones en el sistema democrático, como el momento en que los ciudadanos exigen responsabilidad política a sus gobernantes. De esta centralidad se deducen principios a incorporar necesariamente a la ordenación electoral, y que deben ser tenidos en cuenta en su cumplimiento e interpretación. Caracteriza a este sistema político la condición representativa del poder, su naturaleza temporalmente limitada y su ejercicio en condiciones de publicidad y transparencia, posibles gracias a la institución de las elecciones, a través de las cuales el pueblo, único titular de la legitimación para la dominación, encomienda un mandato de autoridad a sus representantes[9].

En unas elecciones limpias, el cuidado de la igualdad concurrencial entre todas las fuerzas políticas de modo que ninguna disfrute de ventajas institucionales y la observancia rigurosa por parte de todos de las reglas de juego depende básicamente de una Administración electoral adecuada.

Por tanto, un indicador del avance del proceso de democratización del Estado, debe verificarse por el resultado de las elecciones, donde los mecanismos de representación juegan un papel medular de dicho proceso. Todo sistema para renovar los cargos sujetos a elección popular debe contribuir a fortalecer el sistema democrático, mediante el establecimiento y respeto de las reglas de su elección, así como, la adecuada identificación del perfil de los candidatos y la legitimidad que éstos puedan exhibir y mantener antes sus electores.

3.2. Requisitos y capacidades

Un análisis de los factores que permiten afianzar la gobernabilidad a la par de la construcción de nuevos escenarios democráticos, resulta ser una tarea de amplia complejidad. Así, para efectos del presente ensayo, el desarrollo que se realizará consiste en atender a las implicancias jurídico-políticas de los requisitos para los cargos de elección popular, con especial referencia, a los parlamen-

[9] SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José. "Una visión institucional del Proceso Electoral". En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 13, Núm. 39, septiembre-diciembre 1993, pp. 65-66.

tarios. Ello, sin desconocer que en el momento actual es un tema que reviste gravitante importancia, de cara a los procesos electorales próximos.

Sin disposición a invertir confianza en los representantes y en las instituciones representativas es difícil alcanzar el grado de legitimidad necesario para su buen funcionamiento[10]. Sostenemos que si el fundamento de la justificación del Estado en general (teoría contractualista) y de la representación en particular es el consentimiento que cada persona presta a este tipo de instituciones, el representante[11] éticamente no puede prescindir de los intereses de los representados . Por el contrario, se encuentra obligado a su realización práctica; pero, para ello debe reunir en sí mismo algunas condiciones.

3.2.1. Requisitos. Status legal

Los requisitos para ocupar un cargo de elección popular podemos definirlos como las condiciones mínimas necesarias que debe reunir una determinada persona con el objeto de estar jurídicamente acreditada para aspirar a dicho cargo y, por consiguiente, participar en el proceso electoral con el status de "candidato". Estas características han sido definidas como consecuencia, no sólo de un proceso empírico, sino de una serie de análisis basados en la recopilación de experiencias de la Nación que se trate, tomando en cuenta la voluntad popular, sus procesos históricos y el contexto político-social, cuyo resultado final es la definición del perfil que conforme a cada sociedad debe reunir un determinado candidato[12].

En nuestro sistema, el marco normativo es el siguiente,

Artículo 110º de la Constitución Política de 1993

> El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación. Para ser elegido Presidente de la República se requiere ser peruano por nacimiento, tener más de treinta y cinco años de edad al momento de la postulación y gozar del derecho de sufragio.

---

[10] NOHLEN, Dieter. "Instituciones y cultura política". En: La Democracia. Instituciones, conceptos y contexto. Lima: Grijley, 2010, p. 340.

[11] GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Representación y democracia". En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 6, 1989, pp. 143-163.

[12] ROMÁN GONZÁLEZ, Eduardo. "La calificación de los requisitos para ser Presidente de la República en México y Chile (hacia la judicialización del proceso electoral)". En: *Perspectivas del Derecho en México*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, pp. 173-180.

Artículo 90º de la Constitución Política de 1993

> El Poder Legislativo reside en el Congreso de la República, el cual consta de cámara única.
> El número de congresistas es de ciento treinta. El Congreso de la República se elige por un período de cinco años mediante un proceso electoral organizado conforme a ley. Los candidatos a la Presidencia de la República no pueden integrar la lista de candidatos a congresistas. Los candidatos a vicepresidentes pueden ser simultáneamente candidatos a una representación en el Congreso.
> Para ser elegido congresista, se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido veinticinco años y gozar de derecho de sufragio.

Asimismo, al término del plazo que tienen las organizaciones políticas y alianzas electorales para definir, a través de elecciones internas, a sus candidatos al Congreso de la República y Parlamento Andino, se deberá verificar los requisitos e impedimentos que se debe tener en cuenta a fin de conformar las listas de postulantes congresales.

De acuerdo al Reglamento de Inscripción de Fórmulas y Listas de Candidatos de las Elecciones Generales de 2011 (Resolución N° 5004-2010-JNE), se encuentran impedidos de ser candidatos al Congreso de la República quienes tengan suspendidos el ejercicio de la ciudadanía por resolución judicial de interdicción (privación de un derecho civil por la ley).

Del mismo modo, quienes tengan sentencia con pena privativa de la libertad o sentencia con inhabilitación de los derechos políticos (artículo 10° de la Ley Orgánica de Elecciones). Tampoco son elegibles los funcionarios públicos inhabilitados por diez años por el Congreso de la República (artículo 100° de la Constitución) y los que hayan sido cesados o destituidos como consecuencia de inhabilitación dispuesta por sentencia en proceso penal (artículo 114° de la Ley Orgánica de Elecciones).

No pueden ser candidatos al Parlamento Nacional los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad y quienes no se encuentran debidamente inscritos en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) (artículo 113° de la Ley Orgánica de Elecciones).

Finalmente, conforme a lo establecido en los incisos a) y s) del artículo 36° de la Ley N° 26486, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, y en concordancia con las normas electorales, corresponde al Jurado Electoral Especial inscribir a los candidatos presentados por las organizaciones políticas, constituyéndose para este efecto en la primera instancia para resolver las tachas

e impugnaciones que se interpongan contra dichas candidaturas, así como para la concesión de los recursos de apelación contra las mismas.

Por su parte, es atribución del Pleno del JNE, en virtud de lo dispuesto en el inciso t) del artículo 5° de su Ley Orgánica, resolver en última instancia las apelaciones que se interpongan contra las decisiones de los Jurados Electorales Especiales. Frente a las decisiones del Pleno, solamente es posible interponer el Recurso Extraordinario establecido mediante Resolución N° 306-2005-JNE. La presentación de tal recurso no impide ni suspende la ejecución del pronunciamiento que haya emitido el Pleno.

3.2.2. Capacidades. Perfil

Lo cierto es que los requisitos de carácter formal, representan un estándar mínimo, desvinculado con las verdaderas necesidades de una sociedad en crecimiento en pleno siglo XXI, que pretende ajustar a la Constitución su conformación y funcionamiento. Sin embargo, existe responsabilidad en un doble nivel. La primera, de los electores en el establecimiento de parámetros cualitativos de evaluación sobre la consideración del perfil de los candidatos, y que se expresa a través del derecho de sufragio activo (artículo 31° de la Constitución); y, la segunda, del sistema electoral en la necesaria reforma de las reglas y las instituciones que permitan la participación en la arena política de quiénes se encuentran debidamente preparados, aunado a fórmulas de integración que resten los márgenes de sub y sobre-representación.

En tiempos electorales es natural que los actores políticos pongan en juego todas sus artes para ganar la voluntad de los ciudadanos. Sin embargo, la conducta ética reclama que el cumplimiento de la ley se vea acompañado por el principio de responsabilidad. Y eso vale para todos los actores: el candidato que promete cosas que sabe no podrá realizar; el medio que difunde informaciones no probadas; el político que escandaliza con el único propósito de llamar la atención. Todos ellos pervierten los fines de la lucha electoral pues renuncian a poner en juego sus verdaderas posiciones, sus diagnósticos y propuestas, sus intereses, y, en esa medida, a recrear la pluralidad que nutre y da vida a la democracia[13] .

En suma, se trata de perfilar al político con ideas que pueda generar una democracia fortalecida, y con principios éticos que lo prevengan del desencanto o el cinismo. En ese sentido, nos permitimos presentar algunos criterios que

[13] WOLDENBERG, José. "Ética, Elecciones y Democracia". En: Derecho y Cultura. Ética y democracia, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, núm. 11-12, septiembre-diciembre 2003, p. 29.

permitan informar los procesos de calificación de los candidatos, y de darse los consensos necesarios, las necesarias reformas constitucionales y legales.

3.2.2.1. Lealtad constitucional

Es necesario acreditar un importante grado de vinculación y conocimiento frente al contenido normativo y valorativo de la Constitución. No podemos obviar de nuestro análisis que existe un metanivel ubicado por encima de lo estrictamente normativo, para lo cual convendría precisar que el modelo de político incardina su labor en un Estado constitucional, cuya Constitución establece una serie de derechos fundamentales, como límite efectivo al poder, como espacio de libertad para el desarrollo de la personalidad de la persona humana. Es decir, el político no es sólo quien pretende ser un funcionario del Estado, sino que ha de llevar a cabo su función dentro de un ámbito de lealtad frente a los contenidos axiológicos y valores superiores de nuestro orden constitucional -cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º)-.

Se debe atender a que ninguna persona que aspire acceder al ejercicio de la función pública, puede entender el Derecho como una mera suma de normas escritas capaces de dar respuesta por sí solas a las distintas controversias jurídicas. Los derechos fundamentales —cuya vis expansiva se proyecta a todo el ordenamiento— son pretensiones éticas reconocidas jurídicamente. Ello lleva a que la norma constitucional sea la mejor exponente de la fusión entre moralidad y juridicidad. Aquella moralidad puesta al servicio de la dignidad y aquella juridicidad que la hace socialmente exigible.

3.2.2.2. Especialización en política partidaria

Como resultado inmediato y evidente del carrusel electoral, hoy la política en el Perú se ve afectada por la ausencia de un adecuado grado de profesionalización, pues queda librada en manos de políticos sin amplia experiencia en el escenario público. Es así que en nuestro país se puede constatar fenómenos de antipolítica.

Que duda cabe, el compromiso partidario puede resultar ser una preparación necesaria, especialmente en la medida en que suministra una amplia comprensión de los temas políticos, además de dotar de un pensamiento eminentemente pragmático. Resulta altamente ponderable la elección de un representante de la clase política con sólidos anclajes en el mundo de los partidos políticos y con experiencia previa en otros cargos de representación popular.

Sin embargo, dicho perfil tiene como conditio sine qua non el afianzamiento de un adecuado sistema de partidos políticos[14]. Corresponde a éstos la responsabilidad de hacer que la política sea una actividad racional y constructiva. De ellos depende que la política trascienda los cálculos derivados de la urgencia de ganar la mayoría electoral para convertirse en una actividad racional, capaz de convocar a la ciudadanía a proteger el "interés general" del que depende la coexistencia civilizada y respetuosa de una Nación[15]. Es al interior de los partidos políticos que se presenta el reto y la oportunidad de alentar la preparación de los actores políticos en el debate público. De otro lado, también se harán patentes las responsabilidades sobre las conductas individuales.

Lo que traerá como consecuencia que se otorgue un carácter institucional de la campaña electoral, de afirmación intencionada del contraste entre las diversas opciones a través de la discusión y el debate; que nos permita superar las formas de generación de confrontación, que únicamente buscan solapar la ausencia de líderes y programas. Solamente quienes se encuentren debidamente preparados en la política profesional se adecúan mucho más al esquema del debate que a la de la propaganda, que parece reposar antes en la idea del ciudadano a quien hay que informar que en el consumidor a quien se trata de manipular[16].

En suma, aunque puede ser cierto que la representación de intereses por parte de los partidos políticos esté distorsionada, no hay duda que sin la centralidad del sistema representativo se quiebra la gobernabilidad[17]. Pues, en ellos es posible garantizar un estándar de calidad para el ingreso de individuos con vinculación directa con la política, entendida como: el espacio de libertad que integra los diversos tipos de intereses y de tendencias que interactúan en la sociedad, en grado de natural confrontación, pero en permanente búsqueda del entendimiento alcanzado en la negociación, no en la imposición. Lo que tendrá reflejo en la capacidad para superar una primera reelección en las curules parlamentarias, una importante trayectoria cívica a lo largo de la labor política municipal, un reconocido trabajo más allá de las coyunturas electorales al interior de un partido político serio y organizado, entre otras.

---

[14] TAJADURA TEJADA, Javier. "La dimensión externa del principio de constitucionalidad de los partidos políticos en el ordenamiento jurídico español". En: Teoría y Realidad Constitucional, UNED, núm. 12-13, segundo semestre 2003-primer semestre 2004, pp. 223-249.

[15] WOLDENBERG, José. "Ética, Elecciones y Democracia". En: Derecho y Cultura. Ética y democracia, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, núm. 11-12, septiembre-diciembre 2003, p. 30.

[16] SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José. "Una visión institucional del Proceso Electoral". En: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 13, Núm. 39, septiembre-diciembre 1993, pp. 65-66.

[17] NOHLEN, Dieter. "Desafíos de la democracia contemporánea". En: La Democracia. Instituciones, conceptos y contexto. Lima: Grijley, 2010, pp. 76-77.

3.2.2.3. Experiencia previa

Resulta obvio que en el afán de fortalecer la representación política, modernizándola para que sea coherente con los principios y valores constitucionales, en vista de que ya no estamos en los supuestos del Estado liberal de Derecho sino en un Estado constitucional de Derecho.

En cualquiera de los supuestos antes descritos debe haberse acreditado una trayectoria democrática. No cabe penetrar en el mercado electoral si no se comparte un estándar mínimo de respeto por la democracia ni por la Constitución, ante ello, quedan deslegitimadas para concurrir al certamen electoral los que profesen ideologías que justifiquen a la violencia como instrumento para obtener resultados políticos. El candidato que haya pertenecido o pertenezca a asociaciones no democráticas o con posiciones anticonstitucionales plantea la contradicción entre obedecer a dos sistemas normativos cuyas conductas son pragmáticamente incompatibles.

Resulta impresionante constatar que en nuestro país, un individuo provisto de dinero, carisma y algo de fortuna, puede llegar a obtener el favor popular y erigirse, sin acreditar mérito previo alguno, en el conductor de la sociedad y del Estado. De allí la necesidad de acreditar un perfil de desarrollo profesional y capacidad de gestión, ya sea en el ámbito público o privado. Al igual que no podría tentar la gerencia general de una empresa una persona sin formación universitaria o el liderazgo de un prestigioso estudio de abogados; con mayor razón, es necesario sincerar el sistema electoral que permite la participación de candidatos estableciendo la acreditación de haber desempeñado cargos de importancia y elevada decisión.

Podemos referir a manera de ejemplo, en el ámbito privado: la conducción de una o varias empresas con una facturación anual importante; el desempeño de la dirigencia nacional de una federación sindical; la formación de organizaciones de iniciativa ciudadana a nivel nacional; el haber ocupado cargos nacionales en partidos políticos que en las dos últimas elecciones parlamentarias hayan superado el 5 por ciento.

Especial mención merecen quienes previamente desempeñaron cargo sujeto a elección popular en el Congreso, Región o Municipalidad provincial; pues, deberán ser evaluados conforme a su desempeño en el mismo. Resulta asimismo, significativo el aporte que podrían brindar quienes han ejercido función jurisdiccional o que han participado del sistema de justicia nacional (vgr. magistrado del Tribunal Constitucional o Corte Suprema; miembro del Consejo Nacional de la Magistratura, Jurado Nacional de Elecciones u órgano constitucional de similar jerarquía).

IV. Conclusión

La consolidación del Estado Constitucional de Derecho, no es pacífico, sino muchas veces con avances y retrocesos. En ese sentido, la democracia se afirma en el sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la libre competencia y la igualdad de oportunidades en la contienda electoral, así como la fiabilidad de los resultados producidos en las votaciones.

Nuestra democracia ha estado caracterizada por una marcada debilidad institucional, por un Estado de Derecho de vigencia muy limitada y por una ciudadanía de baja intensidad. De ahí la importancia de avanzar, de manera apremiante y firme, en el fortalecimiento y perfeccionamiento de las instituciones representativas, legítimas y eficaces, así como también de los actores comprometidos con ella. En otras palabras, tanto las instituciones como los liderazgos políticos importan, y mucho, no sólo para la pervivencia de la democracia, sino para su calidad.

Ciertamente, reivindicar la posibilidad de hacer política a partir de otros valores y principios implica quebrar inercias institucionales, vencer particularismos y conductas que se tienen como inamovibles y aceptar nuevos códigos de conducta tanto en el ámbito público como en el privado. Dicho de otra manera: la reforma institucional sería inconcebible sin la reforma de las convicciones de nuestra sociedad .

Se hace indispensable un enfoque mixto que combine la dimensión institucional y el comportamiento de los actores, pues ciertamente los contextos culturales y los liderazgos no sólo cuentan en el momento de diseñar las instituciones, sino también en su manejo y funcionamiento. Instituciones democráticas, representativas y fuertes, acompañadas de liderazgos de calidad y de una cultura democrática son los mejores diques de contención de la antipolítica, los liderazgos mesiánicos y los peligros del neopopulismo.

Por todo ello, esperamos que las presentes reflexiones hayan permitido llamar la atención acerca de la responsabilidad que nos compete ya no sólo como protagonistas de un proceso democratizador sino como responsables directos de un Estado constitucional, en el cual se encuentren garantizadas elecciones transparentes y competidas, es decir, elecciones reales.

* * * * *

[18] WOLDENBERG, José. "Ética, Elecciones y Democracia". En: *Derecho y Cultura. Ética y democracia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, núm. 11-12, septiembre-diciembre 2003, pp. 21-33.

¿SON NUESTROS REPRESENTANTES EL REFLEJO DE LA SOCIEDAD A LA QUE REPRESENTAN O EL RESULTADO DE LAS REGLAS ELECTORALES?

MILAGROS CAMPOS*

SUMARIO: I. *Introducción.* **II.** *La representación partidaria.* **III.** *Impacto de las normas electorales.* **IV.** *Los grupos parlamentarios.* **V.** *A modo de conclusión*

I. Introducción

La naturaleza de la representación política ha sido y es materia de reflexión. Los bajos niveles de aprobación de algunas de las instituciones fundamentales para la democracia se han atribuido a la crisis de representación. Muchos estudios han puesto el énfasis en la necesidad de mejorar la calidad de la representación política. Recientemente, los congresistas modificaron su reglamento interno a fin destinar una semana del mes a la función de representación. La gobernabilidad democrática, el desarrollo económico y otros bienes deseables para nuestro país no dependen sólo de la representación política, sino también de reglas institucionales y de otros factores sociopolíticos. Ante las críticas y la llamada crisis de representación surgen preguntas en torno a la representación política: ¿Son nuestros representantes el reflejo de la sociedad a la que representan o el

* Magíster en Ciencia Política y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrática de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Pacífico. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Ha sido miembro del Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República y de la Comisión Técnica del Congreso de la República en el Perú, comisión encargada del Programa de Modernización y Fortalecimiento Institucional.

resultado de las reglas electorales? ¿De qué factores depende la conformación del Congreso? ¿Qué factores influyen en la elección? ¿Qué motiva el voto de los ciudadanos? y finalmente, ¿son los Congresos representativos? En el marco de la democracia representativa y la forma republicana de gobierno, la Constitución Política de 1993 establece en el artículo 93º que los congresistas representan a la nación. Asimismo, el artículo 180º precisa, en relación al sistema electoral, que "tiene por finalidad 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 del elector expresada en las urnas por votación directa".

Pero, ¿en qué consiste la representación? Sartori[1] encuentra que la representación puede explicarse relacionándola con las ideas de mandato o de delegación; de representatividad, semejanza o similitud o, con la idea de responsabilidad. El enfoque del mandato supone una explicación más jurídica: doy poder a alguien de mi confianza para que realice actos jurídicos en mi nombre. La segunda connotación tiene un carácter más sociológico, supone que el representado se parece al representante y por eso lo elige. Finalmente, la representación responsable, apunta a la capacidad de responder por el resultado de la gestión. En efecto, las elecciones dan poder al pueblo para determinar quién va a gobernar, pero no cómo va a gobernar. La responsabilidad pone el énfasis en el resultado. En el campo de la representación política, sobre todo en los Estados democráticos, se requiere no solo un principio de identidad, sino fundamentalmente un principio de responsabilidad.

De otro lado, Bernard Manin[2] explica que lo que caracteriza a los sistemas representativos modernos es el hecho de que en ellos el poder no es hereditario. Distingue cuatro principios en los regímenes representativos: 1) Quienes gobiernan son nombrados por elección con intervalos regulares. 2) La toma de decisiones por los que gobiernan conserva un grado de independencia respecto de los deseos del electorado. 3) Los que son gobernados pueden expresar sus opiniones y deseos políticos sin estar sujetos al control de los que gobiernan. 4) Las decisiones públicas se someten a un proceso de debate. En los gobiernos representativos se consolidan las elecciones, sustituyendo a los sorteos. Las elecciones permiten a los electores a través del voto conformar al órgano representativo por excelencia: el parlamento.

El énfasis de las elecciones ha variado a través de los años. Manin encuentra que inicialmente, se votaba por las personas, por quienes gozaban de la confianza de sus conciudadanos. Con la democracia de partidos, en los países en los

[1] SARTORI, Giovanni. *Elementos de Teoría Política*. Alianza Universidad. Madrid, 1992, pp.225-242.

[2] MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Alianza Editorial. Madrid, Primera reimpresión (de la 1era ed. 1998), 2006.

que se generalizó, los ciudadanos votan por un símbolo, el del partido. Son éstos los que organizan la competencia electoral y se encargan de la movilización y estructuración del voto. Una vez electos, los representantes se unen en grupos parlamentarios, actúan coordinadamente y votan disciplinadamente. Los líderes partidarios y sus voceros son los dirigentes más antiguos que ostentan muchas veces cargos partidarios. Las decisiones importantes se toman fuera del Congreso en debates partidarios. Esta democracia de partidos que surge y se consolida en el siglo pasado, existe en muchos países de Europa continental y en algunos países latinoamericanos. En otros, aún cuando los candidatos deben presentarse en listas partidarias, el sistema electoral y la inexistencia o debilidad de los partidos políticos permite que el candidato estructure el voto y sea el principal protagonista de la elección. Los ciudadanos votan por una persona en lugar de hacerlo por un partido o al programa.

II. La representación partidaria

Si la naturaleza de la representación política ha ocupado un espacio importante en la historia de esta institución, otro debate se ha dado en torno a los alcances de la representación política. Este confronta dos posiciones: si el representante electo se debe a sus electores y debe consultar el voto antes de emitirlo –situación hoy imposible– votando según los intereses que cree representar o, si por el contrario, debe votar con independencia, siguiendo su propio criterio. Burke en su discurso dirigido a sus electores de Bristol, en 1774, sustenta que el Parlamento es una asamblea deliberante, por lo que no hay mandato imperativo cuando un cuerpo representativo se transforma de organismo externo al Estado en un organismo del Estado[3]. Pitkin[4] da cuenta de una serie de dilemas adicionales

[3] Burke explica que la deliberación no puede estar precedida de un mandato para votar de una manera determinada. "El Parlamento no es un congreso de embajadores que defienden intereses distintos y hostiles, intereses que cada uno de sus miembros deben sostener, como agente y abogado, contra otros agentes y abogados, sino una asamblea deliberante de una nación, con un interés: el de la totalidad; donde deben guiar no los intereses y prejuicios locales, sino el bien general que resulta de la razón general del todo. Elegís un diputado; pero cuando le habéis escogido, no es el diputado por Bristol, sino un miembro del Parlamento. Si el elector local tuviera un interés o formase una opinión precipitada, opuestos evidentemente al bien real del resto de la comunidad, el diputado por ese punto, debe, igual que los demás, abstenerse de ninguna gestión para llevarlo a efecto". "¿Qué clase de razón es esa en la cual la determinación precede a la discusión, en la que un grupo de hombres delibera y otro decide y en la que quienes adoptan las conclusiones están acaso a trescientas millas de quienes oyen los argumentos?"

[4] PITKIN, Hanna. *El Concepto de Representación.* Centro de Estudios constitucionales. Madrid, 1985.

a los que se encuentra sometido el legislador. Uno de ellos es el relativo a perseguir el interés local o el nacional. Encargarse del gobierno, explica, supone velar por el interés nacional[5]. El representante moderno, añade, actúa dentro de una elaborada red de presiones, demandas y obligaciones: el representante político tiene un electorado y unos electores, no un principal; es un miembro del partido político que quiere ser reelegido, debe ser sensible por tanto, a su partido (tanto local como nacional) y, ante diversos grupos e intereses públicos y privados. También como persona tiene opiniones y perspectivas. En suma, no es un agente no fideicomisario, ni comisionado[6]. La compleja naturaleza de la representación política en la que se funda la democracia, se complica aún más con la consolidación de los partidos políticos como intermediarios de las demandas ciudadanas y la constitucionalización del principio de prohibición del mandato imperativo.

Los partidos políticos desplazaron al diputado individual, protagonista en los parlamentos y se convirtieron ellos en los actores principales[7]. Como consecuencia de este proceso surge la disciplina de voto y la organización parlamentaria en torno a las bancadas, expresado de forma contundente por Carl Schmitt: "la posición del diputado se encuentra fijada por el partido; la coacción parlamentaria es una práctica del parlamentarismo actual"[8]. Recorder[9] sostiene que en gran parte de los sistemas europeo-continentales cada vez es más frecuente que los grupos se vean influidos, y hasta eclipsados, por los partidos con los que se corresponden. En relación a España, Fernández Riveira[10] explica que el voto en las asambleas legislativas es eficiente y práctico. Eficiente, porque debe proporcionar un resultado rápido y no mostrar fisuras en el conjunto de votos de un grupo parlamentario. Es práctico porque no responde a una estructura interna del propio parlamentario. No surge tras la confrontación de pareceres, sino de las "instrucciones" del grupo parlamentario. Precisa, que el voto en las sesiones, confirma decisiones ya tomadas que se gestaron fuera de

[5] Ídem, p. 239.

[6] Ídem, p. 244.

[7] Weber da cuenta de ello: "Los discursos que hoy día pronuncia un parlamentario ya no tienen la cualidad de ser una manifestación de su opinión personal, no menos aún de ser un intento por hacer cambiar de opinión a los adversarios. No son más que declaraciones oficiales del partido, hechas al país pensando en la galería... El texto de las alocuciones se presenta antes en la sesión del grupo parlamentario, o se lo estipula allí en todos sus puntos esenciales. (Weber, Max ,1991:162).

[8] SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Editora Nacional. México, D.F., 1952, p. 370.

[9] RECORDER VALLINA, Tatiana. *Los Grupos Parlamentarios en la Europa Continental: principales modelos*. En: "Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid Nº. 1", 2007, p. 61.

[10] FERNANDEZ RIVEIRA, Rosa. *El voto parlamentario.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid, 2003, p. 383

las cámaras. Se ha convertido en el eco legitimador de la decisión ya tomada en debates partidarios. Manin[11] señala que el representante, diputado o miembro del Parlamento, dejó de ser libre para votar de acuerdo con su propia conciencia o juicio: está obligado con el partido al que debe su elección. El dilema del político con respecto a su partido la expresa de manera inmejorable el diputado socialdemócrata Kautsky, citada por el mismo autor: "El diputado no es un hombre libre en sus decisiones en el parlamento; esta ligado al partido que lo hizo elegir, no es un hombre libre, por duro que esto pueda sonar, sino el mero mandatario de su partido". En el caso del Perú, un congresista expresó esta realidad señalando que con su intervención haría la reflexión respecto del tema en debate y con su voto la flexión. No obstante lo señalado, los parlamentarios no están sujetos a mandato imperativo alguno. En efecto, como en otras constituciones, el artículo 93° precisa que los congresistas "no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación".

Con gran lucidez Sanz[12] precisa que actualmente, la prohibición del mandato imperativo es una ficción jurídica de difícil explicación. Punset[13] explica que ha de entenderse instruida respecto de los electores. En otras palabras, la interdicción de instrucciones y de revocabilidad no se dirige a los partidos, sino a los electores. El principio de prohibición del mandato imperativo es uno de los que señala Manin como esenciales a los gobiernos representativos. En el Perú se llevó a rango constitucional desde la Constitución de 1933. También lo hacen de manera explícita las constitucionales de España[14], Alemania[15], Francia[16], Italia[17], El Salvador[18] y Paraguay[19] entre otras. No prevén disposiciones sobre prohibición de mandato imperativo: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile,

[11] MANIN, Bernard, "Metamorfosis de la Representación" En: Qué queda de la representación / Dos Santos -- Buenos Aires: CLACSO, 1992, p. 258

[12] SANZ PÉREZ, Ángel. *Los Grupos Parlamentarios en la organización y en el funcionamiento de los Parlamentos.* En "Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid Nº. 1, 2007, pp. 243-282.

[13] PUNSET, Ramón. *Estudios Parlamentarios.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Madrid, 2001, p. 209.

[14] *Artículo 67 2. Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo.*

[15] *Art. 38.1 Los diputados del Bundestag alemán representan a todo el pueblo y no están sujetos a mandatos e instrucciones y sólo a sometidos a su propia conciencia.*

[16] *Art. 27 Todo mandato imperativo es nulo.*

[17] *Art. 68 Todo miembro del Parlamento representa a la Nación y ejerce sus funciones sin estar ligado a mandato alguno.*

[18] *Art. 125.- Los Diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo. Son inviolables, y no tendrán responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones o votos que emitan.*

[19] *Art. 201.- (...) Los senadores y diputados no estarán sujetos a mandatos imperativos.*

Colombia, Costa Rica, México, Panamá. Bernales[20] (1996:) explica justifica la disciplina de los partidos y considera que esta en modo alguno vulnera la prohibición de mandato imperativo: "…los parlamentarios representan a la Nación, pero ejercen tal representación en nombre de los partidos y organizaciones política que facilitaron su elección". De manera que la prohibición "no debe interpretarse como independencia absoluta y deslealtad partidaria. Al contrario, son voceros y expresan el punto de vista de sus movimientos coordinando con ellos a través de sus respectivas estructuras y defendiendo sus propuestas programáticas". Para Rubio[21] desde que los congresistas representan a la Nación, "no existe grupo alguno que pueda imponerles sus propios puntos de vista al tomar decisiones". Sin embargo, el congresista no puede olvidar que fue elegido "en base a unas promesas y plataforma que iba a condicionar ideológica y políticamente su labor". Interpretar este artículo constitucional supone conciliar los principios del Estado democrático y representativo que legitima el rol de los partidos y el de los grupos parlamentarios, a la par que garantizar la prohibición del mandato imperativo. Así, junto a Planas[22] y a García Pelayo[23], coincidimos en que las decisiones del partido político no vinculan jurídicamente a los miembros, quienes libremente se someten a respetar las decisiones tomadas al interior de su partido político, momento en el que pueden expresar su posición. Con arreglo a la disposición constitucional que comentamos, los congresistas, no pueden ser despojados de su escaño en caso de indisciplina. De manera que, la sujeción a las decisiones partidarias y la disciplina del voto deben garantizar "la libertad de juicio y de voto del representante y su vinculación inmediata con el representado" en una tensión constructiva entre representante-partido y representados. En la misma línea Punset[24] sostiene que la exclusiva titularidad del escaño por el diputado no puede ofrecer duda en el Derecho, cualquier documento de renuncia al escaño dirigido al Presidente de la Cámara, llegado el momento, debería ratificarse la renuncia.

En resumen: lo común en los países con un sistema de partidos institucionalizado es que, a pesar de que el mandato representativo excluye un mandato imperativo, éste virtualmente se da, no respecto de los electores, sino del partido político. Sin embargo, la retención del escaño ha sido avalada. En efecto, el

[20] BERNALES BALLESTEROS, Enrique; La Constitución de 1993 : análisis comparado; Lima : CIEDLA, 1996, p. 387

[21] RUBIO, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. T. 4. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 78.

[22] PLANAS, Pedro. *Parlamento y gobernabilidad democrática en América Latina.* Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2001, p. 251.

[23] GARCÍA PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos.* Alianza Editorial, 1986, p. 96. Véase en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=151128

[24] PUNSET, Ramón. *Estudios Parlamentarios. Op. cit.,* p. 211.

Tribunal Constitucional español se ha pronunciado precisando que "el derecho a participar corresponde a los ciudadanos, y no a los partidos, que los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos; que la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos sino de la expresada por los electores a través del sufragio en elecciones periódicas"[25]. De manera la supuesta contradicción desaparece al ser interpretada con otros principios que provienen de la naturaleza del Estado democrático y representativo.

Desde otra mirada, el estudio de Alcántara[26] en el proyecto de élites parlamentarias revela que los países en los que más atención se presta a las instrucciones de los partidos políticos al votar son: República Dominicana, Honduras, El Salvador y Uruguay. Mientras que Colombia, Perú y Chile le prestan menos atención. En casi todos los casos, salvo en Costa Rica y Uruguay, los intereses de los electores de la circunscripción son más relevantes al momento de votar que las indicaciones partidarias o los votantes del partido al que pertenece. Explica Alcántara[27] que el estilo de los legisladores latinoamericanos está guiado principalmente por una concepción de mandato más que por una de representación. Evidentemente esta conducta confronta a los parlamentarios con los líderes partidarios, presentando una tensión que será analizada en el acápite siguiente.

III. Impacto de las normas electorales

Hoy existe una amplísima gama de estudios sobre campañas electorales y comportamiento electoral. No vamos a analizar estos aspectos que tienen sin duda un fuerte impacto en la elección. En el caso peruano, los estudios reflejan una altísima volatilidad que se traduce en bajas tasas de reelección y poca permanencia de partidos políticos. A este escenario hay que añadir una alta fragmentación política y protagonismo personal de los representantes. Este comportamiento de representantes y representados se da en el marco de reglas electorales que han procurado institucionalizar el sistema político con normas tendientes a evitar la fragmentación e institucionalizar a los partidos políticos. En esa línea se inscriben las normas que regulan a los partidos políticos y la creación de la barrera electoral.

Las reglas del sistema electoral perfilan algunas características de la futura representación. Entendemos por sistema electoral aquel que determina las

[25] Tribunal Constitucional español. S5/1983, de 4 de febrero.

[26] ALCÁNTARA, Manuel. *Políticos y política en América Latina.* Fundación Carolina en coedición con Siglo XXI de España Editores; Madrid, 2006, pp. 52 y ss.

[27] Ídem, p. 74

reglas a través de las cuáles es posible convertir votos en escaños parlamentarios –en el caso de elecciones parlamentarias–[28]. Sartori explica que los sistemas electorales determinan el modo en que los votos se transforman en curules[29]. Son elementos del sistema electoral la determinación de las circunscripciones, las listas, las cuotas para representación de minorías o grupos vulnerables, la simultaneidad de las elecciones, el ballotage o segunda vuelta, la barrera o umbral de representación y el método de adjudicación de escaños, entre otros. Como en la mayoría de países el Perú prevé que los candidatos postulen en la lista de un partido político, previa elección interna. De acuerdo al artículo 24º de la Ley de Partidos Políticos, hasta una quinta parte del número total de candidatos puede ser designada directamente por el órgano del partido que disponga el Estatuto. La realidad es que, en las elecciones del 2006, en virtud del voto preferencial más de 35% de los electos no pertenecían al partido político por el que fueron electos.

La elección de los 120 congresistas, 130 a partir de 2011, se realiza en mediante la representación proporcional. El ámbito de adjudicación de los escaños es mediante un sistema de distrito electoral múltiple en 25 distritos electorales, 26 a partir de 2011, uno por cada departamento y la Provincia Constitucional del Callao. El método de cómputo de la cifra repartidora, con doble voto preferencial opcional, excepto en los distritos electorales donde se elige menos de dos congresistas, en cuyo caso hay un solo voto preferencial opcional. Solo los partidos políticos inscritos en el Registro de Organizaciones Políticas del Jurado Nacional de Elecciones pueden participar en cualquier tipo de elección. Los movimientos regionales y las organizaciones políticas locales que sólo pueden participar en las elecciones regionales y/o municipales. La Ley de Partidos Políticos estableció la barrera legal de 5% (4% para el 2006) o cinco (5) representantes. La duración del mandato es de 5 años. Existe la reelección inmediata e indefinida. La cuota de género es de 30 % de mujeres o varones en las listas. En las circunscripciones en que se inscriban listas con tres candidatos, por lo menos uno debe ser varón o mujer.

Una de las principales funciones de los sistemas electorales es dotar a las autoridades electas de legitimidad. El impacto del sistema electoral en la conformación de los cargos de gobierno es de tal magnitud que determina el resultado electoral. Diferentes reglas en una misma elección son capaces de variar sustancialmente el resultado. La reducción del tamaño de las circunscripciones implicaría menor número de partidos políticos con representación parlamentaria.

[28] NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales y reforma electoral.* Una introducción. Lima: Internacional IDEA – Transparencia, 2004, p. 10.

[29] SARTORI, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada.* México: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 15.

Una circunscripción más grande permite mayor proporcionalidad y, eventualmente, un mayor número de partidos. El calendario electoral también juega un rol importante, al coincidir la elección parlamentaria con la presidencial se favorecen mayorías por el efecto de arrastre. Pero también el tipo de partidos políticos influye en el sistema electoral. Así lo expresa Duverger: "Por mediación de los partidos políticos los sistemas electorales ejercen una influencia esencial sobre la vida política de un país. Casi se podría distinguir una influencia directa (tal sistema electoral impulsa tal organización de los partidos) y una indirecta (la organización de los partidos engendrada particularmente por el sistema electoral, trae aparejada una determinada forma de vida política)"[30].

Pero tal vez el mayor impacto en la conformación del Congreso, en los últimos años, lo ha tenido el voto preferencial. El voto preferencial tiene una historia ligada al gobierno militar. En efecto, mediante Decreto Ley Nº 21949[31], el gobierno militar convocó en el año 1977 una Asamblea Constituyente. Meses más tarde mediante Decreto Ley Nº 21995, establece en el artículo 55º que el elector votará por a lista que escoja y al mismo tiempo por un candidato de su preferencia integrante de ella. Surge así por primera vez en el Perú, el voto preferencial y obligatorio. Los constituyentes lo eliminaron para las elecciones de 1980. En agosto de 1984, mediante Ley Nº 23903 se restableció para las elecciones de 1985, manteniéndose hasta la fecha como doble voto preferencial opcional. Actualmente, la Ley Orgánica de Elecciones dispone en el artículo 21º que la elección de congresistas "se realiza mediante el sistema del Distrito Electoral Múltiple aplicando el método de la cifra repartidora, con doble voto preferencial opcional, excepto en los distritos electorales donde se elige menos de dos congresistas, en cuyo caso hay un solo voto preferencial opcional".

En los últimos años de manera infructuosa se ha tratado de eliminar el voto preferencial[32]. Tiene defensores y detractores. En realidad, como electo del

[30] DUVERGER, Maurice. *La influencia de los sistemas electorales sobre la vida política.* Zona Abierta N° 110-111. Madrid, 2005, p. 37.

[31] La Quinta Disposición general y transitoria estableció que: "El proceso Electoral 1979-80 se rige por el Decreto Ley 14250 de 5 de Diciembre de 1962, con las modificaciones y adiciones que se consignan en una norma especial, la cual necesariamente debe observar:
1.- Los preceptos pertinentes de esta Constitución que incluyen, entre otras disposiciones, las relativas al voto secreto y obligatorio y al escrutinio en mesa.
2.- La elección de los Senadores por el sistema de cifra repartidora, sin voto preferencial y siguiéndose el orden de cada lista.

[32] El tema fue analizado por el Grupo de Gobernabilidad del Acuerdo Nacional durante el año 2005. Entre las propuestas para la estabilidad del Congreso de la República y al fortalecimiento de los partidos se planteó la eliminación del voto preferencial. A la fecha existen dos proyectos de ley que proponen su eliminación, presentados por los grupos parlamentarios de Unidad Nacional y la Célula Parlamentaria Aprista. Durante el debate suspendido para su eliminación, el 31 de mayo de 2007, Javier Bedoya, Vicepresidente del Partido Popular

sistema electoral es una herramienta para el diseño institucional. Se ha sostenido que debilita a los partidos políticos[33], pues restringe considerablemente la posibilidad del partido de planificar la composición del grupos parlamentario y organizar su gestión. Otros consideran que con la Ley de Partidos Políticos que establece elecciones internas previas a la conformación de las listas, ha devenido en innecesario y redundante. En esa línea Pease[34] explica que "si se aceptan las primarias para el parlamento ya no es preciso el voto preferencial. Si bien puede lograr una relación más intensa del elector con el candidato que con el partido y quiebra el monopolio del partido en la selección de candidatos, puede afectar la disciplina partidaria. En tal sentido, hay un daño potencial al sistema de partidos pues el representante una vez elegido, sentirá mayor independencia frente al partido, que en una lista cerrada porque sus votos preferenciales lo llevaron al escaño. Pero, es en la campaña donde el voto preferencial ha resultado más perturbador pues estimula la competencia entre miembros de una misma lista perjudicando al candidato presidencial; multiplica las campañas, obligando a

Cristiano expresó que: "Si bien el voto preferencial permite personalizar la decisión del ciudadano, pone más énfasis en el candidato que en el partido. Así, se debilita a los partidos y se concede más independencia al parlamentario ya electo para actuar individualmente. La actuación individual es negativa en el funcionamiento de los poderes públicos, porque libra el manejo del poder y de las decisiones políticas a las vicisitudes e ideas de cada sujeto individual, en lugar de las ideas propias del partido o colectividad". Citando a Haya de la Torre en el párrafo inicial del discurso que pronunció él en este mismo hemiciclo al asumir la presidencia de la Asamblea Constituyente en 1978, añade: " Cuando el 18 de junio, más de cuatro millones de peruanos concurrieron con ejemplar disciplina democrática a las mesas de sufragio, en el Perú ocurrió sin ruido ni sangre una auténtica revolución: El pueblo recuperó el ejercicio de una soberanía que le fuera negada a lo largo de diez años y demostró madurez, responsabilidad y alto espíritu cívico. Superando gallardamente los escollos de una legislación electoral, enmarañada con la introducción del absurdo voto preferencial, el pueblo peruano optó por el camino de la democracia y de los partidos. Clara visión de Haya de la Torre al señalar en una sola expresión que este enmarañado sistema del voto preferencial no solamente atenta contra la voluntad del elector, sino fundamentalmente contra la solidez de los partidos políticos"…."Antes del voto preferencial, cuando los partidos presentaban listas cerradas y bloqueadas, no existió el transfuguismo en el país, salvo muy contadas excepciones. Es, entonces, un sistema perverso contra los partidos, que debilita a los partidos y, por ende, debilita la democracia. Esto ha originado en gran parte el descrédito del sistema democrático y de la institución parlamentaria. Por estas consideraciones, creemos que el voto preferencial debe ser eliminado".

[33] De tal opinión fue Martha Chávez quien expreso que: "… este Congreso no ha eliminado el voto preferencial. Debió hacerlo simultáneamente con la aprobación de la Ley de Partidos Políticos del año 2003. El voto preferencial genera canibalismo y ya no tiene sentido cuando hay normas legales que aseguran determinados procedimientos para la elección de los candidatos". Diario de Debates sesiones de Pleno, 13 de julio 2006.

[34] PEASE GARCÍA, Henry; Electores, partidos y representantes: sistema electoral, sistema de partidos y sistema de gobierno en el Perú; Lima : PUCP. Departamento de Ciencias Sociales, 1999, p.163

los candidatos a distinguirse de sus compañeros de lista, e incrementa los gastos de campaña.

A nivel comparado, Blanco[35] muestra escepticismo respecto de los resultados del voto preferencial. Señala que en diversos países, como Italia, donde el sistema funcionó durante décadas, ni de lejos mejoró la libertad del elector, bien porque sus posibilidades no fueron utilizadas, bien porque lo fueron solo para favorecer redes de voto clientelar. Expresa que la solución a los problemas que presenta la relación con los partidos no pasa por reformar el sistema electoral para fortalecer a sus candidatos electorales y debilitar a las organizaciones. John Carey[36] explica que el voto preferencial tiene efectos postelectorales entre los miembros de una bancada: "… Así, por ejemplo, los partidos en Brasil y Perú - donde los legisladores deben competir contra su propios copartidarios por votos preferenciales personales para ser elegidos, tienden a ser menos unidos que los de Argentina, Costa Rica, y Nicaragua, donde no existe el voto preferente".

Tuesta[37] explica que en 1978, el 46% de la composición de la Asamblea Constituyente tuvo un orden distinto del presentado originalmente en la lista como consecuencia del voto preferencial. En 1985, fue un tercio del parlamento. En 1990, el 30%; en 1992, para el CCD en más de 40% y en 1995, también se alteró la lista en 30%. En las elecciones parlamentarias de los años 2000 y 2001, en un Congreso de 120 escaños, 53 y 57 curules respectivamente fueron ocupados por congresistas favorecidos por el voto preferencial, mientras que en el 2006, 36, es decir el 30%.

En el debate reciente en el Congreso representantes de los partidos políticos fundamentaron la necesidad de eliminarlo. El gestor del proyecto del grupo parlamentario Unidad Nacional, Javier Bedoya[38], Vicepresidente del Partido Popular Cristiano explicó que Mario Vargas Llosa, "en las memorias de su campaña electoral de 1990, El pez en el agua, dedica un capítulo al voto preferencial al que califica como un sistema perverso que traslada la contienda electoral al interior de las listas parlamentarias. En Argentina, en el diario Página Doce, Mark Jones[39], Profesor de Sistemas Electorales de la Universidad de Rice, advertía

[35] BLANCO, Roberto L. *Partidos, estado, sociedad: nueve test para el debate.* En Leviatán Nº 68, Madrid (1997), p. 96.

[36] CAREY, John; http://www.terra.com.co/elecciones_2002/centro_de_documentacion/johncarey.doc; Fecha de consulta 7 de julio de 2006

[37] TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. *Representación política: las reglas también cuentan*. Lima: PUCP-F. Ebert, 2006.

[38] La cita corresponde al debate en sesión del Pleno del Congreso de fecha 31 de mayo de 2007.

[39] CARBAJAL, M; "Con las listas sábana disminuye el clientelismo"; Diario Página 12; Lunes, 5 de enero de 2004, http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-30072-2004-01-05.html; Fecha de consulta 19 de diciembre 2011

hace poco: El voto preferencial aumenta el clientelismo político, la corrupción y el mal uso de los fondos". Para Bedoya la "actuación individual es negativa en el funcionamiento de los poderes públicos, porque libra el manejo del poder y de las decisiones políticas a las vicisitudes e ideas de cada sujeto individual, en lugar de las ideas propias del partido o colectividad". "El primero que con meridiana claridad advirtió lo nocivo del sistema del voto preferencial" … "fue Víctor Raúl Haya de la Torre. El párrafo inicial del discurso que pronunció él en este mismo hemiciclo al asumir la presidencia de la Asamblea Constituyente en 1978, dice: Cuando el 18 de junio, más de cuatro millones de peruanos concurrieron con ejemplar disciplina democrática a las mesas de sufragio, en el Perú ocurrió sin ruido ni sangre una auténtica revolución: El pueblo recuperó el ejercicio de una soberanía que le fuera negada a lo largo de diez años y demostró madurez, responsabilidad y alto espíritu cívico. Superando gallardamente los escollos de una legislación electoral, enmarañada con la introducción del absurdo voto preferencial, el pueblo peruano optó por el camino de la democracia y de los partidos. Clara visión de Haya de la Torre al señalar en una sola expresión que este enmarañado sistema del voto preferencial no solamente atenta contra la voluntad del elector, sino fundamentalmente contra la solidez de los partidos políticos". Por el Partido aprista, el entonces Presidente de la Comisión de Constitución Aurelio Pastor, fundamentó la propuesta en la "preocupación respecto al hecho de que el sistema del doble voto preferencial ha perjudicado y perjudica el sistema de partidos políticos porque genera un fraccionamiento de ellos, dispersa la oferta electoral general e incluso coadyuva a la competencia desleal entre los candidatos de la misma lista".

A favor del voto preferencial el congresista Valle Riestra[40], miembro de la célula parlamentaria aprista explicó que: "sometido a los cartabones de la disciplina de la célula, voy a votar como lo haga la célula; pero, soy partidario del voto preferencial. Porque solo son enemigos del voto preferencial los que no tienen la preferencia del voto. Yo creo que los partidos políticos deben tener su armazón y su disciplina; pero si en nombre de la armazón y de la arquitectura partidaria se rompe el voto preferencial, vamos liquidando lo que ha sido la democracia clásica, que es la relación directa entre el ciudadano y el candidato y entre el ciudadano y el elegido. Si vamos a formular abstracciones de listas cerradas, entonces se romperá ese vínculo y se agudizará esta democracia que se va depredando, como lo hemos comprobado, por la falta de simpatía nacional por el Parlamento".

Al término del debate en el que se envió el proyecto a estudio de la Comisión de Constitución y Reglamento, el congresista Castro Stagnaro del grupo

[40] Sesión de la comisión de constitución del 21 de octubre de 2008

parlamentario Unidad Nacional, defendió la propuesta: "Me preocupa mucho ver cuánto ha calado en el pueblo y en la representación nacional el mensaje de destrucción de la institucionalidad del país. Aquí no nos debe sorprender que quienes no están a favor de este proyecto de ley para eliminar el voto preferencial son precisamente los compañeros que nunca han militado en partidos políticos o los que provienen de partidos políticos que rompieron el sistema democrático. El tema no es si zutanito o menganito llegó con el voto preferencial. El tema que estamos discutiendo es si un 8% de la población –casi dos mil quinientos candidatos a congresistas– puede sustituir al 100% de la población del país. Porque ese 100% de la población del país quiere escuchar los mensajes de los grandes líderes que postulan a la Presidencia de la República. Porque los partidos políticos son los que representan las grandes corrientes de opinión, y esto es lo que se desdibuja en las elecciones políticas que se han estado dando en el país. Este es el verdadero punto. El Perú es un país que necesita disciplina y orientación, y lo que está sucediendo en los procesos políticos es precisamente lo contrario. Para nadie es un secreto que después de la guerra fría –y digo esto para quienes no han participado en partidos políticos– vino la destrucción de la política y de la institucionalidad en el Perú y también en el resto del mundo. Pero a finales de los años de la década del noventa nos encontramos con el proceso de vuelta: en el mundo entero se señalaba que había que revalorizar la política y, sobre todo, revalorizar los partidos políticos, porque las grandes corrientes de pensamiento están representadas por los partidos políticos. Por eso, se hizo una ley de partidos políticos, y una de las leyes más exigentes del mundo es la ley para los partidos políticos en el Perú. No podemos aceptar que se diga que el voto preferencial no puede ser eliminado porque no funciona la democracia interna en los partidos políticos. Si no funciona, hay que hacer que funcione; pero no podemos negar un asunto pretendiendo sustentarlo con otro asunto negado. Lo que tenemos que hacer, y con este punto concluyo, es fortalecer la institucionalidad; y las elecciones internas de los partidos políticos podrían ser perfeccionadas o, en todo caso, se podría mejorar el procedimiento de supervisión de la Oficina Nacional de Procesos Electorales".

El arduo debate se retomó en la Comisión de Constitución y Reglamento el año siguiente. El congresista aprista y secretario general del partido, Mauricio Mulder explica que "los candidatos individuales al interior de los partidos en su desesperación por salir elegidos juegan a todo, prometen absolutamente todo, y cosas que por supuesto no pueden cumplir". El congresista Valle Riestra, de la célula parlamentaria aprista reiteró su cuestionamiento a la aprobación del dictamen favorable a la eliminación del voto preferencial: "Las cúpulas partidarias ya no son de los días de los grandes líderes del Partido Aprista con Haya, o de Acción Popular con Fernando Belaúnde, o el PC con Jorge del Prado. Hoy día son medianías, gentes muy valiosas" pero hoy día yo me pregunto: "¿esas

cúpulas, esos estados mayores, esos cenáculos representan a la gran votación partidaria? No". Por lo tanto, hay que buscar una fórmula de representación democrática a través del voto preferencial.

IV. Los grupos parlamentarios

Los grupos parlamentarios son, en la mayoría de democracias más sólidas, la forma en la que se organizan los partidos políticos en los parlamentos. Son los actores claves para la deliberación y la representación. Designan con criterio de proporcionalidad a los representantes ante las comisiones y otros órganos parlamentarios; ordenan el debate pues reducen las posiciones individuales a grupales y llevan la posición de los partidos políticos que representan. Asimismo, facilitan la negociación y la toma de decisiones políticas contribuyendo decididamente en la formulación de las políticas públicas que requieren un marco legal y un soporte de legitimidad. Para Recorder la figura del grupo parlamentario "es un ejemplo de institución, surgida en la práctica para responder a las necesidades organizativas del Parlamento y que, posteriormente, ha sido recogida por el ordenamiento jurídico constitucional y parlamentario, para hacer de ella una institución jurídica compleja en todo los países analizados"[41]. Dos son los criterios básicos que fundamentan hoy la presencia de los grupos parlamentarios: la racionalización del trabajo y la proyección en los órganos parlamentarios de las fuerzas políticas que han obtenido representación.

La relación entre partidos políticos y grupos parlamentarios es explícita en varios países, sea por la propia norma interna del Congreso o por las reglas y arreglos institucionales no escritos. No obstante, pueden distinguirse niveles de relación entre los grupos parlamentarios y los partidos. Fernández Riveira[42] distingue cinco modelos de relación entre el grupo y el partido político: a) vinculación débil: un grupo puede estar integrado por miembros de diferentes partidos; b) vinculación atenuada: no se descarta que el parlamentario pueda pertenecer o integrarse en un grupo distinto de aquel con el que concurrió en las elecciones; c) vinculación clara: los miembros del grupo no tienen, en sentido estricto, que pertenecer al mismo partido político. No obstante, se exige expresamente identidad de objetivos políticos. El ejemplo más claro de este modelo es el parlamento

[41] RECORDER VALLINA, Tatiana. *Los Grupos Parlamentarios en la Europa Continental: principales modelos.* En: "Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid Nº. 1" (2007), p. 61.

[42] FERNANDEZ RIVEIRA, Rosa. *El voto parlamentario.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid (2003), p. 263.

alemán. d) Vinculación total, como la que se presenta en parlamentos autonómicos y que impide la formación de grupos con diputados que no se hayan presentado como tales a las elecciones; e) regulaciones híbridas que tiene en cuenta el número mínimo para la constitución del grupo y de no alcanzarse, el requisito de configurarse como colectivo o agrupación representante de un partido político. Tanto el Tribunal Constitucional español como el Tribunal Federal alemán han reconocido reiteradamente la estrecha vinculación de las bancadas con los partidos políticos, sin que se trate de una relación con relevancia jurídica. La separación entre el partido político y el grupo parlamentario queda garantizada jurídicamente por los dispositivos constitucionales y reglamentarios que prohíben el mandato imperativo. Ello sin embargo, no oculta la realidad: en las democracias de partidos con un sistema institucionalizado, los grupos parlamentarios son los voceros de los acuerdos y de las posiciones de los partidos políticos. Son, como dice García Pelayo, la penetración de la organización del partido en la estructura del Parlamento, el mismo que se ha transformado en cámara de partidos[43].

Desde una perspectiva comparada, no hay una regulación estandarizada de los grupos parlamentarios. Las mejores prácticas de los parlamentos en las democracias institucionalizadas, no provienen de las normas sino de reglas aceptadas y del funcionamiento de sus instituciones.

En el Perú, la Constitución precisa que el Congreso establece la organización y las atribuciones de los grupos parlamentarios (artículo 94°). Los grupos parlamentarios son definidos por el Reglamento del Congreso como conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines (artículo 37º). En la definición y señalamiento de atribuciones vigente no se menciona las relaciones de los grupos parlamentarios con los partidos políticos. El texto precisa que: "Los partidos o alianzas de partidos que logren representación al Congreso de la República, constituyen Grupo Parlamentario siempre que cuenten con un número mínimo de seis Congresistas". Un breve análisis de este texto nos lleva a identificar posibles vacíos: a) No se precisa si la alianza de partidos participó en la elección en forma conjunta o si puede conformarse después, de cara a una nueva elección. b) Tampoco se precisa si los partidos que fueron en una alianza y cuentan cada uno con un número igual o mayor a seis, pueden conformar grupos separados. c) ¿Podrían incorporarse nuevos miembros a un grupo parlamentario ya existente, durante el período legislativo? d) Menos aún queda contemplado el supuesto de seis congresistas que pudieran formar un nuevo grupo parlamentario, al inscribirse un nuevo partido al que ellos adscriban. Una regulación dirigida a favorecer el fortalecimiento del sistema de partidos y un funcionamiento del

[43] GARCÍA PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Alianza Editorial (1986), p. 94. Véase en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=151128"

Congreso más acorde con los requerimientos de la democracia representativa podría contemplar el texto siguiente:

Los Grupos Parlamentarios constituyen la Junta de Portavoces y representan a los partidos políticos o alianzas electorales que participaron conjuntamente en la elección del Congreso del período legislativo respectivo.

Se conforman de acuerdo a las siguientes reglas:

1. Los partidos o alianzas electorales que logren representación al Congreso de la República, constituyen grupo parlamentario siempre que cuenten con un número mínimo de seis congresistas.
2. Los partidos o alianzas electorales que no lograran llegar al número de representantes a que se refiere el numeral anterior, serán considerados como grupo parlamentario especial sólo para los efectos de presentación de proyectos de ley.
3. En ningún caso pueden constituir grupo parlamentario separado los Congresistas que pertenezcan a un mismo partido, ni los que se separen de sus grupos o partidos.
4. Los congresistas que no se integren a un grupo parlamentario, forman parte del grupo mixto.
5. Cada grupo parlamentario aprueba su reglamento interno que obliga a todos sus integrantes.
6. Los grupos parlamentarios son registrados en la Oficialía Mayor durante los diez primeros días siguientes al inicio del período legislativo.
7. Tienen derecho a contar con personal, recursos y ambientes para el desarrollo de sus funciones, en proporción al número de sus miembros.
8. Cada grupo parlamentario elegirá a sus representantes, titulares y suplentes, ante los órganos directivos que establezca el Reglamento, dando cuenta por escrito de tales nombramientos a la Oficialía Mayor. También propondrán a sus candidatos a los cargos de la Mesa Directiva y para conformar las comisiones y canalizarán la presentación de propuestas legislativas de acuerdo a lo que señala el artículo 76° del presente Reglamento. Los documentos mediante los que se dé cuenta de la elección de los referidos representantes, deben estar firmados por no menos de la mitad más uno del número de miembros que conforman el Grupo Parlamentario.

V. A modo de conclusión

Modificar la regulación de los grupos parlamentarios es el correlato de las reformas en el sistema electoral tendientes a evitar el fraccionamiento y fortalecer a los partidos políticos. Fortalecer a los partidos políticos constituye una

necesidad para fortalecer la calidad de la democracia. Organizar el Congreso en torno a grupos parlamentarios que reflejen el sistema de partidos es un dato constante en democracias institucionalizadas. Las normas no pueden crear instituciones más sólidas pero pueden generar incentivos para ello. ¿De qué depende la representación política? En buena medida de las instituciones y las reglas electorales, sin desmerecer las calidades personales de los representantes y el voto inteligente e informado de los representados.

* * * * *

LA UNIFICACIÓN DE LOS ORGANISMOS ELECTORALES: JNE, ONPE Y RENIEC COMO PARTE DE LA REFORMA DEL ESTADO

CARLOS HAKANSSON NIETO*

SUMARIO: I. *El sistema electoral en la Constitución de 1993* **II.** *El sistema electoral ante la reforma del Estado* **III.** *¿Es constitucional y posible la unificación de los órganos que componen el sistema electoral?*

I. El sistema electoral en la Constitución de 1993

El artículo 177° de la Constitución peruana establece que "[e]l sistema electoral está conformado por el Jurado Nacional de Elecciones; la Oficina de Procesos Electorales; y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Actúan con autonomía y mantienen entre sí relaciones de coordinación, de acuerdo con sus atribuciones". Pese a que la denominación de sistemas es controvertida en la doctrina[1], la Constitución ha procurado con esta expresión

* Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Navarra), Profesor ordinario de Derecho Constitucional (Universidad de Piura).

[1] En efecto, Dieter Nohlen explica que "[l]os sistemas electorales contienen, desde el punto de vista técnico, el modo según el cual el elector manifiesta por medio del voto el partido o el candidato de su preferencia, y según el cual esos votos se convierten en escaños. Los sistemas electorales regulan ese proceso mediante el establecimiento de la distribución de las circunscripciones, de la forma de la candidatura, de los procesos de votación y de los métodos de conversión de votos en escaños"; cfr. NOHLEN, Dieter: *Sistemas Electorales y Partidos Políticos,* sección de obras de Política y Derecho, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, México, 1998, pág. 35. En el mismo sentido, Pérez Royo nos dice que "(…) el sistema electoral es el mecanismo a través del cual se hace efectivo el proceso de representación en los regímenes constitucionales, y es, por tanto, el momento a través del cual se reproduce, periódicamente, la constitución política de la sociedad", PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho Constitucional,* Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 361.

que no se trate, solamente, de la suma de tres órganos, sino de su coordinación y colaboración en el proceso electoral. En apariencia, parecería que ninguno de aquellos tuviera la máxima jerarquía, es decir, que nadie lo encabeza, pero no necesariamente es así por la posición que el Jurado Nacional de Elecciones (en adelante "JNE") tiene en determinados casos y situaciones, a pesar de la autonomía de los órganos que conforman el denominado sistema electoral.

Pese a que las normas no consagran expresamente al JNE como el órgano que ostenta la máxima jerarquía del sistema electoral peruano, desde el punto de vista jurídico sí nos dicen que es la máxima instancia judicial en materia electoral; es decir, que la resolución final que pone fin a una contienda administrativa en materia electoral con la Oficina Nacional de Procesos Electorales (en adelante "ONPE") y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante "RENIEC") será resuelta, finalmente, por el JNE. En lo económico, es el JNE quien debe acudir al Poder Ejecutivo llevando los sendos presupuestos de las tres instituciones; lo cual se entiende como la necesidad que la máxima institución del sistema electoral sea la que los represente ante el Poder Ejecutivo. No es de extrañar, pues, el diseño de la Constitución de 1993 fragmentó las tradiciones facultades del JNE al crear un organismo autónomo que se dedicará exclusivamente a la organización de los procesos electorales. Por otra parte, por tratarse de un sistema, observamos que la legislación promueve su complementariedad, una institución depende de la otra para alcanzar los mismos fines. La ONPE y el RENIEC podrían ser dos brazos de una estructura encabezada por el JNE. Es cierto que la actividad de la RENIEC no se detiene, pues debe actualizar la data permanentemente, los registros civiles para las múltiples necesidades de la ciudadanía (expedición, modificación, actualización del Documento Nacional de Identidad), así como trabajar en coordinación con otras instituciones ajenas al derecho electoral, siendo los periodos electorales los momentos entregar los registros civiles actualizados. Por eso, pese a tener una actividad variada, de manera directa e indirecta colabora con el sistema electoral que podría entenderse como complementaria y de evidentes sinergias.

Los modelos compuestos por varios órganos con distintas funciones que cooperan y coordinan no son ajenos en el derecho comparado. En el Derecho Constitucional chileno, por ejemplo, los organismos más importantes están constituidos por el Servicio Electoral, las Juntas Electorales, las Juntas Inscriptoras, las Mesas Receptoras de Sufragios, los Colegios Escrutadores y el Tribunal Calificador de Elecciones. Centrémonos en algunas de ellas. El Servicio Electoral es un organismo autónomo, con personería jurídica y patrimonio propio, cuya función es fiscalizar el proceso y velar por el cumplimiento de las normas electorales. Las Juntas Electorales son organismos integrados por tres funcionarios del poder judicial que funcionan en las capitales de provincias, cuyas funciones son proponer al Director del Servicio Electoral la nómina de

postulantes para ser designados miembros de Juntas Inscriptoras, designar los locales en que se constituirán y funcionarán, así como designar aquellos donde funcionarán los colegios escrutadores. Las funciones de las Juntas Inscriptoras se resumen en inscribir a los ciudadanos y a los extranjeros con derecho a sufragio en los Registros Electorales y certificar su respectiva inscripción. Finalmente, al Tribunal Calificador le corresponde realizar el escrutinio general de las elecciones o plebiscitos y calificarlos, como también conocer de las reclamaciones de nulidad del plebiscito o elección reclamada, apreciando los hechos como jurado[2]. Como podemos observar se trata de un modelo que es ajeno a nuestra realidad y tradición histórica. Por eso, el presente trabajo tiene por finalidad evaluar la constitucionalidad de una eventual reforma del Estado en materia del sistema electoral, es decir, si es viable la unificación del RENIEC, la ONPE, para su absorción por el JNE.

1.1 La jurisprudencia el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional no sólo ha resumido las funciones del sistema electoral sino ha resaltado las características que lo definen y distinguen de sus antecedentes constitucionales. Nos dice que "(…) el sistema electoral, se conforma por tres entes autónomos que mantienen relaciones de coordinación; el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (REGISTRO). El JNE fiscaliza los procesos electorales, mantiene y custodia el Registro de Organizaciones Políticas, administra justicia electoral y proclama los candidatos elegidos, siendo sus resoluciones en materia electoral, de referéndum y o de otro tipo de consultas populares definitivas y no revisables; la ONPE organiza los procesos electorales, los de referéndum y los de otros tipos de consulta popular, incluido su presupuesto, elabora y diseña la cédula de sufragio, entrega actas y material para los escrutinios, difunde resultados e informa sobre los cómputos; y el REGISTRO tiene a su cargo los registros civiles y personales, emite las constancias correspondientes, emite el padrón para cada proceso electoral conforme al Registro Único de Identificación y Estado Civil, proporciona al JNE y la ONPE información para el cumplimiento de sus funciones y emite documentos que acredita la identidad[3]".

El Tribunal Constitucional agrega que dichas atribuciones se reflejan en sus respectivas leyes orgánicas, complementándose de la siguiente manera:

---

[2] NOGUEIRA ALCALA, Humberto: "El Sistema Constitucional Chileno" en AA.VV: *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos,* Dykinson, Madrid, 1992, págs. 307-309.

[3] Cfr. Exp. Nro 00001-1997-CC/TC (Fundamento Jurídico 6).

1) Que el JNE fiscaliza los procesos electorales que ejecuta la ONPE y la elaboración de los padrones electorales del RENIEC así como el uso de los mismos.

2) Que la ONPE organiza los procesos que fiscaliza el JNE y coordina con el RENIEC la elaboración de los padrones a cargo de este último.

3) Que el RENIEC prepara el padrón para cada proceso desde el Registro Único de Identificación y Estado Civil en coordinación con la ONPE y bajo fiscalización del JNE.

1.2 La complementariedad y sinergias del sistema

El Tribunal Constitucional también ha tenido oportunidad de reconocer que la finalidad del sistema electoral es buscar "(…) 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 del elector expresada en las urnas por votación directa; siendo esto así, es evidente que ningún ente conformante del Sistema Electoral, puede alegar funciones o responsabilidades excluyentes a tal grado, que las mismas en lugar de canalizar los objetivos del Sistema, terminen obstaculizándolo o entorpeciéndolo, ya que como se ha visto, la finalidad del sistema, antes que administrativa, es electoral"[4]. En ese sentido, gracias a la legislación podemos resumir algunas características que buscan la complementariedad del sistema electoral:

1.2.1 El sistema tiene previsto la solución de eventuales conflictos de competencia.

Las contiendas que se promuevan respecto de la competencia del JNE y la ONPE o el RENIEC serán resueltas por el Tribunal Constitucional conforme a la ley pertinente[5]. Si son sinérgicos e independiente es lógico que puedan presentarte estos conflictos, pero todos forman de un mismo sistema. De hecho, el máximo intérprete de la Constitución ha producido jurisprudencia al respecto, como veremos más adelante[6].

---

[4] Cfr. (Exp. Nro 00001-1997-CC/TC (Fundamento Jurídico 2 y 3); Demanda sobre Conflicto de Competencia interpuesta por el Jefe Nacional del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (REGISTRO) contra la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), a los efectos de que se determine y defina la competencia y atribuciones constitucionales que tienen ambas entidades con respecto a la información y verificación de los requisitos formales necesarios para ejercer los Derechos de Participación y Control Ciudadanos.

[5] Véase la Ley 26486

[6] "En consecuencia, si nos atenemos a la norma constitucional y las leyes orgánicas respectivas no puede existir duda en las competencias respecto de la verificación de firmas en las

1.2.2 El Jurado Nacional de Elecciones como cabeza del sistema y máxima instancia en materia electoral

El JNE tiene a su cargo la fiscalización de la legalidad del ejercicio de sufragio y de la realización de los procesos electorales[7]. Es capaz de cuestionar la legalidad y procedimientos llevados a cabo por los demás órganos componentes del sistema electoral, además de ser la definitiva instancia en dicha materia[8]. Es notoria su posición jerárquica dentro del sistema, siendo la separación y diferenciación de la ONPE y el RENIEC sustentada por expresa disposición constitucional pero que revisten, en la práctica, sólo una naturaleza técnica pero no sustancial, que podría estar contenida en las funciones propias del JNE. El efecto de sus resoluciones son las siguientes:

a) Las resoluciones expedidas por el JNE, al amparo de su facultad constitucional de fiscalización y de acuerdo con la presente ley, son de cumplimiento obligatorio (vinculantes) por las entidades que conforman el Sistema Electoral[9].

b) Las resoluciones de sanción (de la ONPE) pueden ser impugnadas ante el JNE, en el plazo de cinco días hábiles desde el día siguiente de su notificación; contra lo resuelto por el JNE no procederá recurso alguno[10].

1.3 El sistema electoral de la Constitución de 1993

El capítulo XIII de la Constitución regula el sistema electoral en sus líneas básicas, siendo la legislación la encargada de detallar su funcionamiento y complementariedad. En ese sentido, una disposición común a las tres instituciones (JNE, ONPE y RENIEC) es aquella que establece que las tres conforman el Sistema Electoral Peruano, de acuerdo con lo establecido por el artículo 177° de la Constitución; además de mantener permanentes relaciones de coordinación con dichas entidades y con sus respectivas atribuciones[11].

Las labores de complementariedad entre todas las instituciones se desprenden de la Constitución y su respectiva legislación. De esta manera, observemos más de cerca las funciones de cada una y sus sinergias.

---

listas de adherentes, pues estas pertenecen al REGISTRO al haber asumido las funciones de Registro Electoral del Perú contempladas en la ley vigente y entre las cuales se encuentra la precisamente señalada"; cfr. Exp. N.° 00001-1997-CC/TC (Fundamento Jurídico 6)

[7] Véase el artículo 3° de la Ley 26533.

[8] El JNE resuelve, en instancia final y definitiva, el recurso que se interponga contra las resoluciones que expidan la ONPE y el RENIEC, sólo en asuntos electorales, referéndum o de otro tipo de consultas populares; véase el artículo 1 de la Ley 26533.

[9] Véase el artículo 20° de la Ley 26533.

[10] Véase el artículo 36° de la Ley 28094 (Ley de Partidos Políticos).

[11] Véase el artículo 3° de las leyes 26486, 26487, y 26497, respectivamente.

1.3.1 La finalidad de los órganos que conforman el Sistema Electoral peruano

De acuerdo con la Constitución y las respectivas leyes orgánicas, las finalidades de cada institución que conforma el sistema electoral peruano se encuentran claramente delimitadas; mientras que el RENIEC se encarga de mantener y actualizar la data de los ciudadanos, la ONPE es la encargada de organizar el proceso electoral y el JNE tendrá la responsabilidad de fiscalizar todo el proceso además de convertirse en la máxima instancia de resolución de impugnaciones en materia electoral.

Los tres órganos que conforman el sistema cuentan con personería jurídica de derecho público. Son autónomos pero coordinan y se complementan, ajustándose unos con otros en sus atribuciones; además, tanto la ONPE como el RENIEC cuentan con atribuciones económicas y financieras, pero es el JNE el encargo de representarlas ante el Poder Ejecutivo para la aprobación de sus respectivos presupuestos y gastos operativos. La titularidad del pliego presupuestal se ejerce colegiadamente por los tres órganos que conforman el sistema electoral[12]. En caso de ser convocado un proceso electoral especial, la Oficina Nacional de Procesos Electorales deberá remitir al JNE el presupuesto requerido. El JNE deberá presentarlo ante el Poder Ejecutivo dentro del plazo de siete días calendario de la convocatoria[13]. Finalmente, el Presupuesto del RENIEC es presentado por el JNE al Poder Ejecutivo como un programa separado dentro del pliego correspondiente al Sistema Electoral. El JNE sustenta el presupuesto ante dicha instancia y ante el Congreso de la República.

Una vez conocidas las finalidades de cada órgano, las coordinaciones que realizan entre ellos, internamente, confirman su calidad de sistema y que podemos sistematizar a continuación:

1.3.2 El funciones de coordinación de los órganos del sistema

a) La función de absolver consultas de carácter genérico al conjunto del sistema electoral[14].

b) Las circunscripciones electores. El JNE atiende la solicitud de la ONPE para dividir o modificar las circunscripciones electorales por razones técnicas[15];

---

[12] Véanse los artículos 40° y 41° de la Ley 26486, y el artículo 11° de la Ley 26497.

[13] Véase el artículo 30° de la Ley 26487.

[14] El artículo 5°, inciso p, de la Ley 26486 establece que el JNE puede "[a]bsolver las consultas de carácter genérico no referidas a casos concretos, que los jurados electorales especiales y los demás organismos del sistema electoral le formulen sobre la aplicación de las leyes electorales"

[15] El artículo 5°, inciso s, de la Ley 26486, establece la función de [d]ividir, a solicitud de la ONPE, las circunscripciones electorales en unidades menores, a fin de agilizar las labores del

efectivamente, dependiendo del tipo de elección y del número de electores, el Jefe de la ONPE podrá solicitar al JNE la división o integración de determinadas circunscripciones electorales, a fin de agilizar las labores del proceso electoral[16].

c) La inscripción de candidatos. La ONPE recibe y remite al JNE la solicitud de inscripción de candidatos u opciones en procesos de ámbito nacional, para la expedición de credenciales, informando respecto del cumplimiento de los requisitos formales exigidos[17]. El JNE remite a la ONPE copia de los resúmenes de las organizaciones políticas inscritas o en proceso de inscripción[18]

d) El padrón electoral. Preparar y mantener actualizado el padrón electoral en coordinación con la ONPE[19]. A diferencia del JNE y la ONPE, el RENIEC tiene la misión de actualizar el padrón electoral, por eso su labor es permanente. De esta manera, el RENIEC proporciona al JNE y a la ONPE la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones[20]. La ONPE coordina con el RENIEC la elaboración de los padrones electorales[21], y el JNE autoriza el uso del padrón elaborado[22], los cuales son luego devueltos a la ONPE[23].

e) La participación en las sesiones del JNE. La participación de los respectivos jefes de la ONPE y RENIEC para concurrir a las sesiones del Pleno del JNE y participar en sus debates, con iguales prerrogativas, sin derecho a voto, pudiendo también ser invitados para informar[24].

f) La resolución de eventuales conflictos de competencia. La legislación ha previsto que los eventuales conflictos de competencia serán resueltos por el Tribunal Constitucional; al respecto, con relación a la labor de coordinación que debe tener el sistema electoral, el máximo intérprete de la Constitución estimo que "(...) el presente conflicto entre el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y la Oficina Nacional de Procesos Electorales, debe necesariamente resolverse en razón a la operatividad o funcionalidad del Sistema, lo que supone que si la responsabilidad de verificación de los requisitos formales para ejercer los derechos de participación y control ciudadanos, y entre ellos, la verificación de firmas, permite que el primero de los citados entes, vía la remisión en medios magnéticos y digitalizados de los datos relativos a las inscripciones electorales,

---

proceso electoral; véase además el artículo 32 de la misma Ley, así como el artículo 24 de la Ley 26487.

[16] Véase el artículo 26° de la Ley 26487.
[17] Véase el artículo 5° inciso m, de la Ley 26487.
[18] Véase el artículo 4° de la Ley 28094 (Ley de Partidos Políticos).
[19] Véase el artículo 7°, inciso d, de la Ley 26497.
[20] Véase el artículo 7°, inciso e, de la Ley 26497.
[21] Véase el artículo 5°, inciso j, de la Ley 26487.
[22] Véase el artículo 5°, inciso v, de la Ley 26486.
[23] Véase el artículo 5°, inciso k, de la Ley 26487.
[24] Véase el artículo 25° de la Ley 26486.

firmas y huellas digitales y boletas de inscripción así como la información interna de aquellas, contribuya a la responsabilidad que atañe al segundo de los entes, no puede ello entenderse como una invasión a distorsión de competencias sino como una de las manifestaciones que asumen las relaciones de coordinación existentes entre ellos (...)"[25]. El RENIEC brinda, durante los procesos electorales, la máxima cooperación a la ONPE, facilitando el uso de su infraestructura material y humana[26]. Se describen como independientes por el modo pero son sinérgicos, la RENIEC está al servicio de la ONPE y el JNE.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional advierte la necesidad de colaboración entre sus órganos, pues, la separación de funciones no consiste solamente en que cada órgano del estado mantenga una esfera o ámbito de independencia frente a los demás (separación horizontal), también existe una separación de tipo vertical, la cual está garantizada por el propio sistema jurídico, que es al que todos los órganos políticos y ciudadanos deben sujetarse. La separación vertical consiste precisamente en el control que deben ejercer los órganos jurisdiccionales, como la judicatura o el Tribunal Constitucional también a evitar la invasión de competencias de un poder a otro[27]. En otras palabras, cuando un órgano estatal abusa de las competencias que la constitución le confiere, son los jueces quienes deben controlar ese acto arbitrario a favor de las libertades.

II. El sistema electoral ante la reforma del estado

La propuesta de unificar en solo órgano las funciones encomendadas al JNE, la ONPE y el RENIEC, dentro del llamado proceso de reforma del Estado no consiste, solamente, en la necesidad de modificar y adaptar la legislación existente, además de una enmienda formal a la Constitución, sino también conocer y estudiar el contenido y espíritu de la Carta de 1993 como freno al ejercicio del poder y la voluntad del constituyente histórico.

Cuando la Constitución peruana y la legislación hacen mención a que el JNE, la ONPE y el RENIEC conforman el sistema electoral, está haciendo

[25] Cfr. Exp. N.° 00001-1997-CC/TC (Fundamento Jurídico 4). Demanda sobre Conflicto de Competencia interpuesta por el Jefe Nacional del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (REGISTRO) contra la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), a los efectos de que se determine y defina la competencia y atribuciones constitucionales que tienen ambas entidades con respecto a la información y verificación de los requisitos formales necesarios para ejercer los Derechos de Participación y Control Ciudadanos.

[26] Véase el artículo 7°, inciso m, de la Ley 26497.

[27] Véase BOREA ODRÍA, Alberto: *Derecho y Estado de Derecho. Tratado de Derecho Constitucional,* Tomo II, Editorial Gráfica Monterrico, Lima, 1999, pág. 552.

referencia a que dichas instituciones en conjunto, relacionadas entre sí ordenadamente, contribuyen con una determinada finalidad: "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 del elector expresada en las urnas por votación directa"[28]. Si es así, si deben trabajar conjuntamente en una misma finalidad, la legislación debe permitir las sinergias suficientes para cumplir con sus objetivos, pero sin olvidar que también debe plasmarse en su regulación el principio de separación de funciones, dado que estamos ante un sistema diseñado por la propia Constitución en su parte orgánica.

2.1 La voluntad política del Constituyente de 1993

La voluntad del Constituyente de 1993 fue apartarse de la tradición recogida por las anteriores constituciones peruanas sobre materia electoral y que había evolucionado hasta alcanzar el diseño de la Constitución de 1979. La finalidad era entonces crear no uno sino tres niveles autónomos para la conducción del sistema electoral, en base al derecho comparado y no a la tradición histórica de los textos constitucionales peruanos. La primera crítica que se formuló fue que el órgano que tiene que resolver los conflictos que se presentan ya no sería, como había sido hasta la fecha, el mismo que organiza el proceso electoral; de tal manera que la organización de procesos electorales correspondería a un ente autónomo, pero vinculado al Jurado Nacional de Elecciones, quien resolverá si el proceso ha sido auténtico, o no, y proclamará a los ganadores.

El Constituyente de 1993 recordó que bajo la Constitución de 1979 una sola institución, el Jurado Nacional de Elecciones, tenía todas las funciones y todas las responsabilidades[29], en otras palabras, diseñaba la cédula electoral, se encargaba de los padrones electorales, de los escrutinios y de todas las actividades que pueden estar relacionadas con un proceso electoral; finalmente, además de todo eso, administraba justicia en materia electoral. En consecuencia, el principal problema señalado era que ninguna institución podía ser juez y también parte. Que si una institución ha tenido la responsabilidad de diseñar una cédula, luego no va a reconocer su responsabilidad respecto de los conflictos que entre particulares ha ocasionado un defecto en su diseño.

En segundo lugar, era necesario un órgano que le corresponda organizar los procesos electorales y de consulta popular; poniendo énfasis en la palabra organizar el proceso, pues, el Jurado sería el órgano de carácter jurisdiccional. Finalmente, la necesidad de modernizar el Registro Nacional del Estado Civil debido a su palpable atraso, dado que no era posible tener una información concentrada

[28] Véase el artículo 176° de la Constitución peruana.
[29] Véanse los artículos 286° al 294° de la Constitución peruana de 1979.

sobre el estado civil de las personas. El Constituyente de 1993 manifestó la voluntad de transformarlo en un sistema que sea autónomo, moderno, actual y que permita, no sólo el registro de los datos fundamentales de la persona sino que sea la base del sistema electoral. En líneas generales, la voluntad era crear un instrumento de carácter documentario (el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil), autónomo; un segundo que es propiamente la Oficina Nacional de Procesos Electorales, que lleva a cabo el proceso; y el tercero, que es el órgano jurisdiccional que proclama a los que ganan, declara las nulidades y resuelve los conflictos, supervisando, además, el conjunto del proceso electoral[30].

La voluntad de Constituyente de 1993 fue entonces proponer un sistema electoral con tres instituciones que estén dotadas de los mecanismos para que esas actividades puedan ser desarrolladas y cumplidas y a ellas les llegue también el adelanto y la innovación tecnológica que haga posible la mejor conducción de los procesos electorales. En otras palabras:

1) La necesidad de diseñar una institución que pueda administrar, con suficiente independencia y tranquilidad, la justicia electoral.

2) La existencia de una oficina que se encargue del planeamiento, la dirección y la ejecución de los procesos electorales, que pueden ser electorales propiamente dichos o de consulta popular –como es el caso de referéndum– u otro tipo de consultas. Esta oficina va a tener autonomía funcional; pero, evidentemente, al Jurado Nacional de Elecciones le va corresponder, en la medida que fiscaliza la legalidad de la realización de los procesos electorales, observar de cerca el funcionamiento y el cumplimiento de las funciones de esta Oficina de Procesos Electorales, sin que exista, sin embargo, una relación de dependencia, y es por eso que en el esquema previsto por el Constituyente el Jefe de esta Oficina de Procesos Electorales no sería nombrado por el Jurado Nacional de Elecciones sino por el Consejo Nacional de la Magistratura.

3) De otro lado, la necesidad de un moderno Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de ámbito nacional. Esta exigencia para el Constituyente de 1993 se basaba en que por causa del terrorismo se vivieron desórdenes que afectaron la integridad de los registros de estado civil, permitiendo su adulteración con el fin de cambiar identidades u otorgar documentos falsos a elementos subversivos; por tanto, era importante la existencia de un Registro Nacional en el cual queden registrados todos los actos que se refieran a nacimientos, matrimonios, defunciones y demás actos que modifiquen el estado civil de las personas. La necesidad de un registro nacional permitiría la preparación oportuna del padrón electoral que esté debidamente actualizado[31].

[30] Véase el Diario de Debates, Tomo III, sesión del 10 de Agosto de 1993, págs. 1791-1792.
[31] Véase el Diario de Debates, Tomo III, sesión del 10 de Agosto de 1993, págs. 1827-1829.

2.2 La carencia de una fundamentación jurídica del Constituyente de 1993 y una posible argumentación

El Constituyente de 1993, ante la imposición de diseñar un sistema electoral tripartito y la intencionalidad política de sus argumentos, consideramos que una probable, pero repetimos ausente fundamentación del llamado sistema electoral, debió basarse en la necesidad de sustentarlo bajo el principio de separación de funciones que inspira la organización del Estado peruano de acuerdo con el artículo 43° de la Carta de 1993; pese a que los tres órganos, dos de ellos (ONPE y RENIEC) son de carácter o naturaleza técnica. De esta manera, se entiende que el sistema político que inspira al Estado peruano y que se organiza por el principio de separación de funciones, contiene un círculo concéntrico, el sistema electoral, que también debería regirse por dicho principio. Es así que, siendo el espíritu del sistema electoral la necesidad de constituir varios órganos autónomos para que trabajen y colaboren conjuntamente mente en los procesos electorales, no se puede prescindir de los controles intraórgano que hacen posible la viabilidad del principio de separación de funciones en cinco formas a la vez[32]:

1) La diferenciación de las funciones, fiscalización, organización y preparación del padrón electoral.

2) La incompatibilidad constitucional del titular de un órgano del estado para interferir ejercer un cargo distinto para el cual fue nombrado.

3) La independencia de un órgano estatal frente a las acciones o la interferencia de los demás.

4) La fiscalización o el equilibrio de un órgano estatal mediante los actos de otro.

5) La situación coordinada de un órgano estatal frente al otro.

Si el argumento de una separación de funciones para la organización electoral, ausente en las actas del Diario de Debates, fue el motivo que motivó al Constituyente de 1993, fuera de sus consideraciones de carácter político, veremos que no necesariamente se corresponde con un sistema cuyos órganos están compuestos por dos instituciones de naturaleza técnica y una jurisdiccional. Pero sigamos tratando de encontrar una fundamentación jurídica a la voluntad política del Constituyente de 1993.

2.3 La voluntad de crear un sistema bajo controles intraórganos

El artículo 43 de la Constitución de 1993 describe las líneas políticas matrices del Estado peruano (democrático, social, independiente y soberano); su

[32] Al respecto véase MARSHALL, Geoffrey: *Teoría Constitucional,* Espasa Calpe, Madrid, 1982, pág. 137.

naturaleza (uno e indivisible), su sistema de gobierno (unitario, representativo y descentralizado) y el reconocimiento de un principio básico del derecho constitucional para organizarlo: la separación de poderes. El Tribunal Constitucional nos dice que "[d]entro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado. Ello, sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; si no que exige también el control y balance *(check and balance)* entre los órganos del Estado"[33]. Siendo esa finalidad, la organización estatal en base a la división de funciones, cuyo primer ejemplo práctico se encuentra en la especialización y separación de las tres funciones básicas (legislativo, judicial y ejecutivo), el Constituyente de 1993 propuso que en el artículo 43° que este principio informe a todas instituciones y sistemas que conforman el Estado peruano.

La doctrina nos dice que la separación de poderes, o de funciones porque el poder es uno solo, se realiza por medio de técnicas de control y son de dos tipos: los controles intra e inter órgano; al respecto, Loewenstein nos dice que cuando las instituciones de control operan dentro de la organización de un solo titular, son necesarios los llamados controles intraórganos. Pero, por otra parte, cuando funcionan entre diversos titulares del ejercicio de las funciones de ese poder, y que cooperan en la gestión estatal, se les designa como controles interorgános. El nacimiento de los conceptos de controles intraórganos e interórganos están tomados de la conocida terminología del Derecho Constitucional estadounidense, precisamente donde primero se aplicó el principio de separación de poderes, que distingue entre la jurisdicción de los Estados miembros *(intra-state)* y la jurisdicción entre los Estados o jurisdicción federal *(inter-state)*. Los controles intraórgano e interórgano constituyen conjuntamente la categoría de los controles horizontales. Lógicamente, esta categoría del control horizontal exige ser completada y confrontada con la articulación vertical del proceso del poder[34].

Los controles intraórganos operan en las respectivas relaciones que se establecen entre los diversos e independientes titulares del ejercicio de las funciones del poder. Como ya se ha indicado anteriormente, la diferencia del proceso político en el Estado constitucional y en la autocracia radica en que las diferentes actividades estatales están distribuidas entre varios e independientes titulares del ejercicio de las funciones del poder, que están obligados constitucionalmente a

[33] Cfr. Exp. N.° 03760-2004-AA/TC (Fundamento Jurídico 23-24).

[34] El mismo autor señalaba que bajo esta segunda categoría se entienden aquí aquellos controles que operan entre la totalidad de los titulares del ejercicio de las funciones del poder establecidos constitucionalmente, y encargados de dirigir el proceso gubernamental, y todas las otras fuerzas sociopolíticas de la sociedad estatal, que pueden funcionar sobre una base territorial, pluralista y hasta individual, véase LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución,* Ariel, Barcelona, 1986, págs. 232-233.

cooperar en la formación de la voluntad estatal. Esta dinámica del interjuego e interacción de los diversos detentadores del poder en el proceso político constituye los controles interórganos que son de dos clases:

1) Las instituciones legitimadas para ejercer las distintas funciones del poder estarán de tal manera acoplados constitucionalmente que sólo conjuntamente podrán llevar a cabo determinadas tareas.

2) Cada institución legitimada para ejercer una determinada función del poder está autorizado a intervenir discrecionalmente en la actividad de otra institución legitimada para ejercer una función del poder, y de esta manera frustrar su acción si fuese preciso.

En el primer caso, la cooperación de las instituciones que ejercen las funciones del poder es indispensable si el acto estatal tiene que realizarse; en el segundo caso la intervención a la función del poder es de carácter optativo, pero el efecto es el mismo. La otra institución que ejerce la función del poder estará sometida a un control. Por eso ambas clases funcionan como controles interórganos[35].

2.4 Una crítica a la tesis de la separación de funciones en el Sistema Electoral peruano

Si entendemos por sistema al conjunto de instituciones que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen con una determinada finalidad, veremos que el principio de separación de poderes también debe informar sus relaciones así como establecer las pautas de solución para resolver eventuales conflictos de competencia. En otras palabras, vemos que el principio separación de funciones también se refleja en los sistemas que reconoce y regula; nos estamos refiriendo al sistema de gobierno (las relaciones ejecutivo-legislativo) y, por iniciativa del Constituyente de 1993, pero sin fundamentarlo expresamente, también en el sistema electoral, es decir, las relaciones entre el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). En efecto, pese a no ser la posición mayoritaria en el derecho comparado, los controles inter órgano se reflejan en el sistema electoral. No obstante, si esta fue la intención doctrinal y política del Constituyente de 1993, debemos tener en cuenta que el peso de dichos componentes, a pesar de su autonomía, es desigual pues estamos ante dos órganos que tienen una evidente naturaleza técnica (ONPE y RENIEC), y un tercero (JNE) que es la máxima instancia en materia electoral y fiscalizador de dichos procesos, es decir, de todos los actos que realicen los otros dos; cuando la separación de funciones

[35] LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución…, Op. cit.,* págs. 252-253.

tiene por finalidad establecer los límites y los lazos de colaboración entre órganos de semejante peso político (legislativo y ejecutivo); precisamente para evitar cualquier predominio y mantener un balance *(check and balance)*.

2.5 La posibilidad de unificar los órganos que conforman el sistema electoral

Si bien la intención política de reformar el Estado, entre otras tareas a proponer y ejecutar, nos conduce a un retorno al diseño anterior de organización electoral encabezado por el Jurado Nacional de Elecciones, no es menos cierto que se trata del modelo tradicional y que guarda conformidad con la tradición de los textos constitucionales históricos del Perú. En cierta medida, el origen polémico de la Constitución de 1993 ha dado lugar a un conjunto de reformas de ensayo en el Estado peruano. Un Congreso con el sistema unicameral más longevo en la historia republicana, la reelección inmediata del Presidente de la República[36], y el sistema electoral compuesto por tres órganos autónomos, son dos ejemplos que resaltan la vocación del Constituyente de 1993 por apartarse de la tradición histórica de algunas instituciones o probar con algunas reformas que, en algunos casos, fueron y son polémicas.

¿Cuáles son las bondades de unificar los organismos electorales de la ONPE y el RENIEC en torno al JNE?

1) Los textos constitucionales históricos que reconocían tradición unitaria

La histórica republicana reconoce a la administración electoral como unitaria[37], siendo la Carta de 1993 un ensayo que ha distinguido tres instituciones donde los textos constitucionales peruanos reconocieron sólo una. La estructura de la organización electoral histórica fue diseñada en 1931 y con ciertos ajustes fue consagrada en la Constitución peruana de 1979 que, recogiendo los aportes de las constituciones modernas, optó por la denominación de Jurado Nacional de Elecciones como organismo electoral único[38]. Con lo cual, pese a las

[36] Una atribución modificada por el Congreso mediante Ley 27365 del 5 de noviembre de 2000, que modificó el artículo 112 de la Carta de 1993, retornando a lo dispuesto por la Constitución de 1979 (artículo 205).

[37] Concretamente, desde la Constitución de 1933 hasta la de 1979, durante cerca de setenta años, el diseño de la administración electoral estaba concebido en base a un solo organismo electoral unitario, denominado como el Jurado Nacional de Elecciones; véase al respecto: SOTO VALLENAS, Gastón: *La Constitución Comentada,* Gaceta Jurídica, Tomo II, Lima, 2006, pág. 869.

[38] GARCÍA BELAUNDE, Domingo: "El Sistema Constitucional peruano" en AA.VV: *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos…, Op. cit.,* pág. 723.

interrupciones democráticas producto de golpes de estado, el modelo actual se estaría apartado de una tradición de setenta años de experiencia en materia electoral.

2) El reconocimiento del carácter unitario del Poder Electoral

En el Perú y el derecho comparado se observa la contratación de empresas de prestigio y nivel técnico adecuado para la atender la parte operativa de los procesos electorales[39]. Al respecto, la doctrina también ha cuestionado la opción innovadora de un sistema compuesto por tres órganos[40]. El reconocimiento del carácter unitario que tiene la administración electoral, es decir, la aplicación de los principios de unidad de mando, autoridad y responsabilidad, conllevan a que la ONPE y el RENIEC sean oficinas técnicas y dependientes del JNE, como hemos mencionado anteriormente.

En la Constitución colombiana de 1991 se atribuye al Consejo Nacional Electoral el ejercicio de la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral, y también la competencia para nombrar y remover al Registrador Nacional del Estado Civil[41]. La Constitución de Uruguay, de manera similar, establece una Corte Electoral que, entre otras atribuciones, conoce todo lo relacionado con los actos y procedimientos electorales[42]. En Costa Rica, su norma fundamental dispone que "la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, corresponden en forma exclusiva al Tribunal Supremo de

[39] "El Perú no es ajeno a esta práctica. En las elecciones generales de 2001, intervinieron las firmas nacionales J. Evans y Asociados S.A, y Enotria. Finalmente, Cosapi Data y GMD realizaron el análisis, diseño, soporte y operación del sistema electoral así como la implementación y puesta en marcha de los 133 centros de cómputo que operaron en las elecciones municipales y regionales del 2002, es decir, casi la totalidad de la planificación y organización de dicho proceso electoral"; cfr. SOTO VALLENAS: *La Constitución Comentada…, Op. cit.,* pág. 871.

[40] Al respecto, García Toma nos dice que "(…) si queremos preservar el fin supremo del régimen electoral, consistente en velar por respecto y cumplimiento de la voluntad popular manifiestamente en los procesos electorales con atención a criterios de eficiencia y eficacia, debe devolverse al Jurado Nacional de Elecciones la condición de ente exclusivo de dicha actividad"; cfr. GARCÍA TOMA, Víctor en AA.VV: *Razones para una unificación: opiniones y análisis de juristas*, Jurado Nacional de Elecciones, Lima, 2002, pág. 27; véase además, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Estudios de Derecho Electoral,* Ediciones Jurídicas, Lima, 1997; CHÁVEZ-LÓPEZ, Dany Ramiro: "Un solo organismo electoral para el Perú" en "Anteproyecto de la Constitución Política y de la Ley de Partidos Políticos en el Perú" en GARCIA BELAUNDE, Domingo (coordinador): *La Constitución y su defensa (algunos problemas contemporáneos),* Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), Grijley, Lima, 2003, pág. 181-209; TEODORO FALCONI, Juan: "De la fusión de los organismos electorales en la propuesta de reforma constitucional peruana, hoy en trámite", en *Revista Jurídica del Perú,* Nro 39, Trujillo, 2002, págs. 123-149.

[41] Véase el artículo 265, incisos 1 y 2, de la Constitución colombiana de 1991.

[42] Véase el artículo 322 inciso (a) de la Constitución uruguaya de 1997.

Elecciones, el cual goza de independencia en el desempeño de su contenido; del Tribunal dependen los demás organismos electorales"[43].

3) La opinión de la Comisión de bases para la reforma constitucional

La Comisión de juristas convocados por el Gobierno de Transición encabezado por el Presidente Valentín Paniagua para estudiar el o los caminos hacia una eventual reforma de la Carta de 1993, retorno a la Constitución de 1979 o convocatoria de nueva Asamblea Constituyente, optaron por reinstaurar la unidad y articulación orgánica del régimen electoral, encabezada por el Tribunal Supremo Electoral, que reemplazaría al JNE. La ONPE quedaría dentro de la estructura unitaria conservando su autonomía técnica, administrativa y funcional para el desempeño de sus funciones[44].

4) Los criterios económicos para la unificación de los organismos electorales en torno al JNE

Los modelo duales o tripartitos son comparativamente más onerosos que el modelo tradicional y responden a su propia tradición; por eso, luego de aprobarse la respectiva reforma constitucional, el proceso de asimilación sería inmediato y sin mayor gasto económico; además, el JNE cuenta con una estructura orgánica para la absorción, el Pleno del Jurado se mantendría como una dirección colegiada, mientras que la ONPE y el RENIEC son oficinas que realizan un trabajo técnico a cargo de jefaturas unipersonales y dependientes del JNE.

III. ¿Es constitucional y posible la unificación de los órganos que componen el sistema electoral?

La propuesta de unificar en torno al JNE los organismos que actualmente conforman el sistema electoral es una iniciativa para retornar al modelo tradicional que ha caracterizado al Derecho Constitucional peruano. Si bien esa no ha sido la voluntad del Constituyente de 1993, no debemos olvidar que la teoría constitucional también contempla el poder constituyente constituido, es decir, la posibilidad de poder reformar la constitución por medio de un procedimiento que en el caso peruano es rígido, especial, de mayorías calificadas, y que está confiado al Congreso. La voluntad del constituyente histórico es una referencia importante para tener en cuenta ante una eventual reforma que desvíe

[43] Cfr. Artículo 99 de la Constitución de Costa Rica de 1949.

[44] Véase el estudio y propuestas de la *Comisión de bases de la reforma constitucional del Perú,* Ministerio de Justicia, Junio 2001, pág. 90.

la tradición y natural evolución histórica de los textos constitucionales; y, precisamente en este caso, lo que se busca es tratar de retornar a la tradición y proceso evolutivo del modelo electoral peruano que terminó de configurarse bajo la Constitución de 1979 y que fue desviada por la Carta de 1993. Un ejemplo que explica este argumento fue la enmienda que el Congreso realizó al artículo 112° a la actual Ley Fundamental impidiendo la reelección presidencial y retornando lo dispuesto por la Constitución de 1979[45]. Por ese motivo, la pregunta a continuación sería la siguiente: ¿Se necesita reforma constitucional para lograr la unificación de los órganos electorales? Consideramos que sí es necesaria la enmienda al capítulo XIII de la Carta de 1993. La reforma del Estado no puede hacerse al margen de una reforma constitucional, por tanto, se necesita un acuerdo (pacto).

El desarrollo y avance técnico de los procesos electorales llevados a cabo por la ONPE y los servicios de información, mejoramiento y actualización de la data para la elaboración del padrón electoral previstos por el RENIEC no se pierden, sólo estarán jerárquica y funcionalmente dependientes del JNE. No obstante, cabe señalar que ambas opciones son constitucionales y aceptadas en el derecho comparado, lo cual nos lleva al terreno de lo opinable y de la prudencia política. Es evidente que la unificación de los órganos electorales deberá superar un procedimiento rígido para aprobar una necesaria enmienda constitucional como parte del proceso de reforma del Estado; pues no olvidemos que la Constitución también organiza las instituciones políticas.

Precisamente, por requerirse de una enmienda constitucional, la reforma del Estado no puede ser conducida en solitario por el Ejecutivo, sino que demandará un gran consenso entre las fuerzas políticas con estable representación parlamentaria. Ese será el principal problema en la práctica. La carrera que realiza el gobierno para reformar el aparato estatal no puede entenderse como una competencia de cien metros sino más bien de postas en un campeonato de atletismo, donde el Presidente y su Consejo de Ministros deben realizar todos los esfuerzos necesarios para cumplir las metas que puedan alcanzar durante sus cinco años de mandato, para luego, entregar ese testimonio al gobierno siguiente; por eso, cuando hablamos de reforma del Estado, estamos ante la necesidad de crear un pacto entre todas las fuerzas políticas que podría continuar con cada nuevo gobierno. En ese sentido, no debemos ver a la Constitución como sinónimo de obstáculo sino más bien de prudencia; es ella la que fija el mandato presidencial, parlamentario y los procedimientos para realizar las reformas con la madurez necesaria. Nos dice además que el gobierno no podrá terminar todo lo iniciado, que será un buen avance, pero necesita crear el

[45] Véase la Ley 27365, Ley de Reforma Constitucional del 5 de noviembre de 2000.

consenso para que la reforma estatal pueda concluir satisfactoriamente para los todos los ciudadanos.

La posibilidad o no de unificar la ONPE y el RENIEC en torno al JNE se resume en la posibilidad, o no, de poseer la mayoría requerida para modificar la Constitución de 1993. Sin embargo, la prudencia nos dice que mientras no tengamos un sistema de partidos sólido y estable, en vez de débil y volátil, no podremos realizar un pacto para encauzar todas las enmiendas necesarias sin alterar o deformar los proyectos de reforma que se presenten al Congreso, pues, lo que ocurrirá es que celebraremos acuerdos con partidos que, probablemente, carezcan de representación en los comicios del año 2011, con lo cual los parlamentarios debutantes no se sentirán comprometidos con dichos pactos, especialmente si uno de dichos nuevos partidos fuese, eventualmente, también titular del ejecutivo.

* * * * *

EL ESPÉCULO ELECTORAL 2010

JOSÉ FRANCISCO GÁLVEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* **II.** *La democracia como sistema.* **III.** *Las organizaciones políticas en la actual Constitución.* **IV.** *El aspirante ante el espéculo electoral.* **V.** *Conclusiones.*

I. Introducción

Ante todo, deseo agradecer la gentil invitación del señor Doctor Ernesto Álvarez Miranda, magistrado del Tribunal Constitucional, por hacerme partícipe de esta publicación de la que doy por descontado su aceptación en la comunidad académica.

En el Derecho castellano fue conocida la labor de Alfonso X (El Sabio) por dos obras que produjo: Las Siete Partidas y el Espéculo (espejo o reflejo del Derecho). Las siguientes líneas tienen como propósito contemplar cómo el contexto electoral se ha visto reflejado en el Derecho durante las tres últimas décadas: El voto preferencial, el voto y la representación para los analfabetos, el crecimiento geométrico del número de agrupaciones políticas, la segunda vuelta para las elecciones generales, hasta entonces. Reformas que se han ido incorporando a un proceso que comprendió el retorno de la civilidad al poder en los años ochenta y la promulgación de dos constituciones políticas que diseñaron el modelo estatal, reformulando el papel de las instituciones en concordancia con el sistema de derechos fundamentales y políticos que coadyuvaran a

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica y Doctor en Historia por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador del Instituto Riva-Agüero (Lima). Profesor de Historia del Derecho y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad San Martín de Porres. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

fortalecer la democracia en el Perú, sometida tanto regímenes representativos, participativos o autócratas.

Diseños donde los legisladores fueron introduciendo paulatinamente cambios en los llamados Derechos económicos, sociales y culturales (DESC), bajo la nueva visión de Democracia, a la que aspiramos para el desarrollo de nuestro proyecto de vida. De ahí nuestro interés en el presente artículo en formular brevemente aspectos conducentes a la reflexión de lo que somos, tenemos y hacia dónde vamos en la mira que el fortalecimiento de la Democracia sólo se producirá con nuestro esfuerzo, constante involucramiento y constituye el reflejo de nuestra propia idiosincrasia: incipiente, informal e individualista, donde grandes sectores de la ciudadanía son proclives a demandar sus derechos por cualquier medio, incluso violentos; pero por otro lado, son reticentes a aceptar compromisos u obligaciones que fortalezcan el sistema. Lo que nos lleva a examinar que las respuestas del Estado sean oportunas frente a las demandas y con ello crear un ambiente propicio de gobernabilidad que no prescinde del aporte ciudadano, pues suele ocurrir que la cultura estatal institucionaliza a la vez es proclive al conservadurismo. Dependerá del grado de intensidad así como de la forma como el Estado lidere la voluntad política propiciando una concurrente concertación donde la autoridad muestre a su pueblo sus otras facetas: Conciliador, persona jurídica, gestor y garante de la Constitución. Que sepa adecuarse a las actuales circunstancias y saber cómo imponerse demostrando eficiencia en el servicio que presta. De lo contrario, si se ciñe a actuar sólo como autoridad que se impone porque puede hacerlo, dará lugar a la formulación de críticas mediáticas, no siempre ponderadas, que terminan por producir desacato, bajo un estoico espíritu.

II. La Democracia como sistema

2.1 El diseño constitucional de 1979

Los legisladores de la Asamblea Constituyente de 1978 pusieron las bases del nuevo constitucionalismo cuya ejecución la corroboramos en el presente siglo. Nuevas propuestas fueron planteadas en la defensa de los derechos humanos:

Creyentes en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado. Decididos a fundar asimismo un Estado democrático, basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta, que garantice a través de instituciones estables y legítimas la plena de vigencia de los derechos humanos

y , ..., el sometimiento de los gobernantes y gobernados a la Constitución y la ley[1].

Sin embargo, un excesivo celo llevó a los legisladores a ampliar la cobertura tuitiva hacia los derechos sociales que la Carta política reconocía, bajo la premisa que la Constitución que redactaban sería del siglo XXI. Propuesta que fue innovadora pero al mismo tiempo generó incertidumbre, colocando al Estado en una situación de indefensión al no poder garantizar lo que proclamaba. Como ha sostenido Antonio Pérez Luño:

> *"a medida que se ha ido alargando el ámbito del uso del término de derechos humanos, su significación se ha tornado más imprecisa. Ello ha determinado una pérdida gradual de su significación descriptiva de determinadas situaciones o exigencias jurídico-políticas, en la misma medida en que su dimensión emocional ha ido ganando terreno[2]"*

El nuevo Estado de Derecho diseñado en 1979 incluyó el orden político y jurídico que recogió las reformas y medidas desarrolladas por el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas (1968-1980) en los diferentes aspectos del país, así como los lineamientos en materia estatal y de derechos humanos que la comunidad internacional había planteado desde décadas atrás. Desde entonces, el proceso innovó el derecho electoral al reducir la mayoría de edad de los votantes de 21 a 18 años, que en ese proceso debían aún ser alfabetos e inscribirse previamente en el Registro Electoral del Perú (Decreto Ley Nº 21994, 15 de noviembre de 1977) para ejercer el derecho al voto. Así, el número de electores se incrementó de 2 millones 316 mil 188 a 4 millones 978 mil 831 electores.

Como complemento de ello, se estableció el voto preferencial (Decreto Ley N° 21995, 15 de noviembre de 1977) que permitió que la cifra utilizada para la circunscripción electoral fuese uninominal, de manera tal que el elegido no sólo respondía a la preferencia por su partido político, sino que se le reconocía su popularidad, trayectoria y carisma. Así, la ubicación del candidato a parlamentario era intrascendente pues aunque estuviese en los últimos puestos podría salir elegido, dando lugar a una movilidad entre los candidatos, propiciada por la modalidad de elección. Mecanismo que con cierto recelo aceptaron los miembros del Partido Aprista Peruano: "...argumentando que la dictadura militar quería dividir el voto de dicha agrupación partidaria y con ello evitar que su líder Víctor Raúl Haya de la Torre obtuviera la mayor votación[3]".

---

[1] GARCÍA BELAUNDE, Domingo: Las Constituciones del Perú. Tomo II. Lima. Fondo Editorial de la Universidad San Martin de Porres. 2008. Tomo II; p. 180.

[2] SQUELLA, Agustín: "Democracia y Derechos Humanos". En: Anuario de Derechos Humanos (Madrid) Universidad Complutense de Madrid. 1990; p. 234

[3] ONPE-CIE, Oficina Nacional de Procesos Electorales-Centro de Investigación Electoral:

El voto preferencial hizo que Víctor Haya de la Torre terminara siendo Presidente de la Asamblea Constituyente por pertenecer al partido más votado y al mismo tiempo responder a la mayor votación individual. Con ello se gestaba la tradición que, al inicio de la siguiente legislatura, ocupase el cargo de Presidente del Congreso. El resultado fue favorable al Partido Aprista Peruano (PAP) que quedó en el primer lugar con más de un millón doscientos mil votos correspondiente a 35 curules, en el segundo el Partido Popular Cristiano (PPC) con 835 mil 285 votos equivalente a 24 escaños, seguido por el Frente de Obreros, Campesinos y Estudiantes del Perú o FOCEP con 433 mil 413 votos que representaron 12 curules. Los cien representantes tuvieron el plazo de un año para la redacción y aprobación de la Carta, quedando pendiente su promulgación supeditada a la elección del siguiente gobierno democrático y representativo en 1980. En el discurso de instalación, Víctor Raúl Haya de la Torre dejó entrever que la nueva Carta superaría las limitaciones generadas por la inadaptación a realidad de las anteriores: "Nuestra Constitución debe emanciparse de las imitaciones y copias, sin desdeñar el legado universal de la ciencia política. Necesitamos una Constitución concisa y pragmática, que se centre en torno al hombre y a los derechos humanos y forje un Estado nuevo para una sociedad mejor[4]".

Así que se recogían los lineamientos constitucionales de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Derechos Humanos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas así como la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José), que en el caso de nuestro país había entrado en vigor el mismo 28 de julio que Haya asumía la presidencia de la Asamblea según el Decreto Ley Nº 22231. Con ello el Perú iniciaba un nuevo Estado de Derecho, llamado más adelante Democrático Constitucional, que colocaba en primer lugar a la Constitución como norma suprema jurídica y política, recogiendo experiencias anteriores donde, pese a que la ley colisionaba con el texto constitucional, no se podía declarar la inconstitucionalidad de la norma. Adicionalmente se reconocía el rango de los tratados suscritos y ratificados por el Estado peruano y la fuerza vinculante que de éstos irradiaban en el ordenamiento jurídico nuestro, como el debido proceso (Convención Americana de Derecho Humanos, artículo 25º)[5].

Los constituyentes tuvieron no sólo acceso a las Cartas anteriores, sino al proyecto de la Constitución Española de 1978 que fuera entregada por el propio

---

Los procesos electorales en el Perú 1978-1986. Problemas y lecciones. Lima. ONPE-CIE. 2005; p. 12.

[4] PERÚ: La Cámara de Diputados del Perú rinde homenaje a la Asamblea Constituyente en 10º Aniversario de la promulgación de la Constitución política. Lima. 12 de julio de 1989. 1989; p.17

[5] ABAD YUPANQUI, Samuel: CONSTITUCIÓN y procesos constitucionales. Lima. PALESTRA, Editores. 2006; p. 264.

rey de España S.M. don Juan Carlos I de Borbón al presidente de la Asamblea Víctor Raúl Haya de la Torre, a lo cual, se sumaron iniciativas de instituciones académicas como la del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otros. La coyuntura política resultaba un reto para los parlamentarios: "De la actividad y el celo de los Representantes depende que la ley de leyes concluya en término de meses para que sea posible la realización de comicios organizados de acuerdo a la nueva estructura del Estado y de sus poderes[6]"

La Asamblea había previsto que la Constitución sería promulgada por ella y entraría en vigencia al instalarse el gobierno constitucional, pero al mismo tiempo creían necesario que lo relativo a los Derechos y Deberes Fundamentales de la persona, Derecho Agrario, la primacía de la Constitución, la aplicación de la pena de muerte sólo para el caso de traición a la patria en guerra exterior, la jerarquía de normas y el principio de juez natural, pues los civiles no serían sometidos al fuero militar, regirían al día siguiente de la promulgación; enunciado que fue motivo de debates. Por un lado, el asambleísta Roberto Ramírez del Villar creía que era necesario acompañar a dicho acto la publicación de la misma, de lo contrario: ¿cómo se entera la ciudadanía que está vigente?[7]. En cuanto al establecimiento de una institución encargada de la defensa de Derechos fundamentales, la Asamblea acogió el proyecto del parlamentario Javier Valle Riestra González Olaechea para incorporar del Tribunal de Garantías Constitucionales al sistema jurídico-político, siendo su principal misión la: "…anticonstitucionalidad de las normas promulgadas por un Parlamento", tanto en su contenido como en su forma. De ahí la necesidad que se indique en la Constitución lineamientos sobre el funcionamiento del Tribunal de Garantías.

La nueva Constitución recogió el proceso de transformación indicado a través del pluralismo económico, la planificación (existente desde 1962 con el Instituto Nacional de Planificación), el fomento a la iniciativa privada y el papel del Estado en su calidad de promotor. Todo lo cual se resume en el objetivo de otorgar a la sociedad una mayor presencia participativa y democrática que reivindicaba al hombre como ser social. Cambios que se conjugaron con el nacionalismo, expresado en el territorio y en los aspectos culturales como la incorporación del quechua, aymara y los dialectos de la selva junto al castellano como idiomas oficiales, la revaloración de la historia nacional.

---

[6] PERÚ: La Cámara de Diputados del Perú rinde homenaje a la Asamblea Constituyente en 10º Aniversario de la promulgación de la Constitución política. Lima. 12 de julio de 1989. 1989; p. 19.

[7] COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-1979: Lima. Congreso de la República. Tomo VIII; p. 260

Sin embargo, en este devenir el ejercicio de derechos frente al ente estatal durante las décadas pasadas se hallaba aún supeditado al gobierno de turno, lo cual nos mostraba precariedad y fragilidad del Estado de Derecho, como si los derechos expresados en la Constitución por sí solos no fuesen oponibles y exigibles.

En este ámbito, la participación como derecho se ha desarrollado de manera incipiente. Fue retomada por la Asamblea Constituyente de 1978-79, siendo volcada en la conformación de ella misma al convocarse a las diferentes fuerzas políticas y tomando además del voto preferencia el método D' Hont, confirmando la presencia de las minorías, según el Estatuto Electoral de la Junta Militar de Gobierno (Decreto Ley N.º 14207 del 25 de setiembre de 1962).

Características que nos permiten distinguir el paso gradual entre el Estado de Derecho, consolidado en el siglo XX, al Estado Democrático y Social, más adelante ampliado al Estado Democrático Constitucional que implicaba considerar a la Constitución como norma suprema, "ley de leyes", y ante la cual se podían demandar no sólo la defensa de los derechos sino que las normas emitidas el Estado, en sus diferentes niveles e instituciones, se hallen acorde a lo dispuesto por ésta. El Estado democrático de Derecho implicaba que lo democrático y lo social constituyen parte de un mismo proceso, cuyos cambios se irán dando en el Estado nacional a partir de nuevos parámetros que vinculan al Estado con los ciudadanos, tanto para armonizar los intereses sociales como para el establecimiento de instituciones públicas acorde con la voluntad política del régimen de turno, realizando el cambio desde el interior. Tarea nada fácil, pero que ponía a prueba el sistema al abordar los problemas, sea por consenso o por conflicto. De ahí la importancia de propiciar el ejercicio de la libertad bajo condiciones de igualdad para todos los sujetos y en concordancia con las instituciones estatales y la sociedad misma.

Así, el Estado social de la Constitución de 1979 promueve políticas a través del fomento de sectores económicos lo cual se infiere del modelo de organización estatal establecido:

> *"El Perú es una República Democrática y social, independiente y soberana basada en el trabajo..." (artículo 79º)*[8]

Entre las innovaciones relacionadas al sistema electoral, se extendió el derecho al voto a todos los peruanos mayores de los 18 años que no tengan sentencia aún. La elección para Presidente a la República, que hasta entonces debía alcanzar el 33% de los votos válidos y en su defecto ser elegido entre los tres

[8] GARCÍA BELAUNDE, Domingo: Las Constituciones del Perú. Tomo II. Lima. Fondo Editorial de la Universidad San Martin de Porres. 2008. Tomo II; p. 209.

primeros aspirantes por el Congreso de la República, fue reemplazada por el porcentaje de 50% más uno de los votos válidos para ganador, caso contrario se estableció la segunda vuelta entre los dos candidatos con mayor votación para confrontarlos con mayoría simple. En lo referente a la composición del Congreso se optó por la conformación bicameral: Diputados, en número de 180 y Senadores en número de 60, dejando abierta la posibilidad que los Presidentes de la República elegidos puedan incorporarse como Senadores Vitalicios.

Se puso énfasis a la tesis de la representatividad al plantear el pluralismo democrático a través del sistema de partidos políticos, instrumentos que canalizaran las inquietudes y anhelos de los ciudadanos mediante la participación:

> **Artículo 68º** Los partidos políticos expresan el pluralismo democrático. Concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y la ley. Todos los ciudadanos con capacidad de voto tienen derecho de asociarse en partidos políticos y de participación democráticamente en ellos".
> **Artículo 69º:** Corresponde a los partidos políticos o alianzas de partidos postular candidatos en cualquier elección popular. Para postular candidatos las agrupaciones no partidarias deben cumplir con los requisitos de ley".
> **Artículo 70º:** El Estado no da trato preferente a partido político alguno. Proporciona a todos acceso gratuito a los medios de comunicación social de su propiedad con tendencia a la proporcionalidad resultante de las elecciones parlamentarias inmediatamente anteriores".
> **Artículo 71º:** Durante las campañas electorales, los partidos políticos inscritos tienen acceso gratuito los medios de comunicación social de propiedad del Estado[9]".

2.2 El diseño constitucional de 1979

Las elecciones generales en 1990 dieron por resultado en primera vuelta la composición del congreso a favor del FREDEMO (Frente Democrático) como primera fuerza política y en segundo lugar a C-90 (Cambio Noventa). En cuanto al Ejecutivo, hallamos la elección de Alberto Fujimori Fujimori, en segunda vuelta frente a Mario Vargas Llosa, acorde con la Constitución de 1979. Circunstancia que significaba que el partido oficial en el Ejecutivo no

[9] GARCÍA BELAUNDE, Domingo: Las Constituciones del Perú. Tomo II. Lima. Fondo Editorial de la Universidad San Martin de Porres. 2008. Tomo II; p. 207-208

gozara de mayoría en el Parlamento, e implicaba buscar consenso para gobernar o de lo contrario se creaba el ambiente propicio para una fiscalización hostil que terminaría por propiciar una Dictadura Parlamentaria o el Golpe de Estado por parte del Presidente de la República. Podemos sostener que la antesala de este hecho producido el 5 de abril de 1992, la hallamos en la dificultad de los poderes políticos para la aprobar del Presupuesto General de la República para el ejercicio 1992, pues ya anteriormente el Parlamento había invalidado Decretos Legislativos en materia presupuestal así como en la lucha contra el terrorismo. Tras la disolución de las instancias democráticas, el Presidente de facto convocó la elección de un Congreso Constituyente Democrático. Por lo tanto, el Constituyente de 1993 nació con la única finalidad de legitimar, como en otros tiempos, al régimen de turno.

Fue la presión internacional y la voluntad manifestada por el presidente Fujimori en el recinto de la Organización de Estados Americanos, las que determinaron la convocatoria a elecciones para el Congreso Constituyente Democrático, la que estuvo precedida por la expedición de Leyes Constitucionales, novedad en nuestro sistema ya que ello responde al modelo anglosajón, cuyos textos más adelante fueron incorporados a la Carta de 1993. En esta circunstancia como en la de 1978, dicha convocatoria fue realizada por un régimen de facto. Podemos sostener que formalmente se mantuvo la estructura misma de la Constitución anterior: por títulos y capítulos, así como por la transcripción literal de varios artículos algunos de los cuales fueron fusionados, llegando a reducir su número de 307 a 206. En el contenido, la Constitución de 1993 acoge nuevos derechos, como solicitar información y recibirla de cualquier entidad, remoción de autoridades, iniciativa legislativa, referéndum y legítima defensa. Como contraparte, recorta los Derechos Sociales y Económicos recogidos en la Constitución de 1979: higiene y seguridad en el trabajo, seguridad social, recursos presupuestarios para educación (a los que se aplican impuestos) y se aparta del Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos al incluir en la penal capital o pena de muerte el supuesto por terrorismo. En materia de tratados, la Carta de 1993 retrocedió al colocar a todos con valor legal, desconociendo la diferencia de aquellos referidos a derechos humanos con rango constitucional y de los otros, que por cuestión de la materia eran considerados como normas.

En lo referente a la estructura del Estado, la composición del Poder Legislativo (artículo 90º) pasa de ser bicameral (Diputados y Senadores) a una sola cámara (Congresistas) elegidos por distrito único, lo cual se vio favorecido por la falta de descentralización. A ello, debemos mencionar la transformación de la Comisión Permanente (artículo 101º) que poseía atribuciones transitorias mientras dure el receso parlamentario hasta concederle atribuciones del anterior senado, lo que en los hechos podría indicarnos la existencia en forma asolapada

de una cámara, lo que en el argot popular, si diferencia el Congreso de la Comisión: *"el pleno y el plenito"*.

El sistema electoral (artículo 176º) también se vio reorganizado al delegar parte de las funciones del entonces Jurado Nacional de Elecciones (JNE) a la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). En materia electoral, el Jurado quedó establecido como institución jurisdiccional y aquella que acreditaba al ganador de los comicios generales y municipales, ya que todavía no existían las regiones. Por otro lado, la Carta de 1993 instituyó la tesis de la participación ciudadana, la que no excluye a la de carácter representativo desde 1822, sino por el contrario, se complementa con el propósito de acercar más la sociedad al Estado y se manifiesta de diferente manera: A través de la elección de autoridades, el derecho de revocatoria respecto a cargos públicos de elección popular y de remoción para cargos designados (en ambos casos los cargos se circunscriben a nivel regional y municipal); además del derecho a formular peticiones, el derecho a participar en la formación y funcionamiento de organizaciones políticas y, por último, a intervenir en los procesos de democracia directa vía referéndum (artículos 31º y 32º). La propia Carta de 1993 fue sometida a este mecanismo alcanzando la aprobación del electorado por escaso margen de 52% que optó por el "sí", frente al 47 % que prefirió el "no".

Respecto al Referéndum, la Carta vigente ha establecido tanto la modalidad, como las materias sujetos a dicha consulta: La reforma total o parcial de la Constitución, la aprobación de normas con rango de ley, las ordenanzas Municipales, así como las materias relativas al proceso de descentralización. No pudiendo ser sometidas a consulta la supresión o disminución de los derechos fundamentales, así como tampoco las normas de carácter tributario y presupuestal ni los tratados internacionales en vigor.

En el año 2000, circunstancias políticas y sociales que desencadenaron la caída del régimen de Alberto Fujimori Fujimori dieron lugar a la modificación de artículos de la Carta vigente y de leyes complementarias, principalmente, como respuesta a la falta de legitimidad del inicio del tercer mandato presidencial. De dicha modificación destacaron: la derogación de la Ley Nº 27365 del 5 de noviembre del 2000, que hizo posible la reelección presidencial inmediata, y el establecimiento del proceso de regionalización impulsado por Alejandro Toledo, promovido a través de la reforma constitucional o Ley Nº 27680 del 7 de marzo del 2002, que retomó el espíritu del proceso de regionalización de la Carta de 1979 pero bajo un nuevo diseño donde los departamentos fueron sustituidos por las regiones, a excepción de Lima.

En lo referente a tratados, el Tribunal Constitucional con su dictamen en el Exp. N.° 1277-1999-AC/TC (Lima) interpuesto Ana Elena Townsend Diez Canseco y otros, del 13 de julio del año 2000, recuperó el valor constitucional

de los tratados referidos a derechos humanos como lo estipulaba la Carta de 1979.

III. Las organizaciones políticas en la actual Constitución

La actual Constitución plantea tres tipos de organizaciones políticas, sometiendo a los ciudadanos la modalidad y estructura en las que permite plasmar su espíritu electoral. De ellos, el partido continúa siendo la organización por excelencia en este rubro, al cual se suman los movimientos y las alianzas. De éstos últimos, los movimientos constituyen una agrupación donde se participa en forma esporádica, con una organización interna basada en los partidos asociados que incluye a independientes. Finalmente, las alianzas son pactos institucionales de partidos y organizaciones políticas, que al no ser elegidos, proceden a disolverse y cada cual retoma su existencia como partidos y/o movimientos:

> **Artículo 35º**: Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica.

La Ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general[10]

3.1 Organización Interna y Democracia partidaria:

En cualquiera de las formas indicadas, la Carta de 1993 promueve la concurrencia de la ciudadanía en la formación y manifestación de la voluntad popular. Para ello, garantiza el derecho a reunir a ciudadanos organizadamente para expresar sus posiciones políticas en forma colectiva: Derecho de reunión, de participación y de asociación entre otros. Además de lo señalado, las organizaciones deben comunicar sus puntos de vista a la sociedad para atraerla hacia sus posiciones políticas, mostrando un nivel de organización que les permita estrechar su relación con la población con el objetivo de fortalecer el sistema

[10] ABAD YUPANQUI, Samuel: CONSTITUCIÓN y procesos constitucionales. Lima. PALESTRA, Editores. 2006; p. 102.

democrático a través de la participación masiva en las elecciones generales, regionales o ediles.

Las organizaciones asumen derechos y obligaciones para sí mismas; es importante destacar que son instrumentales a la participación política de los ciudadanos. De ello, se desprende que las organizaciones políticas deban contar con una personería jurídica para que posteriormente se registren ante el Jurado Nacional de Elecciones (artículo 178° de la Constitución) y, de esta manera, hallarse habilitados en participar en los comicios electorales.

La transparencia organizacional de los partidos debe mostrar la existencia de los Estatutos partidarios del cual se desprenden: La Asamblea de afiliados, órgano supremo deliberativo, así como la Junta Directiva como órgano ejecutor. Durante el gobierno de Alejandro Toledo, se trató que la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) supervisara las elecciones primarias de los partidos sin llegar a tener éxito alguno debido a la resistencia de los mismos. La Ley N.º 28094 o Ley de Partidos Políticos, al respecto, deja al partido la facultad de solicitar al organismo del Estado su colaboración para las elecciones internas (artículo 21°), con lo cual, creemos que se mantiene finalmente la gran discrecionalidad de la dirigencia nacional o central en desconocer incluso los candidatos provenientes de sus comités o bases.

A ello agregamos la existencia de proyectos que llegaron ante la Comisión de Constitución con la intención de desaparecer el voto preferencial, al cual se le consideraba que desnaturalizaba el espíritu partidario al individualizar la simpatía política[11]. Hechos que nos permiten indicar que mientras no se llegue a establecer un verdadero mecanismo transparente y progresivo conducente a realizar las elecciones primarias al interior de las agrupaciones políticas, el voto preferencial seguirá cumpliendo el instrumento de movilidad de los candidatos dentro de una lista cerrada y cuya elección decidirá el elector. Como corolario de los debates la parlamentaria Karina Beteta (Unión por el Perú) y por su parte, Rosario Sasieta (Alianza Parlamentaria) propusieron el voto de alternancia que consideraba que al momento de confeccionar las listas para elecciones generales, regionales y municipales se dividiese las candidaturas en condiciones de igualdad entre una mujer y un hombre. Sin embargo, la Comisión de Constitución decidió archivarlo, ante lo cual las congresistas denunciaron un sesgo machista, lo que causó que se opusieran a la eliminación del voto preferencial[12].

---

[11] "Paniagua pide al Congreso eliminar el voto preferencial". En La República, 5 de septiembre de 2005. http://www.laultima.com/noticia,php?id=13753&idcategoria=2&seccion=Pol%C3%ADtica.

[12] Se quebró la votación para aprobar cambios electorales. El Comercio, lunes 27 de abril del 2009; página A-6

3.2 Financiamiento y transparencia

La transparencia en los financiamientos a propósito de la lucha contra la corrupción resulta importante para evitar cualquier resquicio de conflicto de interés; aspecto que nuevamente se ha puesto de relevancia en las últimas elecciones municipales del 2010 y que debe ser a iniciativa del candidato mismo, más aún cuando los fondos provengan de Organizaciones No Gubernamentales (ONG). La casuística ha demostrado que aún nos encontramos en un estado incipiente pues, aunque se llegue a declarar el monto del aporte, éste no corresponde necesariamente al declarante sino a terceros, produciéndose una situación donde personas de condición humilde por unas monedas prestan su nombre para ello o donde las donaciones recibidas por la agrupación política las hagan pasar como aportes de los militantes:

> *"Recibimos cero soles y gastamos cero soles". Ese fue el mensaje que, con inauditos cuadros estadísticos, le dieron a la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios de la Organización Nacional de Procesos Electorales (ONPE) el Partido Aprista Peruano, Acción Popular y Unión por el Perú en alusión a los gastos de campaña de las Elecciones Municipales de noviembre pasado, en las que se reemplazó a cerca de 90 alcaldes y regidores revocados[13]"*

Notorio es que el sostenimiento de una campaña electoral exige gastos así como el compromiso de los militantes, circunstancia propicia además para la incorporación de personas cuyo poder económico es evidente para asegurar el triunfo de los comicios -conocidos como los financistas-; colaboración que termina más adelante por obligar a los candidatos beneficiados a devolver la ayuda mediante el establecimiento de prebendas y privilegios de cualquier índole. De ahí la importancia de una fiscalización en las organizaciones políticas que no sea ocasional sino permanente; preocupación que también se refleja en los ingresos provenientes al momento de confeccionar las listas de candidatos, generalmente los aspirantes al congreso, cuando ciertos partidos imponen "aportes voluntarios" según el lugar de colocación, siendo los primeros números los más cotizados.

3.3 Los Medios de Comunicación

El Estado ha previsto desde procesos anteriores el acceso gratuito a los medios de comunicación del Estado, lo cual se ve complementado con el aporte

[13] HINOJOSA, Ghiovani: ¿Quién pone la plata? La República, 21 de marzo del 2010; En: http://www.larepublica.pe/archive/all/domingo/20100321/8/node/256369/todos/1558

del Ministerio de Economía y Finanzas para la contratación de los medios privados en la llamada Franja Electoral. La experiencia de los comicios generales

del año 2000 mostró la fragilidad en este acceso al ser el gobierno de turno el fiscalizador de las campañas electorales de los partidos de oposición. Frente a ello, la Ley N° 28094 o Ley de Partidos Políticos ha subsanado los vacíos existentes:

> **Artículo 37°**.- Franja electoral
> Desde los treinta días hasta los dos días previos a la realización de elecciones generales, los partidos políticos tienen acceso gratuito, de acuerdo a lo establecido en esta ley, a los medios de radiodifusión y televisión, de propiedad privada o del Estado, en una franja electoral.
> El Estado compensa a los medios de comunicación a través de la reducción proporcional en el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico o electromagnético.
> El Estado pone a disposición de los partidos su infraestructura de radio y televisión para la producción de los espacios que son difundidos a través de la franja electoral.

No podemos de pasar inadvertidos que los medios no sólo son los medios de difusión masiva -sobre todo los televisivos- en los planteamientos de los candidatos, sino que también lideran sondeos de opinión. Las últimas elecciones municipales han demostrado la parcialización de los canales de televisión en beneficio o perjuicio de determinado candidato, llegando a hastiar al electorado con lo cual se desvirtuó su rol imparcial de les debe caracterizar:

> *"Me ha sorprendido mucho la forma tan parcializada como se han comportado (los medios en la campaña). No todos, claro, pero sí buena parte de ellos, que intentaron desacreditar a la candidata Villarán cuando comenzó a tener fuerza, insistiendo en el pasado de algunos miembros de su lista y no en las propuestas que ella presentaba[14]"*

A ello se suman las encuestadoras cuya credibilidad desde los comicios del año 2000 entraron en una fase de credulidad, pues dependientes del medio de comunicación, en la actualidad justifican el discurso de la línea política del propio medio.

[14] "Los medios fueron maniqueos y se parcializaron. Entrevista a Baldo Kresalja. DOMINGO, La revista de La República, Lima 17 de octubre de 2010; p. 6

IV. El aspirante ante el espéculo electoral

El crecimiento de candidaturas y la falta de programas políticos nos permiten corroborar las características del tipo de Democracia representativa que hoy tenemos: incipiente, informal e individualista. La expedición de la Ley N.º 29490, que modificó la Ley de Partidos, intenta corregir la omisión o el deliberado ocultamiento de información de los candidatos y que los medios se han encargado de hacerlo conocer a la opinión pública[15]

> **Artículo 23°** La candidaturas sujetas a elección:
> (…)
> La Declaración Jurada de Vida del candidato debe contener:
> (…)
> 6° Mención de las renuncias efectuadas a otros partidos, movimientos de alcance regional o departamental u organizaciones políticas de alcance provincial y distrital, de ser el caso.
> (…)
> La omisión de la relación de las sentencias condenatorias impuestas al candidato por delito doloso que hubieran quedado firmes, o la incorporación falsa dan lugar al retiro del candidato por parte de la organización política para su reemplazo, sin perjuicio de interponerse las denuncias que correspondan de presumirse la comisión del ilícito penal.

Como sostuvimos en un artículo anterior[16], la omisión o el encubrimiento de información no sólo perjudican al partido sino que, de ser electo el candidato, el desprestigio institucional alcanza tales ribetes que terminan por socavar el sistema mismo, y resulta curioso como antiguamente en la Constitución de 1828 esto se hallaba ya regulado para el ciudadano, hoy con mayor razón sería para el político que ocupa el cargo en nombre del Estado:

> **Artículo 23°** Se suspende el ejercicio de la ciudadanía por:
> 3° Tacha por deudor quebrado, o deudor moroso al Tesoro Público.
> 4° Por no tener empleo, oficio o modo de vivir conocido.
> 5° Los procesados criminalmente.

[15] "Candidatos deberán informar sobre sentencias y militancias. El Comercio, 24 de diciembre de 2009.

[16] Gálvez, José Francisco: "El proceso electoral 2006 y sus innovaciones en el sistema democrático peruano". En: DERECHO (Lima), Revista de la Facultad de Derecho N° 59. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2007; p 149.

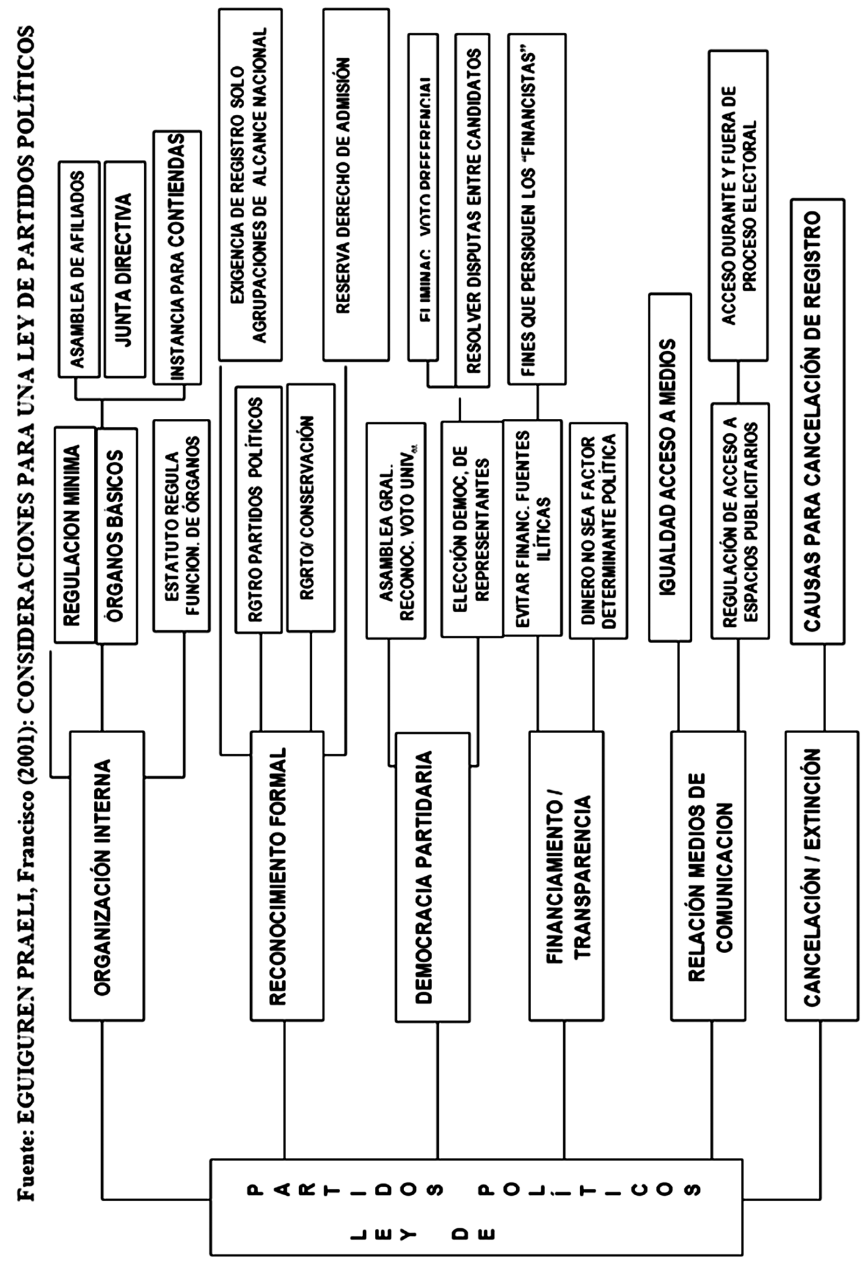
6° En los casados que sin causa abandonen a sus mujeres, o que notoriamente falten a las obligaciones.
7° En los jugadores, ebrios, truhanes y demás que con su vida escandalosa ofendan a la moral pública[17].

V. Conclusiones

La Democracia como contemplamos es un sistema dinámico que se ve asistido no solo por la Constitución y las leyes, sino también sobre todo por la ética. Las circunstancias antes descritas nos plantean que el accionar continuo le ha ido añadiendo el pluralismo, la tolerancia y una incipiente igualdad de acceso a los recursos que la sociedad y el Estado nos ofrecen. Pero, el sistema requiere nutrirse de la convicción del ciudadano elector que puede lograr innovar siempre que contribuya a su logro y esté dispuesto a hacerlo como su medio de vida. Emular a otros sistemas democráticos resulta loable, pero olvidar nuestra idiosincrasia resultaría catastrófico. Es mejor admitir lo que somos para lograr que el reflejo institucional o espéculo esté acorde con la realidad que regula. Si llegamos a la conclusión que la individualidad, sea de los líderes fundadores, carismáticos o delfines, termina siendo un factor capital al interior de las organizaciones políticas, ello me permite señalar que los cargos provenientes de elección popular deben ser como la vida misma, uno. Es decir, no debe haber reelección para ninguno; lo cual no significa vulnerar libertad alguna ni la afectación del proyecto de vida. Sencillamente, la Democracia requiere que la calidad de energía de sus miembros sea fresca.

* * * * *

[17] García Belaúnde, Domingo: Las Constituciones del Perú. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, 2006; p. 129.



Fuente: EGUIGUREN PRAELI, Francisco (2001): CONSIDERACIONES PARA UNA LEY DE PARTIDOS POLÍTICOS

EL PRIMER REFERÉNDUM PROMOVIDO POR LA CIUDADANÍA. APROXIMACIONES PARA UN BALANCE

SAMUEL B. ABAD YUPANQUI*

SUMARIO: I. *Introducción.* **II.** *¿En qué consistía el FONAVI? La progresiva ampliación de sus fines.* **III.** *Una iniciativa ciudadana: el "Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo".* **IV.** *Solicitud de referéndum y negativa del Jurado Nacional de Elecciones a convocarlo.* **V.** *El Tribunal Constitucional abre la puerta al referéndum.* **VI.** *La polémica sentencia del Tribunal Constitucional: naturaleza tributaria y presupuestal del FONAVI.* **VII.** *El procedimiento de referéndum: vacíos y temas pendientes.* **VIII.** *Resultados electorales y efectos jurídicos del "sí".* **IX.** *Luego del referéndum se abre una etapa de implementación donde lo resuelto por el Tribunal Constitucional será determinante.* **X.** *Reflexiones finales.*

I. Introducción

El 03 de octubre del año 2010 se llevó a cabo el primer referéndum promovido en el Perú por un importante número de ciudadanos. Más de nueve millones de personas, es decir, el 66.47 % del total de votos válidos, decidieron aprobar el proyecto de ley sometido a referéndum. En virtud de dicha votación *"el pueblo se convirtió en legislador directo*"[1].

Si bien la posibilidad de ejercer este derecho había sido prevista por la Constitución desde 1993, por diversas razones nunca pudo realizarse. De ahí la relevancia de examinar lo sucedido con un procedimiento iniciado el 2001 a

* Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico. Socio del Estudio Echecopar Abogados.

[1] DE VERGOTTINI Giuseppe, "Derecho Constitucional comparado", Traducción de Claudia Herrera, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005, p. 272.

través de una iniciativa legislativa ciudadana que no prosperó, y que luego, con la ayuda de polémicas decisiones del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), finalmente se pudo concretar.

El desarrollo de este referéndum *"facultativo"*[2] en el cual la ciudadanía se pronunció a favor de un proyecto de ley, cuyo contenido mayoritariamente desconocía, nos deja algunas lecciones. Es bueno rescatarlas para encaminar y fortalecer esta importante herramienta que fomenta la participación ciudadana. Es evidente, además, que el resultado del referéndum tendrá un indudable impacto económico y su implementación vinculará no sólo al actual gobierno sino a aquellos que lo sucedan, pues el proyecto aprobado contempla un cronograma para la devolución de los aportes a los fonavistas que puede durar hasta ocho años. A ello se agrega que, probablemente, sus resultados contribuyan a fomentar el número de pedidos de esta naturaleza cuyo impacto posiblemente lo veremos en los próximos años[3].

De ahí, nuestro interés por evaluar lo sucedido y examinar los temas pendientes en la mira de aproximarnos a un balance, necesariamente preliminar, de una institución clave para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática en el país.

II. ¿En qué consistía el FONAVI? La progresiva ampliación de sus fines

El Decreto Ley Nº 22591, publicado el 01 de julio de 1979, creó la denominada contribución al FONAVI, que estuvo vigente desde el 1 de julio de 1979[4], con diversas modificaciones, hasta el 31 de agosto de 1998, es decir, aproximadamente 19 años. Según la versión original del citado decreto el FONAVI tenía *"la finalidad de satisfacer, en forma progresiva, la necesidad de vivienda de los*

[2] Suele diferenciarse el referéndum "obligatorio" del "facultativo". El primero, como señala Carlos Blancas, es aquel "*cuya realización es requisito o condición para la validez de las normas jurídicas*". En cambio, el segundo, *"no constituye requisito de validez de la norma pero puede ser convocado a iniciativa de un órgano o autoridad estatal, de una fracción de un cuerpo representativo o, incluso, de una fracción del cuerpo electoral, en cuyo caso la validez o vigencia de la norma –si ésta ya se promulgó- depende del resultado del referéndum"*. BLANCAS BUSTAMANTE Carlos, "El referéndum en la Constitución peruana", en Elecciones, Nº 3, Lima: ONPE, julio, 2004, p. 199-200.

[3] En la actualidad, el Partido Nacionalista Peruano viene recolectando firmas para someter a referéndum el *"Proyecto de ley que deroga la modificación del artículo 4 literal a) de la Ley Nº 27173, a fin de garantizar el consumo interno del gas de Camisea de los peruanos*".

[4] *"Artículo 38.- El presente D.L. entrará en vigencia el 1 de julio de 1979, con excepción del artículo 3º que regirá a partir del 1 de enero de 1980"*.

trabajadores en función de sus ingresos y del grado de desarrollo económico y social del país." (Artículo 1).

Sin embargo, con el transcurso del tiempo dicha finalidad fue cambiando. En este sentido, el Decreto Ley N° 25520, publicado el 29 de mayo de 1992, señaló:

> *"**Artículo 1.-** Créase en el Ministerio de la Presidencia el Fondo Nacional de Vivienda, denominado FONAVI, para satisfacer en forma progresiva las necesidades habitacionales de los trabajadores, mediante el financiamiento de obras de infraestructura sanitaria; la electrificación de asentamientos humanos; la construcción, ampliación y refacción de centros comunales y recreativos en zonas rurales y urbano marginales; el desarrollo de proyectos de destugurización de viviendas; y, la pavimentación y/o acondicionamiento de vías locales e interdistritales".*

Posteriormente, el Decreto Supremo Extraordinario N° 043-PCM-93 –antecedente de los actuales decretos de urgencia-, publicado el 27 de abril de 1993, dispuso:

> *"**Artículo 1.-** Créase en el Ministerio de la Presidencia el Fondo Nacional de Vivienda, denominado FONAVI, para satisfacer en forma progresiva las necesidades habitacionales de los trabajadores, mediante el financiamiento de obras de infraestructura sanitaria y electrificación; la construcción, ampliación y refacción de centros educativos, de salud, comunales y recreativos en zonas rurales y urbanas; el desarrollo de proyectos de destugurización de viviendas; y, la construcción, pavimentación y/o acondicionamiento de vías nacionales y locales".*

Como puede apreciarse, la finalidad del FONAVI fue ampliándose a través de diversas modificaciones normativas. Inicialmente pretendía satisfacer la necesidad de vivienda de los trabajadores, pero cambios posteriores hicieron que su finalidad comprenda la construcción de centros educativos, de salud, vías nacionales, etc., alejándose claramente de su objetivo inicial. Ello también puede inferirse a partir del análisis de las diversas reformas efectuadas al artículo 17 del Decreto Ley Nº 22591 que regulaba el destino de los recursos del FONAVI.

El FONAVI fue reemplazado por el Impuesto Extraordinario de Solidaridad, creado por la Ley Nº 26969, publicada el 24 de agosto de 1998. El artículo 3 de dicha ley sustituyó, a partir del 1 de setiembre de 1998, la contribución al FONAVI por el referido impuesto que tenía carácter temporal. Inicialmente se dispuso que tendría vigencia hasta el 31 de diciembre de 1999; sin embargo, la norma fue prorrogada en diversas oportunidades, manteniendo su vigencia

hasta el 1 de diciembre de 2004. Así lo dispuso la Cuarta Disposición Final de la Ley N° 28129, publicada el 19 de diciembre de 2003.

III. Una iniciativa ciudadana: el "Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo"

En este contexto, el 29 de marzo de 2001, la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (ANFPP) presentó la iniciativa legislativa denominada *"Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo*", la cual fue declarada expedita por la Resolución Jefatural Nº 500-2001-J-ONPE, de fecha 21 de setiembre de 2001, pues reunía el número necesario de firmas exigido por la Ley Nº 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos[5].

Posteriormente, a través de la Resolución Nº 686-2001-JNE de 27 de setiembre de 2001, el Jurado Nacional de Elecciones (en adelante "JNE") acordó remitir al Congreso de la República la referida iniciativa legislativa, lo cual se formalizó mediante Oficio Nº 4327-2001-SG/JNE de 27 de setiembre, dándose inicio al procedimiento legislativo del Proyecto Nº 0864/2001-CR.

El citado proyecto, publicado en el diario oficial el 19 de octubre de 2001, afirmaba en su parte considerativa:

> *"Que, las contribuciones realizadas al FONAVI desde junio de 1979 hasta agosto de 1998, por su origen, finalidad, fuente y naturaleza tributaria han generado derechos al trabajador contribuyente y obligaciones al fondo.*
>
> *(...)*
>
> *Que, dado su origen, fuente y naturaleza, el FONAVI expresa un derecho económico, social, de propiedad individualizada de sus aportantes en tanto que es parte de su remuneración, (...). El FONAVI a la vez expresa un derecho de propiedad colectiva por constituir un fondo cuya finalidad era para viviendas de interés social en beneficio de los trabajadores originalmente señalados"*

Es decir, el propio proyecto de ley reconocía que las contribuciones efectuadas tenían *"naturaleza tributaria*". Pese a ello, su objetivo central era obtener la devolución de los aportes efectuados. Por tal razón, proponía en su primer artículo:

---

[5] *"Artículo 11.- La iniciativa legislativa de uno o más proyectos de ley, acompañada por las firmas comprobadas de no menos del cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral nacional recibe preferencia en el trámite del Congreso. El Congreso ordena su publicación en el diario oficial".*

*"**Artículo 1º-** Devuélvase a todos los trabajadores que contribuyeron al FONAVI, el total actualizado de sus aportes que fueron descontados de sus remuneraciones. Así mismo abónese a favor de cada trabajador beneficiario; los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados".*

A fin de cumplir con tales objetivos establecía que:

- Debería elaborarse una Cuenta Individual por cada fonavista, que comprenda el valor actualizado de sus aportes, incluyendo los de sus empleadores, aplicando la tasa de interés legal efectiva vigente desde junio de 1979 hasta el día de la liquidación.
- Se debería elaborar un Certificado de Reconocimiento de Aportaciones y Derechos del Fonavista, que acreditaría el valor actualizado de los aportes y derechos a devolverse.
- Creaba una Comisión Ad Hoc, integrada por diez personas, encargada de realizar los procedimientos necesarios para elaborar la Cuenta Individual y el Certificado de Reconocimiento de Aportaciones y Derechos del Fonavista. La citada Comisión elaboraría el Reglamento de la ley, que sería aprobado por Decreto Supremo.
- Se elaboraría un Cronograma de Entrega para proceder a la devolución de los aportes efectuados durante un periodo de ocho años.

De acuerdo con lo dispuesto por la Ley Nº 26300 la única consecuencia de una iniciativa legislativa ciudadana es que el Congreso dictamine y vote el proyecto presentado en el plazo de 90 días calendarios (artículo 13). Obviamente, una iniciativa de tal naturaleza no obliga al Congreso a su aprobación. Durante su trámite parlamentario, el proyecto contó con dictamen sustitutorio, en mayoría, de la Comisión de Economía (22 de enero de 2002), el cual posteriormente fue aprobado por la Comisión Permanente el 12 de febrero del mismo año, dando origen a la Ley Nº 27677, Ley de uso de los recursos de la liquidación del FONAVI, publicada el 02 de marzo de 2002. La referida ley aprobó un texto distinto a la iniciativa legislativa presentada que ciertamente no fue de agrado de sus promotores.

IV. Solicitud de referéndum y negativa del Jurado Nacional de Elecciones a convocarlo

Ante esta situación, la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (ANFPP) presentó una solicitud para dar inicio al procedimiento de referéndum a fin de consultar a la ciudadanía la aprobación de la *"Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al*

mismo". Sustentó su pedido en lo dispuesto por los artículos 16 y 41 de la Ley Nº 26300 según los cuales:

> *"**Artículo 16.-** El Proyecto de ley rechazado en el Congreso puede ser sometido a referéndum conforme a esta ley. Asimismo, cuando los promotores juzguen que al aprobarla se le han introducido modificaciones sustanciales que desvirtúan su finalidad primigenia podrán solicitar referéndum para consultar a la ciudadanía sobre su aprobación".*
> *"**Artículo 41.-** Si la iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, conforme a esta ley se podrá solicitar iniciación del procedimiento de Referéndum, adicionando las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley".*

Los citados dispositivos regulan una modalidad que no corresponde a la noción *"estricta"* de referéndum, pues según ella aquel procede para aprobar o desaprobar un texto normativo elaborado por el Congreso. En el presente caso el resultado del referéndum ha permitido que la ciudadanía actúe como un *"legislador directo*"; por ello, en una importante tesis recientemente sustentada, se ha afirmado que:

> *"(...) un referéndum convocado a instancia de la ciudadanía para aprobar un proyecto de ley rechazado o modificado sustancialmente por el Congreso de la República no se ajustaría a la naturaleza del referéndum, puesto que la votación popular correspondiente no tendría por objeto ratificar una decisión previa del órgano legislativo sino, más bien, aprobar de manera directa un proyecto legislativo presentado por la ciudadanía[6]"*

El pedido formulado fue rechazado por el JNE, a través de la Resolución Nº 1215-2006-JNE, publicada el 8 de julio de 2006. Aquel declaró improcedente la solicitud presentada, pues consideró que el FONAVI tenía carácter tributario y, por tanto, no procedía el referéndum al amparo del artículo 32 de la Constitución, según el cual *"No pueden someterse a referéndum (...) las normas de carácter tributario y presupuestal, (...)."*

Dicha prohibición fue introducida por la Constitución de 1993 por obvias razones. Así lo manifestó durante el debate constitucional el congresista Róger Amurúz Gallegos de la entonces agrupación oficialista Nueva Mayoría-Cambio 90:

---

[6] WIELAND CONROY Hubert, "El referéndum en el Perú: doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional". Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional, Lima: PUCP, Maestría en Derecho Constitucional, 2010, p. 166.

> *"Imagínese, señor Presidente, que se lleve a consulta popular la materia tributaria. No habría tributos, porque ¿quién votaría a favor de tributar más? En este caso hay que ser conscientes de que hay temas que no se pueden someter a referéndum."*[7]

Además, el JNE sustentó su decisión en la sentencia del TC recaída en el Exp. Nº 001-1999-AI/TC, Fundamento Jurídico 4.1, publicada en el diario oficial el 18 de enero de 2002, que reconoció el carácter tributario del FONAVI. Dicha sentencia había señalado que aquel era *"un tributo destinado a fines predeterminados*".

Posteriormente, la Resolución Nº 1278-2006-JNE publicada el 26 de julio de 2006 declaró infundado el recurso extraordinario interpuesto contra la Resolución Nº 1215-2006-JNE. El Jurado reiteró que la materia objeto del pedido formulado era de naturaleza tributaria y, por tanto, no resultaba susceptible de referéndum.

V. El Tribunal Constitucional abre la puerta al referéndum

Ante la negativa del JNE de convocar a un referéndum, se presentaron diversas demandas de amparo que fueron rechazadas por el Poder Judicial y que llegaron a conocimiento del TC. La primera fue la demanda presentada por José Miguel Cortéz Vigo, promotor de la convocatoria a referéndum, resuelta el 03 de setiembre de 2007, cuya sentencia fue publicada en la web del TC el 03 de octubre (Exp. Nº 1078-2007-PA/TC)[8].

Dicha demanda se presentó contra la Resolución Nº 1215-2006-JNE, que declaró improcedente el pedido de referéndum y la Resolución Nº 1278-2006-JNE que ratificó dicha resolución. Como se indicó, el JNE consideró que la materia objeto de la consulta popular era de naturaleza tributaria y, por ello, no procedía el referéndum. Sin embargo, el TC declaró fundada la demanda pues consideró que no se trataba de materia tributaria y que las resoluciones del JNE no fueron debidamente motivadas. En ese sentido, sostuvo:

---

[7] CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, "Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno - 1993", Tomo I, Lima, 29º H Sesión (Vespertina), Lunes, 12 de julio de 1993, p. 607.

[8] SALCEDO CUADROS Carlo Magno, "La ejecución de las sentencias de los jueces constitucionales. A propósito de la sentencia del TC respecto al referéndum sobre el FONAVI", en Gaceta Constitucional, Nº 2, Febrero, Lima, 2008, p. 76. Del mismo autor "Ultimas decisiones sobre la ejecución de la STC respecto al referéndum sobre el FONAVI", en Gaceta Constitucional, Nº 4, Abril, Lima, 2008, pp. 101 y ss.

> *"En mérito a que el Tribunal Constitucional ha considerado, (...), que los aportes de los trabajadores al FONAVI dispuesto por el Decreto Ley 22591 no cumplen con los principios constitucionales tributarios, no constituyen un tributo y no son tampoco impuestos desde el 30 de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de fecha 21 de agosto de 1998; en consecuencia, la solicitud de los demandantes se encuentra amparada por el artículo 32.2 de la Constitución".*

Por ello, en una decisión dividida –cuatro votos a favor y tres en contra-, declaró nulas las Resoluciones Nº 1215-2006-JNE y N° 1278-2006-JNE, disponiendo que dicho órgano emita nuevo pronunciamiento en cumplimiento del artículo 32 de la Constitución. Votaron a favor los magistrados Magdiel Gonzáles Ojeda, Javier Alva Orlandini, Juan Bautista Bardelli y Ricardo Beaumont. Dos magistrados –César Landa y Carlos Mesía- consideraron que la demanda era infundada, pues en su opinión el FONAVI si tenía naturaleza tributaria tal como lo había advertido el TC en una sentencia anterior (Exp. Nº 001-1999-AI/TC). El magistrado Juan Vergara Gotelli no ingresó al fondo de la controversia, pues estimó que la resolución impugnada debía ser revocada y ordenarse que el juzgado admita a trámite la demanda.

Posteriormente, el 15 de octubre de 2007, se publicó en su página web la STC Nº 3283-2007-PA/TC, de 03 de setiembre, recaída en el proceso de amparo iniciado por Máximo Tomás Salcedo Meza, Presidente de la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú y promotor de la iniciativa legislativa la cual, reiterando los mismos argumentos y con la misma votación, declaró fundada la demanda interpuesta[9].

La última resolución del TC recayó en la demanda de amparo presentada por la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú – Base Tarma. El Tribunal, con una nueva conformación de magistrados –tres de los cuatro que dictaron sentencia ya habían dejado el cargo por el vencimiento del plazo de su designación-, declaró improcedente la demanda interpuesta pues consideró que ya se había pronunciado sobre el fondo en las STC Nº 1078-2007-PA/TC y Nº 3283-2007-PA/TC. Sin embargo, estimó oportuno efectuar algunas precisiones al Congreso y al Poder Ejecutivo (Exp. Nº 5180-2007-PA/TC). Esta resolución fue suscrita por los magistrados Fernando Calle Hayen, Gerardo Eto Cruz, Ernesto Álvarez Miranda, contando con los fundamentos de voto de los magistrados César Landa, Carlos Mesía y Juan Vergara.

[9] También se iniciaron otros procesos de amparo en los cuales los demandantes presentaron sendos escritos de desistimiento que fueron acogidos por el Tribunal Constitucional (Exp Nº 2890-2007-PA/TC y Exp. Nº 4186-2007-PA/TC).

De esta manera, se dio inicio al procedimiento de referéndum. El JNE después de su negativa inicial expuesta en la Resolución Nº 260-2007-JNE de 21 de diciembre de 2007, dictó la Resolución **N° 331-2008-JNE de 07 de octubre de 2008 convocando a referéndum. Más adelante, a través de la Resolución N° 312-2009-JNE, de 07 de mayo de 2009,** fijó fecha para que aquel se realice, la cual luego tuvo que ser precisada, señalándose finalmente el 03 de octubre del año 2010. Ese día, además, se realizaron las Elecciones Regionales y Municipales a nivel nacional.

VI. La polémica sentencia del Tribunal Constitucional: naturaleza tributaria y presupuestal del FONAVI

El TC para permitir la realización del referéndum consideró que el FONAVI no tenía naturaleza tributaria, contradiciendo su criterio anterior expuesto en una sentencia de inconstitucionalidad (Exp. Nº 001-1999-AI/TC) así como lo resuelto por el JNE. Se trató de una decisión equivocada, pues como lo han destacado diversos especialistas el FONAVI tenía naturaleza tributaria.

Así, luego de examinar los elementos que caracterizan a un tributo, se ha sostenido que *"existen más elementos para afirmar que sí hubo tributo en la contribución al FONAVI a cargo de los trabajadores*"[10]. Aquel reúne todos los elementos para serlo, pues se trata de una obligación, de carácter pecuniario, creada por una norma con rango de ley, y que era exigible coactivamente. El FONAVI tiene carácter tributario pues reúne los requisitos esenciales como son *"1º) su carácter coactivo; y 2º) su finalidad de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas*"[11].

Al principio el FONAVI pudo ser calificado como una contribución *"pues el beneficio potencial por la realización de obras de carácter social derivadas de la actividad estatal sí califica como supuesto de hecho de esa especie tributaria*"[12]. Sin embargo, con la modificación y ampliación de sus fines quedó caracterizado como un impuesto.

---

[10] SOTELO CASTAÑEDA Eduardo, "El caso FONAVI", en Palestra del Tribunal Constitucional, Revista de doctrina y jurisprudencia, Lima: Palestra, enero, 2008, p. 25.

[11] GAMBA VALEGA César, "Sobre la (errónea) calificación de las aportaciones al FONAVI como una prestación de carácter extratributario. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional Nºs. 01078 y 03283-2007-PA/TC", en Diálogo con la Jurisprudencia, Nº 110, noviembre 2007, Lima: Gaceta Jurídica, p. 30.

[12] FERNÁNDEZ CARTAGENA Julio A., "La contribución al Fondo Nacional de Vivienda es un tributo. Comentarios a las últimas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre la materia", en Gaceta Constitucional, Lima: Gaceta Constitucional, Nº 1, enero, 2008, pp. 406-412.

El propio Tribunal Fiscal en una Resolución de 16 de mayo de 1997, calificada como jurisprudencia de observancia obligatoria, consideró que la contribución al FONAVI en rigor era un impuesto *"habida cuenta que su pago no genera ninguna contraprestación del Estado ni beneficio para el empleador"* (Resolución Nº 523-4-97).

No obstante, el TC afirmó –reiteramos, en forma equivocada– que no se trataba de un tributo y, por tanto, permitió que el proyecto sea sometido a referéndum. Lo hizo pese a que la propia parte considerativa del Proyecto Nº 0864/2001-CR reconocía expresamente su naturaleza tributaria.

Con independencia de lo antes mencionado, otro posible cuestionamiento que hubiera impedido que se lleve a cabo el referéndum pudo basarse en que la referida ley aborda materia presupuestaria, pues involucra la disposición de recursos del Estado. Y es que el Derecho Presupuestario y, por tanto, las normas relativas a dicha materia comprenden *"(...) los gastos públicos, su elaboración (programación), aprobación, ejecución y control"*[13]. El presupuesto *"no es más que la expresión contable del plan económico del sector público en un año determinado"*[14].

En efecto, la decisión de someter a referéndum un proyecto que dispone la devolución por el Estado de aportes efectuados desde su creación en 1979 hasta el año 1998, en forma actualizada y con una tasa de interés legal efectiva, tiene un indudable impacto en los recursos del Estado. El propio Presidente de la República advirtió que en caso que el proyecto de ley sea aprobado, habría que incrementar la tasa del impuesto a las ventas de 19% al 21% ó 23% para financiar las posibles devoluciones que el Estado tendría que hacer[15].

De acuerdo al artículo 78 de la Constitución el Proyecto de Ley del Presupuesto lo elabora el Poder Ejecutivo y lo aprueba el Congreso de la República. En consecuencia, al admitirse un referéndum en tales circunstancias se está permitiendo que la ciudadanía decida directamente la forma de distribuir los recursos del Estado, afectando el diseño presupuestal previsto por la Constitución. Por ello, se ha afirmado con razón que se trató de una materia *"(...) cuyo sometimiento a referéndum está expresamente prohibido por la Constitución Política en razón de su insoslayable dimensión presupuestal"*[16].

---

[13] GARCÍA BELAUNDE SALDÍAS Domingo, "El Derecho Presupuestario en el Perú", Lima: Luis Alfredo Ediciones S.R.L., 1998, p.41.

[14] DE JUAN ASENJO Oscar,"La Constitución económica española", Madrid: CEC, 1984, pp. 245-246.

[15] *"Es un engaña muchachos (y se tendría) que aumentar el IGV de 19% a 21%, a 23%, y que paguen en 4 años los 20 mil millones. ¿Quién termina pagando?, (...)*
Supongamos que se diga devuélvase 20 mil millones de soles. De dónde se sacan los 20 mil millones, del presupuesto nacional" y de los impuestos, comentó." Diario Perú 21, 25 de agosto de 2010.

[16] WIELAND CONROY Hubert, Ob. Cit., p. 252.

VII. El procedimiento de referéndum: vacíos y temas pendientes

El procedimiento para realizar un referéndum cuenta con determinadas fases o etapas: a) solicitud para el inicio del procedimiento, b) verificación de las firmas de adherentes por parte del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y admisión de la iniciativa presentada, c) convocatoria a cargo del JNE, d) votación y determinación de los resultados, y e) producción de efectos jurídicos[17].

7.1 Los alcances de la pregunta formulada

Uno de los debates iniciales se suscitó en torno a la naturaleza de la pregunta formulada a la ciudadanía en la cédula de sufragio. A juicio de algunos representantes del Poder Ejecutivo, ella ya orientaba un determinado tipo de respuesta. Para la ONPE, en cambio, la pregunta *"se elaboró en base a la convocatoria que hizo el JNE y al nombre del proyecto de ley (...) sometido a votación"*[18]. En efecto, la Resolución **N° 331-2008-JNE de 07 de octubre de 2008 dispuso** *"CONVOCAR a Referéndum Nacional para la aprobación o desaprobación del Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo ingresado al Congreso con el número 864/2001- CR, publicado en el diario oficial El Peruano el 19 de octubre del 2001"*. Por ello, no resultó extraño que la redacción de la pregunta se haya formulado de la siguiente manera:

[17] Seguimos, con adaptaciones, las fases desarrolladas por SAIZ ARNAIZ Alejandro, "El referéndum derogatorio en el ordenamiento italiano", en Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 36, 1992, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 203.

[18] "El Comercio", Lima, 27 de agosto de 201, p. A 2.

No hay duda que toda pregunta en un referéndum debe ser formulada de la manera más clara y sencilla posible a efectos que la ciudadanía pueda emitir su voto sin mayores complicaciones. En la experiencia comparada suele decirse que:

> *"(...) la pregunta debe estar formulada de tal modo que garantice a los electores la expresión de un voto libre y consciente entre dos alternativas (el sí y el no), sin posibles soluciones intermedias que puedan hacerse derivar de un incorrecto planteamiento de aquella que terminaría por desvirtuar la esencia de la consulta refrendaria.[19]"*

En el Perú, no ha habido mayor desarrollo teórico sobre el tema. Sin embargo, en una importante tesis se ha afirmado que:

> *"(...) resulta vital no sólo que la pregunta esté formulada de manera sencilla y en términos afirmativos a efecto que la respuesta sea susceptible de reflejar la inclinación del elector hacia el proyecto normativo (...)"*[20].

Tampoco la legislación nacional ha sido lo suficientemente exhaustiva. Al respecto, el artículo 28 de la Ley **N° 26859, Ley** Orgánica de Elecciones, se limita a señalar que:

> *"**Artículo 28.-** El elector vota marcando "APRUEBO" o "SI", cuando está a favor de la propuesta hecha o "DESAPRUEBO" o "NO" si está en contra"*

De esta manera, si se examina la pregunta planteada desde un plano exclusivamente normativo puede concluirse que ella respetó lo establecido por la ley y se sustentó en la convocatoria efectuada por el JNE. Sin embargo, uno podría preguntarse si fue lo suficientemente explícita como para que la ciudadanía a partir de su sola lectura pudiera formarse un criterio que le permita escoger entre una u otra alternativa. A nuestro juicio, ello era muy difícil, pues un proyecto de ley de trece artículos y de especial complejidad no puede sintetizarse en una pregunta de solo dos líneas. Sin duda, la pregunta pudo haberse redactado de mejor manera, pero igualmente a partir de su sola lectura no hubiera sido factible que la ciudadanía se forme una convicción integral y suficiente sobre los alcances del proyecto de ley.

[19] SAIZ ARNAIZ Alejandro, Ob. Cit., p. 235.
[20] WIELAND CONROY Hubert, p. 142.

7.2 La necesidad de un voto informado. Los riesgos de afectar el principio de neutralidad

En la línea de lo antes mencionado, consideramos que un tema central consistía en que los organismos electorales brinden una mayor información a la ciudadanía sobre el contenido del proyecto de ley. Si bien el texto se publicó en el diario oficial, pese a los esfuerzos efectuados por la ONPE y el JNE, faltó una mayor difusión sobre el contenido del proyecto. Si hubiera sucedido ello, la ciudadanía habría contado con información suficiente para formarse un criterio adecuado al momento de tomar una decisión.

¿Podía el gobierno explicar los alcances del proyecto? En principio consideramos que sí, pero respetando el principio de neutralidad. Es decir, el Gobierno no podría hacer campaña a favor o en contra de determinada opción, pues ello hubiera permitido afirmar que había tomado una posición desconociendo el principio de neutralidad, que exige que en un proceso electoral las autoridades no tomen partido a favor o en contra de un candidato o de una determinada opción, tal como lo dispone el artículo 346 inciso b) de la Ley Orgánica de Elecciones[21]. Salvando las distancias, en el Perú hemos vivido la experiencia de la aprobación por referéndum de la Constitución de 1993, proceso en el cual el entonces Presidente de la República desarrolló una activa campaña a favor del "sí", desconociendo el principio de neutralidad.

La falta de información suficiente condujo a que un número mayoritario de personas hayan aprobado a través del referéndum un proyecto de ley cuyos alcances en la práctica desconocían.

7.3 ¿Existe algún mecanismo de revisión del contenido de un proyecto sometido a referéndum antes de su aprobación ciudadana?

La Constitución señala que pueden someterse a referéndum la aprobación de normas con rango de ley, pero que no procede si se trata de la supresión o disminución de los derechos fundamentales, normas de carácter tributario y presupuestal o los tratados en vigor (artículo 32). Así también lo dispone el artículo 40 de la Ley Nº 26300.

Sin embargo, ¿qué sucede si el proyecto sometido a referéndum no se encuentra dentro de los supuestos prohibidos pero presenta otros vicios de

[21] "*Artículo 346.- Está prohibido a toda autoridad política o pública:*
(...)
b) Practicar actos de cualquier naturaleza que favorezcan o perjudiquen a determinado partido o candidato".

inconstitucionalidad? Así por ejemplo, si un proyecto le atribuye una competencia a un gobierno regional que constitucionalmente no le corresponde, ¿podría la ONPE y finalmente el JNE hacer algo? O en todo caso, ¿qué ocurriría si el proyecto presenta manifiestos problemas de técnica legislativa, por ejemplo, es contradictorio o se refiere a una ley derogada?

Ni la Constitución ni la Ley, otorgan competencia expresa a los organismos electorales, especialmente al JNE, para desarrollar una labor de control o revisión que le permita negarse a convocar a referéndum si estima que el proyecto a aprobar resulta inconstitucional, o si requiere ser actualizado o modificado. Ciertamente la Constitución no contempla un mecanismo de control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley. El control siempre es posterior, es decir, cuando la ley ya fue aprobada. Por ello, en este supuesto lo único que quedaría en caso que el proyecto fuera aprobado es presentar una acción de inconstitucionalidad ante el TC.

Lo sucedido el pasado 03 de octubre evidencia que ha sido posible aprobar a través de un referéndum un proyecto de ley que crea una Comisión integrada por un representante de un Ministerio que no existe. En efecto, según la ley aprobada, la referida Comisión estaría conformada por un representante del Ministerio de la Presidencia, entidad pública que dejó de existir el año 2002. Por ello, estimamos que sería importante reconocerle mayores atribuciones de control a la ONPE y, en instancia de revisión, al JNE, para evaluar este tipo de supuestos y evitar que se aprueben proyectos que pudieran presentar problemas similares.

En la actualidad, la ONPE efectúa una primera calificación de los pedidos formulados limitada a la observancia de los requisitos formales –por ejemplo, el cumplimiento del número de firmas necesarios- y materiales pero circunscritos a determinar si se trata de temas sobre los cuales no procede un referéndum, v.g. materia tributaria o presupuestal. A veces ello podría no resultar suficiente.

VIII. Resultados electorales y efectos jurídicos del "sí"

Se ha tratado de un proceso electoral cuyos resultados definitivos han tardado demasiado en producirse lo cual ha generado severas críticas contra los organismos electorales. Según datos oficiales de la ONPE, al 19 de noviembre de 2010 a las 09:33:09 horas, se habían contabilizado el 100% de actas y los resultados eran:

Consulta
¿Aprueba el "Proyecto de Ley Devolución de dinero del FONAVI a los Trabajadores que contribuyeron al mismo"?

Opciones	Votos	% de Votos Válidos
Votos SI	9,116,020	66.473
Votos No	4,597,828	33.527
Total de Votos Válidos	13,713,848	100%
Votos Blancos	1,741,382	
Votos Nulos	912,949	
Votos Impugnados	0	
Total de Votos Emitidos	16,368,179	

Total de Electores Hábiles de las actas contabilizadas: 19,595,277

Como puede apreciarse el 66.473% de los votos válidos acogieron la opción del "sí". Cabe indicar que los votos en blanco (10.63%) y nulos (5.57%) no fueron sustancialmente elevados; sólo se trató del 16.2% del total de votos emitidos. Además, el ausentismo llegó al 13.92 % en el país, mientras que en el extranjero alcanzó porcentajes mayores pues llegó al 83.46%.

La Ley Nº 26300 precisa los efectos jurídicos en caso que el referéndum haya tenido un resultado favorable. Señala al respecto que:

> "**Artículo 42.-** *El resultado del referéndum determina la entrada en vigencia de las normas aprobadas, o la derogación de las desaprobadas, siempre que hayan votado en sentido favorable a la consulta la mitad más uno de los votantes, sin tener en cuenta los votos nulos o en blanco. La consulta es válida sólo si fuera aprobada por no menos del 30% del número total de votantes. Surte efectos a partir del día siguiente de la publicación de los resultados oficiales por el Jurado Nacional de Elecciones"*

De esta manera, para determinar el triunfo del sí se deberá: a) contar con la mitad más uno de los votantes, excluyendo los votos nulos y en blanco, y b) contar con no menos del 30% del número total de votantes. Como puede apreciarse del cuadro anterior, los resultados obtenidos cumplen con tales requisitos.

Asimismo, el artículo 43 de la Ley Nº 26300 precisa que:

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

La citada norma pretende evitar que el Congreso pueda fácilmente derogar una norma aprobada por referéndum, pues ello terminaría vaciando de contenido dicha institución de democracia directa.

De acuerdo con la Ley Orgánica de Elecciones, Ley Nº 26859, la ONPE comunica al JNE los resultados del cómputo nacional efectuado (artículo 329). Agrega que el Presidente del JNE proclama los resultados del referéndum indicando la opción que obtuvo la mayoría (artículo 330). Asimismo, la Ley Nº 26300 señala que el referéndum surtirá efectos a partir del día siguiente de la publicación de los resultados oficiales por el JNE, omitiendo toda referencia al acto de promulgación que, de acuerdo con el artículo 108 de la Constitución[22], le corresponde al Presidente de la República. ¿Ello significa que estaríamos ante el supuesto de una norma con rango de ley que no requiere ser promulgada por el Ejecutivo? No lo consideramos así.

La aprobación de una ley a través del referéndum implica que la ciudadanía se pronunció a favor de ella disponiendo su entrada en vigencia. El ejercicio de esta modalidad de democracia directa complementa el régimen representativo sin desconocer el procedimiento legislativo previsto por la Constitución. Por tanto, si bien ante un pronunciamiento ciudadano favorable no se requiere una ratificación del Congreso, las etapas de promulgación y publicación de las leyes no quedan canceladas. De lo contrario, se estaría desconociendo la atribución presidencial de promulgar las leyes.

En la experiencia comparada sucede algo similar; así por ejemplo, en Italia:

> *"Si el resultado es favorable, corresponde al Presidente de la República mediante decreto declarar la derogación producida (avvenuta) en la ley, acto*

[22] *"Artículo 108.- La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.*
Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".

con fuerza de ley o disposiciones concretas (art. 37). Tal decreto debe publicarse inmediatamente en la Gazzeta Ufficiales e incorporarse en la Colección oficial de las leyes y decretos de la República italiana[23]."

En el Perú, no existen antecedentes similares pues se trata del primer referéndum realizado por iniciativa de la ciudadanía que ha contado con un resultado favorable. Aunque existen diferencias pues fue un referéndum convocado por el Gobierno luego de un golpe de Estado, podemos recordar que la Constitución de 1993 aprobada por referéndum fue promulgada por el entonces Presidente de la República, pues así lo dispuso el artículo 147 del Decreto Ley Nº 25684, Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático[24]. En todo caso, sí nos parece evidente que el Presidente de la República no puede observar una ley aprobada por referéndum, pues de hacerlo estaría desconociendo el mandato popular fruto de una consulta ciudadana.

En consecuencia, luego de la proclamación de los resultados oficiales por el JNE corresponderá al Presidente de la República promulgar la respectiva ley y disponer su publicación en el diario oficial, conforme lo dispone el artículo 108 de la Constitución. A esa conclusión podemos arribar a partir de una interpretación de las normas constitucionales y legales que regulan el procedimiento legislativo así como los efectos jurídicos del referéndum.

IX. Luego del referéndum se abre una etapa de implementación donde lo resuelto por el Tribunal Constitucional será determinante

Como hemos indicado, el Fundamento Jurídico 8 de la Resolución Nº 5180-2007-PA/TC efectuó algunas precisiones dirigidas al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo. El TC en dicha resolución les sugirió:

***"a.** Señalar quiénes son los presuntos beneficiarios puesto que cabe a este Colegiado señalar que no es inconstitucional que se pueda recurrir a las devoluciones a través de bonos, materiales de construcción, programas sociales de vivienda a favor de los aportantes que no hayan satisfecho su legítima expectativa*

[23] SAIZ ARNAIZ Alejandro, Ob. Cit., p. 208.

[24] *"Artículo 147.- El texto de la nueva Constitución Política que apruebe el Congreso Constituyente Democrático, será sometido a referéndum para su ratificación, según el procedimiento que se fije por ley expresa.*
La promulgación de la Constitución Política la realiza el Presidente Constitucional de la República, luego que el Jurado Nacional de Elecciones publique los resultados del referéndum."

de vivienda, pudiendo deducirse del monto aportado, los programas ejecutados por el Estado con cargo al Fondo, en procura de la concesión progresiva del derecho a una vivienda digna como se desprende de lo señalado por el artículo 1º de la Constitución.

b. *Señalar, por otro lado, que el FONAVI no se consideró un aporte a un fondo individual. Es por ello que, de ser el caso, los mecanismos para la devolución puedan tener un carácter colectivo; distinguiéndose además entre aquellas personas que no tuvieron la posibilidad de acceder a ningún beneficio proveniente del FONAVI, de aquellos otros que, entre otros supuestos, hubieran accedido parcial o totalmente a dicho Fondo o a aquellos que, dadas las circunstancias, hubieran concretado su derecho a la vivienda digna. En estos casos, el Estado tiene la posibilidad de excluir a los supuestos "beneficiarios", o de deducir no sólo el importe de construcción de la vivienda ya efectuada, sino también de los servicios públicos indisolublemente vinculados a la satisfacción de esta necesidad, como saneamiento y titulación, electrificación, instalación de agua y desagüe, pistas y veredas. De otro lado, el Decreto Ley Nº 22591 creó, en su artículo 1º, el Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) para satisfacer en forma progresiva las necesidades de vivienda de los trabajadores y en ningún caso de sus empleadores, quienes contribuían con dicho fondo en forma obligatoria en virtud de lo dispuesto por el literal c) del artículo 2º del Decreto Supremo Extraordinario Nº 043-PCM-93, el mismo que fue dejado sin efecto a partir del 1-01-1993, por el artículo 3º del Decreto Ley Nº 25981."*

En consecuencia, para el TC: **(i)** la devolución a los beneficiarios no necesariamente debía ser en efectivo, también podía realizarse mediante bonos, materiales de construcción y programas sociales de vivienda; y **(ii)** el FONAVI no era un aporte a un fondo individual, por ello la devolución podría tener un carácter colectivo. La Comisión Ad Hoc, creada por la ley aprobada por la ciudadanía el 03 de octubre, deberá definir la manera como se implementa lo resuelto por el TC. Es decir, todavía queda mucho camino por recorrer.

X. Reflexiones finales.

a) El Decreto Ley Nº 22591, publicado el 01 de julio de 1979, creó la denominada contribución al FONAVI, que estuvo vigente desde el 1 de julio de 1979, hasta el 31 de agosto de 1998. La finalidad del FONAVI fue paulatinamente ampliándose a través de diversas reformas legislativas. Inicialmente pretendía satisfacer la necesidad de vivienda de los trabajadores, pero modificaciones posteriores hicieron que su finalidad comprenda hasta la construcción de vías nacionales, alejándose claramente de su objetivo inicial. Dicha contribución

fue reemplazada por el Impuesto Extraordinario de Solidaridad, creado por la Ley Nº 26969, a partir del 1 de setiembre de 1998.

b) La Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú presentó una solicitud para dar inicio al procedimiento de referéndum a fin de consultar a la ciudadanía la aprobación del *"Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo"*. Lo hizo luego que la iniciativa legislativa presentada no fuera acogida en sus propios términos por el Congreso de la República. El Tribunal Constitucional dejó sin efecto las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que rechazaron la procedencia del referéndum por abordar una materia tributaria. Dictó dos sentencias polémicas (Exps. Nº 1078-2007-PA/TC y Nº 3283-2007-PA/TC) y una resolución (Exp. Nº 5180-2007-PA/TC). Esta última formuló al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo algunas precisiones. Finalmente, el 03 de octubre de 2010 más de ocho millones de personas aprobaron el *"Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo*" que había sido presentado como iniciativa legislativa el 29 de marzo de 2001 por la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú.

c) Lo sucedido con el primer referéndum fruto de una iniciativa ciudadana nos deja varias lecciones. Por un lado, el largo camino que se ha tenido que recorrer para llegar a un resultado exitoso, pues el procedimiento de iniciativa legislativa se inició el 2001 y el referéndum recién se pudo concretar el 2010. Un procedimiento tan extenso no sólo puede desalentar a las personas interesadas en promoverlo sino, además, evidencia que no sería eficaz en aquellos casos en que sea necesario contar con medidas normativas urgentes. De otro lado, la necesidad que los organismos competentes interpreten correctamente los alcances de los supuestos en los cuales está prohibido el inicio de un referéndum. El Tribunal Constitucional al considerar que el FONAVI podía ser sometido a referéndum, abrió la puerta para una consulta ciudadana que en estricto no debió prosperar, por la evidente carga tributaria y presupuestal con que el proyecto contaba. Dicha apertura trató de ser *"modulada"* por el propio Tribunal en una resolución posterior que permite efectuar devoluciones colectivas a los fonavistas, así como deducciones y exclusiones, con la aparente finalidad de reducir el impacto económico causado por sus primeras decisiones.

d) Finalmente, el procedimiento para llevar a cabo un referéndum y la gestión de los organismos electorales requieren de algunos ajustes. Por un lado, reiterar que la pregunta debe ser lo más clara y precisa posible tratando de sintetizar la idea central que subyace al proyecto de ley sometido a referéndum. De otro lado, garantizar un voto informado y que los organismos electorales cumplan una labor de difusión más activa respecto al contenido del Proyecto de Ley. El propio Gobierno podría contribuir a ello respetando, obviamente, el principio de neutralidad. Por lo demás, es preciso reconocer un control de

legalidad a cargo de los organismos electorales para evitar que se tramiten solicitudes de referéndum que no reúnan las condiciones legales establecidas. Incluso, para permitirle corregir vicios manifiestos de los proyectos presentados para evitar, por ejemplo, que hagan referencia a instituciones creadas por leyes derogadas tal como sucedió con el proyecto del FONAVI que alude a una Comisión integrada, entre otros, por el representante de un Ministerio que no existe. En definitiva esta primera experiencia, algo opacada por las elecciones regionales y municipales, nos deja lecciones que es preciso evaluar para garantizar un mejor ejercicio del referéndum en el Perú.

* * * * *

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA: ALGUNAS BREVES REFLEXIONES

ÓSCAR URVIOLA HANI*

SUMARIO: I. *Breve presentación del tema.* **II.** *Tribunal Constitucional y derechos fundamentales.* **III.** *Tribunal Constitucional y economía social de mercado.* **IV.** *Tribunal Constitucional y política.* **V.** *Tribunal Constitucional y sistema democrático.* **VI.** *Consideración final.*

I. Breve presentación del tema

El presente trabajo tiene como objeto la reflexión sobre algunos tópicos específicos que pueden quedar comprendidos bajo un gran tema como es el del rol del Tribunal Constitucional en una democracia. Hablar de democracia bajo nuestra Constitución, obviamente, implica referirse tanto a los derechos fundamentales (piedra angular de todo sistema democrático), a la economía social de mercado, a la política en relación con la jurisdicción constitucional, como también, en estricto, al papel que juega el Tribunal Constitucional en una democracia. Temas sobre los cuales se vierten algunas consideraciones en ese orden.

II. Tribunal Constitucional y derechos fundamentales

Desde su recomposición en junio de 2002, el Tribunal Constitucional peruano ha tenido un rol gravitante en el proceso de fortalecimiento de nuestro

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor Principal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de San María y de la Escuela de Postgrado de la misma Universidad.

sistema democrático. La afirmación de los principios jurídicos de supremacía constitucional y de fuerza normativa de la Constitución es reflejo de ello. Aunque también la interpretación y el desarrollo de los derechos fundamentales que ella reconoce de manera expresa o tácita.

Transcurridos ya casi ocho años de su recomposición (o mejor, de su *refundación*) y de funcionamiento ininterrumpido, la realidad constitucional nos permite afirmar que en una democracia en pleno proceso de desarrollo, como la nuestra, es necesario que exista un órgano como el Tribunal Constitucional que vele por el respeto pleno de la Constitución y de los derechos fundamentales de las personas.

Es claro que en el Perú de los últimos años, el desarrollo de los derechos fundamentales se ha debido, sobre todo, a la labor tutelar e interpretativa de tales derechos por parte del Tribunal Constitucional. Su consideración bidimensional o de doble carácter ha llevado a que los derechos puedan ser entendidos no sólo como derechos subjetivos (propio de una concepción liberal), sino también como valores objetivos del ordenamiento jurídico; lo que ha permitido que el ejercicio de los derechos fundamentales pueda ser armonizada con la protección de otros bienes constitucionales como el medio ambiente por ejemplo, según lo ha resaltado el Tribunal en la reciente sentencia que prohíbe la importación de vehículos usados[1].

De otro lado, la afirmación, sobre todo, de los derechos sociales (más correctamente denominados hoy *derechos de solidaridad*) es un reflejo de hasta dónde puede contribuir la jurisdicción constitucional para la eficacia de aquellos derechos que requieren de una actuación positiva o prestacional por parte del Estado, por ejemplo, en el ámbito del derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la pensión, sobre los beneficios sociales, entre otros. Así, se reconoce una conexión específica entre los derechos fundamentales y el sistema democrático de gobierno que reconoce la Constitución.

En palabras del propio Tribunal Constitucional, el Capítulo I del Título I de la Constitución Política del Estado, denominado "Derechos Fundamentales de la Persona", además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1º) y de enumerar buena parte de ellos en su artículo 2º, prevé en su artículo 3º que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (*vg*. los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III), "ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del *Estado Democrático* de Derecho y de la forma republicana de gobierno" [2].

[1] STC 05961-2009-PA/TC.
[2] STC 03052-2009-PA/TC**.**

Desde que se entiende, en efecto, que todas las disposiciones de la Constitución ostentan fuerza normativa los derechos sociales no pueden entenderse como meras normas programáticas, sino como derechos que se rigen más bien por el principio constitucional de *progresividad*. El Tribunal tiene aquí un margen amplio de valoración para determinar si el Estado viene cumpliendo o no con respetar estos derechos cuya vigencia y eficacia muchas veces ha quedado injustamente postergada por la inacción de los poderes públicos.

Bien se puede decir por ello que una democracia no puede pretender ser medida únicamente en términos políticos, cuantitativos o económicos, sino también en términos de derechos fundamentales. No puede haber democracia sin respeto a los derechos fundamentales. Desde que la Constitución (artículo 1º) consagra a la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado, toda la actuación de éste, en cuanto a su legitimidad, debe ser evaluada desde la perspectiva de la persona humana y de sus derechos.

Por ello se ha dicho que en el Estado constitucional no son las leyes las que determinan la validez y eficacia de los derechos, sino a la inversa. En ese sentido, diríamos que si antes los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley, hoy más bien son los derechos fundamentales los que condicionan y determinan la validez constitucional de las leyes. Siendo ello así, el Tribunal Constitucional no puede abdicar de su rol de garante de los derechos fundamentales o de su labor interpretativa orientada a precisar sus contenidos y sus límites, en tanto derechos relativos y no absolutos.

Y ello porque, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales son la materialización del principio democrático en su faz fundacional al interior del Estado social y democrático de derecho, lo que queda evidenciado cuando, sin perjuicio del reconocimiento expreso de una amplia gama de derechos fundamentales, el artículo 3º de la Constitución, además de la dignidad humana, reconoce a la soberanía popular y al Estado democrático como sus fuentes legitimadoras[3]. En otras palabras, algunos derechos fundamentales encuentran también su fundamento y origen en la democracia misma.

III Tribunal Constitucional y economía social de mercado

Algunas sentencias del Tribunal Constitucional también han tenido una importante incidencia en el ámbito de lo que se denomina la Constitución económica y cómo ella presenta una implicación directa con la democracia. La

[3] STC 0030-2005-PI/TC.

jurisprudencia constitucional se ha permitido desarrollar los principios esenciales sobre los que debe fundarse el régimen económico de una sociedad democrática. Se afirma por ello que el Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. La democracia, por ello, constituye un elemento imprescindible del Estado.

Ella ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales.

De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3° de la Constitución), hace del *principio democrático* uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad.

De esta forma, la Constitución lleva implícita el reconocimiento de una democracia económica, social y cultural. La vigencia de los principios democráticos asume vital importancia, dado que la satisfacción razonable de las condiciones de existencia de la persona determina y condiciona la voluntad legítima de la nación sobre el sistema estadual, consiguiéndose la estabilidad del Estado en todos sus elementos, y alcanzándose las metas propuestas en el modelo social[4].

En un Estado social y democrático de derecho se reconoce la primacía del mercado (libre iniciativa privada), pero el Estado no puede permanecer indiferente o absolutamente pasivo a las actividades económicas, así como tampoco puede permitir la interferencia arbitraria e injustificada en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos. Como bien lo ha señalado el Tribunal, la economía social de mercado está compuesta por tres elementos, a saber: bienestar social, mercado libre y Estado solidario y subsidiario. Es decir, el mercado en cuanto sea posible, y el Estado, en cuanto sea necesario[5].

Es que el mercado no es la medida de todas las cosas y sin lugar a dudas no es la medida del ser humano[6]. No todos los aspectos de la vida en común han de ordenarse y valorarse desde el punto de vista del mercado, esto es, desde

[4] STC 0008-2003-PI/TC.

[5] STC 0050-2004-PI/TC y otros.

[6] Peter Häberle, "Siete tesis para una teoría constitucional del mercado". En *Revista de Derecho constitucional Europeo*, Año 3, N.º 5, enero-junio, 2006. (www.ugr.es/~REDCE5/articulos).

el modelo de la libre concurrencia. En el Estado constitucional siempre hemos de recordar el carácter instrumental (la economía al servicio del ser humano, la mejora del bienestar general, justicia social, etc.).

El mercado, pues, en el marco de una economía social como la que consagra el artículo 58º de la Constitución, es un medio y nunca puede entenderse como un fin en sí mismo, lugar que sí le corresponde más bien a la persona humana. En esto, la tarea del Tribunal Constitucional, a partir de la interpretación de las libertades económicas, ha sido y sigue siendo trascendental, porque ha precisado no sólo el alcance de tales libertades, sino también sus límites (la moral, la salud pública y la seguridad pública).

Así, por ejemplo, se ha determinado en la jurisprudencia que el derecho a la libertad de empresa es la capacidad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios[7] que está determinada por cuatro libertades esenciales: 1) la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, 2) la libertad de organización, 3) la libertad de competencia y 4) la libertad para cesar las actividades y salir ordenadamente del mercado.

En cuanto a la libertad de comercio el Tribunal ha señalado que es la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios, mientras que la libertad de industria es la posibilidad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.

Pero como en una democracia, los derechos fundamentales no son absolutos, la libertad de empresa, en su ejercicio, es un derecho pasible de ser limitado. La realización práctica de la dignidad del ser humano conlleva la admisión de un *status activus processualis*, al contener un efecto vinculante en tanto categoría jurídico-positiva y valorativa. Así, el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas.

Consecuentemente, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente[8].

De otro lado, es claro que las libertades económicas no sólo protegen a las grandes empresas, sino también a las medianas y pequeñas. La Constitución (artículo 59º) establece la obligación del Estado de brindar oportunidades de superación a los

[7] STC 0008-2003-PI/TC.
[8] STC 03330-2004- PA/TC.

sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, está obligado a promover las pequeñas empresas en todas sus modalidades. Quizá la ausencia de un caso emblemático relacionado con este mandato constitucional haya impedido, hasta ahora, que el Tribunal pueda interpretarla ampliamente, cuya relevancia radica en la obligación estatal de dar oportunidades a los sectores social o económicamente desaventajados a través de la promoción de las pequeñas empresas.

Pero ello, no puede impedirnos señalar ahora que, inclusive desde la interpretación de este tipo de disposiciones constitucionales, la labor del Tribunal Constitucional tiene incidencia en el ámbito económico o, en términos de la Constitución, en la economía social de mercado. Esto también es una manifestación de las exigencias válidas que son consecuencia de asumir un sistema democrático. Democratizar la economía y el mercado como un imperativo del actual Estado constitucional.

Es por ello que quienes nos acercamos a la jurisdicción constitucional no podemos perder de vista en ningún momento, en primer lugar, que el Estado, bajo el modelo de constitución económica establecido, no puede permanecer impasible ante las fallas y deficiencias naturales e inevitables del mercado, a fin de salvaguardar tanto los bienes constitucionales que atañen a todos, como las libertades económicas que la Constitución garantiza individualmente; y, en segundo lugar, reconociendo que muchas sentencias del Tribunal Constitucional pueden tener una incidencia (positiva o negativa) en la economía, es nuestro deber como magistrados constitucionales ponderar serenamente y con prudencia en qué medida puede afectar nuestras decisiones la estabilidad que requiere siempre todo sistema económico en una democracia.

IV. Tribunal Constitucional y política

Desde la incorporación de la jurisdicción constitucional en las postrimerías de la segunda posguerra mundial existe un debate aún no cerrado en torno a la relación del Tribunal Constitucional con la política, si se recuerda la célebre polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen. El temor era que, en esta relación, la política termine por subyugar a la justicia constitucional (*politización de la justicia constitucional*), por un lado, o, de otro, que la justicia constitucional termine juridificando todos los contornos de la política (*judicialización de la política*).

Al margen de esta vieja y permanente controversia dogmática, lo cierto es que el Tribunal Constitucional inevitablemente tiene también una participación (aunque involuntaria y no buscada) en el juego político entre mayorías y minorías o entre el gobierno y la oposición, sobre todo, a partir de que la Constitución le faculta a realizar el control abstracto de constitucionalidad de las leyes.

El carácter de órgano político ha sido resaltado por un sector de la doctrina desde dos perspectivas. En primer lugar, se afirma que el Tribunal Constitucional es un órgano de esta naturaleza porque sus miembros son elegidos por el Parlamento que es, por antonomasia, un órgano político que desarrolla su actividad regido por el *principio de oportunidad*. En segundo lugar, se dice que el Tribunal Constitucional es un órgano político porque muchas decisiones tienen también un impacto político o inciden en la relación entre las fuerzas políticas.

Piénsese en una ley, defendida por el Gobierno, pero impugnada en su constitucionalidad por la oposición; la sentencia que se dicte tendrá inevitables efectos en ese ámbito concreto de lo político. Desde estas dos perspectivas, mucho se ha discutido sobre el carácter político del Tribunal Constitucional. Sin embargo, modestamente, pienso también que el Tribunal es un órgano político pero en otro sentido.

Y creo que la clave está en determinar previamente qué entendemos por *política*[9]. Si entendemos por ella como el *pactum subjectionis*, esto es, la lucha entre grupos por el poder (se dice en este sentido que la política es *agonal*), entonces es evidente que el Tribunal Constitucional no es (ni puede ser) un órgano político, porque entonces estaría desnaturalizando su esencia de supremo guardián de la Constitución y convirtiéndose en un actor más en el escenario político. Todo intento que pretenda convertir al Tribunal en un órgano político en este sentido, debe ser enfáticamente rechazado.

Si, por el contrario, entendemos por *política* como el *pactum societatis*, es decir, la actividad que persigue fines de la convivencia pacífica, del bien común y de la justicia social, entonces al Tribunal le corresponde asumir un preponderante y destacado papel, sobre todo a tenor del artículo 44º de la Constitución que reconoce el deber del Estado de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación.

Por esta vía puede afirmarse, sin que ello pueda generar rechazo alguno, que el Tribunal Constitucional es un órgano político en el sentido que busca la realización, a través de los procesos constitucionales, de determinados bienes como el bien común y la justicia social. Pero esta forma de entender la naturaleza política del Tribunal Constitucional debe ir acompañada con algunas consideraciones sobre los límites de la jurisdicción constitucional. No pretendo decir ahora cuáles son esos límites porque tampoco existe sobre ello consenso en la doctrina. Lo que sí puedo afirmar, en todo caso, es que en esto la prudencia de los magistrados del Tribunal Constitucional es decisiva.

No se trata, creo, de decir que el Tribunal debe autolimitarse siempre o de señalar que debe llevar a cabo siempre una labor activista. Ningún extremismo

[9] Gustavo Zagrebelsky, *La Corte in-politica*. En Quaderni Costituzionali.-Bologna.- n. 2 (giugno 2005), p. 277., p. 4.

es bueno y positivo, menos en el ámbito del Derecho Constitucional, impregnada fuertemente por el principio constitucional del pluralismo y de la tolerancia. En ese sentido, considero que la autolimitación debe provenir a partir más bien de los casos concretos a resolver, pero no de una actitud predeterminada o decidida de antemano. Si bien es deseable (aunque no siempre es posible) que las relaciones con el Legislador o con el Poder Ejecutivo estén exentas de tensiones o roces; más aún si ellas son, en algunos casos innecesarios o perfectamente evitables.

V. Tribunal Constitucional y sistema democrático

En este ítem quisiéramos expresar algunas ideas sobre la relación del Tribunal Constitucional con el sistema democrático. Podríamos empezar cuestionándonos si: ¿tiene el Tribunal Constitucional un espacio de actuación en relación con la democracia como tal?

Una primera respuesta afirmativa surge del propio rol que tiene el Tribunal como guardián de la Constitución. Específicamente del artículo 43º que señala: "*la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana* (…)". Como Estado democrático se asume que existen determinados principios y valores constitucionales que informan la actividad de los poderes públicos así como de los poderes privados y de los particulares.

Así, lo primero que debe garantizar el Tribunal Constitucional es la vigencia de la democracia representativa; sin que ello implique excluir de manera apresurada algunos mecanismos de la democracia directa. Una y otra no se excluyen necesariamente; entre ambas puede establecerse más bien una relación de complementariedad. La propia Constitución (artículo 176º y ss.) recoge, al mismo tiempo, mecanismos electorales de ambos sistemas, como una muestra clara de que es posible conciliar dichos mecanismos de ejercicio democrático.

Aún así, es válida la advertencia hecha por el Tribunal, de que no puede olvidarse que la defensa cerrada de los mecanismos de democracia directa en contraposición a los supuestos perjuicios generados por la democracia representativa, ha sido, finalmente, el recurrente argumento de las dictaduras para pretender fundamentar la supuesta validez de sus organizaciones totalitarias de partido único, en las que por vía de la argucia de una aparente mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, en los hechos, las decisiones terminan siendo monopolio del dictador, en la mejor muestra recreada de la fórmula hobbesiana: *Auctoritas, non veritas facit legem* (La autoridad –no la verdad– hace la ley)[10].

[10] STC 00030-2005- PI/TC.

El pluralismo, como elemento inherente de todo sistema democrático, es otro principio constitucional que debe ser garantizado en términos teóricos y prácticos. Ello sin desconocer que dicho principio tiende a manifestarse en distintas direcciones. En términos generales y en lo que aquí respecta nos vamos a referir brevemente al *pluralismo cultural* y al *pluralismo religioso*.

En una sociedad bastante diversa y heterogénea como la nuestra, la vigencia de este principio constitucional, esto es, del *pluralismo cultural*, cobra una especial relevancia. Cuando se reconoce el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, implica que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural.

Siempre, claro está, que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43º) y la economía social de mercado (artículo 58º). Este reconocimiento del elemento cultural que está en su contenido, permite señalar que la Constitución `no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos[11].

En el principio democrático, pues, residen valores constitucionales como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena. En tal sentido, el hecho de que por efecto de la diversidad cultural constitucionalmente reconocida diversos rasgos espirituales y materiales se concreticen en grupos minoritarios, no puede ser razón válida para desconocer o, peor aún, menoscabar sus legítimas manifestaciones. Por el contrario, cuando al acto apoyado en el principio mayoritario acompaña el avasallamiento, éste pierde su valor de neutralidad, y prevalecen los valores contramayoritarios de la Constitución, como la igualdad (inciso 2 del artículo 2º) y el pluralismo (inciso 19 del artículo 2º, artículo 43º y artículo 60º) para recomponer el equilibrio constitucional del que el poder tiende a desvincularse[12].

Anclado con el artículo 2º incisos 2 y 3, el *pluralismo religioso* constituye también uno de los elementos basilares de todo Estado democrático. Como se ha afirmado, la libertad religiosa no es una aspiración a alcanzar, sino un atributo instalado en la voluntad de la persona humana. La religión, como el conjunto

[11] Häberle, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura.* Madrid: Tecnos, 2000, p. 34

[12] STC 00020 y 00021-2005- PI/TC.

de creencias y dogmas acerca de la divinidad se manifiesta en una serie de convicciones de carácter metafísico que impulsan al hombre a adoptar determinados comportamientos y a cumplir con ciertos ritos acordes con aquellas creencias. Constituye un imperativo del pluralismo en el ámbito de la religión, por tanto, la facultad de profesar la confesión religiosa que cada uno considere como verdadera, así como la de sostener su creencia dentro de su entorno social, sin interferencias o intervenciones arbitrarias por parte del Estado o de otros particulares.

Así, en un Estado democrático ninguna persona puede ser impedida de ejercer su opción de adorar a alguna divinidad, pues se trata de una de las manifestaciones de la libertad de conciencia, ya que previamente parte del reconocimiento de la existencia de una esfera reservada al individuo en la que no cabe interferencia o intromisión inconstitucional alguna por parte de terceros. Entonces, la libertad religiosa se configura como un *espacio reservado* y, por tal, prohibido a la injerencia del Estado o de la sociedad. Se trata de una libertad negativa porque, respecto de ella, el Estado debe sólo limitarse a prohibir o restringir determinadas conductas (no convicciones) que atenten contra la libertad religiosa de los demás o el orden público y la moral social.

En dicho contexto, el reconocimiento y protección constitucional de la libertad religiosa comporta el establecimiento de los cuatro atributos jurídicos siguientes: a) reconocimiento de la facultad de profesión de la creencia religiosa que libremente elija una persona, b) reconocimiento de la facultad de abstención de profesión de toda creencia y culto religioso, c) reconocimiento de la facultad de poder cambiar de creencia religiosa, d) reconocimiento de la facultad de declarar públicamente la vinculación con una creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna. Es decir, supone el atributo de informar, o no informar, sobre tal creencia a terceros[13].

El pluralismo religioso es incompatible con cualquier tipo de fundamentalismo en este ámbito. Toda posición que tenga por intento imponer el predominio de una religión específica sobre otras debe rechazarse. Y es que el criterio de no lesión a los derechos de terceros contiene un límite objetivo a la libertad de cultos, consistente en la proscripción de conductas perniciosas o de molestias efectuadas durante el ejercicio de un culto o práctica religiosa, que dañen o menoscaben los derechos que la Constitución y las leyes reconocen a los no creyentes o creyentes de confesiones distintas.

Más aún, dentro de un Estado aconfesional, la relación entre el cuerpo político y las iglesias surgidas del reconocimiento al pluralismo religioso se rige por el *principio de incompetencia recíproca*. Esto es, que el Estado reconoce la existencia de "espacios" en la vida de las personas en los que le está vedado

[13] STC 03283-2003- PA/TC.

regular y actuar. Al mismo tiempo, las iglesias aceptan como límite ético y jurídico la intervención institucional en asuntos propiamente estatales. Con todo, la jurisdicción constitucional, tiene en este ámbito, un papel importante, en tiempos donde el ejercicio y la práctica de la religión algunas veces deviene, ya no en el ejercicio de un derecho fundamental, sino en un fundamentalismo religioso que es incompatible con un sistema democrático.

VI. Consideración final

El Tribunal Constitucional en el Perú viene cumpliendo un rol trascendental en la afirmación del sistema democrático. Deviene en una suerte de órgano constitucional que modera las relaciones entre los poderes del Estado y entre estos con los ciudadanos. La búsqueda constante de consensos a nivel social, político e inclusive cultural tiene en la jurisdicción constitucional un apoyo importante.

Al Tribunal Constitucional le corresponde ciertamente afirmar el principio democrático, pero al mismo tiempo garantizar los derechos de las minorías o de los grupos sociales tradicionalmente postergados. Esto es especialmente delicado porque muchas veces la democracia se malentiende como el poder de las mayorías para imponer sus decisiones a las minorías. No es este el significado de la democracia.

Democracia significa reconocer también el ámbito de participación de las minorías, no negarlas. Garantizar el pluralismo y la tolerancia, el derecho a pensar diferente, a disentir inclusive de las decisiones adoptadas mayoritariamente. En un Estado constitucional democrático no tiene cabida ya aquel adagio que señala "*vox populi, vox dei*"; por este camino no se llega necesariamente a concretizar los valores que se derivan de una democracia.

El Tribunal Constitucional es consciente de que los imperativos democráticos, como se ha visto, atraviesan tanto la concepción misma de los derechos fundamentales, la economía social de mercado, la consideración del Tribunal como órgano político y su rol para garantizar principios esenciales como el pluralismo y la tolerancia. En el fortalecimiento de nuestro sistema democrático, el Tribunal Constitucional tiene un papel protagónico que no puede ser soslayado.

* * * * *

EL AMPARO ELECTORAL FRENTE A LA CONSTITUCIÓN DE 1993

OMAR SAR SUÁREZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* **II.** *Interpretación constitucional de los artículos 142 y 181.* **III.** *Análisis del caso Espino Espino (Expediente 02366-2003-AA).* **IV.** *Conclusiones y propuestas.*

I. Introducción

Hoy, en los albores del Siglo XXI, puede afirmarse que los Derechos Humanos están plenamente asentados en la conciencia de la humanidad[1] y esta universal convicción ejerce una presión constante sobre los Estados que favorece la decisión de estos de reconocer y positivizar unos derechos y libertades de los que ya los hombres no sabrían prescindir.

Como señala Ollero Tassara "Desde diversos planteamientos de teoría del conocimiento, y partiendo de las ideologías más contrapuestas, todos parecen por una vez de acuerdo. Existen unos derechos 'humanos', un conjunto de exigencias sin las que el hombre no podría disfrutar de una convivencia

* Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Profesor asociado de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Lima, la Universidad de San Martín de Porres, la Academia de la Magistratura y el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

[1] Advertimos por cierto que el proceso no está exento de riesgos y retrocesos pero entendemos que el establecimiento de un haz de derechos mínimos y órganos jurisdiccionales para hacerlos efectivos constituyen una plataforma estabilizada.

propiamente 'humana' y la lucha por garantizarla se convierte en factor decisivo para la legitimación del ordenamiento jurídico"[2].

La internacionalización de los derechos es un proceso relativamente reciente, habiendo pasado de su mera declaración, a la creación de instancias y mecanismos supranacionales destinados a asegurar la vigencia y protección de los mismos.

Este proceso ha influido decisivamente no sólo en la evolución de nuevos derechos y el perfeccionamiento de las herramientas para tutelarlos sino que ha generado también un parámetro de interpretación que resulta el mínimo indispensable que debe ser respetado para no incurrir en responsabilidad internacional.

Los derechos políticos en particular, aquellos denominados como "de primera generación"[3], en cuanto que derechos exigibles internacionalmente, aparecen actualmente regulados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio Europeo para la Protección los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el ámbito universal, los derechos políticos son objeto de expreso reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos entre otros muchos instrumentos.

La doctrina ha señalado que:

> *"La estructura de los derechos políticos no puede ser asumida como un dato ontológico, ni se presta a ser analizada en términos puramente dogmáticos, ya que si así fuese, se terminaría por perder de vista aquello que caracteriza su naturaleza: la estrecha conexión con la evolución histórica del sistema político representativo y con el desarrollo de las estructuras político sociales que han acompañado la afirmación de la forma de estado democrática"*[4].

---

[2] Ollero Tassara, Andrés
1996 *¿Tiene razón el derecho? – Entre método científico y voluntad política*, Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, p. 368.
Además se cita a Jürgen Habermas en cuanto sostiene: "La necesidad de justificar y la posibilidad de criticar las normas jurídicas no representan sino el reverso de su positividad: El principio de positivación y el principio de fundamentación se exigen mutuamente". Un desarrollo del tema puede verse también en Habermas, Jürgen
2008 *Diálogo entre la razón y la fe*, [en línea] consulta: 16 de Septiembre, http://www.lafactoriaweb.com/articulos/habermas26.htm.

[3] Organizar los derechos por "generaciones" resulta riesgoso ya que el término se asocia, modernamente, con las computadoras y como es público y notorio las más modernas relegan a las más antiguas y esto sin duda no es lo que sucede con los Derechos Humanos ya que los modernos desarrollos (derecho a un medio ambiente sano, por ejemplo) no "derogan" los derechos civiles y políticos o los económicos, sociales y culturales que les precedieran.

[4] Grosso, Enrico

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha tratado sobre los derechos políticos en su Observación General Número Veinticinco. Allí se presentan pautas y criterios para comprender el ámbito de aplicación de estos derechos de vital importancia para el desarrollo de la vida en una sociedad que se precia de ser democrática[5] y considera, además, el principio de razonabilidad en las exigencias y limitaciones para el ejercicio pleno de este derecho[6].

El caso Matyus *versus* Eslovaquia en el Sistema Universal, el de los Partidos de la Libertad y de la Democracia así como el Partido de la Prosperidad, ambos contra Turquía[7] en el ámbito europeo o los casos Susana Higuchi *versus* Perú[8], Yatama versus Nicaragua[9] y más recientemente Castañeda Gutman *versus* México[10] en el Sistema Interamericano, son ejemplos de cómo viene siendo protegido este derecho a nivel internacional.

2001 *La titolarita del diritto di voto – Partecipazione e appartenenza alla comunita politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino: Giappichelli, p. 2.

[5] Observación General N° 25 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996).

[6] En los numerales 4 y 27 de la Observación General referida ha señalado: "4. Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables. Por ejemplo, puede ser razonable exigir que, a fin de ser elegido o nombrado para determinados cargos, se tenga más edad que para ejercer el derecho de voto, que deben poder ejercerlo todos los ciudadanos adultos. El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos. Por ejemplo, la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público (...) 27. Teniendo presentes las disposiciones del párrafo 1 del artículo 5 del Pacto, los derechos reconocidos y amparados por el artículo 25 no podrán interpretarse en el sentido de que autorizan o refrendan acto alguno que tenga por objeto la supresión o limitación de los derechos y libertades amparados por el Pacto, en mayor medida de lo previsto en el presente Pacto".

[7] El primero puede hallarse en:
Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)
1999 *Sentencia de fecha 8 de Diciembre*, Estrasburgo.
El segundo puede hallarse en:
Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)
2001 *Sentencia de fecha 31 de Julio*, Estrasburgo.
Ambas pueden encontrarse en español en:
Díaz Revorio, Francisco Javier
2004 *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Lima: Palestra.

[8] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)
1999 *"Caso 11428, Susana Higuchi Miyagawa"* Perú: Informe No 119/99 del 6 de octubre.

[9] Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
2005 "Ca*so Yatama versus Nicaragua*" Sentencia del 23 de junio.

[10] Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
2008 "Ca*so Castañeda Gutman versus México*" Sentencia del 6 de agosto de 2008.

En los casos interamericanos mencionados la Comisión y la Corte, respectivamente, reconocen la necesidad de mecanismos judiciales efectivos que protejan al ciudadano ante una potencial vulneración del derecho de participación por parte del Estado, de tal manera que las resoluciones de las entidades electorales en materia de participación política no estén fuera del control jurisdiccional y constitucional, y por tanto, no quede impune su accionar en caso de vulneración de este derecho fundamental que resulta inherente al estado democrático.

En el Perú, el derecho de participación política está reconocido en el inciso 17 del artículo 2°, en el artículo 31° (modificado por la Ley de reforma de la Constitución Nº 28480), y en el artículo 35° de la Constitución.

En cuanto al desarrollo legal de estos mandatos constitucionales, el Perú se caracteriza por la existencia de una legislación electoral dispersa en aproximadamente quince leyes y sus correspondientes modificatorias, normas reglamentarias vigentes y otras tantas emitidas por los organismos electorales de acuerdo a sus competencias para cada elección. Esa legislación electoral debe ser leída en conjunto con las normas sobre partidos políticos y las propias leyes orgánicas de los organismos electorales que forman parte del "Sistema Electoral".

Pero el desarrollo de este derecho de participación política no sólo pasa por su reconocimiento como derecho fundamental[11], sino también por la necesidad de proveerlo de mecanismos jurisdiccionales eficaces que permitan garantizar su ejercicio.

Así, el Tribunal Constitucional peruano, en sentencias que han tenido importantes consecuencias sociales y políticas, se ha pronunciado sobre la cuestión como en Espino Espino[12] que analizaremos a continuación, Lizana Puelles[13] o Cortez Vigo[14], entre otros muchos casos en los que la imposibilidad de revisar las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones es contradicha.

---

[11] Entre muchos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia podemos citar aquél en el que sostuvo que "... el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, 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´" (Expediente 00030-2005-AI Fundamento Jurídico 22).

[12] Tribunal constitucional (TC) 2004 "*Juan Genaro Espino Espino*" Expediente N° 2366-2003-AA/TC, Sentencia del 6 de abril.

[13] Tribunal constitucional (TC) 2005 *"Pedro Andrés Lizana Puelles"* Expediente N° 5854-2005-PA/TC, Sentencia del 8 de noviembre referida a un caso de vacancia.

[14] Tribunal constitucional (TC)

No obstante ello, el parlamento aprobó una ley en la que establecía la improcedencia de los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materiales electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad, de modo tal que "… resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno, entendiendo como materia electoral a los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce dicho órgano electoral en instancia definitiva"[15].

Inmediatamente se abrió el debate sobre la constitucionalidad de la norma y si la redacción que se le dio no atentaba contra las normas del sistema internacional de protección de derechos humanos.

El Colegio de Abogados del Callao planteó contra dicha norma una demanda de inconstitucionalidad que concluyó con la sentencia estimatoria recaída en el expediente 00007-2007-AI/TC donde se confirma la doctrina desarrollada en los casos anteriores.

Por vía jurisdiccional entonces, se deja establecido cual es el mecanismo jurisdiccional que permite la revisión de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral cuando vulneran derechos fundamentales y cuál es el ámbito de su irrevisabilidad establecida por la Constitución[16].

A pesar de la emisión de dicha sentencia, la cuestión lejos de encontrarse concluida tendrá, sin lugar a dudas, nuevos capítulos ya que el Jurado Nacional de Elecciones mantuvo durante mucho tiempo su posición y algunos actores políticos la sostienen hasta hoy.

Resta además compatibilizar este mecanismo con la naturaleza de los procesos electorales y de sus plazos perentorios ya que por un lado está en juego la estabilidad del sistema democrático[17] y por el otro la garantía de los Derechos.

2007 "*José Miguel Angel Cortez Vigo*" Expediente Nº 1078-2007-PA/TC, Sentencia del 3 de Septiembre referida a un caso de referéndum.

[15] Artículo 5 inciso 8º del Código Procesal Constitucional, Ley Nº 28237, modificado por el artículo único de la Ley Nº 28642, que se encontró vigente entre el 9 de diciembre de 2005 y el 23 de Junio del 2007 que es el día siguiente a aquel en el que se publicó la sentencia que declara su inconstitucionalidad en el Diario oficial El Peruano.

[16] "La función principal e irrenunciable de la justicia constitucional está constituida por la defensa de los derechos fundamentales de estampa clásica tutelados directamente por la Constitución, sin perjuicio de aquellos que el constituyente decidió que se configurasen como consecuencia de la actividad económica y social (derecho al trabajo y en general derechos sociales) o de los que requieren una ponderación entre la ley y los intereses públicos (derechos económicos)".
ZAGREBELSKY, Gustav
1977 *La giustizia costituzionale*, Bologna: Mulino, p. 375.

[17] Sobre el particular se ha dicho: "La fragilidad en la democracia formal, la existencia frecuente de dictaduras y regímenes de facto, así como la precariedad de los gobiernos elegidos por el pueblo, son características predominantes en nuestra inestable y azarosa historia política republicana. El sufragio popular, derecho esencial en toda sociedad democrática, ha solido

Particular relevancia adquiere determinar la interpretación que corresponde a los artículos 142° y 181° de la Constitución en cuanto disponen que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones no son revisables en sede judicial.

Ilustraremos la opinión del Tribunal Constitucional examinando el caso de Genaro Espino, que si bien no es la primera sentencia en la que se expide sobre el tema, es la que sienta las bases sobre las que se edificará el amparo electoral en nuestro país.

El derecho nacional en su conjunto y no sólo la Constitución vigente deben afrontar en materia de derechos políticos importantes retos que provienen de la evolución de las ideas y los principios tanto en el ámbito local como en el internacional.

El constitucionalismo contemporáneo asume que ya no basta con asegurar la existencia de la Constitución o reconocerla como norma superior del ordenamiento[18] sino que actualmente el verdadero reto consiste en asegurar su plena vigencia y cumplimiento.

II. Interpretación constitucional de los artículos 142° y 181°

En el anteproyecto de fecha de 18 de mayo de 1993 que sería puesto a debate ante el Congreso Constituyente Democrático, en el Capítulo correspondiente al Poder Judicial, bajo el título "Control constitucional y administrativo", se establecía que "El Poder Judicial ejerce el control constitucional o legal de cualquier resolución de la administración pública que causa estado. Para iniciar

tener en el Perú apariciones esporádicas e inciertas, algunas porque el acto electoral se vio enturbiado por burdas prácticas fraudulentas a favor de alguno de los candidatos; otras porque la amenaza de un golpe militar que pusiera fin a la institucionalidad constitucional, a menudo acompañaba al gobierno recién electo y no pocas veces llegó a convertirse en realidad".

Eguiguren Praeli, Francisco

1990 "La elección presidencial en la Constitución de 1979: Alcances y controversias en el sistema electoral vigente", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Número 4, Lima: Comisión Andina de Juristas, p. 77.

[18] Dentro de esta lógica se ha dicho que puede diferenciarse entre un concepto político de Constitución que la entiende como el ordenamiento supremo del estado informado por determinados principios que se articulan con la estructura organizativa y otro que la concibe como 'documento', vale decir como una norma del más alto rango en cuyo texto se consagran formalmente aquellos principios y estructuras"

Crisafulli, Vezio

1970 *Lezioni di diritto costituzionale*, 2º Edición, Padova: Dott. Antonio Milani, p. 88.

el proceso respectivo se debe agotar la vía administrativa. La ley determina las reglas de competencias" [19].

De lo expuesto se deduce claramente que las resoluciones emitidas por los órganos del sistema electoral, como integrantes de la administración pública, de la que su calidad de órganos constitucionales autónomos no los sustrae, estaban expresamente previstas como revisables por parte del Poder Judicial.

Sin embargo no puede dejar de anotarse que en el capítulo correspondiente al Sistema electoral del mismo anteproyecto se preveía también que "El Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia y resuelve con arreglo a Ley y los principios generales de derecho. Contra sus resoluciones finales no procede recurso alguno".

En la vigésimo novena sesión del Pleno del Congreso Constituyente Democrático llevada a cabo el 26 de Julio de 1993 se propuso como artículo 161° el siguiente: "No son revisables en sede judicial, las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura y además las de arbitraje, cuando las partes así lo acuerden"[20].

De este modo se evoluciona hacia la redacción vigente de la disposición del artículo 142° aunque no faltaron las voces que advertían sobre los riesgos que implicaba la ausencia de revisión. En la mencionada sesión se sostuvo que "liberar al Jurado Nacional de Elecciones de la posibilidad de que sus acciones sean revisables ante el Poder Judicial es sumamente grave. El Jurado Nacional de Elecciones viene haciendo de su capa un sayo. Todos sabemos las irregularidades que allí se han cometido: han declarado fundada una nulidad y a los pocos días la han retirado y han declarado válido lo que días antes declararon nulo[21]; han fallado sin sujetarse a la ley ni a lo que establecen sus dispositivos

---

[19] Puede consultarse el anteproyecto completo en:
Torres y Torres Lara, Carlos
1993 *Constitución del Perú*, Segunda Edición, Lima: Asesorandina, 2000, pp. 118 y siguientes.

[20] Diario de los Debates,
1993 Tomo II, pp. 1280 y siguientes.
Existen hasta hoy quienes se oponen al control constitucional en el ámbito del arbitraje. Al respecto se ha dicho que "si bien el control judicial constituye el control natural de validez previsto en la ley para la revisión de los laudos a través del recurso de anulación, no ocurre lo mismo con el control constitucional; pero que sin embargo, y dada la intromisión que hemos visto en las sentencias del TC sobre este particular, se ha convertido en un control adicional que ha llegado al extremo de sustituir el control judicial, desnaturalizando por completo el sentido y propósito del control judicial".
Madrid Horna, Víctor
2010 "Las idas y venidas del TC: Crasa-RBC-Austral – Arbitraje y control constitucional", *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Número 136, Enero, p.29.

[21] El relato no es muy preciso pero seguramente se refiere a la elección de Marco Antonio de Souza-Peixoto Dávila como Alcalde de Pueblo Libre el día 29 de enero de 1993 en la lista del Movimiento "Obras" con el 43.12% de los votos y que como tal fue reconocido por el Jurado

pertinentes. Por tanto, yo creo que debería haber la posibilidad de acudir, en vía de casación, ante la Corte Suprema[22] en los casos que al Jurado Nacional de Elecciones corresponden. Me parece que esto es todavía alguna garantía para evitar las extremas arbitrariedades que se están viviendo en este campo"[23].

La mayoría fujimorista sostuvo su punto de vista por medio de uno de sus más conspicuos voceros, Carlos Ferrero Costa quien señaló que "Hemos dicho siempre que queremos un Jurado Nacional de Elecciones autónomo, libre, independiente, que sus resoluciones no puedan ser entorpecidas ni por los ciudadanos ni tampoco por el Poder Judicial. Y ahora resulta que el congresista Barrón propone que se pueden interponer amparos contra el Jurado Nacional de Elecciones. ¿Qué Jurado Nacional de Elecciones vamos a tener, si todos pueden protestar contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones y llevarlas a la vía Judicial?"[24].

Martha Chavez sugirió precisar que la no revisión de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones y por el Consejo Nacional de la Magistratura "… se refiere exclusivamente a aquellas resoluciones en material electoral, en el primer caso del Jurado Nacional de Elecciones; y en el caso del Consejo Nacional de la Magistratura, en lo que se refiere a selección, sanciones, nombramiento y ascenso de jueces"[25].

Provincial en primera instancia y por el Jurado Nacional de Elecciones mediante Resolución Nº 495-93-JNE. Contra dicha resolución se interpuso un recurso de revisión, sobre el que recayó la Resolución 778-93-JNE que declaró nula su postulación, elección, proclamación y entrega de credenciales como Alcalde.

El Congresista Xavier Barrón señaló que "Ocurre que hace escasamente una semana una Sala de la Corte Superior ha declarado fundada una acción de amparo, revocando una sentencia en primera instancia referida a Pueblo Libre. Aquí el Jurado Nacional de Elecciones, actuando autónoma y libremente revocó un propio fallo que ellos mismo habían dado semanas atrás y cambió al alcalde de Pueblo Libre. Todo esto, sumado a una larga serie de fallos –si no injustos, cuando menos irregulares y sorprendentes- que ha dado este Jurado en los últimos meses, nos da a entender que quizás debamos reflexionar sobre si darle tal fuerza al Jurado Nacional de Elecciones. No me estoy refiriendo a que sea como otra instancia, como otra sede para que lo que ellos revisaron pueda ser contradicho en el Poder Judicial; es decir, que un Presidente de la República un vicepresidente, un parlamentario, un regidor o un alcalde pueda acceder al cargo mediante una resolución del jurado y que el Poder Judicial se la retire, no. Me estoy refiriendo a que la necesaria acción de amparo –porque en el Jurado hay hombres, y los hombres son corruptibles- es fundamental para garantizar la independencia y la justicia". Diario de los Debates, Tomo II, p. 1314.

[22] Ya hemos advertido que el Tribunal Constitucional sería introducido a último momento.

[23] Diario de los Debates
Intervención del Congresista Cáceres Velásquez, Roger, Tomo II, pp. 1307 y siguientes.

[24] Diario de los Debate
Ferrero Costa, Carlos, Tomo II, pp. 1314 y 1315.

[25] Diario de los Debates
Chávez Cossío de Ocampo, Martha, Tomo II, p. 1318.

Naturalmente que con esa propuesta, que efectivamente se introdujo, no se modifica en nada la esencia de la propuesta del oficialismo, cuyo vocero, ante la hipótesis de violaciones al debido proceso, señalaba que "… esta preocupación que comparto con el doctor Barrón no me lleva a pensar que pueda el Poder Judicial revisar tales resoluciones; en todo caso, ese problema tan evidente de indebida aplicación de la ley tendría que resolverse, quizás por la vía de la indemnización por errores judiciales, o quizás por la acusación constitucional contra estos miembros del Jurado Nacional de Elecciones[26]".

Ante la intransigencia del oficialismo la oposición propuso que, en lugar del proceso de amparo, se establezca una casación con competencia exclusiva de la Corte Suprema y capacidad para resolver en clave de debido proceso, es decir, "… que determine irregularidades no en el cómputo, sino en el procedimiento electoral".

La posición del gobierno no era monolítica pues no faltaba quien sostenía que resultaba imprescindible que los fallos del Jurado Nacional de Elecciones "… sean vistos ya sea como un recurso de casación o de amparo ante la Corte Suprema. Es muy importante esto, porque hay que ver que ahora estamos dando el referéndum y muchas disposiciones que antes no aparecían y en las cuales van a intervenir el Poder Judicial. Si ellos van a ser un poder independiente, no revisable. Prácticamente van a ser un superpoder para el Estado"[27].

Pero la mayoría oficialista tenía suficiente cantidad de votos como para imponer su punto de vista y la disposición fue aprobada con 61 votos a favor y es, en definitiva, la que se encuentra hasta hoy vigente y que a la letra establece que:

> *"No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces".*

La irrevisabilidad contenida en la disposición relativa al sistema electoral, que se mencionara *supra*, fue aprobada sin mayor controversia y pasó al texto definitivo como artículo 181° con la redacción vigente:

---

[26] La idea de sancionar a algún alto funcionario del Estado por medio de una acusación constitucional ya rondaba, evidentemente, por la mente de los parlamentarios fujimoristas y por lo tanto no puede sorprender su actitud cuando en 1997 decidieron defenestrar a los Magistrados del Tribunal Constitucional que tuvieron el atrevimiento de obstaculizar la re reelección presidencial.

[27] Diario de los Debates
Intervención del Congresista Amurúz Gallegos, Roger, Tomo II, p. 1317.

> *"El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno"*

Como ya dijéramos, el Congreso es un intérprete político de la Constitución y al expedir la ley orgánica del Jurado Nacional de Elecciones entiende las cláusulas constitucionales que acabamos de glosar en un sentido literal, y por lo tanto no sorprende que el artículo 23° de la citada ley disponga que:

> *"El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve oportunamente, con arreglo a la Constitución Política del Perú, las leyes y los principios generales del derecho. En materias electorales, de referéndum o de otras consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva y no son susceptibles de revisión. Contra ellas no procede recurso ni acción de garantía alguna"*.

Esa paridad en la interpretación tiene que ver también con que dicha ley orgánica fue aprobada por el mismo cuerpo que aprobó el texto constitucional, es decir el Congreso Constituyente Democrático que como es de conocimiento público tuvo también facultades legislativas ordinarias.

Hacia 1997, el Congreso elegido en el proceso de 1995, aprobó la ley orgánica de elecciones cuyo artículo 36 establece a la letra que:

> *"Contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral, no procede recurso alguno ni acción de garantía ni acción ante el Tribunal Constitucional"*.

Visto que la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones fue aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, la Ley Orgánica de elecciones por el Congreso que le siguió a aquel y el Código Procesal Constitucional por el Congreso ordinario elegido para cubrir el período 2001-2006, y considerando que todas las normas mantienen una interpretación uniforme del tema, podemos concluir que el parlamento ha mantenido una línea interpretativa literal que los conduce a sostener que no cabe revisión alguna de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral[28].

Como ya se señalara el proceso interpretativo comienza a desarrollarse a partir del texto de la disposición, pero ello no significa que la función del

[28] Más arriba hemos señalado el intenso debate que motivara la aprobación de la ley 28642 que más tarde sería declarada inconstitucional como se analizará en el capítulo pertinente.

operador del derecho se agote en un mero encasillamiento del supuesto fáctico, y mucho menos, si dicho proceso conduce a afectar el contenido constitucionalmente protegido de otros derechos fundamentales.

Cabe poner de relieve que el texto constitucional no constituye un conjunto informe de normas individuales cuyas eventuales contradicciones puedan resolverse suprimiendo el contenido de una o la otra.

Queda claro que el de la naturaleza de las normas constitucionales es un tema importante ya que de allí derivan las particularidades de su interpretación. La Constitución es una norma jurídica suprema cuya estructura no supone habitualmente la tipificación de una conducta para anudarle determinadas consecuencias jurídicas, es más bien el cauce, el marco, el límite a la actuación de particulares y poderes públicos entre los que destaca el legislador[29].

En doctrina, se ha destacado el carácter abierto de muchos de los preceptos de la Constitución que suelen reflejar una cierta ambigüedad, por el empleo de fórmulas abiertas que si bien existen en otros ámbitos del derecho su frecuencia en la norma constitucional es más acusada[30].

Como ya se señalara, el Tribunal Constitucional no es el único intérprete de la Constitución, pero su calidad de "órgano de control" supone que sea quien tenga la última palabra en la materia. El efecto vinculante de lo decidido se regirá por las reglas del precedente no sólo porque el artículo VII impone unas determinadas condiciones a las que ya nos refiriéramos sino además porque el propio Tribunal Constitucional ha fijado los requisitos para expedir un precedente.

Por otra parte añadiremos, aunque parezca ocioso, que la interpretación de las disposiciones constitucionales no puede realizarse aisladamente sino dentro del contexto de la Carta, es decir, que el hermeneuta debe realizar una interpretación integral de la Constitución y no de una parte o de un sector de la misma.

En doctrina se ha señalado:

> *"... el artículo 142° de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces, limitación que no alcanza al Tribunal Constitucional por las razones antes mencionadas, el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan convertirlo en*

[29] Un desarrollo de la cuestión puede verse en:
Pérez Royo, Javier
2000 *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Marcial Pons, 7º Edición, Madrid, pp. 136 y siguientes.

[30] Díaz Revorio, Francisco Javier
2004 *La "Constitución abierta" y su interpretación*, Op. Cit., p. 240.

un ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento. En el fondo, no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo que la misma Carta les impone"[31].

Por nuestra parte entendemos que cuando la citada disposición señala que no son revisables, quiere decir que no existen medios impugnatorios contra lo resuelto en última instancia por el órgano jurisdiccional del sistema electoral. Efectivamente, en materia electoral, el Jurado Nacional de Elecciones tiene la última palabra y sus decisiones no son revisables.

Lo dicho vale también para el Consejo Nacional de la Magistratura cuando se pronuncia en materia de destitución y ratificación de los jueces ya que contra sus decisiones no existe medio impugnatorio alguno.Las resoluciones de dichos órganos, como surge de lo dicho y de lo preceptuado por el artículo 181° de la Constitución, "son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables", es decir en su ámbito de competencia tienen la última palabra sin mencionar que contra sus decisiones "no procede recurso alguno".

Las resoluciones dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la República en materia de aplicación de la ley son idénticamente insusceptibles de ser recurridas por medio alguno, lo resuelto es inmutable y constituye cosa juzgada.

Por último anotaremos que los laudos arbitrales son definitivos para las partes que participaron en el arbitraje. En doctrina se sostiene que el único tipo de acción para "atacar" un laudo es el recurso de nulidad, sin descartar la petición de corrección, interpretación y adición del laudo, la remisión del asunto al tribunal arbitral y la eventual oposición a la ejecución del laudo, aunque estos últimos no son en puridad recursos[32].

Pero lo expuesto no tiene absolutamente nada que ver con la admisibilidad del amparo ya que si cualquiera de los procedimientos indicados (administrativo, judicial o arbitral) no ha sido regular, por vulnerar la tutela procesal efectiva o cualquiera de los aspectos del debido proceso, entonces es ineludible la existencia de un proceso efectivo y rápido para restablecer al titular en el goce de los derechos fundamentales perturbados.

---

[31] Ledesma Narváez, Marianella
2005 *La Constitución comentada – Análisis artículo por artículo*, Tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 661 y siguientes.

[32] Al respecto puede verse:
Bañuelos Rizo, Vicente
2010 *Arbitraje comercial internacional – Comentarios a la ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional*, México DF: Limusa, pp. 413 y siguientes.

Las resoluciones emitidas por dichos órganos jurisdiccionales tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, a *contrario sensu*, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional efectivo.

Adicionalmente, y a tenor de lo establecido en el artículo 181° citado, debemos anotar que los procesos constitucionales no constituyen un recurso ya que por tal cosa entendemos una articulación en el seno de un proceso mientras que el amparo en nuestro sistema está diseñado con autonomía por la Constitución y regulado específicamente por el Código Procesal Constitucional.

Como veremos más adelante el Tribunal Constitucional ha reafirmado en varios pronunciamientos que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son revisables en la medida que hubieran vulnerado derechos constitucionales, precisando las pautas de observancia obligatoria en materia electoral[33].

Por último adelantaremos que la lógica del estado social y democrático de derecho no admite la existencia de ámbitos exentos de control donde puedan vulnerarse derechos fundamentales sin remedio.

La lógica de la admisión de los procesos constitucionales frente a la eventual violación de derechos fundamentales se ha recogido aún en contextos altamente conflictivos como el que se presenta en el caso Boumediene et al. V. Bush, President of the United States et al., un Habeas Corpus planteado a favor de los detenidos por terrorismo en Guantánamo.

---

[33] Entre dichas pautas, desarrolladas en el caso Espino que se analizará más adelante, se encuentran las siguientes: i) los pronunciamientos sobre tachas de candidatos a gobiernos locales, emitidos por los Jurados Electorales Especiales, no pueden ser definitivos, sino que debe garantizarse la posibilidad de ser recurridos debido a que se trata de un derecho fundamental de gran valía como es el de participación política; ii) la jurisprudencia reiterada y uniforme del máximo órgano electoral, el JNE, es de obligatoria observancia para todas las instancias que imparten justicia electoral; iii) los procesos penales no impiden a las personas participar de elecciones –conforme a la jurisprudencia del JNE-, pues cuando la ley limita la candidatura de personas que se encuentran con procesos endientes debe atenderse al principio de la presunción de inocencia.

Por su parte los miembros, funcionarios y asesores del Jurado Nacional de Elecciones, con anterioridad a emitir la Resolución 331-2008-JNE, no dudaban en criticar esta interpretación. Por ejemplo han declarado: "¿Qué hacemos respetamos la Constitución o respetamos la interpretación abarcadora, invasiva que tiene el Tribunal Constitucional? La posición institucional del Jurado Nacional de Elecciones ha sido respetar y hacer respetar la Constitución".

Programa Cuarto Poder

2007 Entrevista a Juan Falconí, Secretario General del Jurado Nacional de Elecciones disponible en http://www.youtube.com/watch?v=Da17e5_jkFA&feature=related al 2 de noviembre de 2008.

En dicho caso Lakhdar Boumediene, un ciudadano argelino detenido en la base militar que los Estados Unidos han mantenido en Guantánamo, Cuba, y clasificado como enemigo combatiente, solicitó un Habeas Corpus que la corte de distrito rechazó *in limine litis* invocando dos fundamentos: 1) El acta de tratamiento de detenidos del año 2005 que establecía que "… ninguna Corte, Sala o Juez tendrá jurisdicción para admitir o resolver un Habeas hábeas entablado por un extranjero detenido en Guantánamo"; y 2) La consecuente modificación introducida por el Parlamento en el Acta de Comisiones Militares que aplica a las peticiones pendientes las reglas de la anterior. La Corte de Apelación afirmó que carecía de jurisdicción.

La Corte Suprema revocó la decisión comprendiendo que tal suspensión del Habeas Corpus resultaba inconstitucional pues los detenidos han carecido de medios adecuados para aportar evidencia favorable a su causa y carecieron también de asistencia para conocer la naturaleza de los cargos que se formularon contra ellos[34].

Además de lo dicho, señalaremos que si es posible restablecer a la persona en el goce de derechos fundamentales lesionados o amenazados por la máxima instancia de uno de los poderes del Estado como la Corte Suprema (interpretación a contrario del inciso 2 del artículo 200° de la Constitución). No se explica por qué razón no habrían de poder revisarse las resoluciones del órgano electoral, o del encargado de la ratificación de los jueces, cuando ellas sean contrarias a la Constitución por vulnerar derechos fundamentales.

En doctrina se afirma lo siguiente:

Independientemente de la regulación que cada estado haga al respecto del órgano supremo electoral, este debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstas en la Convención Americana, así como las establecidas en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Este control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tiene amplias atribuciones que exceden las facultades administrativas y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral[35].

---

[34] El texto completo de la sentencia puede encontrarse en http://www.law.cornell.edu/supct/html/06-1195.ZS.html al 16 de Septiembre del 2008.

[35] Rodríguez Santander, Roger
2007 "El precedente constitucional en el Perú", en *Estudios al precedente constitucional*, Lima: Palestra, p. 73.

La del control de regularidad de las decisiones fue, evidentemente, la lógica que inspiró al legislador del Código Procesal Constitucional, ya que habilitó interpretaciones a contrario en los incisos 7 y 8 del artículo 5º.

Como ya se ha visto, en relación con el inciso 8º cambiaría más tarde de criterio apegándose a una interpretación literal del artículo 142° que sería declarada inconstitucional en el expediente 00007-2007-AI que se analizará en particular más adelante.

Es decir que con posterioridad a dicha resolución el hecho de que se trate de una resolución del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral ya no constituye causal de improcedencia, pues la declaración de inconstitucionalidad de una disposición no restablece la vigencia de la, o las, que hubiese derogado.

La ley fue declarada inconstitucional pero cabría preguntarse que sucedería si la misma interpretación literal fuese aprobada por el constituyente constituido mediante el procedimiento previsto en el artículo 206° para la reforma de la Constitución.

Entendemos que el Tribunal Constitucional no podría revisarla[36] aunque debería tenerse presente que existiendo pronunciamientos de la Comisión Interamericana en el Caso Higuchi y de la Corte Interamericana en el Caso Yatama que ya estudiaran denegar un amparo invocando tal norma de la Constitución sería violatorio de la Convención Americana de Derechos Humanos[37] y por lo tanto supondría que el estado peruano incurra, una vez más, en responsabilidad internacional.

III. Análisis del caso Espino Espino (Expediente 02366-2003-AA)

El señor Juan Genaro Espino Espino fue inscrito como candidato a la Alcaldía Distrital de San Juan Bautista, provincia y departamento de Ica, en la lista del Partido de Reconstrucción Democrática. Dicha candidatura fue tachada

[36] Sin embargo lo más probable en ese supuesto es que el Tribunal Constitucional entre a la revisión pronunciándose sobre el fondo del asunto y declarando, eventualmente, la inconstitucionalidad de la nueva disposición. Recordemos que en casos anteriores se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de leyes de reforma de la Constitución como la que cerró el régimen de la cédula viva. Un análisis de las diferentes posiciones asumidas por la doctrina en materia de revisión constitucional de las leyes de reforma de la Constitución puede verse: Haro, Ricardo
2008 "En el sistema jurídico argentino, ¿Es controlable jurisdiccionalmente una reforma constitucional?", en *Ponencias desarrolladas – IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo II, Arequipa: Adrus, pp. 815 y siguientes.

[37] Téngase presente que los estados signatarios de un tratado internacional sobre Derechos Humanos no pueden invocar razones de orden interno para dejar de cumplir con sus obligaciones internacionales.

con fundamento en el hecho de que tenía, en el momento de su postulación, un proceso penal pendiente con la Municipalidad a la que postulaba por el delito de concusión, resultando por tanto, de aplicación el artículo 8°, parágrafo 8.1), inciso c) de la Ley Nº 26864, modificada por la Ley Nº 27734[38].

El Juzgado Electoral Especial de Ica entendió que se encontraba configurada la causal y, contra tal resolución, se interpuso recurso de apelación que fue declarado improcedente por considerar que el Juzgado Electoral Especial es la única y definitiva instancia para resolver tachas de candidatos a Concejos Distritales que no fueran de Lima. Ante tal circunstancia, el personero de la lista del recurrente interpuso ante el Jurado Nacional de Elecciones queja por denegatoria de recurso de apelación, la cual fue declarada infundada, bajo la consideración de que el Jurado Electoral Especial es la última instancia en materia de tachas contra candidatos a alcaldes o regidores; que, posteriormente, interpuso ante el Jurado Electoral Especial recurso de nulidad atípico por uniformidad de jurisprudencia emitida por el Jurado Nacional de Elecciones, el cual fue nuevamente declarado improcedente; y que, paralelamente a todos estos reclamos, el organismo electoral emplazado dictó una resolución mediante la cual resolvió inscribir en forma definitiva la lista de candidatos al Concejo Municipal Distrital, excluyendo al recurrente.

Conviene destacar que la ley de elecciones municipales establecía en su artículo 17° que "Las tachas contra los candidatos a Alcaldes y Regidores de los Consejos Municipales Distritales son resueltas en única instancia por los Jurados Electorales Especiales", y el artículo 18° completaba estableciendo que "las tachas contra los candidatos a Alcaldes y Regidores de los Concejos Municipales Provinciales y de los Concejos Distritales del área Metropolitana de Lima son resueltas por los Jurados Electorales Especiales conforme al artículo precedente".

Es decir que si una persona era candidata a Alcalde o Regidor de un distrito que no sea de la capital su caso se resolvía en instancia única, pero si se trataba de un distrito de Lima entonces sí procedía la apelación ante el Jurado Nacional de Elecciones, otorgando un tratamiento evidentemente discriminatorio a los candidatos distritales.

[38] Constituye impedimento para postular encontrarse comprendido en los incisos 7), 8) y 9) del Artículo 23 de la Ley Orgánica de Municipalidades entonces vigente que era la 23853. Dicha norma establecía que: "No pueden desempeñar los cargos de Alcalde y Regidores:… 7.- Las personas naturales y los representantes legales de las sociedades que tengan interés en las concesiones o en los contratos otorgados o en trámite de otorgamiento por la Municipalidad; 8.- Los deudores por obligaciones provenientes de contratos o concesiones y los que tengan proceso judicial pendientes con las respectivas municipalidades, así como los que hubieran otorgado fianza u otra garantía para asegurar el cumplimiento de alguna obligación en favor de aquellas; 9.- Los que hayan sufrido condena por delito doloso".

El proceso electoral se llevó a cabo el 17 de noviembre del 2002 y como se ha dicho la sentencia se estaba emitiendo casi 3 años más tarde cuando se había producido irremediablemente la sustracción de la materia lo que así se declara en el fundamento jurídico segundo abriendo el cauce para la declaración de improcedencia con la que concluiría el caso.

El Tribunal Constitucional señala que sin perjuicio de lo expuesto considera indispensable realizar algunas precisiones en torno a la norma que cabe deducir de las disposiciones de los artículos 142° y 181° de la Constitución. Al respecto señaló que:

> *"... no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos electorales. En efecto, aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo"* (Fundamento Jurídico 4).

Como podrá advertirse al señalar que no puede admitirse la existencia de zonas exentas de control constitucional recurre a una línea de razonamiento planteada ya en Marbury vs. Madison, en aquel caso como fundamento del control difuso y en el presente como pauta interpretativa.

Es razonable proscribir una interpretación que conduzca a constitucionalizar la posibilidad de que se violen derechos sin que exista la posibilidad de acudir a la justicia para que restablezca las cosas al estado anterior a la violación.

El hecho de que el Jurado Nacional de Elecciones se encuentre diseñado como una especie de corte suprema en materia electoral, como ya se planteara, no impide que sus resoluciones sean objeto de revisión en la medida que vulneren derechos fundamentales, como sucede con las de la Corte Suprema de Justicia de la República que es la cabeza del Poder Judicial.

Tal revisión constitucional no implica desconocer su carácter de última y definitiva instancia ya que la función del Juez constitucional no consiste en revisar el fondo de la materia debatida sino que se limitará, en su caso, a examinar si se produjeron vulneraciones a derechos fundamentales y en su caso a restablecer al afectado en el goce de sus derechos.

En cuanto al fondo del asunto el Tribunal Constitucional establece que las resoluciones de los Jurados Electorales Especiales no deben entenderse como definitivas e insusceptibles de ser recurridas por dos razones, en primer lugar porque se encuentran en juego los derechos de participación ciudadana, y en segundo término, porque todo pronunciamiento que afecte derechos fundamentales necesariamente debe contar con la posibilidad de ser recurrido ante una autoridad diferente de quien lo tomó[39], como garantía de instancia plural o expresión de un auténtico proceso debido.

Cabría preguntarse ¿Cuál sería la conducta que debió adoptar el Jurado Especial y más tarde el nacional? Entendemos que lo que el Tribunal Constitucional está exigiendo es que en virtud de las facultades de control difuso que se le han reconocido al órgano, circunstancia sobre la que ya nos hemos pronunciado más arriba, inaplique la ley inconstitucional concediendo, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto.

Se advierte, como curiosidad, que el Doctor Javier Alva Orlandini, que suscribe la sentencia de autos fue promotor de la iniciativa legislativa 3010[40] que daría lugar a la promulgación de las disposiciones cuestionadas.

Por nuestra parte entendemos que es perfectamente posible que en los seis años que media entre una cosa y la otra puede perfectamente haber cambiado de opinión sin mencionar que la perspectiva del parlamentario (que requiere de consensos políticos para la aprobación de la norma) es completamente diferente a la del Magistrado constitucional que examina la aplicación de la misma a un caso concreto.

La sentencia concluye declarando la sustracción de la materia pero entendiendo que podría haber una conducta delictiva en los miembros del Jurado Electoral Especial remite copias de lo actuado al Ministerio Público para que actúe de conformidad con sus facultades.

IV. Conclusiones y propuestas

Sobre nuestra materia se ha desarrollado una controversia con ribetes pugilísticos de graves consecuencias sociales e institucionales. En el contexto

[39] De este modo aunque no explícitamente se resuelve que el "Recurso Extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva" introducido por el Jurado Nacional de Elecciones para habilitar una revisión de sus resoluciones llevada a cabo por el propio órgano. El Tribunal Constitucional considera que debe existir revisión por un órgano distinto y compartimos este punto de vista.

[40] El proyecto es suscrito por parlamentarios de distintos grupos como Chirinos Soto, Cáceres Velásquez, Del Castillo Gálvez, Muñiz Ziches, entre otros. La autógrafa sería aprobada en la sesión del 17 de septiembre de 1997 y promulgada el 14 de octubre del mismo año.

interpretativo descrito debemos encontrar mecanismos que armonicen el respeto de los derechos y la estabilidad del sistema democrático.

Los procesos de integración regional y la evolución de los sistemas de protección de los Derechos Humanos han impuesto una serie de parámetros vinculantes para nuestro sistema legal que exigen la efectiva vigencia de un recurso eficiente y rápido para la tutela de los derechos en el ámbito de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que ha sido diseñado por la Constitución vigente como una especie de Corte Suprema especializada en materia electoral.

No se encuentra incorporado en la estructura del Poder Judicial como tampoco lo está el Tribunal Constitucional sino que constituyen órganos constitucionales autónomos cuya independencia se encuentra garantizada. El principio de la separación de funciones no se institucionaliza como un criterio de especialización, vinculado a la búsqueda de la eficiencia, sino que pretende garantizar y proteger la libertad de los individuos frente a las eventuales arbitrariedades del poder.

Si creemos que el Jurado debe concentrarse en la tarea jurisdiccional eliminando de su ámbito el manejo del Registro de Organizaciones Políticas, la fiscalización y en general las demás funciones administrativas a su cargo no es sólo para que haga mejor lo que debe hacer sino para que no resuelva en procedimientos en los que conoció como órgano administrativo y adelantara opinión.

Aclaremos este extremo que suele generar confusión. Cuando un asunto pasa de la sede administrativa (en la que la autoridad y los administrados no mantuvieron una relación de juez y parte sino de mera sujeción administrativa) a la sede jurisdiccional la autoridad administrativa se convierte en parte demandada y los administrados en demandantes.

Queda claro que si, por ejemplo, la Oficina de Registro de Organizaciones Políticas declara improcedente el cambio de denominación de una agrupación ésta, por medio de su apoderado, podría interponer recurso de apelación y la resolución definitiva será emitida por el pleno del Jurado en un proceso donde se demanda a una oficina del mismo órgano llamado por la ley a resolver.

Como se ha señalado "… al ser en un momento autoridad administrativa (OROP) y en otro autoridad jurisdiccional (Pleno del JNE), respecto a un mismo asunto (el cambio de denominación), resulta por demás evidente que el JNE se convierte en Juez de un asunto en el que también es parte"[41].

Las coyunturas electorales son siempre delicadas y la primera reacción de los derrotados es, muy frecuentemente, cuestionar a los órganos del sistema

[41] Salcedo Cuadros, Carlo Magno
2004 "El modelo de administración electoral según la Constitución de 1993: la reforma deformada", en *La Administración Electoral en el Perú. Funciones, competencias y organismos electorales*, Lima: Oficina Nacional de Procesos Electorales, p. 30.

electoral acusando fraudes reales o imaginarios[42] razón adicional para que puedan tener acceso a la revisión de las resoluciones emitidas por los órganos pertinentes.

Tras múltiples pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Jurado Nacional de Elecciones el más grave de todos los impasses se supera con la convocatoria a referéndum, pero la situación conflictiva no acaba de procesarse y mucho menos de superarse, ya que los argumentos que se esgrimen en la resolución 331–2008– JNE podrían dar lugar a futuros incidentes de idéntico tenor.

Hay que tener en cuenta que el entonces Presidente del órgano electoral (y actualmente Vocal en ejercicio de la Corte Suprema) en los fundamentos de su voto en discordia sostiene:

> *"En otras realidades constitucionales como la española, italiana o colombiana, no existen normas expresas como las contenidas en los artículos 142° y 181° de nuestra Carta Política que otorgan definitividad y firmeza a las decisiones tomadas en sede electoral. Ello obedece a que en dichos países, la función electoral del Estado se realiza con la participación del Poder Legislativo (en el nombramiento de autoridades electorales), el Ministerio del Interior, los Gobiernos Locales, etc. Por ello, en estas realidades, distintas a la peruana, las decisiones electorales tienen carácter administrativo y requieren la intervención de la jurisdicción ordinaria o constitucional en su revisión. Tales peligros fueron desterrados del modelo peruano desde 1931 que estableció jurisdicción electoral para el JNE. Adoptar, para el caso peruano, los modelos de los mencionados países, requeriría de una reforma constitucional"* (Fundamento 45 del Voto en Discordia del Doctor Enrique Mendoza Ramírez).

Si a ello adicionamos la naturaleza de los argumentos desarrollados por el Magistrado José Luis Velarde Urdanivia en los fundamentos de su voto y las posiciones de los asesores de la Dirección General de Normatividad y Asuntos

[42] Respecto de las elecciones del año 2000 se ha discutido mucho sobre la validez de los resultados de la votación y se ha hablado insistente y generalizadamente de fraude. En opinión del politólogo Martín Tanaka "ello es simplemente erróneo. Esto no significa negar que el proceso electoral estuvo lleno de irregularidades, pues es de conocimiento público que se trató de unas elecciones que asumieron las características de un proceso organizado por un régimen autoritario […]. A pesar de esto, los resultados no difieren sustancialmente de los conteos realizados por instituciones de observación electoral de incuestionable independencia, como Transparencia. Es decir, el día 9 de abril no se cometió un fraude grosero, aunque en general el conjunto del proceso haya estado viciado". Al respecto puede verse:
TANAKA, Martín
2001 "¿Crónica de una muerte anunciada? Determinismo, voluntarismo, actores y poderes estructurales en el Perú, 1980 – 2000", en *Lecciones del final del Fujimorismo – La legitimidad presidencial y la acción política*, MARCUS-DELGADO, Jane y Martín TANAKA, Lima: Instituto de Estudios Peruanos, p. 54 y siguientes.

Jurídicos que revelan las entrevistas realizadas para este trabajo podemos concluir en que el futuro no estará exento de tensiones.

Debemos añadir, desde el plano meramente formal, que la impugnación de resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral como causal de improcedencia ha desaparecido y se mantiene, en consecuencia, abierta la vía del amparo respecto de ellas, pero no acaba de alcanzarse una solución adecuada cuando nos encontramos en el seno de un proceso electoral.

Al respecto se ha señalado que "… en todo sistema electoral se debe asegurar un procedimiento que permita resolver las contiendas de carácter electoral que se produzcan al interior del sistema. Este mecanismo debe permitir que estas contiendas se resuelvan en forma rápida y oportuna para hacer posible la viabilidad y continuidad del proceso electoral"[43]Si tenemos presente que contra lo resuelto por el Jurado Electoral Especial debe interponerse recurso de apelación[44], que se agota la vía con la resolución del Jurado Nacional, que el afectado cuenta con 60 días para interponer la demanda de amparo, que esta debe continuar su trámite en primera instancia hasta la sentencia o la resolución que declara su improcedencia[45], que contra ella procede el recurso de apelación y tras la vista se dictará sentencia, que en caso de que la resolución fuese denegatoria procederá todavía el Recurso de Agravio Constitucional debiendo remitirse el expediente al Tribunal Constitucional, una cosa que en Lima puede suceder en un plazo más o menos breve pero que para expedientes tramitados en provincias suele ser un largo y agónico peregrinar, que tras calificar el recurso se fija vista para la vista de la causa y que recién después de todo ello se dictará sentencia definitiva quedará claro que no existe un proceso que permita resolver las vulneraciones dentro de los apretados plazos que son propios de los procesos electorales.

Frente a este complejo panorama el Tribunal Constitucional propone alguna línea de alternativas para optimizar el respeto de los derechos en materia electoral. Señala los siguientes puntos:

---

[43] Martínez Bernal
1995 "Comentario - Nuevo Sistema Electoral Peruano y Elecciones Municipales", En: *Análisis Internacional*, Nº 10, Lima, Mayo – Agosto, p. 22.

[44] Recuérdese que el amparo contra resoluciones sólo procede cuando la misma se encuentre firme, es decir se hayan agotado los medios impugnatorios que habilita el ordenamiento jurídico y además no haya sido consentida.

[45] El artículo 1º de la ley 28946 que modifica, entre otros, el artículo 10º del Código Procesal Constitucional viene a empeorar este sombrío panorama al disponer que las excepciones y defensas previas ya no se resuelven directamente en la sentencia sino que como paso previo y con traslado a la contraparte se dicta un auto de saneamiento procesal.

- Reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral.
- Que las demandas de amparo contra una decisión del JNE en materia electoral sean presentadas ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumarísimo, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio.
- Sancionar a aquellos jueces constitucionales que, contraviniendo el artículo 13º del Código Procesal Constitucional, no concedan trámite preferente a las demandas de amparo interpuestas contra las resoluciones del JNE en materia electoral.
- Los plazos deben ser perentorios a efectos de no crear incertidumbre en las decisiones electorales y asegurar la confianza en el sistema de control jurisdiccional constitucional.

La propuesta es interesante y tiene el mérito de pretender buscar alternativas de solución a la complejidad que expusiéramos.

El primer paso para optimizar el amparo electoral, que como viéramos no cumple su función de tutela, consiste en reducir el plazo de prescripción; pero ello además requiere complementarse con una actitud diligente por parte de los demandantes que deben interponer su demanda a la brevedad.

Efectivamente, abreviar el plazo para la presentación de la demanda nos parece adecuado pero se requiere además una actuación diligente por parte de los operadores del sistema de justicia constitucional.

Al respecto el Tribunal Constitucional tiene resuelto que "… el proceso de amparo no puede convertirse en sustituto, ni de la manifiesta falta de diligencia de las partes al momento de presentar sus alegatos o recursos en los procesos judiciales, ni tampoco servir de estrategia judicial a disposición de los abogados para pretender dilatar la satisfacción de justicia que deben brindar los órganos judiciales"[46].

Por otra parte el Código Procesal Constitucional deja muy claramente establecido que si la sustracción de la materia se produce por responsabilidad del demandante entonces la demanda deviene en improcedente conforme surge del inciso 5º del artículo 5 e incluso del segundo párrafo del artículo primero.

En relación con la segunda propuesta el Doctor Javier Alva Orlandini, ex Presidente del Tribunal Constitucional, sostiene que a fin de operativizar

[46] Tribunal Constitucional (TC)
"Fundamento Jurídico 4", en *Expediente 04210-2007-AA-Resolución*.

el amparo en materia electoral se debería modificar el Código Procesal Constitucional a fin de que la demanda se presente ante la Corte Suprema con la posibilidad de interponer Recurso de Agravio Constitucional a fin de que el supremo intérprete de la Constitución se pronuncie en definitiva[47].

Esta interesante alternativa tiene como debilidad el hecho de que los litigantes del interior del Perú tendrán que tramitar todo su proceso en Lima una vez que se haya interpuesto la apelación de la resolución del Jurado Electoral Especial. Por otra parte no faltan voces que señalan que el hecho de que se tramite ante la Corte Suprema no es garantía de celeridad en virtud de su reconocida morosidad.

Otra posibilidad, respecto de la que el Doctor Alva Orlandini manifestó estar de acuerdo, consistiría en que los amparos en esta materia específica sean conocidos en instancia única por el Tribunal Constitucional, ya que, si el supremo intérprete de la Constitución tiene facultades para declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley no sería impensable que en una eventual reforma de la Constitución pueda preverse la posibilidad de que resuelva en una sola instancia sobre la eventual vulneración a derechos fundamentales en el ámbito electoral[48].

Esta lógica no sería absolutamente novedosa ya que existen ordenamientos donde el amparo funciona de este modo, a título ejemplificativo podemos poner de relieve que el artículo 48° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español[49] establece que "El conocimiento de los recursos de amparo constitucional corresponde a las salas del Tribunal Constitucional".

Sin embargo, como advierte Fernández Segado, el recurso de amparo presenta un carácter subsidiario, lo que quiere decir que requiere que se haya abordado previamente por un órgano jurisdiccional ordinario la posible violación del derecho o libertad susceptible de amparo. Es al cumplimiento de esa exigencia procesal a lo que responde la determinación del artículo 49.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, que considera cumplido ese trámite procesal con la interposición y subsiguiente fallo del recurso a que se refiere el apartado primero del mismo artículo[50].

---

[47] Sar Suarez, Omar
2008 Entrevista a Javier Alva Orlandini, Octubre 7.

[48] Sar Suarez, Omar
2008 Entrevista a Javier Alva Orlandini, Octubre 7.

[49] Ley Orgánica 2/1979 del 3 de Octubre de 1979 publicada en el Boletín Oficial del Estado número 239 del 5 de Octubre de 1979.

[50] Para que pueda entenderse debidamente agotada la vía judicial procedente el Tribunal Constitucional español ha exigido: "Que en el procedimiento previo se haya planteado, por quien quiera después deducir su queja ante el Alto Tribunal, la lesión de derechos que pudiera motivarla, si bien es cierto que el respeto por el recurrente de esta exigencia procesal no

Es cierto que en aquel caso no se refiere exclusivamente a la materia electoral, sino al conjunto de los derechos tutelables por tal medio, pero ello no obsta que no pueda aplicarse esta modalidad en nuestro caso siempre que se ejecuten la reformas constitucionales y legales que son necesarias.

Entendemos que la única forma de brindar efectividad al amparo electoral radica en exigir celeridad al Jurado Nacional de Elecciones y disponer un trámite en instancia única para el amparo, previendo la expresa imposición de costas y costos del proceso para quien active este mecanismo de un modo innecesario.

Las últimas dos cuestiones que se mencionan como propuesta son de orden fáctico, y se encuentran en manos de los jueces llamados a conocer en materia de procesos de amparo.

Castillo Córdova entiende que cuando la violación es manifiesta, en el sentido que no requiere amplitud probatoria, y se refiere al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental entonces procede el amparo, pero si se requiriera actuar prueba:

> *"... se haría preciso crear un procedimiento administrativo especialmente pensado para atender las violaciones de derechos fundamentales no manifiestas cometidas a través de resoluciones (jurisdiccionales o no jurisdiccionales) del Jurado Nacional de Elecciones, caracterizado –entre otras cosas- por su sumariedad y eficacia. Pero ocurre que si se crea un procedimiento de esta naturaleza, entonces, lo más probable es que el amparo no proceda en ningún caso debido a que en la vía judicial existirá una vía judicial específica idénticamente satisfactoria que el amparo, configurándose así la causal de improcedencia prevista en el artículo 5.2 CPConst"*[51].

Nos permitimos disentir respecto de esta propuesta que presenta el respetado profesor de Piura, esencialmente porque el Jurado Nacional de Elecciones

---

puede ser medido con arreglo a un simple criterio formalista o literal, pues lo sustantivo para considerar abierto el proceso constitucional es que se haya dado ocasión a los juzgadores ordinarios para apreciar si el acto impugnado lesionó o no el derecho que luego se invoca en el cauce de amparo constitucional, cuyo carácter subsidiario se habrá de entender, así, respetado, cuando, aun sin cita explícita del derecho fundamental, el procedimiento jurisdiccional ordinario haya discurrido por una vía inequívocamente dispuesta por la Ley en garantía de los derechos para los que después se busca amparo" (Expediente 59/1987, del 19 de mayo, Fundamento Jurídico 1).

Un amplio desarrollo del tema puede verse en:

Fernandez Segado, Francisco

1993 "Los recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos en el ordenamiento electoral español", En: *Justicia Electoral – Revista del Tribunal Federal Electoral*, Volumen II, Nº 3, México, pp. 74 y siguientes.

[51] Castillo Córdova, Luis

2008 *El Tribunal Constitucional y su dinámica constitucional*, Op. Cit., p. 316.

no es un órgano administrativo sino uno con rango constitucional y autonomía funcional garantizada por su ley orgánica.

Terminaremos diciendo que, desde nuestro punto de vista, sólo respetando la legalidad[52] y los precedentes jurisprudenciales alcanzaremos el nivel de estabilidad jurídica y predictibilidad de las resoluciones judiciales que requiere un país en vías de desarrollo que quiera mirar el futuro con alguna cuota de fundado optimismo.

* * * * *

[52] Por último anotaremos que la Constitución, en lugar de la abstracta legalidad propia del iluminismo donde la arbitrariedad de la norma viene excluida por su rango, presupone un concepto diferente de legalidad constitucionalmente predeterminado conforme con las exigencias del Estado social que impone al legislador la observancia de principios bacilares como los de razonabilidad, coherencia, claridad y 'sistematicidad' que deben informar su tarea. Al respecto puede consultarse:
PEGORARO, Lucio
1988 *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano: Dott. Antonio Giuffre, pp. 37 y siguientes.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

GIANCARLO E. CRESCI VASSALLO*

SUMARIO: I. *Introducción y Consideraciones Previas.* **II.** *Naturaleza Jurídica de la Constitución y el rol del Tribunal Constitucional.* **III.** *Los principios de interpretación constitucional.* **IV.** *La interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución.* **V.** *La interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos como derecho interno.* **VI.** *Los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales.* **VII.** *Consideraciones Finales.*

I. Introducción y Consideraciones Previas

Estando en una época electoral para elegir a las autoridades locales y regionales, estando también *ad-portas* de un proceso electoral de cara a las elecciones presidenciales del año 2,011 y, con vista a la próxima aparición de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Nueva Época*, medio oficial del Tribunal Constitucional, cuyo eje central para el primer número lo constituye el tema *Democracia Representativa y Derecho Electoral*, no parece reiterativo dar a conocer a la opinión pública en general, y jurídica, en particular, cuáles son las razones que legitiman al Supremo Intérprete de la Constitución para someter

* Abogado por la Universidad de Lima, con estudios de Justicia Constitucional por el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

a control, esto es, revisar una resolución expedida por el Jurado Nacional de Elecciones que pueda, eventualmente, resultar vulneratoria de los derechos fundamentales. Ello es así en la medida que dicho órgano electoral defiende la posición de interpretar literalmente y de manera aislada los artículos 142º y 181º de la Constitución, conforme a los cuales, sus resoluciones no pueden ser atacadas en sede judicial –no son revisables, o contra ellas no procede recurso alguno, dicen las normas, respectivamente–. Visto ello, en el presente caso, toda repetición *no* es una ofensa y, en ese sentido, el presente trabajo tiene como propósito esencial revisar los criterios de interpretación que de los artículos 142º y 181º realizó el Tribunal desde sus primeras sentencias[1], las razones que justifican el control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales y las decisiones de los tribunales internacionales como derecho interno[2], los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cooperación entre tribunales internos e internacionales[3].

Desde ya resulta oportuno precisar, que al pronunciarse en la STC N.º 2366-2003-AA/TC (Caso Juan Genaro Espino Espino), y aunque en dicha controversia se presentaba un supuesto de irreparabilidad –y por ende, de improcedencia de la demanda– el Tribunal Constitucional optó por fijar, por primera vez, los criterios de interpretación, toda vez que la materia que allí se discutía guardaba directa relación con otra similar respecto de la cual ya se había pronunciado, esto es, la relacionada con la imposibilidad de someter a control las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces[4] y que, curiosamente, también está regulada en el mismo artículo 142º de la Constitución[5]. En efecto, el Tribunal estableció que no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, pues aun a pesar de lo dispuesto por los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Si la función electoral se ejerce de una forma contraria a los derechos fundamentales o quebrantándose los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable a través de mecanismos como el proceso de amparo.

---

[1] *Cfr.* STC N.º 2366-2003-AA/TC, Caso Juan Genaro Espino Espino
[2] *Cfr.* STC N.º 5854-2005-AA/TC, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles
[3] *Cfr.* STC N.º 2730-2006-AA/TC, Caso Arturo Castillo Chirinos
[4] *Cfr.* STC N.º 2409-2002-AA/TC, Caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos
[5] *Cfr.* Artículo 142º de la Constitución: "No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces".

En consecuencia, no pueden admitirse como razonables interpretaciones tendientes a convalidar ejercicios irregulares o arbitrarios de las funciones conferidas a los órganos públicos, puesto que un Estado sólo puede predicarse como de Derecho cuando los poderes constituidos no sólo se desenvuelvan con autonomía en el ejercicio de sus competencias, sino que, sobre todo, respeten plenamente y en toda circunstancia los límites y restricciones funcionales que la misma Carta establece.

II. Naturaleza Jurídica de la Constitución y el rol del Tribunal Constitucional

La tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, lo que es lo mismo una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, ha sido dejada de lado hace ya bastantes años, dando paso a la consolidación de la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Superar dicha tesis significó eliminar la concepción de que la ley era la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso –de la mano del principio político de soberanía popular– al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo. La Constitución es pues norma jurídica, y como tal, vincula, y puede ser entendida como el conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.

No obstante lo anterior, la interrogante que surgía inmediatamente es la de si tiene sentido reconocer que la Constitución tiene carácter jurídico, para luego afirmar que existen actos de los poderes públicos que no pueden ser objeto del control constitucional ejercido por la jurisdicción constitucional. ¿Es posible afirmar que todo poder está sometido a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella reconoce y, al mismo tiempo, sostener que los actos de estos poderes están relevados de control constitucional, pese a que contravienen la Constitución y los derechos fundamentales? Indudablemente que no.

Y es que es inherente a la dimensión jurídica de la Constitución la capacidad de exigir, jurisdiccionalmente, su cumplimiento. Afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder. En ese sentido, pretender que el Tribunal Constitucional se adhiera a esta tesis, equivaldría a pretender que abdique del rol de guardián de la Constitución que el Poder Constituyente le ha confiado, según lo establece el artículo 201º de la Constitución[6].

En efecto, a todo derecho, valor o principio constitucional, corresponde un proceso constitucional que le protege, conforme lo dispone el artículo 200º de la Constitución. La posibilidad de recurrir judicialmente todo acto que vulnere la Constitución es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental.

En este marco, corresponde pues al Tribunal Constitucional dirimir en instancia única, o en última y definitiva, los procesos constitucionales a que se refiere el artículo 202º de la Constitución. A través de sus sentencias, y en su condición de supremo intérprete de la Constitución –artículo 201º de la Constitución y 1º de su Ley Orgánica N.º 28301– no sólo cumple una función de valoración, sino también de pacificación y ordenación.

III. Los principios de interpretación constitucional

En concordancia con lo expuesto en el acápite anterior, conviene precisar que el hecho de reconocer la naturaleza jurídica de la Constitución supone reconocer también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. Sin embargo, la particular estructura normativa de sus disposiciones exige que los métodos de interpretación constitucional no sean los criterios clásicos de interpretación normativa –literal, teleológico, sistemático e histórico–, sino que abarquen una serie de principios que informan la labor del juez constitucional. Estos principios son:

[6] *Cfr.* Artículo 201º de la Constitución: "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente (…)".

De acuerdo al *principio de unidad de la Constitución*, la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.[7]

Conforme al *principio de concordancia práctica*, toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado, según lo establece el artículo 1º de la Constitución.[8]

En virtud del *principio de corrección funcional* se exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.[9]

Según el *principio de función integradora*, el "producto" de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.[10]

Finalmente, el *principio de fuerza normativa de la Constitución* supone que la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público incluyendo, desde luego, tanto al Tribunal Constitucional como al Jurado Nacional de Elecciones, así como a la sociedad en su conjunto.[11]

---

[7] *Vid.* STC 1091-2002-HC, Fundamento 4; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 0045-2004-HC, Fundamento 3.

[8] *Vid.* STC 1797-2002-HD, Fundamento 11; STC 2209-2002-AA, Fundamento 25; STC 0001-2003-AI /0003-2003-AI, Fundamento 10; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 1013-2003-HC, Fundamento 6; 1076-2003-HC, Fundamento 7; STC 1219-2003-HD, Fundamento 6; 2579-2003-HD, Fundamento 6; STC 0029-2004-AI, Fundamento 15.

[9] Este principio se presenta en cada ocasión en la que el Tribunal Constitucional delimita las competencias que la Constitución ha conferido a los distintos órganos constitucionales (*vg.* la STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI –acumulados–).

[10] *Vid.* STC 0008-2003-AI, Fundamento 5.

[11] *Vid.* STC 0976-2001-AA, Fundamento 5; STC 1124-2001-AA, Fundamento 6.

IV. La interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución

En función de los principios antes aludidos es que deben interpretarse los artículos 142º y 181º de la Constitución. Sin embargo, el Jurado Nacional de Elecciones persiste en el error conceptual de que sus resoluciones son inatacables aún cuando puedan, eventualmente, resultar vulneratorias de los derechos fundamentales, lo cual, como veremos a continuación, no es cierto. Para ello, el JNE defiende la irrevisabilidad de sus resoluciones amparándose en una lectura literal y aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución. Visto desde esa perspectiva, el asunto no merece mayor discusión: cualquier demanda que pretenda atacar una resolución del Jurado Nacional de Elecciones será improcedente. Esa, es una lectura facilista y literal pero, a la vez, ilegítima.

Sucede pues que algunos también podrían apegarse a una lectura literal y aislada del artículo 200.2º de la Constitución, que dispone la procedencia de la acción de amparo contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad (incluido el Jurado Nacional de Elecciones), funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, cuyo conocimiento, en última y definitiva instancia, corresponde al Tribunal Constitucional, según lo manda el numeral 202.2º de la Norma Fundamental.

¿Y entonces, qué sucede, hay contradicción en la propia Constitución? La lectura aislada y unilateral de estas disposiciones constitucionales pueden llevar, equivocadamente, a concluir la existencia de una contradicción en la Constitución, toda vez que, por un lado, se prohíbe revisar en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones; y, por otro, se habilita el proceso de amparo para cuestionar las decisiones de cualquier autoridad. Si nos apegamos a una lectura aislada y unilateral de ambas disposiciones constitucionales pareciera que sí hay contradicción, y se llegaría a resultados inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. Es por ello que nunca ha sido ni será válido interpretarlas de manera aislada, pues la Constitución es una unidad, y toda aparente tensión entre sus disposiciones debe resolverse atendiendo a los principios de interpretación constitucional que han quedado expuestos con meridiana claridad en el apartado precedente, buscando optimizar y generar el equilibrio entre los derechos y principios en juego, y teniendo presente que, en última instancia, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y del Estado, según lo dispone el artículo 1º de la Norma Fundamental.

Si alguien se siente afectado en sus derechos fundamentales debido a la emisión de una resolución por parte del Jurado Nacional de Elecciones, ¿acaso no puede plantear una demanda de amparo? ¿El artículo 200.2º de la Constitución

no lo habilita a ello? Definitivamente que sí. El asunto es en realidad sumamente sencillo, aunque pretendan hacerlo parecer como complicado.

Lo anterior viene indiscutiblemente ligado a otro argumento del Jurado Nacional de Elecciones, esto es, el referido a que se generaría una suerte de "avalancha" de demandas de amparo que pondrían en peligro el cronograma y los procesos electorales.

Esto es falso. En principio, porque la experiencia demuestra que, en los últimos doce años el Tribunal Constitucional ha resuelto tan sólo veintitrés demandas de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones y, en ningún caso, ello puso en peligro proceso electoral alguno. Es más, salvo en una causa, que guardaba relación con una declaratoria de vacancia, todas las demás demandas fueron declaradas improcedentes por irreparables[12].

¿Para qué plantear entonces una demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones, si por el paso del tiempo la alegada afectación podrá tornarse en irreparable? Ante tales supuestos, el legislador ha previsto, en el segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional, que "Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda". Quizás sea ese el temor de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones y la razón que motiva el desmedido conflicto entre dicho órgano constitucional y el Tribunal Constitucional.

[12] *Cfr*. STC's N.os 0033-1995-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 19/06/1997); 0971-1998-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 25/06/1999); 1420-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 29/01/2003); 1804-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 29/01/2003); 2119-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/01/2003); 2346-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 29/01/2003); 2366-2003-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 6/04/2004); 0252-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 28/06/2004); 0571-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 15/07/2004); 2668-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 1/10/2004); 3981-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/01/2005); 4543-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 22/03/2004); 1365-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 9/04/2007); 4773-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 22/03/2007); 5396-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 6/09/2005); 5854-2005-AA/TC (infundada la demanda; resolución del 8/11/2005); 7632-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 9/03/2007); 2730-2006-AA/TC (fundada la demanda; resolución del 21/07/2006); 2746-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/02/2007); 3285-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 19/01/2007); 3317-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 12/04/2007); 6649-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 12/04/2007); 6901-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/02/2007)

La interpretación aislada de los artículos constitucionales bajo análisis resulta manifiestamente contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201º de la Constitución). En efecto, dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al Jurado Nacional de Elecciones (artículo 177º de la Constitución) con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental. Lo que equivaldría a sostener que para ellos, tales principios y derechos no resultan vinculantes.

No existe pues, justificación constitucional alguna para que el Jurado Nacional de Elecciones se encuentre relevado de dicho control; es decir, cuando no respete los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

V. La interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos como derecho interno

Para efectos de sustentar la tesis de que es posible someter a control las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones a fin de verificar si resultan violatorias, o no, de los derechos fundamentales –a pesar de lo establecido por los artículos 142º y 181º de la Constitución– y, fuera de las razones que hasta ahora se han expuesto, el Tribunal Constitucional también encontró sustento en las interpretaciones que de los tratados internacionales realizan los tribunales internacionales de derechos humanos (Cfr. Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), aunque ello también es desconocido por el Jurado Nacional de Elecciones.

Según lo dispone el artículo 55º de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Quiere ello decir, que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

Asimismo, los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú,

y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte, según lo mandan la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Es también en base a estas consideraciones que correspondía analizarse la aplicación aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución. Por ello el Tribunal Constitucional estableció que el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación que de las mismas hayan realizado los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.

En criterio del Tribunal, resultó manifiesto que dicha aplicación se oponía (y se opone) a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte, tal como lo exigen la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En efecto, el artículo 8.1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone 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 formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole."*

Mientras que los incisos 1) y 2) de su artículo 25º, refieren que,

> *"1. 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 que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*
>
> *2. Los Estados partes se comprometen:*
>
> *a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;*
>
> *b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y*

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que haya estimado procedente el recurso."

Sobre el particular, en el párrafo 23 de la Opinión Consultiva N.º OC-9/87, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que,

"(...) el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley."

Para posteriormente afirmar, en los Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrafos 90 y 92, respectivamente, que,

"los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (Art. 25°), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1°), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción."

Asimismo, en el Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (Sentencias del 24 de septiembre de 1999, párrafos 68 y 71), la Corte ha referido que,

"El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. (...).

De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer fucniones del mismo tipo. Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un `juez o tribunal competente´ para la `determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter

materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8º de la Convención Americana."

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Constitucional encontró que, precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había condenado al estado nicaragüense porque, a pesar de haber ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, permitió que su máximo órgano jurisdiccional electoral se encuentre exento de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, en el Caso Yatama vs. Nicaragua (sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174, 175 y 176) la Corte Interamericana expuso que,

"Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.

Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Este control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral.

Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana (...)."

Es por tales razones que el Tribunal Constitucional se vio en el ineludible deber de insistir en el hecho de que una interpretación aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, pretendiendo que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral estén exceptuadas de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, supondría incurrir en una manifiesta irresponsabilidad, ya que situaría al Estado peruano ante la cierta e inminente condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos al violar el artículo 25.1 de la Convención Americana. Por ende, no sólo era una facultad, sino un deber del Tribunal impedir ello, mediante una adecuada interpretación de los referidos preceptos, de conformidad con la Constitución, los tratados y las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En consecuencia, interpretar aisladamente los artículos 142º y 181º resultaba incompatible con el artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; con el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; con el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y con los artículos 8º 1 y 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Y es justamente por aplicar literalmente los artículos 142º y 181º de la Constitución que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya había tenido oportunidad de establecer –a través del Informe N.º 119/99, caso 11.428, Susana Higuchi Miyagawa (Perú), del 6 de octubre de 1999, párrafo 55– que,

> *"En el presente caso, las disposiciones del ordenamiento jurídico peruano (artículos 181 constitucional y 13 de la Ley Orgánica Electoral) tal y como han sido interpretadas por el JNE en su decisión del 18 de enero de 1995 (Oficio N.º 188-95-SG/JNE), implican que cualquier decisión adoptada por el JNE y que pueda afectar los derechos políticos consagrados en la Convención, no son revisables y por tanto, no protegibles en el Derecho Interno."*

En el punto 1 de la parte resolutiva de dicho Informe recomendó al Estado peruano,

> *"Adoptar las medidas tendientes a modificar las disposiciones de los artículos 181 de la Constitución de 1993, y 13 de la Ley Orgánica Electoral, posibilitando un recurso efectivo y sencillo, en los términos del artículo 25º (1) de la Convención, contra las decisiones del JNE que vulneren la garantía a la participación política por parte de los ciudadanos."*

Así, la incompatibilidad de los artículos 142º y 181º de la Constitución con una interpretación sistemática de la misma (principios de unidad, de corrección funcional y eficacia integradora) y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos condujo a implementar la referida recomendación (Caso Susana Higuchi). Y es precisamente a partir de dicha recomendación que el Estado peruano adecuó su legislación a los estándares normativos internacionales mediante el artículo 5.8º del Código Procesal Constitucional en su versión originaria, esto es, antes de su modificatoria por la Ley N.º 28642, permitiendo un control excepcional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones vía los procesos constitucionales.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estableció que toda interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del Jurado Nacional de Elecciones que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que dicho órgano electoral emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente, criterio que, en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se constituyó como precedente vinculante para todos los poderes públicos. Por tanto, todo juez y tribunal de la República –sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales–, se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad.[13]

VI. Los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales

Las obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no sólo se extienden al contenido normativo de la Convención Americana de Derechos Humanos en sentido estricto, sino a la interpretación que de ella realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus decisiones. En ese sentido, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

Sin embargo, la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutiva (la cual alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya

[13] *Cfr.* STC N.º 5854-2005-PA/TC, Fundamento N.º 35 y Punto 2 de la parte resolutiva.

sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, al Tribunal Constitucional.

El Estado peruano no sólo ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos sino que, en observancia de su artículo 62.1, ha reconocido como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana que le sea sometido (artículo 62.3 de la Convención). Al respecto, la Corte tiene establecido (Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C-N.º 55, párrafos 35, 40 y 49) que,

> *"La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención (...). El artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal (...), implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional (...). Un Estado que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana según el artículo 62.1 de la misma, pasa a obligarse por la Convención como un todo (...)".*

De aquí se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y, en general, todos los poderes públicos. La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrean las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

En ese sentido, por imperio del canon constitucional que era (y es) deber del Tribunal Constitucional proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos: esto es, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En cuanto a la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales, ello no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internaciones de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una *relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales*. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribe a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". Ello significa, por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también es observada por la Corte.

Sobre el particular parece oportuno señalar que cuando el Tribunal Constitucional concluyó, apoyándose, entre tantas otras razones, en la sentencia del Caso Yatama vs. Nicaragua, que una interpretación aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución suponía incurrir en una irresponsabilidad, ya que se situaba al Estado peruano ante la inminente condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al violar el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Jurado Nacional de Elecciones manifestó que dicho pronunciamiento no era aplicable al caso peruano, y lo desconoció alegando que carecía de efecto vinculante.

VII. Consideraciones Finales

Conforme a los criterios de interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución desarrollados por el Tribunal Constitucional, no existe justificación constitucional alguna para que el Jurado Nacional de Elecciones se encuentre relevado de dicho control; es decir, cuando no respete los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

El artículo 178.4º de la Constitución instituye al Jurado Nacional de Elecciones como el máximo órgano de administración de justicia electoral del país. Asimismo, de conformidad con el artículo 178.5º de la Norma Fundamental, el Jurado Nacional de Elecciones constituye la única entidad competente para,

concluido el proceso electoral, proclamar a los candidatos elegidos y expedir las credenciales correspondientes, sin perjuicio de las demás atribuciones que la Constitución le reconoce.

Por su parte, el Tribunal Constitucional es un órgano constituido sometido a la Constitución y a su ley orgánica. En su función de máximo intérprete constitucional (artículo 201º de la Constitución y artículo 1º de su Ley Orgánica), tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad normativa al Derecho Constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Ante la eventual afectación de los derechos fundamentales de la persona, cuya defensa constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1º de la Constitución, el numeral 200.2º de la misma Norma Fundamental ha instituido el proceso de amparo orientado a la defensa de los derechos fundamentales, cuyo conocimiento, en última y definitiva instancia corresponde al Tribunal Constitucional, según lo manda el artículo 202.2º, y a la que, por imperio de la Constitución, no puede renunciar.

Ello no supone atentar contra las competencias que la Constitución, en el artículo 178º, le ha otorgado al Jurado Nacional de Elecciones, sino tan sólo ejercer las competencias que la Constitución otorga al Tribunal Constitucional en materia constitucional. No se trata pues de una superposición de funciones, sino de delimitar clara y correctamente las competencias que la Constitución ha conferido a cada uno de los órganos constitucionales (principio de corrección funcional).

El Tribunal Constitucional ha entendido legítimo que el Jurado Nacional de Elecciones defienda las competencias que consideran necesarias para el mejor desempeño de sus funciones en tanto su calidad de órgano constitucional y, en ese sentido, es respetuoso de dicha condición y de las atribuciones que la Norma Fundamental le otorga, las cuales no sólo ha reconocido, sino que tiene el deber de garantizar.

Sin embargo, resulta inadecuado que dicha defensa pretenda realizarse a costa de la plena vigencia de los derechos fundamentales, cuya protección, en última instancia, corresponde al Tribunal Constitucional, y a la que, por imperio de la Constitución, no puede renunciar.

* * * * *

"YATAMA VS. NICARAGUA Y EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LOS INDÍGENAS"

JANEYRI BOYER CARRERA*

SUMARIO: I. *Introducción.* **II.** *Los hechos relevantes del caso: la obligatoriedad de formar partidos políticos, la oscuridad del sistema electoral y la inexistencia del amparo electoral.* **III.** *El sufragio como derecho de configuración legal.* **IV.** *La obligatoriedad de constituir un partido político para participar en elecciones.* **V.** *Los Derechos políticos de los indígenas desde las tesis liberales, asimilacionistas y comunitaristas: ¿deben conformar partidos políticos al igual que los demás miembros de la población electoral?* **VI.** *El derecho de participación política de los indígenas en la experiencia peruana.* **VII.** *Reflexiones finales***.**

I. Introducción

"YATAMA contra Nicaragua" fue la primera sentencia sobre derechos políticos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[1]. Para el tema que nos convoca es además paradigmática, porque es la primera sentencia que se aproxima a los derechos políticos de los pueblos originarios.

"YATAMA" (siglas de Yapti Tasba Masraka Nanih Aslatakanka) es la mayor organización etno-política del Atlántico Norte. Aglutina a la población indígena y étnica nicaragüense que se localiza, esencialmente, en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur. Con una tradición oral, se acoge a la justicia comunal y organiza su democracia interna conforme a sus costumbres ancestrales. En el caso, la Corte Interamericana de Derechos

* Profesora de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid – España. Candidata a doctora en derecho por la Universidad de Valladolid.

[1] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de junio de 2005.

Humanos condenó al Estado de Nicaragua porque consideró que había vulnerado los derechos políticos de los candidatos de YATAMA y de la población de la Región del Atlántico Norte.

En este sentido, ¿cuál es el nivel de reconocimiento de los derechos políticos de las comunidades étnicas que debe proporcionar un Estado?, ¿qué ocurre en el caso peruano?. El presente trabajo tiene por objeto aproximarnos a los derechos de participación política de los miembros de las comunidades indígenas desde la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Yatama contra Nicaragua.

II. Los hechos relevantes del caso: la obligatoriedad de formar partidos políticos, la oscuridad del sistema electoral y la inexistencia del amparo electoral

De los hechos detalladamente narrados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte Interamericana, "la Corte" o "Corte IDH") son tres los momentos que marcan el derrotero del análisis que se propone en el presente trabajo.

El primero de ellos se relaciona con la obligatoriedad de formar parte de un partido político para competir en una contienda electoral. Por diez años, YATAMA (1990-2000) estuvo organizada como Asociación de Suscripción Popular[2]. Participó en elecciones regionales (1990 y 1994), municipales (1996) y elecciones de concejales al parlamento regional (1998). Como consecuencia de las reformas introducidas por la Ley Electoral N.º 131, a partir del 4 de mayo de 2000 se vio forzada a asumir la estructura de un partido político y a inscribirse como tal, porque sólo bajo esta modalidad de organización podría participar en las elecciones municipales programadas para el 5 de noviembre del año 2000.

[2] Forma de asociación no partidaria establecida inicialmente en la Ley Electoral de 22 de abril de 1988 para elegir representantes a los Consejos Municipales y a los Consejos Regionales de las regiones autónomas de la Costa Atlántica y, a partir de la promulgación de la Ley 211 de enero del año 1996, para la elección de Alcaldes y Vicealcaldes. Esta modalidad de organizarse políticamente fue eliminada por la Ley 331 de 24 de enero de 2000. Sólo se podría participar en elecciones a través de un partido político. Su artículo 71 determina que podrán formarse partidos regionales para el caso de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, cuyo ámbito de acción estará determinado a sus circunscripciones. Los requisitos para su inscripción serán los mismos que los establecidos para los partidos nacionales, aunque respetándose "su propia forma natural de organización y participación" en el supuesto de organizaciones indígenas.

El segundo momento del caso se relaciona con la oscuridad de los requisitos para la presentación de las candidaturas y el déficit de garantías procedimentales en el procedimiento de inscripción de candidatos.

Por una resolución del Consejo Supremo Electoral del 15 de agosto de 2000, los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por YATAMA fueron excluidos de participar en los comicios municipales, tanto en la Región Autónoma del Atlántico Norte (RAAN) como en la Región Autónoma del Atlántico Sur (RAAS). El Consejo modificó sus criterios para la inscripción de candidaturas durante el proceso electoral lo que, en cierto modo, generó confusión en los promotores de YATAMA. Algunos Consejos Electorales Regionales aceptaron su inscripción y otros no, por lo que finalmente, la autoridad electoral consideró que YATAMA había incumplido con presentar candidatos en el 80% de los municipios de dichas regiones y que carecía de suficiente representación en la jurisdicción municipal en la que postulaba[3].

El rechazo del amparo para la defensa de los derechos políticos de los candidatos de YATAMA es el tercer momento que cierra el caso en la vía interna. El 25 de octubre de 2000, la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua denegó el amparo a este partido político, bajo el fundamento central que la Constitución prohibía cualquier tipo de cuestionamiento contra las decisiones del Consejo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el Estado de Nicaragua violó los derechos políticos a través de las distintas interpretaciones

[3] El 13 de junio de 2000 YATAMA concretó una alianza electoral con el Partido de los Pueblos Costeños (PPC) y el Partido Indígena Multiétnico (PIM) con la denominación UNIDAD PIM/YATAMA/PPC, liderada por el PIM para participar en la RAAS (Región Autónoma del Atlántico Sur). La armonía duró poco y el PIM se retiró de la alianza. El 11 de julio de 2000, YATAMA informó al Consejo Supremo Electoral (CSE) que participaría únicamente con el PPC en la RAAS y no con el PIM. Sin embargo, el Consejo Supremo Electoral detectó un problema en la verificación de las firmas de adherentes de las candidaturas del PPC, lo que en la práctica dejaba a YATAMA participando en solitario en la RAAS. Y ello solo sería posible si el CSE comunicaba a YATAMA (un partido legalmente constituido) aquellos requisitos que necesitaba subsanar para que sus candidaturas presentadas en solitario fuesen válidas en dicha región. Como el Consejo no se lo comunicó, YATAMA no subsanó. Y esto trajo como consecuencia que algunas candidaturas de YATAMA en la RAAS fueran aceptadas y otras no los Consejos Electorales Regionales. YATAMA comunicó al CSE que participaría con su "propia identidad" y sin aliados en la RAAN (Región Autónoma del Atlántico Norte). Dentro de los plazos estipulados presentó su lista de candidatos para 5 de sus 6 municipios. El Consejo, publicó la lista preliminar de candidaturas, sin que ninguna de ellas fuese impugnada. No obstante, los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por YATAMA fueron excluidos de participar en los comicios municipales, tanto en la RAAN como en la RAAS por una resolución del Consejo Supremo Electoral emitida el 15 de agosto de 2000. El Consejo, consideró que no había cumplido con presentar candidatos en el 80% de los municipios de la circunscripción, y que no contaba con suficiente representación en la jurisdicción municipal en la que postulaba.

que generaron sus confusas normas electorales. A ello se debe agregar que las restricciones que el Estado de Nicaragua impuso al sufragio pasivo de los candidatos de YATAMA fueron desproporcionadas e irrazonables. Finalmente, a juicio de la Corte, Nicaragua incumplió el deber de habilitar un procedimiento eficaz y dotado de las garantías procesales mínimas para la tutela de los derechos políticos[4].

De antemano debo apuntar que un análisis de las organizaciones electorales, en general, y de la peruana, en particular, resulta ambicioso para las pretensiones y la extensión de este trabajo. Me centraré en la participación política de las comunidades indígenas desde las tesis liberales, comunitaristas y asimilacionistas y la posición adoptada por la Corte Interamericana.

III. El sufragio como derecho de configuración legal

De modo preliminar, es preciso recordar que ni el carácter fundamental del derecho de sufragio ni el voto universal, libre y secreto son materia de discusión en nuestros días[5], menos aún en el caso bajo análisis. Sin embargo, su condición de derecho de configuración legal sigue siendo un problema para algunos juristas como el juez Oliver Jackman. En su voto coincidente, el magistrado sostuvo que el derecho "de votar y ser elegido" es un "derecho absoluto" y que cualquier imposición a la persona de participar a través de un partido político "viola claramente tanto el espíritu como la letra de la norma (…)".

Sin embargo, recordaremos que salvo el derecho a la dignidad, ningún derecho fundamental es absoluto. Menos aún los derechos políticos que, por su elevado grado de indeterminación en sede constitucional, son incorporados en el grupo de derechos de configuración legal. Su ejercicio se encuentra directamente condicionado por la actividad legislativa o la denominada "reserva de configuración"[6], o también llamada "delimitación legislativa originaria"[7].

[4] Según la Corte IDH, el Estado de Nicaragua vulneró los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos a las garantías judiciales (art. 8.1), de protección judicial (art. 25.1); los derechos políticos (art. 23) y de igualdad ante la ley (art. 14).

[5] Sin embargo, para una mayor precisión sobre el contenido del derecho de participación política me remito a mi trabajo "Aproximaciones al contenido del Derecho Fundamental de Participación Política", *Pensamiento Constitucional,* Nº 13, 2008, pp. 359-394.

[6] GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 181.

[7] La delimitación legislativa originaria entendida como una culminación de la definición del derecho fundamental, por encargo de la propia Constitución a través de una reserva legal. En: JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías,* Trotta, Madrid, 1999, pp. 39 y ss.

Dicha condición no constituye un límite externo al derecho, sino que como propone la profesora BIGLINO es, más bien, un "cauce a través del cual el propio derecho se desenvuelve"[8].

Sin negar la eficacia normativa de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales, en el particular caso de los derechos de configuración legal es preciso que la ley lleve a cabo una intensa labor de ordenación de las relaciones jurídicas que nacen alrededor suyo. Como ocurre con el proceso judicial en relación con el acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva, sin el desarrollo normativo del proceso electoral, el ejercicio del sufragio resultaría imposible. Un desarrollo que las Constituciones suelen encomendar al legislador a través de reservas de ley o de ley orgánica, como ocurre con el artículo 31° de la Constitución peruana de 1993[9].

Esta habilitación incluye a las restricciones que no serán negativas en sí mismas, sino sólo en la medida que desnaturalicen el derecho hasta hacerlo irreconocible. Pensemos por ejemplo en el acto mismo de votar como una libre manifestación de voluntad del elector con una finalidad clara: elegir a sus representantes. El elector no podría elegirlas diariamente y a mano alzada, sino en un periodo determinado y bajo unas condiciones preestablecidas que garanticen, precisamente, que el resultado refleje la voluntad popular. Luego, la intervención del legislador es imprescindible pero no es discrecional. Se deberá analizar la proporcionalidad y razonabilidad de estas restricciones. Una tarea que aborda la Corte Interamericana cuando analiza la normativa electoral nicaragüense que exige el respaldo de un partido político para participar en una competición electoral.

IV. La obligatoriedad de constituir un partido político para participar en elecciones

La Corte IDH no soslaya las funciones que cumple el derecho de sufragio en un Estado democrático de producir gobierno, crear representación y posibilitar la alternancia política. Por ello considera que el sufragio pasivo no puede ejercerse

[8] BIGLINO CAMPOS, Paloma, "Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada. (Comentario a la STC 12/2008), *Revista española de Derecho Constitucional,* No. 83, Año 28, 2008, p. 282.

[9] El artículo 31° de la Constitución Política del Perú de 1993 dispone que "Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica (…)". Es el único precepto que encomienda al legislador el desarrollo de un derecho fundamental.

en solitario. El candidato necesita contar con un respaldo organizacional que posibilite la gobernabilidad. Los partidos políticos o las agrupaciones de electores son importantes en la medida que canalizan y agrupan la atomización de las ideas políticas de los distintos sectores poblacionales de un Estado[10].

Si analizamos la presencia de los partidos políticos como asociaciones en la organización estatal desde lo más estructural hasta lo más particular, en opinión de GARCÍA PELAYO, la forma de Estado democrático corresponde a un Estado de partidos. Éste se define como aquel donde las decisiones y acciones de uno o unos partidos se imputan jurídicamente al Estado, pero que políticamente pueden ser atribuidas al partido que detenta el poder[11]. Es decir, un Estado que se edifica periódicamente gracias a la competición de varios partidos, donde existirá una mayoría en el gobierno y una minoría que la controlará y que se encuentra conformada por miembros de una o varias de estas asociaciones. Y es que los electores no seleccionan a candidatos individuales sino a aquellos que son presentados por los partidos en cada elección. Todos ellos configuran el fenómeno sociológico más que jurídico de la representación que, según DUVERGER, "define el parecido entre las opiniones políticas de la nación y las del Parlamento" como una fotografía[12]. De allí que un Congresista de la República represente a la nación y no al grupo de electores que le votó. O que la presencia de los partidos políticos sea más notoria en el órgano legislativo que en los demás poderes públicos. O que la conformación de los grupos parlamentarios y las votaciones en el Pleno atendiendo a la disciplina de partido pese a la prohibición del mandato imperativo[13].

En este sentido la presencia e institucionalización de los partidos políticos es crucial para un Estado democrático. No obstante, la Corte Interamericana considera que un respaldo institucionalizado es razonable, pero que no resulta proporcionado que dicho respaldo se circunscriba a la modalidad de un partido político. Ni la Convención Americana ni la Carta Democrática Interamericana exigen que los ciudadanos sean candidatos a un cargo electivo únicamente a través de un partido (FJ 215). Acota que estos instrumentos internacionales los

[10] Véase el trabajo del profesor Francisco BASTIDA, "Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos", *Revista Española de Derecho Constitucional.* No. 21, 1987, pp. 199-228.

[11] Me remito al trabajo de GARCÍA-PELAYO, Manuel, para quien el Estado de partidos es aquel "en el que las decisiones y acciones de un partido o de unos partidos llevadas a cabo dentro del marco de la organología estatal se imputan jurídicamente al Estado, aunque políticamente sean imputables a la "mayoría parlamentaria" o al "partido en el poder", en: *El Estado de partidos,* Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 87.

[12] DUVERGER, Maurice, *Los partidos políticos,* sétima reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1980, p. 398.

[13] El artículo 93° de la Constitución de 1993 dispone que "los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación. (…)"

protegen y promueven su fortalecimiento sin fijar su exclusiva intermediación en la competición electoral.

Es más consideró que son compatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos tanto los sistemas electorales[14] que admiten las candidaturas independientes como aquellos que optan por candidaturas exclusivamente presentadas por organizaciones políticas[15]. A su juicio, en Estados como los que forman parte de dicho Pacto Internacional, salvo notables excepciones, existe una profunda crisis con los partidos políticos. Luego, sus sistemas electorales necesitan ajustarse a dicha realidad y resolver el déficit de participación (instaurando las candidaturas independientes) o afianzar la institucionalidad de los partidos políticos que se encuentran atomizados (optando por la exclusividad de candidaturas por partidos).

Entonces, la Corte Interamericana reconoce que el sufragio pasivo es un derecho que por muy fundamental que sea no se ejerce de forma estrictamente individual. A diferencia de otros derechos fundamentales, requiere de un respaldo colectivo que no es privativo de un partido político. Volverá a este criterio en el caso Castañeda Gutman contra México, donde la Ley Electoral disponía que quienes no se afiliasen a un partido político no podrían participar como candidatos[16]. La Corte condenó a los Estados Unidos Mexicanos por violación del derecho de sufragio del señor Castañeda por las mismas consideraciones que en el caso Yatama contra Nicaragua. En este contexto, el derecho interno

---

[14] El sistema electoral entendido como "el conjunto de reglas y procedimientos conforme a los cuales se convocan y celebran las elecciones, se asignan los escaños a tenor de los votos obtenidos por las candidaturas y se resuelven los recursos a que todo este proceso diere lugar", en: TORRES DEL MORAL, A, *Estado de Derecho y democracia de partidos,* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2da. edición, Madrid, 2004, pp. 373-374.

[15] Para la Corte Interamericana "los sistemas que admiten las candidaturas independientes se pueden basar en la necesidad de ampliar o mejorar la participación y representación en la dirección de los asuntos públicos y posibilitar un mayor acercamiento entre los ciudadanos y las instituciones democráticas; por su parte los sistemas que optan por la exclusividad de las candidaturas por partidos políticos se pueden basar en diversas necesidades tales como fortalecer dichas organizaciones como instrumentos fundamentales de la democracia u organizar de una manera eficaz el proceso electoral, entre otras. Estas necesidades deben obedecer, en última instancia, a un fin legítimo conforme a la Convención Americana", en: Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia del 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), FJ 192.

[16] Jorge Castañeda Gutman, demandó al Estado de México por la vulneración de sus derechos a la participación política, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial previstos en los artículos 23, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque el artículo 175 de La Ley electoral disponía que quienes no contasen con el respaldo de un partido político no podrían presentarse como candidatos. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia del 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

de los Estados miembros de la Convención no podrá esquivar este criterio, en particular aquéllos que hacen de la contienda electoral un club privado donde sólo se admite como socios a los partidos políticos.

En este aspecto, resulta interesante la primera Ley de Partidos Políticos peruana (Ley N.º 28094) porque sin descuidar el respaldo organizativo que debe observar quien pretenda gobernar, intenta reflejar en alguna medida, las características de la representación política. El género "organización política" se ramifica en tres especies (partidos políticos, movimientos y organizaciones locales) atendiendo a dos criterios. El primero es el ámbito de acción política (nacional, regional o local) y el segundo se relaciona con el apoyo político partidario de sus afiliados y con los consecuentes requisitos exigidos para que cada uno de ellos logre su inscripción (porcentaje de comités partidarios a nivel nacional, número de firmas de adherentes, entre otros). De esto depende su participación en las competiciones electorales. Los partidos pueden presentar candidatos en todo tipo de elección; los movimientos, sólo para elegir autoridades regionales y municipales; mientras que las organizaciones políticas locales, en comicios municipales[17]. De esta manera, un grupo de ciudadanos que tiene interés en mejorar únicamente la gestión de su comunidad, no tendría por qué conformar comités partidarios en distritos ajenos, lejanos y distintos al suyo.

Volviendo al caso propuesto, la representación de YATAMA se circunscribía a los espacios regionales del Atlántico Norte y Sur, constitucionalmente reconocidas y donde se encontraba localizada la población electoral a la que quería representar, ¿por qué exigir a una organización política que pretende gobernar en una localidad que tenga un aparato organizativo de carácter estatal? No confundamos un nivel estatal de gobierno, donde las autoridades electas

[17] La Ley Orgánica de Elecciones, Nº 26859 clasificaba a las organizaciones políticas en: partidos políticos, agrupaciones independientes y alianzas. Sólo a través de ellas, era posible inscribir las candidaturas a Presidente, Vicepresidentes y Congresistas de la República. Por su parte, el art. 11 de la Ley de Elecciones Municipales permitía que el 2.5% de electores hábiles de una circunscripción apoyase una candidatura a los cargos de alcalde o regidores que no contase con el respaldo de un partido político. La posterior promulgación de la primera Ley de Partidos Políticos (noviembre de 2003) obedeció a la necesidad de institucionalizar estas organizaciones. El intento de erradicar su condición de maquinarias electorales que nacen, crecen y mueren con cada proceso electoral tuvo como primer paso la modificación de la terminología. Se desterró a las "agrupaciones independientes" (incorporadas en la clasificación de la Ley Orgánica de Elecciones) que resaltaron al candidato "independiente" (al caudillo) desprovisto de conexión alguna con los entonces satanizados partidos políticos. Con la Ley de Partidos, toda participación sería canalizada a través de una organización política. El legislador decidió que los ciudadanos participen en una contienda electoral únicamente a través de una organización política. Ya sea de un partido político (para todo tipo de elección), de un movimiento (para elecciones regionales y locales) y de una organización política local (para comicios municipales) o, de una alianza partidaria.

representan a toda la población, con un nivel local, donde las cualidades de buen vecino y gestor, son las que se exigen a las autoridades electas.

V. Los Derechos políticos de los indígenas desde las tesis liberales, asimilacionistas y comunitaristas: ¿deben conformar partidos políticos al igual que los demás miembros de la población electoral?

El primer tipo de liberalismo que identifica TAYLOR sostiene que una sociedad liberal debe permanecer neutral ante la vida buena, limitarse a asegurar que "los ciudadanos se traten imparcialmente y el Estado los trate a todos por igual"[18]; o lo que conocemos como igualdad formal. El segundo tipo de liberalismo, por el contrario, apunta a un Estado comprometido con el florecimiento de una nación, cultura o religión en particular, o de un limitado conjunto de ellos, en la medida que los derechos básicos de los individuos estén protegidos. Así, por ejemplo, la protección del colectivo religioso islámico en un Estado laico o mayoritariamente cristiano no abarca la práctica de la ablación del clítoris en las mujeres, porque vulnera su derecho individual a la integridad física.

En el caso bajo análisis, el Estado de Nicaragua adoptó un modelo liberal de la segunda opción planteada por TAYLOR. La Constitución Política de Nicaragua advierte la presencia de población indígena en los territorios de la RAAN y de la RAAS y establece que pueden ejercer el derecho de participación política de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. El artículo 5º de la Norma Fundamental nicaragüense además de reconocer su existencia, dispone que "(…) gozan de los derechos (…) de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales (…)". El 89º, reitera su derecho de "administrar sus asuntos locales", y agrega que lo harán "conforme a sus tradiciones (…)"; y el artículo 90º, que tienen derecho a la "preservación de sus lenguas". El 180º impone al Estado el mandato de garantizar a estas comunidades "la libre elección de sus autoridades y diputados"; así como, "la preservación de sus culturas y lenguas, religiones y costumbres".

Sin embargo, cuando el legislador configuró este derecho, desconoció sus diferencias y la posición que los indígenas ocupan en la Norma Fundamental. La Ley Electoral nicaragüense N.º 331 condicionó toda participación como candidato en una competición electoral al respaldo de un partido político. No incorporó un régimen diferenciado para ellos siguiendo el aludido mandato constitucional.

[18] TAYLOR, Charles, *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento",* Fondo de Cultura Económica, México DF, 1993, p. 86

Por el contrario, obligó a estos grupos étnicos a conformar partidos, a expresarse en lengua castellana y a pasar de una tradición oral a una escrita. En este contexto, cabe reflexionar si el principio de igualdad de oportunidades que debe aplicarse a todos los participantes en una competición electoral impediría o no este trato diferenciado.

La Corte Interamericana estima que las obligaciones de los Estados con las comunidades indígenas no se circunscriben a su reconocimiento, sino que además, es preciso que les proporcionen un trato diferenciado. Exige a los Estados que cuenten con población indígena que adopten las medidas necesarias para equiparar a estos grupos étnicos con los demás ciudadanos, porque sólo así podrán:

> *"participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención".* (FJ 225)

La sociedad RAWLSIANA respeta el pluralismo moral, pero no el cultural. En sus reflexiones, KYMLICKA manifiesta que la autonomía es necesaria para la vida buena y entiende que los individuos son criaturas de la cultura. Aunque no en el extremo de los comunitaristas que aducen que los individuos son nada si viven al margen de su cultura[19].

La Corte IDH adopta una posición comunitarista cuando señala que las comunidades étnicas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur presentan valores culturales distintos al resto de la población nicaragüense, y que no pueden participar en la vida política del país aparcando su cultura. Se definen en ella, en tanto forman parte de la comunidad y necesitan de un tratamiento especial por parte del Estado que permita su efectiva incorporación (y no sólo nominal) en la esfera de la representación política. Para este Tribunal es crucial que se procure la participación de las comunidades indígenas en los espacios políticos teniendo en consideración sus valores culturales y costumbres ancestrales.

Con esta declaración, invoca a los Estados para que introduzcan una política del reconocimiento que tenga como criterio principal las diferencias que presentan estas comunidades. En la misma línea comunitarista exigió a Nicaragua que promueva la participación y la representación de estas comunidades indígenas

[19] KYMLICKA, Will, *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía,* Barcelona, Paidós, 2003, p. 78.

desde sus propias costumbres. Parece que la Corte descarta la aplicación de medidas de discriminación inversa que en el derecho electoral y en este caso, adoptarían la forma de cuotas electorales indígenas en las listas de candidatos[20]. Todo conduce a pensar que sigue la opinión discrepante de TAYLOR sobre aquellas medidas porque a juicio del Tribunal Internacional, el Estado no debería pretender homogenizar a los diferentes grupos culturales, sino respetarlos en cuanto distintos, mantener su identidad y potenciar su cultura.

Siguiendo con este tema, no puedo dejar de detenerme en dos votos particulares cuyas posiciones apuntan a la aplicación del principio de igualdad formal a los indígenas, pero bajo perspectivas opuestas.

El primero de ellos es el antes citado voto coincidente del Juez Oliver JACKMAN. Como en su opinión, los derechos políticos eran absolutos, no debía exigirse a ningún ciudadano de ningún Estado Parte que estuviese afiliado a un partido político para participar en una contienda electoral. Le preocupaba que "al incluir cuestiones de cultura, costumbre y formas tradicionales de organización" en su decisión, la Corte Interamericana disminuyese "la protección que debe estar disponible a todo ciudadano". En otras palabras, dicho Tribunal Internacional no tenía por qué ser condescendiente con las comunidades indígenas y eximirlas del requisito de participar como partido político. Este requisito debía ser abolido para todos los ciudadanos de todos los Estados partes de la Convención (incluidos los indígenas).

El segundo voto particular del Juez Adhoc Alejandro Montiel Argüello apuntó que todos deben cumplir con el deber de formar parte de un partido político. En su voto disidente explicó que fue en virtud del principio de igualdad que se "exigió a los candidatos indígenas los mismos requisitos que a los no indígenas". Agregó que, salvo excepciones, "un Estado no puede tener leyes diferentes para cada una de las etnias que lo integran cuando se trata de la elección de autoridades que ejercerán sus funciones en territorios habitados por diferentes etnias (…)".

Ambos magistrados parten de una aplicación estricta de la igualdad formal ante la ley pero bajo distintos razonamientos. Uno y otro desconocen las

[20] Fernando REY MARTINEZ define a las acciones afirmativas como "medidas de impulso y promoción que tienen por objetivo establecer la igualdad mediante la eliminación de las diferencias de hecho", mientras que la discriminación inversa, es definida como la "variedad específica de las acciones positivas, más incisiva y eficaz, que adopta la forma de cuotas y tratos preferentes". Mediante las medidas de discriminación inversa "se establece una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas (de trabajo de puestos electorales, etc) asignando un número o porcentaje o atribuyendo puntos o calificaciones especiales para los grupos a los que se quiere favorecer". En: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo,* MacGraw Hill, Madrid, 1995, p. 85. También definidas por TAYLOR como "medidas temporales que gradualmente nivelarán el campo de juego y permitirán que las viejas reglas "ciegas" retornen con todo su vigor, en tal forma que no discriminen a nadie", ob. cit., pp. 62-63.

diferencias culturales que detentan las comunidades indígenas con relación al resto de la población nicaragüense. El primero tiene como premisa que el derecho de participación política es absoluto y cualquier condicionamiento rebaja sus estándares de protección. El segundo (en una postura definida por PAREKH como "asimilacionista") considera que los miembros de las comunidades indígenas deben observar los mismos requerimientos para participar en la vida política del país que el resto de ciudadanos. La regla sería que si un indígena desea participar tiene que ser como los demás miembros de la cultura dominante. PAREKH denomina a este asimilacionismo como cívico, y se relaciona con la diferencia entre la esfera privada y la pública[21]. Mientras en la esfera pública el Estado de Nicaragua busca uniformidad, en la esfera privada, cada persona puede pertenecer a la comunidad que prefiera.

Tenemos tres contextos sobre el tratamiento que puede darse a la participación de los grupos étnicos en la vida política de un país. En el primero, se les asimila a la cultura dominante y se omite un trato diferenciado para ellos. En el segundo, se adopta un multiculturalismo intermedio reconociendo su presencia en el Estado y fomentando su participación, obligando a las organizaciones políticas a que incluyan en sus listas de candidatos un porcentaje de miembros de estas comunidades (cuotas electorales). El tercero es un escenario multiculturalista más agresivo que se traduce una presencia importante de estas comunidades en el escenario político. Puede adoptar circunscripciones electorales destinadas a grupos étnicos (es decir, reservar un número de asientos en el Parlamento sólo para indígenas), permitir la elección de las autoridades públicas representativas de acuerdo a sus usos y costumbres; o, promover la creación de asociaciones políticas formadas únicamente por indígenas, entre otras manifestaciones.

VI. El derecho de participación política de los indígenas en la experiencia peruana

En la experiencia peruana, el constituyente y el legislador impusieron cuotas electorales a favor de las comunidades nativas y pueblos originarios en las listas de candidatos al Congreso de la República, a los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Descarta así, el asimilacionismo y opta por una política del reconocimiento. El déficit que encuentro es que no se especifica cuál será el elemento distintivo que determinará la pertenencia a estos grupos étnicos: ¿será el idioma?, ¿la apariencia física?, ¿la residencia?, ¿un padrón o listado de

[21] PAREKH, Bhikhu, *Repensando el multiculturalismo,* (traducción de Sandra Chaparro), Madrid, Istmo, 2005, pp. 175 y ss.

electores que indique de forma concreta y específica quiénes son los miembros de una comunidad indígena? Además de una declaración jurada, los candidatos incluidos en la cuota étnica deberán acreditar de alguna manera que forman parte de un "pueblo originario".

En mi opinión, las cuotas indígenas fortalecen los localismos y la diferenciación frente a la unidad del Estado, que son factores complejos en un país tan multicultural y al mismo tiempo, tan dividido. Pero también creo, a diferencia de lo que considera TAYLOR, que aún con sus imperfecciones estas cuotas han permitido que en un Estado con enormes brechas sociales y un elevado índice de discriminación (según las conclusiones del Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación), los históricamente excluidos, accedan a un escaño en el Congreso de la República o en los Consejos Regionales. Lugares que se encontraban vedados para ellos.

De otro lado, no se puede negar que una vez que un candidato es elegido como Congresista de la República (con independencia de si proviene de una comunidad indígena o, de si fue electo por la región Tacna), éste se convierte en representante de la nación. Tampoco se puede obviar que, en los hechos, la procedencia de un miembro del Congreso es uno de los factores que influyen cuando vota por una iniciativa legislativa o cuando promueve otra. Así, no le falta razón al señor Centuriano Knoght Andrews cuando en su declaración testimonial observó que:

> *"las comunidades no tienen representación en el poder legislativo, aun cuando los indígenas constituyen el 80% de la población de la RAAN, el 20% de la RAAS y el 15% de la población nacional. Solo cinco diputados, representan a la RAAN y a la RAAS, los cuales, pertenecen a los partidos tradicionales y ninguno tiene una "visión indígena" (...)"*

Ahora bien, parte de esta imperfección de la política del reconocimiento es que no se les facilita el acceso a estos cargos en función a su condición de miembros de una comunidad étnica, sino que se obliga a los partidos políticos (quienes inscriben a los candidatos en las contiendas políticas) a que sean multiculturales. Hasta aquí, es posible inferir que el Estado peruano adopta una versión moderada del multiculturalismo para el derecho de participación en la vida política del país.

En las comunidades campesinas y nativas peruanas se elige a los jueces de paz (la única autoridad judicial que debe ser elegida por la población electoral) no necesariamente por voto universal, secreto, directo y obligatorio como ocurre con las demás autoridades públicas representativas. El juez de paz es el buen vecino que resuelve los conflictos en base a su "leal saber y entender" y ocupa el primer escalón del escalafón judicial. En su elección, predomina el sistema

de asambleas con voto a mano alzada, o por filas que construyen los miembros de las comunidades detrás de cada candidato, de tal manera, que el candidato ganador será aquel que obtenga la fila más extensa[22]. La Constitución peruana de 1993 les reconoce el derecho a organizarse de acuerdo a sus costumbres. Siguiendo el razonamiento de la Corte y en respeto de sus tradiciones ¿debería trasladarse las modalidades de votación que utilizan para sus autoridades comunales y los jueces de paz para la elección de las autoridades nacionales como el Presidente de la República?

Reflexionar sobre cuál es el nivel de flexibilidad que puede adoptar un Estado respecto a una minoría no es tarea fácil. Adoptar una posición tan comunitarista como la de la Corte IDH, determinaría que si el multiculturalismo reina, el Estado tenga que estudiar todas y cada una de las culturas para tener claridad sobre sus valores, costumbres y en suma, sobre cómo construyen su identidad. Sólo de esta manera podría implementar una política de inclusión en el acceso a los cargos públicos sin intentar homogeneizar a los diferentes. Pero cabe preguntarse hasta qué punto puede dar origen a una mentalidad separatista que diese prioridad a la identidad étnica por encima de la identidad humana universal. El caso de Bolivia es elocuente sobre los peligros de la política del reconocimiento aplicada con mayores decibeles. La nación "plural" se transformó en una nación indígena y gracias a la elección del presidente Evo Morales, cuenta con una nueva Constitución diseñada a la medida del indigenismo que excluye al "blanco".

Tengo la impresión que las cuotas electorales tal y como se plantean en la experiencia peruana se vuelven preferibles frente a un reconocimiento más radical como la reserva para indígenas de escaños parlamentarios sólo para indígenas. Sobre la presencia del multiculturalismo y los derechos políticos, la propuesta de FANON es de lejos, más plausible. A su juicio, la clave para una adecuada

[22] Según el artículo 149 de la Constitución "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial". Los jueces de paz (antiguamente denominados "Jueces de Paz No Letrados") son autoridades judiciales que nacieron en la Carta Política de 1823 y que se encuentran esencialmente ubicados en las unidades político territoriales más pequeñas del Perú (distritos, centros poblados, comunidades campesinas o nativas) que no cuentan con justicia letrada o de primera instancia o que ésta está muy lejana. Es una justicia gratuita basada en la conciliación cuya legitimidad en la comunidad tiene como pilar, las cualidades morales del Juez. Resuelven de acuerdo a "su leal saber y entender", no se les exige formación jurídica, y son elegidos entre los vecinos más notables de la comunidad. Véanse los trabajos de: LOVATON, David, MARQUEZ Jaime, ARDITO, Wilfredo, MONTOYA, Iván. *Justicia de paz. El otro poder judicial,* Instituto de Defensa Legal, Lima, 1999. BOYER, Janeyri y PANIZZO, María. "Las Elecciones de jueces de paz en la Constitución de 1993: Una mirada desde el Derecho Electoral". *Revista Derecho y Sociedad*. Núm. 20, 2003, pp. 31 y 32.

política del reconocimiento puede encontrarse en el sistema educativo y en el lenguaje[23].

Una revalorización de la cultura indígena en los textos escolares y universitarios, y una educación escolar intercultural que incorpore el idioma "oficial" y las lenguas nativas, serían un interesante punto de partida, más que mayores medidas especiales para ellos en las normas electorales. La revalorización de la propia cultura y su tratamiento como igualmente válida o respetable que la mayoritaria, podría tender un puente de unidad en medio de la diversidad. Caso contrario, el concepto de representación se parcelaría en tantas porciones como culturas tenga un Estado y podría devenir en una atomización político partidaria que, traducida en el Parlamento (o en el órgano de representación nacional), impediría la gobernabilidad contribuyendo de mala manera con su alicaída legitimidad.

VII. Reflexiones finales

En Estados con elevado número de culturas distintas es peligroso adoptar una política de reconocimiento absoluto de todas y cada una de ellas junto a sus costumbres y valores. El Estado necesita implementar medidas mínimas que permitan la unidad estatal sin extirpar las manifestaciones culturales particulares. Es preciso que institucionalice tanto pluralismo como sea necesario pero el suficiente como para mantener la unidad estatal.

En el campo de los derechos políticos apunto a la educación intercultural y en valores ciudadanos antes que medidas agresivas para garantizar la representación de los grupos minoritarios. Las clásicas cuotas electorales han permitido que los históricamente excluidos accedan a cargos públicos que les estaban vedados. Sin embargo, estas medidas impiden un honesto y competitivo concurso de méritos personales y son parciales porque no garantizan un real acceso, sólo lo facilitan. En la experiencia peruana, una revolución educativa e intercultural debe ser el principio y la clave de la inclusión política de las comunidades indígenas.

* * * * *

[23] Taylor, ob. cit., p. 97.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS (2007-2010)

COMENTARIO A LA STC 00025-2007-PI, DE 19 DE SETIEMBRE DE 2008

CRITERIOS SOBRE LA CARRERA MAGISTERIAL

Por JAVIER ADRIÁN CORIPUNA
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

Los temas constitucionales que fueron abordados en el pronunciamiento son los siguientes: promoción del bienestar general, principio de Estado Social y Democrático de Derecho, dignidad de la persona, democracia, principio de progresividad en materia de derechos sociales, competencia del gobierno nacional sobre política remunerativa derecho a la educación, y principio de igualdad.

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

El 12 de julio de 2007, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N.° 29062, denominada "Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la carrera pública magisterial". Esta norma era parte, según se afirmaba en dicho momento, del proceso de reforma de la educación en el Perú. Por ello, como contenidos principales de este nuevo conjunto normativo destacaban los siguientes: *i)* estructura de la carrera pública magisterial: *ii)* ingreso, ascenso y permanencia en dicha carrera; *iii)* derechos, deberes y sanciones de los profesores; *iv)* formación y capacitación permanente; y *v)* el régimen de remuneraciones, incentivos y estímulos.

Determinados extremos de dicha ley fueron cuestionados mediante procesos de inconstitucionalidad. Uno de ellos fue precisamente el caso bajo comentario (Expediente N.° 00025-2007-PI/TC), mediante el cual el Tribunal Constitucional (TC) declaró infundada la demanda interpuesta por el Colegio de Profesores

del Perú, respecto de los artículos 3º, 11º inciso d), 12º, 17º, 29º segundo párrafo, 40º, 41º, 51º, 53º, 54º, 63º, 65º inciso c), así como la Sexta y la Décimo Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 29062.

Otros de ellos es el Expediente N.° 00016-2008-PI/TC en el que se cuestionaron los artículos 7º, 33º, 36º inciso c), 43º, 51º, 52º, 53º, 63º y 65º inciso b) de la Ley N.º 29062.

La sentencia del mencionado expediente N.° 00025-2007-PI/TC contiene asuntos constitucionales del mayor interés tales como la reiteración de la doctrina jurisprudencial respecto carácter binario de la educación, la misma que no sólo constituye un *derecho fundamental* sino también un *servicio público*, dado que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones y fines del Estado. Asimismo, se desarrolla el rol que cumple la educación en la realización de los principios de dignidad humana e igualdad, así como en el fortalecimiento de la democracia, pues no se puede afirmar que existe democracia en aquellas sociedades que no otorguen a los ciudadanos un óptimo conocimiento sobre sus derechos, deberes o aquel conjunto de conocimientos mediantes los que pueda desarrollar libremente su personalidad.

Otro de los aspectos que resulta de relevancia en esta sentencia es el desarrollo hecho sobre las propiedades o características que identifican el contenido esencial del derecho de huelga: *i)* ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga; *ii)* convocar dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconvocatoria; *iii)* establecer el petitorio de reinvindicaciones, las que deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga; *iv)* adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley; y *v) d*eterminar la modalidad de huelga, esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado.

Asimismo, en cuanto a los límites que existen respecto del derecho de huelga, se identificó que *por razón de las personas,* se encuentran excluidos del goce de libertad sindical y del derecho de huelga, los siguientes: a) los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección (artículo 42°, Const.); b) los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42°, Const.); y c) los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público (artículo 153º, Const.). Otro límite al derecho de huelga se encuentra en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, que en su artículo 82° establece que " Cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan".

En la sentencia bajo comentario el TC sostiene que el cuestionado artículo 3º de la Ley N.º 29062, al disponer que los profesores prestan un servicio público esencial, es constitucional, pues no afecta el contenido esencial del derecho de huelga.

Por otra parte, destaca en la presente sentencia, el desarrollo jurisprudencial sobre el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales (artículo 2° inciso 26, Const.), el mismo que supone la imposibilidad de que los trabajadores renuncien por propia decisión a los derechos laborales que la Constitución y la ley les reconocen.

El demandante alegaba en este caso que la Décima Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la ley cuestionada vulneraba el principio de irrenunciabilidad de derechos en la relación laboral, por cuanto equiparaba la remuneración íntegra a la remuneración total permanente, desconociendo los derechos adquiridos por los profesores. Sobre el particular, el TC sostuvo que de la revisión de la disposición cuestionada no se aprecia que la ley obligue a los profesores (trabajadores) a disponer de algún derecho vigente, sino que se trata de una sucesión normativa en materia laboral, por lo que no resulta aplicable el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.

Finalmente, debe destacarse que en esta sentencia el TC declara infundado el extremo en el que se establece como causal de retiro de la Carrera Pública Magisterial el haber desaprobado la evaluación de desempeño en tres oportunidades, el mismo que no puede ser considerado como una vulneración del derecho a la estabilidad laboral ni al trabajo, puesto que configura una causa justificada de despido, dado que el profesor retirado de la carrera pública magisterial está demostrando con ello que no cuenta con capacidad e idoneidad para el ejercicio del cargo de profesor.

3. Análisis

Los puntos antes mencionados evidencian un desarrollo positivo de la jurisprudencia constitucional en la identificación del contenido de aquellos bienes constitucionales que se encuentran comprometidos en materia de educación y carrera magisterial, así como en la exigencia de que los límites a los derechos fundamentales deban contener, mínimamente, requisitos como los de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Asimismo, resulta importante el análisis realizado sobre la relación educación-democracia. Queda claro que un ciudadano que carece de educación de calidad es un ciudadano que *realmente* no forma parte de un sistema democrático pues tiene reducida y en algunos casos eliminada su capacidad para conocer, comprender, controlar, criticar y cuestionar todos aquellos aspectos públicos que le conciernen.

COMENTARIO A LA STC 00031-2008-PI, DE 19 DE ENERO DE 2009

HOMOLOGACIÓN DE LOS SUELDOS DE LOS PROFESORES DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS.

Por VLADIMIR ARÁOZ TARCO
Especialista Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

Al respecto, el Tribunal Constitucional consideró que son 3 las materias constitucionales relevantes que deben ser desarrolladas:

a) Establecer si la Ley N.º 29223 (Ley que precisa la aplicación de la Ley N.º 29137, Ley que aprueba los términos de continuación del programa de homologación de los docentes de las universidades públicas) resulta inconstitucional por violar el principio de irretroactividad de las leyes prevista en el artículo 103º de la Constitución.
b) Determinar si el Parlamento violó el artículo 79º de la Constitución, que determina que los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto, al expedir la Ley Nº 29223, en la medida que tendría incidencia en el gasto público.
c) Asimismo, en el caso que el Parlamento no haya generado gasto público al emitir la Ley N.º 29223, establecer si el Parlamento violó los principios constitucionales que orientan la actividad presupuestaria del Estado, entre ellos, los principios de equilibrio financiero y de programación presupuestaria.

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

Mediante Ley N.º 29223, de fecha 6 de mayo de 2008, impugnada en el proceso constitucional, se precisa que los términos de continuación del Programa de Homologación de los Docentes de las Universidades Públicas, aprobado por Ley N.º 29137, garantizan la continuación de dicho Programa a partir del mes de junio del año 2007, de conformidad con la Décimo Tercera Disposición Final de la Ley N.º 29035, Ley que autoriza el Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2007 y la Ley 29070 que fija el porcentaje complementario para aplicar dicha Disposición Final; y, además, autoriza al Ministerio de Economía y Finanzas a disponer el pago del incremento por el periodo comprendido entre el 1 de junio y el 27 de noviembre de 2007, conforme a los montos establecidos en el anexo de la Ley N.º 29137.

Al respecto, para tener una idea más clara del proceso de homologación de sueldos de los profesores de las universidades públicas, es necesario enfocar el problema en su contexto, es decir, en conjunto, dentro del marco del Programa de de Homologación de sueldos de los Profesores Universitarios, que por mandato del artículo 53 de la Ley Universitaria (Ley N.º 23733), se inicia luego de más 20 años de su vigencia, con la emisión de los Decretos de Urgencia N.ºos. 033-2005 y 002-2006, publicados el 22 de diciembre de 2005 y el 21 de enero de 2006, respectivamente.

Decretos de Urgencia que fueron impugnados, así como el Proceso de Homologación en su conjunto y que fueron resueltos mediante STC N.º 023-2007-PI/TC. En esta sentencia si bien se manifestó que dichos decretos incurrían en inconstitucionalidad por la forma, tras ponderar los bienes constitucionales, se concluyó que esta medida sería más perjudicial para los profesores universitarios, razón por la que fueron declarados constitucionales, así como se precisó que el Programa de Homologación en general es compatible con la Constitución, haciendo realidad el cumplimiento tan postergado del artículo 53 de la Ley Universitaria. Precisándose que el proceso de homologación en etapas y de manera gradual no es incompatible con el propósito del artículo 53 de la Ley Universitaria y que además éste artículo forma parte del bloque de constitucionalidad ya que prevé un estatus remunerativo a los docentes universitarios que garantiza la investigación y el desarrollo cultural del país, recordándose además que el proceso de homologación no puede ser entendido como una nueva forma de prolongar las demandas de los docentes universitarios, recayendo en el Poder Ejecutivo la obligación de dar cumplimiento a la citada ley.

Consecuentemente, es en base a este marco general del Proceso de Homologación de los Profesores de las Universidades Públicas, que se realiza el control de constitucionalidad de la Ley 29223, a fin de determinar si la citada norma impugnada viola el principio de irretroactividad de la ley, la prohibición a los

miembros del Parlamento de crear gasto público y si además con la emisión de esta Ley se vulnera la actividad presupuestaria del Estado.

3. Análisis

3.1. Respecto a la supuesta violación del principio de irretroactividad de la ley, el Tribunal Constitucional para resolver la controversia ubica la norma enjuiciada en el contexto general del Programa de Homologación y las distintas disposiciones legales que se dictaron en el proceso. Así, la Ley 29223, impugnada en este proceso se halla directamente relacionada con la Ley 29137, y a la vez ambas leyes forman parte de una cadena legislativa de normas que tiene por objeto concretar lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley Universitaria. Por lo que la norma impugnada viene a garantizar la continuación del Programa de Homologación que muy anteriormente se había iniciado, permitiendo que no haya un vacío entre el 1 de junio y el 27 de noviembre de 2007, invocando incluso la Décimo Tercera Disposición Final de la Ley 29035, que autoriza el Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007.

3.2. Respecto a la supuesta violación del artículo 79 de la Constitución, que señala que los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto, de manera similar al punto anterior, se reconstruyó el historial legislativo del Proceso de Homologación, es decir, se ubicó el contexto en el que la norma impugnada fue emitida, ya que incluso la norma presupuestaria que otorga cobertura a la homologación durante el periodo fiscal 2007, viene contenida en la Ley 28929. En tal sentido, los gastos irrogados por concepto de homologación ya habían sido considerados en una ley anterior, estableciéndose mediante la Ley impugnada, solamente la fecha de inicio y término para el pago por concepto de homologación de profesores universitarios para el periodo fiscal 2007; por lo que se determinó que el Parlamento no actuó al margen de sus competencias.

3.3. Respecto a los principios presupuestales de programación y equilibrio financiero, se precisó que la norma impugnada no tiene contenido presupuestario, toda vez que no se trata de un nuevo presupuesto o de algo totalmente diferente a lo ya previamente establecido en las leyes presupuestales; por lo que la norma impugnada, al no tratarse de una ley de carácter presupuestal, no estaba sujeta a los principios constitucionales que rigen las normas presupuestarias.

Finalmente, en el presente caso el artículo 53 de la Ley Universitaria, vigente desde diciembre de 1983, suspendida en su vigencia desde el año 1995 hasta la dación de la Ley 27366, del 5 de noviembre de 2000, fecha en que recobró vigencia; no obstante el tiempo transcurrido no ha sido cumplida, generando con ello una grave afectación de los derechos de los profesores universitarios.

Por lo que, se consideró necesario enfatizar la necesidad de unir esfuerzos a fin de que las autoridades del Estado asuman con seriedad y responsabilidad el cumplimiento de obligaciones y pautas básicas que exige un Estado Constitucional de Derecho, que se verían seriamente mellados si las propias autoridades y funcionarios incumplen las normas básicas que regulan el sistema de normas, desde la Constitución hasta las decisiones jurisdiccionales que toman los jueces; incumplimiento que se puede verificar en la propia interposición de la presente demanda de inconstitucionalidad, ya que es obvia la intención del Poder Ejecutivo, cual es intentar impedir o retardar el Proceso de Homologación que incluso fuera convalidado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 0023-2007-PI/TC, razón por el que se exhortó al Poder Ejecutivo a través de la Presidencia del Consejo de Ministros asumir sus responsabilidades constitucionales.

COMENTARIO A LA STC 00001-2009-PI,
DE 4 DE DICIEMBRE DE 2009.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL FUERO MILITAR POLICIAL, LEY N.º 29182

Por ALBERTO CHE-PIÚ CARPIO
Coordinador General del Gabinete de Asesores del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional (TC)

- La Jurisdicción Militar.
- Independencia y autonomía del Fuero Militar Policial.
- Nombramiento de los jueces militares policiales y régimen disciplinario.
- El Fiscal Militar Policial.
- Procedencia de los Magistrados del Fuero Militar Policial y principio de igualdad.

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

Esta no es la primera demanda que se interpone para cuestionar determinados aspectos vinculados al funcionamiento de la justicia militar:

a. En el proceso N.° 00023-2003-AI se cuestionó la constitucionalidad de determinados artículos del Decreto Ley N.° 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar; del Decreto Ley N.° 23214, Código de Justicia Militar; y de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.° 27860, Ley del Ministerio de Defensa; en esa ocasión, el TC se pronunció sobre aspectos propios de la jurisdicción militar, tales como la unidad de la función jurisdiccional y el

principio de exclusividad, así como sobre los principios de independencia, imparcialidad y la garantía de inamovilidad de los jueces de esta jurisdicción. Del mismo modo, sobre la incompatibilidad entre el ejercicio de la función jurisdiccional y la condición de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, así como la inconstitucionalidad de la "subordinación" o dependencia existente entre los órganos de la jurisdicción militar, inconstitucionalidad que se extendía al sistema de nombramiento de los jueces militares, al derecho de defensa de los sujetos a tal jurisdicción así como a la configuración del órgano denominado "Ministerio Público" al interior de la jurisdicción militar.

b. En el proceso N.º 00004-2006-PI se impugnaron determinados extremos de la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial; ante ello, el TC profundizó su análisis en relación a aspectos ya tocados en el proceso de inconstitucionalidad precitado, e incidió en tópicos cuya temática estaba relacionada con la jurisdicción militar. Así, se pronunció respecto de la jurisdicción especializada en lo militar y los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, y en la forma como estos incidían en la regulación de los órganos de la jurisdicción militar o en el Cuerpo Judicial Penal Militar Policial; también se analizó la participación de oficiales en actividad en esta jurisdicción, la garantía de unidad judicial, el control disciplinario, la autonomía del Ministerio Público, entre otros.

c. En el proceso N.º 00006-2006-PI se cuestionaron diversos artículos de la Ley N.º 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, por lo que el TC, luego de reiterar su jurisprudencia en aspectos tales como la independencia e imparcialidad del juez y la garantía institucional del Ministerio Público, o la pertenencia al cuerpo jurídico militar para acreditar la formación jurídico militar, se pronunció respecto a si los jueces y fiscales militares podían conocer de delitos comunes, así como sobre las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura para nombrar a estos magistrados, las atribuciones constitucionales de la Academia de la Magistratura y el acceso a la información pública respecto de información que deba ser facilitada por quienes ejercen la función fiscal o judicial ante dicha jurisdicción.

d. En el proceso N.º 00012-2006-PI se demandó la inconstitucionalidad de determinadas normas del Decreto Legislativo N.° 961, Código de Justicia Militar Policial. Ello le permitió al TC pronunciarse en relación al sistema punitivo en el marco constitucional, la configuración

legislativa de las conductas punibles y las penas, el principio de legalidad en materia sancionatoria, el contenido del delito de función y sus características básicas, y la constitucionalidad o inconstitucionalidad de diversos delitos.

3. Análisis

a. ¿El Fuero Militar Policial (FMP) debía ser regulado a través de una norma con rango de ley orgánica?

El primer extremo de la impugnación se sustentaba en determinar si el denominado Fuero Militar Policial debía o no ser regulado a través de una ley orgánica, por cuanto la norma impugnada no tenía esa calidad, razón que serviría para declarar su inconstitucionalidad formal, al vulnerarse el artículo 106º de la Constitución.

El TC, reiterando el criterio establecido en la STC N.º 00022-2004-AI, fundamento 31, expuso que el FMP no era un órgano constitucional autónomo, sino uno constitucionalizado (fundamento 4). Este argumento, además, sirvió para declarar la inconstitucionalidad del artículo 4º de la norma impugnada, en tanto que dicha norma establecía que al TC le correspondía resolver los conflictos de competencia entre el FMP y el Poder Judicial, situación ajena al sistema de control de competencias que le ha sido asignado al TC, conforme al artículo 109º del Código Procesal Constitucional.

b. La existencia del Fuero Militar Policial (FMP)

Para el TC, la existencia del FMP no es debatible, en tanto exista la previsión contenida en el artículo 139.1º de la Constitución (fundamento 13); pero sí es posible que el legislador, al regular dicha materia, lo haga sobre la base de criterios interpretativos no evaluados por el TC (fundamento 14), situación que podría motivar que el TC cambie su criterio jurisprudencial, como lo ha hecho en otras oportunidades (fundamento 21).

c. La independencia y autonomía del Fuero Militar Policial (FMP)

Se destaca que *"El Congreso de la República, al emitir la norma impugnada, ha cumplido con regular la organización y funciones del FMP, de modo que los artículos I a IV del Título Preliminar de la Ley N.º 29182 delimitan su independencia y autonomía; sus competencias y vinculación a los principios y garantías de la función jurisdiccional, así como al pleno respeto a los derechos fundamentales; establecen de que manera deben tipificarse los delitos de función, así como la prohibición de que dicha legislación sea aplicada a*

ciudadanos civiles, de manera directa, indirecta o por analogía", lo que es concordante con la jurisprudencia del TC (fundamento 26).

De otro lado, el TC considera que el hecho que los jueces sean nombrados por órganos políticos no contraría, *per se,* el principio de independencia judicial; aduce, al respecto, que suscribir este criterio importaría cuestionar por razones similares al TC, dado que sus integrantes son elegidos por el Congreso de la República (fundamento 51). Por ello, concluye que el proceso de selección de magistrados del Tribunal Supremo por el Presidente de la República no solo no es subjetivo, sino que responde a la capacidad profesional de los seleccionados (fundamento 54).

Respecto de la inamovilidad de los magistrados del FMP, se precisa que estos, por razones justificadas, pueden ser cambiados de colocación, siempre que tales razones sean interpretadas de manera restrictiva y no sean injustificadas (fundamentos 58-59). Asimismo, el TC considera que la Ley N.º 29182 otorga garantías suficientes para que el ascenso en grado de los jueces del FMP –quienes se encuentran en actividad– no interfiera con el desempeño de sus funciones (fundamento 69), y tomando en cuenta la sentencia dictada en el Caso Palamara Iribarne contra Chile por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 155-156 (fundamento 76), concluye el TC que los jueces militares peruanos no están subordinados a sus superiores, pues son nombrados en concurso público y además tienen garantías suficientes de inamovilidad (fundamento 77), por lo que deviene inconstitucional que se pretenda interpretar diversos dispositivos de la Ley N.º 29182 en el sentido que los oficiales de armas en actividad puedan ejercer funciones jurisdiccionales (fundamento 79).

d. El nombramiento de los jueces y fiscales del FMP y su régimen disciplinario

Sobre este extremo, el TC ha considerado que las facultades otorgadas por la Constitución al Consejo Nacional de la Magistratura para el nombramiento, ratificación y destitución de los jueces y fiscales no incluye a los jueces y fiscales del FMP, por lo que el Congreso de la República tiene libertad para configurar la estructura, conformación y funcionamiento del FMP (fundamento 93). Por tales razones, el CNM tampoco es competente para imponer sanciones, por lo que se justifica optar por un órgano al interior del FMP para que se encargue de ello (fundamento 97).

e. El denominado Órgano Fiscal Militar Policial en el FMP

Para el TC, como lo ha expuesto en la STC N.º 00006-2006-PI, lo que no se puede pretender en vía legislativa es la subordinación jerárquica o funcional del Ministerio Público, pues ello desnaturalizaría su independencia funcional

(fundamento 101). De otro lado, precisa que si bien el artículo 139º de la Constitución hace una reserva a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, no contiene una reserva similar a favor del Ministerio Público (fundamento 103), por lo que el legislador está facultado para incluir un órgano que ejercite la acción penal (fundamento 105).

f. La procedencia de los magistrados del FMP

Establecer que aquellos proceden únicamente del Cuerpo Jurídico Militar Policial no constituye para el TC una afectación del derecho-principio de igualdad. Parte del sustento proviene de la aplicación del test de proporcionalidad (fundamentos 115-122 y 113-135) y de la conclusión de que la medida legislativa es una más bien diferenciadora y no discriminadora. De otro lado, sostiene que tal previsión se justifica porque este fuero solo es competente para procesar los delitos de función que se cometan, lo que justifica la existencia del propio fuero (fundamento 127).

El Magistrado Landa Arroyo emitió un voto singular discrepando de la opinión de la mayoría.

COMENTARIO A LA STC 00013-2009-PI, DE 4 DE ENERO DE 2010

SOBRE LOS CONGRESISTAS ACCESITARIOS

Por ROGER RODRÍGUEZ SANTANDER
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

La norma objeto de control constitucional en este proceso de inconstitucionalidad fue la primera oración del segundo párrafo del artículo 25º del Reglamento del Congreso (RC). Dicho precepto, establecía lo siguiente: "En caso de proceso penal, si el Congresista ha sido suspendido en antejuicio político o se le ha impuesto mandato de detención, previo levantamiento de su inmunidad parlamentaria, y mientras estas situaciones duren, será reemplazado por el accesitario, previo acuerdo de la mitad más uno del número de miembros del Congreso". Alegaban los demandantes (25% del número legal de miembros del Congreso), en primer lugar, que la norma había incurrido en un vicio de forma, pues a pesar de que regulaba una materia reservada a ley orgánica, la Resolución Legislativa N.º 008-2007-CR, del 17 de octubre de 2007, que había permitido su introducción al orden jurídico, había sido aprobada por solo 57 congresistas. En segundo término, consideraban, en cuanto al fondo, que la disposición era violatoria de los derechos fundamentales a la igualdad y a la representación política.

El Tribunal Constitucional (TC) abordará los asuntos tanto de forma como de fondo planteados, aún cuando los aspectos sustantivos que somete a análisis no coincidirán en su totalidad con los que fueron planteados en la demanda, pues además de desarrollar los institutos de la inviolabilidad por votos y opiniones parlamentarias, la inmunidad parlamentaria, el antejuicio político y el juicio político, analizará también si el precepto impugnado resulta compatible o no con el principio de representación proporcional, previsto en el artículo 187º de la Constitución (C).

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

Lamentablemente, la conducta de determinados congresistas ha llevado a que la suspensión provisional en el ejercicio de sus funciones en razón de procesos penales instaurados en su contra, sea una cuestión cada vez menos excepcional. Tratándose de un procedimiento de acusación constitucional, dicha suspensión, en última instancia, queda supeditada a que sea aprobada por una votación que supere la mitad del número legal de congresistas, sin participación de los miembros de la Comisión Permanente (segundo párrafo del artículo 89º, literal i, del RC).

Sin embargo, la modificación introducida por la norma cuestionada hacía que también esté condicionado a una votación favorable de la mitad más uno, el reemplazo del congresista suspendido por el accesitario. Asimismo, resaltaba el hecho de que la Resolución Legislativa N.º 008-2007-CR, incluyera una disposición complementaria única, en virtud de la cual, dicha modificación no era de aplicación a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigencia. De acuerdo al criterio de los demandantes, el objeto de esta última disposición era evitar supeditar el reemplazo de la suspendida congresista aprista Tula Benitez Vásquez (cuyo procedimiento se había iniciado antes de la entrada en vigencia de la norma) a una votación congresal. Por el contrario, la votación fue aplicada a un posterior caso, a saber, el del suspendido congresista José Anaya Oropeza. A través de dicha votación, realizada en la sesión del Pleno del Congreso celebrada el 15 de enero de 2009, se había decidido no reemplazar al congresista con su accesitario.

De esta manera, no sólo se acusaba la inconstitucionalidad de la norma, sino además la existencia de hechos que, a juicio de los recurrentes, permitían confirmar en concreto que ella supeditaba a consideraciones de carácter político el pleno ejercicio de determinados derechos fundamentales y la efectiva vigencia de otros valores constitucionales.

Como se sabe, aunque el proceso de inconstitucionalidad exige un control constitucional de las normas eminentemente abstracto, éste no puede mantenerse ajeno a la realidad sobre la que dichas disposiciones inciden, pues ello, entre otras cosas, desvirtuaría el deber del juez constitucional de pacificar y ordenar los conflictos sociales, y de prever las consecuencias de sus decisiones.

3. Análisis

a) En relación con la alegada inconstitucionalidad de forma.

De conformidad con el artículo 106º C, "mediante las leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas

en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución". En esa medida, además de la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado, deben regularse a través de una ley orgánica, las siguientes materias: el derecho fundamental a ser elegido y a elegir representantes (art. 31º C), los procesos constitucionales (art. 200º C), y las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales (art. 66º C). Según el mismo precepto constitucional, para la aprobación o modificación de una ley orgánica, "se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".

En el fundamento jurídico (F. J.) 18 de la sentencia analizada, se señala que el "procedimiento del reemplazo temporal de los congresistas suspendidos (…) no atañe ni a la organización del Congreso ni a sus funciones, por lo que es un asunto que no se encuentra dentro del principio de reserva de ley orgánica". No obstante, a criterio del TC, en la medida de que el artículo 31º C establece que el derecho a ser elegido representante, se ejerce "de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica", y de que la norma impugnada regula algunas de las condiciones para ocupar un escaño en el Congreso, ésta, al ocuparse de un asunto reservado a ley orgánica, debió ser aprobada por, cuanto menos, 61 congresistas. Empero, la norma fue aprobada por solo 57 parlamentarios, por lo que el TC concluyó que ella resultaba violatoria del artículo 106º C, analizado sistemáticamente con el artículo 31º C (FF. JJ. 19 - 20).

Sin perjuicio de que en efecto la norma resultaba inconstitucional por este último motivo, llama la atención que el TC haya descartado que ella también resulte inconstitucional por ocuparse de la materia reservada a ley orgánica por el propio artículo 106º C. Dicho precepto, según se ha apuntado, señala que "mediante las leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución". Verdad es, tal como afirma el Colegiado, que la regulación de la norma "no atañe ni a la organización del Congreso ni a sus funciones", pero parece claro que sí atañe a su estructura, cuando menos si –como parece ser evidente– dentro del concepto de estructura entendemos incluido el número de parlamentarios establecido directamente por el artículo 90º C, el cual es actualmente de 120 y que pasará a ser de 130 a partir del proceso electoral del 2011[1]. En otras palabras, una norma cuya regulación incida sobre el número constitucional de parlamentarios atañe a la estructura del Parlamento y por ello, por mandato del artículo 106º C, debe ser regulada por ley orgánica. Desde luego, ya desde una perspectiva material, dicha regulación no debe afectar dicho número (tal como sucedía con la norma en cuestión, según se verá al realizar el análisis sustantivo), sino, antes bien, procurar mantenerlo

[1] Cfr. Disposición Transitoria Única de la Ley de Reforma Constitucional N.º 29402, del 8 de septiembre de 2009.

ante las vicisitudes que puedan afectar al ejercicio del cargo de congresista. En ello consiste, justamente, la regulación de las circunstancias que permitirán al accesitario ejercer el cargo.

Ahora bien, en tanto la regulación incide sobre el número de parlamentarios, lo hace también sobre el número de los congresistas que representan a un determinado partido o movimiento político, el cual, a su vez, es consecuencia de la votación popular expresada en el marco de un sistema electoral que, de conformidad con el artículo 176º C, "tiene por finalidad 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 del elector expresada en las urnas por votación directa". Por ello, hubiese sido oportuno que el TC no sólo establezca la relación entre la regulación de la norma y el derecho a ser elegido representante, sino también entre ella y el derecho a elegirlos, lo cual hubiese permitido fortalecer el acertado criterio de que la disposición impugnada resultaba inconstitucional por haberse ocupado de una materia reservada a ley orgánica sin serlo.

b) En relación con la alegada inconstitucionalidad de fondo.

Tal como ha sido señalado, la disposición en cuestión supeditaba el reemplazo del congresista suspendido por el accesitario, a un "previo acuerdo de la mitad más uno del número de miembros del Congreso". En otras palabras, una vez producida la suspensión, que el Congreso de la República se encuentre conformado por 120 congresistas (tal como establece el artículo 90º C), respetando una representación proporcional (exigida por el artículo 187º C), que sea expresión auténtica, libre, espontánea y reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas (según ordena el artículo 176º C), era un asunto que pasaba a depender de que exista una votación conforme de cuando menos 61 congresistas.

Ello, desde luego, suponía condicionar la plena eficacia jurídica de los artículos 90º, 187º y 176º C, a la voluntad congresal. Es decir, suponía supeditar la eficacia de la voluntad del Poder Constituyente a la voluntad de un poder constituido, lo cual, a todas luces, implicaba violar la jerarquía normativa de la Constitución, principio que, justamente, busca ser resguardado a través del proceso de inconstitucionalidad (artículo 75º del Código Procesal Constitucional).

Por ello, el TC, con acierto, juzga inconstitucional la frase "previo acuerdo de la mitad más uno del número de miembros del Congreso" del segundo párrafo del artículo 25º RC, considerando, entre otras cosas, que "la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa no puede estar supeditada a la voluntad de la mayoría del Congreso de la República al momento de decidir si reemplaza o no al congresista suspendido temporalmente" (F. J. 70).

Cabe enfatizar que el antejuicio político implica "la proscripción [que determinados funcionarios sean] procesados penalmente sin haber sido previamente despojados de la prerrogativa funcional en un procedimiento seguido en el seno del Legislativo" (STC 0006-2003-PI, F. J. 7), con la finalidad de prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del órgano representado por el funcionario acusado. En tal sentido, siendo que dicho procedimiento presupone una acusación de carácter jurídico penal, el Congreso tiene prohibido sancionar al funcionario sin la existencia de una sentencia judicial condenatoria firme y previa. Y por ello, siendo que la suspensión en el ejercicio de las funciones congresales de la que se ocupa el segundo párrafo del artículo 25º RC, es aquélla que se produce en el marco de un antejuicio político, el TC lleva razón al sostener que ella no puede tener la naturaleza de una sanción, sino sólo la de una medida provisional orientada a no "compromete[r] las tareas constitucionalmente reservadas al Congreso de la República" (F. J. 57).

Así las cosas, en este marco constitucional y legal, la decisión de suspender provisionalmente al congresista es una decisión política sometida a algunos límites jurídicos. En primer término, dado que el artículo 95º C, establece que "[l]as sanciones disciplinarias que impone el Congreso a los representantes y que implican suspensión de funciones no pueden exceder de ciento veinte días de legislatura", con mayor motivo una suspensión que no tiene naturaleza disciplinaria, no puede superar dicho plazo[2]. Desde luego, la suspensión podrá, excepcionalmente, extenderse por un tiempo mayor, si el congresista, previa decisión de desafuero, se mantiene como sujeto de una orden judicial de prisión preventiva.

En segundo lugar, la suspensión provisional no puede ser impuesta a menos que así lo decida la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso, sin participación de los miembros de la Comisión Permanente que hayan participado en la decisión acusatoria (segundo párrafo del artículo 89º, literal i, del Reglamento del Congreso). En tal sentido, podría darse que se apruebe el desafuero, pero no la suspensión, en cuyo caso el congresista se mantiene en ejercicio de sus funciones, a menos, claro está, que el Poder Judicial haya decidido emitir una orden de prisión preventiva. En este último caso, aunque el artículo 25º RC no aluda a este específico supuesto, por imperio de los artículos 90º, 187º y 176º de la Constitución, deberá ser reemplazado por el accesitario mientras dure su privación de libertad.

En tercer lugar, como bien afirma el Tribunal Constitucional, "el ejercicio discrecional de la facultad del parlamento para decidir, en los supuestos analizados,

[2] En esa línea, la exhortación incluida en el F. J. 60 (no en el 59, como erróneamente se apunta en el falo), parece pertinente.

si se suspende temporalmente o no al Congresista sometido a proceso penal, no escapa al análisis de proporcionalidad y razonabilidad que podría ser susceptible de judicialización, ya que la suspensión decretada debe ser de carácter excepcional en tanto entraña una limitación de derechos y deberes constitucionales" (F. J. 59). Se trata, en definitiva, de que la decisión de suspensión no resulte contraria al contenido protegido de los derechos fundamentales, en especial, del debido proceso y de la igualdad, de forma tal que haya quedado asegurado el derecho de defensa del acusado, quien no debe ser pasible de un trato discriminatorio en razón de su afiliación política o de otra índole.

COMENTARIO A LA STC 00002-2009-PI, DE 8 DE FEBRERO DE 2010

TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON CHILE

Por JORGE LEÓN VÁSQUEZ
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

El control de constitucionalidad del Acuerdo de Libre Comercio con Chile (en adelante, el ALC) ha permitido que el Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento sobre el sistema de control de los tratados internacionales, mostrando una técnica de modulación de los efectos de una sentencia que encuentre incompatibilidades semánticas entre lo acordado políticamente y lo definido jurídicamente.

Es así que en la sentencia 0002-2009-PI, el Colegiado centra su fallo en hacer un ejercicio interpretativo sobre dos temas sustanciales que el ALC Perú-Chile podrían contrariar en el orden constitucional: el territorio del Estado, con especial énfasis en las 200 millas del mar adyacente (artículo 54); y las causales de expropiación (artículo 70).

Luego, aborda los cuestionamientos que los demandantes presentan en materia de solución de conflictos, de los que se alega la contravención a la jurisdicción nacional y sus principios, previstos en los artículos 138 y 139, inciso 1. Además, un tema gravitante que es abordado por el Colegiado es el control de los tratados que no requieren la aprobación del Congreso, figura reconocida en el artículo 56 de la Constitución.

2. Contexto histórico-político de la sentencia: las relaciones internacionales del país y la dinámica de integración económica

El ALC, a diferencia de los tratados de libre comercio que el Perú está celebrando con países de distintos continentes, no incorpora un nuevo régimen

de intercambio comercial, sino que modifica los acuerdos internacionales en la materia ya suscritos por el Perú en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración-ALADI, por la que se entabla el Acuerdo de Complementación Económica N. º 38, que es modificado precisamente por el ALC Perú-Chile en cuestión.

Es en la lógica de la promoción de la apertura económica y el intercambio que el gobierno celebró el ALC, sustentándose en la modalidad de tratados ejecutivos para evitar las demoras e las deliberaciones parlamentarias. Sin embargo, el membrete colocado al ALC Perú-Chile no encajaba plenamente con las materias que regulaba, por lo que luego de su entrada en vigencia, no demoraron los cuestionamientos de su incorporación al ordenamiento jurídico nacional, razón por la cual, cuarenta congresistas de la República presentan la demanda de inconstitucionalidad.

El problema sustancial que presenta la firma de este tipo de acuerdos en un marco de políticas económicas de apertura es la falta de análisis en las consecuencias constitucionales que una concordación política puede generar. Es en razón de esto que el Tribunal Constitucional se pronuncia, para salvar las incompatibilidades que se presentan, preservando el texto pero restringiendo el contenido normativo.

3. Análisis de la sentencia 0002-2009-PI

Si bien el contenido del pronunciamiento del Colegiado no se agota en las materias que a continuación se analizarán, es en vista al objeto de control del proceso de inconstitucionalidad comentado que resulta de especial importancia el tipo de sentencia que se adopta para el caso, pues sin modificar el texto del ALC, descarta interpretaciones que puedan ser contrarias a la Constitución. Esta opción sólo es posible en el marco de una concepción semántica, en donde se distingue entre enunciado (significado) y norma (significante), por lo que se asume que no existe una relación unívoca entre el texto y la norma.

Son dos las materias en donde el Tribunal restringe la interpretación: el territorio del Estado peruano y la seguridad nacional.

3.1. El territorio del Estado peruano (reconocimiento de las 200 millas de mar territorial) y el ejercicio de su soberanía y jurisdicción

La omisión que en el ALC Perú-Chile se hace en lo referido al dominio marítimo motivó a que el Tribunal precisara los alcances del espacio en donde el Perú ejerce soberanía. El Colegiado utiliza lo previsto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 para interpretar extensivamente el

término *territorio*, en lo referido a la obligatoriedad de los trataos en la *totalidad* del territorio, por lo que señala en el fundamento 13 que:

> *"(...) [E]n la medida que los tratados celebrados por el Estado peruano y en vigor forma parte del derecho nacional, según el artículo 55º de la Constitución, cabe resaltar que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, estipula en su artículo 27º que: 'Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que la intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo'. Este es el caso del ALC PERÚ-CHILE, en el que la voluntad de las partes ha sido no excluir espacios o ámbitos de sus territorios".*

Con lo que, ante la ausencia de una voluntad que excluya los alcances del ALC, la sentencia resulta ser una vía institucional del Estado para reiterar el reconocimiento de las 200 millas como dominio marítimo.

La discusión sobre los alcances de la soberanía en el espacio marítimo ha sido anteriormente descrita en un caso visto por el Tribunal Constitucional, referido a la fijación de tributos por el tendido de cables dentro de las 200 millas. Este es el expediente 2689-2004-AA, en donde, en el voto concurrente del magistrado Landa, luego de citarse las disposiciones constitucionales que en la Constitución de 1979 reconocían el territorio de la República (artículo 97), el dominio marítimo (artículo 98) y el ejercicio de la soberanía y jurisdicción sobre el territorio nacional y el mar adyacente hasta las 200 millas (artículo 99), se precisa en el fundamento 5 que:

> *"En torno a estas normas, se han postulado dos tesis. La tesis territorialista parte de reconocer que el 'dominio marítimo' incorpora al Estado peruano un mar territorial de doscientas millas marítimas; equiparando, por tanto, el "dominio marítimo" con el "mar territorial". Mientras que para la tesis no territorialista 'el dominio marítimo' no incorpora al territorio del Estado un mar de doscientas millas marítimas; en la medida que no existe asimilación entre ambos términos.*

Es en la sentencia materia de análisis en donde sí se adopta una postura al respecto, tomándose como punto de partida la *tesis territorialista*, que asimila al espacio de dominio marítimo como parte del territorio nacional. Delimitándose el contenido semántico de la disposición impugnada, el Colegiado la declara constitucional, sí y sólo sí, se comprende a las 200 millas de dominio marítimo como espacio territorial en donde el Perú ejerce soberanía y jurisdicción. Por lo que afirma así en el fundamento 14 que:

> *"En consecuencia, en este extremo, la demanda debe ser declara infundada, debido a que el literal a) del artículo 2.2.º, sobre la 'Definición específica*

> *del país', del Capítulo 2.º 'Definiciones Generales' del ALC PERÚ-CHILE, es constitucional en tanto que, interpretativamente, el concepto de "territorio continental, las islas, los espacios marítimos y el espacio aéreo bajo su soberanía (...)" se conciba de conformidad con el artículo 54º de la Constitución; es decir, que se entienda que la soberanía y jurisdicción que le compete al Estado peruano abarca al dominio marítimo que ejerce sobre las doscientas millas marinas adyacentes a sus costas, como parte del espacio territorial en el que se aplicará el Tratado de Libre Comercio con Chile".*

La precisión y toma de postura resulta ser útil como pronunciamiento institucional que, sin modificar el acuerdo de voluntades interestatal, reitera lo reconocido no sólo política sino constitucionalmente. Con lo que se supera la desventaja técnica en la que negoció el Perú frente a Chile, pues, a diferencia del mutismo peruano sobre la definición de su territorio en el ALC, Chile sí precisó que su territorio es definido en función a su legislación interna e internacional.

3.2 La seguridad nacional y la expropiación por propósito público

Otro punto impreciso en el ALC Perú-Chile y que el Tribunal delimita desde una interpretación constitucional es la determinación de las causales de expropiación. Siendo la propiedad un derecho fundamental que se reconoce como inviolable, su completo vaciamiento de contenido sólo puede estar previsto constitucionalmente. Por lo que una nueva incorporación implicaría una reforma constitucional, lo cual no podría realizarse vía un tratado ejecutivo como el ALC.

El Colegiado ha identificado en su jurisprudencia que una intervención tan grave al derecho de propiedad como lo es la extradición debe estar justificada sólo en lo previsto en la Constitución, para que sólo sea el Estado, en supuestos taxativamente previstos, que pueda privar de un bien al titular. En esta línea, el fundamento 21 del caso *Negociación Mamacona SAC.*, Exp. 864-2009-PA, expresa que:

> *"Del derecho a la propiedad se deriva la garantía provista por la Constitución para impedir que se le prive arbitrariamente de la misma, sino sólo por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, previo pago en efectivo de indemnización justipreciada. (...) Así, se le debe entender como una potestad del Estado de la privación de la titularidad de ese derecho contra la voluntad de su titular".*

En consecuencia, la terminología dispar entre el ALC Perú-Chile y la Constitución no podía generar la creación de un supuesto más de expropiación. Por esta razón, el Tribunal Constitucional asimila el *propósito público* previsto en el ALC Perú-Chile como correspondiente a lo que en el artículo 70 de la

Constitución se prevé como *seguridad nacional*. De esta forma, el fundamento 26 precisa que:

> *"(...) [E]l 'propósito público' no es incompatible con el supuesto de seguridad nacional, de interés social o del interés general. El Tribunal debe declarar infundada la demanda en este extremo, pues aunque la expropiación por razones de seguridad nacional prevista en la Constitución no está considerada expresamente, eso no lleva a expulsar de nuestro ordenamiento jurídico el literal a) del artículo 11.10 del ALC PERÚ-CHILE, sino que debe otorgársele un sentido interpretativo que incorpora a la seguridad nacional como supuesto jurídico de expropiación de la causal de 'propósito público', acorde con la Constitución y el Convenio de Viena".*

La reflexión que surge del examen constitucional del ALC Perú-Chile es búsqueda de medios de control de compatibilidad de los tratados ejecutivos en relación con el orden interno. Esto es manifestado tanto en la sentencia como en un fundamento de voto. Por lo que el mandato que se desprende de esta sentencia, dirigido al Ejecutivo, es el incorporar como una buena práctica en sus políticas de relaciones internacionales el consultar al Legislativo mediante sus comisiones especializadas en la materia (Constitución y Relaciones Exteriores). En tal sentido, el cuarto considerando del fallo, el Colegiado decide:

> *"**EXHORTAR** al Poder Ejecutivo para que pueda someter a consulta de las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso el texto de los tratados internacionales ejecutivos que proyecte celebrar o ratificar, a fin de que éstas los estudien, sin que la opinión de las citadas comisiones condicione al Poder Ejecutivo, como señala el artículo 89º del Reglamento del Congreso".*

La sugerencia del Tribunal Constitucional resulta ser óptima en el marco de una interacción entre órganos constitucionales que actúan no exclusiva ni excluyentemente, sino en una dinámica de colaboración.

COMENTARIO A LA STC 00006-2009-PI, DE 22 DE MARZO DE 2010

CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE CARRERA JUDICIAL

Por GIANCARLO E. CRESCI VASSALLO
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

Al cuestionarse la validez y constitucionalidad de la ley de carrera judicial, la Fiscal de la Nación, en calidad de demandante, invocaba la afectación de diversos dispositivos y derechos fundamentales previstos en la Constitución, entre ellos, la libertad de residencia [artículo 2º, inciso 11)], las libertades de expresión e información [artículo 2º, inciso 4)], la independencia judicial [artículo 146º, inciso 1)], las atribuciones del Consejo Nacional de la Magistratura [artículo 154º, inciso 2)], la presunción de inocencia [artículo 2º, inciso 24), literal e] y la igualdad ante la ley [artículo 2º, inciso 2].

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

El proceso de inconstitucionalidad fue presentado por la Fiscal de la Nación, facultada por el artículo 203º de la Constitución, y dirigido contra el Congreso de la República. Intervinieron como partícipes el Poder Judicial y el Consejo Nacional de la Magistratura - CNM.

La norma cuya constitucionalidad se demandaba era la Ley N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de noviembre de 2008 y, en ese sentido, se solicitaba que se declare la inconstitucionalidad del artículo 34º, inciso 15, concordante con el artículo 40º, incisos 5) y 8); el artículo 48º, inciso 12); el artículo 47º, incisos 5), 6) y 16); y los artículos 87º, 88º, 103º y 104º de la aludida Ley de Carrera Judicial.

3. Análisis

Para nadie es ajeno que en el Perú tenemos una realidad judicial preocupante, con niveles de aprobación en la población muy bajos respecto del desempeño de los jueces. Por ello, la existencia en nuestro ordenamiento de una ley que regule la carrera judicial resultaba imperiosa y necesaria para que el sistema de administración de justica mejore y brinde un óptimo y eficiente servicio que nosotros como ciudadanos tanto exigimos. En ese sentido, la Ley de la Carrera Judicial, adoptada en función de los planteamientos formulados por la CERIAJUS, buscaba decisivamente la reforma real y concreta del sistema judicial, que nos permita contar con jueces idóneos para configurar un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho, donde el valor justicia resalte dentro del ordenamiento jurídico del país, ofreciendo a la población resolver sus conflictos e incertidumbres a través de mecanismos jurisdiccionales que creen seguridad jurídica y busquen la paz social.

No obstante su propósito, la Fiscal de la Nación demandó la inconstitucionalidad de diversos artículos de la mencionada Ley de la Carrera Judicial –Ley N.º 29277–, por considerarlos contrarios al orden y finalidades constitucionales. Así por ejemplo, se cuestionó el contenido del artículo 34º, inciso 15, referido a la obligación de los jueces de residir donde ejercen el cargo. En este supuesto, el Tribunal Constitucional estimó constitucionalmente válido que los jueces habiten en los lugares donde ejercen el cargo ya que es una medida razonable para impartir y lograr una verdadera justicia, por cuanto el juez, al momento de resolver el conflicto, debe tener en cuenta no sólo la aplicación objetiva del derecho, sino la situación concreta de las partes conforme a su identidad, costumbres o idiomas, lo que se ve reforzado si se tiene en cuenta la pluriculturalidad existente en nuestro país y su reconocimiento constitucional. Por ello, la Ley de la Carrera Judicial ha considerado oportuno intervenir en el derecho fundamental a la residencia de los jueces, y el Tribunal Constitucional ampara ello en consideración con los valores constitucionales que implica.

Cabe anotar, que el término lugar al que se refiere la norma mencionada debe entenderse referido dentro de la propia ciudad donde el juez ejerce el cargo o algunas colindantes; y no como se podría pensar dentro del distrito judicial. Asimismo, el deber de residir en el distrito judicial donde se ejerce el cargo es constitucional siempre que se entienda el concepto de domicilio de manera amplia, incluyendo el lugar donde reside habitualmente el juez, así como donde realiza sus labores profesionales.

También resulta constitucional el mandato de prohibición de variar de domicilio contenido en el artículo 40º inciso 5, durante el periodo de ejercicio del cargo, ya que el domicilio se fija en el momento del nombramiento, o cuando se difiere al momento en que se asumen las funciones, en el momento en que cesan las funciones o cuando por mandato legal así se disponga, debiendo el Poder

Judicial mediante el órgano competente autorizar la variación del domicilio. Respecto de la prohibición de ausentarse del cargo (inciso 8 del mencionado artículo 40º) tiene que ser entendido dentro de los horarios de trabajo o cuando se encuentre de turno, ya que de lo contrario podría estarse restringiendo el derecho de libertad de los jueces para movilizarse dentro del territorio nacional o en el extranjero.

Otro de los cuestionamientos que se presentó se encontraba referido a los límites de la libertad de expresión y de información, que si bien son derechos fundamentales y representan una garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social, no pueden considerárseles como absolutos pues tienen un límite objetivo en virtud del cual la actuación del juez debe buscar la justicia en la resolución de controversias, en resguardo de la confianza ciudadana en la autoridad y el afianzamiento de la garantía de imparcialidad del Poder Judicial.

Conforme lo establece nuestra Constitución en el artículo 139, inciso 4, los procesos son públicos. Siendo ello así, todas las personas deben conocer lo que pasa en los procesos judiciales, salvo algunas restricciones impuestas en la normatividad. Así, debe ofrecerse al ciudadano todas las posibilidades de tener contacto con el proceso, a tener acceso al expediente o a conocer las opiniones por los medios de comunicación. Los jueces informan constantemente con lo que ocurre en el proceso cuando dan a conocer su razonamiento emitiendo un pronunciamiento dentro de la labor jurisdiccional, pues de lo contrario las resoluciones podrían emitirse con violación del derecho al debido proceso.

La necesidad de que la ciudadanía se forme una opinión acerca de los hechos de trascendencia vital para la vida en sociedad y lograr la democracia no admite que el juez comente o relate algo sobre el caso que está analizando, pues será él quien dirimirá la controversia y solucionará el conflicto. Lo antes expuesto (reserva exigida a los jueces) guarda relación con la constitucionalidad de los incisos 5) y 6) del artículo 47º de la Ley de la Carrera Judicial, cuya constitucionalidad se demandó. Respecto al inciso 5), el Tribunal Constitucional consideró que este no se aplica a procesos ya concluidos, ámbitos de mero trámite del proceso, ni para los procesos no dirigidos por el juez. Mientras que en cuanto al inciso 6) no se aplica para los procesos ya concluidos, ni para los procesos no dirigidos por el juez, ni tiene conexión alguna con otro en el cual este interviene. El Tribunal Constitucional considera que los límites señalados se extienden al juez y las causas en giro, e inclusive aquellas que tienen la calidad de cosa juzgada, cuando se pueda atentar contra la moral, orden público, seguridad nacional y el derecho a la vida privada de las partes.

El artículo 47 inciso 16) considera como falta grave utilizar en las resoluciones judiciales expresiones improcedentes o manifiestamente ofensivas desde el razonamiento jurídico. En este supuesto la norma no es clara, y por ello

se consideró que el término expresión improcedente carece de contenido, debiendo ser considerado como sinónimo del término expresión manifiestamente ofensiva, esto es, como referencia a aquellos tipos de expresiones utilizadas en las resoluciones que afecten la dignidad de los litigantes. En consecuencia, dado que desde el punto de vista jurídico la frase conlleva a confusión, únicamente debe ser considerada en relación a las expresiones manifiestamente ofensivas.

Un tema que causó mayor atención es el referido a la evaluación de magistrados, desde los jueces de paz hasta los jueces superiores, quienes deben ser sometidos a una evaluación cada tres años y medio, valorizándose mediante un cuadro de méritos por una Comisión de Evaluación de Desempeño, conformada por seis miembros, tres de ellos pertenecientes al Consejo Nacional de la Magistratura y los otros tres del Poder Judicial. Si bien la evaluación de los jueces se supone mejorará el desempeño e idoneidad de los mismos y, por lo mismo, se lograría una eficiente, o por lo menos mejor administración de justicia, tal evaluación debe realizarse de modo acorde con los parámetros establecidos por la Constitución, que permitan mejorar la democracia, obtener mayores inversiones y sobre todo que la población se sienta más protegida.

El artículo 154º de la Constitución reconoce autonomía al Consejo Nacional de la Magistratura, lo cual no supone autonomía presupuestal ni económica, ni personalidad jurídica, por lo que la adscripción de la Comisión de Evaluación al Consejo implica que formará parte de su estructura orgánica, de su presupuesto. Asimismo, la evaluación de los jueces corresponde únicamente al Poder Judicial, conforme a los artículo 219º y 220º de su ley Orgánica.

De tal modo que la Comisión adscrita al Consejo Nacional de la Magistratura, importa que mediante una ley ordinaria se realice una modificación a la Constitución, porque supone una interferencia en las facultades del Poder Judicial. Tampoco compete a cada entidad evaluar independientemente a los jueces, ya que dentro del sistema jurídico debe optimizarse el proceso de calificación de jueces idóneos. Si lo que se quiere es otorgar estas facultades tal como están señaladas en la Ley de la Carrera Judicial deberá realizarse una modificación constitucional.

En conclusión, el Tribunal Constitucional consideró importante que se establezcan mejoras en la administración de justicia, mostrando su conformidad con todas las medidas para ello, como la evaluación de los jueces; sin embargo, ellas deben hacerse conforme a la Constitución, toda vez que, por muy loable que sea la Ley de la Carrera Judicial, no pueden ser admitidos algunos de los puntos regulados, debiendo el legislador dictar una norma que se ciña a la Norma Fundamental o, en todo caso, se modifiquen los errores en la ya existente.

COMENTARIO A LA STC 00018-2009-PI,
DE 23 DE MARZO DE 2010

PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Por JAIME DE LA PUENTE PARODI
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

1.1. La imprescriptibilidad como norma de ius cogens.
1.2. Naturaleza jurídica de la resolución legislativa que aprueba los tratados.
1.3. Nexo entre el tratado y la resolución legislativa.

2. Contexto histórico-político de la decisión

Luego de los Procesos de Núremberg el escenario tradicional del derecho internacional cambió, ciento veinte países acordaron en una conferencia llevada a cabo en Roma en julio de 1998 la creación de un foro jurisdiccional independiente para la persecución de crímenes internacionales y aprobaron el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional[1]. Esta circunstancia se convierte en el punto de partida para el desarrollo de la obligación estatal de perseguir los ilícitos de carácter internacional.

El Perú suscribió el Estatuto de Roma, el 7 de diciembre de 2000, y lo ratificó mediante resolución legislativa el 13 de setiembre de 2000, que fue publicada en el diario oficial El *Peruano* el 16 de setiembre de 2001. En dicho

[1] **AMBOS**, Kai y **MALARINO**, Ezequiel. Persecución Penal Internacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España. Konrad –Adenauer –Stiftung A.C. Uruguay, 2003, p. 13.

contexto, y con los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura tipificados en el código penal, se genera una situación que combate la impunidad al permitir la persecución de ilícitos que vulneran los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal, entre otros. Es necesario precisar que no es la intención abarcar diversos aspectos del derecho penal aún en debate, como la distinta tipificación de los delitos contra la humanidad en la legislación penal interna frente a la legislación internacional, sino establecer el marco contextual que sirve de sustento al pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Se tiene un primer escenario que gira en torno al proceso seguido al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori por los delitos de homicidio calificado y lesiones graves los cuales fueron calificados en la sentencia como crímenes contra la humanidad según el derecho penal internacional[2] condenándolo a veinticinco años de pena privativa de libertad. En dicha decisión judicial se deja claramente definida la posibilidad de aplicar el derecho internacional consuetudinario en el trabajo de subsunción con determinados límites, siendo uno de ellos "admite [ir] que los crímenes contra la humanidad afectan los Derechos Humanos esenciales, de suerte que lo medular de las conductas que prohíbe en cuanto violación gravísima de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida, y no podía escapar al conocimiento y previsibilidad del agente".[3]

Un segundo aspecto, que si bien está referido a un tema que aún puede ser discutido en el campo del derecho penal, para efectos del estudio resulta de medular importancia, en tanto la demanda de inconstitucionalidad es interpuesta por treinta y tres congresistas contra la Resolución Legislativa 27988 mediante la cual se aprueba la adhesión del Perú a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, vale decir existe en la controversia constitucional iniciada un intereses, en términos jurídicos, por obtener pronunciamiento acerca de la prescripción de los ilícitos internacionales, y esto porque la legislación penal interna no contempla de modo expreso la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes; y, además, porque en nuestro pasado histórico (1980-2000), particularmente en el contexto de la denominada lucha antiterrorista se produjeron casos de presuntas violaciones a los derechos humanos que no siempre fueron debidamente investigadas, y que podrían ameritar, en el marco del derecho penal internacional, la apertura de nuevos procesos de investigación y juzgamiento.

---

[2] Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del 7 de abril de 2009, Exp. A.V. 19-2001, fundamentos 824 y 825 en http://e.elcomercio.pe/101/doc/0/0/0/2/1/21922.pdf

[3] *Ibidem*, fundamento 711.

3. Análisis

La demanda llevada a sede del Tribunal se planteó en los términos de cuestionar de manera directa la constitucionalidad de la Resolución Legislativa 27998, y de modo indirecto la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. El argumento utilizado fue que la aprobación del tratado debió seguir el procedimiento que rige la reforma constitucional antes de ser ratificado por el Presidente de la República (artículo 75 de la Constitución) al afectar derechos constitucionales. En el caso la vulneración se concretaría en el artículo 139, inciso 13 de la Carta Fundamental, en tanto el instrumento internacional excluiría de la acción penal a los delitos considerados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Tal planteamiento, sin embargo exigía que, previamente, el Tribunal evalúe la procedencia de la demanda conforme a lo previsto en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional.

El problema jurídico que se genera a partir de la verificación de la procedibilidad de la demanda se centra en determinar si el cuestionamiento directo de la Resolución Legislativa 27998 supone la aplicación del plazo de prescripción previsto para leyes, de seis años; o, si por el contrario al impugnar por vía indirecta la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad es aplicable el plazo prescriptorio de seis meses. Si bien al resolver la admisibilidad de la demanda no se analiza la situación mencionada, asumiéndose de plano que se cuestiona el tratado, en el fundamento de voto[4] que se integra al pronunciamiento sí se evalúa el grado de vinculación entre el tratado y la resolución legislativa que lo aprueba, y de manera previa se establece la naturaleza jurídica de la norma, para con posterioridad referirse al control previo de constitucionalidad de los tratados.

Un aporte valioso que hace el Tribunal, en relación a la persecución de los crímenes de guerra y de lesa humanidad y de cara al ordenamiento interno, es precisar que el objeto de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad es dotar a los Estados de mecanismos que permitan investigar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, precisando que la obligación estatal de prevención y sanción es una norma de *ius cogens* en el derecho internacional[5]. Con tal afirmación se pone de manifiesto el reconocimiento que efectúa el Supremo Interprete respecto al carácter de norma imperativa que tiene el tratado en cuestión, lo que ratifica la plena validez de la imprescriptibilidad de los ilícitos internacionales enunciados en el artículo

[4] Elaborado por el magistrado constitucional Fernando Calle Hayen.
[5] RTC 00021-2009-PI/TC, considerando 6.

1 de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, orientando cualquier posible discusión que aún subsista sobre el particular hacia el deber del Estado de adecuar el derecho interno a la norma de *ius cogens*. En este punto es pertinente mencionar que "*En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial*".[6]

De otro lado, en lo concerniente a la naturaleza jurídica de la resolución legislativa, presupuesto inicial a definir para dar solución a la controversia constitucional, el Tribunal reitera su jurisprudencia[7] en el sentido que las resoluciones legislativas tienen rango de ley puesto que el inciso 1 del artículo 102 de la Norma Suprema y el artículo 1 del Reglamento del Congreso le confieren implícitamente una jerarquía homologa a la ley. A partir de esta primera conclusión, insuficiente para determinar si una resolución legislativa que aprueba un tratado es una ley, se analiza si a este rango normativo lo acompaña, completando su esencia, la fuerza de ley. Para ello se recurre nuevamente a la jurisprudencia y se señala que "*la multiplicación de fuentes normativas con el mismo rango de ley ha supuesto que, en el Estado constitucional de derecho, ya no se pueda hablar de fuerza de ley como cualidad adscribible únicamente a la ley en sentido formal, sino como una que se puede predicar de todas las categorías normativas que con el rango de ley se hayan previsto en la Constitución. Una capacidad de innovar el ordenamiento, pero también de resistir modificaciones, derogaciones o suspensiones, que varía según la fuente de que se trate"*.[8] Con esta segunda idea se revisa la forma en que los tratados son incorporados al ordenamiento jurídico interno, concluyendo, conforme al artículo 56 de la Constitución, que la aprobación previa por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República solo constituye un acto parlamentario debido a que, precisamente, la resolución legislativa carece de esa cualidad de innovar el ordenamiento propia de la fuerza de ley.

Por último, con relación a la vinculación que existe entre el tratado y la resolución legislativa que lo aprueba, tema a partir del cual quedaría zanjado el problema jurídico advertido inicialmente, debe precisarse que en la RTC 00036-2007-PI/TC, se esboza la tesis de la vinculación construida a partir de la postura que pretendía que se someta a control constitucional la resolución legislativa

[6] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2001. Serie C N.º 73. Párrafo 87 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.
[7] STC 00047-2004-AI/TC, fundamento 17.
[8] STC 00005-2003-AI/TC, fundamento 14.

por separado del "Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos", dado que este último no había entrado en vigor y no formaba parte del ordenamiento jurídico interno. Bajo dicha premisa se concluyó en que los alcances de la resolución legislativa se desarrollan y concretan en el tratado. Es más en dicha oportunidad el Tribunal señaló que "Es el tratado, y sólo a través de él, que la norma impugnada en la demanda adquiere contenido jurídico, que pueda ser sometido a un examen sobre su constitucionalidad".[9] Por ende, en el caso bajo análisis, no es posible someter a control constitucional la Resolución Legislativa 27998 escindida del instrumento internacional cuya adhesión aprueba, y que esa vinculación no genera *per se* la aplicación de un plazo prescriptorio distinto al que corresponde a los tratados.

Como se ha señalado, el sentido del pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional constituye un acierto dado que, por un lado, se trata la reiteración de un criterio acuñado para los casos en que se pretenda cuestionar una resolución legislativa que aprueba un tratado "separándola" del instrumento internacional; y por otro, pone en relieve la categoría de norma de *ius cogens* de derecho internacional a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, abriendo la posibilidad para que se introduzcan las modificaciones necesarias en el derecho penal interno en lo que concierne a la imprescriptibilidad de los ilícitos internacionales.

[9] RTC 00036-2007-PI/TC, considerando 5.

COMENTARIO A LA STC 00017-2008-PI, DE 15 DE JUNIO DE 2010

FILIALES UNIVERSITARIAS Y LEY UNIVERSITARIA

Por ROGER RODRÍGUEZ SANTANDER
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

La norma objeto de control constitucional en este proceso de inconstitucionalidad, fue la primera oración del segundo párrafo del artículo 25º del Reglamento del Congreso (RC). Dicho precepto, establecía lo siguiente: "En caso de proceso penal, si el Congresista ha sido suspendido en antejuicio político o se le ha impuesto mandato de detención, previo levantamiento de su inmunidad parlamentaria, y mientras estas situaciones duren, será reemplazado por el accesitario, previo acuerdo de la mitad más uno del número de miembros del Congreso". Alegaban los demandantes (25% del número legal de miembros del Congreso), en primer lugar, que la norma había incurrido en un vicio de forma, pues a pesar de que regulaba una materia reservada a ley orgánica, la Resolución Legislativa N.º 008-2007-CR, del 17 de octubre de 2007, que había permitido su introducción al orden jurídico, había sido aprobada por solo 57 congresistas. En segundo término, consideraban, en cuanto al fondo, que la disposición era violatoria de los derechos fundamentales a la igualdad y a la representación política.

El Tribunal Constitucional (TC) abordará los asuntos tanto de forma como de fondo planteados, aún cuando los aspectos sustantivos que somete a análisis no coincidirán en su totalidad con los que fueron planteados en la demanda, pues además de desarrollar los institutos de la inviolabilidad por votos y opiniones parlamentarias, la inmunidad parlamentaria, el antejuicio político y el juicio político, analizará también si el precepto impugnado resulta compatible o no con el principio de representación proporcional, previsto en el artículo 187º de la Constitución (C).

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

Lamentablemente, la conducta de determinados congresistas ha llevado a que la suspensión provisional en el ejercicio de sus funciones en razón de procesos penales instaurados en su contra, sea una cuestión cada vez menos excepcional. Tratándose de un procedimiento de acusación constitucional, dicha suspensión, en última instancia, queda supeditada a que sea aprobada por una votación que supere la mitad del número legal de congresistas, sin participación de los miembros de la Comisión Permanente (segundo párrafo del artículo 89º, literal i, del RC).

Sin embargo, la modificación introducida por la norma cuestionada hacía que también esté condicionado a una votación favorable de la mitad más uno, el reemplazo del congresista suspendido por el accesitario. Asimismo, resaltaba el hecho de que la Resolución Legislativa N.º 008-2007-CR, incluyera una disposición complementaria única, en virtud de la cual, dicha modificación no era de aplicación a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigencia. De acuerdo al criterio de los demandantes, el objeto de esta última disposición era evitar supeditar el reemplazo de la suspendida congresista aprista Tula Benitez Vásquez (cuyo procedimiento se había iniciado antes de la entrada en vigencia de la norma) a una votación congresal. Por el contrario, la votación fue aplicada a un posterior caso, a saber, el del suspendido congresista José Anaya Oropeza. A través de dicha votación, realizada en la sesión del Pleno del Congreso celebrada el 15 de enero de 2009, se había decidido no reemplazar al congresista con su accesitario.

De esta manera, no sólo se acusaba la inconstitucionalidad de la norma, sino además la existencia de hechos que, a juicio de los recurrentes, permitían confirmar en concreto que ella supeditaba a consideraciones de carácter político el pleno ejercicio de determinados derechos fundamentales y la efectiva vigencia de otros valores constitucionales.

Como se sabe, aunque el proceso de inconstitucionalidad exige un control constitucional de las normas eminentemente abstracto, éste no puede mantenerse ajeno a la realidad sobre la que dichas disposiciones inciden, pues ello, entre otras cosas, desvirtuaría el deber del juez constitucional de pacificar y ordenar los conflictos sociales, y de prever las consecuencias de sus decisiones.

3. Análisis

a) En relación con la alegada inconstitucionalidad de forma.

De conformidad con el artículo 106º C, "mediante las leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por

ley orgánica está establecida en la Constitución". En esa medida, además de la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado, deben regularse a través de una ley orgánica, las siguientes materias: el derecho fundamental a ser elegido y a elegir representantes (art. 31º C), los procesos constitucionales (art. 200º C), y las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales (art. 66º C). Según el mismo precepto constitucional, para la aprobación o modificación de una ley orgánica, "se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".

En el fundamento jurídico (F. J.) 18 de la sentencia analizada, se señala que el "procedimiento del reemplazo temporal de los congresistas suspendidos (…) no atañe ni a la organización del Congreso ni a sus funciones, por lo que es un asunto que no se encuentra dentro del principio de reserva de ley orgánica". No obstante, a criterio del TC, en la medida de que el artículo 31º C establece que el derecho a ser elegido representante, se ejerce "de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica", y de que la norma impugnada regula algunas de las condiciones para ocupar un escaño en el Congreso, ésta, al ocuparse de un asunto reservado a ley orgánica, debió ser aprobada por, cuando menos, 61 congresistas. Empero, la norma fue aprobada por solo 57 parlamentarios, por lo que el TC concluyó que ella resultaba violatoria del artículo 106º C, analizado sistemáticamente con el artículo 31º C (FF. JJ. 19 - 20).

Sin perjuicio de que en efecto la norma resultaba inconstitucional por este último motivo, llama la atención que el TC haya descartado que ella también resulte inconstitucional por ocuparse de la materia reservada a ley orgánica por el propio artículo 106º C. Dicho precepto, según se ha apuntado, señala que "mediante las leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución". Verdad es, tal como afirma el Colegiado, que la regulación de la norma "no atañe ni a la organización del Congreso ni a sus funciones", pero parece claro que sí atañe a su estructura, cuando menos si –como parece ser evidente– dentro del concepto de estructura entendemos incluido el número de parlamentarios establecido directamente por el artículo 90º C, el cual es actualmente de 120 y que pasará a ser de 130 a partir del proceso electoral del 2011[1]. En otras palabras, una norma cuya regulación incida sobre el número constitucional de parlamentarios atañe a la estructura del Parlamento y por ello, por mandato del artículo 106º C, debe ser regulada por ley orgánica. Desde luego, ya desde una perspectiva material, dicha regulación no debe afectar dicho número (tal como sucedía con la norma en cuestión, según se verá al realizar el análisis sustantivo), sino, antes bien, procurar mantenerlo ante las vicisitudes que puedan afectar al ejercicio del cargo de congresista. En

[1] Cfr. Disposición Transitoria Única de la Ley de Reforma Constitucional N.º 29402, del 8 de septiembre de 2009.

ello consiste, justamente, la regulación de las circunstancias que permitirán al accesitario ejercer el cargo.

Ahora bien, en tanto la regulación incide sobre el número de parlamentarios, lo hace también sobre el número de los congresistas que representan a un determinado partido o movimiento político, el cual, a su vez, es consecuencia de la votación popular expresada en el marco de un sistema electoral que, de conformidad con el artículo 176º C, "tiene por finalidad 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 del elector expresada en las urnas por votación directa". Por ello, hubiese sido oportuno que el TC no sólo establezca la relación entre la regulación de la norma y el derecho a ser elegido representante, sino también entre ella y el derecho a elegirlos, lo cual hubiese permitido fortalecer el acertado criterio de que la disposición impugnada resultaba inconstitucional por haberse ocupado de una materia reservada a ley orgánica sin serlo.

b) En relación con la alegada inconstitucionalidad de fondo.

Tal como ha sido señalado, la disposición en cuestión supeditaba el reemplazo del congresista suspendido por el accesitario, a un "previo acuerdo de la mitad más uno del número de miembros del Congreso". En otras palabras, una vez producida la suspensión, que el Congreso de la República se encuentre conformado por 120 congresistas (tal como establece el artículo 90º C), respetando una representación proporcional (exigida por el artículo 187º C), que sea expresión auténtica, libre, espontánea y reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas (según ordena el artículo 176º C), era un asunto que pasaba a depender de que exista una votación conforme de cuando menos 61 congresistas.

Ello, desde luego, suponía condicionar la plena eficacia jurídica de los artículos 90º, 187º y 176º C, a la voluntad congresal. Es decir, suponía supeditar la eficacia de la voluntad del Poder Constituyente a la voluntad de un poder constituido, lo cual, a todas luces, implicaba violar la jerarquía normativa de la Constitución, principio que, justamente, busca ser resguardado a través del proceso de inconstitucionalidad (artículo 75º del Código Procesal Constitucional).

Por ello, el TC, con acierto, juzga inconstitucional la frase "previo acuerdo de la mitad más uno del número de miembros del Congreso" del segundo párrafo del artículo 25º RC, considerando, entre otras cosas, que "la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa no puede estar supeditada a la voluntad de la mayoría del Congreso de la República al momento de decidir si reemplaza o no al congresista suspendido temporalmente" (F. J. 70).

Cabe enfatizar que el antejuicio político implica "la proscripción [que determinados funcionarios sean] procesados penalmente sin haber sido previamente despojados de la prerrogativa funcional en un procedimiento seguido en el seno del Legislativo" (STC 0006-2003-PI, F. J. 7), con la finalidad de prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del órgano representado por el funcionario acusado. En tal sentido, siendo que dicho procedimiento presupone una acusación de carácter jurídico penal, el Congreso tiene prohibido sancionar al funcionario sin la existencia de una sentencia judicial condenatoria firme y previa. Y por ello, siendo que la suspensión en el ejercicio de las funciones congresales de la que se ocupa el segundo párrafo del artículo 25º RC, es aquélla que se produce en el marco de un antejuicio político, el TC lleva razón al sostener que ella no puede tener la naturaleza de una sanción, sino sólo la de una medida provisional orientada a no "compromete[r] las tareas constitucionalmente reservadas al Congreso de la República" (F. J. 57).

Así las cosas, en este marco constitucional y legal, la decisión de suspender provisionalmente al congresista es una decisión política sometida a algunos límites jurídicos. En primer término, dado que el artículo 95º C, establece que "[l]as sanciones disciplinarias que impone el Congreso a los representantes y que implican suspensión de funciones no pueden exceder de ciento veinte días de legislatura", con mayor motivo una suspensión que no tiene naturaleza disciplinaria, no puede superar dicho plazo[2]. Desde luego, la suspensión podrá, excepcionalmente, extenderse por un tiempo mayor, si el congresista, previa decisión de desafuero, se mantiene como sujeto de una orden judicial de prisión preventiva.

En segundo lugar, la suspensión provisional no puede ser impuesta a menos que así lo decida la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso, sin participación de los miembros de la Comisión Permanente que hayan participado en la decisión acusatoria (segundo párrafo del artículo 89º, literal i, del Reglamento del Congreso). En tal sentido, podría darse que se apruebe el desafuero, pero no la suspensión, en cuyo caso el congresista se mantiene en ejercicio de sus funciones, a menos, claro está, que el Poder Judicial haya decidido emitir una orden de prisión preventiva. En este último caso, aunque el artículo 25º RC no aluda a este específico supuesto, por imperio de los artículos 90º, 187º y 176º de la Constitución, deberá ser reemplazado por el accesitario mientras dure su privación de libertad.

En tercer lugar, como bien afirma el Tribunal Constitucional, "el ejercicio discrecional de la facultad del parlamento para decidir, en los supuestos

[2] En esa línea, la exhortación incluida en el F. J. 60 (no en el 59, como erróneamente se apunta en el falo), parece pertinente.

analizados, si se suspende temporalmente o no al Congresista sometido a proceso penal, no escapa al análisis de proporcionalidad y razonabilidad que podría ser susceptible de judicialización, ya que la suspensión decretada debe ser de carácter excepcional en tanto entraña una limitación de derechos y deberes constitucionales" (F. J. 59). Se trata, en definitiva, de que la decisión de suspensión no resulte contraria al contenido protegido de los derechos fundamentales, en especial, del debido proceso y de la igualdad, de forma tal que haya quedado asegurado el derecho de defensa del acusado, quien no debe ser pasible de un trato discriminatorio en razón de su afiliación política o de otra índole.

COMENTARIO A LA STC 00022-2009-PI, DE 17 DE JUNIO DE 2010

CONSULTA PREVIA Y RÉGIMEN TEMPORAL EXTRAORDINARIO DE FORMALIZACIÓN Y TITULACIÓN DE PREDIOS RURALES,

Por ALVARO CÓRDOVA FLORES
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Conceptos juridicos examinados en la sentencia

Art. 55 de la Constitución
"Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional."

Art. 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
"Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;"

2. Contexto historico-sociopolítico de la sentencia

Mediante la Ley N.° 29157 el Congreso de la República delegó potestades legislativa sobre materias relativas a la implementación Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos (TLEC-EU). El Ejecutivo emitió un paquete normativo sobre diversas materias entre las que se encuentra el Decreto Legislativo N.° 1089, que declara de interés público la formalización y titulación de los predios rústicos y tierras eriazas habilitadas a nivel nacional por un período de 4 años contados a partir de la vigencia de tal decreto, norma acusada de vulnerar la Constitución en cuanto no fue sometida a un proceso de consulta.

De otro lado, los sucesos ocurridos el 5 de junio de 2009 en Bagua, en donde una protesta indígena en contra de varios de los decretos legislativos que formaba parte del paquete normativo del TLC-EU, motivó la intervención de la policía, teniendo como resultado la muerte de 33 personas, entre policías e indígenas.[1] Asimismo, otro hecho a considerar fue el esperado debate congresal sobre el proyecto de ley que regula el derecho de consulta. Desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 1994, el Estado peruano no ha emitido norma alguna de alcance general que regule las obligaciones establecidas en el Convenio.

Todo ello generó una importante expectativa en la resolución del Tribunal sobre este caso, en donde se solicitaba declarar la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.° 1089 debido a que no había sido sometido a un proceso de consulta previo.

3. Análisis

Los demandantes (más de 5000 ciudadanos) esbozaron como principales argumentos que la norma contravenía los artículos 6 y 7 del Convenio 196 y el artículo 32 del la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Es decir, se cuestionó que la norma haya sido aprobado sin la consulta previa a los pueblos indígenas. Así, el Tribunal analiza la supuesta omisión del Ejecutivo de llevar a cabo el proceso de consulta.

El Ejecutivo por su parte argumentaba que mediante el Decreto Legislativo N.° 1089 se ha dio el marco normativo para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización de propiedad rural, generando condiciones idóneas para que los agricultores obtengan la titularidad sobre sus terrenos. Sin exceder el marco de las materias delegadas por el Congreso de la República. Asimismo, alegó que al no existir norma alguna que regule lo establecido por el Convenio 169, tal tratado no es aplicable. Argumentó igualmente que en el Perú la población es mayormente mestiza y por lo tanto el Convenio 169 no es aplicable, solo para tutelar pueblos indígenas.

El Tribunal parte por rechazar el argumento de *inaplicabilidad en ausencia de regulación domestica del convenio*, en virtud del artículo 55 de la Constitución. Puesto que el convenio internacional ha sido ratificado por el Estado peruano, su normativa pasa a conformar parte del ordenamiento jurídico. Y por tratarse en este caso de normas relativas a derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas, las clausulas del tratado tienen rango constitucional. A su vez,

[1] Ver; Anaya, James. *Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonía y los sucesos del 5 de junio de y dias posteriores en las provincias de Bagua y Uctubamaba, Peru.* En http://unsr.jamesanaya.org/PDFs/Peru_special.pdf

recalcó que los más de 15 años de omisión en la regulación de dicho tratado era entera responsabilidad del Estado y que por mandato constitucional los entes jurisdiccionales no pueden dejar de administrar justicia. Rechazó además que el Convenio no fuera aplicable por no existir población indígena en el Perú. Si bien es cierto que el mestizaje es un hecho que define a la población peruana, ello no quiere decir que no existan pueblos indígenas. Además, tal argumento del Ejecutivo confunde la aplicabilidad del tratado con la determinación de quienes serian los beneficiados por el tratado.

De otro lado, rechaza la aplicación del DNUDPI, entendiendo que su aplicación se enmarca dentro de una noción de *soft law*. Asimismo, desarrolló aspectos esenciales del derecho de consulta, identificándolo como un proceso de dialogo intercultural que no implica un derecho de veto de los Pueblos Indígenas. Señaló también los principios configuradores del derecho de consulta, tales como el de buena fe, de flexibilidad, de transparencia y con el objetivo de alcanzar un acuerdo. En tal, sentido, el derecho consulta solo es aplicable si es que un acto administrativo o una norma legal afecte directamente los intereses de algún pueblo indígena. De igual manera el Tribunal identifica diferentes etapas que conforman el derecho de consulta.

En consecuencia, analizando el Decreto Legislativo N.° 1089, y quienes serian los sujetos pasivos de sus mandatos, el Tribunal Constitucional determina, en virtud del principio de conservación de la ley, que la norma permite interpretar que los alcances de su articulado excluyen a los Pueblos Indígenas, concluyendo que es de esta manera en que debe ser comprendida o interpretados los alcances del Decreto Legislativo. En tal sentido, luego de dilucidar que los Pueblos Indígenas no son sujetos pasivos de la norma, se concluye que estos no se encuentran afectados de manera directa por la norma.

Esta sentencia del Tribunal Constitucional afirmó y desarrolló en extenso lo que se había esbozado en el sentencia del Exp. No. 03343-2007-PA, via *obiter ditca* en los fundamentos del 31 al 40. Los principios referidos previamente, elaborados a partir de la propia Convención y además una serie de pasos y secciones que debía ser desarrollados para que se configure verdaderamente un proceso de consulta.

Se mantuvo la posición de que el Convenio 169 formaba parte del ordenamiento jurídico nacional y que por lo tanto era plenamente aplicable. Si bien no se desarrollaron aspectos relativos a qué elementos debían servir para determinar la pertenencia a un pueblo indígena, y con ello determinar quienes son considerados como tales, estimo que ello fue un acierto y no un error o omisión de la sentencia. Tal delicada labor corresponde fundamentalmente al Legislativo, puesto que ello debe ser parte de una política de reconocimiento de los pueblos indígenas. Y no me refiero a pronunciamientos desprovistos de respaldo presupuestario y de una real intención de incluir a los pueblos indígenas en los

beneficios del Estado Social y Democrático de Derecho. Me refiero a verdaderas políticas que abarquen los problemas fundamentales de este sector de la población, como lo son el respeto de su lengua, cultura y participación política. Tal inclusión, desde luego, no debe ser confundida con asimilación. Y es que al mismo tiempo que inclusión se debe brindar un espacio de autonomía necesario para el desarrollo y preservación de la cultura de los pueblos indígenas.

Como se aprecia, la labor resulta compleja y propia de una política de Estado dirigida a atender las necesidades propias de un sector de la población tradicionalmente olvidado a lo largo no solo a lo largo de la República. El Tribunal se restringió oportunamente ha establecer ciertos márgenes sobre los cuales la legislación debe elaborar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

El derecho de consulta brinda una interesante oportunidad para el desarrollo de una cultura de democracia deliberativa. La participación política de las minorías así como su protección es un tema central en el derecho comparado contemporáneo. La solución a tales retos no es tarea sencilla. Y si bien el rol que un Tribunal debe desplegar en tal contexto es uno de mayor trascendencia, no puede por ello pensarse que los demás poderes del Estado no tiene un rol principal.

COMENTARIO A LA STC 00002-2010-PI,
DE 31 DE AGOSTO DE 2010

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1057, QUE REGULA EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS

Por ALBERTO CHE-PIÚ CARPIO
Coordinador General del Gabinete de Asesores del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional (TC)

Inconstitucionalidad formal de la norma:
- Legislación sobre materias no delegadas

Inconstitucionalidad material o sobre el fondo:
- Naturaleza jurídica del contrato administrativo.
- Regímenes laborales del sector público.
- Constitución y derechos de naturaleza laboral.

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

El Estado, para el cumplimiento de sus funciones o atribuciones, cuenta con una amplia gama de trabajadores (obreros, técnicos, empleados, servidores, funcionarios, etc.), cuya relación laboral está legislada principalmente en los Decretos Legislativos N° 276 y Nº 728, además de la legislación especial prevista para determinados sectores, en razón de las particularidades y diferencias existentes entre los servidores de unas y otras entidades (Fuerzas Armadas, Policía Nacional, sector salud, municipalidades, etc., por citar algunos casos).

Pese a esta variedad de trabajadores, su número es muchas veces insuficiente para el desarrollo de actividades propias de la administración pública, por lo que, ante la imposibilidad que se pueda nombrar personal en las diversas entidades estatales, principalmente por razones presupuestarias y administrativas (inexistencia de plaza vacante), se impuso la necesidad de recurrir a mecanismos "alternos" de contratación, como por ejemplo los contratos de locación de servicios o los llamados también contratos de servicios no personales, en los que no solo no existe vínculo laboral entre la entidad contratante y el prestador del servicio, sino que además, en aquellos casos en los que el locador realizaba labores que eran de naturaleza permanente –similares o iguales a las que realiza un trabajador que tenía un vínculo laboral–, ello no le reportaba similares beneficios, dado que el locador carecía de derechos laborales.

Esta situación varió con la entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 1057, norma que en su oportunidad fue impugnada ante el TC, y en la que se dictó la sentencia que ahora se comenta.

3. Análisis

Inconstitucionalidad formal

Mediante la Ley N.º 29157 el Congreso de la República delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo para que legisle respecto de diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - EEUU. Dentro de ese marco de facultades delegadas se expidió el Decreto Legislativo N.º 1057, denominado *Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios*.

Al ser demandada su inconstitucionalidad, los demandantes cuestionaron si el aludido decreto legislativo se encontraba dentro del marco de las facultades delegadas, o no, en razón de que el artículo 2.2º de la ley autoritativa establecía que "*El contenido de los decretos legislativos se sujetará estrictamente a los compromisos del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y de su Protocolo de Enmienda, y a las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento (...)"*. Este cuestionamiento no fue compartido por el TC, bajo el argumento de que el artículo 2.1.aº de la misma ley expresamente indicaba que las facultades delegadas incluían la *"mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativa; para lo cual se solicitará opinión al Poder Judicial"*.

Como se advierte, entre la literalidad de los artículos precitados, el TC ha optado por darle mayor valor o preponderancia a la facultad delegada expresamente, antes que al dispositivo que pretende delimitar el marco o ámbito sobre el que se podía legislar. De otro lado, aunque la sentencia no lo dice, resulta

claro que ante la existencia de una antinomia entre normas, corresponde al operador jurídico resolverla –en este caso, al TC–, pero ello en modo alguno puede acarrear la inconstitucionalidad de la norma que no es aplicada, salvo que contravenga la Constitución o una norma del bloque de constitucionalidad, cuando corresponda, situación que, por cierto, en el caso de autos no se evidencia.

Por ello, en el fundamento 7, desestimando el alegato de inconstitucionalidad formal, el TC precisa que *"Un componente importante en este proceso de modernización resulta ser el funcionamiento del aparato burocrático del Estado, en el que se advierte la coexistencia de dos regímenes laborales de distinta naturaleza –conocidos como público y privado–; a ello debe agregarse (...) la posibilidad que tenía el Estado de suscribir contratos de naturaleza civil, conocidos como de servicios no personales, en los que la parte contratante privada carecía de cualquier derecho laboral, a pesar que en algunos casos realizaba labores de naturaleza permanente, situación que podía llevar a la desnaturalización de este sistema de contratación"*.

Inconstitucionalidad material

El **primer** punto desarrollado por el TC fue determinar la naturaleza del denominado contrato administrativo de servicios; así, partió por precisar que la contratación administrativa sirve para la prestación o administración de un servicio público, por parte de un particular, quien, en mérito a dicho contrato, desarrolla una actividad propia de la administración; sin embargo, en el Decreto Legislativo N.º 1057 se regulan aspectos que no se condicen con la naturaleza del contrato administrativo o sus fines, tales como mérito, capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo en la administración pública, e incluso los derechos de que deben gozar los locadores (jornada de trabajo y descanso). Se concluye en este tramo que la intención del legislador delegado es encubrir un contrato laboral, como si se tratara de un contrato administrativo.

El **segundo** punto fue evaluar si el Decreto Legislativo Nº 1057, al ser considerado como una norma de derecho laboral, es, o no, inconstitucional, y también, determinar si es complementario de alguno de los regímenes laborales existentes. Sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo Nº 1057, la sentencia en comentario precisa que la Constitución no prevé cuántos regímenes laborales han de existir –basta revisar el artículo 40º de la Constitución, para advertir que lo que existe únicamente es una reserva de ley para regular el acceso a la carrera administrativa–. Opinar en contrario nos llevaría al extremo de considerar que en la medida que solo debería existir un régimen laboral para el sector público, definido este, todos los demás, incluidos los regímenes especiales, son inconstitucionales. Estando a ello, la vigencia del Decreto Legislativo N° 1057, entendido como una norma laboral, es constitucional.

En ese mismo sentido, se determinó que la norma analizada en la sentencia dictada por el TC es autónoma e independiente de las demás existentes, puesto que el ingreso a los regímenes generales es por concurso público, siempre que exista una plaza vacante y presupuestada, y no exista un impedimento legal para tal efecto. Por cierto, esta situación es la que obligaba a que se recurra a los contratos de servicios no personales, contratos que muchas veces eran desnaturalizados en razón de las labores desempeñadas; en tales supuestos, previo desarrollo de un proceso jurisdiccional, si el juzgador advertía tal desnaturalización, en aplicación del principio de primacía de la realidad, procedía a considerar al locador como un trabajador más del Estado, decretando su consiguiente ingreso al régimen laboral vigente en la entidad, así como al goce de los derechos que correspondían a los trabajadores que ya eran parte del respectivo régimen laboral.

De otro lado, el TC desestimó realizar un análisis de igualdad en el caso de autos, como lo proponía la parte demandante, en aplicación de test de proporcionalidad, aduciendo *"que no nos encontramos frente a regímenes o sistemas laborales que tengan la misma naturaleza o características, pues el acceso a ellos, es de diferente naturaleza –como se ha sido advertido precedentemente–, lo que justifica un trato diferenciado"* (fundamento 33).

Nos parece que ello resulta justificado, dado que al realizar comparaciones entre los distintos regímenes laborales, resulta claro y evidente que hay regímenes más beneficiosos que otros; empero, insistimos, esto no hace inconstitucionales a los otros regímenes que otorgan menos prestaciones o beneficios. De otro lado, en el supuesto negado que el Decreto Legislativo Nº 1057 hubiera sido declarado inconstitucional, ello hubiera supuesto que todos los trabajadores contratados bajo su marco normativo automáticamente se queden sin marco legal de referencia, o sin que se determine a qué sistema de contratación quedaban asimilados. Ello, por lo demás, no es tarea que corresponda al TC, puesto que tiene que ver con la ejecución de políticas públicas, y no con el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una norma, de modo que pretender –como se peticionó en la demanda–, que todos los trabajadores de este sistema de contratación pasen "automáticamente" a formar parte del régimen regulado por el Decreto Legislativo Nº 728, resulta cuando menos un exceso, pues a través de una sentencia de inconstitucionalidad no se puede pretender una suerte de "reconocimiento" masivo de derechos o la "incorporación" de trabajadores contratados bajo el sistema previsto en el Decreto Legislativo Nº 1057 a aquel otro régimen, sobre todo cuando el número de trabajadores contratados en esta modalidad es bastante alto y no todas las entidades del sector público los tienen bajo el mismo régimen laboral. Como se aprecia, no es una tarea tan sencilla como para ser "desarrollada" a través de una sentencia de inconstitucionalidad.

Finalmente, como **tercer** punto, el TC advirtió que en cuanto al goce de los derechos consagrados en la Constitución, a los trabajadores contratados

mediante el Decreto Legislativo Nº 1057 únicamente les falta el acceso y ejercicio de los derechos de sindicación y huelga, por lo que consideró necesario adoptar algunas medidas sobre el particular.

Al respecto, el TC concluyó precisando, que *"(...) al pasar de un contrato independiente a otro en el que existe subordinación, y de uno en el que no se reconoce el goce de derechos constitucionales de naturaleza laboral a otro que reconoce algunos de ellos, se advierte que hay una mejora o progresión en la protección de los derechos de naturaleza social; sin embargo, ello genera la necesidad de evaluar el contenido de este contrato tomando como base los derechos y garantías contenidos en la Constitución"*.

Es por todo ello que, dictando una sentencia interpretativa, dispuso que el artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 1057 sea interpretado de modo que el denominado "contrato administrativo de servicios" se entienda como que dicho contrato es un régimen "especial" de contratación laboral para el sector público, el mismo que "es compatible con el marco constitucional" (fundamento 47 y primer punto del fallo), declarándose infundada la demanda.

En vía de aclaración, el TC también determinó que el régimen de protección adecuada contra el despido arbitrario previsto para los contratos regulados tanto por la norma impugnada como por sus disposiciones complementarias, es aquel dispuesto en el artículo 27° de la Constitución.

JURISPRUDENCIA COMPARADA

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA*

SUMARIO: I. *Pretensiones.* **II.** *Primera parte: la dimensión estática del derecho fundamental.* **III.** *Segunda parte: la dimensión dinámica del derecho fundamental***. IV.** *Materiales.*

I. Pretensiones

La Constitución española garantiza, en su artículo 18.2, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. El citado artículo señala que el domicilio es inviolable. A continuación se indica que ninguna entrada o registro puede realizarse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. Pese al carácter aparentemente sencillo de los términos utilizados en su redacción, el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio suscita interrogantes de hondo calado. Así, es preciso, de un lado, determinar qué debe entenderse por domicilio o por titular. Es igualmente necesario, de otro, tratar de compatibilizar el carácter incondicional con el que el derecho aparece en principio configurado (el domicilio es inviolable) con las excepciones (resolución judicial, delito flagrante) que el propio precepto prevé.

Comencemos por señalar que, aunque el derecho fundamental ha sido recogido en todas las Constituciones históricas promulgadas en España (arts. 306 C1812, 7 C1837, 7 C1845, 5 C1869, 6 C1876 y 31 C1931), su fundamento ha experimentado una profunda variación a lo largo de los años, que será examinada en las siguientes líneas con detalle. Abordaremos, en primer lugar, el análisis de los elementos del derecho (esto es, la determinación de su vigente

* Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Vallalodid (España)

fundamento constitucional, de los titulares activos y pasivos del derecho fundamental y el concepto constitucional de domicilio), para examinar después el régimen dinámico del derecho, en el que se explicitarán los motivos que justifican que, en determinadas ocasiones, se puedan producir inmisiones en el ámbito domiciliario.

II. Primera parte: La dimensión estática del derecho fundamental

2.1 El bien jurídico protegido por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Mientras que en nuestra historia constitucional se puede percibir, con cierta nitidez, que la inviolabilidad del domicilio ha servido, en el pasado, a la libertad y seguridad personal (de ahí la inclusión de las normas relacionadas con el registro de papeles y efectos encontrados, por ejemplo, en los arts. 5 C1869 o 6 C1876), es indudable que, en la actualidad, se encuentra vinculado con la intimidad, como acredita la ubicación del precepto en la Constitución (a renglón seguido del reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 22/1984/5, 137/1985/6, 144/1987/2, 76/1992/3a, 50/1995/5, 133/1995/4, 10/2002/5, 189/2004/2, etc.).

¿Pero, entonces, que aporta la inviolabilidad del domicilio (o el secreto de las comunicaciones, contemplada en el siguiente apartado) a la protección de la intimidad contenida en el primer apartado del art. 18 CE? Una protección formal de dicho bien en los ámbitos citados (domicilio y comunicaciones), que se traduce en una presunción absoluta: cualquier injerencia en las comunicaciones o en el domicilio constitucional presupone la lesión del bien jurídico intimidad. A diferencia de lo que ocurre en el primer apartado, el titular del derecho no tiene que acreditar que el ataque ha provocado una lesión efectiva en su intimidad personal, lo que excluye toda ponderación en este punto y explica que nuestra garantía sea la misma aunque solamente tengamos un simple jergón en nuestra morada. El Tribunal Constitucional ha precisado que, además de la entrada física de una persona, podrían comprometer el derecho fundamental las invasiones que se puedan llevar a cabo "por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos" (SSTC 22/1984/5, 10/2002/5, 22/2003/3 y 189/2004/4).

Dos problemas más deben ser planteados. El art. 18.1 CE alude a la intimidad personal y familiar... ¿cuál de ellas es la protegida a través de la inviolabilidad del domicilio? Por otra parte, ¿puede entenderse que el derecho fundamental en examen protege igualmente el derecho a la vida privada?

La primera cuestión merece una respuesta matizada. Puede entenderse que la persona que deniega al acceso a la vivienda familiar ejerce, *prima facie*, su derecho a la intimidad personal y también familiar. Pero es oportuno recordar que ésta última no podrá ser seriamente invocada cuando se cuestione la legitimidad de la entrada o permanencia de una persona que cuenta con el permiso expreso de algunos miembros de la familia y la prohibición de otros de sus miembros. Que lo improbable no es imposible lo acredita la STCI 176/1970, en la que el Tribunal Constitucional italiano concluye que, en el caso de que existan varios cohabitantes que cuenten con los mismos derechos (no los tienen los hijos menores, sometidos a la patria potestad, ni los mayores de edad, precarios a estos efectos desde la perspectiva jurídica), como pueden ser los cónyuges o los estudiantes que comparten un mismo piso (con independencia del nombre que figure en el contrato de alquiler o que uno de ellos sea propietario del inmueble, puesto que es la posesión y no la propiedad -STC 69/1999/2- lo que justifica el reconocimiento del derecho fundamental -*cfr*. STC 209/2007/2-), la negativa de entrada o permanencia debe primar sobre el permiso (con independencia de que el cónyuge que permite la entrada presunta víctima y ejerza la acusación particular contra el otro cónyuge, que es el criterio manejado en la STC 22/2003/8, del que discrepa el Magistrado Jiménez Sánchez con argumentos más convincentes -*vid* apartado 9 VP-). Ahora bien, para que la persona que realiza la entrada pueda ser culpable de un delito de allanamiento de morada debe ser consciente de la negativa de un titular del derecho. La conclusión es que la intimidad protegida por el derecho fundamental es la personal y no la familiar.

El segundo interrogante suscitado debe ser rechazado, en contra del parecer expresado, en este punto, por nuestro Tribunal Constitucional. Aunque es cierto que el art. 10.2 CE dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, dicho precepto constitucional solamente permite interpretar los derechos fundamentales recogidos en la Constitución y no alterar su naturaleza o fundamento. Y esto es, precisamente lo ocurrido en nuestro país.

En efecto, el tenor empleado por el art. 12 DUDH (1948) ha influido en la redacción del art. 8 CEDH, precepto en el que se asegura, en su apartado primero, el derecho de toda persona al respeto de su vida privada familiar, de su domicilio y de su correspondencia. El derecho al respeto del domicilio es un derecho que se vincula a la vida privada (*privacy*) de las personas, conectada, a su vez, con el libre desarrollo de la personalidad. No es de extrañar, partiendo de estos datos, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya entendido que la entrada de olores y humos desagradables (STEDH López Ostra c. España) o ruidos (STEDH Moreno Gómez c. España) puede comprometer el derecho al

respeto del domicilio en la que medida en que afecta al libre desarrollo de la personalidad.

Aunque es evidente que la entrada de tales humos, olores o ruidos compromete el derecho recogido en el art. 8 CEDH no lo es tanto que afecte al derecho a la inviolabilidad del domicilio, ni siquiera invocando para ello principio interpretativo contenido en el art. 10.2 CE, porque ello supondría alterar el bien jurídico protegido por este derecho (intimidad *vs*. vida privada) y el fundamento último en el que se ampara (dignidad de la persona *vs*. libre desarrollo de la personalidad). No ha sido este, sin embargo, el parecer expresado por el Tribunal Constitucional (SSTC 119/2001 y 16/2004), que ha optado por entender que un ruido intenso puede comprometer (de forma simultánea, lo que a nuestro juicio es dogmáticamente imposible) los derechos a la intimidad personal y a la inviolabilidad del domicilio. La citada jurisprudencia fuerza la previsión contenida en el art. 10.2 CE, siendo más correcto entender que en nuestro país existe un derecho subjetivo al respeto del domicilio que garantiza la vida privada, recogido en el art. 8 CEDH, y un derecho fundamental que protege la inviolabilidad del domicilio para asegurar nuestra intimidad personal, concretado en el art. 18.2 CE.

2.2. Los titulares activos y pasivos del derecho fundamental.

También pueden plantearse objeciones a la jurisprudencia constitucional relacionada con los titulares activos del derecho fundamental.

No cabe ningún género de dudas de que las personas físicas están ontológicamente protegidas por el derecho fundamental en examen, porque todas ellas precisan de un espacio en el que realizan sus actividades íntimas. Desde esta perspectiva es oportuno recordar que nuestros Códigos Penales han tipificado como delitos la entrada o permanencia de cualquier persona en morada ajena en contra de la voluntad de su titular, ya sea cometido por particulares (allanamiento de morada, recogido en los arts. 404 CP1848, 414 CP1850, 504 CP1870, 668 CP1928, 482 CP1932, 490 CP1944, 490 CP1973 y 202 CP1995) o por funcionario público (arts. 243.4 CP1822, 290 CP1848, 299 CP1850, 215.1 CP1870, 269 CP1928, 205.1 CP 1932, 191.1 CP1944, 191 CP1973 y 204 CP1995).

Es más cuestionable, sin embargo, que las personas jurídico-privadas puedan ser titulares del derecho fundamental examinado, dado que, como ya se ha indicado, éste protege la intimidad y las personas jurídicas carecen de ésta (ATC 257/1985/2 y SSTC 69/1999/2 y 22/2003/2 *in fine*). Sin embargo, el Tribunal Constitucional mantuvo, en la importante STC 137/1985/2, que una persona jurídico-privada (en el caso en especie, una sociedad mercantil) era titular del derecho fundamental (aunque, paradójicamente, terminará denegando el amparo solicitado por entender que la queja no guardaba relación con la intimidad -/6-).

En la STC 69/1999/2 ha señalado que las personas jurídicas gozan de una menor intensidad de protección de la inviolabilidad del domicilio, y que éste solamente se extiende a "los espacios físicos [de la sociedad mercantil] que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros", aligerando también el juicio de proporcionalidad que justifica la restricción del derecho (/4y5).

Tal entendimiento del derecho fundamental es perturbador porque exige, de un lado, reformular la noción constitucional de domicilio (hasta ese momento identificado con el concepto penal de morada) y, de otro, tipificar como delito la entrada o permanencia en los locales de la persona jurídica en contra de la voluntad de sus titulares. De la primera cuestión no debemos ocuparnos en este momento, sino al estudiar el concepto constitucional de domicilio. Si interesa detenernos ahora, sin embargo, en la decisión del legislador penal de incorporar al Código el delito de entrada o permanencia, en contra de la voluntad de su titular, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público (art. 203 CP1995), porque ello nos lleva a plantearnos un problema más, el último, relacionado con la titularidad del derecho fundamental. Aludimos, claro está, al problema de la titularidad pasiva del derecho fundamental. Sin que sea preciso fundamentar la existencia de una eficacia horizontal del derecho fundamental (pudiendo optarse, así, por los que defienden que estamos ante la dimensión objetiva del derecho fundamental), es conveniente recordar que, aunque este derecho surgió contra el poder del Estado, tuvo un rápido reflejo en el Código Penal (concretamente, en el delito de allanamiento de morada) y que esta regulación se ha mantenido a lo largo de los años. Que dicha dimensión horizontal es connatural al derecho lo acredita, precisamente, que el legislador haya decidido proteger penalmente el domicilio de las personas jurídicas una vez que el Tribunal Constitucional había declarado que eran titulares del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

2.3. El concepto constitucional de domicilio.

El art. 18.2 CE no aclara qué domicilio es el inviolable, y nuestro ordenamiento ofrece un buen número de nociones afines (el domicilio civil, ex arts. 40 y 41 CC; la morada y la casa habitada en el plano penal, ex arts. 202 y 241 CP; el domicilio procesal, ex art. 554 LECrim; el domicilio tributario, ex art. 48 LGT, etc.). El Tribunal Constitucional ha señalado que la noción constitucional de domicilio no coincide ni con la existente en el Derecho privado ni puede

equipararse con el concepto jurídico-penal de morada, siendo más amplia que la privada y la jurídico-administrativa (SSTC 94/1999/5 y 10/2002/6).

A pesar de esta afirmación, la doctrina ha optado, tradicionalmente, por asimilar la noción constitucional de domicilio con la morada penal en tanto que se ha vinculado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio a las personas físicas. Dicha identificación se pone de manifiesto, paradójicamente, al examinar la jurisprudencia constitucional (muy especialmente la STC 69/1999/2) y penal. Así, por ejemplo, es altamente significativo que el Tribunal Constitucional haya excluido que una embarcación pueda ser considera domicilio porque no se habitaba en ella (ATC 103/2002/3y4) o que afirme que un prostíbulo no es morada (STC 129/1996/5), lo que nos permite ahondar en los perfiles del domicilio constitucional.

La morada penal "es el hogar destinado a la habitación de una persona, lugar, cerrado donde se reside y satisfacen las condiciones de la vida doméstica, protegida porque es el recinto de la vida íntima del hogar familiar" (STS 1979\2093/3). Nuestra Constitución protege la morada fugaz y actual, incluida la de naturaleza ocasional o esporádica (tiendas de campaña, *roulottes*, habitaciones de residencias militares -SSTC 189/2004/2 y 209/2007/2- y los cuartos de hotel -SSTC 10/2002/8 y 209/2007/2-).

Por otra parte, se extiende a cualquier dependencia que, aunque no se use principalmente para vivir, se encuentra en comunicación directa con la habitación, lo que supone que un local destinado a un determinado fin (por ejemplo, plaza de garaje) será considerado domicilio si tiene acceso directo a la morada, pero no en caso contrario.

El Tribunal Constitucional ha entendido, además, que no pueden ser considerados, en principio, domicilio en el sentido constitucional del término, "los locales destinados a almacén de mercancías (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7), los que estaban destinados a bar y un almacén (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), las oficinas de una empresa de la que el recurrente era representante legal (ATC 171/1989, de 3 de abril), la cochera destinada a almacén (ATC 171/1989, de 3 de abril y ATC 223/1993, de 9 de julio), ni, en general, los locales abiertos al público pues no se puede confundir el domicilio «derecho público fundamental de personas físicas y jurídicas (SSTC 22/1984, 137/1985), y cualquier local cerrado (art. 87.2 LOPJ[hoy 91.2]), (...pues...) el régimen aplicable al primero no es ni tiene por qué serlo extensible en su totalidad al segundo» (ATC 58/1992, de 2 de marzo)" (ATC 290/2004/2) ni una nave de almacén abierta al pública y sita en un polígono industrial.

Finalmente, la vulneración constitucional se produce con independencia de que, en el momento de la entrada, se encuentre el titular del derecho dentro o fuera de su domicilio. Lo que sí resulta imprescindible es que el delito se produzca sobre una morada ajena. Esto implica, de un lado, que si la posesión es ajena no

podrán alegarse lazos de parentesco o la propiedad civil sobre el inmueble para justificar la inmisión domiciliaria. De otro lado, presupone que un cohabitante jamás podrá vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio (aunque pueda comprometer, en su caso, el derecho material a la intimidad del art. 18.1 CE).

Todos estos principios deben atemperarse en determinadas situaciones. A mero título de ejemplo se podría señalar que los menores tienen un ejercicio limitado del derecho en relación con sus padres, al igual que le ocurre al precarista respecto del precario (aunque el Tribunal Constitucional haya realizado incomprensibles afirmaciones en otra dirección en la STC 209/2007/FJ 4 *in fine*), o al servicio doméstico en relación con sus empleadores. En esta misma línea de argumentación debe ponerse de manifiesto las evidentes restricciones que existen para los usuarios de las habitaciones de un hospital y, con mayor evidencia todavía, para las celdas de los presos (STC 89/2006/2).

En líneas anteriores hemos señalado que el Tribunal Constitucional ha optado por extender el derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas por lo que parece lógico concluir que la noción constitucional de domicilio debe ser más amplia que la penal de morada (puesto que, como resulta obvio, ni las personas jurídicas poseen intimidad ni precisan, consiguientemente, de un espacio en el que morar).

Las dudas que surgen inmediatamente es determinar el alcance del domicilio constitucional de las personas jurídicas, puesto que éstas utilizan muchos tipos de locales (sede social, oficinas, fábricas, talleres, almacenes, locales abiertos al público, etc.). El Tribunal ha aportado alguna luz en esta materia, afirmando que el concepto constitucional de domicilio "no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación -como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989/2)-, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad" (sic) (STC 228/1997/7) y excluyendo aquéllos locales en los que se realiza una "actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole", distinta a la vida privada (STC 10/2002/7).

III. Segunda parte: La dimensión dinámica del derecho fundamental

3.1. Delimitación general

Tras declarar que el domicilio es inviolable, el art. 18.CE añade que ninguna entrada o registro puede realizarse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. De las tres causas que permiten la

realización de delito flagrante hemos de excluir la referida al consentimiento, puesto que éste no supone un límite externo al derecho sino, más correctamente, el ejercicio del mismo, consistente en que nadie puede entrar o permanecer en nuestra morada *en contra de nuestra voluntad*. Partiendo de este dato, parece que el artículo 18.2 CE prevé un mecanismo limitador ordinario (la resolución judicial), que es el que opera, salvo que concurra un delito flagrante.

Por otra parte, los apartados 1 y 2 del art. 55 CE prevén también que la vigencia del derecho a la inviolabilidad pueda ser suspendido con ocasión de la declaración de un estado de excepción o sitio (suspensión general del art. 55.1 CE) o respecto de personas integradas en bandas armadas o a elementos terroristas (suspensión individual *ex* art. 55.2 CE).

A continuación examinaremos todos estos límites constitucionalmente previstos al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio para preguntarnos, finalmente, si otros límites no expresamente contemplados en la Constitución pueden restringir el derecho fundamental en examen.

3.2. Los límites constitucionalmente previstos

3.2.1. La resolución judicial

La resolución judicial es el mecanismo limitador ordinario del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, ya que en nuestra Constitución, a diferencia de otras de nuestro entorno (arts. 13.3 CA y 14.3 CI), no se contempla que la Ley pueda prever la realización de entradas domiciliarias (*cfr*. SSTC 160/1991/8 y 126/1995/3). La previsión de un alto grado de protección constitucional guarda, a nuestro juicio, directa relación con el sólo reconocimiento del derecho a las personas físicas y con la determinación de un estricto concepto de domicilio (coincidente con la morada penal).

La resolución judicial actúa como mecanismo limitador (ya que invalida la eventual prohibición de entrada del titular del derecho), pero también como mecanismo garantizador (ya que asegura la actuación, en esta materia, de un poder independiente).

La Constitución exige que toda entrada domiciliaria se vea precedida por una resolución judicial. Nuestro Tribunal Constitucional entendió, en un primer momento, que cualquier entrada domiciliaria debía verse avalada por un concreto tipo de resolución judicial (auto judicial) que tuviera un determinado contenido (mandamiento judicial de entrada), dictado al amparo del art. 117.4 CE (STC 22/1984). Más tarde, el Tribunal enmendó tal error, afirmando que una Sentencia que avala la regularidad de un acto administrativo cuya ejecución implica la realización de entrada domiciliaria integra la noción resolución judicial constitucionalmente prevista en el art. 18.2 CE (STC 160/1991 y ATC 47/2009).

Esta afirmación es acertada, ya que explica que el órgano judicial actúa también como garante de derechos en su función jurisdiccional (art. 117.3 CE), y que la entrada domiciliaria se incardina, en estos casos, en la ejecución de resoluciones judiciales, cuyo control no debe someterse al conocimiento de otros órganos judiciales, y viene exigida por el respeto del principio de cosa juzgada. Por estos motivos, debe entenderse, por ejemplo, que el lanzamiento no es la resolución judicial constitucionalmente exigida en el art. 18.2 CE, sino la Sentencia de desahucio (ya sea éste civil o administrativo).

Dejando ya de lado las Sentencias judiciales cuya ejecución prevé una restricción del derecho fundamental en examen, es oportuno añadir que, en determinados supuestos, la autoridad judicial debe autorizar, mediante auto judicial, la realización de entradas domiciliarias para acometer determinadas medidas. Especial interés suscitan dos supuestos: las diligencias de entrada y registro acordadas para la investigación de ilícitos criminales graves (art. 550 LECrim) y las previstas para la ejecución forzosa de actos administrativos (siendo acordadas, estas últimas, por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, *ex* arts. 8.6 LRJC-A y 91.2 LOPJ, hasta que comience el proceso contencioso-administrativo, a partir de cuyo momento serán competentes los tribunales que conozcan de la causa -STC 199/1998/3-) y estaremos aludiendo, en puridad a la ejecutividad de resoluciones judiciales.

Cualquier resolución judicial que incida en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio debe ser motivada (aunque lo sea de forma parca, concisa o escueta -*cfr*. STC 41/1998/34-), justificando la necesidad y la proporcionalidad de la medida de entrada domiciliaria decretada (SSTC 126/1995/4 y 139/2004/2), rodeando la inmisión domiciliaria de cautelas (por ejemplo, no es constitucionalmente admisible un auto judicial que no delimita temporalmente el plazo en que pueda realizarse la entrada domiciliaria –*cfr*. SSTC 50/1995/7 y 139/2004/2-). En ocasiones, el Tribunal Constitucional ha permitido "complementar algunos de los extremos del mandamiento de entrada y registro con los detalles que se hagan constar en el oficio policial solicitando la medida (SSTC 49/1999, de 5 de abril y 139/1999, de 22 de julio)" (STC 161/2004/2), "incluso asumiendo las razones expuestas en éste" (STC 56/2003/4). Cuestión distinta es que el auto contenga errores materiales (sobre la identificación del domicilio o la identidad del titular), defectos que no vician su regularidad constitucional. Tampoco afectan al derecho fundamental los incumplimientos y errores que puedan producirse durante la diligencia de registro (ausencia del investigado, de testigos o del propio Secretario Judicial, por ejemplo), ya que, al margen de los efectos que tales defectos pueden presentar sobre la validez de la diligencia judicial, la entrada se vio precedida por la oportuna resolución judicial constitucionalmente exigida (SSTC 41/1998/35, 219/2006/7, entre otras muchas).

Si la entrada domiciliaria ha vulnerado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (por no haber sido prevista por una resolución judicial, o ser ésta inmotivada) debe entenderse que las pruebas halladas en el domicilio son nulas por haberse obtenido con vulneración de un derecho fundamental (art. 11.1. LOPJ y STC 199/1987/9). Sin embargo, "lo hallado en un registro verificado con vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio no ha de tenerse por inexistente en la realidad y puede ser incorporado de forma legítima al proceso por otros medios de prueba (STC 161/1999, FJ 2)" (STC 149/2001/6), siempre que no exista una conexión de antijuridicidad en las concretas pruebas presentados en el juicio (como son, por definición, las de carácter personal -por ejemplo, la confesión-) (*cfr*. STC 8/2000/2), porque ello comprometería el derecho a un proceso con todas las garantías y, en su caso, al derecho a la presunción de inocencia.

En relación con la autorización judicial de entrada domiciliaria para la ejecución de actos administrativos, el Tribunal Constitucional ha aclarado en multitud de ocasiones qué el órgano judicial competente (hasta 1998, el Juzgado de Instrucción, a partir de la emisión de la LO 6/1998, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo) no debe examinar la regularidad del acto administrativo que se pretende ejecutar, sino determinar que la inmisión domiciliaria es necesaria, adecuada y proporcionada (SSTC 144/1987/2, 76/1992/3a, 174/1993/1, 171/1997/2 y 139/2004/2, entre otras). El Juzgado debe verificar, en primer lugar, que se encuentra en presencia de un acto que, *prima facie*, parece dictado por la autoridad competente en el marco de sus competencias (lo que excluye la vía de hecho). En segundo lugar, ha de controlar que la ejecución del acto administrativo haga necesaria la realización de la entrada domiciliaria. En tercer lugar, debe comprobar que el acto administrativo se encuentra en fase de ejecución y que no ha sido suspendido por autoridad administrativa o judicial alguna. En cuarto y último lugar, el Juzgado Contencioso-administrativo está obligado a garantizar que la irrupción domiciliaria, que va a afectar a la intimidad del morador o moradores, se produzca sin más limitación de los derechos fundamentales que aquéllas que sean estrictamente necesarias. Es aquí donde vuelve a exigirse que el órgano judicial pondere la proporcionalidad de la medida acordada en el auto judicial, explicando por qué la considera necesaria, adecuada y proporcionada en sentido estricto.

Es de sentido común que las diferentes normas que permiten a un determinado órgano judicial que autorice la realización de entradas domiciliarias pueden contener obligaciones añadidas al órgano judicial. Por ejemplo, parece razonable que solamente se puede acordar una intervención domiciliaria para la ejecución de un acto administrativo cuándo se ha producido un previo apercibimiento sobre el interesado, que ha sido desconocido (art. 8.5 LRJC-A). Tal exigencia sería inconveniente y desacertada, sin embargo, cuando con dicha medida se pretende

investigar la comisión de un ilícito penal (art. 550 LECrim) o tributario (art. 113 LGT). Podemos así concluir, al amparo de la STC 50/1995, que la resolución judicial constitucionalmente exigida no será siempre idéntica, dependiendo del tipo de proceso o procedimiento en el que la misma sea acordada.

3.2.2. El delito flagrante

Como ya se ha adelantado, la concurrencia de un delito flagrante exime a la persona que penetra en domicilio ajeno de la previa obtención de la resolución judicial constitucionalmente prevista. El delito flagrante excepciona así no tanto el derecho, como la resolución judicial (que se configura, así, como el verdadero contenido delimitador del derecho), y tal previsión no es novedosa (*cfr*. arts. 5 C1869 y 553 LECrim -precepto modificado por la LO 4/1988, de 25 de mayo-).

El delito flagrante es un instituto procesal de recio abolengo (puede recordarse el *furtum manifestum* del Derecho romano y, especialmente, el procedimiento *in fraganti* del Derecho germánico, que tuvo repercusión entre nosotros con el procedimiento medieval del *apellido*, así denominado porque se inicia con el griterío o llamamiento -*appelare*- de los vecinos que sorprendían la comisión del delito).

El art. 779 LECrim, derogado por la LO 7/1988, de 28 de diciembre, del procedimiento abreviado para determinados delitos, definía del delito flagrante como "el que se estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos". El mismo precepto aclara que "se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuera cogido en el momento de estar cometiendo el delito sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen". Finalmente, "también se considerará delincuente *in fraganti* a aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en él".

La noción procesal de delito flagrante se caracteriza, así, por dos notas: inmediatez personal (el delincuente es sorprendido) e inmediatez temporal (cometiendo un delito, o en un momento inmediatamente posterior). La implicación del sujeto en el delito resulta, así, resplandeciente porque nuestros sentidos acreditan la implicación de un sujeto en la comisión de un delito. Esta es la única *notitia criminis* que integra la noción procesal de delito flagrante. Ello explica que el Tribunal Constitucional declarara inconstitucional el art. 21.2 LOPSC (que definía el delito flagrante como "el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código

Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito"), tras recordar que "la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es "sorprendido" –visto directamente o percibido de otro modo– en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito" (STC 341/1993/8). En efecto, en la medida en que la expresión conocimiento fundado no integra necesariamente un conocimiento o percepción sensorial va notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia.

La noción constitucional de delito flagrante, contemplada en los arts. 18.2 y 71.2 CE, cuenta con un tercer elemento que se añade a la inmediatez personal y temporal. Aludimos a la necesidad de que la actuación policial sea urgente, exigencia que deriva de que en la flagrancia delictiva del art. 18.2 CE sirva para restringir un derecho fundamental, por lo que la inmisión domiciliaria solamente se puede producir de forma proporcionada. El Tribunal Constitucional ha aludido a la urgencia como elemento del concepto constitucional de flagrante delito en la STC 341/1993, pero no ha justificado adecuadamente tal criterio.

Aunque esta Sentencia aporta una noción constitucionalmente adecuada de delito flagrante (en el que concurren, finalmente, inmediatez personal y temporal y una urgencia que justifica la actuación policial), no ha sido posteriormente riguroso con tal delimitación en la STC 94/1996, de 28 de mayo. En esta resolución, el Tribunal Constitucional avala el registro realizado en dos viviendas. Una de tales entradas es plenamente respetuosa con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, puesto que se realiza cuando se aprecia, a través de la ventana, que una mujer trata de deshacerse de droga arrojándola al inodoro. Más discutible resulta, sin embargo, que la policía pueda entrar a la vivienda de otra mujer, que ha sido detenida en la calle, para buscar efectos relacionados con el tráfico de drogas, que realizaban en la calle. A juicio del Tribunal existen "indicios racionales y vehementes" de que en el mismo se estaba cometiendo un delito, pudiendo así adquirir la policía un "conocimiento evidente acerca de la existencia del delito" (STC 94/1996/5b). Tal cuestión es discutible, dado que no se había cometido ningún ilícito en la vivienda que hubiera sido percibido por los agentes y que no se vislumbra cuál es la urgencia en realizar la entrada cuando la ocupante del piso había sido detenida y los agentes podían custodiar el piso mientras obtenían el oportuno mandamiento judicial. Más ajustada nos parece la doctrina contenida en la STC 22/2003/5 que vuelve a aludir a la necesaria percepción sensorial para que exista delito flagrante.

Es oportuno hacer ver que una entrada domiciliaria amparada en un delito flagrante puede realizarse en cualquier domicilio constitucional, con independencia de que éste sea habitado, o no, por las personas implicadas (delincuente y víctima) en el ilícito penal, como evidencian los casos de persecución del delincuente (*hot*

pursuit), que trata de refugiarse en alguna casa. También que nuestro Derecho faculta a cualquier persona para detener a un delincuente sorprendido infraganti (art. 490 LEcrim), pero que solo permite a los agentes de policía a realizar entradas domiciliarias con tal fin (art. 553 LECrim), sin que merezca reproche constitucional que, además de apresar al delincuente, se realice un registro en su morada. Finalmente, debe entenderse que la restricción del derecho fundamental solamente opera cuando concurre la flagrancia referida a un delito (o a un hecho que, *prima facie*, puede presentar tal relevancia penal) y no a una mera falta.

3.2.3. La suspensión general del derecho

El art. 55.1 CE permite la suspensión del derecho fundamental cuando se decrete un Estado de excepción (para atajar graves alteraciones del orden público que dificultan el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas o el de los servicios públicos esenciales) o de sitio (frente a agresiones dirigidas contra la soberanía o la independencia española, así como los ataques contra su integridad territorial o su ordenamiento constitucional).

La Declaración de uno de estos dos estados de emergencia constitucional (el de excepción, por el Gobierno, previa autorización del Congreso de los Diputados y el de sitio por mayoría absoluta de esta Cámara a iniciativa exclusiva de aquél) no conlleva la suspensión automática de ningún derecho fundamental, sino que debe justificarse, en ella, los hechos que justifican la adopción del estado y la suspensión de determinados derechos fundamentales, decretando el ámbito temporal y territorial sobre el que opera. Por otra parte, la aplicación de dicha suspensión debe ser de forma proporcionada a las circunstancias (art. 1.2 LOEAEyS). Hasta el momento no se ha producido ningún supuesto práctico en nuestro país.

El art. 17 LOEAEyS regula el régimen del derecho suspendido a la inviolabilidad del domicilio. En estos casos, la entrada domiciliaria y el registro puede ser acordado por la autoridad gubernativa cuando sea preciso para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público (criterio de necesidad), formalizándose en una orden formal y escrita. Por otra parte, el órgano judicial es informado de las inspecciones y registros efectuados, de las causas que los motivaron y de sus resultados. El control judicial no desaparece, pero se realiza a posteriori y no de forma preventiva, como es habitual.

3.2.4. La suspensión individual del derecho

El art. 55.2 CE dispone que "una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos

17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas". El precepto constitucional señala, a continuación, que "la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes".

En tres ocasiones se han dictado Leyes en desarrollo del art. 55.2 CE (son las LLOO 11/1980, de 1 de diciembre, 9/1984, de 26 de diciembre y, en la última, las LLOO 3/1988 y 4/1988, ambas de 25 de mayo), habiendo sido todas ellas impugnadas ante el Tribunal Constitucional por el Parlamento Vasco (*cfr*. SSTC 25/1981, 199/1987 y 71/1994/3, respectivamente).

La última Ley citada introdujo un nuevo art. 553 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que puede leerse que "los agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas [...], en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como el registro que, con ocasión de aquella, se efectúa en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido". Sigue afirmándose a renglón seguido que "del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que han intervenido y los incidentes ocurridos". Dicho precepto permite la realización de entradas en domicilios, propios o ajenos, de presuntos miembros de bandas armadas o terroristas para proceder a su detención (aunque pueda realizarse un registro de forma incidental a dicho fin).

El hecho de que la intervención judicial sea a posteriori viene impuesta por el propio art. 55.2 CE, y el Tribunal ha aclarado que al órgano judicial conserva le corresponde "verificar si las circunstancias del caso han justificado la penetración en el domicilio sin la previa autorización judicial" (STC 199/1987/9). Si entendiera que el comportamiento policial ha sido desproporcionado podrían imponerse sanciones, disciplinarias o penales, sobre los infractores (arts. 55.2 CE y 202, 204 y 534.1º CP).

3.3. La existencia de otros límites no constitucionalmente previstos

En líneas anteriores hemos examinado los perfiles de las normas constitucionales que prevén restricciones del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (arts. 18.2, 55.1 y 55.2 CE). Puede plantearse si, además de estos

supuestos, pueden concurrir otros que justifiquen una restricción legítima del derecho constitucional en examen.

No deja de ser sintomático que el antiguo art. 491 CP señalara que el delito de allanamiento de morada, garantía penal de la inviolabilidad del domicilio, no sería aplicable cuando la persona que entra en la morada pretende evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero. Aunque este precepto haya sido formalmente derogado, a nuestro juicio sigue surtiendo plenos efectos jurídicos puesto que verbaliza un límite implícito de cualquier derecho fundamental, referido al orden público constitucional.

Para entender algo más del contenido y alcance del orden público constitucional conviene recordar que el art. 10.1 CE conecta, en términos de equivalencia (de exigencia, si se prefiere) las ideas de orden político y paz social de un lado, y los derechos fundamentales de otro, lo que no deja de ser lógico, puesto que solamente en una situación de orden político y paz social se pueden ejercer, en la práctica, los derechos fundamentales. Entendido así, el orden público constitucional opera, simultáneamente, como límite y garantía de los derechos fundamentales. Y por este motivo, solamente serán constitucionalmente admisibles las restricciones cuando las mismas persigan garantizar (a) el ejercicio del mismo derecho por otras personas, (b) el ejercicio de otros derechos por otros, o, en fin, (c) el orden público (esto es; el orden político y la paz social), necesario para el simultáneo ejercicio de los distintos derechos fundamentales por todos sus titulares. Eso nos aboca, claro está, a que las restricciones producidas deban ser objeto de un análisis individualizado (en el que se valoren las concretas circunstancias habidas) para comprobar que la medida restrictiva del derecho fundamental era necesaria y proporcionada.

Buena prueba de lo que afirmamos la encontramos en el art. 21.3 LOPSC en el que se permite la realización de entradas domiciliarias que pretendan evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros supuestos de extrema y urgente necesidad. Aunque este precepto habilita la realización de entradas domiciliarias al margen de toda intervención judicial previa, nadie ha cuestionado su (por otra parte, evidente, a nuestro juicio) constitucionalidad.

IV. Materiales

4.1. Abreviaturas utilizadas

ATC: Auto del Tribunal Constitucional; C1812: de la Constitución española de 1812; C1837: de la Constitución española de 1837; C1845: de la Constitución

española de 1845; C1869: de la Constitución española de 1869; C1876: de la Constitución española de 1876; C1931: de la Constitución española de 1931; CA: de la Constitución de Alemania; CE: de la Constitución española de 1978; CEDH: del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950); CI: de la Constitución italiana; CP, del Código Penal; CP1822, del Código Penal de 1822; CP1848, del Código Penal de 1848; CP1850, del Código Penal de 1850 (Edición Oficial reformada); CP1870, del Código Penal de 1870; CP1928, del Código Penal de 1928; CP1932, del Código Penal de 1932; CP1944, del Código Penal de 1944; CP1973, del Código Penal de 1973; CP1995, del Código Penal de 1995 (en vigor); DUDH: de la Declaración Universal de los derechos del hombre (1948); LECrim, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; LO: Ley Orgánica; LLOO: Leyes Orgánicas; LECrim: de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; LGT: de la Ley General Tributaria; LOEAEyS: de la Ley Orgánica sobre los estados de alarma, excepción y sitio; LOPJ: de la Ley Orgánica del Poder Judicial; LOPSC: de la Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana; LRJC-A: de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y (S)STC: Sentencia(s) del Tribunal Constitucional español; VP: del Voto Particular).

4.2. Bibliografía sumaria

Alcácer Guirao, Rafael: "Artículo 18.2". En Casas Baamonde, María Emilia, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (dirs.), Pérez Manzano, Mercedes y Borrajo Iniesta, Ignacio (coords.): *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*. Fundación Wolters Kluwer. Madrid, 2009; Cabezón Bajo, María José: *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*. Iustel. Madrid, 2004; Espín Templado, Eduardo: "Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 8 (1991), pp. 39-53; García Macho, Ricardo Jesús: "La inviolabilidad de domicilio". *Revista Española de Derecho Administrativo* 32 (1982), pp. 855-866; González-Trevijano Sánchez, Pedro José: *La inviolabilidad del domicilio*. Tecnos. Barcelona, 1992; López Basaguren, Alberto: "La interpretación divergente entre el TEDH y el TJCE sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas (a propósito de la jurisprudencia reciente)". *Revista Española de Derecho Europeo* 5 (2003), pp. 183-210; Matia Portilla, Francisco Javier: *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*. McGraw-Hill. Madrid, 1997; Sempere Rodríguez, César: "Comentario al artículo 18". En Alzaga Villaamil, Óscar (dir.): *Comentarios a las leyes políticas*. Edersa. Vol. II. Madrid, 1984 y Serrano, José María: "Comentario al artículo 18.2 de la Constitución". En Garrido Falla, Fernando (dir.): *Comentarios a la Constitución*. 2ª ed. Civitas. Madrid, 1985.

4.3. Resoluciones citadas

4.3.1. Tribunal Constitucional español

SSTC 25/1981, de 14 de julio; 22/1984, de 17 de febrero; 137/1985, de 17 de octubre; 144/1987, de 23 de septiembre; 199/1987, de 16 de diciembre; 64/1988, de ; 160/1991, de 18 de julio; 76/1992, de 14 de mayo; 174/1993, de 27 de mayo; 341/1993, de 18 de noviembre; 71/1994, de 3 de mayo; 50/1995, de 23 de febrero; 126/1995, de 25 de julio; 133/1995, de 25 de septiembre; 94/1996, de 28 de mayo; 129/1996, de 9 de julio; 171/1997, de 14 de octubre; 228/1997, de 16 de diciembre; 41/1998, de 24 de febrero; 69/1999, de 24 de abril; 94/1999, de 31 de mayo; 199/1998, de 13 de octubre; 8/2000, de 17 de enero; 119/2001, de 24 de mayo, 149/2001, de 27 de junio; 10/2002, de 17 de enero; 22/2003, de 10 de febrero; STC 56/2003, de 24 de marzo; 16/2004, de 23 de febrero; 139/2004, de 13 de septiembre; 161/2004, de 6 de mayo; 189/2004, de 2 de noviembre; 89/2006, de 27 de marzo; 219/2006, de 3 de julio; 209/2007, de 24 de septiembre, y AATC 257/1985, de 17 de abril; 171/1989, de 3 de abril; 103/2002, de 17 de junio; 290/2004, de 19 de julio; 47/2009, de 13 de febrero.

4.3.2. Otros Tribunales

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos López Ostra c. España, de 23 de noviembre de 1994, y Moreno Gómez c. España, de 16 de noviembre de 2004; Sentencia del Tribunal Constitucional italiano 176/1970, de 2 de diciembre y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 18 de mayo de 1979 (ref. Westlaw: 1979\2093).

4.4. Legislación citada

Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, que regula los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución; Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución; Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal; Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

* * * * *

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y TRIBUNALES ORDINARIOS: EL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN ALEMANIA

JORGE LEÓN VÁSQUEZ*
NICOLAUS WEIL VON DER AHE**

SUMARIO: I. *Introducción.* **II.** *La experiencia alemana del examen constitucional de las resoluciones judiciales.* **III.** *A modo de ejemplo final.*

I. Introducción

El examen de constitucionalidad de las decisiones judiciales es uno de los problemas más controvertidos que existe en el Derecho constitucional y en el Derecho procesal constitucional. Relaciona el efecto de irradiación de los derechos fundamentales (*die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*) sobre el Derecho ordinario con la extensión del control que lleva a cabo el Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, *BVerfG*) sobre las decisiones de los jueces ordinarios[1]. Hasta dónde ese efecto de irradiación influye en la extensión

* Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Profesor de Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional del Centro de Educación Continua de la PUCP. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP. Abogado por la UNMSM.

** Pasante en el Tribunal Constitucional del Perú. Ref. iur. en la Corte Superior de Hamburgo. Egresado de la Humboldt Universität zu Berlin y de la Universität Bayreuth.

[1] Michael, Lothar/Morlok, Martin. *Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, p. 428.

del examen de control a cargo del *BVerfG* es una cuestión permanentemente abierta a la discusión. Esta relación ha dado lugar a un amplio y fecundo debate científico en Alemania, donde, desde hace mucho, se discute acerca del alcance del control de las resoluciones judiciales por parte del *BVerfG*; sobre todo cuando hoy se habla de una constitucionalización del ordenamiento jurídico (*Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*). Parte de ese debate se ha visto materializado en las críticas a las fórmulas de las cuales se vale el *BVerfG* para realizar dicho control en el marco del recurso de amparo contra resoluciones judiciales (*Urteilsverfassungsbeschwerde*)[2]. El objeto del presente trabajo, precisamente, consiste en exponer brevemente los modelos que se han propuesto en la doctrina y la jurisprudencia germana para otorgar razonabilidad al control de las resoluciones judiciales de los tribunales ordinarios.

II. La experiencia alemana del examen constitucional de las resoluciones judiciales

2.1 Terminología

En el derecho constitucional germano se utiliza una terminología específica para hacer referencia al examen de las decisiones judiciales y para distinguirlo, además del control de constitucionalidad de las leyes. Klaus Schlaich resalta esta terminología de la siguiente forma: "Para las cuestiones aquí pendientes [se refiere al control de las resoluciones judiciales] se habla de 'dimensión de control' [*Prüfungsumfang*], para las cuestiones del ámbito de control en la relación con la legislación se habla sin embargo de 'densidad de control' [*Kontrolldichte*]"[3]. Schlaich sostiene que tal distinción es arbitraria porque en ambos casos se trata, en realidad, de un examen de *densidad de control*. Tan es así que en la jurisprudencia judicial administrativa se habla también de densidad

[2] *Vid*., "Derecho Constitucional y Derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria. Protección jurídica primaria y secundaria en el Derecho público. Informes y discusiones en el Simposio de la Asociación de Profesores de Derecho del Estado en Würzburg de 3 a 6 de octubre de 2001. Con contribuciones de Alexy, Robert / Kunig, Philip / Heun, Werner / Hermes, Georg / Erbguth, Wilfried / Höfling, Wolfram / Streinz, Rudolf / Epiney, Astrid. (*Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg vom 3. bis 6. Oktober 2001. Mit Beiträgen von Alexy, Robert / Kunig, Philip / Heun, Werner / Hermes, Georg / Erbguth, Wilfried / Höfling, Wolfram / Streinz, Rudolf / Epiney, Astrid*).

[3] Schlaich, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. München: Verlag C.H. Beck, 4. Auflage, 1997, p. 188.

de control. Sin embargo, aún cuando él reconoce que, en ambos casos, se está ante una *densidad de control* (*Kontrolldichte*), prefiere asumir tal distinción dada su generalizada aceptación, sobre todo en la doctrina.

2.2 Modelos de control

El derecho constitucional alemán ha desarrollado diferentes propuestas para restringir el control de las resoluciones judiciales a un nivel razonable, teniendo en cuenta la función de la jurisdicción constitucional de asegurar la unidad del ordenamiento jurídico y la eficacia de los derechos fundamentales, al tiempo de respetar la competencia de la jurisdicción ordinaria[4]. Si se considera, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, que cada decisión judicial errada es una decisión judicial inconstitucional, tal control aparece plenamente justificado[5]. Por eso, desde la creación del *BVerfG*, con sede en Karlsruhe, en el discurso científico se discuten viejos y nuevos modelos de control de las resoluciones judiciales.

2.2.1 Fórmula Heck (Heck'sche Formel)

En su jurisdicción permanente, el *BVerfG* hace más de cuarenta años que utiliza una fórmula, no exenta de críticas[6], para determinar el contenido constitucional de una demanda contra una decisión judicial y evaluar, en consecuencia, si ella es un asunto de la jurisdicción constitucional. Ya desde muy temprano declaró que no es una instancia adicional del Poder Judicial y por lo cual no representa un "*tribunal de superrevisión*"[7]. El *BVerfG* no controla la legalidad de las decisiones judiciales que llegan a él en vía de un recurso constitucional de amparo (*Verfassungsbeschwerde*), sino vigila la constitucionalidad de las mismas[8]. Por lo tanto, se entiende el recurso constitucional de amparo como un recurso extraordinario, en lugar de ser un recurso adicional a los recursos comunes u ordinarios[9].

---

[4] Pestalozza, Christian. *Verfassungsprozeßrecht. Die Verfassungsgerichtbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz*. München: Verlag C.H. Beck, 3., völlig neubearbeitete Auflage, 1991, p. 168.

[5] Hillgruber, Christian/Goos, Christoph. *Verfassungsprozessrecht*. Heidelberg, München, Landsberg, Berlin: C.F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, 2., neu bearbeitete Auflage, 2006, p. 75.

[6] Beck, Karin. "Warum entscheidet das BVerfG zu gebrauchten Kühlern? Zum Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgericht im Zivilrecht - Willkür bei der Definition spezifischen Verfassungsrecht". En *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS)*, pp. 21-27.

[7] BVerfGE 7, 198 (207).

[8] BVerfGE 62, 338 (343).

[9] Schlaich, p. 188.

En el año 1964 se creó la llamada "Fórmula Heck" (Heck'sche Formel)[10] y, a partir de esa fecha, el *BVerfG* ha delimitado su competencia de control de las resoluciones judiciales al "específico derecho constitucional" (*spezifischen Verfassungsrecht*). La fórmula expone que "la interpretación de la ley común y su aplicación en el caso concreto son únicamente la tarea de la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional Federal carece de la competencia de examinar estas resoluciones; solamente en caso de una violación del derecho constitucional específico por la jurisdicción ordinaria el Tribunal Constitucional a través de una acción de amparo puede ejercer su control. Sin embargo, todavía no se produce una violación del contenido específico de la Constitución, cuando una sentencia es objetivamente deficiente medida desde el derecho común, sino el error debe estar justamente en la violación de los derechos fundamentales"[11].

En general, se podría decir que el *BVerfG* no controla, bajo la fórmula del "derecho constitucional específico" (*Formel vom spezifischen Verfassungsrecht*), si las decisiones son correctas para el derecho ordinario. Más bien controla únicamente "si los tribunales en la interpretación y aplicaciones de la ley ordinaria infringieron un derecho constitucional, especialmente si han ignorado la prohibición de arbitrariedad". Es decir, en palabras de la fórmula, si la decisión del juez ordinario pasa por alto "específicos derechos constitucionales". Una formulación en muchas sentencias describe la escala de control así: la mera subsunción de la ley común está inhibida de la intervención de *BVerfG*, hasta que el error de interpretación demuestre una concepción errada por principio de los derechos fundamentales[12], en particular cuando se observa una mala interpretación del significado de los alcances de la protección y cuando los derechos fundamentales tienen una importancia considerable para el caso concreto[13]. A lo largo del tiempo la aplicación de esta fórmula por parte del *BVerfG* se ha concretado casuísticamente; aunque en la práctica, como evidencian Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, se haya demostrado que no existe una concepción perfecta de esta fórmula para unos casos, pero quizás sí para otros[14].

---

[10] BVerfGE 18, 85; Az.: 1 BvR 37/63; pero la idea ya se desarrolla a partir de la BVerfGE 1, 418 (420). La denominación de la fórmula se debe al nombre del ponente de la sentencia, el magistrado Karl Heck que ejerció funciones como magistrado de 1954 a 1965; sin embargo, esta fundamental sentencia, que ni siquiera posee todavía un *nombre,* como corresponde a toda sentencia de cierta relevancia, debería por ello ser bautizada como *sentencia de la fórmula Heck. Cfr*. Wahl, Rainer/ Wieland, Joachim. "La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al *Bundesverfassungsgericht*". En *REDC*, Año 17, Nº 51, septiembre-diciembre, 1997, p. 17, nota 18.

[11] BVerfGE 18, 85 (92).

[12] Consideraciones muy sugestivas de lo que constituye una *auténtica* violación de derecho fundamental, en Pestalozza, Christian. *Die echte Verfassungsbeschwerde*. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2007, pp. 27 y ss.

[13] BVerfGE 18, 85 (92); BVerfGE 111, 307 (328); BVerfG, 1 BvR 1602/07 vom 26.2.2008.

[14] *Grundrechte. Staatsrecht II*. Heidelberg, München, Landsberg, Berlin: C.F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, 24. Auflage, 2008, p. 303.

2.2.2 Fórmula de intensidad o del "cuanto más…tanto más…"

En algunas decisiones el *BVerfG*, específicamente la Sala Primera (*Erster Senat*), se ha distanciado de la "Fórmula Heck" y ha desarrollado una "Fórmula de intensidad" del enjuiciamiento de pendiente inclinada, del tipo *cuanto más... tanto más...*; ello ante el problema de que la distinción, entre derecho ordinario y derecho fundamental dotado de primacía, está lejos de solucionarse o de hacerse menos arduo. Antes al contrario, la imposibilidad de distinguir entre uno y otro se convierte incluso en programa cuando se hace preciso determinar los diferentes escalones del enjuiciamiento más intensivo o pleno[15]. Como puede verse, el *BVerfG* utiliza adicionalmente esta escala para tener libertad de decisión y asegurar la justicia en los casos concretos. Para este fin, se decanta por un sistema de intensidad del agravio. En casos con una intensa afectación de derechos –como ocurre principalmente en casos penales– se atribuye la facultad de analizar el caso a fondo, inclusive hasta la estación probatoria[16]. El *BVerfG*, de acuerdo con la *teoría de la intensidad*, señala: "cuanto más intensa la resolución judicial afecta un derecho fundamental tanto más denso y profundo es el control de la resolución y más altas son las exigencias acerca de la argumentación para justificarlo"[17]. En situaciones de más intensa afectación, el *BVerfG* puede reemplazar inclusive los criterios del juez por los propios; pero con esta *competencia general de justicia* se acercaría peligrosamente, según estima el profesor Häberle, a una decisión de revisión[18]. El *BVerfG* utiliza también esta fórmula, en particular, en casos acerca del derecho fundamental a la libertad de opinión y del derecho fundamental a la protección de la privacidad. Esta fórmula y los límites del *BVerfG* han sido criticados porque se cree, por un lado, que causaron demasiada intervención en la función de los jueces ordinarios y, por el otro, se la consideraba insuficiente para marcar límites claros y diferenciables entre ambas jurisdicciones. Lo que, según se dice, llevaría a un falta de certeza jurídica y a una erosión de la autoridad del Poder Judicial.

2.2.3 Modelo de los "déficits" de Hans-Peter Schneider

Ahí donde en la interpretación de una norma ordinaria se desconoce el contenido normativo de un derecho fundamental se produce un atentado contra la Constitución. Se da, entonces, la posibilidad de interponer un recurso de amparo

---

[15] Wahl/Wieland, p. 18.
[16] BVerfGE 83, 103 (145).
[17] BVerfGE 35, 202 (219).
[18] Häberle, Peter. *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano. El recurso constitucional de amparo*. Santiago de Querétaro: FUNDAp, 2005, p. 136.

constitucional; también si ello se produce mediante una decisión judicial. La concurrencia de la jurisdicción constitucional y de la jurisdicción ordinaria, en la esfera de los derechos fundamentales, es posible. Para Schneider, así, "el Tribunal Constitucional deviene en una no prevista 'cuarta instancia', una suerte de tribunal de casación, que podría en lo que concierne a la fidelidad de los derechos fundamentales enjuiciar una serie de decisiones de la jurisdicción ordinaria" [19].

Schneider considera que se requiere una adecuada delimitación de las competencias de ambos tipos de jurisdicción. Para él, la "Fórmula Heck" es una "fórmula fáustica" tan equívoca como sencilla. Las considerables críticas al concepto de "derecho constitucional específico" han llevado al *BVerfG* en su jurisprudencia más reciente a no hacer referencia al término "específico", quedándose en la corrección o disciplina de atentados contra el "derecho constitucional" [20]. A su parecer ello no resuelve la cuestión de cómo proceder cuando se atenta contra los derechos fundamentales por vía de determinación o aplicación del derecho ordinario. "Al suspenderse a sí misma la fórmula del Tribunal Constitucional pierde toda virtualidad", afirma.

La "fórmula de los déficits" que presenta Schneider no se centra en la naturaleza del derecho aplicable o enjuiciable, sino más bien se esfuerza en distinguir entre un grupo diverso de casos, en los que cabe presumir que, en la aplicación de los derechos fundamentales, existe un conflicto entre jurisdicción ordinaria y constitucional. Así, se puede diferenciar cuatro categorías de deficiencias en los que podría incurrir el juez ordinario.

Déficit de derechos fundamentales

La primera se podría parafrasear como un *déficit de derechos fundamentales*[21]. Esto se presentaría cuando los tribunales ordinarios omiten considerar en absoluto determinados derechos fundamentales. Se produce así una "ceguera iusfundamental". El *BVerfG* en este supuesto está facultado para corregir a los tribunales ordinarios, cuando es evidente y manifiesta la ignorancia del derecho fundamental en cuestión. Según Schneider sólo en este caso de evidente desprecio de un derecho fundamental, el *BVerfG* puede suspender la decisión de la jurisdicción ordinaria y devolverla para que se adopte una nueva decisión, pero esta vez considerando el derecho fundamental omitido. De lo contrario, existiría el peligro de que el *BVerfG*,

[19] Schneider, Hans-Peter. "Verfassungsinterpretation aus theoretischer Sicht". En Schneider/Steinberg, Rudolf (Hrsg). *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richerkunst. Konrad Hesse zum 70. Geburtstag*. 1990, pp. 39-52. Aquí se hace referencia a la traducción parcial recogida en López Pina, Antonio. (Director). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia, Italia*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense – Civitas, 1991, pp.141-146.

[20] Schneider, p. 141.

[21] Schneider, p. 142.

en la interpretación del derecho ordinario, imponga discrecionalmente a los tribunales ordinarios una obligada referencia de derecho fundamental. Ello quiere decir que, en aplicación del *criterio de evidencia*, al *BVerfG* le corresponde la carga de la argumentación para demostrar esa omisión evidente de derecho fundamental. Estos casos se pueden identificar fácilmente y es obvio que el *BVerfG* las debe controlar, ya que la resolución carece de una consideración de los derechos fundamentales[22].

Déficit de interpretación de derechos fundamentales

El segundo grupo de fallos se caracteriza por un *déficit de interpretación*[23]. Lo que se quiere decir con esto es que los tribunales ordinarios reconocen, en principio, la aplicabilidad de un determinado derecho fundamental. Sin embargo, en el momento de su interpretación no han estimado adecuadamente su significado y alcance constitucionales. Esto es, han entendido equivocadamente su esfera normativa, sus funciones o sus límites. Para Schneider es frecuente que al mismo tiempo en que se presenta este error de interpretación iusfundamental también se manifiesta una violación de las reglas de interpretación constitucional. Es claro que en este supuesto el *BVerfG* debe estar facultado para llevar a cabo una verificación material de la resolución judicial, pues lo que está en juego es una concepción e interpretación correcta del derecho fundamental. Si el *BVerfG* no pudiera realizar este tipo de control se estaría poniendo en cuestión su capacidad para interpretar el derecho constitucional, al tiempo que se instalaría una interpretación divergente de los derechos fundamentales en los tribunales ordinarios y se relajaría considerablemente la vinculación de dichos tribunales a los derechos fundamentales. Entonces, bajo este tipo de déficit, el *BVerfG* juzga, en el marco de un recurso constitucional de amparo, la decisión judicial cuando ella indica, en la interpretación y aplicación de la ley común, una percepción profundamente errada de los derechos fundamentales. Aquí, el término crucial es "profundamente" o sea "en principio", aunque esto también pudiera presentar incertidumbres en su aplicación. En todo caso, la idea más importante para distinguir entre ellos es la protección del contenido básico y de la esfera normativa de los derechos fundamentales. Ello evitaría aplicaciones divergentes de los derechos fundamentales por el Poder Judicial, ya que es función del *BVerfG* asegurar la unidad y un nivel de protección suficiente de los derechos fundamentales[24].

Déficit de ponderación

La tercera categoría en la cual el *BVerfG* se reserva el derecho de controlar una resolución judicial podría ser denominada como *déficit de ponderación*

[22] BVerfGE 43, 130; 59, 231 (270); 77, 346 (359).
[23] Schneider, p. 143.
[24] BVerfGE 7, 198 (Lüth); 30, 173; 60, 348 (357); 84, 192 (195).

(*Güterabwagüng*)[25]. Varios derechos fundamentales o bienes constitucionales, en un caso concreto, pueden estar en juego, produciéndose una colisión entre ellos, ya que ambos litigantes pueden invocar un valor protegido en la Ley Fundamental. Para asegurar la amplia eficacia de ambos derechos fundamentales, en estas situaciones, el *BVerfG* aplica el principio de concordancia práctica (*Prinzip praktischer Konkordanz*)[26]. Un *déficit de ponderación* se daría, así, cuando los tribunales ordinarios han realizado una inadecuada ordenación de los derechos fundamentales en colisión. Según Starck aquí se plantea, en estricto, un "déficit de interpretación por razón de la naturaleza de las cosas", que está sometido a control por parte del *BVerfG*. Un control de este tipo se debe a que los derechos fundamentales tienen el valor de elementos del orden objetivo constitucional y se convierten en parámetro de validez de todas las esferas del derecho e inciden particularmente en la aplicación e interpretación del derecho ordinario. Por tanto, una de las tareas principales del *BVerfG* es garantizar el respeto del efecto de irradiación de los derechos fundamentales (*die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*). Una precisión necesaria sobre esto es que, bajo este tipo de déficit, no es que el *BVerfG* sustituya, por el propio, el ejercicio de ponderación realizado por los tribunales ordinarios (o sea cómo se han ordenado los derechos fundamentales en un caso de colisión). Al *BVerfG* únicamente le tocará verificar si es a su juicio comprensible y puede asumirse desde la fidelidad a la Ley Fundamental una aplicación viciada del derecho y objeta la sentencia de la jurisdicción ordinaria únicamente cuando la ponderación se base en consideraciones extrañas a la naturaleza de las cosas o a los derechos fundamentales. Cuando exista un supuesto de ponderación defectuosa entre derecho constitucional y derecho ordinario, los criterios de control pueden variar: si el control incide en el procedimiento mismo de la ponderación, un control de comportamiento de acuerdo con el *criterio de defendibilidad* de los tribunales ordinarios se hace necesario; mientras que si el examen enfatiza en los resultados de la ponderación, es ineludible deducir un *control material de los resultados*. Los casos de ponderación que no salen del marco exclusivo del derecho ordinario no podrían ser controlados por el *BVerfG*, precisamente por no aparecer comprometido derecho fundamental alguno.

Déficit de procedimiento

Por último, el *BVerfG* interviene cuando ocurre un *déficit de procedimiento*[27]. Se considera un déficit de este tipo cada violación de los derechos de jus-

[25] Schneider, p. 143.

[26] Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deustchland*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 20. Neubearbeitete Auflage, 1995, p. 9.

[27] Schneider, p. 144.

ticia. Esto puede darse, por ejemplo, con una vulneración al juez legal o a la tutela judicial. Expresado en términos más generales, cada infracción del proceso debido. Pero no sólo ello, sino que queda comprendido dentro de este tipo de déficit también aquel supuesto en el que, en la creación judicial de derecho, los tribunales ordinarios se exceden frente al legislador; con ello se advierte, como es evidente, un exceso de los márgenes jurídico-funcionales del Poder Judicial. A juicio de Schneider, en ambos casos, el *BVerfG* está obligado a llevar adelante un *control de resultados* del fallo judicial, "puesto que el Juez debe, en primer lugar, respetar en el ejercicio de sus competencias los derechos fundamentales, los cuales tanto comportan una referencia obligada para su forma de conducir el proceso como tienen al propio juez como destinatario". Además, el juez en sus fallos no puede aplicar a su libre albedrío las concepciones de valor de la Ley Fundamental. "El Juez vulneraría la Constitución si llegara a sus conclusiones por una vía metódica conforme a las concepciones valorativas de la Constitución, pero vulnerando prescripciones constitucionales sobre la aplicación judicial del Derecho". En este caso estamos ante un *control de método*.

Como los derechos de justicia apuntan a una protección ante el exceso o defecto del Poder Judicial, el *BVerfG* tiene amplia facultad de control[28]. Además, caen en esta categoría errores en la creación judicial de derecho; lo que califica como violación de la reserva legal. Es decir, cuando el juez excede los límites de la interpretación de la ley y deriva una consecuencia jurídica que está reservado para el Legislador, pues, en efecto, altera el principio de separación de poderes. Asimismo, el juez no está facultado para crear mediante la interpretación de la ley nuevas restricciones a los derechos fundamentales que no fueron previstos ni implicados por el Legislador. Por lo tanto, el significado de la palabra marca, *prima facie*, el límite de la interpretación y, en consecuencia, resulta inconstitucional la decisión judicial que excede los límites de la creación judicial de derecho al violar el principio de reserva legal[29].

2.2.4 Fórmula Schumann (Schumann'sche Formel)

Se debe considerar como una de las propuestas más importantes –lo que se manifiesta en una adopción parcial de este concepto por el *BVerfG*[30]–, a la "Fórmula Schumann" (Schumann'sche *Formel*). Según ella, se siguen dos pasos en el examen de la resolución judicial cuestionada para determinar si un bien

[28] Papier, Hans-Jürgen. "Verhältnis des Bundesverfassungsgericht zu den Fachgerichtsbarkeiten". En *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, Ausgabe 8, 2009, p. 477.
[29] BVerfGE 34, 269; 61, 68 (73).
[30] BVerfGE 69, 315 (372); 81, 29 (31f.); 82, 6 (12f.); 83, 82 (87).

constitucional aparece afectado por ella[31]. Schumann propuso que el *BVerfG* deba revisar, en el primer paso, si la decisión judicial adoptada por el juez ordinario, *trasformada en o pensada imaginariamente como una ley*, resultaría inconstitucional. En otras palabras, se investiga si la concepción jurídica de la ley que interpretó el juez y en que fundó su sentencia es constitucional. Por lo cual se asegura que el juez esté dentro del marco de la Constitución que limita, al mismo tiempo, al Legislador. El juez ordinario no puede crear una consecuencia jurídica que ya estaría prohibida también para el Legislador[32]. En suma, bajo esta fórmula, primero se revisa la resolución judicial a través de un análisis de constitucionalidad, considerándola hipotéticamente cual si fuera una ley.

En el segundo paso, Schumann propone que se examine la decisión únicamente si el juez llegó a ella aplicando criterios razonables y objetivos. Dentro de este supuesto está ubicado el control de una decisión judicial arbitraria. La prohibición de arbitrariedad es un principio esencial del Estado de Derecho. El juez constitucional debe revisar una resolución judicial cuando la interpretación y aplicación de la ley, analizada con una crítica razonable, no es explicable mediante los principios de la Constitución y desde ningún punto de vista es comprensible[33]. Por lo tanto se pone en evidencia que el juez llegó a una conclusión desacatando los derechos fundamentales y empleando criterios inadecuados. A través de esta categoría, el *BVerfG* asume una competencia para intervenir abiertamente, en casos excepcionales, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria para corregir fallas evidentes y asegurar una justicia general. En defensa y protección de los derechos fundamentales el *BVerfG*, excepcionalmente, interviene si advierte un fracaso total de la jurisdicción ordinaria en sus funciones.

Así, se incorpora un control de la arbitrariedad y se asegura que no haya un razonamiento jurídico ajeno al caso. En su jurisprudencia, el *BVerfG* solamente utiliza el primer paso explícitamente. Por eso, en el discurso científico existe consenso en el sentido que la "Fórmula Schumann" marca la densidad mínima de control por el *BVerfG*[34]. En cambio se discute si una limitación del control a estas condiciones cercenará demasiado las facultades del *BVerfG*. En la literatura y la jurisprudencia constitucionales mayoritariamente se reconoce que la *prohibición de exceso* (*Übermaβverbot*) también forma parte del ámbito de control de la jurisdicción constitucional y, por lo tanto, no ven a la "Fórmula Schumann"

[31] Schumann, Ekkehard. *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p. 206.

[32] Kublaschvili, Konstantin/ Schubert, Björn G. "Die Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts bei der Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidungen als Modell für die georgische Gerichtsbarkeit". En *Verfassung und Recht in Übersee (VRÜ)*, 40, (2007), p. 300.

[33] BVerfGE 62, 338 (347); 70, 93 (97).

[34] Alleweldt, Ralf. *Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 142.

como límite de este control[35]. Sin embargo, en la *praxis* del *BVerfG*, para la mayoría de los casos, esta fórmula sirve como filtro y asegura que la jurisdicción constitucional no invada demasiado el campo de actuación del Poder Judicial.

2.2.5 Modelo de la "Fórmula tripartita" de Christian Starck

Diferenciar entre un amparo "puro" contra una resolución judicial, de un amparo que declara la inconstitucionalidad de una ley aplicada por la sentencia que lo hizo, es aquí, según Starck, pertinente[36]. En el primero se está ante un supuesto en el cual la decisión judicial aplica una ley constitucional; mientras que en el segundo no se trata de un control de la sentencia, sino de la ley, con cuya declaración de nulidad también decae la sentencia impugnada, sin que sea controlado, en verdad, el acto de aplicación de la ley. Para él, cada decisión del *BVerfG* sobre un recurso de amparo "puro" contra sentencias judiciales corre el riesgo de adoptar una decisión que en el fondo sea una revisión ulterior, superrevisión o de decidir de nuevo sobre la determinación y valoración de los hechos; es decir abrir una superinstancia para determinar los hechos. Si bien reconoce que el *BVerfG* se esfuerza por hacer razonable el examen de las resoluciones judiciales, de otro lado, considera que las fórmulas "lesión del derechos constitucional específico" y "desconocimiento de normas y criterios fundamentales" son poco claras y no pueden limitar su actividad ni tampoco dirigirlo, pues es el propio *BVerfG* el que determina el contenido de los derechos fundamentales[37].

Para Starck, el atributo "específico" de la "Fórmula Heck", no ayuda a delimitar el conjunto del derecho constitucional. "Si se trata de excluir el Derecho ordinario que concreta el Derecho constitucional, entonces es algo evidente, pues no se trata de Derecho constitucional. En la medida que esta fórmula trata de excluir del concepto de violación constitucional la simple nulidad, la expresión Derecho constitucional específico afirma que sólo una violación directa puede conducir al resultado de un recurso de amparo contra sentencias. Derecho constitucional específico no dice pues nada específico, sino que significa lo mismo que Derecho constitucional que se contraviene de manera directa o específica"[38].

Ello ha permitido, a criterio del autor, que el *BVerfG* se haya provisto, poco a poco y con el paso del tiempo, de una gama de instrumentos jurídicos que para muchos ha pasado inadvertido: (1) la teoría del efecto recíproco (*Wechselwirkungs-*

[35] Alleweldt, p 143.

[36] Starck, Christian. "Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte". En su obra, *Freiheit und Institutionen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 333. También publicado anteriormente en *Juristenzeitung* 51, 1996, pp. 1033-1042. Las referencias en este trabajo son a la primera de las citadas.

[37] Starck, p. 337.

[38] Starck, pp. 337-338.

theorie), según el cual todas las circunstancias del caso deben investigarse; (2) la subjetivización del significado objetivo de los derechos fundamentales; (3) el uso de la pretensión de controlar plenamente la fijación de los hechos, en los casos de inmisión grave especialmente necesitados de protección o de la especial peculiaridad del respectivo derecho fundamental; (4) reservándose la decisión de sus posibilidades de intervenir según la situación del caso concreto; y (6) el principio de proporcionalidad, exigente hasta los detalles, en los recursos de amparo contra sentencias[39]. El modelo de control que propone el profesor Starck se apoya, en realidad, en una fórmula tripartita.

Investigación de los hechos

La primera fórmula es la de la *investigación de los hechos*; "es decir, si a la vista del derecho fundamental aplicable, los hechos han sido determinados de modo completamente erróneo"[40]. Persigue garantizar que el caso concreto sobre el cual se aplica el derecho no haya sido admitido o fijado de modo arbitrario, inclusive en sus caracteres subjetivos. La fijación de los hechos probados entre la multitud de hechos acaecidos es el resultado de la selección efectuada en función del derecho fundamental aplicable. Como ejemplo, Starck menciona lo siguiente: "si se deduce del artículo 16.a) de la Ley Fundamental de Bonn que una grave persecución religiosa equivale a estar perseguido por razones políticas, entonces no puede el Tribunal constitucional federal partir de la determinación del supuesto de hecho que ha establecido el tribunal ordinario si éste no tuvo en cuenta la cuestión de la persecución religiosa"[41].

Resultado de la aplicación de la ley

La segunda fórmula es el del *resultado de la aplicación de la ley*. Con ella se quiere determinar si el resultado de aplicación de la ley, generalizado como norma, sobre un supuesto de hecho específico libre de arbitrariedad fuera inconstitucional. Claramente Starck reconoce que se recoge aquí la propuesta de Ekkehard Schumann, bajo la cual se asegura que el *BVerfG* no se ocupe del caso concreto en cuanto tal, sino que sólo lo emplea para ejercer un *quasi* control de las normas. Esto es, "desde el punto de vista de los tribunales ordinarios, éstos pueden interpretar y aplicar con carácter definitivo y vinculante el Derecho ordinario, en la medida en que éste, en cuanto norma general o en cuanto resultado interpretativo susceptible de generalización, no lesione la Constitución. Esta fórmula significa, desde el punto de vista del Tribunal Constitucional Federal, que puede emplear su experiencia en el ámbito del control de las normas, así

[39] Starck, pp. 345-346.
[40] Starck, p. 349.
[41] Starck, pp. 349-350.

como evitar la jurisdicción de equidad. Sólo cuando el recurso de amparo es *quasi* un control de normas, puede desplegar la decisión del Tribunal Constitucional Federal fuerza vinculante más allá del caso concreto, como se prevé en el artículo 31.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal"[42].

Infracción de los límites de la jurisprudencia como fuente del derecho

Si, aplicadas la primera y la segunda fórmula, no se determina que la resolución judicial es inconstitucional, debe examinarse todavía bajo la tercera fórmula la *infracción de la jurisprudencia como fuente del derecho*. En otras palabras, controlar si la resolución judicial, adecuada al derecho constitucional material, ha respetado los límites constitucionales de la jurisprudencia considerada como fuente del derecho. Para Starck, sin embargo, esta problemática no ha desempeñado un papel importante en la práctica, pues el *BVerfG* se ha mostrado muy generoso con respecto a los límites de la jurisprudencia como fuente del derecho[43]; sobre todo desde la consideración del artículo 20,3 de la Ley Fundamental que establece: "El poder legislativo está sometido al orden constitucional, los poderes ejecutivo y judicial lo están a la ley y al Derecho" (*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*). El *BVerfG*, en suma, en un amparo contra resoluciones judiciales debe examinar sólo lo concerniente a la arbitrariedad en la investigación de los hechos o si la interpretación y aplicación en el caso concreto transformado como ley resultaría inconstitucional. Como tercer supuesto abre la facultad de control de Tribunal Constitucional para evaluar si el juez ordinario excedió los límites de la creación judicial de derecho[44].

2.2.6 Modelo de Hans-Jürgen Papier

Hans-Jürgen Papier propone una distinción entre violaciones *directas* a la Ley Fundamental (*direkten Verfassungsverletzungen*) y violaciones *indirectas* (*indirekten Verfassungsverletzungen*). Según Papier, el *BVerfG* debe intervenir únicamente en caso de una violación directa. En otras palabras, las resoluciones judiciales de los tribunales ordinarios están exentas del control constitucional cuando la decisión judicial "solamente" vulnera el derecho fundamental de manera *indirecta*; en este caso se está ante lo que sería una violación al principio de legalidad. Mientras que en una infracción *directa* a disposiciones constitucionales se produce la violación a la reserva legal y la preeminencia de la ley. En consecuencia errores en el examen de la proporcionalidad o en la ponderación

[42] Starck, p. 349.
[43] Starck, pp. 351-352.
[44] Schlaich, p. 211.

de dos derechos fundamentales en conflicto no podrían ser examinados por el *BVerfG*[45].

2.2.7 Modelo del procedimiento prejudicial

Últimamente en la literatura constitucional[46] se ha propuesto un modelo similar al procedimiento prejudicial que conoce el derecho europeo y que está previsto en el Art. 19.3.b del Tratado de la Unión Europea[47]. De acuerdo con él, *"[e]l Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados: b. con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones; (...)*". Ello constituye el acceso a la Corte de la Unión Europea y asimismo distingue la competencia de la jurisdicción europea y la de los Estados nacionales. Bajo este supuesto y trasladado ello al campo del control de las resoluciones judiciales, la jurisdicción constitucional resolvería una cuestión abstracta planteada por el juez común. Es decir, la jurisdicción constitucional estaría limitada, en abstracto, a la interpretación de la Constitución y a determinar los alcances de los derechos fundamentales, mientras que la aplicación en el caso concreto permanecería dentro de los alcances de la jurisdicción ordinaria.

Según este modelo, la relación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria debería desarrollarse más hacia un sistema de cooperación[48], en lugar del sistema jerárquico actual; aunque la interpretación del *BVerfG* sería de todas maneras vinculante para el juez ordinario[49]. Pero, de este modo, depende de los jueces ordinarios reconocer que el caso posee un interés constitucional y luego plantear una cuestión ante el *BVerfG*, en la cual, ese juez le requiera la interpretación de las disposiciones constitucionales y la indicación de los efectos para el caso concreto. De este modo, la aplicación de las normas constitucionales y, en consecuencia, la protección de los derechos fundamentales en el caso concreto quedaría solamente en manos de los jueces

[45] Papier, Hans-Jürgen. "'Spezifisches Verfassungsrecht' und 'einfaches Recht' als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts". En Christian Starck, (Hrsg). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgericht. Band I*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 434.

[46] Kenntner, Markus. "Das BVerfG als subsidiärer Superrevisor?". En *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2005, pp. 785-788.

[47] Y el Art. 267, AEUV.

[48] Robbers, Gerhard. "Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit - Möglichkeit und Inhalt von 'Formeln' zur Bestimmung von verfassungsgerichtlicher Kompetenzweite". En *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1998, p. 939.

[49] Kenntner, p. 789.

y tribunales ordinarios. El ciudadano no tendría la posibilidad de cuestionar la resolución judicial directamente ante el *BVerfG*.

III. A modo de ejemplo final

Para finalizar esta breve referencia a los modelos de control de las resoluciones judiciales se quiere dar un ejemplo más concreto[50]. El *BVerfG* en la sentencia "Los soldados son asesinos" (*Soldaten sind Mörder*)[51] –en la cual ilustra bajo qué supuestos dicha frase debería ser considerada un insulto delictivo y cuándo está en el marco protegido por la libertad de opinión– señala, sobre los alcances de control de la resolución judicial, que no puede reexaminar la etapa probatoria del proceso. Es decir, las circunstancias, el texto literal de la declaración o la investigación del autor están únicamente a cargo del juez ordinario. Entonces, la constatación de las mismas proviene de la percepción personal del juez en el transcurso de la audiencia, sin embargo, un comentario no se puede juzgar solamente por su letra. Dependiendo de la situación o el contexto en que se dijo, se puede interpretar un comentario de manera diferente y puede variar en su significado. En el caso concreto, se tiene que reconocer si la frase "los soldados son asesinos" fue escrito en una carta al director, en una obra de teatro o en una pancarta delante de unos cuarteles. Por lo cual, la punibilidad de un comentario no solamente depende de la interpretación del Código Penal, sino también de la interpretación del comentario mismo. Pero el *BVerfG* no reemplaza la interpretación del comentario hecha por el juez, sino asegura que el juez ordinario evalúe todos los significados posibles y descarte otra interpretación que sería no punible razonablemente, ya que también errores en la interpretación pueden afectar la libertad de opinión. En síntesis, el *BVerfG* da un marco de valoración –a través de la interpretación de los derechos fundamentales– al juez ordinario para que él mismo lo pueda aplicar en el caso concreto en concordancia con las pautas dadas por la Ley Fundamental.

* * * * *

[50] Limbach, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*. München: C.H. Beck oHG, 2001, p. 46.
[51] BVerfGE 93, 266.

REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

(A la luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México)[*]

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR[**]

Sumario: I. Introducción. **II.** Excepción preliminar de "cuarta instancia" y "control de convencionalidad". **III.** La doctrina del "control difuso de convencionalidad" y sus precisiones en el presente caso. **IV.** El control difuso de convencionalidad por los jueces mexicanos. **V.** Hacia un ius constitutionale commune en las Américas.

I. Introducción

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH" o "Tribunal Interamericano") ha reiterado en el presente caso, por unanimidad de votos, su doctrina jurisprudencial sobre el "control de convencionalidad". He considerado oportuno emitir el presente voto razonado para resaltar las nuevas consideraciones y precisiones que sobre dicha doctrina se vierten en esta Sentencia, así como para enfatizar su trascendencia para el sistema jurisdiccional

---

* El presente texto reproduce íntegramente el voto razonado que emití en calidad de *juez ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, resuelto el 26 de noviembre de 2010.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal "Dr. Cipriano Gómez Lara". Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional www.iidpc.org

mexicano y, en general, para el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

2. Los jueces que integramos la Corte IDH en el presente asunto, deliberamos sobre diversos aspectos del "control de convencionalidad" en dos momentos, reflejados en sendos apartados de la Sentencia pronunciada en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (en adelante "la Sentencia"). En primer lugar, al desestimar la excepción preliminar planteada por el Estado demandado, relativa a la alegada incompetencia de la Corte IDH como "tribunal de alzada" o de "cuarta instancia";[1] en segundo término, al establecer las medidas de reparación derivadas de las violaciones a determinadas obligaciones internacionales, especialmente en el capítulo de "Garantías de no repetición" y particularmente en el acápite sobre la necesaria "Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de justicia".[2]

3. Para una mayor claridad, abordaremos por separado: a) la excepción preliminar opuesta por considerar incompetente a la Corte IDH por motivos de "cuarta instancia" al haber realizado los tribunales nacionales el "control de convencionalidad" (párrs. 4 a 12); b) las principales características del "control difuso de convencionalidad" y sus precisiones en el presente caso (párrs. 13 a 63); c) las implicaciones de esta doctrina jurisprudencial en el ordenamiento jurídico mexicano (párrs. 64 a 84), y d) algunas conclusiones generales sobre la trascendencia de esta fundamental doctrina de la Corte IDH, que de manera progresiva está creando un *ius constitutionale commune* en materia de derechos humanos para el continente americano o, por lo menos, para América Latina (párrs. 85 a 88).

II. Excepción preliminar de "cuarta instancia" y "control de convencionalidad"

4. El Estado demandado hizo valer como excepción preliminar la incompetencia de la Corte IDH debido a que estimó que lo pretendido ante esa instancia internacional consistía en revisar el proceso penal que fue seguido por todas las instancias jurisdiccionales competentes en sede nacional, donde incluso se interpusieron recursos (apelaciones) y se presentaron juicios de amparo; además, se afirma, fue ejercido el "control de convencionalidad" *ex officio*, lo que a su entender hace incompetente al Tribunal Interamericano al no poder "revisar" lo juzgado y decidido previamente por los jueces domésticos que aplicaron parámetros convencionales.

[1] *Cfr. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.

[2] *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, supra* nota 1, párrs. 224 a 235.

Este alegato sobre el ejercicio previo del "control de convencionalidad" en sede nacional, como excepción preliminar, resulta novedoso y fue motivo de especial atención por los jueces integrantes de la Corte IDH.

5. En principio, es necesario recordar que la Corte IDH, ha considerado que "si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal [Interamericano] deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana,[3] lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores".[4]

6. En tal sentido, si bien existe jurisprudencia constante relativa a los planteamientos de excepciones preliminares por motivos de "cuarta instancia", es la primera vez que se alega que los tribunales nacionales efectivamente ejercieron el "control de convencionalidad" en un proceso ordinario que fue seguido en todas sus instancias, incluyendo los recursos ordinarios y extraordinarios respectivos, por lo que no puede nuevamente analizarse por los jueces interamericanos al implicar una revisión de lo decidido por los tribunales nacionales que aplicaron normatividad interamericana. Al respecto, la Corte IDH reitera que si bien la protección internacional resulta "de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos", como se expresa en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (principio de subsidiariedad que también ha sido reconocido desde el inicio de su propia jurisprudencia),[5] lo cierto es que para poder realizar un análisis valorativo del cumplimiento de determinadas obligaciones internacionales "existe una intrínseca interrelación entre el análisis del derecho internacional y de derecho interno" (párr. 16 de la Sentencia).

7. Esta "interacción" se convierte, en realidad, en una "viva interacción"[6] con intensos vasos comunicantes que propician el "diálogo jurisprudencial",

---

[3] *Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo.* Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 222; *Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 44, y *Caso Da Costa Cadogan vs. Barbados*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de septiembre de 2009, Serie C No. 204, párr. 12.

[4] *Cfr. Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguala") vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 49.

[5] *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. *Fondo.* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61: "La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta "coadyuvante o complementaria" de la interna (Convención Americana, Preámbulo)."

[6] Expresión del actual presidente de la Corte IDH, Diego García-Sayán; *cfr.* su trabajo, "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.

en la medida en que ambas jurisdicciones (la doméstica y la internacional) necesariamente deben atender a la normatividad "nacional" y a la "convencional" en determinados supuestos. Así sucede, en vía de ejemplo, con la valoración sobre la legalidad de una detención. La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las "Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas" para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral.

8. De tal manera que para poder determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la Convención Americana, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el "debido proceso convencional" (en sentido amplio).[7] Dicho análisis, por consiguiente, no puede constituir una "cuestión preliminar", sino fundamentalmente representa una "decisión de fondo", donde precisamente se analizaría, *inter alia*, si un determinado ejercicio del "control

[7] Si bien no existe de manera expresa referencia al "debido proceso" en la Convención Americana, el conjunto de derechos del propio Pacto y el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, ha creado, en su conjunto, lo que podría denominarse el "debido proceso convencional", integrado por diversos derechos. En un interesante voto concurrente, Sergio García Ramírez advierte que "[…] Entre los temas examinados con mayor frecuencia por la Corte Interamericana se halla el llamado debido proceso legal, concepto desenvuelto por la regulación y la jurisprudencia angloamericana. El Pacto de San José no invoca, literalmente, el "debido proceso". Con otras palabras, sin embargo, organiza el sistema de audiencia, defensa y decisión entrañado en aquel concepto. Cumple esta misión --esencial para la tutela de los derechos humanos-- con diversas expresiones y en distintos preceptos, entre ellos el artículo 8º, que figura bajo el rubro de "Garantías judiciales". Lo que se pretende con ello es asegurar al individuo que los órganos del Estado llamados a determinar sus derechos y deberes --en múltiples vertientes-- lo harán a través de un procedimiento que provea a la persona con los medios necesarios para defender sus intereses legítimos y obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados, de manera que se halle bajo el amparo de la ley y al abrigo del arbitrio" (Párr. 3, del voto razonado que formuló, en relación con la Sentencia del *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151).

de convencionalidad" por parte de los tribunales nacionales resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana.

9. Las anteriores consideraciones, por supuesto, no otorgan competencia absoluta a la Corte IDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, toda vez que ello implicaría examinar nuevamente los hechos, valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente pudiera tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional; cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquélla. En efecto, las garantías convencionales descansan en el "principio de subsidiariedad" antes referido, reconocido expresamente en los artículos 46.1.a) de la propia Convención Americana, previendo de manera clara como requisito de actuación de los órganos interamericanos "que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos"; regla que a su vez complementa el dispositivo 61.2 del mismo Pacto, al prever de manera explícita como condición de actuación de la Corte IDH el "que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50" (referido al procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

10. La Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una "nueva y última instancia" para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional. Esto lo tiene claro el Tribunal Interamericano como no puede ser de otra manera. Cobran relevancia las lúcidas reflexiones de un destacado juez interamericano al referirse precisamente sobre esta cuestión:[8]

> La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el "control de convencionalidad" fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende --jamás lo ha hecho--, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos. (Subrayado añadido).

[8] Párr. 3 del voto razonado formulado por el juez Sergio García Ramírez, a propósito de la sentencia emitida en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

11. De lo expuesto se concluye que la jurisdicción interamericana será competente, en determinados casos, para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del "control de convencionalidad", siempre y cuando el análisis se derive del examen que realice de la compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de su propia jurisprudencia convencional; sin que ello implique convertir al Tribunal Interamericano en un "tribunal de alzada" o de "cuarta instancia", *ya que su actuación se limitará al análisis de determinadas violaciones de los compromisos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso particular*, *y no de todas y cada una de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales domésticos*, lo que evidentemente en este último supuesto equivaldría a sustituir a la jurisdicción interna, quebrantando la esencia misma de la naturaleza coadyuvante o complementaria de los tribunales internacionales.

12. Por el contrario, la Corte IDH es competente para conocer "de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes";[9] siendo precisamente el objetivo principal del Tribunal Interamericano "la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos",[10] de donde deriva su competencia también para analizar el debido ejercicio del "control de convencionalidad" por el juez nacional *cuando existan violaciones al Pacto de San José*, análisis que el juez convencional realizará, necesariamente, al resolver el "fondo" del asunto y no como "excepción preliminar", al ser en aquel momento donde se efectúa el "examen de convencionalidad" de la actuación interna a la luz de la Convención Americana y de la interpretación que se realice a la misma por la Corte IDH.

III. La doctrina del "control difuso de convencionalidad" y sus precisiones en el presente caso

A. Surgimiento y reiteración de la doctrina

13. La doctrina del "control de convencionalidad" surge en el año 2006,[11] en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile:*[12]

[9] Artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[10] Artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[11] Con anterioridad existen referencias al "control de convencionalidad" en algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. *Cfr.* sus votos en los Casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; *Caso Tibi vs. Ecuador,* de 7 de septiembre de 2004, párr. 3; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay, supra* nota 8, párrs. 6 y 12.

[12] *Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154*,* párrs. 123 a 125.

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.[13]

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. <u>En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana</u>. (Subrayado añadido).

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno".[14] Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969."

---

[13] *Cfr. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 172; y *Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 140.

[14] *Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35.

14. El precedente anterior fue reiterado con ciertos matices, dos meses después, en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.[15] En efecto, en este fallo se invoca el criterio del *Caso Almonacid Arellano* sobre el "control de convencionalidad" y lo "precisa" en dos aspectos: (i) procede "de oficio" sin necesidad de que las partes lo soliciten; y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

15. Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina, al aplicarse en los casos contenciosos siguientes: *La Cantuta vs. Perú* (2006);[16] *Boyce y otros vs. Barbados* (2007);[17] *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008);[18] *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009);[19] *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010);[20] *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010);[21] *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010);[22] *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010);[23] *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*

---

[15] *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (Subrayado añadido).

[16] *Caso La Cantuta vs. Perú*. *Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.

[17] *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 79.

[18] *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180.

[19] *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339.

[20] *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 208, nota 307.

[21] *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311.

[22] *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 234.

[23] *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 219.

(2010);[24] *Vélez Loor vs. Panamá* (2010);[25] *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010),[26] y ahora, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).[27]

16. Además, la doctrina jurisprudencial también se aplicó en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, en los *Casos Fermín Ramírez, y Raxcacó Reyes,* así como en la solicitud de "ampliación de medidas provisionales" de *Raxcacó Reyes y Otros,* todos *vs. Guatemala.*[28] Y también ha sido motivo de profundas reflexiones por parte de algunos de los jueces de la Corte IDH al emitir sus votos razonados, como los ex presidentes García Ramírez,[29] y Cançado Trindade,[30] así como del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas,[31] a los que nos referiremos más adelante.

B. Aportaciones en el caso cabrera garcía y montiel flores

17. En la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, se reitera la esencia de la doctrina del "control de convencionalidad" con algunas precisiones de relevancia, en los siguientes términos:

> 225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento

---

[24] *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202.

[25] *Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 287.

[26] *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 106.

[27] *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, *supra* nota 1, párr. 225.

[28] Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de mayo de 2008, párr. 63.

[29] Además de los votos razonados referidos *supra* nota 11, véanse sus votos posteriores al *leading case Almonacid Arellano*, que emitió reflexionando sobre el "control de convencionalidad": *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra* nota 15, párrs. 1 a 13 del voto razonado; y *Caso Valle Jaramillo y Otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 3 del voto razonado.

[30] *Cfr.* sus votos razonados en los *Casos Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra* nota 15, especialmente los párrs. 2 y 3 de su voto; así como en la solicitud de interpretación de sentencia derivada de dicho caso, de 30 de noviembre de 2007, especialmente los párrs. 5 a 12, 45 y 49, de su voto disidente.

[31] *Cfr.* su voto razonado y concurrente en el *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. supra* nota 4, párrs. 4 y 5.

> jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Subrayado añadido).

18. Como puede apreciarse, la Corte IDH aclara su doctrina sobre el "control de convencionalidad", al sustituir las expresiones relativas al "Poder Judicial" que aparecían desde el *leading case Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que "todos sus órganos" de los Estados que han ratificado la Convención Americana, "incluidos sus jueces", deben velar por el efecto útil del Pacto, y que "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles" están obligados a ejercer, de oficio, el "control de convencionalidad".

19. La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del "control de convencionalidad" se debe ejercer por "todos los jueces", independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

20. Así, no existe duda de que el "control de convencionalidad" debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[32] y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH,[33] de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.

---

[32] Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[33] Los Estados citados en la nota anterior, con excepción de Dominicana y Jamaica (que hasta la fecha no han aceptado dicha jurisdicción) y Trinidad y Tobago (por denuncia en 1999).

C. Caracterización del "control difuso de convencionalidad" a la luz de su desarrollo jurisprudencial

a) Carácter "difuso": todos los jueces nacionales "deben" ejercerlo

21. Se trata, en realidad, de un "control difuso de convencionalidad", debido a que *debe ejercerse por todos los jueces nacionales*. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las "garantías" y "órganos" internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una "internacionalización del Derecho Constitucional", particularmente al trasladar las "garantías constitucionales" como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la "supremacía constitucional", a las "garantías convencionales" como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una "supremacía convencional".

22. Una de las manifestaciones de este proceso de "internacionalización" de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del "control difuso de constitucionalidad" en contraposición con el "control concentrado" que se realiza en los Estados constitucionales por las altas "jurisdicciones constitucionales", teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el "control concentrado de convencionalidad" lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este "control concentrado" lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un "control difuso de convencionalidad" al extender dicho "control" a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de "intérprete última de la Convención Americana" cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.[34]

23. Se trata de un "sistema de control extenso (vertical y general)" como acertadamente lo ha puesto de relieve el ex juez interamericano Sergio García Ramírez. Al respecto, resultan ilustrativas sus reflexiones vertidas en el voto

[34] *Cfr*: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional", en Fix-Zamudio, Héctor, y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano,* México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151-188.

razonado que formuló con motivo de la Sentencia emitida en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*:[35]

> 4. En otras ocasiones he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores --principios y valores del sistema democrático-- que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).
>
> 12. Este "control de convencionalidad", de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener --como ha sucedido en algunos países-- carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.
>
> 13. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso --vertical y general-- en materia de juridicidad de los actos de autoridades --por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos--, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del *corpus juris* regional. Me parece que ese control extenso --al que corresponde el "control de convencionalidad"-- se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. (Subrayado añadido).

24. El "control difuso de convencionalidad" convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos

[35] *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, *supra* nota 15, párrs. 4, 12 y 13 del voto razonado.

internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva "misión" que ahora tienen para salvaguardar el *corpus juris* interamericano a través de este nuevo "control".

25. Este proceso evolutivo de recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos se manifiesta claramente en reformas legislativas trascendentales en los Estados nacionales, al incorporar diversas cláusulas constitucionales para recibir el influjo del Derecho Internacional. Así sucede con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos,[36] o incluso aceptando su carácter de supraconstitucionalidad cuando resulten más favorables;[37] el reconocimiento de su especificidad en esta materia;[38] la aceptación de los principios *pro homine* o *favor libertatis* como criterios hermenéuticos nacionales;[39] en la incorporación de "cláusulas abiertas" de recepción de otros derechos conforme a la normatividad convencional;[40] o en cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades "conforme" a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos,[41] entre otros supuestos.[42] De esta forma las normas convencionales adquieren carácter constitucional.

---

[36] De manera explícita, por ejemplo, en Argentina (art. 73) y República Dominicana (art. 74.3, de la nueva Constitución proclamada en enero de 2010).

[37] Bolivia (art. 256); Ecuador (art. 424); y Venezuela (art. 23).

[38] Con independencia de la jerarquía normativa que le otorguen, un número importante de textos constitucionales reconocen algún tipo de especificidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, por ejemplo, en Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guatemala, Colombia, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Además, en las Entidades Federativas mexicanas de Sinaloa, Tlaxcala y Querétaro.

[39] Por ejemplo, en el Perú (art. Transitorio Cuarto); Ecuador (art. 417); y en la nueva Constitución de la República Dominicana, de enero de 2010 (art. 74.4).

[40] Por ejemplo, Brasil (artículo 5.LXXVII.2), Bolivia (art. 13.II), Colombia (art. 94), Ecuador (art. 417), Panamá (art. 17), Perú (art. 3), República Dominicana (art. 74.1) y Uruguay (art. 72).

[41] Por ejemplo, Bolivia (art. 13.IV), Colombia (art. 93), Haití (art. 19) y en las Entidades Federativas mexicanas de Sinaloa (4º Bis C), Tlaxcala (artículo 16 B) y Querétaro (Considerando 15).

[42] Sobre la "interpretación conforme" con los pactos internacionales, véase Caballero, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España,* México, Porrúa, 2009.

26. El desarrollo descrito de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional, también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales, que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales.[43] Se forma un auténtico "bloque de constitucionalidad", que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el "bloque de convencionalidad" queda subsumido en el "bloque de constitucionalidad", por lo que al realizar el "control de constitucionalidad" también se efectúa "control de convencionalidad".

27. Precisamente la Corte IDH en los párrs. 226 a 232 de la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, ha querido ejemplificar la manera en que tribunales de la "más alta jerarquía" han aplicado y aceptado el "control de convencionalidad" considerando la jurisprudencia interamericana. Representa una manifestación clara de este interesante proceso de "recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos" y sin lugar a dudas "constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar".[44]

28. Al respecto, en la sentencia que motiva el presente voto razonado se transcriben pasajes de diversos fallos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica; del Tribunal Constitucional de Bolivia; de la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana; del Tribunal Constitucional del Perú; de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina; y de la Corte Constitucional de Colombia. Son algunos ejemplos que permiten comprender esta dinámica de recepción jurisdiccional del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia convencional.

29. Si observamos con detenimiento los fallos referidos, puede apreciarse que algunos de los criterios fueron adoptados con anterioridad a la creación

[43] Dos de las jurisdicciones constitucionales más representativos que desde principios de la década de los noventa han adoptado interpretaciones sobresalientes para favorecer la aplicabilidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, son la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y la Corte Constitucional de Colombia. La primera otorgó carácter supraconstitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en la medida en que éstos sean más favorables a los previstos a nivel constitucional. La segunda, al reconocer dentro del "bloque de constitucionalidad" a dichos tratados. Ambas jurisdicciones han tenido importantes desarrollos posteriores en esta materia.

[44] Párr. 9 del voto razonado emitido por el juez Sergio García Ramírez, con motivo de la sentencia referida al *Caso Trabajadores Cesados del Congreso* (*Aguado Alfaro y otros*) *vs. Perú, supra* nota 15.

pretoriana del "control de convencionalidad" en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, como sucedió con los precedentes de Argentina (2004) Costa Rica (1995), Colombia (2000), República Dominicana (2003) o Perú (2006). Resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del "control difuso de convencionalidad" advirtiendo la tendencia de la "constitucionalización" o, si se prefiere, "nacionalización"[45] del "derecho internacional de los derechos humanos" y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento "hermenéutico" y de "control" de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el "control difuso de convencionalidad".

30. A su vez, se advierte que varias altas jurisdicciones nacionales incorporaron los parámetros del "control difuso de convencionalidad" debido al reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de la creación de dicha doctrina en el año 2006. Especial mención es el trascendental precedente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina del año 2007 (Caso "Mazzeo"),[46] donde expresa el deber del Poder Judicial local de ejercer el "control de convencionalidad", reproduciendo prácticamente lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. En efecto, en el párr. 21 del referido fallo de la Corte Suprema de Argentina se dice textualmente:

> 21) Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella,

[45] *Cfr.* García-Sayán, Diego, "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", *op. cit.*, *supra* nota 6.

[46] *Caso "Mazzeo, Lulio Lilo y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad*, de 13 de julio de 2007. Sobre este importante fallo y en general sobre el carácter evolutivo de recepción del derecho internacional por parte de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, véase Bazán, Víctor, "El derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de derechos humanos", en *La Ley, Suplemento Extraordinario (75 Aniversario),* Buenos Aires, Agosto de 2010, pp. 1-17, especialmente sobre el caso "Mazzeo" véase pp. 10, 11 y 16; asimismo, Hitters, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de onvencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)" en *Estudios Constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile/Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128; y Loiano, Adelina, "El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina: "Arancibia Clavel", "Simón", "Mazzeo", en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2008.

> lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana -CIDH Serie C N- 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124-.

31. Se produce un interesante influjo entre la Corte IDH y las jurisdicciones nacionales que propicia el "diálogo jurisprudencial".[47] Diálogo que incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en latinoamérica. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conjuga con el Derecho Constitucional o, si se prefiere, se enlazan el Derecho Constitucional Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; lo anterior implica, necesariamente, una capacitación y actualización permanente de los jueces nacionales sobre la dinámica de la jurisprudencia convencional.

32. En este sentido, cobra relevancia las consideraciones del ex presidente de la Corte IDH, Antônio Augusto Cançado Trindade (actualmente juez de la Corte Internacional de Justicia), al reflexionar sobre el "control de convencionalidad" en su voto razonado con motivo del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso* (*Aguado Alfaro y otros*) *vs. Perú:*[48]

> 3. O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad*, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en

[47] Precisamente *Diálogo Jurisprudencial* es el nombre de la revista semestral que edita conjuntamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, desde el segundo semestre de 2006. El objetivo es dar a conocer los fallos de los tribunales nacionales que aplican la jurisprudencia de la Corte IDH y el derecho internacional de los derechos humanos, y el influjo que a su vez recibe ese Tribunal Interamericano por parte de la jurisprudencia nacional.

[48] *Supra* nota 15, párr. 3 del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançade Trindade.

> constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana. (Subrayado añadido).

33. La doctrina del "control difuso de convencionalidad" establecida por la Corte IDH tiene como destinatarios *a todos los jueces nacionales*, que deben ejercer dicho "control" con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de competencia que la normatividad interna les otorgue.

b. Intensidad del "control difuso de convencionalidad": de mayor grado cuando se tiene competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general

34. Todos los jueces y órganos que realicen funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material "deben" ejercer el "control de convencionalidad". Es el mensaje claro que la Corte IDH envía en la Sentencia relativa al *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, materia del presente voto razonado. Lo anterior no excluye a los jueces que no pueden realizar "control de constitucionalidad".

35. En efecto, la precisión de la doctrina relativa a que los jueces deben realizar "de oficio" el control de convencionalidad "evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes",[49] no puede interpretarse como limitante para ejercer el "control difuso de convencionalidad", sino como una manera de "graduar" la intensidad del mismo. Esto es así, debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una "interpretación convencional" de la norma nacional.

36. Así, en los llamados sistemas "difusos" de control de constitucionalidad donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de "control de convencionalidad" resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional. Este supuesto es un grado intermedio de "control", que operará sólo si no existe una posible "interpretación conforme" de la normatividad nacional con el Pacto de San José (o de algunos otros tratados internacionales como veremos más adelante) y de la jurisprudencia convencional. A través de esta "interpretación conforme" se salva la "convencionalidad" de la norma interna. El grado de intensidad máximo del "control de convencionalidad" se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales

[49] Precisión que fue realizada a partir del Caso *Trabajadores Cesados del Congreso* (*Aguado Alfaro y otros*) *vs. Perú, supra* nota 15, párr. 128.

(normalmente los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes*. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconvencionalidad de la norma nacional.

37. En cambio, el grado de intensidad del "control difuso de convencionalidad" disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el "control difuso de constitucionalidad" y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. En estos casos es evidente que los jueces que carecen de tal competencia, ejercerán el "control difuso de convencionalidad" con menor intensidad, *sin que ello signifique que no puedan realizarlo* "en el marco de sus respectivas competencias". Lo anterior implica que no podrán dejar de aplicar la norma (al no tener esa potestad), debiendo, en todo caso, realizar una "interpretación convencional" de la misma, es decir, efectuar una "interpretación conforme", no sólo de la Constitución nacional, sino también de la Convención Americana y de la jurisprudencia convencional. Esta interpretación requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine*.

38. En efecto, al realizarse el "examen de compatibilidad convencional", el juez nacional debe siempre aplicar el *principio pro homine* (previsto en el artículo 29 del Pacto de San José), que implica, *inter alia,* efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales;[50] pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable *en caso de aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos*. Así lo ha interpretado la propia Corte IDH, al señalar que:[51]

> 51. A propósito de la comparación entre la Convención Americana y los otros tratados mencionados, la Corte no puede eludir un comentario

[50] Este precepto señala: "Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

[51] *Opinión Consultiva OC-5/85*. 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, relativa a *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrs. 51 y 52.

acerca de un criterio de interpretación sugerido por Costa Rica en la audiencia del 8 de noviembre de 1985. Según ese planteamiento en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación de la Convención Americana debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones porque:

De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en el continente americano, lo que parece evidentemente una afirmación errónea. Más bien pensamos que en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional, deben interpretarse a la luz de la doctrina y disposiciones de los instrumentos de carácter universal. (Subrayado añadido).

En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.

52. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal b) indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de:

limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.

39. En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista "interpretación convencional" posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconvencionalidad de la misma o, en su caso, "plantear la duda de inconvencionalidad" ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el "control de convencionalidad" con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho "control" y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconvencional.

40. Lo que no parece razonable y estaría fuera de los parámetros interpretativos de la Corte IDH, es que ningún órgano nacional tenga competencia para ejercer el "control difuso de convencionalidad" con intensidad fuerte, es decir, dejar de aplicar la norma al caso particular o con efectos generales como resultado de la inconvencionalidad de la misma, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad internacional del Estado. No debe perderse de vista lo estipulado en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, relativos a la obligación de respetar los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Como lo ha señalado la propia Corte IDH, este último dispositivo tiene también "la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular"[52] en situaciones que involucren derechos fundamentales. De tal manera que la Corte IDH, precisamente en el *Caso Almonacid Arellano* que da origen a la doctrina del "control difuso de convencionalidad", es enfática al establecer en su párr. 123 que:

> cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.[53] (Subrayado añadido).

[52] *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, *supra* nota 13, párr. 123.

[53] *Cfr. Caso Ximenes Lopes, supra* nota 13, párr. 172; y *Caso Baldeón García*, *supra* nota 13, párr. 140.

41. Así, el "control difuso de convencionalidad" si bien se ejerce por todos los jueces nacionales, tiene diferentes grados de intensidad y realización, de conformidad con "*el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*". En principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una "interpretación" de la norma nacional a la luz de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (y eventualmente de otros tratados), así como de la jurisprudencia de la Corte IDH y siempre con la regla interpretativa del principio *pro homine* a que refiere el artículo 29 del Pacto de San José; en ese primer grado de intensidad se escogerá la interpretación conforme con los parámetros convencionales y, por consiguiente, se desecharán aquellas interpretaciones inconvencionales o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivo; existe, en este sentido, un parangón con la "interpretación conforme" con la Constitución que realizan los jueces nacionales, especialmente los jueces constitucionales. En segundo término, y sólo si no puede salvarse la convencionalidad de la norma interna, el "control de convencionalidad" debe realizarse con mayor intensidad, sea inaplicando la norma al caso particular, o bien declarando su invalidez con efectos generales, como resultado de su inconvencionalidad, de conformidad con las respectivas competencias de cada juez nacional.

c) Debe ejercerse "de oficio": sea invocado o no por las partes

42. Esta característica del "control difuso de convencionalidad" constituye una precisión de la doctrina original. Se estableció en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*,[54] dos meses después del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile,* y a partir de entonces se ha mantenido firme en la jurisprudencia de la Corte IDH. Consiste en la posibilidad de ejercer dicho control por los jueces nacionales, *con independencia de que las partes lo invoquen*. En realidad constituye un complemento del carácter "difuso" de dicho control. Si en la anterior característica del "control difuso de convencionalidad" se establecía la intencionalidad de la Corte IDH de que se "debe" ejercer por cualquier juez, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización (de donde deriva que sea un "control difuso"), ahora se acentúa dicho carácter al especificar que además se ejerce "de oficio", lo que implica que en cualquier circunstancia los jueces deben realizar dicho control, ya que "esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto".[55]

[54] *Idem.*

[55] Párr. 128, *in fine*, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra* nota 15.

43. Pudiera suceder, incluso, que en el ámbito interno procedan recursos o medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o inadecuado ejercicio del "control difuso de convencionalidad" por algún juez (por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo), al no haberse realizado *ex officio* dicho control. Se trata de una nueva vertiente del principio *iura novit curia (el juez conoce el derecho y la jurisprudencia convencional)*.

D) Parámetro del "control difuso de convencionalidad": El "Bloque de Convencionalidad"

44. En principio, el parámetro del "control difuso de convencionalidad" por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad), es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH que la interpreta. La última parte de la doctrina jurisprudencial respectiva así lo prevé:

> "En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado [Pacto de San José], sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[56] (Subrayado añadido).

45. No obstante, la propia "jurisprudencia" de la Corte IDH ha ido ampliando el *corpus juris* interamericano en materia de derechos humanos para fundamentar sus fallos. No debe pasar inadvertido que es el propio Pacto de San José el que permite incluir "en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los artículos 76 y 77", lo que ha permitido que se aprueben diversos Protocolos "adicionales" (a la Convención Americana) y sean interpretados por este Tribunal Interamericano. Asimismo, el propio Pacto establece como norma interpretativa que no se puede excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y "otros actos internacionales de la misma naturaleza".[57]

46. Sobre el particular, resultan ilustrativas las reflexiones del juez García Ramírez, en su voto razonado emitido con motivo del *Caso Trabajadores Cesados*

[56] *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, supra* nota 1, párr. 227.
[57] Artículo 29, inciso d). Véase *supra* nota 50.

del Congreso (*Aguado Alfaro y otros*) *vs. Perú,* precisamente al analizar el parámetro del "control de convencionalidad":[58]

> En la especie, al referirse a un "control de convencionalidad" la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado. (Subrayado añadido).

47. Lo anterior refleja que, en realidad, el parámetro del "control difuso de convencionalidad" no sólo comprende la Convención Americana, sino también los "Protocolos" adicionales a la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al *corpus juris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH. El objeto de su mandato –dice el propio Tribunal Interamericano en un fallo reciente- "es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia"[59] y, por consiguiente, la interpretación de dichos tratados.

48. Para efectos del parámetro del "control difuso de convencionalidad", por "jurisprudencia" debe comprenderse toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus Protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integrados a dicho *corpus juris* interamericano, materia de competencia del Tribunal Interamericano. No debe perderse de vista que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales".[60] Precisamente en la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre "El

[58] Párr. 3 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez, respecto de la sentencia del caso citado, de 24 de noviembre de 2006.
[59] *Cfr. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, supra* nota 24, párr. 199.
[60] *OC-16/99* de 1 de octubre de 1999, párr. 114.

derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", la Corte IDH estableció que:[61]

> El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo. (Subrayado añadido).

49. Las "interpretaciones" a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en los "casos contenciosos", sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones que emita.[62] Así, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre "medidas provisionales"; sobre "supervisión de cumplimiento de sentencias" o, incluso, sobre la instancia de solicitud de "interpretación de la sentencia" en términos del artículo 67 del Pacto de San José. Asimismo, debe comprender las interpretaciones derivadas de las "opiniones consultivas" a que se refiere el artículo 64 del citado Pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad "la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos".[63]

50. Se forma de esta manera un auténtico "bloque de convencionalidad" como parámetro para ejercer el "control difuso de convencionalidad". Los jueces nacionales deben atender a este "bloque", lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia

[61] *OC-16/99, supra* nota 60, párr. 115.

[62] En términos del artículo 29 del Reglamento de la Corte Interamericana, vigente a partir del 1 de enero de 2010, que establece: "Artículo 31. Resoluciones. 1. Las sentencias y las resoluciones que pongan término al proceso son de la competencia exclusiva de la Corte. 2. Las demás resoluciones serán dictadas por la corte, si estuviere reunida; si no lo estuviere, por la Presidencia, salvo disposición en contrario. Toda decisión de la Presidencia, que no sea de mero trámite, es recurrible ante la Corte. 3. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación."

[63] *Cfr*. *Opinión Consultiva OC-1/82*. 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, relativa a "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), presentada por el gobierno del Perú.

una "viva interacción" entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos.

51. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del *corpus juris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad.[64] Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del "control difuso de convencionalidad", pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido "parte material", equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

52. Así, la "fuerza normativa" de la Convención Americana alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como "intérprete última" de dicho Pacto en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La interpretación emprendida por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas,* ya que en realidad las "normas convencionales" constituyen el resultado de la "interpretación convencional" que emprende la Corte IDH como órgano "judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación"[65] del *corpus juris* interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, "constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional".[66]

---

[64] De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus juris interamericano* y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.

[65] Artículo 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por resolución núm. 448 de la Asamblea General de la OEA, en la Paz, Bolivia (octubre de 1979).

[66] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, "Homicidios de mujeres por razón de género. El *Caso Campo Algodonero*", en von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un* Ius Constitutionale Commune *en América Latina?*, México, UNAM-Max Planck Institut, 2010, tomo II, pp. 259-333, en pp. 296-297.

e) Efectos del "control difuso de convencionalidad": retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad

53. Como hemos sostenido al analizar los grados de intensidad del "control difuso de convencionalidad", el resultado del examen de compatibilidad entre la norma nacional y el "bloque de convencionalidad", consiste en dejar "sin efectos jurídicos" aquellas interpretaciones inconvencionales o las que sean menos favorables; o bien, cuando no pueda lograrse interpretación convencional alguna, la consecuencia consiste en "dejar sin efectos jurídicos" la norma nacional, ya sea en el caso particular o con efectos generales realizando la declaración de invalidez de conformidad con las atribuciones del juez que realice dicho control.

54. Lo anterior tiene un mayor grado de complejidad cuando la normatividad nacional sólo permite la declaración general de la norma para el futuro (efectos *ex nunc*) y no hacia el pasado (*ex tunc*), ya que pareciera que la intencionalidad de la Corte IDH en el momento en que se crea la doctrina del "control difuso de convencionalidad" es que la norma inconvencional carezca de efectos jurídicos "desde un inicio";[67] precedente que siguió reiterando en casos posteriores, especialmente en supuestos de leyes de autoamnistía[68] o en otros supuestos.[69] Sin embargo, este criterio no ha sido constante por la Corte IDH y depende del caso concreto.[70]

---

[67] *Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra* nota 13, párr. 124.

[68] Por ejemplo, en el *Caso La Cantuta vs. Perú, supra* nota 16, párr. 174: "En ese marco de interpretación, la controversia subsistente debe ser ubicada en aquella primera vertiente de medidas que deben ser adoptadas para adecuar la normativa interna a la Convención. Para efectos de la discusión planteada, es necesario precisar que la Corte consideró que en Perú dichas leyes de auto amnistía son *ab initio* incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma "constituye *per se* una violación de la Convención" por ser "una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte" en dicho tratado. Ese es el *rationale* de la declaratoria con efectos generales realizado por la Corte en el *caso Barrios Altos*. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención". Asimismo, en el *Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguala") vs. Brasil, supra* nota 4, párr. 106.

[69] Por ejemplo, en el *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, supra* nota 19, párr. 339; así como en el reciente *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, supra* nota 24, párr. 202.

[70] *Cfr.,* por ejemplo, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra* nota 15, párr. 128; *Caso Comunidad Indígena Xármok Kásek vs. Paraguay, supra* nota 21, párr. 311; *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, supra* nota 22, párr. 234; *Rosendo Cantú y Otra vs. México, supra* nota 23, párr. 234; y *Caso Vélez Loor vs. Panamá, supra* nota 25, párr. 287.

55. Estimamos que la Corte IDH tendrá, en el futuro, que definir con mayor precisión este delicado aspecto sobre la temporalidad de los efectos de la norma nacional inconvencional debido a que su jurisprudencia no lo aclara. No debe soslayarse que, por principio, toda violación a los derechos humanos debe tener un efecto reparador en su integridad y, por consecuencia, tener efectos hacia el pasado cuando así se requiera para lograr dicho objetivo.

56. Lo anterior se fundamenta en el artículo 63.1 de la Convención Americana, al establecer que:

> Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (Subrayado añadido).

57. Si bien el citado precepto se refiere a las atribuciones de la Corte IDH, *mutatis mutandi,* debe aplicarse por los jueces nacionales debido a que también son jueces interamericanos cuando realizan el "control difuso de convencionalidad". Y ello implica garantizar, en la medida de lo posible, el efectivo goce del derecho o libertad violado. Lo anterior conduce a afirmar que, en determinados supuestos, deben repararse *las consecuencias* de la norma inconvencional, lo cual sólo se puede lograr teniendo "sin efectos" dicha norma nacional desde su vigencia y no a partir de la inaplicación o declaración inconvencional de la misma. En otras palabras, dicha retroactividad resulta indispensable en algunos casos para lograr un adecuado goce y disfrute del correspondiente derecho o libertad. Esta afirmación, además, es acorde con la propia jurisprudencia de la Corte IDH al interpretar el citado artículo 63.1 del Pacto de San José, toda vez que ha considerado que cualquier violación de una obligación internacional que haya producido daño comparte el deber de repararlo "adecuadamente";[71] lo cual constituye "uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado".[72]

---

[71] C*fr. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, supra* nota 5, párr. 25; *Caso Chitay Nech y Otros. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212 párr. 227; y *Caso Manuel Cepeda Vargas. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 211.

[72] *Cfr. Caso Castillo Páez vs. Perú*. *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 43; *Caso Chitay Nech y Otros*, *supra* nota 71, párr. 227, y *Caso Manuel Cepeda Vargas*, *supra* nota 71, párr. 211.

f) Fundamento jurídico del "control difuso de convencionalidad": el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

58. Desde el comienzo de la doctrina jurisprudencial de este tipo de control, en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile,*[73] se estableció:

> 124. (…) Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin (…)
> 125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969." (Subrayado añadido).

59. Los principios de derecho internacional relativos a la *Buena Fe* y al *Effet Utile*, que involucra a su vez al principio *Pacta Sunt Servanda,* constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales, y han sido constantemente reiterados por la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos sometidos bajo su competencia, sea en la instancia consultiva, como en casos contenciosos. Este Tribunal Interamericano ha establecido, en la Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención,[74] los alcances interpretativos de los artículos 1[75] y 2[76] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

[73] *Supra* nota 12, párr. 125.

[74] *Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14.

[75] "Artículo 1. *Obligación de Respetar los Derechos*. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

[76] "Artículo 2. *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a

Se consideró que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, y también a adecuar la normatividad inconvencional existente, fundamentando que descansa en un principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de "buena fe" y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26[77] y 27[78] de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

60. La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido. Como lo ha expresado García Ramírez:

> 27. *Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional"*.[79] (Subrayado añadido).

---

sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

[77] "Art. 26: *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

[78] "Art. 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados*. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

[79] *Cfr.* párr. 27 de su voto razonado con motivo del *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, supra* nota 11.

61. De esta manera, los jueces de los Estados parte de la Convención Americana también se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina del "control difuso de convencionalidad" les facilita esta labor, para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al *corpus juris* interamericano e incluso a no aplicar aquéllas que contravengan de manera absoluta el referido "bloque de convencionalidad", para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.

62. El "control difuso de convencionalidad", además, tiene fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José, en la medida en que todos los poderes u órganos de los Estados signatarios de dicho instrumento internacional, incluidos los jueces y órganos de administración de justicia que materialmente realizan funciones jurisdiccionales, se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto y de sus protocolos adicionales (y de otros instrumentos internacionales en los términos antes analizados),[80] lo cual implica, a su vez, interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones a los mismos, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH.

63. No pasa inadvertido que el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José "se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera "eficacia directa" en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como "parte material", ya que al ser la Corte IDH el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, *sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional*. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como otros instrumentos internacionales). Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular *con efectos subjetivos*, y (ii) en establecer la eficacia general *con efectos de norma interpretada*. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser "transmitido a los Estados parte de la Convención",[81] para que tengan pleno conocimiento

[80] *Cfr. supra* párrs. 44 a 52 de este voto razonado.
[81] Art. 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte IDH, en su calidad de "intérprete última" del *corpus juris* interamericano.

IV. El control difuso de convencionalidad por los jueces mexicanos

64. Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del "control difuso de convencionalidad" aplican para el sistema jurisdiccional mexicano. Hasta la fecha se ha reiterado en cuatro casos relativos a demandas contra el Estado mexicano: *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009);[82] *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010);[83] *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010);[84] y *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).[85]

65. Al haber suscrito los Estados Unidos Mexicanos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1981) y al haber aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH (1998), estas sentencias internacionales deben ser cumplidas,[86] y las mismas adquieren carácter "definitivo e inapelable";[87] sin que pueda invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, toda vez que los pactos internacionales obligan a los Estados partes y sus normas deben ser cumplidas, en términos de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados,[88] suscrito también por el Estado mexicano.

66. De esta manera, el "control difuso de convencionalidad" implica que todos los jueces y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia *en todos los niveles,* pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la

[82] *Supra* nota 19, párrs. 338 a 342.
[83] *Supra* nota 22, párrs. 233 a 238.
[84] *Supra* nota 23, párrs. 218 a 223.
[85] *Supra* nota 27, párrs. 225 a 235.
[86] Artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes".
[87] Artículo 67.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "El fallo de la Corte será definitivo e inapelable […]".
[88] Véanse estos preceptos *supra* notas 77 y 78.

jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un "bloque de convencionalidad" en los términos analizados con antelación.[89] Lo anterior debido a que:[90]

> (…) no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención[91]. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana. (Subrayado y resaltado añadido).

67. En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o federal, necesariamente deben ejercer el "control difuso de convencionalidad" para lograr interpretaciones conformes con el *corpus juris* interamericano. En caso de incompatibilidad absoluta de la norma nacional con el parámetro convencional, *debe inaplicarse* para que prevalezcan aquéllas y lograr de esta manera la efectividad del derecho o libertad de que se trate. Lo anterior aplica también para los jueces locales, de conformidad con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 133 vigente, que a la letra dispone:[92]

---

[89] Sobre el "bloque de convencionalidad" como parámetro del "control difuso de convencionalidad, véase *supra* párrs. 44 a 52 de este voto razonado.

[90] *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, supra* nota 19, párr. 338; *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México, supra* nota 22, párr. 233; y *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México, supra* nota 23, párr. 218.

[91] *Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, supra nota 72, párr. 207; *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, supra* nota 13, párr. 83, y *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, supra* nota 13, párr. 118.

[92] Este artículo sólo ha sufrido una reforma desde el texto original de 1917, en el año de 1934, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de enero de ese año. El precepto ha sido interpretado de diferentes maneras por parte de los tribunales y la doctrina mexicana a lo largo de su vigencia, incluso en las Constituciones anteriores a la actual de 1917. Sobre las diferentes posturas interpretativas, véase Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* México, IIJ-UNAM, núm. 4, 1969, pp. 3-32.

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados. (Subrayado añadido).

68. Como puede advertirse de la última parte de esta norma constitucional, los jueces locales aplicarán "la Ley Suprema de toda la Unión" (donde se encuentran los tratados internacionales) cuando exista incompatibilidad con alguna otra norma que no integre dicha "Ley Suprema"; lo que implica que los jueces del fuero local deben, incluso, desaplicar la norma incompatible con ese "bloque de constitucionalidad". En otras palabras, es el propio texto constitucional el que otorga facultades a los jueces del fuero común para ejercer el "control difuso de constitucionalidad" y, por tanto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos válidamente puede convertirse en un parámetro de control y no sólo la Constitución. De esta forma, como lo ha sostenido la propia Corte IDH, los jueces y órganos vinculados con la impartición de justicia "deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".[93]

69. La última parte de esta previsión es de especial significación para el grado de intensidad del "control difuso de convencionalidad", toda vez que los jueces deben ejercerlo "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes". Como lo hemos analizado con antelación (véase *supra* párrs. 34 a 41), todos los jueces deben realizar dicho "control" y el grado de intensidad lo determinará las competencias y regulaciones procesales. En principio, todos los jueces mexicanos deben partir del principio de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma nacional y, por consiguiente, en un primer momento deben siempre realizar la "interpretación" de la norma nacional conforme a la Constitución y a los parámetros convencionales, lo que implica optar por la interpretación de la norma más favorable y de mayor efectividad en la tutela de los derechos y libertades en aplicación del principio *pro homine o favor libertatis* previsto en el artículo 29 del Pacto de San José, desechando aquellas interpretaciones incompatibles o de menor alcance protector; de tal manera que, *contrario sensu*, cuando se trate de restricción o limitaciones a derechos y libertades, debe realizarse la interpretación más estricta para dicha limitante. Y sólo cuando no pueda lograrse interpretación

[93] *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, supra* nota 15, párr. 128.

constitucional y convencional posible, los jueces deberán *desaplicar* la norma nacional o *declarar su invalidez*, según la competencia que la Constitución y leyes nacionales otorgue a cada juzgador, lo que provocará un grado de intensidad mayor del "control de convencionalidad".

70. No pasa inadvertido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el artículo 133 constitucional, en el sentido (i) que los tratados internacionales si bien forma parte de la "Ley Suprema de toda la Unión" se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución;[94] y (ii) que no existe "control difuso de constitucionalidad" por parte de los jueces locales.[95] La primera es

[94] Tesis IX/2007, del Pleno de la Suprema Corte, cuyo rubro y texto son:
"TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.
La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional." (Subrayado añadido). Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Pleno, Tomo XXV, abril de 2007, p. 6.

[95] Tesis jurisprudencial 74/99, del Pleno de la Suprema Corte, cuyo rubro y texto son:
"CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.
El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto." (Subrayado añadido). Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Pleno, tomo X, agosto de 1999, p. 5.

una interpretación que no tiene carácter de precedente obligatorio al no haberse logrado la votación requerida para ello,[96] existiendo interpretaciones distintas por otros órganos jurisdiccionales mexicanos;[97] y la segunda, si bien constituye jurisprudencia obligatoria para todos los jueces mexicanos en términos de la normatividad aplicable, estimamos debería armonizarse para lograr un mayor grado de desarrollo del "control difuso de convencionalidad" a la luz del artículo 133 constitucional y de las cuatro sentencias que hasta el momento ha dictado la Corte IDH respecto del Estado mexicano y que han aplicado dicha doctrina.

71. Ahora bien, los anteriores criterios del máximo tribunal jurisdiccional mexicano constituyen "interpretaciones constitucionales" que eventualmente podrían cambiar, sea por nuevas reflexiones, o por motivo de una reforma constitucional.

72. En la actualidad existen dos proyectos de reformas constitucionales en trámite de la mayor relevancia, en materia de derechos humanos[98] y del juicio

---

[96] En términos del artículo 192 de la Ley de Amparo, las resoluciones constituirán jurisprudencia obligatoria, siempre que lo que se resuelva en ellas se sustente en cinco ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, y se requiere además de por lo menos ocho votos de los ministros integrantes del Tribunal Pleno. En el caso concreto, el asunto fue aprobado por mayoría de seis votos contra cinco.

[97] Por ejemplo, la Tesis XI.1º.A.T.45 K, cuyo rubro y texto son:
"TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.
Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial." (Subrayado añadido) (Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, TCC, Tomo XXXI, mayo de 2010, p. 2079).

[98] Por lo que aquí interesa, destaca de esta reforma el "Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte**,** así como de las garantías para su protección, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos antes señalados.
Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley". (Subrayado nuestro).

de amparo,[99] aprobadas ambas por el Senado de la República y pendientes de aprobación por la Cámara de Diputados, que llegado el caso de convertirse en texto constitucional, seguramente producirán "nuevas reflexiones" por parte de la Suprema Corte mexicana respecto de los criterios interpretativos antes referidos. Con independencia de su aprobación y de la "consulta a trámite" que el Presidente de la Suprema Corte realizó al Pleno de dicho órgano jurisdiccional el veintiséis de mayo de dos mil diez, sobre el cumplimiento por parte del Poder Judicial de la Federación de la sentencia relativa al *Caso Radilla Pacheco;*[100] lo cierto es que en dicha sentencia internacional, como en las referidas a los Casos *Fernández Ortega, Rosendo Cantú,* y *Cabrera García y Montiel Flores,* existen obligaciones "directas" que deben cumplir los jueces mexicanos (como órganos del Estado mexicano) de manera "inmediata" y "de oficio" como veremos más adelante.

73. No debe soslayarse que los fallos de condena al Estado mexicano se refieren a que las normas requieren ser "interpretadas" teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, para "hacer efectivos" los derechos y libertades de dicho Pacto. En dicho dispositivo convencional se establece que "los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". De ahí

[99] El artículo 103, fracción I, de esta reforma señala: "Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte." (Subrayado añadido).

[100] La "consulta a trámite" corresponde al expediente 489/2010, habiendo sido discutido el proyecto correspondiente por el Pleno de la Suprema Corte los días 31 de agosto, 2, 6 y 7 de septiembre de 2010. El debate realizado en esos cuatro días resulta de la mayor importancia para las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, incluso se dejaron ver posturas a favor y en contra del "control difuso de convencionalidad"; sin embargo, por mayoría se determinó restringir la consulta a "realizar una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *"Caso Cabrera García y Montiel Flores",* por lo que el asunto pasó a otro Ministro para definir qué obligaciones concretas le resultan al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas. Cabe resaltar, que la Suprema Corte en esta "consulta a trámite" estableció, por mayoría, el objeto de análisis, señalando, *inter alia*, "será necesario interpretar el alcance de las reservas o declaraciones interpretativas que formuló el Estado Mexicano, tanto al adherirse a la Convención Americana de [sic] Derechos Humanos, como a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, dada la repercusión que tales salvedades podrían tener en el caso concreto, y las que podrían tener en otros litigios internacionales en los que en un futuro los Estados Unidos Mexicanos también pudieran llegar a ser parte". (Subrayado añadido).

que la expresión "o de otro carácter" comprendan también "interpretaciones constitucionales" que permitan la aplicabilidad de los derechos con el mayor grado de efectividad y alcance, en términos del principio *pro homine* reconocido en el artículo 29 del propio Pacto de San José. Lo anterior podría ser motivo de reflexión para superar los criterios jurisprudenciales aludidos por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

74. El principio *pro homine* ha sido considerado por algún tribunal mexicano de "aplicación obligatoria", debido a que se prevé en tratados internacionales que forman parte de la Ley Suprema de la Unión en términos del reproducido artículo 133 de la Constitución federal. Así se estableció por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver el amparo directo 202/2004, el 20 de octubre de 2004, formándose la tesis I.4º.A.464 A, cuyo rubro y texto son:[101]

> PRINCIPIO *PRO HOMINE*. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.
>
> El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria. (Subrayado añadido).

75. Las interpretaciones "constitucionales" y "legales" que realicen los jueces y órganos de impartición de justicia mexicanos *en todos los niveles*, deben realizarse a la luz no sólo de los instrumentos internacionales cuyo compromiso adquirió el Estado mexicano, sino también de la jurisprudencia de la Corte IDH. Lo último debido a que constituye el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en sede internacional, cuya competencia es la aplicación e interpretación de la Convención Americana; este órgano en realidad determina el contenido mismo del texto convencional,

[101] Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, Tomo XXI, febrero de 2005, p. 1744.

de tal manera que la norma interpretada adquiere eficacia directa en México, al haber sido suscrito dicho Pacto por el Estado mexicano y haberse reconocido además la jurisdicción de la Corte IDH. Como se estableció en la Sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores,* que motiva el presente voto razonado (y que aplica a los otros tres casos de condena referidos):

> 233. De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso[102] y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario.[103] (Subrayado añadido).

76. La intencionalidad de la Corte IDH al referirse a las expresiones "inmediatamente"[104] y "de oficio",[105] denotan una actuación "directa" de todos los jueces mexicanos para ejercer el "control difuso de convencionalidad" sin necesidad de pronunciamiento previo por parte de algún órgano del Estado mexicano y con independencia de que lo invoquen las partes. Aquí cobra importancia el criterio del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas:[106]

---

[102] *Cfr. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, supra* nota 19, párr. 340; *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, supra* nota 21, párr. 237, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra* nota 22, párr. 220.

[103] *Cfr. Caso Fernández Ortega y otros. vs. México, supra* nota 21, párr. 237, y *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, supra* nota 22, párr. 220.

[104] "Sin interposición de otra cosa" y "Ahora, al punto, al instante" (*Real Academia de la Lengua Española,* vigésima segunda edición).

[105] "Por imposición a la iniciativa privada, dícese de la acción o injerencia espontánea que cumple el juez en el proceso, sin necesidad de requerimiento o petición de parte, o iniciativa del magistrado, sin instancia de parte". *Cfr*. Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico. Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán,* 4ta. ed., corregida, actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, Montevideo, Julio César Faira-Editor, 2010, p. 534.

[106] Párr. 4 del voto razonado y concurrente que formuló con motivo de la sentencia relativa al *Caso Gomes Lund y Otros ("GUERRILHA DO ARAGUAIA") vs. Brasil, supra* nota 4.

> 5. Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar. (Subrayado añadido).

77. Los jueces mexicanos deben, por una parte, realizar interpretaciones constitucionales y legales que permitan a "las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares [tener] derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario";[107] por lo que "esta conclusión aplica no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos"[108] (subrayado añadido). De tal manera que esa obligación hacia los jueces mexicanos resulta "inmediata" y con "independencia de las reformas legales que el Estado debe adoptar" (reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar)". Lo anterior cobra mayor importancia si se atiende al texto del artículo 13 de la Constitución federal mexicana,[109] precepto que estimó convencional la Corte IDH y, por ello, las interpretaciones a las normas legales secundarias deben ser conformes con el texto constitucional y la Convención Americana:[110]

> En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.[111]

---

[107] *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra* nota 19, párr. 275.

[108] Párr. 198 de la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, a que se refiere el presente voto razonado, *supra* nota 1.

[109] En la parte respectiva, este precepto señala: "Artículo 13. (…) Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".

[110] *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México, supra* nota 22, párr. 218.

[111] *Cfr. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra* nota 19, párr. 338.

78. Por otra parte, también implica una obligación de los jueces mexicanos de realizar siempre el "control difuso de convencionalidad" y no sólo por lo que hace a la determinación en los casos concretos sobre los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar referidos en las sentencias pronunciadas por la Corte IDH, sino en general en todos los asuntos de su competencia donde el Tribunal Interamericano realice interpretaciones al *corpus ju*ris interamericano, al ser dicho Tribunal Interamericano el último y definitivo intérprete del Pacto de San José (dimensión objetiva de norma interpretada).[112]

79. En efecto, como lo señalamos en su momento (*supr*a párrs. 51, 52 y 63), la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere "eficacia directa" en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como "parte material". Lo anterior, debido a los efectos de la *norma convencional interpretada*, que produce "efectos expansivos" de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia. En este sentido, la jurisprudencia convencional no es simplemente orientadora,[113] sino resulta obligatoria para los jueces mexicanos (en su dimensión subjetiva y objetiva); y su eficacia comienza desde que las sentencias internacionales son notificadas o transmitidas al Estado mexicano, en términos del artículo 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con independencia del procedimiento interno que realicen los órganos y autoridades mexicanas para coordinar su implementación y cumplimiento, así como los demás actos que se realicen para dar a conocer y adoptar la sentencia y jurisprudencia internacional.

80. El "control difuso de convencionalidad" ha iniciado su aplicación por algunos tribunales mexicanos a la luz de la jurisprudencia convencional. En efecto, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Morelia, Michoacán, al resolver el amparo directo 1060/2008, el 2 de julio de 2009 (meses antes de la sentencia

[112] Véase *supra* párrs. 63 y 75.

[113] Véase la tesis I.7o.C.51 K, del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, cuyo rubro y texto son:
"JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.
Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos". (Subrayado añadido). Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, TCC, Tomo XXVIII, diciembre de 2008, p. 1052.

del *Caso Radilla Pacheco),* haciendo alusión al *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), consideró lo siguiente:

> En ese orden, ha de establecerse que los tribunales locales del Estado Mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 908/2006, promovido por Nahum Ramos Yescas, en sesión celebrada el dieciocho de abril de dos mil siete, cuando determinó:
> "El concepto de interés superior del niño, ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos y cuyos criterios, por tanto, son obligatorios".
> (…)
> Luego, al haber considerado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dado que México aceptó la Convención Americana de Derechos Humanos, también reconoció la interpretación que de dicha convención realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos; lo cual conduce a este tribunal colegiado a considerar que todos los tribunales del Estado están obligados a ejercer el control de convencionalidad al resolver cualquier asunto sometido a su jurisdicción, como lo estableció la citada Corte Interamericana al decidir el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en la sentencia emitida el veintiséis de septiembre de dos mil seis.
> De ahí que los órganos de justicia nacional quedan obligados a ejercer 'el control de convencionalidad', respecto a actos de autoridad -entre ellos, normas de alcance general- conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del Derecho Internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados por la concertación, ratificación o adhesión de los tratados o convenciones del Presidente de la República; que tiene como propósito que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos; control que queda depositado tanto en tribunales internacionales -o supranacionales- como en los nacionales, a quienes

> mediante el mismo se les encomiendan la nueva justicia regional de los derechos humanos y adquieren, además, la obligación de adoptar en su aparato jurídico tanto las normas como la interpretación de éstas, a través de políticas y leyes, que garanticen el respeto a los derechos humanos y sus garantías, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.
> Como consecuencia de lo cual, se impone establecer que las autoridades del estado mexicano tienen la ineludible obligación de observar y aplicar en su ámbito competencial interno -además de las legislativas- medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las Convenciones Internacionales de las que México es parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevaron a cabo los organismos internacionales; lo que conlleva a sustentar que todos los tribunales deben realizar un control difuso de convencionalidad, al resolver los asuntos sometidos a su competencia.
> (…)
> Eso significa que si bien los jueces y tribunales mexicanos -en principio- quedan sujetos a la observancia y aplicación del imperio de las disposiciones nacionales; cuando el Estado Mexicano ratificado un tratado internacional -como la Convención Americana- como parte del aparato del Estado que son, también quedan sometidos a ésta; por tanto, están obligadas a velar porque los efectos de las disposiciones que la integran no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; mediante el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; más aún la interpretación que de esa convención hubiese realizado la Corte Interamericana, como su último intérprete. (Subrayado añadido).

81. El anterior criterio quedó reflejado en la Tesis XI.1º.A.T.47 K, cuyo rubro y texto son:[114]

> CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO.
> Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino

[114] Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, TCC, Tomo XXXI, mayo de 2010, p. 1932.

> también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen. (Subrayado añadido).

82. Asimismo, también el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con residencia en el Distrito Federal, al resolver el amparo directo 505/2009, el 21 de enero de 2010, ha sostenido la tesis I.4º.A.91 K, cuyo rubro y texto son:[115]

> CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.
> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia. (Subrayado añadido).

83. Lo anterior pone en evidencia el inicio de la práctica del "control difuso de convencionalidad" en el sistema jurisdiccional mexicano, en sintonía

[115] Publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, TCC, tomo XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

con la jurisprudencia convencional interamericana y con los ejemplos de altas jurisdicciones de países latinoamericanos, a que se refieren los párrs. 226 a 232 de la Sentencia relativa al *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, que motiva el presente voto razonado.

84. Por último, esta tendencia también se advierte en recientes reformas legislativas, como sucede en la Constitución del Estado de Sinaloa (2008). En este ordenamiento supremo local, se establecen criterios de interpretación a los derechos fundamentales y "su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".[116] (Subrayado añadido).

V. Hacia un ius constitutionale commune en las américas

85. La interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional resulta ineludible y sus vasos comunicantes se estrechan. Por una parte, la "internacionalización" de diversas categorías existentes en el ámbito nacional de los Estados constitucionales se evidencia, especialmente con los pactos internacionales en materia de derechos humanos y con la creación de los sistemas universal y regionales de protección de los mismos, con la finalidad de que dichos instrumentos internacionales se apliquen y sean realmente efectivos por los Estados. Se transita de las tradicionales "garantías constitucionales" a las "garantías convencionales", teniendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales.

86. La doctrina del "control difuso de convencionalidad" pareciera que fue adoptada por la Corte IDH en un proceso evolutivo de la referida "internacionalización", al haber influido las prácticas de las altas jurisdicciones nacionales. (véase *supra* párr. 29). Por otra parte, el influjo que a partir de 2006 imprime el Tribunal Interamericano para "irradiar" su jurisprudencia y, por tanto, lograr la recepción nacional de los estándares internacionales en los Estados parte de la Convención Americana, produce una intensidad y profundidad de la "nacionalización" o "constitucionalización" del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo demuestra la recepción de dicha doctrina por las altas jurisdicciones nacionales (véase *supra* párrs. 28 y 30).

[116] Artículo 4 Bis C-II. La reforma fue publicada en el *Periódico Oficial* de dicha Entidad Federativa el 26 de mayo de 2008.

87. En el presente 2010 se ha reiterado dicha doctrina por la Corte IDH en ocho casos contenciosos, lo que denota su consolidación. Sus elementos y rasgos distintivos seguramente seguirán siendo cuidadosamente analizados por los jueces interamericanos y nacionales. No pretende establecer qué órgano tiene la última palabra, sino fomentar el diálogo jurisprudencial creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos fundamentales. Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el "margen de apreciación nacional" que deben contar los Estados nacionales para interpretar el *corpus juris* interamericano.[117] De los jueces interamericanos se espera mucho y "en la medida en que más se autoexija, podrá a su vez exigir más a las cortes nacionales".[118]

88. En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el "control difuso de convencionalidad" es de tal magnitud, que probablemente en ella descanse el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico "diálogo jurisprudencial" –entre los jueces nacionales y los interamericanos–, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.

* * * * *

[117] Sobre esta doctrina, *cfr.* García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración,* Madrid, Civitas, 2010.

[118] Sagués, Néstor Pedro, "El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* Ius Constitutionale Commune *en América Latina?, op. cit. supra* nota 66, tomo II, pp. 449-468, en p. 467.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

PAOLO CARROZZA, ALFONSO DI GIOVINE Y GIUSEPPE P.FERRARI, Diritto costituzionale comparato. Roma-Bari, Editorial Laterza, 2009. 1095 páginas.

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE[*]

Si dejamos de lado la peculiar situación editorial de los Estados Unidos, Italia debe ser sin lugar a dudas el país que más producción tiene en términos cuantitativos, esto es, en cantidad de libros que pone en circulación cada año. No sé si esto pueda decirse de todas las ramas del saber, pero en materia jurídica lo que producen es realmente impresionante. Por cierto que, como siempre sucede, hay de todo: cosas buenas, regulares, malas, muy buenas y excelentes.

Otro factor importante es que a diferencia de lo que pasa en otros lugares (por ejemplo, en Alemania) los autores italianos no se miran a sí mismos, sino que por lo general tienen presente el entorno europeo que los rodea y muchas veces más allá de estos límites geográficos. Para situarnos solo en el ámbito europeo y en relación con la América Latina, Italia corre pareja con España en todo lo concerniente a relación y simpatía con lo nuestro, más meritorio aun si se considera que nuestra América no tuvo con Italia la ligazón política y jurídica que si tuvimos con España durante tres siglos. Y sin olvidar que, a diferencia de lo que sucedía durante el franquismo-y éste es uno de sus

* Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fundador y Presidente Honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

méritos-la España actual ha ido desinteresándose cada vez más de la América hispánica para sumergirse en el espacio europeo, del cual, pese a sus esfuerzos, lo sigue a bastante distancia, aventajando quizá a Grecia y a uno que otro país recién salido del mundo comunista y de las democracias populares.

Por cierto, esto no es la norma general, pero creo que es valedera en sus grandes términos. Pero volvamos a lo nuestro: estaba refiriéndome a la producción editorial italiana, y en especial a la jurídica. Y por eso quiero dedicar unas líneas a un extraordinario libro que cayó en mis manos hace algunos meses y que no he dejado de revisar y admirar. Y que trata sobre el tema que utilizo en el encabezamiento y cuya ficha es la siguiente: "Diritto costituzionale comparato", a cargo de Paolo Carrozza, Alfonso Di Giovine y Giuseppe P.Ferrari (Editorial Laterza, Roma-Bari 2009, 1095 páginas). Vista la extensión de la obra y la variedad de los temas tratados haré lo siguiente: primero una descripción de lo que contiene; luego una apreciación de su contenido y finalmente algunas digresiones que van por mi cuenta, y que me han surgido de su revisión y lectura.

La obra, como se advierte, es un colectivo que tiene tres responsables o curadores, como se dice en la jerga editorial italiana, y veintitrés colaboradores provenientes de diversas universidades italianas. Su división es la siguiente:

Una primera parte va dedicada a la metodología y a la historia que incluye trabajos de Giovanni Bonetti (el objeto y el método) y de Paolo Ridola (prehistoria, orígenes y vicisitudes del constitucionalismo). La parte segunda está dedicada a las principales experiencias del constitucionalismo democrático que contiene trabajos de Alessandro Torre (Reino Unido), Tommaso Edoardo Frosini (las derivaciones directas del sistema inglés: Australia, Canadá y Nueva Zelanda), Mario Comba (Estados Unidos de América), Enrico Grosso (Francia), Giampaolo Parodi (Alemania y Austria), Myriam Giacometti (España), Romano Orrú (Portugal), Elena A. Ferioli (que desarrolla Suiza, oficialmente Confederación Helvética y Bélgica), Paolo Bianchi (los países escandinavos), Roberto Scarciglia (la "constitución europea"), Giuseppe F. Ferrari (Japón) y Domenico Amirante (La India).

La tercera parte está dedicada a las democracias inciertas y a las nuevas democracias e incorpora trabajos de Luca Mezzetti (América Latina), Laura Montanari (las nuevas democracias de la Europa centro-oriental, o sea, las antiguas democracias populares), Maurizio Oliviero (países del mundo islámico), Paolo Carroza (el Derecho socialista) y Mauro Mazza (la China).

La cuarta parte se dedica a los grandes modelos del Derecho constitucional comparado: aspectos juspublicisticos del "civil law" y del "common law" (Giuseppe F. Ferrari), las formas de Estado (Gineva Cerrina Feroni), las formas de Gobierno (Alfonso Di Giovine), sistemas electorales y sistemas de partidos (Tommaso Edoardo Frosini), las relaciones centro-periferia: federalismo, regionalismo y autonomías (Paolo Carroza), la producción jurídica y el sistema de las fuentes (Francesco Palermo), Gobierno y Administración (Paolo Carroza), el Poder Judicial (Mauro Mazza), la Justicia Constitucional (Arianna Vedaschi) y libertades y derechos: categorías conceptuales e instrumentos de garantía (Giuseppe P. Ferrari).

Como puede verse de este simple listado, se trata de una obra de muy amplio espectro que supera largamente el eurocentrismo al que nos tienen acostumbrados muchos autores, incluyendo realidades quizá exóticas y decididamente lejanas. Tratándose de

tantos temas y de tantos autores, que en la medida de lo posible han tratado de seguir lineamientos comunes, se presenta de incuestionable utilidad, y si bien no siempre se puede llegar a profundidades, es indudable que todos ellos, unos más que otros, nos dan elementos de referencia con lo cual podemos orientarnos para futuras lecturas. No es un manual, pues creo que lo excede largamente, pero tampoco llega a ser un tratado, pues existen cosas que no son desarrolladas, sin por eso desmejorar el conjunto. Podría, en todo caso, calificarlo como tratado elemental, en el mejor sentido del término. Al final de cada uno de sus capítulos aparece una bibliografía amplia y comprensiva, pero generalmente desordenada. Habría que pensar para una edición futura en no incurrir en un alarde de desorbitado de libros que solo desorientan y confunden al lector. Las bibliografías, si realmente quieren ayudar, tienen que tener un orden, no ser exhaustivas, e incluir cierto análisis o valoración, pues de lo contrario devienen en inútiles. Así, y solo a guisa de ejemplo, en el caso concreto de un país podría tentativamente separarse la bibliografía en diversos aspectos: una parte histórica, otra al tratamiento global y una dedicada finalmente a temas específicos. Y por cierto, que sea escogida y de ser posible con algunos comentarios. Un mundo en el cual lo que más abundan son los libros, poner una larga lista de ellos sin más criterio que el alfabético, parece un fácil expediente para salir del paso y al mismo tiempo de contentar a los amigos, pero termina no sirviendo a nadie. Esta costumbre de exhibicionismo bibliográfico es lo que, por lo general, sigue la tratadística italiana, a mi parecer, equívocamente. Y que habría que pensar en modificarla. Pero, claro, esto es solo un aspecto, que en nada ensombrece la obra, lo que representa y manifiesta la utilidad que tiene. Y que refleja, sin lugar a dudas, un enorme esfuerzo en su diseño, preparación y elaboración.

El libro, como decimos, apareció hace pocos meses en Italia y es probable que tenga nuevas ediciones, pues la utilidad que presta es evidente. Además, tiene un carácter global y no centrado en algunos temas. Así, por ejemplo, existen en Italia dos libros muy importantes y diría que señeros en materia de Derecho Constitucional Comparado: el de Paulo Biscaretti di Ruffía, eminente autor ya fallecido y cuya obra mereció una traducción y actualización de Héctor Fix-Zamudio en el Fondo de Cultura Económica de México. Y el más reciente de Giuseppe de Vergottini, prontamente traducido en 1983 por la editorial Espasa-Calpe con sustancioso prólogo de Pablo Lucas Verdú, para luego, notablemente ampliado, ser nuevamente traducido por Claudia Herrera y publicado en México y en Buenos Aires. Ambos libros, más allá de sus indudables méritos y que tanta utilidad han tenido en nuestro medio, están básicamente centrados en las formas de Gobierno y las formas de Estado, que siendo centrales en el tema, no son los únicos ni los más importantes. Faltaba, pues, un libro como éste que, como bien dicen los compiladores en la introducción, solo podía ser el fruto de un trabajo en equipo.

Ahora bien ¿Cómo se nos ha presentado el Derecho Constitucional Comparado en el mundo hispanohablante? Se sabe que la comparación es muy antigua (los autores siguen remontándose al célebre opúsculo de Aristóteles sobre la constitución de Atenas, perdido durante siglos y descubierto en 1891 y que formaba parte de un papiro egipcio que recogía 158 constituciones) pero en sentido técnico todos coinciden que ella, como metodología u objeto de trabajo, surge a fines del siglo XIX y la sitúan, incluso, en 1900, a propósito de un célebre congreso celebrado ese año en París. Y desde entonces han existido los "comparatistas" y los trabajos de Derecho comparado. Uno de los más

eminentes y acreditados, prontamente traducido al castellano, es René David, fallecido hace pocos años, pero cuya obra, actualizada por discípulos, sigue circulando y se sigue traduciendo.

La comparación, como se sabe, empezó fuertemente en el ámbito del Derecho Privado, pero luego pasó al Derecho Público, en donde ha tenido una extensión y una acogida inusitada, si bien solo en las últimas décadas.

Como es normal, las primeras influencias nos vinieron de España, pues sus libros eran leídos con avidez en todo nuestro continente. El más notable, por su laboriosidad y erudición fue el "Tratado de Derecho Político" de Adolfo G. Posada, cuya primera edición fue de 1892 y la última en dos tomos en 1935 (la obra ha sido reeditada recientemente por la editorial Comares de Granada, en forma poco fiable y diría que hasta irresponsable). En esta obra, Posada dedicó una de sus partes al "derecho constitucional comparado". Poco después aparecerá el "Derecho Constitucional Comparado" (1950) de Manuel García Pelayo, que hasta ahora se reedita, no solo en Madrid sino también en Caracas. Y el "Curso de Derecho Constitucional Comparado" de Luis Sánchez Agesta, que es de 1963, y que ha tenido sucesivas ediciones y reimpresiones. Todas ellas tienen más o menos el mismo estilo de desarrollar los temas, por lo que aquí solo nos detendremos en el libro de García Pelayo que, por diversas razones (una buena distribución, quizá un mejor enfoque en ciertos temas, así como atisbos originales) unido a que su autor vivió largos años en varios países de la América Latina y visitó a varios de ellos, ha sido el que más larga influencia ha tenido entre nosotros en los últimos años. Esto amerita que analicemos de cerca esta obra.

El libro de Manuel García Pelayo, quien declara desde el prólogo su deuda con Adolfo G. Posada, tiene dos grandes partes: una teórica en donde hace un desarrollo de los temas centrales del Derecho Constitucional y en especial de los conceptos de constitución y formas de Estados. Y una segunda dedicada a desarrollar lo que serían los modelos clásicos del constitucionalismo: Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Suiza y la Unión Soviética. En la última revisión que emprendió en 1959, añadió en apéndice la novedosa - en aquel entonces -Constitución francesa de 1958, inspirada o en todo caso motorizada por De Gaulle. Luego se dedicó a otros temas, en especial, vinculados con la política, en sus aspectos sociológicos, filosóficos o históricos, con obras de verdadero relieve. Tan solo cuando cayó la dictadura franquista y volvió a España para ser elegido miembro y luego Presidente del Tribunal Constitucional bajo la Constitución de 1978, retomó el tema constitucional, pero desde el aspecto en el cual estaba inmerso: el papel del control constitucional en las sociedades democráticas. Su monumental obra -más por la calidad que por la cantidad- ha sido amorosamente cuidada y editada por su viuda, la distinguida historiadora venezolana Graciela Soriano.

Ahora bien, para García Pelayo, así como para sus predecesores, Derecho Comparado no era otra cosa que traer a colación derechos extranjeros, es decir, analizar los ordenamientos modélicos, o en otros casos, ordenamientos por zonas o por regiones. Así, el Derecho Constitucional Comparado devenía en una colección, rigurosamente armada, del constitucionalismo de diversos países, según los criterios o preferencias de cada autor.

Avanzando aun más, en una clasificación que se hizo célebre, García Pelayo consideraba el Derecho Constitucional como abarcador de tres grandes partes o disciplinas:

a) Derecho Constitucional general,
b) Derecho Constitucional particular o local
c) Derecho Constitucional comparado.

El primero era dedicado a los orígenes, al desarrollo y a los principios. Incluía por cierto lo referente a los órganos constitucionales y a los derechos y libertades, o mejor dicho, a los derechos fundamentales.

Lo segundo era lo que correspondía a cada país: así el Derecho Constitucional inglés, el Derecho Constitucional italiano o el Derecho Constitucional mexicano o peruano. Y si el país era federal o tenía un régimen similar, se consideraba un apartado para el tratamiento de las regiones, los estados o las autonomías, según el rótulo que en cada país le quieran dar (así por ejemplo, dos países federales latinoamericanos dan diversos nombres a sus entidades territoriales: entidades federativas en México y provincias en la Argentina; esto último, por razones históricas).

Y lo tercero era una descripción o análisis de un determinado grupo de países, según la óptica o perspectiva de cada autor y que eran los modelos históricos de los cuales todo el resto se había desprendido.

García Pelayo dejaba entrever la posibilidad comparatista, pero al lado de otros enfoques. De hecho, no tomó una postura definida sobre el problema ni mucho menos señaló cuáles eran sus alcances.

Esto fue lo que se hacía hasta hace poco, y en cierto sentido se sigue practicando en ciertos círculos. Pero decididamente no es lo que debe ser ni lo que corresponde a un concepto moderno de lo que es el Derecho Comparado, y en consecuencia el Derecho Constitucional Comparado (en castellano tenemos muchos libros dedicados a estos enfoques modernos: para solo referirnos a autores italianos recientes nos limitamos a citar a tres: Alessandro Pizzorusso, Mario G. Losano y Lucio Pegoraro).

La tendencia moderna es considerar que el Derecho Constitucional Comparado, en cuanto rama o modalidad del Derecho Comparado, consiste básicamente en una comparación, lo cual implica tener en cuenta por lo menos dos ordenamientos que puedan ser analizados y confrontados, sea a nivel micro o macro, para de ahí extraer conclusiones, que finalmente son altamente ilustrativas. Lo que incluye, muchas veces, referencias al contorno histórico y político en que tales ordenamientos se encuentran, ya que extraídos de su medio, podrían dar una falsa imagen de su existencia, de sus poderes y de su funcionamiento.

Si aceptamos esto, tenemos que admitir que lo que se hacía antes, y de manera especial en el célebre libro de García Pelayo, no era Derecho Comparado, sino análisis de ordenamientos constitucionales extranjeros, que es muy distinto. Es cierto que el conocimiento del orden constitucional extranjero es la materia prima del comparatista, pero esto no es lo único. Juntar y conocer el derecho extranjero es útil y es un primer paso. El segundo es hacer la comparación. Y el último, extraer conclusiones. Si no lo hacemos, pues simplemente no haremos Derecho Comparado o Derecho Constitucional Comparado.

Pero hay otros problemas que hay que dilucidar, que veremos a continuación.

El Derecho Constitucional Comparado, como es obvio, es parte del Derecho Comparado. O si se quiere, el primero no es más que una concreción del segundo. Y aquí

surgen las dificultades, que tienen años de discusión, y que no pretendemos resolver ahora, sino solo dejar establecida su existencia y quizá algunas ideas que nos sirvan de hipótesis de trabajo.

El gran problema inicial es el relativo al status ontológico del Derecho Comparado. Y el dilema es el siguiente: ¿se trata de una ciencia como es el Derecho Civil o es simplemente un método?

Una fuerte y sostenida tendencia de corte tradicional ha sostenido que el Derecho Comparado no tiene objeto; solo se limita a mirar una pluralidad de ordenamientos ya existentes, de cualquier naturaleza y por tanto, lo que necesita es afinar su percepción para su comparación y de ahí extraer conclusiones. Y lo único que precisa es una metodología adecuada para tener éxito en su cometido.

Veamos esto con un mayor detenimiento. Es obvio que el Derecho Comparado no tiene un solo objeto, pero bien podría decirse, por el contrario, que su objeto es más amplio y en todo caso panorámico, de tal manera que permite varias entradas. Además, en toda ciencia existe no solo el problema del "objeto" sino el de la "perspectiva". Un mismo objeto puede dar origen a diversas ciencias, si las perspectivas son distintas. Por ejemplo, el cuerpo humano es un objeto y solo uno, pero su estudio ha dado origen a una multitud de disciplinas que lo estudian según sus sectores o zonas (corazón, pulmones, sangre, etc.) o las funciones que desempeñan, con lo cual, en determinadas circunstancias, más que el objeto, prima el factor "perspectiva", o sea, cómo y de qué manera se le mira. Y esta "mirada" que tiene el Derecho Comparado es suya y solamente suya. Tiene parentesco con otras disciplinas, es cierto. Pero mantiene una irreductible unidad por ser una aproximación jurídica y no política o histórica.

El otro problema que se nos presenta es que, sin negar el fuerte ingrediente metodológico que presenta el Derecho Comparado -y en consecuencia el Derecho Constitucional comparado- es que dicha metodología ha dado origen a todo un desarrollo doctrinario y de alcance teórico muy propio de ella y no trasladable a otra disciplina jurídica. Esto es, se trata de un método que arrastra consigo una cantidad no despreciable de elementos teóricos que hay que tratar y que sirven para explicarla y desarrollarla. No es un método simple que se agota en su uso -como sucede en otros métodos- sino que implica planteos teóricos de largo alcance que, precisamente, posibilitan su operatividad. Es pues, un método que reposa en una fundamentación teórica.

Finalmente hay un hecho que no puede negarse: la gran cantidad, que va in crescendo, de congresos, reuniones, revistas y libros escritos sobre la materia, aparte de cátedras creadas especialmente para su estudio. Al final, pues, y por la fuerza de los hechos, termina independizándose de las demás y actúa con autonomía. Muy distinto es el caso del Derecho Parlamentario, que por más que tiene un desarrollo similar, no ha podido desprenderse de las matrices teóricas del Derecho Constitucional.

Estamos, pues, ante una disciplina propia, si se quiere disciplina metódica, pero independiente al fin y al cabo. Pero ¿dónde la ubicamos considerando el universo de saberes jurídicos que se acepta, si bien convencionalmente?

Me parece que la solución sería crear un nuevo cuadro o un doble enfoque sobre lo que es el "derecho" como unidad. El primero sería simplemente el que ya conocemos, o sea, el que clásicamente dividimos en Derecho Público y Privado y así sucesivamente. Y es el Derecho que podemos llamar en "visión simple" o "dimensión unitaria".

Pero este derecho "unitario" por así decirlo, contemplaría adicionalmente un cuadro adicional complementario, de derecho "complejo" que sería el "derecho comparado", de naturaleza sustancialmente metodológica, que admitiría las mismas subdivisiones, es decir, Derecho Público Comparado y Derecho Privado Comparado. Y a su vez, Derecho Procesal Comparado con todas sus variantes. Y así sucesivamente. División que usamos con fines de orden y convencionalmente.

Entiendo la complejidad de todo esto, pero creo que puede servir como tesis inicial y por cierto provisional. Pues no otra cosa son estas líneas que son motivadas por un importante libro, sobre el que ahora debo volver.

Ahora bien, el libro que coordinadamente nos presentan P.Carrozza, A.Di Giovine y G. F.Ferrari es uno de "derecho constitucional comparado", no en sentido estricto, sino en sentido amplio. Veamos por qué.

La primera parte se encuadra perfectamente en los objetivos, cuales son el tratamiento del objeto y del método (si bien el problema teórico de la disciplina lo trata de soslayo y en cierto sentido lo evita); seguido por las vicisitudes del constitucionalismo en su desarrollo histórico. La segunda parte es en rigor Derecho Constitucional extranjero, o sea, de un grupo de países, que en rigor no son Derecho Comparado, pero constituyen elementos de base para hacerlo. Y presenta una amplitud de países con gran riqueza y perspectivas.

La parte tercera cumple en algo lo anterior pero introduce la comparación, pero por áreas: así son los tratamientos de la América Latina y de las nuevas democracias de la Europa del este, países islámicos, derecho socialista y China, que podría estar en la sección anterior o dentro de los modelos socialistas (si bien *sui generis*).

La parte cuarta es netamente comparatista, pues se toman las principales familias jurídicas de Occidente ("civil law" y "common law") las formas de Estado y de Gobierno, los sistemas electorales y de partido, las relaciones centro-periferia, etc.

Como se ve, salvo el tratamiento por países que tiene una indudable utilidad, el enfoque es mayoritaria y sustancialmente comparado. Y aun así, hay que destacar el tratamiento de los países en forma individualizada, pues eso permite al lector, en su caso, proceder a una comparación, al margen de la utilidad que le presta el país analizado en forma aislada. El derecho extranjero es, sin lugar a dudas, la materia prima con la que trabaja el comparatista.

Estamos pues, ante un libro de muy alto nivel, con una perspectiva inusual y que estoy seguro brindará a los estudiosos un material inapreciable de reflexiones. En lo personal, agradezco a los compiladores el pretexto que me han dado para poner en blanco y negro algunas inquietudes que tenía en mente hacía ya algún tiempo, si bien todas ellas son provisionales. Lo que agradecemos por partida doble.

* * * * *

Antonio–Luis Martínez–Pujalte y Tomás de Domingo, Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas. Lima, Palestra, 2010. 287 páginas.

LUIS CASTILLO CÓRDOVA[*]

Los derechos fundamentales en el sistema constitucional es, sin duda, una obra ambiciosa, pues pretende ofrecer, según anuncian los autores en la Introducción (p. 12), una teoría general de los derechos fundamentales. En esta tarea ellos han trabajado durante años; de hecho, de la totalidad de los capítulos de este libro se habían publicado ya primeras versiones, si bien todas ellas han sido cuidadosamente revisadas, y, en no pocos casos, han sido objeto de modificaciones o ampliaciones sustanciales. La elaboración del libro a partir de artículos ya publicados, sin embargo, no afecta en nada a su unidad y coherencia interna, que tampoco se ve perjudicada por la autoría independiente de los capítulos. Nos encontramos, por el contrario, ante una obra con una perfecta ordenación sistemática, que puede ser leída como una obra unitaria, y en la que sin duda se reflejan horas de diálogo entre los autores, aun cuando también se perciban entre ellos matices o enfoques diferentes, e incluso alguna discrepancia puntual, de la que por lo demás se advierte explícitamente al lector.

Leídos los seis primeros capítulos de la obra –en los que centraré mis comentarios, pues los tres últimos capítulos, dedicados al estudio de derechos fundamentales concretos, no parecen contener aportaciones sustanciales en relación con los temas centrales del libro–, es posible afirmar que los autores llegan a presentar una teoría general de los derechos fundamentales. Tal teoría general se construye con base en las siguientes seis tesis principales.

1. Los derechos fundamentales aparecen caracterizados como *bienes*, consistentes –como se indica en la definición del concepto de "derecho fundamental" que se formula en la obra (pp. 38 y 68–69) en "ámbitos de la personalidad y/o de la actuación humana". Es decir, frente a las definiciones clásicas del derecho subjetivo, que lo identifican con una facultad o un haz de facultades del individuo, para Tomás de Domingo y Antonio–Luis Martínez–Pujalte el núcleo del derecho es un bien atribuido a una persona, y sólo como resultado o consecuencia de ese bien se instituyen facultades y mecanismos de protección. En sus propias palabras, "los derechos fundamentales son primariamente bienes jurídicos, y las facultades de que disponga el titular para lograr la protección de dichos bienes, aun siendo importantes, ocupan un papel subordinado" (p. 38). Esta caracterización de los derechos fundamentales como bienes es sumamente relevante, y se constituye en el fundamento de toda la propuesta teórica que se formula y el armazón que otorga coherencia a las restantes tesis.

* *Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Piura*

2. En efecto, puesto que los derechos fundamentales son bienes, los autores pueden afirmar consistentemente –salvando las dificultades planteadas por Robert Alexy– que un mismo bien puede serlo a la vez para el individuo y la colectividad (pp. 22–25), y, por tanto, que los derechos fundamentales *constituyen el núcleo del bien común* que debe procurar la comunidad política, como de un modo u otro proclaman la práctica totalidad de las Constituciones elaboradas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Martínez–Pujalte y de Domingo subrayan por tanto la radical importancia de la denominada "dimensión institucional" de los derechos fundamentales, que los constituye en principios rectores del ordenamiento, a cuya realización los poderes públicos tienen la obligación de contribuir (p. 85).

3. Y, puesto que los derechos fundamentales son bienes, es posible *delimitar su contenido*, acotar los perfiles del bien jurídico que la Constitución protege y definir sus límites. La metodología para llevar a cabo esta tarea se encuentra resumida por Martínez–Pujalte (pp. 78–80)[1]. En síntesis, "cabe decir que la determinación del contenido de los derechos fundamentales debe efectuarse desde la Constitución, en el marco de una interpretación sistemática y teleológica de los preceptos constitucionales" (p. 78). Por lo demás, la caracterización de los derechos fundamentales como bienes tiene también como consecuencia su indivisibilidad, de tal forma que no cabe hablar de contenidos esenciales y accidentales de los derechos, como sostuviera la teoría absoluta (pp. 70–72); sólo existe el contenido "sin más" de los derechos (p. 77), y ese contenido tiene evidentemente límites, pero no admite restricciones.

Este enfoque supone, por supuesto, descartar "la teoría externa, que diferencia el derecho fundamental y sus restricciones como dos entidades independientes", y optar por "la teoría interna, según la cual no cabe hablar del derecho fundamental y su restricción, sino únicamente del derecho con un determinado contenido" (p. 29), como detenidamente argumenta Tomás de Domingo en crítica a la posición de Alexy, que sostiene la teoría externa (pp. 26–32). Sin embargo, la atención prestada a la obra de Alexy debería haberse completado quizás, con un tratamiento específico de la posición de Friedrich Müller, principal representante en la doctrina alemana de la teoría interna y a quien se dirigen sobre todo las objeciones de Alexy. La teoría de Müller parece haber influido en los autores (y de hecho es citado en varias ocasiones por éstos), pero un contraste más atento habría permitido explicitar las afinidades y divergencias.

4. *Para determinar cuándo se produce un ejercicio legítimo de los derechos fundamentales* no basta, sin embargo, con delimitar adecuadamente su contenido, sino que *es preciso además atender a las circunstancias concretas en que se desenvuelve el ejercicio del derecho*, es decir, a lo que Tomás de Domingo denomina "exigencias objetivas que surgen del contexto vital" (pág. 162), puesto que "la dimensión social del ser humano es incompatible con un ejercicio de los derechos fundamentales que no respete los condicionantes propios del contexto vital en que se desarrolla nuestra existencia junto a los otros" (p. 41), contexto vital que sin embargo también debe modificarse para hacer posible el ejercicio de los derechos fundamentales, de suerte que debe procederse a "un

[1] Quien había dedicado a esta cuestión una monografía anterior: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Tabla XIII Editores, Trujillo, 2005.

ajustamiento entre los condicionantes propios del contexto en el que se ejercen los derechos fundamentales y la exigencia de que éstos sean respetados" (p. 42).

A esta exigencia de ajustamiento de los derechos fundamentales con las exigencias del contexto vital podría reprochársele su vaguedad e indefinición, afirmándose que se trata de una metodología de resultados inciertos, que hipotéticamente podría conducir a cualquier solución, frente a una supuesta mayor certeza y disciplina argumentativa que se apreciaría, por ejemplo, en el *test* de proporcionalidad característico de la obra de Alexy. Sin embargo, es posible contestar este reproche con base en el convencimiento de que la justicia en la decisión concreta es una justicia prudencial antes que matemática, pues, como afirma explícitamente Tomás de Domingo, esta teoría "reivindica una razón humana abierta a la prudencia que confía en la capacidad de la inteligencia humana para descubrir la solución más justa en cada caso" (p. 171).

5. Como se ha adelantado más arriba, *cuando un derecho fundamental ha sido legítimamente ejercido no admite restricción alguna*, ni por los poderes públicos ni por otros particulares; y ni siquiera en caso de las concretas controversias iusfundamentales porque ellas en ningún supuesto presuponen la existencia de verdaderos conflictos entre derechos fundamentales. Esta es la tesis de los autores de mayor relevancia práctica: lo que debe hacer el intérprete ante cualquier problema práctico relacionado con un derecho fundamental es determinar si se encuentra ante un ejercicio legítimo del derecho, lo que exige delimitar su contenido y prestar atención a las circunstancias en que se desenvuelve ese ejercicio; si la respuesta es afirmativa, no cabe restricción alguna del ejercicio legítimo de un derecho, pues los derechos fundamentales constituyen el núcleo del bien común y, por tanto, no existen bienes de mayor importancia que ellos ante los que deban ceder.

Por lo que se refiere a los conflictos entre derechos, no existe en el libro un capítulo específico acerca de este importante problema, pues ya había sido exhaustiva y brillantemente abordado por uno de los autores en una obra anterior[2]; pero una precisa síntesis de la posición de los autores se expone en las páginas 98 a106, en las que se afirma que por principio no pueden existir auténticos conflictos entre derechos fundamentales, es decir, situaciones en las que del ejercicio legítimo de un derecho se siga la lesión de otro derecho, pues admitir tales conflictos equivaldría a asumir que el ejercicio correcto de los derechos fundamentales provoca una convivencia social inarmónica, y lesionaría además el principio de la unidad de la Constitución. Si se aprecia un aparente conflicto entre dos derechos fundamentales, se deberá a que no se ha delimitado adecuadamente el contenido de los derechos concernidos en el caso concreto, y habrá que proceder de nuevo a esa tarea para definir un contenido de ambos derechos que no presente zonas de intersección entre ellos.

6. Finalmente, la teoría general de los derechos fundamentales de Antonio–Luis Martínez–Pujalte y Tomás de Domingo se completa con un extenso desarrollo del *papel de los poderes públicos en relación con los derechos fundamentales,* que no es simplemente respetarlos, sino *promover su ejercicio efectivo*, como corresponde a su

[2] Tomás de Domingo, *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre información y expresión y los derechos al honor y la intimidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

naturaleza de principios rectores del ordenamiento o "dimensión institucional" antes mencionada. Esta tarea de los poderes públicos se desglosa a su vez en dos vertientes, a las que Martínez–Pujalte denomina "prohibición del desaliento" y "dimensión prestacional" (pp. 86–87). En primer lugar, a los poderes públicos les está vedado desalentar el ejercicio de los derechos fundamentales; ambos autores hacen un detenido análisis de esta cuestión (pp. 87–97 y 107–132), con análisis de una importante Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 136/1999, de 20 de julio), si bien en este punto existe precisamente una discrepancia entre ellos en torno a la metodología para apreciar que se ha producido el "efecto desaliento". En segundo lugar, a los poderes públicos se les exige adoptar medidas activas para promover el ejercicio de los derechos, materia a la que se dedica monográficamente un capítulo del libro, con un sugerente análisis de Martínez–Pujalte acerca de las posibilidades de reacción frente a la omisión de los poderes públicos en la adopción de tales medidas a través del instituto de la "inconstitucionalidad por omisión" (pp. 184–198).

No cabe duda, en suma –y espero que la síntesis precedente haya contribuido a mostrarlo–, que esta obra ofrece una teoría general de los derechos fundamentales sugerente, que se aparta de la sustentada por la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, y al hacerlo ofrece una base dogmática iusfundamental exenta de aporías lo que contribuye mejor a una protección más eficaz de los derechos fundamentales y, con ello, a una mayor realización de la Persona como fin. Esta neta divergencia con los planteamientos actualmente más extendidos habría exigido quizás un mayor esfuerzo por proporcionar una fundamentación filosófica más sólida, que le otorgara una justificación más plena. Afirmar, por ejemplo, que es posible definir, de una manera más o menos precisa, el contenido de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, y que es posible ajustarlos con el contexto social en que se desenvuelve su ejercicio, implica al menos: a) una epistemología en la que se otorga un papel central a la razón práctica dirigida por la prudencia; b) una concepción de los derechos que los contempla como previos a la Constitución y dotados de un fundamento objetivo; c) una concepción de la Persona que contempla su dimensión social como un rasgo ontológico esencial y como un componente de su autorrealización personal. Ciertamente, estos fundamentos últimos epistemológicos, filosófico–jurídicos y antropológicos aparecen ocasionalmente en algunos pasajes de la obra, (por ejemplo, en pp. 42–43 ó 88–89), pero quizás habría sido oportuno su desarrollo sistemático.

Quisiera señalar, por lo demás, que una de las características más destacadas del libro es su metodología eminentemente práctica, pues el estudio teórico se hace siempre unido al análisis de problemas de la vida jurídica real. En este sentido, he señalado más arriba que los tres últimos capítulos no contienen aportaciones sustanciales a la teoría general desarrollada en los seis primeros; ahora es momento de decir que el interés de los referidos tres capítulos radica en demostrar que tal teoría general es susceptible de aplicación práctica, y se nos ofrece tal aplicación en relación con problemas controvertidos de la actualidad.

Concluiré este comentario con un interrogante de interés para el público hispanoamericano. La teoría general de los derechos fundamentales expuesta en este libro ha sido formulada, como nos advierten los autores en la Introducción, principalmente con atención al sistema constitucional español. ¿Resulta, entonces, de utilidad para los

regímenes constitucionales hispanoamericanos? Pienso que sí. Nuestras Constituciones han instaurado sistemas de derechos fundamentales muy próximos a los europeos, y contienen cláusulas que erigen a los derechos fundamentales en el núcleo del bien común y establecen el deber de los poderes públicos de garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales; y nuestras Cortes Constitucionales han adoptado doctrinas y metodologías construidas por los Tribunales Constitucionales europeos.

En particular referencia al ordenamiento constitucional peruano, la base doctrinal que la obra de los profesores Martínez–Pujalte y de Domingo presenta, no sólo es posible justificar y aplicar en el mencionado ordenamiento constitucional, sino que ella misma no es extraña a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Efectivamente, y como lo tengo justificado en otro lado con especial referencia al caso peruano, es posible sostener una definición de derechos humanos (y fundamentales) como *bienes humanos debidos* a la Persona que se formulan desde la naturaleza o esencia humana, y cuya obtención o goce permitirá grados de perfeccionamiento y realización humana[3]; para inmediatamente después sostener la inexistencia de verdaderos conflictos entre derechos fundamentales[4], lo que exigirá no sólo rechazar la ponderación de derechos como herramienta de solución de las controversias iusfundamentales[5], sino también exigirá abrazar una hermenéutica constitucional que con base en el juego de principios de interpretación constitucional (criterios literal, sistemático, teleológico, de concordancia práctica, de la cláusula interpretativa, de normatividad y de unidad de la Constitución)[6], se decante por la delimitación del contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental para dar respuesta a la pregunta de *a qué da derecho un derecho fundamental*[7].

Estas mismas consideraciones han sido asumidas por el Tribunal Constitucional peruano a la hora de resolver las cuestiones iusfundamentales que se le presentaban. Así, vincula los derechos fundamentales a la pre–existencia de bienes (jurídicos)[8], que

[3] *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Palestra, Lima 2007 (Capítulo I); "La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho", en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, ps. 31–72.

[4] "¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 12, enero–junio 2005, ps. 99–119.

[5] "Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad", CARBONELL, Miguel; GRANDEZ, Pedro (Coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra del Tribunal Constitucional, Palestra editores, Lima 2010, ps. 297–319.

[6] *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Palestra, Lima 2007 (Capítulos VI y VIII).

[7] "Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales", en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 139, junio 2005, ps. 144–149.

[8] Tiene dicho que "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*". EXP. N.º 1417–2005–PA/TC, del 8 de julio del 2005, Fundamento 10.

al provenir de la naturaleza humana son realidades anteriores al Estado y a la sociedad[9], y que necesariamente componen el contenido del bien común[10]. Por este valor especialísimo de los derechos fundamentales, el Estado tiene sobre ellos un deber especial de protección, justificado en la Constitución[11] y en la reconocida dimensión objetiva de los derechos fundamentales[12]; un tal deber le obliga a promover y asegurar la plena vigencia de estos derechos[13], para lo cual evita interpretar contradictoriamente la Constitución asumiendo los conflictos entre derechos como realidades solo aparentes pero no reales[14], optando por la proscripción de los sacrificios de derechos[15] y sumándose

[9] Así, en una temprana sentencia manifestó el Tribunal Constitucional que, "[l]a persona humana por su dignidad tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal". EXP. N.º 318–1996–HC/TC, del 6 de agosto de 1996, Fundamento 1.

[10] Es así como "el constituyente ha tenido un especial interés de vincular a todos los poderes públicos y a todos los niveles de gobierno en torno a la defensa de la persona humana y de su dignidad, aspectos esenciales que integran el bien común como fin y tarea de los órganos estatales". EXP. N° 3330–2004–AA/TC, del 11 de julio de 2005, Fundamento 69.

[11] En referencia al deber especial de protección, ha manifestado el Supremo intérprete de la Constitución que "se halla constitucionalizado en nuestro ordenamiento jurídico desde su primer artículo, a tenor del cual 'La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado'; y, en forma por demás significativa, en el artículo 44 de la Norma Suprema, según el cual 'Son deberes primordiales del Estado: [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos'". EXP. N° 0858–2003–AA/TC, del 24 de marzo de 2004, Fundamento 7.

[12] Este deber especial de protección, "no es sólo una cuestión teorética derivada de la existencia de una o más teorías sobre la legitimidad del Estado. Constitucionalmente se sustenta la dimensión objetiva de los derechos fundamentales", Idem., Fundamento 6.

[13] Ha reconocido el Tribunal Constitucional que, "[s]i hay algo que caracteriza a los actuales estados constitucionales democráticos es su tendencia a la mayor protección y realización posible de los derechos fundamentales, entendidos estos no solo como derechos subjetivos e individuales de las personas, sino también como instituciones que, en tanto que portadores de determinados valores objetivos, informan el ordenamiento jurídico en conjunto. Esto es así porque los derechos fundamentales se derivan del principio–derecho de dignidad de la persona humana, según el cual la persona se concibe como un fin en sí mismo y no como instrumento o medio de la acción estatal". EXP. N.º 4903–2005–PHC/TC, del 8 de agosto de 2005, Fundamento 7.

[14] Ha manifestado claramente el Alto Tribunal de la Constitución, que "[l]a Constitución contiene una serie de disposiciones entre las que existe una "aparente" contradicción (…), por lo que su interpretación aislada, conducirá inevitablemente, a resultados incompatibles con su postulado unitario y sistemático. Es por ello que los principales criterios de interpretación constitucional son los de unidad y concordancia práctica, el primero de los cuales exige concebir a la Constitución como un todo plenamente armónico e internamente coherente, y el segundo, resolver toda aparente tensión entre sus disposiciones "optimizando" su contenido normativo en conjunto". EXP. N.º 02730–2006–PA/TC, del 21 de julio del 2006, Fundamento 6.

[15] Con base en el principio de concordancia práctica, ha manifestado el Tribunal Constitucional que "toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta 'optimizando' su interpretación, es decir, sin 'sacrificar' ninguno de los valores, derechos o principios concernidos". EXP. N.º 5854–2005–PA/TC, del 8 de noviembre del 2005, Fundamento 12.b.

a la delimitación como criterio hermenéutico iusfundamental[16]. Y es que los derechos fundamentales no pueden ser jerarquizados[17].

Incluso, estas bases doctrinales y criterios jurisprudenciales son aplicables a los llamados derechos fundamentales innominados, no expresos o implícitos. Como se sabe, las constituciones hispanoamericanas suelen traer en su texto una disposición en la que se establece que los derechos fundamentales expresamente recogidos en la Constitución no son los únicos que han de ser tenidos como tales. Esta aplicación es posible porque, y como lo tengo justificado en otro lado[18], detrás de cada derecho fundamental implícito es posible reconocer un *bien humano debido* a la Persona cuya existencia y significado no depende de la decisión positivadora del Constituyente, desde que ésta no crea sino sólo reconoce a los derechos fundamentales.

En suma, pienso que nos hallamos ante una obra lograda y especialmente valiosa, que resulta de interés inestimable para cualquier operador del derecho que, en su tarea cotidiana, se relacione con los problemas que afectan a los derechos fundamentales.

* * * * *

[16] Cuando en una concreta *litis* al Juez se le presenta dos derechos fundamentales como contrapuestos, la solución del caso se construirá "armonizándolos o precisando las condiciones necesarias para el ejercicio de cada uno de ellos". EXP. N.º 2790–2002–AA/TC, del 30 de enero del 2003, Fundamento 4. También tiene dicho que "[l]a aplicación de la excepción de la protección a la intimidad como un supuesto para negar el acceso a determinada información implica *delimitar el contenido del derecho a proteger* (EXP. N.° 04573–2007–PHD/TC, del 15 de octubre de 2007, Fundamento 10); también tiene dicho que "este Colegiado ha señalado que la valoración de un derecho fundamental como uno de configuración legal alude a que la ley constituye fuente normativa vital para *delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho fundamental* y dotarle de plena eficacia" EXP. N.° 02599–2005–PA/TC, del 28 de marzo de 2007, Fundamento 4).

[17] Co acierto ha manifestado el Tribunal Constitucional que "no existe una afirmación en el sentido de que en el seno de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales". EXP. N.º 1219–2003–HD/TC, del 21 de enero de 2004, F. J. 6

[18] "Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos", en *Gaceta Constitucional*, Tomo 5, mayo 2008, p. 31–48.

Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.): La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina? México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010. Tomo I: XI – XXIII, 879 páginas; Tomo II: XI – XXIII, 797 páginas.

KRISTINA GEORGIEVA NIKLEVA[*]

El valor primordial de una obra colectiva es recoger y reunir, y en algunas ocasiones obtener conclusiones importantes con perspectiva *ad futurum* sobre una temática común. El libro aquí presentado sobrepasa con creces dicho objetivo debido a varias razones: la pléyade de autores ilustres, altamente reconocidos tanto en el ámbito académico como en el laboral, juristas y abogados mundialmente eminentes, cuyas brillantes y extensas aportaciones es difícil abarcar en este comentario; "la variedad de los temas tratados y la profundidad de sus conclusiones" (en palabras del propio Héctor Fix-Fiero en su *Presentación*, p. XII), por el carácter sumamente didáctico del libro, la articulación de una especie de puente, de "cross-fertilization" jurídico e intelectual; así como por el origen de la obra. Finalmente, también por su coherencia, composición, la proporcionalidad con la que se describen las situaciones jurídicas correspondientes, las críticas a las lagunas y/o omisiones, y las modernas propuestas de solución con base en una filosofía de constitucionalización del derecho internacional e internacionalización del derecho constitucional, en búsqueda precisamente de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica.

En cuanto a su estructura, la obra colectiva está compuesta por 38 trabajos, distribuidos en 2 Tomos y 5 subcapítulos. Tiene su origen en el Seminario "La justicia constitucional: Prolegómeno de un *ius constitutionale commune* en América Latina", realizado en Heidelberg, Alemania, los días 18 y 19 de noviembre de 2009. Es producto de la estrecha colaboración académica, editorial, de investigación así como de profunda amistad entre el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ-UNAM, en adelante), el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, siendo las tres entidades de inmenso prestigio internacional.

I. *Reflexiones introductorias*. El libro colectivo da inicio con una *Presentación*, hecha por el Director del IIJ-UNAM, quien revela el origen y la importancia del mismo, y destaca que el paralelismo más importante entre los renombrados Institutos que contribuyen a esta edición en conjunto radica "en su naturaleza como institutos independientes

* Investigadora visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Doctoranda en *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* en el Instituto Universitario Ortega y Gasset (Madrid, España)

dedicados a la investigación, lo que, además de ser poco común en nuestras respectivas regiones, se traduce en una particular concentración de esfuerzos en favor del avance y la difusión del pensamiento jurídico de vanguardia" (p. XI). En el *Prólogo*, Jorge Carpizo complementa los datos sobre la historia de la creación de los dos Institutos. Subraya también, por su propia experiencia, la seriedad científica de los investigadores del Instituto Max-Planck, las instalaciones espléndidas de que está dotado éste y los esfuerzos de los participantes que dieron luz a esta excelsa obra colectiva. Por otro lado, nos llama la atención sobre las hondas raíces que tiene la justicia constitucional en América Latina, haciéndolo de manera breve y bajo la forma de un panorama general. En palabras suyas: "…la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional resulta inevitable e irreversible" (p. XX) pero sin imposición del uno sobre el otro, sino merced a una interrelación cada vez más estrecha entre ambos. Al final, el investigador emérito del IIJ-UNAM vuelve a reiterar sus agradecimientos a los que participaron en la labor ardua de concebir los presentes dos Tomos y comenta que se debe también al "feliz encuentro de instituciones y personas" (p. XXI).

Por otra parte, los coordinadores de la obra: Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi, destacan en la *Nota preliminar* cuál es el objeto principal del libro, a saber: aportar al conocimiento de la integración jurídica mediante la salvaguardia de los derechos humanos, la consecución del Estado de derecho y de la democracia, en conjunción con un diálogo constitucional transnacional. Los derechos humanos se ven garantizados, junto con la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos gracias a que la justicia constitucional juega un rol fundamental en las democracias contemporáneas. Por último, también les resulta relevante recalcar que "en América Latina, las continuidades y rupturas en la construcción del Estado constitucional por una parte, y las diferencias entre los países de una región tan aparentemente homogénea, por otra parte, revelan la importancia del análisis del derecho latinoamericano que pueda contribuir a desarrollar un *ius constitutionale commune* en América Latina" (p. XXIII).

II. *La justicia constitucional y la construcción de la democracia en Latinoamérica* (Tomo I). El primer volumen empieza con el artículo "Constitucionalismo social latinoamericano" (pp. 3-23) donde el profesor colombiano Rodolfo Arango defiende una concepción del constitucionalismo latinoamericano que denominamos "social", demostrando las diferencias existentes entre sociedades "bien ordenadas" y "no bien ordenadas" y cómo éstas inciden a la hora de reconocer derechos subjetivos constitucionales. Manifiesta algunas características del constitucionalismo social latinoamericano que lo diferencian de otras experiencias constitucionales y hace una propuesta metodológica para la construcción de un derecho constitucional latinoamericano, encauzado hacia la promulgación de los derechos sociales.

El profesor venezolano y vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado, Allan R. Brewer-Carías, en "La justicia constitucional como garantía de la constitución" (pp. 25-62) considera que el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, declarados o implícitos en una Constitución, es parte de la idea de primacía de la norma suprema, y no sólo la estricta observancia de las normas y procedimientos establecidos en la Constitución para regular el funcionamiento de los órganos del Estado.

En "Aproximación a las funciones de la jurisdicción constitucional" (pp. 63-86) Jesús M. Casal, profesor venezolano y vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, muestra especial interés por el tratamiento jurídico de las funciones de la jurisdicción constitucional. Tales funciones también han sido objeto, si bien escasamente, de investigaciones de corte politológico, que intentan esclarecer, por ejemplo, la relación existente entre la jurisdicción constitucional y la consolidación de la democracia. Hace evidentes algunos criterios que estimamos primordiales en el tratamiento jurídico de las funciones de la jurisdicción constitucional y luego esboza algunas de éstos, a partir de datos normativos del ordenamiento jurídico venezolano pero con apertura a categorías abstractas propias del Estado constitucional.

El profesor brasileño Marcelo Figueiredo en "Las omisiones estatales y los remedios judiciales para suplirlas en el derecho brasileño y el derecho latinoamericano" (pp. 87-105) destaca cómo esta temática ha sido regulada en el derecho brasileño. El tema se sitúa, en última instancia, en la tensión entre la máxima efectividad de un texto constitucional y la realidad, pasando también por el núcleo de los poderes del Estado. Se trata de analizar cómo debe ser forjado el principio de la separación de poderes frente a una Constitución detallista y programática que, por un lado, afirma el equilibrio, la armonía y la independencia entre los poderes, y, por otro lado, atribuye competencia al *Judiciario* para resolver las omisiones legislativas y administrativas.

Tales consideraciones se relacionan con el trabajo de otro autor brasileño, Andrei Koerner: "Representación y justicia: una hipótesis sobre el control de la constitucionalidad y el acceso a la justicia en Brasil desde 1930" (pp. 175-198), donde adopta una perspectiva histórica para analizar algunas características del *Poder Judiciario* brasileño, con el objetivo de entender una paradoja que está siendo evidenciada, sobre todo, en el orden constitucional de 1988: la combinación de la fuerza institucional del *Poder Judiciario* (sus atribuciones constitucionales y poderes legales, autonomía organizacional, el control sobre recursos, de las prerrogativas y prestigio de sus integrantes, etc.) y su capacidad limitada en contribuir a la efectiva universalización de los derechos de ciudadanía.

Por otro lado, en "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad" (pp. 107-173), la vicepresidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina, Elena I. Highton, reflexiona sobre la simplificación de calificar como opuestos a los sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. A su juicio, esta categorización no es del todo correcta porque más allá de las diferencias teóricas o conceptuales, en la realidad, al resolver cuestiones y controversias, existe una aproximación de la práctica y la jurisprudencia constitucional, y una aproximación en los efectos de las sentencias. Es decir que entre jueces constitucionales y tribunales constitucionales no hay diferencias insalvables. Todos estos precedentes demuestran que la Corte Suprema argentina actúa como un verdadero Tribunal Constitucional.

El trabajo "¿La democracia como principio del *ius constitutionale commune* en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional" (pp. 199-240) de Mariela Morales Antoniazzi, se fundamenta en la tesis de que el *corpus iuris* común en América Latina se ha configurado en función de la garantía de la democracia en un sentido amplio, que abarca no solo la procedimental (focalizada en las elecciones y la participación política) sino también la sustancial (vinculada a la

gramática de los derechos humanos), incluyendo la dimensión social, que procura unos estándares mínimos de exigibilidad con base en la no discriminación.

En "Desafíos de la jurisdicción constitucional paraguaya en el contexto de la democracia en Latinoamérica" (pp. 241-265), Jorge Silvero Salgueiro se preocupa por la jurisdicción constitucional paraguaya que tiene ante sí desafíos de tipo histórico, institucional, democrático, social y jurídico, que no son nuevos en el proceso político pero que deben asumirse con mayor énfasis en pro de una estabilización institucional propia. En esa medida, se podrán rendir aquellas prestaciones que el proceso político tiene como expectativas. La consolidación de la democracia es también una de las tareas de la jurisdicción constitucional en un Estado constitucional democrático y cuya realización está delimitada por el respeto a la Constitución y a los derechos humanos.

El investigador del IIJ-UNAM, Francisco Tortolero Cervantes en "Ciudadanía y democracia: presupuestos para el juez constitucional latinoamericano en el contexto de la globalización" (pp. 267-293) destaca que el orden constitucional de los países democráticos está viviendo nuevas realidades de cara a los fenómenos de integración regional. La voluntad de acercamiento entre países parece exigir que las fronteras desaparezcan (fenómeno de la globalización), para dar paso a la inclusión universal de todos sus integrantes en una amplia comunidad supranacional de ciudadanos. Pero, no obstante, se puede aseverar que nuestros líderes de la región deberían empezar por definir qué noción de ciudadanía se adecúa con sus planes de integración, como una verdadera cuestión previa. Correlativamente, los jueces constitucionales deberán también reparar sobre estos presupuestos, y ya entonces, permitirles plantear modelos de integración regional.

III. *Justicia constitucional: estructuras fundamentales en su funcionamiento* (Tomo I). Este capítulo empieza con un análisis profundo del desarrollo de la justicia constitucional local con el artículo "La justicia constitucional en el Salvador" (pp. 297-344) del profesor S. Enrique Anaya quien destaca que en El Salvador, tanto por razones de formación jurídica a la "europea" como por situaciones fácticas de poder, es hasta en los últimos quince años del siglo XX que se adquiere plena conciencia sobre la noción de supremacía constitucional y, por derivación, de la Constitución como conjunto normativo. Por ello, concluye, persiste la necesidad de una urgente reforma integral del régimen legal del sistema procesal constitucional de ese país.

Por su parte, con "El nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia en México" (pp. 345-385), el investigador César Astudillo se refiere concretamente a la trascendencia del sistema de nombramiento adoptado en México, el estudio de sus fuentes normativas y, enseguida, en la parte central del análisis, a un ejercicio de "deconstrucción" del artículo 96 de la Constitución mexicana con el objeto de analizar cada una de las piezas que conforman el sistema de designación de los ministros de la Corte. Se refiere también a la necesidad de revisar el propio precepto citado para generar un mecanismo de nombramiento más abierto y vigoroso, más definido y puntual, más transparente y sujeto al escrutinio social.

En esta tesitura se enmarca la contribución "El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional" (pp. 387-443) de Jorge Carpizo, investigador emérito de la Universidad Nacional, adscrito al IIJ. De acuerdo con su pensamiento, la existencia de la jurisdicción constitucional, que incluye tribunales o cortes especializados, incluso salas generalmente calificadas de constitucionales, a pesar de sus problemas y debilidades, es

hasta nuestros días el mejor sistema que se ha creado para asegurar la supremacía de la ley fundamental como norma decidida por el Poder Constituyente, para impedir que los poderes constituidos rebasen la competencia y atribuciones que expresamente les señala la propia Constitución, y para la protección real de los derechos humanos. En una palabra, es la mejor defensa del orden constitucional. Debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo.

Con "Modelos, tribunales y sentencias constitucionales" (pp. 445-466), el profesor argentino Alberto Ricardo Dalla Via se inclina por considerar que si bien los tribunales constitucionales responden a los modelos europeos de control concentrado, en América Latina ha predominado el control difuso de constitucionalidad a cargo de los jueces. Las diferencias ya no son tan nítidas y en distintos países de la región se han adoptado tribunales o cortes constitucionales, como sucede en Chile, Perú, Colombia, Venezuela y Panamá, como ejemplos. Lo importante no es cambiar, sino fortalecer de lo que ya se dispone, enfatizando especialmente el rol de la Corte Suprema de Justicia como "guardián de la Constitución". En este sentido, la democracia es, en gran medida, un sistema de creencias compartidas.

Claudia Escobar García, en su trabajo "Entre identidad e intercambio jurídico. El nuevo modelo de justicia y control constitucional en el Ecuador" (pp. 467-500) centra su atención en las dimensiones del llamado "transconstitucionalismo". La idea que se pretende demostrar es que existe una amplia y compleja gama de relaciones y conexiones entre los distintos órdenes constitucionales. El intercambio jurídico es un rasgo del constitucionalismo contemporáneo. Ningún orden constitucional se constituye de manera autónoma e independiente, y, por el contrario, responde siempre a una relación de intercambio con el entorno. Es decir, los fenómenos de recepción, diálogo, intercambio y trasplante jurídico son necesarios e ineludibles.

Bajo la premisa de un análisis de constitucionalismo nacional, los artículos "La jurisdicción constitucional en Costa Rica" (pp. 539-590), Rubén Hernández Valle se refiere a los antecedentes históricos, naturaleza y efectos de sus resoluciones. Entre tanto, "La justicia constitucional en Panamá: una apretada síntesis" (pp. 591-598) del ex presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Arturo Hoyos, dedica sus consideraciones a las principales características de la justicia constitucional panameña. En "Panorama de la justicia constitucional colombiana" (pp. 623-643), por otro lado, el catedrático de Derecho Constitucional y director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, Néstor Osuna, sustenta la tesis de que Colombia tiene una dilatada trayectoria en materia de justicia constitucional, en un sistema que de antaño conjuga ingredientes tanto del modelo estadounidense como del europeo continental. En "La justicia constitucional en el nuevo modelo de estado boliviano" (pp. 645-679), el ex magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia, José Antonio Rivera Santibáñez, pivota sobre el hecho de que en el nuevo modelo de Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario se ha mantenido el modelo europeo de control de constitucionalidad, con algunos resabios del modelo americano, de manera que la labor de control de constitucionalidad se ha terminado por encomendar al Tribunal Constitucional Plurinacional.

En "Encuentros y desencuentros en torno al derecho procesal constitucional" (pp. 515-537), Domingo García Belaunde, célebre jurista peruano, galardonado recientemente

con el Premio Internacional Héctor Fix-Zamudio 2009, habla del derecho procesal considerado como una disciplina y no como simple aglomerado de normas. A su juicio, se independiza o empieza su andadura como disciplina, a partir de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, por obra, sobre todo, de la doctrina alemana e italiana. Por tanto, una jurisdicción constitucional supranacional o mejor aun, un derecho procesal constitucional transnacional, es una contradicción en sus términos. De su estudio se desprende también que, en puridad, cuando nos remitimos a la esfera supranacional, estamos ante un derecho procesal internacional que se da en varias materias y modalidades.

En "Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana" (pp. 599-621), César Landa, ex magistrado y ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú, explica que el Estado de derecho latinoamericano fundamenta su ordenamiento jurídico directamente en la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales; y, que dada la experiencia autoritaria en la región —militar o civil—, no hay derecho sin democracia, como tampoco democracia sin derecho. Progresivamente, se viene incorporando jurisprudencialmente, con beneficio de inventario, la doctrina constitucional comparada acerca de la naturaleza, tipos, alcances y límites de las sentencias constitucionales.

En su trabajo "La protección de los derechos fundamentales frente a particulares" (pp. 681-710) Diego Valadés, investigador del IIJ-UNAM sostiene que la protección de los derechos fundamentales ante particulares es una creación jurisprudencial y doctrinaria, que sólo de manera posterior ha venido siendo legislada. Centra su atención en los diferentes antecedentes jurisprudenciales y así construye la idea acerca de cómo este concepto ha migrado a través de diferentes sistemas. Al juez le concierne procesar las expresiones del cambio social, que le llegan como casos a resolver, y que se producen de manera lenta pero clara. Cuando los titulares de las instituciones saben desempeñar este papel constructivo, la separación de poderes adquiere una nueva dimensión.

IV. *Justicia Constitucional: análisis en derecho comparado España y Alemania* (Tomo I). En el "El estado del tribunal constitucional" (pp. 713-730), Pedro Cruz Villalón, ex magistrado y ex presidente del Tribunal Constitucional de España, considera que a la vista del conjunto de su funcionamiento, el sistema constitucional español, muy simplificadamente, se encamina a un sistema basado más en la distinción y separación entre los poderes, que no en el equilibrio entre los poderes y los "contrapoderes", es decir, entre los poderes políticos y las instituciones llamadas a gozar de una cierta autonomía respecto de la política. Esta tendencia general debiera encontrar corrección más pronto que tarde. Abriga la esperanza de que la próxima renovación del Tribunal Constitucional permita comprobarlo.

En "La justicia constitucional y la defensa de la democracia en la lucha contra el terrorismo: la ilegalización de partidos políticos en España" (pp. 731-763), Carlos Fernández de Casadevante Romani, profesor español, sostiene que la sentencia del TEDH declarando la conformidad de la ilegalización de Batasuna con el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha clarificado el panorama y ha desvirtuado la argumentación del nacionalismo vasco basada en la legitimidad de todas las ideas y de todos los proyectos políticos. Un proceder que defiende a la democracia frente a todo tipo de totalitarismo.

Rainer Grote, investigador en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y de Derecho Internacional Público escribe "Las relaciones entre jurisdicción

constitucional y justicia ordinaria en el sistema alemán: tutela contra sentencias" (pp. 765-779). Constata que la intervención del Tribunal Constitucional en la interpretación y aplicación del derecho ordinario han provocado varias críticas por parte de la doctrina y también, de vez en cuando, de los propios tribunales ordinarios. Estas críticas se dirigen contra la manera extensiva e imprevisible en que el Tribunal Constitucional utiliza la fórmula de "violación de derecho constitucional específico" para extender su control a todos los aspectos de la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios, y en particular su pretensión de controlar a plenitud la fijación de los hechos en los casos de inmisión grave especialmente necesitados de protección o de la peculiaridad del respectivo derecho fundamental.

"La 'proporcionalidad' en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania" (pp. 781-791) es el título del artículo del profesor Matthias Hartwig en el cual afirma que el mantenimiento del equilibrio constitucional y la armonización de todos sus valores abren grandes posibilidades a los poderes estatales (sobre todo a los jueces), y, al mismo tiempo, requiere de una gran responsabilidad, como se ve en el combate contra el terrorismo. Los jueces pueden participar en ese proceso sólo mediante casos concretos, pero con una jurisprudencia amplia contribuyen a la concretización de la relación entre los objetivos constitucionales.

En su trabajo "El Tribunal de Justicia de la Unión Europa y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi" (pp. 793-827), la profesora española Eugenia López-Jacoiste observa que en el viejo continente europeo los niveles de protección de los derechos humanos son exigentes, elevados y despliegan obligaciones positivas para los Estados de mayor calado que a nivel internacional en general. Al mismo tiempo, ve altamente deseable que estos estándares europeos de protección y la experiencia concreta de esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión puedan servir de guía en la praxis internacional y regional.

El renombrado profesor alemán de ciencia política Dieter Nohlen aporta su estudio: "El principio proporcional y valor del voto en la jurisdicción constitucional alemana; comentario crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los mandatos excedentes del 3 de julio de 2008" (pp. 829-855). En él sostiene que por la pérdida de escaños excedentes como recursos relevantes del elemento mayoritario en el sistema electoral alemán, la representación proporcional personalizada merece una compensación que favorezca la formación de mayorías parlamentarias, para no dejar surgir problemas de gobernabilidad como en la experiencia de Weimar.

El trabajo de título "Control abstracto de normas; la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el Tratado de Lisboa" (pp. 857-872), Christian Tomuschat, abogado alemán, afirma que Alemania deberá descubrir en los próximos años y décadas si es que su confianza en los efectos beneficiales de un juzgador constitucional omnipresente está verdaderamente justificada. En cualquier caso, su conclusión es que el proceso de control abstracto de normas debe quedarse exclusivamente en manos de ciertos actores con un sentido de responsabilidad que esté institucionalmente asegurado. A su entender, otorgar a todos un recurso que equivale a una *actio popularis* no puede ser reconocido como un avance del Estado de derecho.

V. *Perspectivas de la Justicia Constitucional en Latinoamérica* (Tomo II). Este tomo abre con el estudio: "Emergencia de un derecho constitucional común en materia

de pueblos indígena" (pp. 3-84) de Gonzalo Aguilar Cavallo. En este trabajo se asume el ejercicio de identificar parámetros constitucionales comunes a partir de un grupo determinado de derechos, esto es, de los derechos humanos de los pueblos indígenas a raíz del examen de la jurisprudencia de la Corte IDH en cuanto a protección de los derechos de los indígenas.

En "La doctrina de la 'inejecución' de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)" (pp. 85-188), el profesor venezolano Carlos Ayala Corao apunta que la obligación de los Estados a respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en los tratados sobre la materia, como la CADH, se traducen en la obligación de adoptar las decisiones necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de la CIDH y la Corte IDH, las cuales pueden materializarse en actos de naturaleza legislativa, ejecutiva, judicial o de cualquier otra. Ello dependerá de la naturaleza de las medidas reparatorias que sea necesaria para adoptar en el derecho interno el cumplimiento efectivo de la decisión internacional.

La profesora Christina Binder aporta su análisis intitulado "¿Hacia una corte constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías" (pp. 159-188). En él afirma que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha demostrado ser particularmente una activa defensora de los derechos humanos en América Latina. Ha desarrollado una jurisprudencia innovadora y creativa con respecto a todo tipo de violaciones de derechos humanos, incluyendo desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, violaciones de los derechos de los pueblos indígenas o de los migrantes indocumentados. Constata que la doctrina ha alabado a la Corte Interamericana por la protección de los derechos humanos que ha llevado a cabo, e incluso que la Corte Internacional de Justicia se ha apoyado en las sentencias de la Corte IDH.

El ex presidente de la Corte IDH, Antônio Augusto Cançado Trindade contribuye con su estudio "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones" (pp. 189-214). Para el autor, el derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, en los "planos nacional e internacional", corresponde al "derecho a la realización de la justicia material". Como tal, abarca no sólo el acceso formal a un tribunal o juez (en los planos nacional e internacional), sino también el respeto a las garantías de debido proceso legal, el derecho a un juicio justo, y las debidas "reparaciones", mediante la fiel y plena ejecución de las sentencias. Se trata, en suma, de un verdadero "derecho al derecho", abarcando todas las formas de reparación debidas a las víctimas.

En "El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (pp. 215-258), el investigador Douglass Cassel opina que en los quince años transcurridos desde su primera sentencia sobre reparaciones, la Corte Interamericana ha ampliado considerablemente el espectro de medidas de reparación que ordena regularmente. Dejando de lado su enfoque aun restrictivo en cuanto a los montos fijados por concepto de costas judiciales y gastos, la filosofía de la Corte pugna por acercarse al ideal de ofrecer reparaciones plenas para las violaciones a los derechos humanos en la medida que el derecho internacional lo permite. Si la impunidad prevalece será un recordatorio aleccionador de que la verdadera prueba que deben pasar las reparaciones ordenadas judicialmente no es sólo el alivio y la

compensación por el sufrimiento de las víctimas, sino la creación de ambientes jurídicos y de prácticas que hagan que el respeto de los derechos humanos sea viable en el futuro.

El trabajo "Homicidios de mujeres por razón de género. El caso campo algodonero" (pp. 259-333), está a cargo de los profesores Eduardo Ferrer Mac-Gregor, investigador del IIJ-UNAM y juez ad hoc de la Corte IDH, y de Fernando Silva García, secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte mexicana y profesor de la UNAM. En suma, dicen los autores, se puede afirmar que el caso "Campo Algodonero" pone de manifiesto que una tarea pendiente de la democracia de su país es la administración e impartición de justicia. Al respecto, se ha subrayado que la democracia no ha podido desmantelar, mediante una real división del poder público, el carácter imperial del presidencialismo; el autoritarismo no es un pasado efímero: no ha muerto, sólo se ha federalizado. Uno de los caminos para recomponer ese estado de cosas es el seguimiento y debido cumplimiento de las sentencias internacionales sobre derechos humanos, que permiten ir incorporando en el país los estándares en la materia que progresivamente se han ido estableciendo en los últimos sesenta años, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, a manera de piedra fundacional de lo que hoy conocemos como el derecho internacional de los derechos humanos. El hilo conductor de este artículo es continuado por el subsiguiente: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la protección transnacional de la mujer: análisis de la sentencia González y otras vs. México (Campo algodonero)" (pp. 497-531), de Katrin Tiroch y Luis E. Tapia Olivares, siguiendo el orden de ideas del trabajo anterior y recalcando sobre el hecho de que: "para conseguir un entorno libre de violencia contra las mujeres se requiere una labor y un compromiso enorme. La sentencia abre el camino para que México continúe con este objetivo" (p. 531).

En su aportación "Panorama de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos" (pp. 335-401), Sergio García Ramírez, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y ex juez y ex presidente de la Corte IDH, estima que el carácter progresista de esa jurisprudencia se ha mantenido e incrementado. Sostiene que el "puente" entre los órdenes nacional e internacional se fortalece con la explícita recepción nacional, por parte de los tribunales internos, de la jurisprudencia interamericana que interpreta la CADH y otros instrumentos que poseen fuerza vinculante en el orden nacional. Son notables los desarrollos en esta dirección, que constituyen una de las novedades más estimables de los últimos años, cada vez mejor conocidas y documentadas.

En su artículo "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas" (pp. 403-430), el abogado Manuel Eduardo Góngora Mera opina que en los últimos años hemos sido testigos de una construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional, gracias a las interacciones e influencias recíprocas que se están presentando entre las cortes constitucionales nacionales y la Corte Interamericana, e incluso entre las cortes constitucionales entre sí. La tendencia convergente de estos procesos tiene un enorme potencial para desarrollar jurisprudencialmente un derecho constitucional interamericano sustentado en los derechos humanos que atienda a las condiciones particulares de los países miembros del sistema, y a la vez contribuya a consolidar el Estado de derecho y la calidad de la democracia en América Latina.

La profesora brasileña Flávia Piovesan escribe: "Fuerza integradora y catalizadora del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Desafíos para la formación de un constitucionalismo regional" (pp. 431-448). Sostiene la tesis de que, considerando las potencialidades y los límites del diálogo entre la justicia constitucional latinoamericana y las decisiones de la Corte Interamericana, se establecen cinco desafíos, que ahí explica, en la búsqueda de fundamentación de un constitucionalismo regional radicado en la observancia de parámetros mínimos de protección dirigidos hacia la defensa de la dignidad humana.

En "El 'control de convencionalidad' como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano" (pp. 449-468), el catedrático argentino de derecho constitucional, Néstor Pedro Sagüés, afirma que la doctrina del "control de convencionalidad", bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y edificar un *ius commune* en tal materia, en el área interamericana. Se trata de una innovación muy significativa, "quizá copernicana" que no explicita claramente su aplicación con la vigencia de la doctrina del margen de apreciación nacional; tampoco delimita con cuidado si es obligatoria al respecto de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y si todos ellos tienen primacía sobre las constituciones locales; tampoco explica con nitidez qué ocurre con los jueces nacionales que no pueden ejercer control de constitucionalidad, en el sentido de si también deberían, o no, practicar el de convencionalidad.

En "Justicia constitucional transnacional: el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad *vs.* control de convencionalidad" (pp. 469-495), Hernán Salgado Pesantes, ex presidente y ex juez de la Corte IDH, argumenta que inspirándose en valores comunes superiores centrados en la protección del ser humano, la justicia constitucional tiene como fin último contribuir a fortalecer el Estado de Derecho en un contexto democrático, superando las crisis institucionales y políticas que asedian a la región. El control de convencionalidad en el ámbito interamericano se construye de manera semejante por medio de que la Comisión y la Corte IDH que custodian la dignidad del ser humano.

En su trabajo "La participación de las ONG en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: avances, desafíos y perspectivas" (pp. 533-556), Enzamaria Tramontana trata el tema de la cooperación activa con los Estados en el ámbito de los mecanismos de solución amistosas de las peticiones, así como de la promoción de la aplicación del sistema interamericano de los derechos humanos en el ámbito interno.

VI. *Desafíos de la internacionalización de la justicia* (Tomo II). En "Repensar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional" (pp. 559-582), Armin von Bogdandy, director del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, se plantea la pregunta respecto a si es necesario deconstruir la pirámide jurídica, ofreciendo la respuesta negativa la cual se debe a que, a su juicio, siempre debería existir la posibilidad, al menos en las democracias liberales, de limitar dentro del ordenamiento interno el efecto de una norma o de un acto derivado del derecho internacional que colisione de forma grave con principios constitucionales.

Héctor Fix-Zamudio, investigador emérito del IIJ-UNAM y presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional escribe: "La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación

y protección de los derechos humanos" (pp. 583-673). En este estudio sostiene que es necesario tomar en cuenta que las Constituciones iberoamericanas han reconocido, con diversos matices, la primacía del derecho convencional y consuetudinario de carácter internacional respecto del derecho interno, de manera ostensible respecto de la regulación y protección de los derechos humanos, en un nivel superior al del derecho internacional general, en relación con los ordenamientos constitucionales internos.

En su estudio: "La función sistémica del precedente: perspectivas del derecho internacional" (pp. 675-716), Marc Jacob, investigador en el Instituto Max-Planck, afirma que el precedente es un fenómeno no muy real, que funciona incluso en ausencia de grandes teorías jurídicas y socio políticas. Por su parte, en "Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana" (pp. 717-758), Marcelo Neves sostiene que la existencia de una diversidad de "transconstitucionalismo" entre órdenes jurídicos, el constitucionalismo como una pluralidad de órdenes jurídicos en un sistema mundial de niveles múltiples, caracterizado por jerarquías entrelazadas, y un "transconstitucionalismo pluridimensional" de los derechos humanos, como rasgo más relevante. Finalmente, el trabajo "Globalización y derecho constitucional comparado" (pp. 759-789), de José Ma. Serna de la Garza, investigador del IIJ-UNAM, argumenta que el derecho constitucional comparado no debe ya estudiar nada más el derecho constitucional, sino el material normativo y el discurso constitucional proveniente de instituciones distintas al Estado, así como examinar las interrelaciones entre los diferentes órdenes del complejo universo jurídico que existe en la actualidad.

VII. *A modo de conclusión*. No puedo dejar de subrayar el hecho de que el libro colectivo, que en esta ocasión me he honrado en reseñar, sin duda es una obra de lectura obligatoria para todos los juristas, procesal-constitucionalistas e internacionalistas, que deseen aproximarse a la nueva tendencia que es la edificación del *ius constitutionale commune* en la América Latina del siglo XXI, así como a la cuestión de su mutua retroalimentación jurídica con el sistema europeo. El lector avezado percibirá inmediatamente lo enriquecedor y fructífero de la obra por la información de alta calidad que aporta, y los materiales que ofrece para llegar a conclusiones y respuestas visiblemente modernas a la problemática que se plantea.

En este sentido, como balance general, considero que se han puesto las bases para solucionar algunos de los problemas que han venido multiplicándose durante los últimos años, y se ponen sobre la mesa relevantes pistas de reflexión. Los resultados que trascenderán a la sola lectura de la obra se vislumbran esperanzadores, sobre todo teniendo en cuenta la abundantísima bibliografía que ha generado el análisis propuesto a los autores que en ella participan, una obra que es, en sí misma, un intenso diálogo y un intercambio provechoso entre los ordenamientos latinoamericanos y de éstos con los ordenamientos europeos. Por esta transcendencia teórica y práctica que he destacado, considero que este libro está llamado a ser el referente más importante escrito en lengua castellana, hasta la fecha, sobre la idea de un *ius commune* latinoamericano.

* * * * *

REVISTA DE REVISTAS

Cuestiones Constitucionales

REVISTA MEXICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Número 23 Julio-Diciembre
Año 2010

Director: Edgar Corzo Sosa
Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos

CONTENIDO

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- La protección de los datos personales ante el Tribunal Constitucional Español
  César Aguado Renedo
- La forma es fondo: cómo se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia
  Carlos Elizondo Mayer-Serra
  Ana Laura Magaloni
- La difícil relación entre una declaratoria de inconstitucionalidad erga omnes y sus efectos prácticos en México
  David Gar cía Sar ubbi
- Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a partidos políticos y a sindicatos
  Ma. Ascensión Martín Huertas
- Oposición y control parlamentario en México
  Cecilia Mora -Donatto
- El concepto de ciudadanía en el comunitarismo
  Rodrigo Santiago Juárez
- *Discorsi di comparazione costituzionale sul tempo*
  Anna Silvia Bruno

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

- El derecho de origen internacional en la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
  Karlos Castilla
- Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México. CIDH, sentencia del 16 de noviembre de 2009
  Alonso Gómez-Robledo Verduzco
- El derecho a la proporcionalidad de las multas en la jurisprudencia de la Suprema Corte
  José María Sobera nes Díez

COMENTARIOS LEGISLATIVOS

- La discriminación laboral: análisis de las propuestas contenida en la iniciativa de reforma a la Ley Federal del Trabajo.
  Jorge Luis Silva Méndez
- La Constitución conservadora de 1833 y la visión crítica de Juan Bautista Alberdi
  Francisco Zúñiga Urbina

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- Córdova, Lorenzo y Salazar, Pedro (coords.), Democracia sin garantes. Las autoridades vs. la reforma electoral, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, 151 pp.
  Roy González Padilla
- Carbonell, Miguel (ed.), Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, 334 pp.
  Rodolfo Moreno Cruz
- Barrero Ortega, Abraham, Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, 130 pp.
  Miryam Rodríguez-Izquierdo Serra no

Los autores

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
Dirección Postal: Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad
de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, Delegación
Coyoacán, C.P. 04510, México, D.F. (México)
Telf.: 6 22 74 63/64, Ext. 619

REVISTA DE DERECHOS HUMANOS
Vol. 1 / 2010

Enero-Diciembre 2010

Director: Luis Castillo Córdova
Secretaria: Miluska Orbegoso Silva

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN

ARTÍCULOS

- Derecho a la vida y regulación del aborto en España
  MEILÁN GIL, José Luis
- Vida humana, Derecho y Moral
  OLLERO TASSARA, Andrés
- "Diagnóstico de preimplantación" y derecho. Una valoración jurídica de la generación de embriones in vitro con la decisión condicionada de no implantarlos en el útero
  SILVA SÁNCHEZ, Jesús
- Los grandes rechazos de la sentencia Roe V. Wade
  STITH, Richard
- Derecho a la vida y discapacidad: en torno al denominado "aborto eugenésico"
  MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, Antonio-Luis
- Vida y Derecho
  MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio
- La distinción entre aceptar la muerte y elegir la muerte. La razonabilidad de la injerencia del Estado en la omisión de cuidados médicos
  ZAMBRANO, Pilar
- La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia 02005-2009-PA/TC sobre la Píldora del Día Siguiente
  DÍAZ MUÑOZ, Oscar
- El derecho ante la muerte. Consideraciones jurídicas y morales en torno a la 'eutanasia' y la 'otonasia'
  SAPAG, Mariano
- El derecho a la vida del concebido en los casos de aborto terapéutico
  GARCÍA CAVERO, Percy

ENTREVISTA

- Educar para la vida
  D'AGOSTINO, Francesco

JURISPRUDENCIA DE LA CIDH

AÑO 2009

- Repertorio de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2009
  MOSQUERA MONELOS, Susana

RECENSIONES

- Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales
  HAKANSSON NIETO, Carlos
- El debate por la vida. Reflexiones en torno al aborto, la libertad, la justicia y la esperanza
  PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo
- De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales
  SALDAÑA, Javier

INSTITUTO PARA LOS DERECHOS HUMANOS
Y LA DEMOCRACIA DE LA UNIVERSIDAD DE PIURA
Dirección Postal: Av. Ramón Mugica 131 - Urb. San Eduardo,
Piura (Perú)
Telf.: 051-073-284500

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Número 90, Septiembre/Diciembre 2010

Director: Francisco Rubio Llorente
Secretario: Juan Luis Requejo Pagés

ESTUDIOS

Juan José Solozábal Echavarría
El blindaje foral en su hora. Comentario a la Ley Orgánica 1/2010

Juan Carlos Duque Villanueva
Los procesos constitucionales de control de las normas forales fiscales vascas

Matilde Carlón Ruiz
El impacto de la Directiva de servicios en la institución colegial a la luz del artículo 36 CE

Pablo Salvador Coderch y Antoni Rubí Puig
Libertad de expresión, discurso comercial y publicidad de prostitución

NOTAS

Josu de Miguel Bárcena
La personalidad e indelegabilidad del voto y las reformas de los Reglamentos de los Parlamentos autonómicos

JURISPRUDENCIA

Actividad del Tribunal Constitucional: relación de sentencias dictadas durante el primer y el segundo cuatrimestre de 2010 (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid)

Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2010

Estudios críticos

Santiago Muñoz Machado
El dogma de la Constitución inacabada

Luis Ortega
La posición de los Estatutos de Autonomía con relación a las competencias estatales tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña

Tomás de la Quadra –Salcedo Janini
El Tribunal Constitucional en defensa de la Constitución. El mantenimiento del modelo competencial en la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña

César Aguado Renedo
La responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (con motivo de la STS de 26 de noviembre de 2009)

CRÍTICA DE LIBROS

Ignacio Torres Muro
Uso y abuso de la justicia constitucional

Jorge Pérez Alonso
La paradoja del sistema británico y la «eficacia secreta» de la Constitución inglesa. Parlamentarismo frente a presidencialismo en Walter Bagehot

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Noticias de libros

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Dirección Postal: Plaza de la Marina Española, 9 - 28071 Madrid (España)
Telf.: 91 422 89 24 y 91 540 19 50 - Ext. 924/978

Impreso en los talleres gráficos de
Servicios Gráficos JMD
José Gálvez 1549 - Lince Telf.: 470-6420 / 472-8273
en el mes de marzo de 2011.