Tribunal
Constitucional

REVISTA PERUANA DE

DERECHO CONSTITUCIONAL

Reforma Constitucional, Política y Electoral

61 NUEVA ÉPOCA | 2 O 13
Edición Especial

O 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
Reforma Constitucional, Política y Electoral
N.° 6, Nueva Época, Edición Especial 2013

Director General: Ernesto Álvarez Miranda

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

Diagramación: Servicios Gráficos JMD

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
N.° 99-3894

ISSN: 222-0615

Impreso en Perú
Tiraje: 1000 ejemplares

Tribunal
Constitucional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Presidente
Oscar Urviola Hani

Vicepresidente
Juan Vergara Gotelli

Magistrados
Carlos Mesía Ramírez
Fernando Calle Hayen
Gerardo Eto Cruz
Ernesto Álvarez Miranda

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PERÚ

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Director General
Ernesto Álvarez Miranda

Directores Ejecutivos
Susana Esther Távara Espinoza
Omar Sar Suárez

Consejo Editor
Javier Adrián Coripuna
Carolina Canales Cama
Edgar Carpio Marcos
Luis Castillo Córdova
Alvaro Córdova Flores
Carlos Hakansson Nieto
Nadia Paola Iriarte Pamo
Luis Sáenz Dávalos

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 Háberle. 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 Pones 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.° 6, NUEVA ÉPOCA
EDICIÓN ESPECIAL 2013

Reforma Constitucional, Política y Electoral

PRESENTACIÓN
Ernesto Álvarez Miranda 13

ESTUDIOS

Domingo García Belaunde
La Constitución peruana de 1993: sobreviviendo a todo pronóstico 19

José Palomino Manchego
¿Reforma, mutación o enmienda constitucional? 35

Francisco Morales Saravia
La Reforma de la Constitución de 1993 y sus problemas 61

Edwin Figueroa Gutarra
Certiorari y Reforma Constitucional. Entre propuestas y necesidades 81

César Delgado Guembes
Entre la participación absoluta y la ficción representativa. ¿Qué podemos esperan y qué no, del régimen representativo? 101

Victorhugo Montoya Chávez
La selección de candidatos para las elecciones congresales de 2011 153

Berly Javier Fernando López Flores
El control parlamentario de los decretos de urgencia 179

Stephen Haas del Carpio
La transición política peruana y la participación obligatoria de la ciudadanía en los procesos electorales peruanos. Presentación de la problemática e hipótesis 193

Rafael Rodríguez Campos/ Edith Neyra Córdova
Consenso Electoral para una nueva ley de los derechos de participación y control ciudadanos. Proceso de revocación de autoridades 219

Cynthia Vila Ormeño
Las Reformas Electorales en el Perú (1978 - 2012) y el principio de representación proporcional 239

MISCELÁNEA

Francisco Távara Córdova
El juez como garante de los derechos y el papel de la ética en las democracias constitucionales 271

Martha Paz
La Corte Constitucional Colombiana reivindica una categoría olvidada. La trabajadora sexual como "sujeto de especial protección" 279

Abraham García Chávarri
Derecho a la Integración y soberanía. Anotaciones interrelacionales 299

Sergio Bobadilla Centurión
Breve análisis del contexto socio-histórico-político-jurídico para el surgimiento jurisprudencial del Derecho a la Verdad. ¿Es viable su normativización positiva constitucional 311

Paola Brunet Ordoñez Rosales
Derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia constitucional peruana 339

Aldo Blume Rocha
La legitimidad democrática del juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho: El debate respecto a la dificultad contramayoritaria 365

Carmen Ortega Chico
Interpretación y aplicación de lo dispuesto en el artículo 68° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Alcances del hoy denominado arbitraje obligatorio. 387

JURISPRUDENCIA COMPARADA

1. *Caso: Alimentación forzosa de internos en casos de peligro de muerte*
por Gonzalo Carlos Muñoz Hernández
STCE N.° 120/1990 403

2. *Caso: Sobre la ilegalización de partidos políticos*
por Alberto Neira López
STCE N.° 48/2003 405

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Reforma Constitucional:

1. *Exp. N° 0014-2002-AI/TC por Nadia Paola Iriarte Pamo*
Demandante: Colegio de Abogados del Cusco
Norma impugnada: Ley N° 27600
Link: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-Mhtml 417

2. Exp. N° 0014-2003-A1/TC por *Evelyn Chilo Gutiérrez*
Demandante: Alberto Borea Odría y más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: el denominado "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993"
Link: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-ALhtml 425

Reforma Política:

1. *Exp. 00013-2009-Al/TC por Miriam Handa Vargas*
Demandante: Treinta y un congresistas de la República
Norma impugnada: artículo 25° del Reglamento del Congreso de la República modificado mediante la Resolución Legislativa N. ° 008-2007-CR publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de octubre de 2008.
Link: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00013-2009-ALhtml 431

2. *Exp. 0050-2004-AI/TC por Miriam Handa Vargas*
Demandante: Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: Leyes N° 28389 y N° 28449.
Link: hto://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-Al%2000009-2005-ALhtml 439

Materia Electoral:

1. *Exp. N° 0002-2011-CC/TC por Carolina Parra Decheco*
Demandante: Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)
Demandado: Jurado Nacional de Elecciones (JNE)
Link: htqx//www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00002-2011-CC.html 461

2. *Exp. N° 0003-2006-AI/TC por Nora Luzmila Fernández Lazo*
Demandante: Más de cinco mil ciudadanos
Norma impugnada: artículo 37° de la Ley N° 28094 —Ley de Partidos Políticos (LPP)
Link: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2006-AI.html 467

Relevante y de actualidad:

1. *Exp. 0022-1996-AI/TC (publicada agosto de 2013) por Jaime de la Puente Parodi*
Caso: La Ejecución de la Sentencia sobre la Cancelación de los Bonos Agrarios
Link:httplIwww.tc.gob.pedurisprudencia/2013/00022-1996-AI%20Resolucion.pdf.... 473

2. *Exp. 01969-2011-HC/TC por Carlos Quispe Astoquilca*
Caso: Frontón
Link: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01969-2011-HC.pdf 483

3. *Exp. 00013-2012-AI/TC por Clementina del Carmen Rodríguez Fuentes*
Caso: Reforma del Sistema Peruano de Pensiones
Link: httpi/wwwtc.gob.pe/jurisprudenia/2O13/00013-2012-Alpdf 487

4. *Exp. 04147-2012-PA/TC por Claudia Orbegoso Gamarra*
Caso: Racismo y Discriminación por parte de un Abogado - Multa
Link: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04147-2012-AA.pdf 493

Presentación

Es menester enfatizar, antes de proceder a efectuar la presentación de rigor, que el objetivo de esta revista, en su Nueva Época, ha sido el de contribuir en el debate de temas medulares para nuestra sociedad, ajenos al interés de corto plazo y de subordinación a la coyuntura. Así, el Número 3 del ario 2010 de la revista, tuvo como tema *Democracia Representativa y Derecho Electoral;* en el Número 4 correspondiente al año 2011, el tema fue *Control Constitucional y Arbitraje, y* el Número 5, del año 2012, tuvo como tema *Constitución Económica: Medio Ambiente y Conflicto Social.*

En esta oportunidad, el Tribunal Constitucional entrega a consideración de la sociedad, en especial de la comunidad académica, el Número 6 de la Revista Peruana de Derecho Constitucional, dedicado al análisis de la *Reforma Constitucional, Política* y *Electoral.*

Como ya es usual, participan en el presente número monográfico personalidades de relevancia internacional, académicos de reconocida trayectoria y jóvenes asesores de este Tribunal que en forma cotidiana participan en delicados procesos de formación de la decisión jurídico-constitucional.

La reforma constitucional es siempre una necesidad, fruto de la continua transformación que toda comunidad política debe enfrentar. La diferencia esencial es acordar con qué nivel de intensidad se debe reformar y en qué oportunidad. Las respuestas para ello solo pueden encontrarse al determinar el objetivo central: transformar el texto constitucional para propiciar un nuevo modelo de régimen político, de acuerdo con el modelo populista bolivariano, o para fortalecer las instituciones democráticas, en consonancia con los valores y principios consagrados por el constitucionalismo.

Elegida la segunda, cabe someter a examen el contenido esencial de la Constitución de 1979, tomando en cuenta que significó un verdadero pacto entre las grandes corrientes doctrinarias europeas: el social cristianismo *y* la social democracia, interpretadas por una reconocida clase política para adecuarlas a la realidad, por entonces, de nuestro país.

De dicho examen, de necesaria confrontación con el actual funcionamiento de sus mecanismos y procesos, no puede ser ajena tampoco la actual Carta de 1993, en la medida que ha sido legitimada por sucesivos gobiernos democráticos, surgidos de elecciones pluralistas y, que ante todo, satisface la finalidad primordial de toda constitución: ser un instrumento eficaz del Derecho para limitar el poder.

Establecido el objetivo ideológico de la reforma constitucional, cabe dilucidar la necesidad de restablecer el Senado como cámara revisora de las principales leyes y encargada de la designación de altos funcionarios del Estado,

la consolidación del sistema electoral con un órgano responsable de la dirección general de los procesos y decisiones jurisdiccionales, y la pertinencia de afirmar la validez del principio constitucional que consagra la supremacía de la persona humana, en especial en capítulos dedicados a la defensa nacional y al régimen económico, a tono con la jurisprudencia constitucional.

Cierto es que la Carta de 1993 no tiene ya el *telos* político de sus autores, porque la jurisprudencia constitucional ha ido otorgando nuevos contenidos normativos a los preceptos originales, otorgándoles dinamismo y coherencia con la realidad social y económica.

Dado el avance del constitucionalismo peruano, resulta claro que el texto constitucional vigente bien podría ser el de 1933, o incluso en un extremismo histórico, el de 1828, y su adecuación con las necesidades de la comunidad política podría ser realizada no solo por el Congreso a través de procesos formales de reforma constitucional, sino también por la jurisprudencia constitucional, en un sentido similar al norteamericano con su única Constitución, nacida en 1787.

La reforma política y electoral sí tiene un área mucho más amplia y factible para el desarrollo de las instituciones en coherencia con los resultados de su aplicación en nuestro país, teniendo siempre como objetivo la consolidación del régimen político, en sintonía con las grandes corrientes doctrinarias europeas, acreditadas ante la historia por haber propiciado estabilidad y bienestar a sus sociedades.

En tal tenor, debe perfeccionarse el proceso de regionalización para el fortalecimiento de no más de cinco o seis ejes de decisión política y de inversión económica; emprenderse la corrección del sistema electoral para matizar, con un símil del voto mixto alemán, el criterio matemático de proporcionalidad, a fin de disminuir el nivel de pluripartidismo, favoreciendo la gobernabilidad; y, en esa línea, mejorar la calidad de la representación, estableciendo distritos electorales más pequeños para elegir diputados, y distrito nacional o por las nuevas regiones para el Senado.

Los partidos políticos, en una democracia representativa, constituyen la base del sistema, pues forman a sus militantes en valores y prácticas democráticas, preparan a sus dirigentes para la función pública y proponen a sus líderes a los electores, quienes solo pueden elegir entre la oferta presentada. Son, además, quienes deben canalizar la opinión e iniciativa de los ciudadanos, intermediando entre las diferentes y contradictorias necesidades e intereses de los grupos sociales con el poder político, capaz de satisfacer a unos en perjuicio de otros.

No obstante ello, en las últimas décadas se aplicaron en el Perú disposiciones legales destinadas a debilitar las estructuras partidarias, pues se trató de copiar sin mayor reflexión otros modelos donde se sufría de partidocracia, que consiste en el secuestro de la democracia por las cúpulas de los partidos. En una realidad donde lo que falta es institucionalidad, el remedio ajeno condujo a la casi desaparición de las agrupaciones partidarias, concebidas como los grupos sociales permanentes

y organizados para la intermediación de intereses y tendencias, para asegurar su creciente participación en los procesos de decisión política del Estado.

Urge corregir entonces, restableciendo la primacía del partido político serio y sometido por cierto a reglas específicas de democracia interna y transparencia de recursos económicos, sobre la pretensión de listas independientes o agrupaciones de coyuntura, que socavan el sistema y no brindan ninguna garantía al elector que adquiere su dudoso producto, en un mercado absolutamente libre y sin certificación alguna de la oferta.

A manera de cierre de estas ideas cabe precisar que, si bien es absolutamente cierto que las constituciones y leyes no cambian la realidad, concepto harto repetido pero que todavía no cala en el intelecto de los ciudadanos, es necesario tener en cuenta también que las normas jurídicas defectuosas condicionan el desarrollo normal de instituciones y procesos, debilitándolos en la tarea de concretar su finalidad.

Es así como, quienes nos encontramos comprometidos con el perfeccionamiento y consolidación del régimen democrático representativo, sustento imprescindible del Estado Constitucional de Derecho, debemos aportar desde nuestras posibilidades al respetuoso debate y al necesario acuerdo fundamental, esencia de la Política en una comunidad de ciudadanos.

Last but not least, en la sección *Miscelánea* se han incluido artículos de temas de actualidad que son producto de la preocupación por temas sensibles de relevante interés y por el quehacer jurídico de nuestro país. Se debe también resaltar los comentarios jurisprudenciales que acompañan esta edición, que dialogan con los criterios resolutivos sobre casos relevantes resueltos por el Tribunal, exponiendo con claridad su decurso argumentativo y problematizando su vigencia *y* pertinencia.

Ernesto Álvarez Miranda
Director General
Lima, octubre de 2013

ESTUDIOS

LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993: SOBREVIVIENDO PESE A TODO PRONÓSTICO

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

A Giuseppe de Vergottini
Homenaje a su magisterio
y a su amistad

SUMARIO: I. La vigencia formal de las Constituciones. II. Las constituciones peruanas. III. El golpe de Estado de 1992. IV La aprobación de la Constitución en referéndum y lo que vino después. V El debate sobre la Constitución de 1993 y su permanencia. VI. La permanencia de la Constitución de 1993 y las consecuencias de su cambio: a) problemas prácticos. VIL La permanencia de la constitución de 1993 y las consecuencias de su cambio: b) problemas ideológicos. VIII. La huida hacia adelante

I. LA VIGENCIA FORMAL DE LAS CONSTITUCIONES

En el mundo latinoamericano no es frecuente encontrar constituciones que tengan larga duración en lo formal, esto es, que se mantengan como instrumentos fundamentales, aun cuando la realidad no se acomode a ellas o que simplemente corra por su cuenta. A diferencia de otros casos (como lo fue el Estatuto Albertino de 1848 y la Constitución de Weimar de 1919, que permanecieron vigentes en teoría, pero violadas de continuo durante las dictaduras de Mussolini y Hitler) nuestra América, por el contrario, se caracteriza por la exuberancia de constituciones, en principio destinadas a durar y ser efectivas y aplicadas. Si bien esto no se puede saber a ciencia cierta, y rara vez lo son.

Hay excepciones, que a la larga no hacen más que confirmar la regla. Son los casos de México y la Argentina. El primero tiene la misma constitución desde 1917, pero con centenares de enmiendas o reformas, que nadie sabe cuántas son, dependiendo esto del criterio que se utilice para medir los alcances de cada reforma. Pero lo cierto es que del texto original no queda casi nada, pero aun así se mantiene en cuanto tal. La Argentina conserva la misma Constitución de 1853 con varias reformas —la más importante es la de 1994— pero en ese país la interpretación judicial a cargo de la Corte Suprema ha sido muy importante en determinados períodos de su historia, que ha servido de mucho y evitado que sea dejada de lado.

Pero salvo estos casos especiales, el resto de los países cambia de constitución muy frecuentemente. Casos extremos son República Dominicana (38 constituciones) y Venezuela, con más de 26. Y se ha acentuado con las constituciones hechas para servir a un hombre (la carta venezolana de 1999) a un sistema autoritario (como Cuba en 1976) o una ideología mesiánica (Bolivia en 2009).

El Perú ha tenido formalmente doce (12) constituciones, si bien se pueden sumar otros diez o más instrumentos que hicieron las veces de tales a lo largo de su historia republicana. Acerquémonos a este fenómeno.

II. LAS CONSTITUCIONES PERUANAS

El Perú tiene pocas constituciones importantes. Lo son las de 1828 y la de 1860 en el siglo diecinueve. Y la de 1979 en el siglo XX. Veamos ahora su número y duración.

La primera constitución formal fue la de 1823, aprobada cuando la lucha por la independencia no había terminado aún. Tuvo una vida efímera y no solo la turbulencia del momento la hizo inoperante, sino los poderes que se dieron a Bolívar para consumar la independencia, lo que logró en 1824 con la batalla de Ayacucho. Bolívar, dueño del escenario, pensó en reordenar los pueblos por él liberados e ideó él solo una constitución exótica, la del año 1826, que duró poco. Tan pronto salió del país, seguido al poco tiempo por sus tropas, las fuerzas locales convocaron una constituyente y aprobaron una nueva constitución, la de 1828, pero a la que le dieron plazo de vida: cinco años. Así, fue sucedida por la de 1834, que fue reemplazada por la de 1839, que era importante pues había fracasado la Confederación Perú-boliviana (1836-1839) y había que reordenar el país. Duró hasta 1856, en que se aprobó nuestra primera constitución liberal, y que fue tan liberal, que se dejó de lado por la de 1860, fruto de un consenso y de concesiones mutuas. Fue interrumpida por una nueva constitución liberal de 1867, que solo duró seis meses, restaurándose la de 1860. Ésta, con altas y bajas rigió hasta 1920, en que fue remplazada por una promulgada ese año, por un gobierno autoritario, el de Leguía.

La más importante constitución peruana del siglo XIX es la de 1828, pues puso las bases del Estado peruano, cuyos lineamientos iban a durar más de un siglo. Pero no duró mucho, pues sus propios autores le dieron un corto plazo de vida: cinco años. Luego de ella, la de mayor significado es la de 1860, que rige sesenta años y pudo durar más. Es, pues, la más longeva de nuestra historia política. La que le sigue de 1920 dura trece años, y es remplazada en 1933 por una nueva, que se mantiene hasta 1979. 0 sea, un total de 47 años, con lo cual la de 1933 es la segunda más extensa en vigencia, después de la de 1860. La de 1979, es remplazada por la de 1993, con lo cual tenemos una vigencia

aproximada de catorce años. La de 1993 cumplirá en diciembre próximo veinte años. O sea, en cuanto a vigencia formal, tenemos el siguiente cuadro:

- Constitución de 1860: 60 años,
- Constitución de 1933: 47 años,
- Constitución de 1993: 20 años.

¿A qué se debe esto?... es decir, ¿cómo así ha podido durar tantos años la Carta de 1993, pese a que se le auguraba poco éxito? Intentemos una explicación recordando cómo se dio, cómo se debatió y cómo ha entrado en vigencia y ha vivido en el tiempo. Y tratar de explicarnos porqué ha durado hasta ahora, pese a los vaticinios en contra y a su cuestionable origen.

III. EL GOLPE DE ESTADO DE 1992

En la constituyente de 1978, que sancionó la Carta de 1979, hasta ahora la más ejemplar del siglo XX, se introdujo un curioso mecanismo electoral, tomado de la experiencia francesa: el ballotage, más conocido como "segunda vuelta", que consiste en que para ser elegido a un cargo determinado, se necesita obtener un mínimo de votos, normalmente más del 50%, y si esto no se logra, se va a una segunda elección, en donde compiten los dos o tres primeros puestos, y gana el que obtiene la más alta votación. En Francia esto fue introducido en la Carta de 1958, si bien no de golpe, sino por partes, y además aplicable a todo el sistema, incluyendo las cámaras legislativas. Existían, por cierto, antecedentes más antiguos, pero de ahí se tomó. En todo caso, Francia se volvió emblemática por esa categoría y por su carácter semi-presidencial —así la bautizó Duverger— toda vez que venía de un pasado parlamentario, que se quería dejar de lado. Pero en el Perú se usó el sistema solo para el presidente y los vicepresidentes, no para los demás cargos políticos (las leyes electorales municipales, expresamente han rechazado el sistema de doble vuelta y aplican uno que da más estabilidad al Alcalde y su cuerpo edil). Y esto se conjugó con el sistema D'Hondt, ideado por el matemático belga del mismo nombre de fines del siglo XIX, que consiste en aplicar una cifra que distribuye los asientos o enrules en función de la cantidad de votos, que por eso también se llama "cifra repartidora". Y como resultado de esto, las cámaras reflejan casi matemáticamente cuál es el electorado. De esta suerte, en 1990 Alberto Fujimori alcanzó en primera vuelta solo un 24%, por lo que se vio obligado a participar en una segunda, en la que obtuvo un 56%, siendo elegido presidente de la República. El problema es que mientras el presidente Fujimori solo tenía el 24% en ambas cámaras (en esa época existía el Senado y la Cámara de Diputados) había ganado la presidencia por una amplia mayoría. Sin embargo, el sistema de gobierno peruano es presidencial, pero sui generis, es un presidencialismo atenuado y tiene elementos parlamentarios desde 1856 (interpelaciones, voto de censura, etc.) y en consecuencia, todo presidente, para llevar a cabo los grandes lineamientos de su gobierno, necesita el apoyo de las

cámaras (empezando por la aprobación del presupuesto). Fujimori se encontró así que había ganado pero en forma condicionada: era Presidente, pero tenía que pedir apoyo al parlamento, no en todo, pero si en algunas decisiones importantes. Y esto no le hizo ninguna gracia, por el temperamento suficiente y autoritario que pronto mostró. Lo más recomendable en estos casos era conciliar y buscar alianzas con los otros grupos parlamentarios para la necesaria gobernabilidad —lo que se hace en toda democracia madura y se ha hecho con posterioridad en el Perú— pero esta no fue la ruta de Fujimori. En el pasado, se habían dado situaciones parecidas. Así, el presidente Bustamante en el período 1945-1948, se encontró con una mayoría parlamentaria que no manejaba, no obstante que formaban el mismo frente político, pero Bustamante no hizo mayor esfuerzo para buscar consensos, sino dejó que las cosas siguiesen su rumbo. Y pasó lo que tenía que pasar: un desencuentro total, que llevó al golpe de Estado de 1948, que lo desalojó del poder. Uno de los miembros de su alianza política, Manuel Seoane, dijo muy gráficamente de Bustamante: creíamos haber elegido al capitán del equipo, que en realidad actuó como un árbitro. Posteriormente, en el período 1963-1968, el presidente Belaunde se encontró igualmente acorralado en las cámaras, y si bien actuó prudentemente, solo pudo conciliar con una oposición cerril al final de su período. Ya para entonces el país estaba demasiado convulsionado, y sobrevino el golpe de Estado en 1968. Tanto a Bustamante como a Belaunde, le siguieron gobiernos militares autoritarios, si bien de distinto signo político.

Ahora se iba a presentar algo parecido. El presidente Fujimori se encontraba sin mayoría en las cámaras, y si bien éstas dieron muestras de un ánimo colaboracionista, esto no le bastaba. Así, el 5 de abril de 1992, dio un golpe de Estado con el apoyo del Ejército, pero no para favorecer a otra persona, sino para favorecerse a sí mismo. Y así empezó a gobernar libremente, luego de disolver el Congreso, e intervenir y desarticular el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal de Garantías Constitucionales, etc.

Fujimori pensó entonces en una democracia plebiscitaria, al mejor estilo napoleónico. Pero la presión internacional lo hizo cambiar de opinión, y por eso convocó, para regularizar su situación, a elecciones para una asamblea que llamó "congreso constituyente democrático" pleonasmo innecesario que demostraba una cursilería en ascenso y en donde tuvo una mayoría superior al 50% de las curules (22 de noviembre de 1992). Luego de largos debates, se sancionó la actual constitución en diciembre de 1993, que empezó a regir, para efectos prácticos, en enero de 1994.

Ahora bien ¿Qué novedades trajo esta Constitución? En realidad muy pocos. Señalemos algunos puntos:

1) Eliminación de muchos de los derechos fundamentales, en especial de aquellos llamados de la segunda generación, si bien con efectos reducidos, pues el Perú ha ratificado varios instrumentos internacionales que van en ese sentido.

2) Introducción de un modelo económico decididamente liberal, pero con atisbos sociales. Esta fue una recomendación del Banco Mundial y otras

entidades internacionales. Es quizá lo más logrado de todo el texto. Algunos incautos dicen que esto ha garantizado el crecimiento económico del país, lo cual es una insensatez. Ninguna constitución garantiza nada, ni menos un crecimiento económico. La constitución, como toda norma es, como dice Ross, como un juego de ajedrez: válido y entretiene en la medida que tengamos interés —es decir voluntad política— en seguir sus reglas. España tiene la misma Constitución desde 1978, y lo que ha determinado su rumbo económico —alzas y caídas— son sus políticas gubernamentales.

3) Eliminación de la descentralización y por cierto de las regiones.

4) Acentuación del poder presidencial.

5) Precisión de órganos y procesos vinculados a la jurisdicción constitucional (que venía de proyectos anteriores, y que fue una concesión que se hilo, pues lo que pretendía el oficialismo era eliminar todo esto o confinarlo a una Sala especial de la Corte Suprema, que podía ser controlada por el Poder Ejecutivo).

6) Introducción de instrumentos de democracia directa, como son el referéndum, revocatoria, rendición de cuentas, etc., que lamentablemente han sido mal planteados y se han desnaturalizado en la práctica.

7) Habilitación de la reelección presidencial inmediata, negado por la historia política peruana y por casi todas las constituciones históricas, por sus pésimos resultados.

8) Eliminación del Senado, e introducción de la cámara única, para mejor manejarla. El gran argumento teórico esgrimido es que las dos cámaras costaban mucho y la cámara única resultaba a la larga un ahorro. Los hechos han demostrado lo contrario.

9) Reducción del texto constitucional en cuanto a su extensión, de tal manera que ha dejado diversos vacíos que han traído cola (por ejemplo, las incompatibilidades para postular a la presidencia de la República).

10) El esquema de la Constitución de 1993, repetitiva en un 65% de la anterior, es el mismo de la Carta de 1979, pero adelgazado y con innovaciones.

IV. LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN REFERÉNDUM Y LO QUE VINO DESPUÉS

A diferencia de otras constituciones, ésta fue aprobada por referéndum, en resultados no muy claros (octubre de 1993) en donde el "sí" obtuvo el 52% y el "no" el 48%. En todo caso, siendo un gobierno nuevo, que empezaba a hacer obras y con una tendencia populista y clientelista, era evidente que gozaba de simpatía popular que no le negó el apoyo, sino que más bien lo privilegió con una mayoría en la constituyente de 1993. Es generalmente lo que pasa con toda dictadura, que puede hacer cosas más rápidamente que la democracia. Además, es indudable que el régimen, en los años que estuvo en el gobierno, tuvo aciertos indudables, entre ellos la recuperación económica y la inserción en el mercado internacional. Pero eso no es motivo de análisis en esta oportunidad.

Hubo una gran discusión acerca del texto constitucional: antes, durante y después de su aprobación. La oposición, que veía muy mal, sobre todo, la posibilidad de la reelección presidencial, el recorte de derechos fundamentales, el cercenamiento de las entidades locales y la acentuación del presidencialismo. Se publicaron comunicados, folletos, monografías y libros en contra. Nadie estaba de acuerdo con esa Constitución y todos la criticaban (me refiero por cierto a la oposición e incluyo aquí a los no fujimoristas). Algunos incluso dijeron que tendría la misma vida que su presidente y hubo pronunciamientos en ese sentido.

Lo que siguió luego es conocido: una experiencia política autoritaria, servilismo palaciego, control de las instituciones desde el poder central y corrupción. A eso se agrega la política represiva y de aniquilación de focos de oposición, que dieron origen a varios casos muy sonados (Cayara, Barrios Altos, La Cantuta, Tribunal Constitucional, etc.) así como de grupos paramilitares (grupo Colina) que eran el brazo ejecutor del régimen para poner fuera de circulación a los que incomodaban. Y su conductor era el corrupto Vladimiro Montesinos, de origen social incierto y que amasó millones de dólares que fueron a bancos suizos, como investigaciones posteriores lo han demostrado.

Pero desde el punto de vista político, lo que importa aquí es la reelección presidencial. Fujimori había sido elegido en 1990, fue reelegido en 1995 y pretendió reelegirse en 2000, mediante una hábil maniobra parlamentaria, monitoreada por el congresista Carlos Torres y Torres-Lara, fallecido poco después. Indudablemente, con un control del aparato del Estado, con dádivas, promesas y muchas obras, era muy fácil reelegirse, y así sucedió. El detonante fue, sin lugar a dudas la nueva reelección en 2000, no prevista y totalmente forzada y en donde Fujimori resultó reelegido en segunda vuelta con el 74% de los votos. Al poco tiempo se filtraron unos videos que demostraban la corrupción en vivo: en ellos Montesinos compraba, con dinero en efectivo, el transfuguismo parlamentario, para formar un grupo parlamentario adicto a Fujimori (septiembre de 2000). Y esto por cuanto en las elecciones de 2000, con observadores internacionales, no se pudo lograr más. O sea, se obtuvo una buena mayoría en el Congreso, pero no la suficiente: se necesitaba algunos congresistas más para tener una mayoría holgada y la lograron con este "método". Por eso, la difusión de este video fue decisiva. Montesinos huyó del país, y poco después, pretextando asistir a un evento internacional, Fujimori hizo lo mismo y desde el Japón renunció a la presidencia de la República (por fax y en noviembre de 2000). Ausente el operador de la corrupción — que manejaba los hilos del poder- y el Presidente de la Republica, el aparato político se vino abajo. El Congreso destituyó e inhabilitó a Fujimori, aceptó las renuncias de sus vicepresidentes, y nombró a uno de sus miembros, Valentín Paniagua, como presidente para el periodo que restaba (noviembre de 2000-julio de 2001) fecha en la cual se entregó el mando a Alejandro Toledo, luego de elecciones transparentes. A éste lo han sucedido Alan García Pérez y 011anta Humala Tasso. Ninguno de estos tres presidentes ha tenido mayoría en las cámaras, pero han buscado siempre

consensos o pactos en asuntos concretos, que han permitido el manejo del país. Esto es, la pesada carga que tuvimos en décadas anteriores (presidentes sin mayorías que no podían gobernar y que generalmente eran víctimas de un golpe de Estado) no ha vuelto a aparecer. Lo cual demuestra que la clase política peruana algo ha aprendido de la experiencia de los últimos años. Si bien le falta aprender más.

V. EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y SU PERMANENCIA

Nuestra experiencia histórica demuestra que, como tendencia general, se tiende a eliminar una Constitución cuando no es útil o cuando está muy unida a un personaje político determinado. Tenemos así las Constituciones de 1826 (dada por Bolívar) los instrumentos políticos de la Confederación Perú-boliviana (1836-1839) la de 1856 y la de 1867, ambas liberales, muy importantes pero de corta duración; la de 1920 (que cayó conjuntamente con Leguía). Algo de esto se ha visto en otros países. Así, por ejemplo, la Constitución argentina de 1949, de corte peronista, fue derogada y puesta de lado cuando Perón fue derrocado en 1955. Perón volvió a la presidencia en 1973, pero no hizo nada por rescatar su constitución original ni tampoco propuso nada alternativo; se contentó con la que existía. Pero en otros lugares ha sucedido lo contrario. Pinochet, con asesores de muy alto nivel, sancionó una nueva Constitución en 1980, con mucha habilidad. Tenía una parte autoritaria, muy clara, y una parte democrática, que estaba en suspenso. Cuando dejó el poder luego de un plebiscito que lo perdió por poco margen en 1988, la clase política chilena - una coalición de partidos - no propuso nada, visto los grilletes que había dejado Pinochet en su Constitución. Pero a la larga emprendió reformas en forma lenta y pausada, que fue democratizando el texto y cambiándolo sustancialmente. Su última gran reforma fue en 2005, lo que incluyó la refundición del texto original con todas las reformas, de manera tal que siendo el mismo, en realidad es otro y con distinta presentación. El nuevo texto constitucional aparece ahora con la firma del entonces presidente Ricardo Lagos.

Y en general, siguiendo esa tendencia, se pensó que la Constitución de 1993 seria cambiada a la caída de Fujimori. En un esfuerzo conjunto, Pedro Planas y yo publicamos un libro, compilación de artículos periodísticos, contra la Carta de 1993, a la cual no augurábamos ningún futuro. Sin embargo, nos equivocamos. Señalemos algunos hechos:

a) Publicaciones y eventos académicos dedicados a criticar la Constitución de 1993, a la que incluso un distinguido jurista y político calificó como "documento" (planteo verbal y efectista, por cierto, más aun si desconocemos la clásica clasificación de Loewenstein, sobre las diferentes clases de constituciones).

b) Congresos académicos dedicados a ello. En un Congreso Nacional de Derecho Constitucional celebrado en Huancayo en 1998, uno de sus expositores, Valentín Paniagua, declaró que el primer acto de un futuro gobierno democrático, era "tirarse abajo" la Constitución de 1993.

c) Introducción del tema en las campañas políticas, como se ve en el caso de 011anta Humala, que tuvo como centro de su campaña el "retomo a la Constitución de 1979" (en 2006 y 2011).Y más tarde, cuando juró como presidente de la República en julio de 2011, lo hizo invocando el espíritu de la Carta de 1979.

A lo anterior, hay que añadir algunos puntos adicionales:

a) Durante la presidencia de Paniagua (2000-2001) se nombró una Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, presidida teóricamente por el ministro de Justicia, pero en la práctica por mí, en calidad de vicepresidente, para que estudie el problema de la reforma constitucional. Dicha comisión, integrada por 28 miembros, presentó su informe, publicado y distribuido muy ampliamente, en la cual se planteaban mecanismos para retornar ordenadamente a la Carta de 1979 (en julio de 2001). Se proponía, además, diversas mejoras y actualizaciones, con lo cual se mantenía lo clásico, lo bueno que venía de atrás y se incorporaban varios de los aciertos del texto de 1993. Este texto no mereció ninguna atención por parte de nadie. Más aun, Paniagua tampoco hizo mucho por rescatarlo, y más bien durante su presidencia, cambiando su postura inicial, propuso una asamblea constituyente y una nueva Constitución (Discurso en la Universidad de San Marcos, marzo de 2001).

b) Los políticos en campaña - salvo Humala - no mostraron el menor interés en volver a la Constitución de 1979. Alan García (APRA) en declaraciones periodísticas se declaró constitucionalista (sic) y afirmó que la Carta de 1993 estaba bien, a la cual había que hacerle solo algunos ajustes. El Partido Popular Cristiano (PPC), a través de su vocero Luis Bedoya Reyes sostuvo esta postura, es decir, que no debemos retomar la Carta anterior. Y esto llama la atención pues los dos partidos — a través de sus líderes —o sea, el Apra y el Partido Popular Cristiano (PPC) fueron los que hicieron posible la Carta de 1979 y los que lucharon a favor de ella. Pero, como vemos, cambiaron de criterio con el tiempo.

c) Cuando estuvo en campaña en el año 2000, Alejandro Toledo declaró que el fujimorismo había construido el primer piso, que ellos querían construir el segundo piso. Palabras enigmáticas que habría que interpretar.

d) No existió ningún reclamo, a nivel ostensible, que pidiera volver a una constitución, ni de convocar a una asamblea constituyente, salvo la que hicieron pequeños círculos.

e) Entre estos últimos, se formaron grupos para llevar a cabo un referéndum para cambiar la Constitución y además se interpuso un proceso de inconstitucionalidad para derogar la Constitución de 1993 y volver a la de 1979. Este dio margen a un gran debate y a muchas discusiones e incluso diversos procesos de inconstitucionalidad cuestionando o pidiendo- directa o

indirectamente - la nulidad o el cambio de la Constitución y el retorno a la de 1979. Ninguna de las sentencias del Tribunal Constitucional las acogió: al contrario, fueron desestimadas. De ellas, en sustancia, se desprende lo siguiente:

- Que la Constitución de 1993, más allá de su contenido y alcances, era realmente una Constitución, o sea, en los hechos y en teoría, era el más alto peldaño del ordenamiento jurídico.
- Que el proceso de inconstitucionalidad se enderezaba para analizar y cuestionar leyes o normas con igual rango, y no contra constituciones,
- Que la reforma de la Constitución, total o parcial, era competencia del Congreso (y aquí se extendió en una larga como tediosa, innecesaria y equívoca digresión doctrinaria que nadie le había pedido ni tenía porque hacerlo).
- Que si bien la Constitución de 1993 podía ser discutida por su origen e incluso ser ilegítima, era obvio que los textos constitucionales se legitiman por su uso y trayectoria, que eso era precisamente lo que estaba sucediendo, y
- Que el Tribunal Constitucional, con ese nombre, composición y estructura, era creación de la Constitución de 1993, y que sus siete magistrados habían sido elegidos de acuerdo a esa Carta, por lo que en realidad, anular una Constitución así, sería como anular sus nombramientos y en consecuencia, emitir eventualmente una sentencia nula.

t) Al mismo tiempo se hacían reformas puntuales, muy circunscritas, en la Constitución de 1993, y se modificó un largo título dedicado a la descentralización en 2001, que dio nueva estructura, compleja e incompleta, de los gobiernos regionales y los gobiernos locales, que han funcionado desde entonces (pero en forma deficitaria).

En los últimos meses se ha estado gestando una iniciativa legislativa que ha llegado al Congreso de la República en marzo de 2013 (Proyecto de ley 2001/2012-1C) que busca hacer una reforma total de la Constitución de 1993 a partir de ella misma y tomando como referencia la Carta de 1979, a la cual se le harían los ajustes y modernizaciones del caso, con la posibilidad de convocar a una asamblea constituyente. Tal proyecto, presentado por los canales correspondientes previstos en la vigente Constitución y en la legislación de la materia (Ley de Participación Ciudadana núm. 26300), tiene que ser analizado por el Congreso y adoptar una decisión en torno a él, si bien los voceros de los grupos políticos al interior al Congreso han manifestado su disconformidad, no solo con restaurar una Constitución sino con el hecho mismo de introducir un debate constitucional en las actuales circunstancias, por lo que lo más probable es que finalmente sea desestimado. En este supuesto, los autores de la iniciativa legislativa no les quedaría más alternativa — de persistir en ello —que iniciar una nueva recolección de firmas para que la reforma integral de la Constitución sea decidida en un referéndum, que es dificil saber cuándo podrá llevarse a cabo, pues puede ser en uno o dos años. En este supuesto, es indudable que los promotores de la iniciativa tendrán que asumir el riesgo y los costos de una campaña política para convencer a la población de cambiar la Constitución

actual, lo cual lo veo bastante improbable en las actuales circunstancias. Si bien hay que tener presente que en política existen las sorpresas.

VI. LA PERMANENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LAS CONSECUENCIAS DE SU CAMBIO: A) PROBLEMAS PRÁCTICOS.

Retornar a un texto derogado, como la Constitución de 1979, no es fácil. Ello requiere afrontar diversos aspectos. Veamos los de orden práctico.

Antes que nada tener presente —y uso aquí una metáfora que emplee hace años— el tiempo que ha pasado desde que la Constitución de 1979 dejó de estar vigente, formal y realmente. Es un poco lo que nos pasa con una casa de playa. Si la tenemos cerrada y no vamos a ella y no la frecuentamos en diez años, encontraremos al volver un cuadro desolador. Por de pronto, los servicios de agua estarán atorados, y seguramente inservibles los de luz. La pintura estará carcomida, el piso o suelo levantados o en mal estado, las ventanas corroídas por el aire de mar si son de metal o desgastadas y en mal estado, si son de madera. Las puertas difícilmente podrán abrirse. En breves palabras: la encontraremos totalmente inservible y necesitada de una reparación a fondo y con un costo muy alto que además tomará mucho tiempo.

Esto es lo primero que hay que considerar, en el plano fáctico. La Constitución mexicana de 1917, la argentina de 1853, la española de 1978, la chilena de 1980, etc., sirven y son útiles porque han sido vividas, retocadas y actualizadas. De lo contrario, serían hoy inservibles.

Un caso distinto lo representa los Estados Unidos, muy citado pero mal conocido. Este país, como se sabe, es de estructura federal, regido por la Constitución de 1789, aun vigente, pero que ha sido objeto de reformas importantes (un total de 27) y de una jurisprudencia inmensa y creadora a cargo de la Corte Suprema de Justicia, que a golpe de jurisprudencia ha mantenido actualizada su constitución.

Pero en realidad, y dejando de lado el aspecto federal, Estados Unidos es un país que da mucha importancia a la vida local. Al margen de la Constitución federal, existen constituciones en cada Estado, que conforman lo que se llama "Derecho constitucional estatal". En ellas se contempla la estructura de cada estado: el Ejecutivo (el gobernador) el Legislativo y el Judicial (a cargo de la Corte Suprema de cada estado). Pues bien, las constituciones de los estados, por lo menos de gran parte de ellas, se cambian con frecuencia y además son textos largos y detallados. Esto es, el país en sus grandes lineamientos se rige por la constitución federal, pero el día a día se lleva en los estados con sus respectivos ordenamientos, más sencillos de cambiar y generalmente extensos.

Volviendo a lo anterior tenemos este hecho. ¿Cuáles son las consecuencias de retornar a la Carta de 1979? Veamos algunas:

a) La necesidad de revisar algunas situaciones formalizadas bajo la Constitución de 1993, en la medida de lo posible y que sean aspectos relevantes para su eventual reajuste. Y respetar derechos adquiridos y hechos consumados.

b) Reintroducir el Senado,

c) Replantear las regiones, pero de una manera más precisa, así como los gobiernos locales,

d) Necesitaría actualizaciones en materia del Ministerio Público y del Tribunal de Garantías Constitucionales (en este caso, ver forma de elegirlos, competencias, número, suplentes, etc.), Defensoría del Pueblo, etc.

Todo esto no es fácil y toma tiempo. Aún más, sería necesario en forma previa ver que queda y que sale de la Constitución de 1979. Puede quedar el preámbulo, pero derechos como la tumba gratuita habría que eliminarlo y otras cláusulas utópicas. Reducir o replantear el capítulo económico, mantener algunos como el de los tratados y algunas de sus partes eliminarlas (como la de reforma agraria, cuyos frutos no fueron los esperados) entre otros.

Para hacer todo esto se necesitaría una especie de tregua y acuerdos nacionales, difíciles siempre y más en los actuales momentos, con una comunidad política muy complicada y dividida. Y un consenso en aquello que fuese necesario cambiar, adoptar, reducir o actualizar.

VII. LA PERMANENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LAS CONSECUENCIAS DE SU CAMBIO: B) PROBLEMAS IDEOLÓGICOS

No menos importantes son los aspectos ideológicos que influyen a favor o en contra. De hecho, tengo la impresión que más ha sido la tendencia en contra que la favorable. Las tendencias en contra aceptan que faltan todavía algunas modificaciones y parece crearse un concierto a favor de la creación del Senado, pero como cuerpo pequeño, formado por una elite y con competencias tasadas, de manera tal que la cámara baja mantenga el manejo de lo esencial, ahondando la diferencia que creó la Carta de 1979. 0 sea, ir al bicameralismo asimétrico que se inauguró en 1979.

Veamos algunos elementos:

a) A nivel del hombre de la calle, que ha vivido dos experiencias constituyentes relativamente de cerca —1978 y 1993— se tiene la impresión de que éstas no cambian la realidad. Es decir, el estado de cosas, el crecimiento, la seguridad, la institucionalidad, el buen aparato judicial, no se logran con asambleas constituyentes ni con constituciones. Son parte del rompecabezas, sin lugar a dudas, pero es una entre muchas de sus piezas. De ahí que el ciudadano común y corriente —el ordinary man de los sajones— tiene sus preferencias, y entre ellas no está el cambiar de constitución. Si esto puede revertirse con una buena campaña política es discutible. Pero en todo caso, no será fácil.

b) Hay en la Constitución partes que agradan al hombre común: que los contratos no puedan ser cambiados por leyes, que haya garantías para la propiedad, que no pueda existir control de cambios, etc. Son pequeñas notas que son parte del todo.

c) El hombre político, tanto el dirigente como el hombre de base, no ve esto como algo atractivo. No le va dar más ni menos. Puede querer ciertas cosas puntuales, pero no le interesa cambiar el marco. Aún más, le parece una pérdida de tiempo.

d) Los grupos empresariales o directivos, o en todo caso los de altos ingresos —los llamados estratos A y B— sienten fascinación por el modelo económico, que les da garantía y seguridad en sus inversiones. Algunos desinformados están convencidos de que la Constitución per se trae progreso, desarrollo lineal y crecimiento constante. Esto, por cierto, es falso, pues hermosas constituciones han llevado a los pueblos a la ruina. Pero no es menos cierto que un buen marco de referencia es útil. Más necesario es un Poder Judicial confiable —que no existe— a un cambio de constitución.

e) En los últimos años, el Perú ha vivido en constante mejoría, perceptible en diversos estratos y en ciertos indicadores económicos. Y esto agrada y hace que la gente piense en afianzar y continuar lo que existe, reclamar seguridad jurídica, apuntalar la institucionalidad, entre otros puntos. La Constitución no está entre esas miras. Frente al tema existe cierta indiferencia.

f) Gracias a ciertos cambios y sobre todo a los gobiernos democráticos que se han sucedido desde el 2001, existen mayores garantías para el ciudadano. Hoy se puede discutir y cuestionar judicialmente en defensa de derechos, en forma libre. Aún más, se puede invocar la Constitución contra los abusos que se cometan, como se ha visto en los últimos años. Se comprueba, pues, que la actual Constitución tiene sentido y no es del todo inútil.

VIII. LA HUIDA HACIA ADELANTE

Veamos ahora lo que algunos llaman "el ambiente ideológico", el "techo ideológico", las "coordenadas ideológicas", pero no en el nivel interno, que ya hemos visto, sino en el aspecto internacional. Y es el siguiente: cuando se debatía la que sería la Constitución de 1979, el aspecto internacional era muy diferente al de los años veinte o treinta o de principios de siglo. El mundo había vivido dos guerras mundiales: la Segunda más terrible que la Primera por el alto número de muertos, entre civiles y militares (se calcula entre 50 y 60 millones de personas, de los cuales 20 serían rusos) y se habían sentado las bases de un nuevo orden internacional, en la famosa Conferencia de San Francisco de 1945, que dio paso a la creación de las Naciones Unidas. Y luego en París, en 1948, se aprobó la famosa Declaración Universal de Derechos Humanos (que en el fondo, no es tan universal como se pretende). Luego empezó una

nueva navegación constitucional o una nueva etapa del constitucionalismo histórico, que se reflejó en el constitucionalismo de posguerra, del cual son ejemplo sobresaliente la Constitución alemana de 1949 (de gran mérito en un país tradicionalmente autoritario, sobre todo de las zonas que vivían bajo la influencia de Prusia) y la italiana de 1947. A lo que siguieron instrumentos internacionales de derechos humanos (desde 1966 aprobados por la ONU), lo cual culminó, por así decirlo, con la caída del muro de Berlín de 1989 y el posterior colapso de la Unión Soviética en 1991. Todas estas novedades en materia de derechos humanos, supervivencia de la democracia como el mejor sistema— o el menos malo de todos, según decía Churchill —han traído una nueva imagen del mundo, que en este punto, algunos, con afán novelero han calificado como neo constitucionalismo (que seguramente cambie de nombre cuando envejezca).

Estos nuevos vientos, que dejan atrás ciertos tipos autoritarios y dictatoriales, así como ciertas tesis socialistas, avanzaron poco a poco. Aun en la década del 80 se da, por dar un ejemplo, la estatización de la banca en México y en Francia, lo cual demuestra que estos pasos fueron muy lentos. Y con mucha posterioridad, sobre todo a partir de los 90, el fenómeno llamado de globalización, que sin embargo ha tenido sus críticos.

Dentro de este ambiente o muy cerca de él se desarrollaron los debates de la constituyente de 1978. Por un lado, había que recoger lo bueno que venía de atrás, como eran los clásicos derechos civiles y políticos, pero incorporar, en la medida de lo posible, los posteriores derechos económico-sociales. Igualmente, vista la experiencia de dictaduras, dar independencia al Poder Judicial, crear un ente externo para el control y nombramiento de jueces (Consejo Nacional de la Magistratura) un órgano concentrado de jurisdicción constitucional (Tribunal de Garantías Constitucionales) el Ministerio Público redise'ñ'ado (independiente, si bien no se supo nunca porqué) replanteamiento de las cámaras, redisefio territorial del Estado, fortalecimiento del Poder Ejecutivo, etc.

Tan solo el apartado dedicado al modelo económico fue objeto de grandes debates, pues ahí se incluyó de todo. Lo que venía de atrás, tanto lo liberal como lo socialista, con una gama permisiva de la intervención del Estado en muchos sectores, aspectos de reforma agraria, etc. Fue pues un texto que en cierto sentido respondía a su época, al momento en el cual se debatió y a la circunstancia de que ninguna fuerza dentro de la constituyente tenía mayoría. Fue ecléctico, de compromiso y en cierto sentido indefinido en lo económico. Y con tal magnitud, que podía tener múltiples usos y giros, dependiendo de la voluntad política del que las utilizaba. Una de ellas fue la estatización de la banca y el control de la economía en el primer mandato de Alan García (1985-1990) que fue funesto a la larga. El otro fue el de Fujimori, que en sus inicios (1990-1992) empezó con la modernización del Estado. Es indudable pues, que los nuevos vientos favorecieron la gestión de Fujimori y los postulados que adoptó desde un principio.

Quienes en su momento, incluso a nivel de estudiosos, pedían el retorno o dar de baja a la Constitución de 1993, tienen ahora sus temores, fundados en el entorno político de nuestro continente. El ejemplo de Ecuador, que cambia de constituciones con frecuencia y en donde los presidentes han sido derrocados por movimientos populares. O Venezuela, con la aventura chavista. O Bolivia, con un indigenismo ingenuo y totalitario, amén de sus seguidores (la Argentina de la Kirchner no es ejemplo de nada, pues con sus medidas populistas el país se ha ido deteriorando lentamente), hace pensar que toda convocatoria a una constituyente puede llevar al país a un entrampamiento del cual puede salir cualquier cosa, que a la larga desestabilice el país. En el Perú, Humala se ha olvidado, y al parecer, por siempre, del cambio constitucional total que preconizó en campaña.

Por otro lado, está la postura ideológica de los que no les interesa que cambien las cosas, pues tienen una actitud quietista, de "no hacer olas". Los cambios producen sobresaltos y eso no es bueno. Más aun, cuando quienes promueven el retorno a la Carta de 1979 son, en lo fundamental, radicales y maximalistas que no despiertan mucho consenso y que por el contrario asustan.

Finalmente, last but not least, las inversiones, grandes y pequeñas, ven con temor la alteración de las reglas del juego que podría significar el cambio de Constitución, y apuestan por el mantenimiento y perfeccionamiento de lo establecido, o sea, de lo que hay y de lo que se conoce.

En conclusión: lo antes expuesto en lineas muy generales, nos lleva claramente a una conclusión: no hay, no existe y al parecer no existirá por ahora un "ambiente constituyente" ni "pre-constituyente" que permita la vuelta a la Constitución de 1979 o la convocatoria a una constituyente. Siendo la política el arte de lo posible, y la Constitución, el fruto de una decisión política, es obvio que las cosas seguirán así. Lo más sensato es, pues, dejarlas como están. Y más bien, empeñarnos en hacer realidad algunas mejoras al vigente texto constitucional.

Un retorno a la Constitución de 1979, hubiera sido posible en el 2001, 2002 o 2003, sin sobresaltos y con consenso. Y sobre todo, si hubiera existido un acuerdo de las fuerzas políticas, que no se dio. Pasados veinte años desde que la Carta de 1993 fue discutida y aprobada, es muy dificil retroceder las manecillas del reloj. El tiempo, por el contrario, juega a favor de ella.

Lima, abril de 2013

Bibliografía: Un panorama general y breve puede verse en José Tamayo Herrera, Nuevo compendio de Historia del Perú, Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma, Lima 2010; más en detalle, AA.VV. Historia del Perú, Lexus editores, Barcelona 2007; José Valdizán, Fernando Armas, Raúl Palacios, Lizardo Seiner, El Perú republicano: 1821-2011, Fondo Editorial, Universidad de Lima, Lima 2012; Carlos Contreras y Marcos Cueto, Historia del Perú contemporáneo, IEP-PUCP-U. del Pacifico, 5" edición, Lima 2013; Federico Prieto Celi, Así se hizo el Perú. Crónica política de 1939 a 2009, Grupo Editorial Norma, Lima 2010. Ver también, José Antonio del Busto Duthurburu, Director, Historia cronológica del

Perú, Ediciones Copé, Lima 2006 y Fernando Tuesta Soldevilla, El Perú político en cifras. 1821-2001, 3" edición, F. Ebert Stiftung, Lima 2001.

Sobre la década fujimorista existe una copiosa literatura. Nos remitimos a las más caracterizadas y a las que cubren todo el período: Sally Bowen, El expediente Fujimori, Edit. Monitor, Lima 2000; Carlos Iván Degregori, La década de la antipolitica: auge y huida de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos, Instituto de Estudios Peruanos, Lima 2000; Hugo Neira, El mal peruano, SIDEA, Lima 2001; Pedro Planas, El Fujimorato, s/e, Lima 1999; Julio Cotler y Romeo Grompone, El fujimorismo: ascenso y caída de un régimen autoritario, Instituto de Estudios Peruanos, Lima 2000;Yusuke Murakami, Perú en la era del Chino, 2da edición, CIAS-Instituto de Estudios Peruanos, Lima 2012 (quizá el mejor panorama del período, con abundantes datos y bibliografía).

Sobre los debates en torno a la nueva Constitución, cf. Domingo García Belaunde y Pedro Planas, La constitución traicionada. Páginas de historia reciente, Edit. Seglusa, Lima 1993; así como las numerosas publicaciones de la Comisión Andina de Juristas, en especial la serie "Lecturas sobre temas constitucionales", Lima 1993-1996, volúmenes 9, 10, 11, y 12.

Una edición publicada a poco de sancionarse el texto, con estudios críticos, cf. Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, La Constitución de 1993, Editorial Grijley, Lima 1994. Comentarios generales: Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, Constitución de 1993.Lectura y comentarios, Empresa Editorial Piedul, Lima 1994; Marcial Rubio Correa, Estudio de la Constitución Política de 1993, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 6 tomos, Lima 1996; Víctor García Toma, Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993, Universidad de Lima, 2 tomos, Lima 1998; Víctor Julio Ortecho Villena, Estado y ejercicio constitucional, Ed. Marsol, 2 tomos, Trujillo,1999-2003; Francisco J. Eguiguren Praeli, Estudios constitucionales, Edit. Ara, Lima 2002; Alfredo Quispe Correa, La Constitución peruana, Gráfica Horizonte, Lima 2003; Carlos Torre y Torres-Lara, El centro del debate constitucional en 1993, Fondo Editorial, Congreso del Perú, 2 tomos, Lima 2000; Francisco Miró Quesada Rada, Defensa de la democracia contra la dictadura, Edit. San Marcos, Lima 2001, Gerardo Eto Cruz, Estudios de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo 2002; José F. Palomino Manchego, Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993, UNAM, México 2003; Valentín Paniagua Corazao, Constitución, democracia y autocracia, UNAM, México 2004; AA.VV., Limitación del poder y estructura del Estado, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera y Gustavo Gutiérrez Ticse, directores, Edit. Grijley, Lima 2008; Carlos Hakansson Nieto, Curso de Derecho Constitucional, Palestra Editores, Lima 2009; Raúl Chanamé Orbe, La Constitución comentada, 2 tomos, Edit. Adrus, Arequipa, 2011;AA.VV., Regímenes políticos, Jorge Luis Cáceres Arce y Víctor García Toma,coordinadores,Edit.Adrus, Arequipa 2011; Enrique Bernales, La Constitución de 1993. Veinte años después, IDEMSA, Lima 2012 y Edwin Figueroa Gutarra,Derecho Constitucional, Edit. San Marcos, 2 tomos, Lima 2012.

El problema de la reforma constitucional creó un intenso debate en el periodo 2000-2003 y con menos fuerza, después. Entre lo publicado tenemos el especial de "Gaceta Jurídica" núm. 100, marzo de 2002, con el titulo Hablan los juristas. Aportes para la reforma constitucional; la revista "Aequum et bonum", núm. 1, enero-junio de 2003 publicado por los estudiantes de Derecho de la Universidad

Inca Garcilaso de la Vega, dedicado a La reforma constitucional y sus problemas, así como algunos libros y folletos: AA.VV., Reforma Constitucional (Primer Congreso de Reforma Constitucional), Fundación Luis de Taboada de Bustamante, Arequipa 2201; AA.VV., Propuestas de reforma constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Católica de Santa María, Arequipa 2002; Alberto Villacorta Michelena, Los límites de la reforma constitucional,Edit. Grijley, Lima 2003; Raúl Ferrero C., La reforma constitucional pendiente y otros escritos, Nomos & Thesis Editorial, Lima 2006; Omar Sar, Reforma constitucional, Edit. Adrus, Arequipa 2012; Omar Cairo Roldán, El poder constituyente y la reforma de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Cuaderno de Trabajo, Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, septiembre de 2010 y mi ponencia Sobre el control de la reforma constitucional. Con especial referencia a la experiencia peruana, en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal"(Buenos Aires), núm. 10,2007 (ahora en mi libro "El derecho procesal constitucional en perspectiva", Lima 2009). Otras referencias son las siguientes: Alberto Borea Odría, Debatiendo contra las falacias en "Caretas", núm. 1958, 11 de enero de 2007 (empeñado en sostener la invalidez de la Constitución de 1993,11amándola "documento", lo que ha reiterado en numerosas oportunidades); Enrique Bernales Ballesteros, La inaplazable reforma constitucional en "El Comercio", Lima,17 de enero de 2007;" Contrario al retorno a la Constitución de 1979", declaraciones de Luis Bedoya Reyes en "El Peruano", 26 de diciembre de 2006.

La reconstrucción del discurso de Paniagua en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos puede verse en "Actualidad sanmarquina", año X, núm. 127, abril de 2001.

La Resolución Legislativa del Congreso de la República que declaró la vacancia de la presidencia de la República y la permanente incapacidad moral del presidente Alberto Fujimori Fujimori, tiene el número 009-2000-CR y es de 21 de noviembre de 2001.

Muchos políticos, empresarios y ciertos académicos, sostienen su negativa a cambiar la Constitución de 1993, en el simple hecho de que ella ha llevado al Perú al progreso y al bienestar económico. Esta tesis no es cierta y está desmentida en nuestra historia y en la historia de otros pueblos. El crecimiento económico nada tiene que ver con las Constituciones, las que en todo caso son un simple marco de referencia, entre otros muchos elementos de mayor importancia que el normativo; cf. Norman V. Loayza, El crecimiento económico del Perú en "Economía", vol. XXXI, núm. 61, enero junio de 2008 (publicación de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

Al margen de esto existen muchas y muy serias publicaciones sobre aspectos puntuales, que aquí no mencionamos, pues nos aleja del tema central de este ensayo.

En lo que a fuentes se refiere, cf. Congreso Constituyente Democrático, Diario de los Debates. Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y Reglamento, Publicación Oficial, 5 tomos, Lima 2001 y Congreso Constituyente Democrático, Debate Constitucional. Pleno- 1993. Publicación Oficial, 3 tomos, Lima 1998.A1 margen de la edición oficial de la Constitución de 1993, existe gran cantidad hechas por privados, algunas de suma utilidad (así las preparadas por Gerardo Eto Cruz, Samuel Abad Yupanqui, Gustavo Gutiérrez Ticse, Omar Sar, Manuel Bermúdez Tapia, etc.)

¿REFORMA, MUTACIÓN O ENMIENDA CONSTITUCIONAL?

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO(*)

"Una reforma de la Constitución debe exigir un prius inexcusable de un consenso político equiparable al alcanzado en el momento constituyente".

(Francisco Fernández Segado)

SUMARIO: L Planteamiento del problema: ¿reforma total o revisión total de la constitución? II. El poder constituyente como presupuesto inicial. III. Segundo presupuesto: la fuerza normativa de la Constitución. IV. Constitución en sentido material y Constitución en sentido formal. V. La posición de Domingo García Belaunde. VI. Conclusiones provisionales. VII. Apéndice. La reciente reforma constitucional en cuba del 26 de junio de 2002 (un caso singular).

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: ¿REFORMA TOTAL O REVISIÓN TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN?

Ante todo, es útil indicar que la actual situación política se ve plenamente identificada con el tema de la reforma constitucional. El mejor ejemplo que se puede traer a colación es la Ley N° 27600 (El Peruano, 16 de diciembre de 2001). Su artículo 2 apunta literalmente lo siguiente:

11

La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones constitucionales, propondrá un proyecto de *reforma total* de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú, y en particular el texto de la

---

(*) Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima y de la Academia de la Magistratura. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Diplomado en Defensa Nacional por el Ministerio de Defensa de España.

Como en anteriores ocasiones, tengo un deber de gratitud hacia Domingo García Belaunde, Javier Tajadura Tejada, Luis Sáenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos, por sus valiosas observaciones, sugerencias y material bibliográfico que me han proporcionado en su día.

Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. De ser aprobada, quedará abrogada la Constitución de 1993..."[1]

De otro lado, la opinión pública (sociedad civil), cuyo poder de decisión es cada día más notorio, también ha dejado sentir su voz a tenor de los siguientes comentarios:

¿Cómo debe hacerse la reforma constitucional?[2]

- Algunos extractos de nuestro foro:
- "Que no cambien la Constitución actual".
- "Debemos tender hacia una carta más liberal".
- "Debería volverse a la Constitución de 1979 y a partir de ella hacer la reforma".
- "Que siga como está. ¿Para qué cambiarla?".
- "Tiene que hacerse de modo ordenado, tomando como base la actual Constitución y, a partir de ella, promover un debate sobre los puntos fundamentales".
- "Bajo los mismos criterios que se siguió en 1993 para que el país progrese, y no se quede estancado como en 1979".

  "Antes que nada el Gobierno y los partidos tienen que ponerse de acuerdo sobre una agenda básica de reforma. ¿Qué país queremos para nuestros hijos y qué ámbitos debemos atender prioritariamente?".

  "La reforma constitucional que se piensa hacer en el Congreso debe incluir la prohibición a perpetuidad de la reelección presidencial".

---

[1] Para el caso peruano hasta la Constitución de 1979, *vid.* Domingo García Belaunde: "¿Reforma constitucional?", en AA.VV. *La Constitución diez años después,* Constitución y Sociedad-Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, págs. 337-358. Del mismo autor, teniendo al frente la situación actual, *vid.* "Sobre la reforma constitucional y sus problemas", en AA.VV. *Propuestas de reforma constitucional,* Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2002, págs. 15-34. Ahora, vuelto a publicarse debidamente corregido en la presente Revista *Aequum et Bonum.* Además, *vid.* Humberto Henriquez Franco: *Naturaleza y técnicas de la reforma constitucional,* tesis para optar el grado de magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; y Alberto Villacorta Michelena: *Los límites de la reforma constitucional,* Grijley, Lima, 2003. Antecede Prólogo de Javier Valle-Riestra.

[2] Las opiniones se han tomado de "El Comercio", 4 de enero de 2002. Acerca de la reforma constitucional me he ocupado también en el Prólogo al libro de Gerardo Eto Cruz: *Estudios de Derecho Constitucional,* Universidad Nacional de Trujillo-Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Trujillo, 2002, págs. I-XXIV. De igual forma, se ha publicado como artículo con el siguiente título: "Gerardo Eto Cruz y el Derecho Constitucional (Algunas notas a propósito de su reciente libro)", en la Revista Jurídica del Perú, Año LII, n° 31, febrero, Trujillo, 2002, págs. 143-156. Ahí pongo de relieve los importantes aportes de Peter Haberle en lo que concierne al "poder constituyente del pueblo" y al amplio espectro de posibles soluciones político-constitucionales.

- "Debe hacerse sin alterar la estabilidad nacional ni espantar las inversiones".
  "No debe incluir la obligatoriedad del sufragio. Eso debe ser parte de la democracia".
- "Debe considerar el problema social, respetar los principios constitucionales y los derechos de la persona y la sociedad. Debe imponer severas sanciones a los presidentes, ministros y congresistas que delincan y se burlen de la voluntad popular".
- "Tiene que haber un Congreso Constituyente elegido por el pueblo".
- "La reforma debe realizarse bajo los conceptos de representatividad, para lo cual debe perfeccionarse los mecanismos de participación popular".

De lo expuesto se desprende que las opiniones van y vienen sin medir las consecuencias que acarrea una reforma de la Constitución mediante el proceso constituyente *(Verfassunggebung)*. En las páginas que siguen veremos algunos aspectos relacionados con el tema, básicamente pensando en la dogmática o teoría constitucional que es, sin duda alguna, el mejor recetario y soporte para desarrollar una verdadera reforma constitucional, y su diferencia con la mutación y la enmienda constitucionalm. Así, la Constitución como norma mantiene la supremacía del ordenamiento jurídico, es decir, sobre el resto de las fuentes del Derecho[4] o de las normas infraconstitucionales. En esa línea de principio, técnicamente la *supremacía* de la Constitución se complementa con el instituto de la *rigidez* constitucional[5] que supone que la Constitución establece sus propios procedimientos de reforma, diferenciándose así de las fuentes legales e impidiendo que la modificación de sus preceptos pueda ser llevada a cabo por el legislador. Es más, la Constitución se agota en el acto constituyente[6]. A tenor

[3] Según el *Diccionario de la Lengua Española,* 22"a. edición, Madrid, 2001, el vocablo "Reforma" equivale a acción y efecto de reformar o reformarse. "Reformar" significa volver a formar, rehacer, modificar algo, por lo general con la intención de mejorarlo. Mientras que "Mutación" significa acción y efecto de mudar o mudarse. Finalmente, "Enmienda" equivale a acción y efecto de enmendar, propuesta de variante, adición o reemplazo de un proyecto, dictamen, o informe o documento análogo.

[4] Mas en este punto *vid.* el libro de Miguel Carbonell de tan superlativo mérito: *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México, 2'.* edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, D.F., 1999.

[5] Al respecto, *vid.* Pablo Lucas Verdú: "Naturaleza, contenido y consecuencias de la rigidez constitucional", en *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano,* t. II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, págs. 107-132. Su lectura me ha aclarado muchas dudas. Más de pronto, *vid.* Alessandro Pace y Joaquín Varela: *La rigidez de las constituciones escritas,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

[6] Cfr. Francisco Balaguer Callejón (Coordinador): *Derecho Constitucional,* vol. I, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999, pág. 109.

de tales ideas podemos plantear la interrogante: ¿reforma? o ¿revisión? total de la Constitución.

De igual manera, tema político y de viva actualidad es el que ahora nos proponemos desarrollar: la reforma constitucional. En fecha reciente mucho se ha dicho y poco se ha comprendido sobre la materia, en especial por los operadores políticos. En tal sentido, conviene decir algo al respecto como una contribución al debate alturado y académico, y que sirva como material de trabajo, al igual que otros ensayos que vienen *per se* aportando lo suyo. Por consiguiente, lo cierto es que la reforma constitucional es actualmente un problema político, pero que merece indudablemente desde sus raíces una solución jurídicam.

Como anota Balaguer Callejón, con evidente acierto: "Sobre la reforma constitucional confluyen las tensiones más intensas del sistema constitucional. Esta acumulación de tensiones es lógica si se tiene en cuenta que la reforma no es solo un mecanismo técnico de modificación de la Constitución sino también la vía por la que el poder constituyente se integra en el orden constitucional. Un poder constituyente sometido a normas justamente por medio de la regulación constitucional de la reforma, pero que no deja por ello de evocar a los agentes políticos con capacidad para reestructurar el marco de convivencia social que la Constitución supone. De ese modo, la reforma constitucional adquiere una doble naturaleza por cuanto expresa y limita a la vez al poder constituyente"[181].

II. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRESUPUESTO INICIAL

Discurramos brevemente sobre el poder constituyente. Lo primero que hay que analizar es ¿Cuál es el significado y alcance del poder constituyente *(pouvoir constituens)?* ¿Es lo mismo que el poder político? ¿Se le puede encuadrar y definir como poder jurídico y limitado? Pérez Serrano con su

[7] Inspirado en la doctrina italiana nos dice Carlos de Cabo Martín que: "La relación de Tiempo y el Derecho es una relación compleja que trata en su globalidad de responder a la contradicción que en todos los ámbitos plantea el transcurso del tiempo como es el de la permanencia-cambio y que en el Derecho suscita las cuestiones de vigencia, eficacia y seguridad jurídicas. Y es también y sobre todo una relación compleja porque es de doble dirección en cuanto comprende la del Tiempo en el Derecho y la del Derecho en el Tiempo". Todas estas singularidades tienen su proyección específica en la reforma constitucional. *Cfr.* su libro *La reforma constitucional,* Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2003.

[8] Cfi: el trabajo del catedrático granadino Francisco Balaguer Callejón: "El *status* constitucional de la reforma y la *fragmentación* del poder constituyente" en AA.VV. *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente,* vol. I, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 122.

maestría habitual nos decía lo siguiente: "En realidad, si atendemos a su pura y esencial significación, habremos de entender que es 'constituyente' el poder que 'constituye'. De lo cual cabe derivar dos consecuencias: P. Que ha existido poder constituyente en todo tiempo, pues siempre ha habido en la comunidad política un poder que la organice, le dé estructura, le imprima su peculiar fisonomía específica dentro del género Estado y 2a. Que sólo merece el nombre de 'constituyente' el poder que verdadera y cumplidamente realiza esta misión, aunque no esté jurídicamente prefigurado para acometerla y, por el contrario, no tiene derecho al título el poder que por más que este calificativo se designe fracasa en su empeño de *constituir*"[9].

La posibilidad de formular una tipología de los conceptos de poder constituyente (que según Carl Schmitt es "voluntad positiva") arranca de la comprobación de que la teoría constitucional utiliza aquella expresión con variadas direcciones, las más de las veces en un notorio emparentamiento o connotación con posiciones ideológicas muy definidas o compromisos con afirmaciones dogmáticas y apriorísticas pertenecientes a diversas "escuelas" o tendencias jurídico-políticas. En tal sentido, el punto de arranque lo encontramos en la doctrina expuesta por el abate Emmanuel Sieyés (1748-1836) con su panfleto: *¿Qué es el Tercer Estado?*[10] *, escrito en plena Revolución francesa: el pouvoir constituant* de la Naciónon. Conceptualizando, el poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta

[9] *Cfi* Nicolás Pérez Serrano: *El poder constituyente,* Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1947, pág.11. En la doctrina nacional recientemente ha visto la luz el ensayo de Aníbal Torres Vásquez: "El poder constituyente", en la Revista del Foro, Año MMIII, n° 1, junio, Lima, 2003, págs. 9-18. Apoyado en los clásicos, según el autor, con quien guardamos un respeto mutuo, el poder constituyente originario comprende la potestad de dictaminar la primera Constitución o de reformar o de sustituir la existente por otra. Emana directamente del pueblo, no está instituida por alguna Constitución precedente, por lo que no está sometido a reglas anteriores. Se caracteriza por ser originario, supremo, soberano, extraordinario, ilimitado y autónomo. Mientras que el poder constituyente derivado o constituido —agrega Torres Vásquez— denominado también poder revisor o poder constituyente permanente o instituido, comprende la potestad de reformar, haciendo modificaciones, supresiones o adiciones a preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en el mismo texto.

[10] *Vid.,* especialmente: *Escritos políticos de Sieyés,* Cronología, Orientación bibliográfica, Introducción y Estudio preliminar de David Pantoja Morán, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1993. También, Emmanuel Sieyés: *¿Qué es el Tercer Estado?,* traducción del francés, introducción y notas de Francisco Ayala, Aguilar S.A., de ediciones, Madrid, 1973.

[11] Para mayor amplitud, *vid.* los argumentos finamente tallados de Jorge Reinaldo A. Vanossi: *Teoría Constitucional. (Teoría constituyente), t.* I, 2'. edición, actualizada con la colaboración de Alberto Ricardo Dalla Vía, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 5. Antecede Prólogo de Adolfo R. Rouzaut. Del mismo autor, *vid.* su libro *Estudios de teoría constitucional,* UNAM, México, D.F., 2002. Antecede Explicación preliminar del constitucionalista mexicano Diego Valadés.

decisión de conjunto sobre modo y forma de la existencia política, determinando así la propia existencia de la unidad política como un todo[12].

Y como bien apunta Eto Cruz: "El poder constituyente, como desarrollo teórico, es un archipiélago que nutre distintas aristas del amplio e intrincado territorio del constitucionalismo contemporáneo. Así —añade Eto Cruz— el poder constituyente tiene múltiples conexiones con otros dominios, que en líneas generales son: *a)* el origen fundacional del Estado; *b)* en la reforma de la Constitución, y con él, en el tema de las mutaciones constitucionales; *c)* guarda conexidad, además, con el tema de la interpretación constitucional, y con el propio fundamento de la defensa de la Constitución; *d)* igualmente se vincula con el complejo tema de la soberanía; *y e)* su vinculación estrecha con la transición política".[H]

III. SEGUNDO PRESUPUESTO: LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Para abordar el tema de la reforma constitucional al igual que el de la interpretación constitucionall[141], es preciso partir de una premisa fundamental, que sin lugar a dudas tiene el *reconocimiento del valor normativo que posee una Constitución,* o lo que es lo mismo, el papel que esta última cumple en cuanto norma jurídica[1151]. En efecto, no tendría ningún sentido que se postule una tarea interpretativa de parte de los operadores del Derecho si previamente no se define el valor y los caracteres que se aparejan respecto de aquel instrumento, que precisamente se desea interpretar. Cabe recordar que la Constitución es

[12] El concepto en mención proviene de Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución,* traducción del alemán de Francisco Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, pág. 86.

[13] Así lo explica en el Estudio preliminar al libro de Sigifredo Orbegoso Venegas: *Poder Constituyente y otros ensayos,* Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, págs. 41-42. Resulta también de utilidad el ensayo del referido profesor de Trujillo, cuyo título es "El poder constituyente" (págs. 63-103), donde plantea tesis interesantes.

[14] A propósito, *vid.* Joachim Lege: "¿Reforma de la Constitución o interpretación constitucional? El debate metodológico en torno a la supresión del Senado bávaro", en Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n° 9, julio-diciembre, México, D.F., 2003, págs. 187-199, Según el autor, la sentencia del Tribunal Constitucional bávaro permite reflexionar sobre la delimitación entre derecho y política constitucionales. Y con la decisión que adoptó dicho Tribunal Constitucional se debilita al Estado constitucional, por cuanto se pierde la función estabilizadora, racionalizadora y garante de la libertad de la Constitución escrita.

[15] Para un planteamiento general, *vid.* Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* 3^{0}. edición, Editorial Civitas, Madrid, 1985; y Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa,* Ediar, Buenos Aires, 1995, *in toto.* Ambos autores se han ocupado profesionalmente del tema.

o representa la norma jurídica fundamental, la primera de las expresiones normativas que tiene un país.

A fin de cuentas, esta norma suele estar tamizada de solemnidad y convencionalismo, pero es oportuno precisar, porque así lo impone el Derecho Constitucional, las razones del por qué se invoca tan especial como significativa característica. Como se sabe, la Constitución es ante todo una norma, porque su contenido vincula o pretende vincular jurídicamente tanto a los detentados del poder estatal como a los destinatarios del mismo. Tiene por tanto, una *orientación eminentemente bilateral,* como por lo demás lo suelen proclamar todos o la mayor parte de manuales de Derecho Constitucionalm. La razón de ese valor normativo tiene, sin embargo, variantes que están más allá de la simple articulación formal del ordenamiento jurídico[[171], pues la supremacía que con ordinaria frecuencia se predica de la Constitución sólo se justifica si se repara tanto en su origen y contenido, como en el papel o rol que le corresponde cumplir en el mundo del Derecho.

Por el primero de estos factores, es decir, por el relativo a su *origen,* una Constitución *es distinta* de cualquier otra, en la medida en que aquella es producto o resultado no de la voluntad de los poderes constituidos u ordinarios, sino de la voluntad del poder constituyente creador por excelencia y único, extraordinario e ilimitado por naturaleza. En la medida en que la Constitución es resultado de la intención popular, depositada en el poder soberano que la representa, su significado es mucho más relevante que el de cualquier otra expresión jurídica. Y sin equívoco alguno, ninguna otra norma por consiguiente, puede equiparársele. Pues, toda expresión del Derecho que no tenga su nacimiento en la voluntad constituyente carece de los mismos supuestos de legitimidad que acompañan a una Constitución.

Por el segundo de los factores enunciados, es distinta una Constitución, porque su *contenido,* a diferencia del correspondiente a cualquier otro tipo de norma, pretende la regulación del poder en cuanto elemento fundamental del Estado. Bajo dicho supuesto, tal ordenación, se suele traducir en tres aspectos: *a)* organización, *b)* limitación y *c)* justificación. Mientras que la idea de *organización* se refiere a la configuración funcional de los órganos entre los cuales se distribuye el Estado, y la de *limitación* al reconocimiento de derechos fundamentales como esferas de libertad reconocidas sobre los individuos

[16] La idea de bilateralidad de la norma constitucional ha sido desde siempre o por lo menos desde la aparición de nuestra materia, premisa básica a considerar en cualquier análisis constitucional. La doctrina suele considerar dos partes o sectores clásicos en toda Constitución, una parte dogmática y una parte orgánica. La bilateralidad no es una mera configuración dogmática, sino una auténtica expresión del sentido de toda norma constitucional.

[17] Bien ilustrativa a este respecto es la opinión de Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho, 5".* edición, traducción de la 2'. edición en alemán por Roberto J. Vemengo, UNAM, México, D.F., 1986, págs. 205 y sgts.

y respecto de las cuales el poder no puede penetrar o cometer excesos; la de *justificación,* por su parte, se vincula a los objetivos que el poder se traza como obligaciones o programas a cumplir. Cualquier norma fundamental estructura pues su contenido bajo esa configuración trialista y es dificil, por lo menos hoy en día, prescindir de cualquiera de los elementos de la misma[3].

Pero aún más: el último factor que permite justificar la razón de supremacía que acompaña a una norma fundamental y la consecuencia de su carácter normativo, es el del *papel* o *rol* que le corresponde cumplir. A ese nivel, la Constitución se identifica como la primera de las fuentes del Derecho, y fuente no sólo en términos formales sino también materiales[m.

Se dice que es *fuente formal* en la medida en que establece el *modus operandi* en la creación del Derecho o el modo como nacen o se generan las diversas expresiones normativas. Quiere decir, en términos generales, quiénes son los órganos legitimados para crear Derecho (Congreso, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, etc.), la estructura que poseen (unicameral para el caso del Congreso, bilateral para el caso del órgano Ejecutivo, plural para el caso del órgano Judicial y sus instancias, etc.), la competencia que se les reconoce (leyes para el órgano Legislativo, decretos para el órgano Ejecutivo, jurisprudencia para el órgano Judicial, etc.) y, el procedimiento específico en la elaboración del derecho (votaciones por mayorías simples, absolutas o calificadas en el caso del Congreso, decisiones o acuerdos en el caso del Ejecutivo, debido proceso formal en el caso de la Judicatura, etc.)

Empero, se dice que es también *fuente material,* en la medida en que la Constitución, no obstante habilitar la creación del Derecho en todas las direcciones, representa a su vez el parámetro de validez jurídica del resto de normas integrantes del ordenamiento, de modo tal que ninguna otra expresión normativa, ninguna otra manifestación jurídica, podrá sustraerse del contexto marcado por la norma fundamental y, por el contrario sólo será válida una norma o cualquier otra expresión del Derecho en la medida en que no se salga de los cauces marcados por la Constitución.

---

[18] El contenido de la Constitución enfocado desde la perspectiva de las tres variantes aquí señaladas, lo encontramos explicitado en Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* citado, pág. 49; y en Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa,* citado, págs. 96-103, 139 y sgts.

[19] Por su valor docente, *cfr*. Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional,* citado, págs. 49-50; Dieter Grimm• "La Constitución como fuente del Derecho", en A. Barata, D. Grimm, F. Rubio Llorente: *Las fuentes del Derecho,* Anuario de la Facultad de Derecho de Lleida, Barcelona, 1983, págs. 13 y sgts.; Javier Pérez Royo: *Las fuentes del Derecho,* Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1985, págs. 27 y sgts.; Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, T.* reimpresión, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1991, págs. 82 y sgts.

Como lo ha subrayado Carlos Sánchez Viamonte: "... el círculo máximo trazado por el poder constituyente con el nombre de Constitución, traza la órbita de la juridicidad, cuyo ordenamiento debe abstenerse dentro de dicha órbita y condicionada por ella. La sola existencia de una Constitución basta para afirmar que el Estado de Derecho creado por ella, excluye todo el Derecho que no nazca de ella explícita o implícitamente, porque ninguna manifestación de voluntad colectiva o personal, de autoridad o de libertad es apta para crear Derecho que, de una o de otra manera, no tenga su origen en la voluntad constituyente expresada a través de la Constitución"[20].

Son en consecuencia, estas razones de *origen, contenido y función,* y no argumentaciones meramente formalistas, las que han permitido edificar la teoría de la supremacía constitucional, y por consiguiente, la correlativa necesidad de predicar su carácter indiscutiblemente normativo al interior del mundo jurídico[21].

Ahora bien, la primera y elemental manifestación del carácter normativo de la Constitución viene representada sin lugar a dudas, por el hecho de su *aplicabilidad.* En la medida en que una Constitución se aplica, puede predicarse de ella su valor normativo como premisa fundamental[22]. Tal es pues la regla general con la que se suele operar en la normativa constitucional y a la que, por supuesto, los operadores del Derecho le deben escrupulosa observación[23].

Sin embargo, esto que a primera vista resulta incontrovertible, requiere ciertas precisiones adicionales, pues aunque nadie niega tal postulado, debe reconocerse que la consabida normatividad de la Constitución no supone tampoco que la aplicabilidad que le acompaña como consecuencia elemental opere o se manifieste de modo inmediato en todos los casos y en todas las circunstancias. Dicho de otro modo, el que se predique la aplicación de una

---

[20] Cfr. Carlos Sánchez Viamonte: *El constitucionalismo y sus problemas,* Ediar, Buenos Aires, 1957, pág. 54. Del mismo autor: *El poder constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino,* Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, *in toto.*

[21] Por cierto, buena parte de estas razones fueron esbozadas por el histórico juez John Marshall (1755-1835) desde el momento mismo en que se sentaron las bases del principio de supremacía constitucional durante la secuela del célebre *leading case Marbury vs. Madison* (1803). *Vid.* el texto completo en Revista Mexicana de Derecho Público, vol. I, n° 3, México, D.F., 1943, págs. 317 y sgts.

[22] Para tal fin, me remito a Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* citado, págs. 63 y sgts.; Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa,* citado, págs. 19 y sgts.; Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes,* citado, págs. 76 y sgts., y Javier Pérez Royo: *Curso de Derecho Constitucional,* r. edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000, págs. 45 y sgts.

[23] En esa línea explicativa, *vid.* Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa,* citado, págs. 88-89.

norma fundamental, no sugiere que tal condición funcione inmediatamente y de manera uniforme en todas las hipótesis.

Con alguna razón se ha postulado desde hace buen tiempo que *a toda Constitución le acompañan peculiaridades especiales*[24]. Mientras que unas se manifiestan hacia afuera, es decir, frente a otras normas jurídicas y en ese sentido se habla de peculiaridades "de" la norma constitucional, otras, por el contrario, se manifiestan al interior de los mismos dispositivos que la integran, hablándose en tal sentido de peculiaridades "en" las normas constitucionales.

Pues bien, cuando hablamos de estas últimas, nos estamos refiriendo al problema arriba descrito. Todas las normas constitucionales se aplican, pero no todas ellas de la misma forma. Así las cosas, un dispositivo que por ejemplo tiene que ver con el reconocimiento de una libertad individual no es aplicado de manera semejante a uno que, en cambio, tenga que ver con el principio de pluralismo económico. Si bien el carácter normativo de ambos no puede ser colocado en tela de juicio, sus alcances operacionales difieren notoria o sustancialmente. Justo porque *no todas las normas constitucionales son semejantes,* la doctrina postula la existencia de dos géneros principales al interior de la Constitución: *a)* normas operativas *y b)* normas programáticas[25].

Mientras que para las primeras, el nivel de aplicación es directo o inmediato, en las segundas varía el mismo en función de determinados supuestos, siendo por tanto semidirecto o mediato. Las normas *operativas* suelen asociarse a los derechos de tipo individual y político y a la mayor parte de los dispositivos concernientes con el funcionamiento orgánico del Estado, mientras que las normas *programáticas* suelen referirse a los derechos sociales, económicos y culturales, así como al conjunto de obligaciones cuya responsabilidad queda sujeta al cumplimiento del Estado y sus órganos de poder.

En esa medida, y si para las primeras no existe dificultad de aplicación, pues su cumplimiento sólo depende de la voluntad de los titulares de dichas normas sin que pueda anteponerse ningún tipo de requisito previo, con las segundas el grado de aplicación se encuentra condicionado desde que para su puesta en ejecución se hace necesario, preliminarmente, la creación de ciertas condiciones, las que por otra parte, o pueden ser técnicas (legislativas por ejemplo, cuando se trata de desarrollar un precepto, o administrativas cuando se trata de reglamentar o ejecutar un mandato, etc.) o pueden ser, eminentemente

[24] Cfr. Alejandro Nieto: "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", en Revista de Administración Pública, n° 100-102, enero-diciembre, Madrid, 1983, págs. 371 y sgts.

[25] Un planteamiento general lo encontramos en Rolando E. Pina: *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973, págs. 13 y sgts. Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de Derecho Constitucional,* t. I, Ediar, Buenos Aires, 1997, págs. 92 *y* sgts.; y Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa,* citado, págs. 222 y sgts.

políticas o discrecionales (cuando de lo que se trata es de crear contextos materiales o socioeconómicos que habiliten la operatividad de una norma considerada programática).

Como quiera que con las normas operativas no existe mayor problema normativo, pues por principio se aplican íntegramente o en su totalidad, y como se dijo de modo directo, conviene precisar que con las normas programáticas, los niveles de aplicación, pueden operar hasta en cuatro variantes:

a) En la medida en que una norma programática se encuentra contenida en la Constitución y goza por ende de la supremacía innata que a ésta le acompaña, puede anteponerse, y en ese sentido aplicarse, sobre normas de inferior jerarquía que la desconozcan o vulneren[261].
b) En la medida en que una norma programática puede ser ejercitada por específicos titulares en específicos casos (lo que acontece por ejemplo respecto del derecho al trabajo, y el goce que del mismo atributo pueden tener algunas personas en particular) frente a la hipótesis de su transgresión —mediante actos u omisiones— cabe la tutela y por tanto, la aplicación de la misma[27].
c) En la medida en que la norma programática forma parte del contenido material de la Constitución, su contenido sirve como parámetro interpretativo de toda decisión jurisdiccional, y en ese sentido también es aplicable[281.
d) En la medida en que no todas las normas programáticas son iguales, prescindiendo de aquellas de naturaleza eminentemente política o discrecional, las que sólo requieren de condiciones técnicas, sí pueden resultar exigibles y en tal sentido aplicable, ante los órganos que conocen de la jurisdicción constitucional.

A los efectos de nuestro estudio, el valor normativo de la Constitución se da por el reconocimiento que es una norma jurídica fundamental, proveniente de la intención popular, a través del poder constituyente. Es una de las primeras expresiones jurídicas normativas que busca vincular al Estado con los ciudadanos, para regular el poder del mismo. Muy en línea con lo anterior, la Constitución *(norma normarum)* es considerada como la primera fuente de Derecho, cuyas normas son aplicables, pero no todas de la misma forma.

---

[26] Al respecto, *vid.* Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* citado, págs. 68-71; e Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional,* citado, págs. 77 y sgts.

[27] Cfr. Rolando E. Pina: *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas,* citado, págs. 63 y sgts.

[28] Cfr. Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* citado, págs. 68-71; Ignacio de Otto Pardo: *Derecho Constitucional,* citado, págs. 77 y sgts.

IV. CONSTITUCIÓN EN SENTIDO MATERIAL Y CONSTITUCIÓN EN SENTIDO FORMAL

Estimo de notorio interés abordar ahora de manera sinóptica una clasificación de Constitución, siguiendo a un sector de la doctrina constitucional. Prescindiendo de la múltiple tipología *y* de la variadísima clasificación de "las constituciones"[29] a que conduce intrínsecamente la doctrina, podemos sostener que las numerosas y disímiles ideas que se han expuesto sobre este concepto pueden subsumirse en *dos tipos genéricos: a)* en sentido *material (la Constitución real, ontológica, teleológica, social y deontológica) y b)* en sentido *jurídico-positivd"*[1].

A) Constitución en sentido material (mutación constitucional)

En lo tocante al primer tipo, se implica en el ser de un pueblo, en su existencia social dentro del devenir histórico. A su vez, presenta diversos aspectos reales, como el económico, el político y primordialmente, el cultural *(elemento ontológico);* así como en el desiderátum o tendencia para mantener, mejorar o cambiar dichos aspectos (elemento deontológico o "querer ser"). Este tipo de Constitución se da en la vida misma de un pueblo como condición *sine qua non* de su identidad (Constitución real), así como en su propia finalidad (Constitución teleológica), con abstracción de toda estructura jurídica.

Huelga comentar, por tanto, que el término y el concepto de *Constitución real* fueron empleados en el siglo XIX por el socialista Ferdinand Lassalle para designar la estructura ontológica misma de un pueblo, es decir, su ser y su modo de ser. "Una Constitución real y efectiva la tienen y la han tenido siempre todos los países", afirmaba Lassalle, agregando que: "Del mismo modo y por la misma ley de necesidad de todo cuerpo tiene una Constitución, su propia Constitución, buena o mala, estructurada de un modo o de otro, todo país tiene, necesariamente, una Constitución real y efectiva, pues no se concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales de poder, cualesquiera que ellos sean"[l311].

Así, y sólo así, la presencia necesaria, esencial, innegable, *sine qua non,* de la Constitución real de un pueblo, que expresa la *"quididad"* (del latín *quidditas,*

---

[29] Modélico y de gran predicamento resulta el libro de James Bryce: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. Antecede Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú.

[30] Aquí seguimos el lúcido planteamiento de Ignacio Burgoa: *Derecho Constitucional Mexicano,* Editorial Porrúa, México, D.F., 1999, págs. 320 y sgtes.

[31] Vid. el libro clásico de Ferdinand Lassalle: *¿Qué es una Constitución?,* citado, págs. 77 y sgts.

esencia, razón, por qué de una cosa) misma de éste, no puede inadvertirse, y tan es así que la doctrina, con diferentes denominaciones, se ha referido a ella. Por lo que concierne a lo que se denomina *Constitución teleológica,* no tiene una dimensión óntica como ser y modo de ser de un pueblo, sino que denota el conjunto de aspiraciones o fines que se adscribe en sus diferentes aspectos vitales, implicando su *querer ser.* Desde ese punto de vista, la Constitución teleológica responde a lo que el pueblo "quiere" y "debe" ser, a lo que se "quiere" que el pueblo sea o "deba" ser. Ese "querer" y "deber" ser no extrañan meras construcciones especulativas o concepciones ideológicas, sino tendencias que desarrollan los factores reales de poder, como denominaba Lassalle al conjunto de fuerzas de diferentes especies que necesariamente actúan en el seno de toda sociedad.

De ello se concluye que la *Constitución teleológica* no consiste sino en los objetivos de la Constitución real, demarcados, sustantivados y condicionados por dichos factores. En la Constitución real, según se habrá observado, se encuentra la vasta problemática de un pueblo como resultante de una múltiple gama de circunstancias y elementos que también, obviamente, se localizan en ella. Por su parte, en la Constitución teleológica se comprenden las soluciones que a dicha problemática pretenden dar los factores reales de poder desde distintos puntos de vista, tales como el político, el cultural o el socioeconómico principalmente.

En términos estrictos, Ambas especies de "Constitución" son *prejurídicas y metajurídicas* en su existencia prístina, o sea, existen en la dimensión ontológica y teleológica del pueblo mismo como unidad real independiente de su organización jurídica o incluso sin esta organización. En otras palabras, dichas constituciones no son jurídicas, aunque sean o deban ser el contenido de las jurídicas, a las cuales nos referimos enseguida. A la vista de lo expresado más arriba, son constituciones que aceptan las mutaciones constitucionales.

Hemos de dirigir ahora una mirada general de conjunto a la mutación de la Constitución. Por de pronto, la mutación constitucional *(Verfassungswandlung)* constituye una modificación no formal —sin modificación expresa del texto de la Constitución, alude Háberle— del ordenamiento constitucional, es decir, el cambio operado en el mismo sin seguir procedimiento más agravado y difícil establecido para la reforma de la Constitución, tal como enseña con harta razón Pedro de Vega[132]. De ahí pues la diferencia entre reforma constitucional *(Verfassungsünderung)* y mutación constitucional. La primera es la modificación de los textos constitucionales producidas por acciones voluntarias —dice

[32] *Vid.* a este respecto, Pedro de Vega: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente,* la. reimpresión, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1988, págs. 179 y sgts. Obra capital e importante para entender el tema abordado.

Georg Jellinek, siguiendo a Paul Laband— e intencionadas; la segunda es la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente —añade Jellinek— que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación[33].

Sin embargo, la nueva doctrina del Derecho Público donde la mutación constitucional es ya un concepto corriente, la caracteriza principalmente como desvalorización y corrosión de las normas jurídicas de las instituciones afectadas[34]. En tal sentido, como anota Hsü Dau-Lin, resulta usual distinguir cuatro clases de mutación de la Constituciónt351:

a) Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución. En tal caso se ignora un artículo concreto de la Constitución o se contradice cierta prescripción constitucional, pues se trata de relaciones jurídicas que todavía no se regulan por un precepto constitucional. Ejemplo, la iniciativa imperial en el viejo *Reich* alemán.
b) Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente. El derecho que atribuyen los artículos constitucionales a ciertos sujetos pierde ante la imposibilidad de ejercerlos, de modo que esos artículos de la Constitución ahora ya no corresponden a la realidad jurídica. Ejemplo, el derecho de disolución de la Cámara de Diputados por el Presidente de la República francesa, a tenor del artículo 5 de la Ley Constitucional del 25 de febrero de 1875. Desde su origen se aplicó una sola vez, por el mariscal Mac Mahon, en el año de 1887, y al cabo lo pagó con su dimisión. Desde entonces el derecho de disolución jamás se aplicó.
c) Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución, sea por la llamada reforma material de la Constitución, sea por la legislación ordinaria, sea por los reglamentos de los órganos estatales superiores o por su práctica efectiva. Ejemplo, el artículo 49 de la Constitución del *Reich* que atribuye al Presidente el

[33] *Vid.* Georg Jellinek: *Reforma y mutación de la Constitución,* traducción del alemán de Christian Fürster, revisada y Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 7. En igual sentido, Néstor Pedro Sagüés: "Los jueces y la interpretación constitucional mutativa", en su libro *La interpretación judicial de la Constitución,* Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, págs. 51-81.

[34] Así lo reconoce Hsü Dau-Lin: *Mutación de la Constitución,* traducción del alemán de Pablo Lucas Verdú y Christian Fórster, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pág. 29. Agradezco al profesor salmantino Lucas Verdú por haberme obsequiado dicha obra en una de las visitas que le hice a su hogar. Su magnífico Estudio preliminar que antecede al libro es iluminador para entender este tema poco trajinado.

[35] Aquí seguimos a Hsü Dau-Lin, quien fue discípulo de Rudolf Smend: *Mutación de la Constitución,* citado, págs. 31 y sgts. La obra fue originalmente escrita en 1932.

derecho incondicional de indulto y gracia en todo el *Reich*. No se regula una limitación en ciertos casos penales. No obstante, el artículo 13 de la ley sobre el Tribunal Supremo de 9 de julio de 1921 estatuye que el Presidente del *Reich* necesita la aprobación del *Reichstag* para indultar a un condenado por dicho Tribunal.

d) Mutación de la Constitución mediante su interpretación, particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo sin atender particularmente al texto fijo de la Constitución, o sin que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión. Ejemplo, el artículo 4 de la Constitución de Prusia del 5 de diciembre de 1848 establecía, también más tarde en su forma revisada del 31 de enero de 1850: "Todos los prusianos son iguales ante la ley. No hay privilegios estamentales ni de rangos". El texto de la norma correspondía plenamente al sentido originario de la garantía de la libertad propia del individualismo del tiempo sobre cuya vinculación jurídica directa no pueden caber serias dudas. Sin embargo, en la práctica este precepto se interpretó con muchas restricciones, y como tal, en la práctica no tuvo alcance jurídico.

B) Constitución en sentido formal (reforma y enmienda constitucional)

La *Constitución jurídico-positiva* se traduce en un conjunto de derechos básicos y supremos cuyo contenido puede o no reflejar la Constitución real y teleológica. Es dicha Constitución, en su primariedad histórica, la que da origen al Estado. En la primera hipótesis que se acaba de señalar, la vinculación entre la Constitución real y teleológica, por un lado, y la Constitución jurídico-positiva, por el otro, es indudable, en cuanto que ésta no es sino *la forma normativa* de la *materia normada,* que es aquélla.

En la segunda hipótesis no hay adecuación entre ambas, en el sentido de que la Constitución real y teleológica no se convierte en el *substratum* de la Constitución jurídico-positiva, o sea, que una y otra se oponen o difieren, circunstancia que históricamente ha provocado la ruptura del orden social, político y económico establecido normativamente. De esto se infiere que la vinculación entraña la legitimidad o autenticidad de una Constitución jurídico-positiva y la inadecuación, su ilegitimidad o su carácter obsoleto, ya que o se impone a la Constitución real o no responde a la Constitución teleológica de un pueblo.

Conforme a la lógica jurídica, toda Constitución positiva debe ser el elemento normativo en que trascienden las potestades de autodeterminación

y autolimitación de la soberanía popular, las mismas que traducen el *poder constituyente* (mediante el principio político democrático). En efecto la autodeterminación del pueblo se manifiesta en la existencia de un orden jurídico, que por sí solo excluye la idea de arbitrariedad. El Derecho, pues, en relación con el concepto de poder soberano, se sustenta como el medio de realización normativa de la capacidad autodeterminativa.

Ahora bien, la autodeterminación, lo mismo que la autolimitación, pueden operar por el Derecho positivo en forma directa o indirecta o, mejor dicho, originaria o derivada. En efecto, el orden jurídico de un Estado que implica uno de los elementos de su sustantividad, comprende todo un régimen normativo que suele clasificarse en dos grandes grupos o categorías o disposiciones de Derecho: *a) las constitucionales,* que forman un todo preceptivo llamado *Constitución en sentido jurídico positivoy b) las secundarias,* emanadas de ésta, que a su vez se subdividen en varios cuerpos legales de diversa índole, a saber: sustantivas, orgánicas, adjetivas, locales, etc.

Pues bien, es la *Constitución* la que directa y primordialmente objetiva y actualiza las facultades de autodeterminación y autolimitación de la soberanía popular, por lo que recibe también el nombre de *Ley fundamental.* Se basan en la calificación, organización y funcionamiento del gobierno del Estado o del pueblo (autodeterminación) y establece las normas que encauzan el poder soberano (autolimitación). La Constitución consigna, en primer término, derechos públicos subjetivos (entiéndase, derechos fundamentales y/o constitucionales) que el gobernado puede oponer al poder público estatal; y en segundo lugar, establece competencias expresas y determinadas, como condición *sine qua non* de la actuación de los órganos constitucionales de gobierno. Esta tipología de Constitución es la que aceptan, por ejemplo la reforma y la enmienda constitucional.

Por lo que respecta a la enmienda constitucional hemos de significar que es una vieja práctica que emplea la Constitución norteamericana de 1787, en actual vigencia, y que precisamente tiene 27 enmiendas a la fecha, las mismas que se incluyen *al final de su texto,* y no dentro del propio cuerpo constitucional. Los Estados Unidos ofrecen un ejemplo típico, —recuerda el maestro ovetense Adolfo G. Posada— de cómo se produce, evolutiva y expresamente a la vez, una transformación constitucional por obra de la acción interpretativa de la jurisprudencia, tan poderosamente iniciada por el juez Marshall, y de los hombres de Estado, como Hamilton, Jackson, Wilson..., y especial y principalmente merced al cambio de potencialidad de los elementos políticos y sociales con sus órganos los partidos y los grupos representativos de los intereses colectivos[361].

[36] *Vid.,* en tal sentido, el libro clásico de Adolfo G. Posada: *La reforma constitucional,* Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1931, pág. 11.

El artículo 5 de la Constitución norteamericana señala: "El Congreso, siempre que dos tercios de ambas Cámaras lo consideren necesario, propondrá enmiendas a esta Constitución o, a pedido de las Legislaturas de dos tercios de los diversos Estados, convocará a una convención para proponer enmiendas, las cuales en ambos casos serán válidas para todos los fines y propósitos de esta Constitución, cuando sean ratificadas por las Legislaturas de las tres cuartas partes de los diversos Estados, o convenciones reunidas en tres cuartas partes de los mismos, según uno u otro modo de ratificación haya sido propuesto al Congreso; ello siempre que antes del año mil ochocientos ocho no se haga ninguna enmienda que de cualquier manera afectara las cláusulas primera y cuarta de la novena sección del artículo primero y que ningún Estado, sin su consentimiento, sea privado de la igualdad de sufragio en el Senado"[37].

Es, sin embargo, la actual Constitución de Venezuela, aprobada mediante el refrendo constituyente, a los 15 días del mes de diciembre de 1999, la que establece claramente la diferencia entre enmienda constitucional y reforma constitucional. Al respecto, el artículo 340 apunta lo siguiente: "La enmienda tiene por objeto la adición o modificación de uno o varios artículos de esta Constitución, sin alterar su estructura fundamental". A su turno, el artículo 342 prescribe: "La reforma constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitucional".

V. LA POSICIÓN DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Como es de conocimiento público, el 26 de mayo de 2001 el Poder Ejecutivo nombró una Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional, que instalada el 6 de junio, terminó sus labores el 16 de julio. Dicha Comisión, compuesta de 28 miembros, debatió largamente todos los temas de la agenda, los que fueron finalmente aprobados por consenso y en mayoría. El último tema, relativo al procedimiento de reforma constitucional, corrió a cargo de Domingo García Belaunde, y fue presentado al seno de la Comisión, y que luego de ser debatido, se aprobó con algunas enmiendas, que en realidad no cambian el sentido básico de la propuesta (y así figura en el informe oficial publicado por el Ministerio de Justicia). El proyecto original había quedado inédito en los archivos, y por eso es que ahora se publica con la autorización del autor para difundirlo con fines estrictamente académicos. Tiene el tenor literal que sigue:

[37] Sobre el tema, *vid.* C. Herman Pritchett: *La Constitución americana,* Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1965, págs. 49-61.

PROCEDIMIENTOS PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

- La Comisión ha estimado conveniente presentar un conjunto de posibilidades para la reforma constitucional, teniendo como base la Constitución de 1979, pero a su vez aceptando como realidad que el país desde 1993 se rige por la Constitución sancionada ese año, no obstante encontrarse totalmente deslegitimada.
- Por eso plantea algunos caminos a seguir, que sin ánimo exhaustivo, podemos enumerar de la siguiente manera.

  1. Primera alternativa

     Lo primero que debe aceptar el Congreso de la República, de ser posible en el mismo mes de agosto del año en curso, es declarar la nulidad de la Constitución de 1993, y poner en vigencia la de 1979. Los argumentos que sustentan esta medida, son las siguientes:

- El artículo 307 de la Constitución de 1979, en cuanto estipula que dicha Carta no perderá vigencia en ningún caso, y que todos están obligados a restablecerla, tan pronto sea posible.
- El que la Constitución de 1993 fue aprobada por un Congreso Constituyente Democrático fruto de un golpe de Estado y en dependencia de un gobierno autoritario y corrupto, como los hechos posteriores lo han confirmado.
- Que adicionalmente, la Constitución de 1993 fue aprobada en un debate parlamentario controlado y no libre, y ratificado por un referéndum que se realizó sin ninguna seguridad ni garantía en sus resultados, y con un propósito fraudulento.
- Que la Constitución de 1993 sólo ha servido como un instrumento de la dictadura, pues ha sido vaciada de contenido, incumplida en los pocos preceptos novedosos y democráticos que fueron incorporados, y adicionalmente, ha servido para proteger actos de corrupción y de violación de los derechos humanos, perdiendo así cualquier eventual legitimidad que pudiera haber tenido o que hubiera aspirado a tener (si bien no tuvo legitimidad de origen, bien pudo tener legitimidad de ejercicio, de la que también careció).

Sin embargo, en el mismo acto, deben aclararse convalidadas todas las acciones, nombramientos, compromisos, etc., que hayan sido hechas bajo su imperio, incluyendo aspectos tributarios, financieros, administrativos, judiciales, etc., con independencia a su revisión futura, en caso de que el tiempo transcurrido y las leyes correspondientes, así lo configuren y posibiliten.

Expresamente debe señalarse que:

- Se mantienen los derechos humanos aprobados por los tratados internacionales de la materia, y ratificados por el Perú.
- Se deja en suspenso la parte relativa a los aspectos laborales, de seguridad social, salud y bienestar, y régimen agrario.
- La institución del Defensor del Pueblo debe mantenerse como tal, con sus atribuciones.
- El actual Congreso de la República pasa a llamarse Cámara de Diputados.
- Debe mantenerse el nombre del Tribunal Constitucional, con sus miembros y competencias actuales, hasta que sea renovado totalmente.
- Se convoca a elecciones para una Asamblea Constituyente de 80 miembros, para que en el plazo de seis meses introduzca en la Constitución de 1979, los cambios que correspondan. Al término de su mandato, de los 80 constituyentes, 45 pasarán a formar el Senado (por sorteo), y los 35 restantes se incrementarán a la Cámara de Diputados, que de esta manera tendrá un total de 115 miembros.
- Se establece que la ONPE es parte integrante del Jurado Nacional de Elecciones. En igual sentido, lo es el RENIEC. Ambos dependerán del Jurado, en tanto se hagan las reformas correspondientes.
- Los cambios efectuados serán sancionados por un referéndum posterior.
- Se mantienen las prerrogativas del Consejo Nacional de la Magistratura en lo que se refiere a la ratificación.
- Se establecerán las disposiciones transitorias que sean necesarias.

2. Segunda alternativa

   Utilizar los propios medios que la actual Constitución señala en su artículo 206, y mediante ella, proceder a la modificación constitucional en todo aquello que se considere pertinente. Utilizando este mecanismo, pueden introducirse las modificaciones que correspondan y se puede tener como resultado una Constitución de 1993 actualizada, mejorada sustancialmente y sobre todo, legitimada. Con todo, queda el problema de mantener su estructura y sobre todo los nombres de los que usurparon funciones y que aparecen como firmantes del documento, así como quien lo promulgó, lo cual no es lo más recomendable. Es cierto que para efectos prácticos se trata de un nuevo texto democrático y legítimo, pero queda la impronta autoritaria, que no es lo más adecuado.

3. Tercera alternativa

   Utilizar los mecanismos que la actual Constitución de 1993 prevé para la reforma constitucional, teniendo en cuenta lo siguiente:

- Introducir una reforma total incorporando la Constitución de 1979, aprobando esta decisión en dos legislaturas ordinarias sucesivas o en una, y ulterior ratificación en referéndum.
- Simultáneamente, introducir las reformas de actualización a la Carta de 1979, con las correspondientes disposiciones transitorias, estableciendo los plazos correspondientes.

4. Cuarta alternativa
   Aprobar una ley de referéndum para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, en su caso, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución.
5. Quinta alternativa
   Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello.

Lima, agosto de 2001.

VI. CONCLUSIONES PROVISIONALES

A la vista de lo que venimos diciendo, y tomando como norte los dictados constitucionales, importa señalar, amén de otras, las siguientes conclusiones:

1. Desde un punto de vista sistemático, no quepa duda alguna que la técnica de la reforma constitucional (como concepto derivado del de Constitución, decía Carl Schmitt) es un ejercicio más de la democracia representativa, en la inteligencia que los actores políticos (parlamentarios, constituyentes) respeten el sentido y la voluntad de la norma y de la realidad constitucional.
2. El *modus operandi* de la reforma constitucional, como un procedimiento normativamente regulado, adapta el texto constitucional a la cambiante dinámica realidad política, producto de la actividad de los agentes sociales (como únicos depositarios de la soberanía nacional) a través de la Constitución material. Por ello, la iniciativa de la reforma debe respetar el sentir del poder constituyente originario, y de sus manifestaciones de voluntad.
3. El mecanismo de la reforma constitucional"' se propone desarrollar un balance permanente y positivo entre las necesidades de una verdadera

[38] Según Carl Schmitt, lo cual nos parece acertadísimo, la palabra "reforma constitucional" (revisión) es inexacta porque no se trata de reformas de la Constitución misma, sino tan

estabilidad jurídico-constitucional y los permanentes requerimientos de cambio político. Para ello se debe tener presente que la norma constitucional no nace *in vitro,* sino al fluir de las exigencias de la comunidad política, quien ostenta la legitimidad democrática.

4. También resulta preciso señalar que la Constitución, en tanto es Ley suprema, incluye dentro de su seno las vigas maestras del ordenamiento jurídico, y sobre este edificio tendrá que construirse el tan ansiado *Estado Constitucional. Y* si la reforma constitucional, en el orden práctico, no ha respetado —error antidemocrático— el mecanismo a seguir, dicha Constitución está sentenciada a desaparecer.
5. La reforma constitucionalD[9] no puede obviar el proceso de mundialización de las ideas democráticas y las transformaciones (una suerte de eclosión dirá Néstor Pedro Sagüés) del Derecho Constitucional, el cambio político y la revertebración del orden constitucional y que se pueden traducir en los siguientes aspectos: *a)* la globalización, *b)* la apertura de fronteras, *c)* la relativización de los términos "Constitución" y "soberanía", *d)* el despegue del Derecho Internacional de los derechos humanos, y como tal, el reconocimiento y cumplimiento de los Estados-parte de los tratados, pactos, protocolos, convenciones o instrumentos donde se reafirman en definitiva, el principio de dignidad de la persona humana como el valor moral más importante que tiene el hombre, y *e)* la función creadora del juez constitucional, sobre la base de la actividad jurisdiccional que le toca desarrollar, mediante la integración y la creación *(iuris dictio)* del Derecho.
6. En buena medida, el principio democrático de la participación popular como basamento en los procesos de reforma constitucional, mejor dicho, la participación del pueblo (como titular del poder constituyente) es fundamental, ora en el momento de la iniciativa, ora en el momento de la ratificación a través del referéndum, sin trastocar el entramado organizativo.

---

sólo de las determinaciones legal-constitucionales. Sin embargo, recomienda conveniente consignar la expresión por ser usual hoy.

[39] Una visión completa y exhaustiva se puede consultar en Javier Pérez Royo: La reforma de la Constitución, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987. Del mismo autor se puede revisar los comentarios que realiza a los artículos 166, 167, 168 y 169 de la Constitución de España de 1978, en Oscar Alzaga Villaamil: Comentarios a la Constitución española de 1978, t. XII, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, págs. 413-513. También, vid. Pablo Pérez Tremps: "El alcance jurídico y político de la primera reforma constitucional en España", en AA.VV. Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya, t. II, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, págs. 873-888, en especial el desarrollo de la función que le tocó desempeñar al Tribunal Constitucional en su día.

7. Finalmente, parafraseando a José Ortega y Gasset: "Si las constituciones deben ser como el galgo, o sea piel y huesos, ¿a qué llenarlas de tejido adiposo?". Tal aserto es válido al momento de llevar adelante el procedimiento de la reforma constitucional, y como consecuencia de ello afianzarse el sentimiento constitucional *(Verfassungsgefühl).*

VII. APÉNDICE. LA RECIENTE REFORMA CONSTITUCIONAL EN CUBA DEL 26 DE JUNIO DE 2002 (UN CASO SINGULAR)[14o]

Un caso bastante especial es el que nos ofrece el modelo de reforma adoptado por Cuba no hace sino unos pocos meses. En efecto, una rápida ojeada de los contenidos que se propugna a través de la consabida Ley de Reforma nos permite apreciar que dicho país ha incorporado a sus técnicas reformatorias las llamadas *cláusulas pétreas* o de *intangibilidad,* disposiciones que como bien se sabe, apuntan a garantizar un estado de invulnerabilidad o irreversibilidad en los contenidos constitucionales. Prueba irrefutable de que dicho esquema es adoptado por el modelo en mención se corrobora desde la sola supresión a toda referencia de las llamadas reformas totales o parciales originalmente reconocidas como opciones modificatorias en el texto primigenio del artículo 137 de la Constitución cubana *y* su sustitución por un texto genérico, que a pesar de reconocer la capacidad reformatoria, la somete a evidentes condicionamientos.

Si cabe hablar así para el nuevo texto, queda claro que si bien la Constitución puede ser reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo adoptado, en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de sus integrantes, tal procedimiento de ninguna forma puede recaer sobre el sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable ha quedado establecido en el artículo 3 del Capítulo I. Dicho sea de paso, tampoco y por otra parte se puede aventurar una reforma cuando ésta pretenda desconocer la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera.

Que, como complemento a lo dicho, la Ley de Reforma haya establecido que: "El socialismo y el sistema político y social revolucionario... probado

[40] Acerca de los textos constitucionales en el devenir de su historia, *vid.* Andrés Ma. Lazcano y Mazón: *Las constituciones de Cuba,* Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952. Antecede Prólogo de Manuel Fraga Iribarne; y *Constituciones cubanas desde 1812 hasta nuestros días,* edición e introducción de Leonel-Antonio de la Cuesta y recopilación bibliográfica de Rolando Armando Alum Linera, Ediciones Exilio, New York, 1974. La Constitución de 1901 se puede consultar también en *Constituciones de Europa y América,* t. II, selección de textos vigentes, traducción y notas de Nicolás Pérez Serrano y Carlos González Posada, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1927, págs. 39-75. Antecede Estudio preliminar de Adolfo G. Posada.

por años de heroica resistencia frente a las agresiones de todo tipo y la guerra económica de los gobiernos de la potencia imperialista más poderosa que ha existido... es irrevocable, y Cuba no volverá jamás al capitalismo" (adición al texto del artículo 3) o que: "Las relaciones económicas, diplomáticas y políticas con cualquier Estado no podrán ser jamás negociadas bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera" (adición al texto del artículo 11); no hace sino reflejar, al margen del calibrado matiz ideológico (explicado por lo demás, dadas las peculiares características gubernamentales de dicho país) una férrea voluntad de dotar a la Constitución cubana de mecanismos que aseguren su pervivencia de fondo por encima de eventuales procedimientos de modificación futura.

Si, en todo caso, la opción acogida no es practicable —engañosa, por tanto, sino errónea— dependerá en buena medida no sólo de la existencia de mecanismos jurídicos complementarios (un eventual control constitucional de las reformas, hasta hoy inexistente en dicho país) sino de la propia concepción de soberanía popular que a futuro se maneje. Sin embargo eso es algo en lo que por ahora no se puede hacer mayores especulaciones, salvo las que aparecen objetivamente en el documento examinado.

He aquí el texto:

LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE CUBA DEL 26 DE JUNIO DE 2002

Ricardo Alarcón de Quesada, presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular
HAGO SABER: que la Asamblea Nacional del Poder Popular en Sesión Extraordinaria celebrada el día 26 del mes de junio del 2002, en votación nominal, conforme a las reglas que establece en su Capítulo XV, Artículo 137, la Constitución de la República, adoptó por unanimidad el Acuerdo No. - mediante el cual habilitó la siguiente Ley de Reforma Constitucional:
POR CUANTO: El pueblo de Cuba, titular del poder soberano del Estado y por ende del poder constituyente de la nación, que se traduce en la Constitución vigente cuyo anteproyecto original, discutido y analizado por millones de personas que aportaron sus ideas y modificaciones al texto presentado, posteriormente aprobada en referendo nacional mediante el voto libre, directo y secreto del 97,7% de los electores que acudieron a las urnas y proclamada el 24 de febrero de 1976.

POR CUANTO: El pueblo de Cuba, en un proceso plebiscitario popular, puesto de manifiesto en la Asamblea Extraordinaria de las direcciones nacionales de las organizaciones de masas, actos y marchas a todo lo largo

y ancho del país, donde participaron más de nueve millones de personas y luego mediante la firma pública y voluntaria de 8 198 237 de electores, han solicitado a la Asamblea Nacional del Poder Popular reformar la Constitución de la República.
POR TANTO: La Asamblea Nacional del Poder Popular, expresando la voluntad del pueblo de Cuba y en uso de la potestad que le confiere el Artículo 70 y en correspondencia con el inciso *a)* del Artículo 75 y el Artículo 137, todos de la Constitución de la República, acuerda la siguiente:

LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Artículo 1: Se modifica el Capítulo I, Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado del modo que sigue:
a) Adicionar un párrafo al final del Artículo 3.
b) Adicionar un párrafo al final del Artículo 11.
Los que quedan redactados de la forma siguiente:
Artículo 3.- En la República de Cuba la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. Ese poder es ejercido directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan, en la forma y según las normas fijadas por la Constitución y las leyes.
Ricardo Alarcón leyó el proyecto que fue aprobado en la sesión extraordinaria.
Todos los ciudadanos tienen el derecho de combatir por todos los medios, incluyendo la lucha armada, cuando no fuera posible otro recurso, contra cualquiera que intente derribar el orden político, social y económico establecido por esta Constitución.
El socialismo y el sistema político y social revolucionario establecido en esta Constitución, probado por años de heroica resistencia frente a las agresiones de todo tipo y la guerra económica de los gobiernos de la potencia imperialista más poderosa que ha existido y habiendo demostrado su capacidad de transformar el país y crear una sociedad enteramente nueva y justa, es irrevocable, y Cuba no volverá jamás al capitalismo.
Artículo 11.- El Estado ejerce su soberanía:
a) sobre todo el territorio nacional, integrado por la Isla de Cuba, la Isla de la Juventud, las demás islas y cayos adyacentes, las aguas interiores y el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que sobre éstos se extiende;
b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país;

c) sobre los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica marítima de la República, en la extensión que fija la ley, conforme a la práctica internacional.

La República de Cuba repudia y considera ilegales y nulos los tratados, pactos o concesiones concertados en condiciones de desigualdad o que desconocen o disminuyen su soberanía y su integridad territorial.

Las relaciones económicas, diplomáticas y políticas con cualquier otro Estado no podrán ser jamás negociadas bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera.

Artículo 2: Se modifica el Capítulo XV, Reforma Constitucional, en la forma siguiente:

a) Suprimir en el Artículo 137, primer párrafo, las palabras: "...total o parcialmente..." y en el segundo párrafo, las palabras: "...es total o...".
b) Adicionar al final del primer párrafo del Artículo 137: "...excepto en lo que se refiere al sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable lo establece el Artículo 3 del Capítulo I, y la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranj era".

El cual queda redactado de la manera que sigue:

Artículo 137.- Esta Constitución solo puede ser reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular mediante acuerdo adoptado, en votación nominal, por una mayoría no inferior a las dos terceras partes del número total de sus integrantes, excepto en lo que se refiere al sistema político, económico y social, cuyo carácter irrevocable lo establece el Artículo 3 del Capítulo I, y la prohibición de negociar acuerdos bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera.

Si la reforma se refiere a la integración y facultades de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, requiere, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la propia Asamblea.

Artículo 3: Adicionar al final del texto constitucional, luego del Capítulo XV, Artículo 137, una Disposición Especial, que exprese lo siguiente:

DISPOSICIÓN ESPECIAL.- El pueblo de Cuba, casi en su totalidad, expresó entre los días 15 y 18 del mes de junio del 2002, su más decidido apoyo al proyecto de reforma constitucional propuesto por las organizaciones de masas en asamblea extraordinaria de todas sus direcciones nacionales que había tenido lugar el día 10 del propio mes de junio, en el cual se ratifica en todas sus partes la Constitución de la República y se propone que el carácter socialista y el sistema político y social contenido en ella sean

declarados irrevocables, como digna y categórica respuesta a las exigencias y amenazas del gobierno imperialista de Estados Unidos el 20 de mayo del 2002.
Todo lo cual fue aprobado por unanimidad, mediante el Acuerdo No. - adoptado en sesión extraordinaria de la V Legislatura, celebrada los días 24, 25 y 26 del mes de junio del 2002.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA: Teniendo en cuenta las modificaciones realizadas por esta Ley de Reforma Constitucional, corríjase en lo pertinente e imprímase íntegramente en un solo texto con carácter oficial la Constitución de la República de Cuba con las reformas aquí aprobadas y en el correspondiente texto único consígnese las fechas y demás datos de la presente Reforma.
SEGUNDA: Se derogan cuantas disposiciones legales se opongan al cumplimiento de lo establecido en la presente Ley.
TERCERA: Esta Ley de Reforma Constitucional comenzará a regir a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial de la República.
Dada en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular, Palacio de las Convenciones, Ciudad de La Habana, a los 26 días del mes de junio de 2002, "Año de los Héroes Prisioneros del imperio".

Huancayo, setiembre de 2011.
Lima, setiembre de 2013.

LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y SUS PROBLEMAS

FRANCISCO MORALES SARAVIA [111]

SUMARIO: I. Introducción. II. La Constitución de 1979. III. La Constitución de 1993. IV Comisión de estudio de las bases de la Reforma Constitucional del Perú (2001) V Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones constitucionales del Congreso de la República (2002). VI. Argumentos a favor de la reforma total de la constitución. VII. Argumentos en contra de la reforma total de la constitución. VIII. Causas por las cuales la constitución de 1993 se mantiene. IX. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

En diciembre de este año la Constitución Política de 1993 cumplirá 20 años de vigencia, sin embargo, desde su promulgación ha tenido muchos críticos. Lo paradójico es que dicha Carta Política no solo rigió durante el régimen autoritario de Alberto Fujimori, instaurado después de su autogolpe (1992), sino que fue el marco jurídico para que el gobierno de transición de Valentín Paniagua (2000-2001), el gobierno de Alejandro Toledo (2001-2006), el segundo gobierno de Alan García (2006-2011) y el gobierno de 011anta Humala (2011-2016) implementen sus políticas de gobierno. Los cuatro últimos Presidentes [121], así como los Congresistas, han jurado ante ella y hoy es la Constitución que fundamenta este ciclo democrático del siglo XXI, instaurado en el Perú en noviembre de 2000 con el Gobierno de Transición, que es el más largo de los últimos 100 años.

De otro lado, varios órganos constitucionales, de vital importancia hoy, como el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Academia de la Magistratura, la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), el Registro Nacional de Identificación y Estado

---

[1] Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. Ex Secretario General del TC. Profesor en la Academia de la Magistratura.

[2] A pesar que el día en que asumió la presidencia el Presidente 011anta Humala dijo:"Juro por la patria que ejerceré fielmente el cargo de presidente de la República, que me ha confiado la nación por el periodo presidencial 2011-2016. Que defenderé la soberanía nacional, el orden constitucional y la integridad física y moral de la república y sus instituciones democráticas, honrando el espíritu, los principios y valores de la Constitución del 1979."

Civil (RENIEC) le deben su existencia y legitimidad. Incluso, algunos derechos como el Referéndum han sido ejercidos como en el caso del FONAVI.

Igualmente el ciclo de expansión capitalista y neoliberal iniciado en los noventas por Fujimori y vigente hasta hoy tiene uno de sus soportes jurídicos más importantes en el régimen económico de la Constitución de 1993. Ni las críticas, ni las promesas electorales de cambio constitucional en cada elección presidencial han podido modificarla o reformarla totalmente.

El momento más próximo para concretar una reforma total de la Constitución vigente fue hace más de una década con el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República (2002) que presidió el ex Congresista Henry Pease García. Sin embargo, debido a la crisis política de legitimidad del Gobierno de Alejandro Toledo no se dieron las condiciones para seguir adelante con la reforma total de la Constitución y el proyecto de nueva Constitución quedó en el olvido.

En el presente ensayo analizaremos el recorrido de la propuesta de reforma constitucional, ocurrida después de la caída del régimen de Alberto Fujimori, los argumentos a favor de la reforma total de la Constitución, los argumentos en contra y las razones por las cuales hasta hoy no ha prosperado el cambio de la Constitución de 1993.

II. LA CONSTITUCIÓN DE 1979

La Asamblea Constituyente de 1978 y su obra la Constitución de 1979 representan un buen ejemplo de "momento constituyente", pues el Perú salía de la Dictadura Militar hacia una Democracia con una nueva Constitución elaborada por los representantes de todos los partidos políticos, de las más diversas corrientes ideológicas, y una Asamblea presidida por el político más influyente del siglo XX, Víctor Raúl Haya de la Torre, acompañado de una clase política que había vivido cortos períodos de democracia y muchas dictaduras. Por tanto, los autores de la Constitución de 1979 tenían un inmejorable contexto político para llevar a cabo una Constitución democrática.

Muchos de los Constituyentes se convirtieron en la clase política de los ochenta y noventa, un ejemplo es el ex constituyente y dos veces Presidente de la República Alan García Pérez, activo políticamente hasta el día de hoy.

La Constitución de 1979 tiene un profundo contenido social y una enorme preocupación por la dignidad de la persona, prueba de ello es su preámbulo, una obra maestra que resume lo mejor del pensamiento social del siglo XX. Recordemos, hasta la Constitución de 1979 la historia política tuvo como

protagonista principal a las Dictaduras. Dicha Constitución tuvo como fuente lo mejor del Constitucionalismo de Posguerra, incluido el proyecto de la Constitución Española de 1978, notable Constitución que recogió lo mejor de Europa. Ello explica el amplio catálogo de derechos constitucionales, incluidos los derechos económicos y sociales[3], pues casi siempre en las Dictaduras y en las guerras los hombres llegan a extremos inimaginables en el desprecio y agresión para con el semejante; en otras palabras, la experiencia vivida por los constituyentes determinó una Constitución personalista y humanista.

En relación a su régimen económico debemos tener en cuenta que fue producto de su tiempo: El Estado de Bienestar era el modelo ideal en aquella época para hacer frente al modelo Soviético. Asimismo, había que preservar los "logros" de la era militar con un Estado empresario y con fuerte presencia en la economía.

En cuanto a la estructura de poder la historia política estuvo presente en el diseño del Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Gran novedad fue la introducción del Tribunal de Garantías Constitucionales y los hoy llamados procesos constitucionales.

Sin duda el balance de la Constitución de 1979 es sumamente positivo desde el punto de vista jurídico, sin embargo, los "huaycos" [4] de la política peruana se encargarían de arrasarla al igual que dicho fenómeno natural lo hace con los poblados de la sierra del Perú.

III. LA CONSTITUCIÓN DE 1993

El Perú de inicios de la década del noventa se encontraba sitiado por el terrorismo de Sendero Luminoso y el MRTA, por la hiperinfiación, por la crisis política y por la mala compañía que hasta ahora está presente en casi todos nuestros gobiernos: la corrupción. En este escenario nada más fácil y cómodo que, usándolos como justificación, dar un golpe de estado (5 de abril de 1992). De Presidente elegido democráticamente, Alberto Fujimori, pasó a Dictador,

[3] La Constitución de 1979 fue generosa en su catálogo de derechos sociales pues incorporó casi todas las conquistas del Constitucionalismo social: Jornada laboral de 8 horas, estabilidad laboral, negociación colectiva, libertad sindical y huelga, entre otras muchas.

[4] Un huayco o huaico (del quechua *wayqu* «quebrada»), también llocila (quechua: *Iluqlla,* `aluvión'), es una violenta inundación de aluvión donde gran cantidad de material del terreno de las laderas es desprendido y arrastrado por el agua vertiente abajo hasta el fondo de los valles, causando enormes sepultamientos a su paso. En términos científicos modernos, según el Proyecto Multinacional Andino, un huayco se conoce como flujos de detritos, o flujo de escombros, esto depende de la cantidad de sedimento y bloques que traiga. http://es.wikipedia.org/wiki/Corrimientode_tierra#Huaico

como otros tantos en nuestra historia. Lo paradójico es que su autogolpe fue ampliamente respaldado por la población. Con lo cual se comprobaba que la actuación de nuestra clase política en una década había llevado al descrédito a la democracia y una vez más fue liquidada y pasó a ser nada más que una ilusión.

Por presión de la Comunidad Internacional, sobre todo de la Organización de Estados Americanos (OEA), el gobierno de Fujimori se vio forzado a convocar a elecciones para un Congreso Constituyente Democrático (CCD) 1992, el cual durante 1993 tuvo la tarea de elaborar una nueva Constitución y ejercer las funciones de Congreso Unicameral hasta las elecciones generales de 1995. Finalmente, la Constitución aprobada por el CCD fue sometida a referéndum y puesta en vigor en diciembre de 1993.

Como se puede apreciar, a diferencia de la Constitución de 1979, la Constitución de 1993, no fue para salir de una dictadura sino para legitimarla y darle una careta democrática, en palabras de Valentín Paniagua Corazao, se trataba de un "Estatuto de ocupación".

Dicha Constitución fue elaborada en base a la Constitución de 1979. Carlos Torres y Torres Lara se encargaría de fundamentar y justificar las bondades del nuevo texto y criticar el anterior:

> "La Constitución del 79 (socialdemócrata y/o demócrata cristiana) respondió a los sanos impulsos de su generación, pero lamentablemente fue dictada al final y no al comienzo del período que le correspondía..."
>
> "La Constitución del 79 debió dictarse en la década del 40 o 50 y habría tenido buena vida por lo menos por medio siglo. Pero el Aprismo y la Democracia Cristiana (DC o PPC) no lograron conciliar sus diferencias hasta fines de las década del 70, agregándose a esto la visión ya muy atrasada del marxismo de Mariátegui que lucho contra la corriente, hasta negarse a suscribir la Constitución. Todo retardó la llegada de la Constitución Social Demócrata y Social Cristiana hasta la década del 80, justo cuando, debido a cambios tecnológicos imprevisibles, concluyeron los regímenes de economía cerrada, proteccionistas, corporativos y de control de la microeconomía. Lo que hasta el 80 era bueno conforme a los hechos concretos de la economía, se tornó entonces entorpecedor de su desarrollo." [5]

Como se aprecia, el principal argumento de Torres y Torres Lara, ideólogo y artíficem, para justificar la necesidad de una nueva Constitución fue el cambio del régimen económico. Sin duda, el gobierno de Fujimori fue el que

[5] Carlos Torres y Torres Lara. La Constitución Económica en el Perú. Desarrollo y Paz editores. 1994. Lima. Págs. 19 a 22.

[6] Fue Presidente de la Comisión de Constitución del CCD.

inició este ciclo de expansión capitalista y neoliberal que ya lleva en el Perú más de veinte años. Primero fue la política económica neoliberalm, con su liberalización del mercado de las importaciones, privatizaciones, fiexibilización laboral, facilidades para la inversión extranjera, entre otras medidas (dimensión económica)m, después en segundo lugar el Golpe de Estado (dimensión política) para profundizar las reformas económicas y combatir al terrorismo, con un régimen autoritario hasta su caída en noviembre del 2000, y tercero la elaboración de una nueva Constitución (dimensión jurídica) con el fin de legitimar el modelo político económico implantado.

La Constitución de 1993 diseñó un modelo político cuyo eje era la Presidencia de la República con reelección presidencial, luego eliminada, con atribuciones y competencias que hacen del Presidente el funcionario más poderoso en el Estado Peruano" Un Congreso Unicameral disminuido, para legitimar al CCD, entre otras muchas disposiciones. Como compensación, se crearon la Defensoría del Pueblo, un nuevo Tribunal Constitucional, se reformuló el Consejo Nacional de la Magistratura y se creó un Sistema electoral.

En relación a los derechos, fiel a su espíritu neoliberal, la Constitución de 1993 mantuvo un amplio catálogo de derechos civiles y políticos. Sin embargo, disminuyeron notablemente los derechos sociales [1101] . Eso sí, incorporaron instituciones de la democracia directa, como el referéndum, la iniciativa popular en la elaboración de las leyes, entre las más importantes, como una forma de compensación por los recortes en los derechos sociales.

IV. COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL PERÚ **(2001)**

Instaurado el Gobierno de Transición democrática, luego de la caída del régimen de Alberto Fujimori, el Gobierno de Valentín Paniagua, a través del

[7] Cosa distinta ocurrió en el Brasil, por ejemplo, cuando en la década de los noventa se hicieron cerca de 26 reformas a la Constitución de 1988 para liberalizar muchos de sus contenidos sociales. Ver: José Afonso da Silva: Acertos e desacertos das reformas constitucionais. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional N.° 1, Tribunal Constitucional, Lima, 1999. Págs. 288 a 296.

[8] Recordemos el ajuste económico de 1990, la Delegación de facultades legislativas que produjo el paquete de Decretos Legislativos de 1991que liberalizaba una serie de aspectos del Rol del Estado en la economía.

[9] Para un análisis amplio sobre la Presidencia en la Constitución de 1993 ver: Carlos Blancas Bustamante: El Poder Ejecutivo presidencial. En: Pensamiento Constitucional. Año III N.° 3. Lima. 1996. Págs. 85-101.

[10] Por ejemplo fue suprimida la estabilidad laboral, el derecho a la vivienda, la regulación del salario mínimo, entre otros.

Ministerio de Justicia, conformó una Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional. La Comisión decidió no preparar un articulado pues consideraba que dicha tarea le correspondía al Congreso de la República que entraría en funciones en julio de 2001.

El Documento fue elaborado por un selecto grupo de profesores de Derecho Constitucional y algunos políticos encabezados por Domingo García Belaunde en la parte técnica y Diego García Sayán en la parte política, pues como Ministro de Justicia le tocaba presidir la Comisión. En términos generales se trata de un excelente trabajo para emprender cualquier reforma a la Constitución de 1993. Creemos que es de obligada consulta, pues sobre la base de la Constitución de 1979 y de los aspectos positivos de la Constitución de 1993 se elaboraran propuestas que en algunos casos solo hay que darles forma de artículo. Presenta una amplia propuesta técnica [1111] y tres alternativas para el procedimiento de la Reforma de la Constitución de 1993[121].

---

[11] Los lineamientos propuestos por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional son los siguientes: 1. Preámbulo 2. Principios fundamentales 3. Derechos fundamentales 4. Deberes de la persona 5. Del Estado y la Nación a. Estado b. Nacionalidad c. Territorio d. Integración e. De los tratados 6 Régimen económico a. Principios rectores del orden económico b. Medio Ambiente y Recursos Naturales c. Propiedad d. Régimen Financiero y presupuestario e. Deuda Pública f. Presupuesto g. Régimen de la Contraloría General h. Banca Central y régimen bancario 7. Estructura del Estado a. Congreso b. Gobierno 8. Regímenes de Excepción 9. Servicio de Justicia a. Autonomía de los órganos del servicio de justicia b. Poder Judicial c. Ministerio Público d. Consejo Nacional de la Magistratura e. Justicia Militar f. Justicia Policial g. Medios alternativos h. Funciones jurisdiccionales de las autoridades comunales 10. Tribunal Constitucional 11. Defensoría del Pueblo 12. Bases y principios del Estado descentralizado a. Los gobiernos locales b. Los gobiernos departamentales c. Articulación y coordinación local y departamental 12. Defensa Nacional y Orden Interno 13. Régimen Electoral a. Tribunal Supremo electoral b. De los partidos políticos 14. De la Administración pública a. De la función pública 15. Procesos constitucionales 16. Reforma constitucional 17. Clausula de salvaguarda. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Ministerio de Justicia. Lima, 2001.

[12] Un resumen de las propuestas es: Primera alternativa: Lo primero que debe aceptar el Congreso de la República, de ser posible el mismo mes de agosto del año en curso, es declarar la nulidad de la Constitución de 1993, y declarar la vigencia de la Carta de 1979. En el mismo acto deben declararse convalidadas todas las acciones, nombramientos, compromisos, etc., que hayan sido hechas bajo su imperio, incluyendo aspectos tributarios, financieros, administrativos, judiciales, etc. con independencia de su revisión futura, en los casos que el tiempo transcurrido y las leyes correspondientes, así lo configuren y posibiliten. Segunda alternativa: Utilizar los mecanismos que la actual Constitución de 1993 prevé para la reforma constitucional, teniendo en cuenta lo siguiente: a) Introducir una reforma total incorporando la Constitución de 1979, aprobando esta decisión en dos legislaturas ordinarias sucesivas o en una y ulterior ratificación en referéndum b) Simultáneamente, introducir las reformas de actualización a la Carta de 1979, con las correspondientes disposiciones transitorias, estableciendo los plazos correspondientes. Tercera alternativa: a) Aprobar una

Las posteriores iniciativas de reforma siempre han tenido en cuenta las alternativas de procedimiento planteadas por la Comisión, incluso el último proyecto de ley de reforma constitucional también se basa en una de las propuestas de la Comisión[m.

V. PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, REGLAMENTO Y ACUSACIONES CONSTITUCIONALES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2002)

Instalado el Gobierno de Alejandro Toledo, la Comisión de Constitución del Congreso de la República emprendió la tarea de reforma habilitado por la Ley N.° 27600. El Presidente de la Comisión el ex Congresista Henry Pease García al momento de presentar la propuesta de reforma total de la Constitución de 1993 señaló:

> "En cumplimiento de la Ley N.° 27600, la Comisión de Constitución del Congreso de la República, ha concluido la elaboración del Proyecto de Ley de reforma integral de la Constitución Política del Estado...
>
> Durante casi cuatro meses, desde mediados del mes de diciembre del año 2001, hasta la primera semana de abril del 2002, la Comisión de Constitución del Congreso de la República, elaboró el Anteproyecto de Ley de Reforma Constitucional que ha circulado profusamente por el país. Más de cien profesionales y académicos participaron en el debate. Se han distribuido casi 50,000 ejemplares del texto del anteproyecto entre instituciones de la sociedad civil y del Estado, funcionarios públicos, alumnos y profesores universitarios, sindicatos, asociaciones de pobladores, de madres de familia y en general a todos los ciudadanos que se han interesado en este importante tema.
>
> Luego, entre mediados de abril y hasta principios de junio, se ha impulsado un debate público del anteproyecto y se han recogido las opiniones que los ciudadanos y las instituciones han hecho llegar. Estas han sido sistematizadas

ley de referéndum, para consultar al pueblo si quiere retornar a la Constitución de 1979 y, si es así, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución. b) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Ministerio de Justicia. Lima, 2001.

[13] Proyecto de Ley N° 2001/2012-IC.

y se han presentado en un documento especial para ser tomadas en cuenta por los congresistas de la Comisión de Constitución, quienes, desde principios de junio y hasta el 8 de julio han debatido para llegar a un texto final, que es el que hoy se presenta al público. Este dictamen será sometido al Pleno del Congreso en la siguiente legislatura. Luego de un amplio debate el Pleno podrá decidir si lo vota o lo envía a otra Comisión, por él formada. Tras su votación corresponde al Congreso decidir una fecha para que la ciudadanía decida, por referéndum, si lo aprueba o no. Habrá pues un nuevo debate nacional."[14]

Esa era la propuesta, sin embargo, como ya dijimos, la permanente crisis política del Gobierno de Toledo, terminó por diluir la iniciativa y ese momento para emprender la reforma constitucional quedó en el olvido y en el archivo de las iniciativas legislativas.

En relación al proyecto, en opinión crítica Domingo García Belaunde sostuvo:

"Tal como está, es una versión modernizada de la de 1979, pero con el agravante de que es más declamatoria, llena de retórica, añade planteos innecesarios, comete errores teóricos serios y acentúa el aspecto asistencialista y populista que eran explicables en 1979, pero no en 2002. En sí mismo no representa ni representará novedad alguna ni aportes originales, porque no existe en sus autores nada especial que hayan aportado, salvo confusiones y algunas ideas tomadas de otros. Y en cuanto tal, ha empezado a discutirse en el Pleno, que al momento que redacto estas líneas (diciembre de 2002) ha aprobado sólo uno cuantos artículos del inmenso proyecto."[15]

Duras críticas al proyecto que si bien no prosperó, hoy o en el futuro también deberá ser tomado en cuenta al momento de emprender cualquier reforma constitucional, pues su autoridad radica en que fue consensuado por los Congresistas de la época y si bien la opinión académica es muy importante no hay que perder de vista que las Constituciones las más de las veces son hechas por políticos y no es malo tener en cuenta su punto de vista.

[14] Proyecto de Ley de reforma de la Constitución. Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. Congreso de la República. 2002.

[15] Domingo García Belaunde. Sobre la reforma constitucional actual y sus problemas. En: Aequum et Bonum Año I N.° 1. Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Pag. 15.

VI. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN

Luego de este rápido recuento sobre las propuestas de reforma total de la Constitución pasemos a revisar los argumentos a favor de la reforma, los cuales si bien en su mayoría son de más de una década se mantienen hasta hoy. El Ministro de Justicia durante el Gobierno de Transición (2000-2001) Diego Gárcía Sayán afirmó, en la presentación del documento de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, lo siguiente:

> "Ha sido claro para el Gobierno de Transición el origen espurio de la Carta de 1993, elaborada y aprobada en un escenario de crisis política y moral del país, que ha sido para algunos, un *estatuto de ocupación* que produjo el debilitamiento de los instrumentos de control político y permitió el uso abusivo del poder. Además dicha Constitución fue aprobada por un Congreso Constituyente cuya existencia no se encontraba prevista por el texto constitucional de 1979, que fue producto de un golpe de Estado, y que no tuvo en cuenta las necesidades y cuestionamientos de la ciudadanía y las instituciones privadas más representativas. Finalmente, fue ratificada por un referéndum que estuvo muy cuestionado por las irregularidades cometidas durante su desarrollo. [[16]) "

Las palabras del ex Ministro y hoy Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos describen el sentir mayoritario de la clase política democrática en esa época en el Perú. La propia Comisión señalaba en la introducción de la propuesta de reforma:

> "Reconociendo el cuestionable origen de la Carta de 1993, se acordó que el texto base para formular las reformas sería la Constitución de 1979, a la cual se le harían las modificaciones correspondientes, incorporando los aportes formulados por los integrantes de la Comisión y los contados avances de la Carta de 1993.[[17]"

En la parte de las alternativas para el procedimiento de reforma la Comisión señaló:

> "... la Constitución de 1993, fue aprobada por un Congreso Constituyente Democrático, fruto de un golpe de Estado y en dependencia de un gobierno autoritario y corrupto, como los hechos posteriores lo han confirmado.

[16] Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Ministerio de Justicia. Lima, 2001. Pag. 7.

[17] Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Ministerio de Justicia. Lima, 2001. Pag. 16.

Adicionalmente, la Constitución de 1993 fue aprobada en un debate parlamentario controlado y no libre, y ratificado por un referéndum que se realizó sin ninguna seguridad ni garantía en sus resultados, y con un propósito fraudulento.

La Constitución de 1993 sólo ha servido como un instrumento de la dictadura, pues ha sido vaciada de contenido, incumplida en los pocos preceptos novedosos y democráticos que fueron incorporados, y adicionalmente, ha servido para proteger actos de corrupción y de violación de derechos humanos, perdiendo así cualquier eventual legitimidad que pudiera haber tenido o que hubiera aspirado a tener. Si bien no tuvo legitimidad de origen, bien pudo tener legitimidad de ejercicio de la que también careció."[118]

Los cuestionamientos a la Constitución de 1993 y sobre todo a la legitimidad de su origen eran la regla. Es por ello que, como ya dijimos, durante el primer semestre del Gobierno de Alejandro Toledo el Congreso de la República expidió la Ley N.° 27600 mediante la cual, en su artículo 2, se dispuso que:

"La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución Histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. De ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993."

El Colegio de Abogados del Cuzco interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra dicha Ley por considerar que el Congreso de la República no tenía facultades para emprender una reforma total ya que esta posibilidad solo la podía realizar una Asamblea Constituyente.[119]

[18] Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Ministerio de Justicia. Lima, 2001. Pag. 101.

[19] "El demandante sostiene que el Congreso de la República, en virtud de la Ley N°. 27600, se está arrogando atribuciones que son propias del poder constituyente originario, inalienable e intransferible, pues bajo el membrete de "reforma total", pretende estatuir una nueva Constitución. Señala que la actual Carta Política no le ha conferido al Congreso la facultad de abrogarla y sustituirla por otra, sino solamente la de modificarla; es decir, le ha otorgado la posibilidad de actuar como un poder constituyente derivado, por lo que, en realidad, lo que el Parlamento está intentando realizar es dar un golpe de Estado. Aduce que la Constitución no ha establecido ningún trámite para que el Congreso efectúe una nueva Constitución, sino solamente para reformarla, pero manteniendo su identidad y continuidad, por lo que un análisis minucioso y doctrinario no puede dejar de lado que el poder de reforma sólo permite modificarla parcialmente, más aún si se considera que se puede reformar la Constitución en cualquiera de sus materias, salvo en las indicadas en el último párrafo del artículo 32° de la Carta Magna vigente. Afirma que la facultad de dictar una nueva Constitución es exclusiva del pueblo, a través de una Asamblea Constituyente, elegida expresamente con dichas facultades."

El Tribunal Constitucional del Perú declaró infundada la demanda [20] y posibilitó que la reforma continuara. Sin embargo, a lo largo de la sentencia planteó su parecer sobre la legitimidad de la Constitución de 1993:

> "53. La Constitución de 1993 fue, como se ha dicho, consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico, pernicioso y corrupto del poder, y se constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose la voluntad de los ciudadanos"
>
> Es de verse que, cuando se produjo la elección del Congreso Constituyente Democrático (CCD), se encontraban inscritos en el Registro Electoral del Perú 11'245,463 ciudadanos, de los cuales concurrieron a votar, el 18 de noviembre de 1992, 8'191,846 ciudadanos, a pesar de que en el Perú existe el sufragio obligatorio. El Jurado Nacional de Elecciones declaró válidos sólo 6'237,682 votos y estableció 1'620,887 votos nulos y 333,277 votos en blanco.
>
> Por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva Mayoría votaron únicamente 3'075,422, lo que representó el 36.56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral. Con esa votación, obtenida con coacción y con visos de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del Proyecto de Constitución de 1993
>
> Sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú alcanzaron a 11'518,669 y el número de votantes fue de 8'178,742. Los ciudadanos que supuestamente votaron por el SÍ (o sea aprobando la Constitución) fueron 3' 895,763. Y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3'548,334. Los votos nulos llegaron a 518,557 y los votos blancos a 216,088. (Fuente: Jurado Nacional de Elecciones)
>
> En ese contexto, si se considera la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, hechos que fueron denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, resulta bastante dudoso el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y, por lo tanto, cuestionable el origen de la Constitución de 1993. [21]

Sentencia del TC recaída en el Exp. N.° 0014-2002-AI/TC http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html.

[20] Con voto singular del Magistrado Manuel Aguirre Roca que compartió los argumentos de los demandantes.

[21] Sentencia del TC recaída en el Exp. N.° 0014-2002-AI/TC http://www.tc.gob.pe/

Casi un año después que el Tribunal Constitucional diera luz verde a la reforma constitucional emprendida por el Congreso de la República, Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos solicitó al TC que declarara la nulidad de la Constitución de 1993 y restituyera la vigencia de la Constitución de 1979. Sus argumentos fueron:

> "Los demandantes sostienen que, estando vigente la Constitución de 1979, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetraron un golpe de estado e instauraron una dictadura corrupta, la cual, para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido, y revestirse de legalidad, convocó a un Congreso Constituyente Democrático para que dicte el documento denominado "Constitución Política del Perú de 1993".
>
> Alegan que dicho documento, además de adolecer de legitimidad de origen, no llegó a regir efectivamente, pues fue reiteradamente violado por sus propios autores; ello, junto a su evidente falta de vocación de Constitución, hacen que dicho documento no alcance la categoría de tal, dado que, por su propia naturaleza, una Constitución debe ser el resultado de la genuina expresión libre y soberana del pueblo, que contenga la limitación y control del poder, además de ser garantía para la plena vigencia de los derechos fundamentales. Agregan que una vez restaurado el régimen democrático, y en aplicación del artículo 307.° de la Constitución Política de 1979, que establecía que ella no perdía vigencia ni dejaba de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone, corresponde que el Tribunal Constitucional declare su inconstitucionalidad y, consecuentemente, su nulidad, debiendo restablecerse la vigencia de la Constitución de 1979 con las normas transitorias que definirá el propio Tribunal Constitucional o el Congreso de la República.[22]

El Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de Borea. Sin embargo, al igual que en el caso de la inconstitucionalidad de Ley N.° 27600 reiteró su parecer sobre la legitimidad de la Constitución de 1993:

> "6. ... En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional comparte el alegato de los recurrentes según el cual, quien impulsó la creación de la Constitución de 1993, carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento. Como se ha sostenido en la demanda, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con

jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.htm1

[22] Sentencia del TC recaída en el Exp. N.° 0014-2003-AI/TC http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-AI.html

el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, la cual para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido y revestir de legalidad al ejercicio del poder, convocó a un Congreso Constituyente Democrático, al que atribuyó competencia para dictar la Constitución Política del Perú de 1993.

Dicho acto, conforme a lo que establecía el artículo 81° de la Constitución de 1979, concordante con lo previsto en el artículo 346° del Código Penal vigente, constituyó un ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional.

8. Este Colegiado ratifica la convicción manifestada en la sentencia precitada. En efecto, el proceso para elegir a los miembros del denominado Congreso Constituyente Democrático, los debates en su seno y hasta el propio referéndum, carecieron de las libertades y garantías mínimas necesarias para dotar de legitimidad de origen a la Constitución de 1993.

27. El Tribunal Constitucional, si bien no comparte las argumentaciones jurídicas de los representantes de los recurrentes —conjunto ciudadano de impecables credenciales democráticas-, en cambio, participa de su preocupación ética y cívica y coincide en que el tema constitucional es un problema aún irresuelto, y cuya resolución es esencial para asegurar el proceso de transición democrática.

El hecho incontrovertible de que la anulación del texto de 1993 es improbable, sin embargo, no resuelve el problema de fondo que, a nuestro modo de ver, consistiría en los justos reparos morales que el oscuro origen de tal Constitución produce en buena parte de la ciudadanía. Es, pues, inevitable que en el corto plazo y desde una perspectiva estrictamente política, se resuelva su destino, bajo riesgo de seguirse socavando nuestra aún precaria institucionalidad." [23]

Se van a cumplir diez años desde la invocación del Tribunal Constitucional para que a través del proceso político se resuelva el problema de la legitimidad de origen de la Constitución de 1993. Sin embargo, precisamente el proceso político se ha encargado de darle legitimidad a través de sucesivas elecciones democráticas de gobiernos nacionales, regionales y municipales.

En la actualidad, en marzo del presente año, nuevamente el destacado Constitucionalista y político Alberto Borea Odría encabeza un segundo intento[24]

[23] Sentencia del TC recaída en el Exp. N.° 0014-2003-AUTC http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2003-AI.html

[24] El primer intento fue la demanda entablada por él y más de 5000 ciudadanos para que el Tribunal Constitucional declarara la nulidad de la Constitución de 1993 en el año 2003.

de cambiar la Constitución de 1993 a través de la iniciativa de reforma del artículo 206 de la Constitución por el que se establece el procedimiento para la reforma total de la actual Constitución en base a la Constitución de 1979[25]. Esta iniciativa ciudadana se encuentra en trámite en la Comisión de Constitución el Congreso de la República.

Como hemos podido comprobar desde fines del año 2000 y hasta hoy los argumentos[26] para la reforma total de la Constitución de 1993, radican principalmente en: 1) Es una Constitución producto de un golpe de Estado

[25] Proyecto de Ley N° 2001/2012-IC. La propuesta de reforma plantea: Artículo 206.- El Congreso procederá a la revisión y reforma de la Constitución del Perú conforme a las siguientes líneas:

a) Revísese y utilícese como texto base para la Reforma, la Constitución Política del Perú de 1979.
b) El Preámbulo de la misma será respetado en su integridad pudiendo añadírsele otros textos que reflejen los principios en los que se asiente el país y valores por los que se orienta la Nación.
c) Se incorporará al texto las instituciones que fueron creadas en 1993 como la Defensoría del Pueblo y otras que ayuden al desarrollo democrático, social y económico del país.
d) Se promulgarán medidas transitorias para convalidar los efectos de los actos jurídicos que los particulares y los entes públicos hayan desarrollado según el texto "Constitución Política de 1993" y en los que no se hubieren cometido actos ilícitos o violatorios de los derechos humanos. Asimismo para señalar que los actos desarrollados en ese lapso serán estimados jurídicamente conforme a esas normas.
e) Consolidado el texto de las reformas a la "Constitución de 1979" conforme a lo señalado en este artículo, se declarará la nulidad de la denominada "Constitución Política del Perú de 1993".
f) La aprobación de las reformas necesita de la mayoría del número legal de los miembros del Congreso.
g) La Reforma se llevará a cabo en el término de 1 año contado a partir de la promulgación de esta norma. El Presidente de la República promulga la ley de Reforma de la Constitución de 1979 en el término de 7 días de recibido el texto, no pudiendo observarla.
h) En tanto se lleva adelante el trámite para la reforma ordenada en este artículo, se suspende la posibilidad de presentar cualquier otro proyecto de reforma.
i) En ningún caso se podrá aprobar la reelección inmediata del Presidente de la República, ni desconocer los derechos fundamentales de las personas, ni alterar el régimen republicano, democrático representativo del Estado y del gobierno.
j) En la eventualidad que no se concluya en el plazo previsto con la reforma de la Constitución de 1979, el Presidente de la República convocará a una Asamblea Constituyente Derivada y Especial de 100 miembros elegidos en distrito único para que en el mismo plazo de 1 año procedan conforme a lo señalado en esta ley de Reforma. Durante este lapso el Congreso queda en suspenso en su poder de reformar la Constitución.

[26] Se han pronunciado por la necesidad de la reforma un importante sector político que lucho contra el Gobierno de Fujimori en los noventa y el Tribunal Constitucional en su segunda composición.

que se hizo para legitimarlo 2) Su aprobación a través de un referéndum es cuestionable 3) No tiene una legitimidad de origen.

VII. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN

El principal argumento a favor de mantener la Constitución de 1993 es que sus disposiciones son las que han permitido el actual crecimiento y desarrollo económico. Sus principales defensores, además de líderes y Congresistas del Partido Fujimorista, son los economistas de línea neoliberal. Así por ejemplo, el Instituto Peruano de Economía (IPE) opinó en el año 2006 en contra de la Constitución de 1979 y a favor de la Constitución de 1993:

> "Es cierto que la Constitución de 1993 se aprobó en el marco de un régimen moralmente cuestionable. Sin embargo, nadie puede negar que era necesario dejar de lado la anterior Constitución, retrógrada por sus cuatro costados, en la que la estabilidad laboral absorbía la capacidad de las empresas para salir del hoyo, yen la que además se promovía un Estado empresario, lo que permitió que los gobiernos colocasen cientos de miles de sus partidarios en la administración pública. Escasez, empresas ineficientes, increíbles niveles de deuda pública, una hiperinflación de las mayores del mundo y grandes forados por los cuales se filtraba la discrecionalidad del funcionario público, que -por cierto- era "casualmente" del partido gobernante, hacían necesario el cambio constitucional.[27]

En las elecciones generales del 2011, el candidato presidencial Pedro Pablo Kuczinsky opinó en Radio Programas del Perú:

> "Yo creo que esta Constitución, a pesar de que nació mal parida, nació en una autocracia (de Alberto Fujimori), pero es una buena Constitución y no debemos cambiar la Constitución". [28]

A raíz de la propuesta de Alberto Borea de modificar el artículo 206 de la Constitución actual y posibilitar su reforma total, la Dra. Cecilia Blume ha opinado lo siguiente:

> "La Constitución vigente ha permitido el crecimiento económico y el bienestar general aclarando los roles del Estado y del ciudadano. Uno, el ciudadano, es el motor del desarrollo económico; el otro, el Estado, regula, fiscaliza, y garantiza salud, seguridad, infraestructura y educación. Con

[27] http://www.comexperu.org.pe/negocios.asp

[28] http ://www.larepublica.pe/26-03-201 1 /ppk-considera-que-constitucion-de-1993-no-debe-ser-cambiada

este modelo, que no es perfecto, hemos crecido más que la mayoría de los países del mundo y a partir de ese crecimiento hemos reducido la pobreza en más de 25%, creando también una clase media antes inexistente, que hoy impulsa el crecimiento del país y que espera que el Estado le garantice menores trabas burocráticas para seguir creciendo. El modelo económico no es perfecto, pero ha sido mucho más exitoso que el de la Constitución de 1979, que quebró las empresas públicas, impidió el crecimiento del país y dejó a los peruanos con las peores cifras económicas de la historia. Por ello, al menos, el capítulo económico de la Constitución actual debe mantenerse. [291

El segundo argumento tiene que ver con el hecho de que en las actuales circunstancias el país no vive un momento constituyente. Nuestro colega el profesor de Derecho Constitucional Omar Sar Suarez, sostiene en relación a la reforma total de la Constitución:

"Terminaremos señalando que desde nuestro punto de vista lo mejor que se puede hacer es no sancionar una nueva Constitución y en caso de que se lo juzgue necesario discutir en conjunto las modificaciones que la carta de 1993 podría requerir dejando que el resto de las adecuaciones y precisión de alcance sean llevadas a cabo por el Tribunal Constitucional en ejercicio de sus funciones de interpretación.

Sólo respetando la legalidad 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.

Este trabajo que comenzó glosando la euforia incontenible de los reformistas de todas las épocas concluye con un humilde llamado a la prudencia y la moderación, virtudes sublimes que no son fáciles de hallar en el político investido de poder pero que resultan imprescindibles en el estadista que antepone los intereses de su país al efímero titular de ocho columnas con su nombre." [[301]

El destacado Constitucionalista Samuel Abad Yupanqui, también ha opinado en el mismo sentido:

---

[29] No doctor, Borea, en CB Consult: http://www.cbconsultperu.com/index.php/articulos/detalle/169

[30] Omar Sar Suarez. REFORMA CONSTITUCIONAL: Un proceso recurrente a lo largo de nuestra historia. Tesis para optar el Grado de Magister en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2007.

"En los momentos actuales, no apreciamos que exista consenso para avanzar hacia una reforma constitucional. Las propuestas iniciales fueron paulatinamente archivadas. Por ello, todo hace pensar que en los próximos años seguiremos bajo la Constitución de 1993 y solo tendremos algunas reformas puntuales a ella." [311

Del lado de los actores políticos Juan Sheput, connotado dirigente. de Perú Posible, ha sostenido:

"... nuevamente surgen voces de reforma constitucional. Se habla no solo de volver a la de 1979 sino de una nueva Carta Magna. Particularmente creo que no estamos en presencia de un momento constituyente, es decir, aquel en el cual hay las condiciones políticas para ir a un gran cambio constitucional. El poder constituyente, el pueblo, genera estas condiciones, y este, por el momento, no parece entusiasmado con un profundo proceso de reforma.

Todas las constituciones pueden ser modificadas, es cierto. Pero lo es también que los agentes económicos se muestren recelosos ante la eventualidad de un cambio de las reglas de juego. En ese sentido un cambio al capítulo económico significará que se detenga el proceso dinámico de inversiones que tenía el país hasta hace unos meses. Por más debate que se convoque, esta es una realidad que no se puede ocultar." ("i

VIII. CAUSAS POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN DE 1993 SE MANTIENE

El modelo económico neoliberal que impuso Fujimori en los inicios de los noventas ha sido continuado por todos los gobiernos democráticos, luego de su caída. Valentín Paniagua, Alejandro Toledo, Alan García, e incluso 011anta Humala, que en sus dos campañas proponía un cambio, han continuado con él. Por ello, la Constitución de 1993 se adapta bien a dicha política económica.

Los factores reales de poder, en especial los empresarios, se oponen al cambio de Constitución pues las actuales reglas constitucionales son compatibles con la iniciativa privada libre. Los gobiernos democráticos no han querido entrar en confrontación con el poder económico.

[31] Samuel Abad Yupanqui. Constitución y Procesos Constitucionales. Estudio introductorio, legislación, jurisprudencia e índices. 4ta ed. Actualizada. Palestra. Lima. 2010. Pag. 10.

[32] http ://diari o 16.p e/co lumni sta/7/j uan- sheput/1018/p o der-c on stituyente -mo mento-constituyente

La clase política no tiene interés en cambiar la Constitución de 1993 porque entre otras razones han venido siendo elegidos por sus reglas y la dinámica política actual se basa en ella. Incluso un sector importante de la ciudadanía está conforme con el Congreso Unicameral y se opone a que se reinstaure el Congreso bicameral.

La ciudadanía no muestra interés en un cambio constitucional. Algunos sectores principistas postulan el cambio básicamente debido al déficit de legitimidad de origen de la Constitución (Alberto Borea entre otros). Sectores radicales quieren un cambio constitucional, que se inscribe en la corriente de países como Venezuela, Ecuador y Bolivia, para posibilitar una reforma política y cambiar la democracia representativa liberal.

El Tribunal Constitucional desde el año 2001 se ha encargado de legitimar jurídicamente la Constitución de 1993 a través de su jurisprudencia, desarrollando casi todas sus disposiciones. En algunos casos interpretándola para hacerla más protectora de los derechos (por ejemplo su interpretación del artículo 27 de la Constitución sobre adecuada protección contra el despido arbitrario)[1333].

Podemos afirmar que a lo largo de estos casi 20 años la Constitución de 1993 ha adquirido una legitimidad de ejercicio debido a dos actores principales: el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial de un lado y de otro a la clase política debido a su aplicación en el proceso político democrático.

IX. CONCLUSIONES

Como sostiene José Afonso da Silva "A permanencia de uma Constituicao depende muito de sua capacidade de traducir os valores mais profundos que informan a sociedade. E desta fonte que promana a mística que a sustenta". [34] El Perú de hoy es un país de economía neoliberal y desde hace más de veinte años la sociedad peruana tiene una profunda transformación en donde los valores liberales cobran protagonismo mezclándose con nuestros valores tradicionales. Esta situación ayuda a la permanencia de la Constitución de 1993. Sin embargo, el Perú también es un país de profundas desigualdades económicas y sociales que aspira a un cambio social. Esta fuerza necesariamente buscará un cambio político y constitucional. Esta tensión explica de alguna manera porque el tema de la reforma constitucional sea recurrente.

[33] Francisco Morales Saravia. Jurisprudencia constitucional y reposición laboral privada. En Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de Jurisprudencia. Año 1 N.° 9. Setiembre. 2006. Lima. Pag. 491 -496

[34] José Afonso da Silva: Acertos e desacertos das reformas constitucionais. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional N.° 1, Tribunal Constitucional, Lima, 1999. Pag. 280.

Con una dosis de realismo y pragmatismo algunos sostienen que no es el momento para una reforma total o convocatoria a una Constituyente. En esta línea se puede sostener que es preferible actuar con prudencia y dejar que sean las propias fuerzas políticas, económicas y sociales las que produzcan el cambio de la actual Constitución o su reforma cuando se den las condiciones.

Por otro lado, quienes siguen postulando un cambio de la Constitución tienen a su favor la bandera de los principios lo cual es respetable a la luz de nuestra historia política donde muchas veces los valores y principios no son tomados en cuenta.

Luego de transcurridos casi veinte años de vigencia de la Constitución de 1993 el debate sobre si debe o no modificarse la Constitución o elaborarse una nueva se mantendrá porque siendo el Perú un país en vías de desarrollo y con poca tradición democrática nuestras instituciones están en formación. No debemos descartar las posibilidades.

Por ahora creo, que sin dejar de ser importante el tema de la reforma constitucional, tenemos como preocupación inmediata que en el 2016 se realicen elecciones generales normales sin sobresaltos ni quiebra de las reglas de juego. Si esto es así habremos avanzado como país pues será el período más largo de alternancia democrática en la historia de los últimos 100 años. Debemos ver a la Constitución de 1993, independientemente de su origen, como el conjunto de reglas que gobierna nuestro juego democrático. Si no las respetamos hoy tampoco lo haremos en el futuro, con la misma o con una nueva Constitución.

CERTIORARI Y REFORMA CONSTITUCIONAL: ENTRE PROPUESTAS Y NECESIDADES

EDWIN FIGUEROA GUTARRAr[1]l

SUMARIO: *Resumen. Introducción.* ***I.*** *La definición de certiorari. 77. Certiorari y carga procesal.* ***III.*** *La fórmula Heck y la prohibición de cuarta instancia. IV CERIAJUS y propuestas de certiorari. V Procesos constitucionales y racionalidad de acceso.* ***VI*** *Propuestas de enmienda constitucional.* ***VIL*** *¿Desventajas del certiorari?*

RESUMEN

Las primeras ideas que se abordan a propósito del la discusión del *certiorari,* un mecanismo de sana discreción en el acceso de causas a las más altas instancias de impartición de justicia, es si esta herramienta representa un exceso o pérdida de poder para una Corte Suprema. Este estudio aborda que no es ni lo uno ni lo otro, sino una estrategia de opciones procedimentales que apunta a un margen de eficacia para afrontar el abarrotamiento de procesos ante los órganos jurisdiccionales de cierre de instancias. Construimos entonces una propuesta de reforma constitucional que pretende asignar una visión equilibrada de esta fórmula, destacando sus ventajas y aparentes inconvenientes. Las premisas a desarrollar apuntan a una reforma del sistema de justicia en su más alta cúspide y desde la perspectiva constitucional se presenta esta opción más como una necesidad que como una simple proposición.

[1] **Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Lambayeque, Perú. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Profesor Visitante de la Universidad de Medellín, Colombia. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo, Lambayeque, Perú.** Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional por su participación en los cursos *Procesos de tutela de derechos fundamentales,* Montevideo, Uruguay, 2011; *La garantía internacional de los derechos humanos y su impacto en el Derecho Constitucional de los Estados.* Montevideo, Uruguay, 2010; *y La Constitucionalidad de las Leyes,* Cádiz, España, 2009. Becario del curso de **DD.HH.** en la Washington College of Law de la American University, Washington D.C., EE.UU., 2009. estudiofg@yahoo.com

INTRODUCCIÓN

En el Areópago de la Antigua Grecia, Tribunal ubicado en Atenas y formado por jueces denominados Arcontes, la impartición de justicia demandaba una necesidad de respuesta sustantivamente reducida en función a las necesidades de la población ateniense, apenas conformada solo oficialmente por ciudadanos, dada la exclusión de los esclavos, y metecos o extranjeros. En propiedad la demanda de justicia se ajustaba a una pauta de mínima necesidad y como tal, la infraestructura propia de respuesta no exigía circunstancias extraordinarias de ningún tipo. Las decisiones del Areópago, entonces, se correspondían con su ser y sus circunstancias en atención a un *Volksgeist,* o espíritu del pueblo, cuyas necesidades de justicia realmente devenían mínimas

Mucho ha transcurrido desde entonces y en contraste con la actualidad, observar las estadísticas de procesos ingresados a las más altas instancias de justicia de diversos países, nos deja una honda preocupación en tanto nos cuestionamos si nuestras Cartas Fundamentales de algún modo abordan esta inquietud, la cual se traduce en una progresiva exigencia por una mayor demanda de justicia y cuán organizados nos encontramos frente a ello.

Hoy puede afirmarse, sin soslayo, que las exigencias de respuestas de los órganos jurisdiccionales frente a la demanda de justicia de los ciudadanos, plantean pronunciamientos que, además de satisfacer los requisitos de una adecuada argumentación, igualmente solicitan presteza y celeridad en la medida que el abarrotamiento de causas en las instancias supremas, de seguro exige respuestas más audaces que mecanismos convencionales de solución para una moderada descarga procesal.

Este estudio pretende discurrir por un examen de presteza del *certiorari,* figura que podemos perfilar como una necesidad en los ámbitos de impartición de justicia de la más alta instancia jurídica del país- la Corte Suprema- y que en realidad, de ser implementada en nuestro ordenamiento a través de una reforma constitucional, constituiría, al resolverse un número de causas ostensiblemente menor en relación a los asuntos ingresados, una importante estrategia de respuestas más orientadoras de la impartición de justicia, en tanto una resolución oportuna de las controversias judiciales a cargo de los órganos de justicia, pasa ineludiblemente por una reformulación del sistema y de la capacidad de respuesta de los mismos, pero en adición a ello también exige criterios marco que conduzcan y orienten los fallos de las instancias funcionalmente inferiores.

El *certiorari,* expresado como una facultad discrecional de los órganos supremos o de la más alta instancia, para escoger aquellas causas que han de resolver, involucra centralmente dos ámbitos bien definidos: racionalidad y confianza. Efectivamente, de un lado, traduce un criterio de racionalidad en

el acceso de causas a la Corte Suprema de Justicia, pues si ya se satisfizo en una etapa del proceso el principio de pluralidad de instancias, ya no deviene en estricto absolutamente necesario que se recurra al máximo órgano de impartición de justicia en sede ordinaria.

En efecto, la racionalidad de acceso al sistema de respuestas de los jueces no pasa necesariamente por una distorsión del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto se exija una respuesta de un número indeterminado de órganos jurisdiccionales respecto a un mismo caso, sino de una respuesta adecuada que respete el rango mínimo de las garantías judiciales, en cuanto el derecho fundamental al debido proceso involucra, también de suyo, la observancia del principio de pluralidad de instancias en forma razonable, sin que sea exigible cumplirse con más respuestas jurisdiccionales que dos- el fallo y su impugnación- por cada caso.

En esa lógica, si dos órganos jurisdiccionales ya expresaron una respuesta frente al problema concreto, ya no deviene exigible la intervención de un tercer órgano- la Corte Suprema - a menos que, bajo criterios de importancia y trascendencia, se considere la viabilidad de un pronunciamiento excepcional.

Y de otro lado, traduce del mismo modo una expresión de confianza en los órganos jurisdiccionales inferiores, en tanto y en cuanto los mismos denotan, sobre todo el órgano que conoce inicialmente la controversia, el cumplimiento del principio de inmediación, pues en efecto ha actuado la prueba pertinente y ha interactuado con las partes en el proceso.

Bajo este planteamiento, el rol revisor debe devenir extraordinario y no regular, y ello pasa por un reexamen de las bases constitucionales que identifican nuestro ordenamiento jurídico, en el cual subyace la idea totalizante, acaso positivista, de que el juez debe resolver todo lo que es puesto en su conocimiento.

Por consiguiente, resulta un imperativo categórico indagar sobre las exigencias propias de una reformulación del sistema de acceso a la justicia en nuestro país, aspecto que necesariamente pasa por un reexamen de nuestra Carta Fundamental en el esquema del Poder Judicial, y determinar el nivel de aproximación a mejores políticas de eficacia en las respuestas de la justicia, cuyo tránsito tiende muchas veces a denotar mora en los procesos, y ello no necesariamente porque no exista una propuesta de eficacia de justicia célere de los órganos jurisdiccionales, sino porque en rigor no están dadas las condiciones constitucionales del caso para un mayor esquema de efectividad por parte de las respuestas de los jueces, quienes se circunscriben al conjunto de reglas preestablecidas por el ordenamiento legal: si la norma es prescriptiva en tanto todo el Despacho Judicial debe ser resuelto, no cabe forma de excusa alguna para el cumplimiento de ese mandato definitivo.

¿Qué lograríamos con el *certiorari* como institución de la impartición de la justicia en nuestra Norma de Normas? En definitiva creemos que resultados trascendentes para el sistema y ciertamente una renovación de confianza de la ciudadanía en sus jueces, pues *certiorari* en buena cuenta expresaría, al resolverse pocos casos de un total de causas recibidas por los órganos supremos, lineamientos jurisprudenciales definidos y de orientación vinculante para los órganos subordinados.

Reside aquí inclusive una posibilidad latente de mayor legitimación de la Corte Suprema frente a la sociedad civil y en propiedad, un reto de la impartición de justicia, pues o sigue creciendo por estricta necesidad el número de órganos jurisdiccionales en la Corte Suprema, lo cual se traduce en una necesidad cada cierto tiempo, o de lo contrario, asumimos con convicción la tesis de que corresponde una modificación sustantiva de los patrones de acceso a la más alta instancia de impartición de justicia.

1. LA DEFINICIÓN DE *CERTIORARI*

El *certiorari* o herramienta de "sana discreción" en la característica que le asigna Eduardo Oteiza,[2]i es un mecanismo del derecho anglosajón que se expresa en la abreviatura *"certiorari volumus" (deseamos informarnos)i*[3] y que en Estados Unidos permite que, a través de la aplicación del *writ of certiorari,* la Corte Supremam de ese país requiera a un Tribunal de grado inferior la remisión de una causa.

Según Oteiza, sus mentores fueron los jueces Taft y Van Devanter, quienes logran la dación de la "Judges Bill" en 1925, para conferir poderes discrecionales a la Corte Suprema de EE.UU., a fin de determinar el conocimiento de los casos sometidos a ella.

[2] OTEIZA, Eduardo. *El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso.* Revista Jurídica de la Universidad de Palermo p. 71. Disponible en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista juridica/n3N1-Abri11998/031Juridica06.pdf, Fuente visitada con fecha 11 de setiembre de 2013.

[3] INGMAR, Terence. *The English Legal Process.* Blackstone Press Limited. 1996. p. 370, En OTEIZA, Eduardo. Op cit. p. 71.

[4] En promedio unos 130 procesos (80 con audiencias y 50 sin audiencias) son resueltos por año de un estimado de 7,000 a más ingresos. La media es similar en los últimos años en los cuales un promedio general sería 100 procesos resueltos sobre un aproximado de ingresos de 10,000 causas al año. Un tercio de casos proviene de apelaciones de Cortes Supremas estatales y 2/3 son de Cortes Federales de grado inferior. La Corte Suprema de EE.UU. es la principal Corte Federal de EE.UU. y representa la máxima instancia de conocimiento judicial. Vid. http://www.civilrights.org/judiciary/courts/supreme.html Fuente visitada con fecha 12 de setiembre de 2013.

Acota dicho autor, de la misma forma, un célebre fallo[5] del Juez Frankfurter en el cual fundamenta los principios de esta institución, en la idea de proponer un mecanismo de racionalidad en el acceso de causas a la más alta instancia de impartición de justicia del derecho norteamericano.

El examen del juez Frankfurter, *justice* en la jerga legal norteamericana, apunta a una preocupación central del *certiorari* como institución de racionalidad: a menor número de casos a ser conocidos, mayor es la oportunidad de un fallo de mayor calidad, y mayor es el efecto posible de fijación de verdaderas líneas jurisprudenciales por parte de los jueces de las instancias más altas.

II. CERTIORARI Y CARGA PROCESAL

Debemos advertir que en el Perú, el Tribunal Constitucional, dada su calidad de supremo intérprete de la Constitución, así establecido por su propia Ley Orgánica, ha configurado la prevalencia de su interpretación sobre aquella que realizan los jueces, y esta tarea ha tenido lugar no solo en razón de su condición de intérprete final de la *Norma Normarum,* sino porque en buena cuenta ha logrado ese espacio de legitimidad a través de una consolidación propia de la jurisprudencia constitucional, entre sentencias interpretativas, precedentes vinculantes y doctrina constitucional, labor que le ha permitido un lugar de rango inclusive en la visión de los Tribunales y Cortes Constitucionales con producción de mayor calidad en el ámbito latinoamericano.[6]

Cierto es también que algunos otros fallos han sido duramente cuestionados, principalmente por alejarse de las líneas rectoras de supremacía de la Constitución y de la protección de los derechos constitucionales de la libertad, y en eso debemos expresar una posición objetiva. Y sin embargo, el balance a establecer, a juicio nuestro, aún deviene largamente positivo en cuanto la construcción de una jurisprudencia constitucional mayormente sólida, ha sido la constante de producción de este órgano de defensa de la Constitución.

Si bien el Tribunal Constitucional resuelve todo lo que llega a su conocimiento, es importante señalar que el manejo de causas que conduce este

[5] En OTEIZA, Eduardo. Op cit. p. 71. El fallo a que se refiere Oteiza es Rogers vs Missouri Pacific Railroad. 1957. La parte que es de interés, refiere lo siguiente:

> (...) Sin un estudio adecuado, no puede haber una reflexión adecuada; sin una reflexión adecuada, no puede haber una discusión adecuada; sin una discusión adecuada, no puede producirse ese completo y fructífero intercambio de mentes indispensable para las sabias decisiones y las opiniones persuasivas del Tribunal. (...)

[6] Colombia mantiene con su Corte Constitucional una política de afianzamiento en materia iusfundamental desde su Constitución de 1991. Luego, Chile y Perú presentan, a juicio nuestro, un expectante compartido segundo lugar.

órgano jurisdiccional, es de aproximadamente poco más de 4,000 procesos al ario,[7] en tanto la Corte Suprema, integrada por 7 Salas actualmente, superó en el año 2012 la cantidad de 23865 procesos.

Existe un nivel de prestancia interpretativa que ha sido ganado por el Tribunal Constitucional. Creemos que le corresponde al Poder Judicial y en especial a sus órganos rectores, como son su Corte Suprema de Justicia y los órganos jurisdiccionales que la conforman, tender a ser los últimos intérpretes de la ley ordinaria,men tanto una correcta, ponderada y mesurada interpretación de la ley, en concordancia con los principios, valores y directrices de la Constitución, ya no demanda el necesario control constitucional del Tribunal Constitucional y sin embargo, para esa tarea de racionalidad no es mesurado que la carga procesal se incremente ostensiblemente.

Inclusive respecto al mismo Tribunal han existido políticas de reordenamiento de su carga procesal. Los precedentes vinculantes Anicama Hernández,[9] Baylón Floresm y Villanueva Valverde,{"" en buena cuenta redujeron ostensiblemente el número de procesos que accedían al Tribunal Constitucional, medidas que de no haberse adoptado, hubieran implicado una forma de colapso procesal.

En relación al Poder Judicial, es verdad que se ha impulsado un conjunto importante de Plenos Casatorios de la Corte Suprema, así como Acuerdos

---

[7] En el año 2012 ingresaron 5233 procesos constitucionales. Vid *Memoria del Tribunal Constitucional del Perú año 2012.* p. 39. Disponible en http://www.tc.gob.pe/audiencias/memoria/memoria-2012.pdf. Fuente visitada con fecha 20 de setiembre de 2013.

En el año 2011 ingresaron 5515 expedientes; en el año 2010, 4488 expedientes; en el año 2009, 6356 expedientes. En el año 2005, sin embargo, ingresaron 9846 casos. Fuente: *Memoria del Tribunal Constitucional,* años respectivos.

[8] Vid. FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *La interpretación judicial de la ley ordinaria. ¿Facultad exclusiva de los jueces del Poder Judicial o activismo del Tribunal Constitucional?* Gaceta Constitucional No. 60. Diciembre 2012. Pp. 355-376

[9] La STC 1417-2005-PA/TC, caso Anicama Hernández, fijó la pauta de que los amparos previsionales solo podían ser conocidos por el Tribunal Constitucional si el monto de la pensión no superaba la suma de S/ 415.00. Los casos que involucraban un monto mayor fueron derivados a un tipo de justicia distinta: la contencioso-administrativa, a cargo de los jueces del Poder Judicial.

[10] La STC 206-2005-PA/TC, caso Baylón Flores, delimitó que solo podían ser conocidos por el Tribunal Constitucional los amparos laborales incausados, es decir arbitrarios; nulos, esencialmente discriminatorios; y fraudulentos, con configuración de pruebas falsas para despedir al trabajador. Los demás tipos de despidos fueron remitidos a la justicia laboral ordinaria.

[11] La STC 168-2005-PC/TC, Caso Villanueva Valverde, determinó los requisitos para que un proceso sea conocido en vía de cumplimiento, Tales condiciones fueron: *a) Ser un mandato vigente; b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo; c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; e) Ser incondicional.* De no cumplirse estas condiciones, el caso debía ser declarado improcedente.

Plenarios y sentencias vinculantes por parte de las Salas de la Corte Suprema,[12] y sin embargo, adolece el Poder Judicial aún de un afianzamiento necesario de su jurisprudencia en conjunto, pues existe parte de esa jurisprudencia que sí es vinculante *in toto,* así como existe facultad de apartamiento de aquellas decisiones que sin ser Plenos Casatorios, permiten el no seguimiento de esos criterios guía por parte de los jueces de grado inferior, siempre que justifiquen éstos las razones que los conducen a no aplicar el precedente del caso en mención.

Es nuestra posición que el *certiorari* coadyuva plenamente a esa tarea de fortalecimiento de la jurisprudencia, pues de existir un solo órgano revisor de la misma- una Corte Suprema única- definitivamente no van a existir los rangos de diversidad entre aquello que sí es vinculante y lo que no lo es.

Por el contrario, el *certiorari* consolida un efecto *stare decisis* en cuanto los órganos jurisdiccionales inferiores van a estar realmente vinculados por los precedentes de la Corte Suprema, los cuales ya no van a ser numerosos sino estrictamente necesarios para la fijación de criterios guía y concepciones marco que a su vez van a enriquecer la tarea de impartir justicia en forma racional, adecuada y trascendente.

Es propio señalar que el *certiorari* constituye una opción de respuesta para enfrentar la carga procesal, problema que describe juiciosamente García BelaúndeP[31] cuando señala:

> *"La reforma judicial pasa por muchos caminos, y no se sabe si todos podrán ser abordados al mismo tiempo y con eficiencia. Pero si entre todos ellos quisiéramos dar una preferencia, o si se quiere, una prioridad, creo que podríamos coincidir que dos puntos básicos son: a) el manejo jurisdiccional, o sea cómo resuelven los jueces, y b) la carga procesal."*

Creemos que ambos problemas descritos por García Belaúnde presentan una relación indisolublemente estrecha: la carga procesal, de no ser excesiva, y aún así si no lo fuera pero permite la discrecionalidad del juzgador en el conocimiento de los procesos que han de ser resueltos, en buena cuenta ha de permitir un adecuado manejo jurisdiccional, pues ha de resolverse de mejor forma un menor número de casos y sin esa exigencia propia de que todo aquello cuanto sube a la instancia última, sea irresolublemente resuelto por el órgano supremo, faceta que puede, aunque no necesariamente, atacar la calidad de los fallos de la más alta instancia de justicia.

---

[12] A lo cual debemos sumar los Plenos Jurisdiccionales Nacionales, Regionales y Distritales que impulsa el Poder Judicial a través del Centro de Investigaciones del Poder Judicial.

[13] GARCIA BELAUNDE, Domingo. El Poder Judicial en la encrucijada. ARA EDITORES. Lima, 2004. p. 9

Ahora bien, recogiendo aspectos conceptuales desarrollados por Espinosa-Saldaña Barrera,[14] el *certiorari* representaría una tesis admisoria moderada y no amplia, en cuanto, en línea con lo que afirmamos *supra,* el *certiorari* es un mecanismo de racionalidad de la carga procesal.

Bajo una perspectiva amplia, insistimos, el juez debe resolver todo aquello que la ley le obliga a conocer, mas, a través de una tesis moderada, la racionalidad de resolución de causas, más que la forma de acceso de procesos a la Corte Suprema, representa una posición intermedia que da respuesta equilibrada a la demanda de justicia.

Frente a estas cuestiones entre *certiorari* y carga procesal, conviene nos formulemos una interrogante: ¿es la carga procesal una realidad o un mito?

Un estudio clásico de JUSTICIA VIVA[15] nos brinda algunas referencias a este respecto en cuanto analiza, bajo cifras y percepciones bastante bien documentadas, que muchas de las justificaciones en relación a la carga procesal, en buena cuenta no son tales. Y sin perjuicio de ello, si bien los estándares de JUSTICIA VIVA se pueden efectivamente constatar a través de los órganos jurisdiccionales inferiores, lo cierto es que en el caso de la Corte Suprema, el incremento de la carga procesal es una cuestión objetiva,[16] cuyas cifras son de por sí manifiestas.

---

[14] ESPINOSA- SALDAÑA BARRERA, Eloy. *La incidencia de la labor del Tribunal Constitucional en el quehacer del Poder Judicial y algunas ideas para enfrentar algunos eventuales excesos producidos en ese contexto* REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL 1/1 2007. p. 149.

[15] HERNANDEZ BREÑA, Wilson. *13 MITOS SOBRE LA CARGA PROCESAL. Anotaciones y datos para la política judicial pendiente en la materia.* JUSTICIA VIVA. Instituto de Defensa Legal Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad *y* Departamento Académico de Derecho. Setiembre de 2007.

Este estudio propone 13 mitos:

Mito 1: Cada año ingresan muchos más casos al Poder Judicial; mito 2: El Distrito Judicial de Lima concentra la gran mayoría de la carga procesal; mito 3: Los juzgados de paz letrados son los órganos jurisdiccionales más saturados de trabajo; mito 4: Un juez debe resolver mil casos por año; mito 5: Existe una generalizada sobrecarga procesal; mito 6: Todos los expedientes ingresados equivalen a nuevas demandas; mito 7: Todos los expedientes resueltos equivalen a sentencias; mito 8: El único trabajo del juez es emitir sentencias; mito 9: Basta con la sentencia del juez para que su decisión se cumpla; mito 10: La falta de recursos causa la sobrecarga procesal; mito 11: La carga crece porque la productividad del juez no puede aumentar más; mito 12: El único culpable del incremento de la carga procesal es el juez; mito 13: La mejor solución para reducir la carga procesal es crear más juzgados.

[16] En el ario 2012, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema resolvió 2510 causas y la Sala Civil Transitoria, 2574. A su turno, la Sala Penal Permanente 3842 causas y la Sala Penal Transitoria, 2754. Finalmente, la Sala Constitucional y Social Permanente resolvió 6164 causas y la Sala Constitucional y Social Transitoria, 6021 procesos. En lo que va de 2013, la creada Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria ha resuelto 4631 procesos.

En consecuencia, el manejo aplicativo del *certiorari* también contribuye a enfrentar el escenario complejo de la carga procesal, el cual presenta características sensibles cuando se trata de la Corte Suprema, y que en buena cuenta, sí merece otros manejos de estándares en cuanto se refiere a órganos jurisdiccionales inferiores, en tanto el *certiorari,* histórica y materialmente, es una competencia que solo tiene lugar respecto de la Corte Suprema.

En la misma línea de análisis respecto a la carga procesal y si se trata de un incremento sostenido de causas en la Corte Suprema, es relevante tener en cuenta que el promedio propuesto en el contexto internacional para el binomio número de jueces- cantidad de habitantes, es de 10 jueces por cada 100,000 habitantes[17], superándonos Europa,[m a cifras del 2003, en la relación descrita. Es inclusive necesario compararnos en número de jueces con nuestros países vecinos,[19] a fin de apreciar esa necesaria atingencia de capacidad de respuesta.

III. LA FÓRMULA HECK Y LA PROHIBICIÓN DE CUARTA INSTANCIA

Corresponde un rango distinto de análisis respecto al *certiorari,* la fórmula Heck y la prohibición de la cuarta instancia.

La no existencia de medios idóneos para reducir la carga procesal que conocen las instancias más altas de impartición de justicia, puede conducir a escenarios de verdadera sobrecarga y podría representar un escenario de desbordamiento constitucional,[201] no en la expresión típica positiva de Prieto Sanchís, sino en una dimensión negativa, pues se afectaría gravemente la legitimidad de las competencias constitucionales, y además, se crearía un

Información disponible en http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s cortes suprema_home/as_poder judicial/as_corte_suprema/as salas supremas/ Fuente visitada con fecha 18 de setiembre de 2013.

[17] ALONSO, Pablo. *Programa de Acceso de Mejoramiento a la Justicia en el Perú.* En *VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá.* Octubre 2003.

[18] España posee 9,8 jueces por cada 100,00 habitantes; Francia, 10,2; y Estados Unidos, 11.6. Diario virtual de noticias *La Ley* de España, 2 de enero de 2003.

[19] BANCO MUNDIAL, DFIY y BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Analizando los Presupuestos Judiciales de la Región Andina.* Lima, 2009. Pág. 16. Señala entre otras cifras: Bolivia, 9.8 jueces por 100, habitantes y Colombia, 9.5., Perú, 7.7; Venezuela, 6,7; Ecuador, 6.6; Chile, 6.2.

[20] Expresión tomada de PEREZ LUÑO, A.E. *El desbordamiento de las fuentes del derecho.* Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Sevilla, 1993. En PRIETO SANCHIS Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.* Publicado en Anuario de la Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid 5, 2001.

espacio que en propiedad niega la fórmula Heck,[1211] en explícito rechazo al esquema de la "cuarta instancia", criterio adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para denegar que determinados procesos sean revisados, una vez concluidos, sin mayor justificación, salvo la de extender el debate jurisdiccional, y más aún, sin un verdadero, real y ponderado sustento constitucional.

Por tanto, existen límites que se desprenden de la noción propia del Estado Democrático y Social de Derecho, en cuanto no todo debe ser revisable, concepción que advertimos no debe colisionar con la tesis de zonas no exentas de control constitucional, la cual compartimos.

Lo no revisable simplemente conduce a que si un proceso desarrolló los estándares respectivos de las garantías judiciales y la protección judicial, en concordancia con los artículo 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entonces no deviene exigible su impugnación en sede de derechos fundamentales, elemento que representa la conclusión del proceso en instancias de la jurisdicción ordinaria, esto es, en cuanto la Corte Suprema es el órgano de cierre del debate jurídico ordinario.

Pensamos que podemos construir una relación material entre el *certiorari* y la fórmula Heck, en tanto si se produce un efecto de exhortación a que no se use indebidamente las instancias de impartición de justicia, en propiedad se cumple uno de los supuestos materiales del *certiorari,* en tanto si los procesos no buscan un debate acéfalo o una prosecución indebida de la discusión procesal, en buena cuenta no va a producirse el efecto de requerimiento de respuesta del órgano

---

[21] STC 0575-2006-PA/TC caso Fernando Salmón

> *4. Al Tribunal no le es ajeno que en la aplicación del derecho ordinario se puedan afectar los derechos fundamentales. Por ello aplicando la denominada 'fórmula Heck", empleada por el Tribunal Constitucional Federal alemán o la denominada 'fórmula de la cuarta instancia" utilizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, hemos sostenido que*
>
> La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional (...); sólo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional (...) entrar a conocer el asunto (...). [L]os procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional Federal, siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto. (BverfGE 18, 85 —sentencia del 10 de junio de 1964—) [STC 09746-2005-PHC/TC, Fund. Jur. N.° 4].

supremo, pues cuanto predica la fórmula Heck es que no se produzca un uso inadecuado de las opciones del debate jurídico.

El *certiorari* se inscribe en esa línea y busca un equilibrio de razonabilidad en el ingreso de causas a las instancias supremas, a las cuales deberían en principio acceder solo aquellos procesos que resulten discutibles con vocación de causas verdaderamente discutibles.

De no satisfacerse estas condiciones mínimas, realmente el debate no apuntaría sino solo a dirimir una causa perdida, a implicar solo unas frías estadísticas de casos rechazados.

IV. CERIAJUS Y PROPUESTAS DE CERTIORARI

La propuesta del *certiorari* no es nueva en nuestro ordenamiento constitucional. En su momento la Comisión Especial para la Reforma Integral del Sistema de Administración de Justicia[1221] propuso una Corte Suprema Única de 11 miembros,[23] la cual reemplazaría a los actuales estamentos de la Corte Suprema.

---

[22] *Según la Ley 28083, la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia quedaba conformada por:*

a) El Presidente del Poder Judicial, quien lo presidirá.

b) El Fiscal de la Nación.

c) El Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura.

d) Un representante del Tribunal Constitucional.

e) El Presidente de la Academia de la Magistratura.

fi El Ministro de Justicia.

g) El Defensor del Pueblo.

h) Dos representantes de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República.

z) Cinco miembros elegidos por las instituciones de la sociedad civil participantes en el Foro del Acuerdo Nacional.

[23] Las propuestas sumilladas en esta materia fueron propuestas de la siguiente forma:

Poder Judicial

- *La justicia militar se incorpora dentro del Poder Judicial para que no siga siendo una instancia judicial paralela exenta de control, evitándose así los excesos cometidos.*
- *El presupuesto elaborado por el Poder Judicial no podrá ser observado por el Ejecutivo, salvo que exceda del 4% del monto total del Presupuesto General de la República.*
- *La Corte Suprema estará conformada por una Corte única de once miembros con competencia nacional que resolverá los recursos de casación y la responsabilidad de los altos funcionarios.*
- *Para ser Juez de la Corte Suprema se deberá acreditar una trayectoria democrática, de respeto a los derechos fundamentales y una conducta profesional acorde con los principios éticos. Los jueces pueden permanecer en el servicio hasta los setenta años y tienen derecho a mantener su especialidad jurídica durante el desempeño de su función.*

La propuesta partió de un diagnóstico real de todo el Poder Judicial en ese entonces- año 2004- *y* en especial, en cuanto se refería a la más alta instancia de justicia, del número creciente de procesos que conocía la Corte Suprema y de la necesidad de establecer modificaciones en el sistema de acceso de los expedientes a las altas instancias de impartición de justicia.

La propuesta de la CERIAJUS no fue acogida en su momento por diversas razones, entre ellas la de una necesaria reforma constitucional, pero sí abrió el debate conceptual para una modificación de las competencias de la Corte Suprema en tanto el panorama hoy no es sustantivamente distinto al de 2004, como hemos referido *supra,* sino en rigor cada año tiene lugar una demanda de justicia crecientemente mayor.

Observemos, ahora con más detalle, que 6 Salas de la Corte Suprema han resuelto en el año 2012 la cantidad de 23865 procesos. Para el año 2013 ha sido creada una nueva Sala Constitucional y Social Transitoria, es la Segunda, y en lo que va del año ya ha resuelto esta nueva Sala la cantidad de 4631 procesos.

Más aún el Presidente de la Corte Suprema se ha pronunciado por la necesidad de modificar las competencias en materia de casación de la Corte Suprema,[24] en tanto a mayor número de causas, por cierto mayor ha de ser el número de Salas Supremas que ha de crearse a futuro, y esa no es la lógica racional adecuada para resolver una mayor demanda de justicia.

Este reconocimiento implícito del Poder Judicial por la reducción de la carga procesal es una percepción compartida por los demás estamentos del Poder Judicial, y una premisa deviene clara: si no se cierra legislativamente los mecanismos de acceso a la Corte Suprema, el problema ha de convertirse cada

- *El Consejo de Gobierno del Poder Judicial será el órgano encargado del gobierno del Poder Judicial, y estará integrado por magistrados de todos los niveles y por representantes de las universidades y colegios de abogados. Los distritos judiciales tendrán su propio Consejo de Gobierno, según lo dispuesto por la Ley Orgánica.*
- *Quedan eliminadas las diferencias entre los magistrados, precisándose que los jueces sólo se distinguen entre sí por la diversidad de sus funciones.*
- *La carrera judicial se afianza para garantizar la independencia de la función jurisdiccional, los derechos de los jueces, el establecimiento de un sistema de méritos para el ingreso,* ascenso *y* permanencia, la calidad del servicio de justicia.

Disponible en http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/reforma.htm. Fuente visitada con fecha 15 de setiembre de 2013.

[24] Diario Oficial El Peruano. Edición de 04 de setiembre de 2013.

Nota: Poder Judicial busca reducir carga procesal

El Presidente del Poder Judicial (PJ), Enrique Mendoza, anunció que se alista un proyecto de ley para disminuir la carga procesal en la Corte Suprema.

Refirió que una sala de la Corte Suprema produce entre 300 y 400 expedientes por mes, y que ya tienen un proyecto de ley que se ha discutido por cerca de dos años. "Ya lo tenemos para presentarlo, lo vamos a resolver con una casación que restrinja los procedimientos que lleguen a la corte y que cada sentencia sea un mensaje a todo el país."

vez en una cuestión más crítica de manejar, pues todo apuntaría a considerar necesariamente aquello que JUSTICIA VIVA considera un mito: que frente a estos problemas de carga procesal inevitablemente la solución a impulsar sería solo la creación de más órganos jurisdiccionales.

V. PROCESOS CONSTITUCIONALES Y RACIONALIDAD DE ACCESO

El *certiorari,* a juicio nuestro, explicaría, de igual modo, una regla de racionalidad como sucede en el caso de las controversias constitucionales, en las cuales, en caso de existir sentencia estimatoria por parte de un órgano de segunda instancia, es decir, una Sala Superior, ya no es exigible la prosecución del proceso para ser conocido por el Tribunal Constitucional.["]

Esta previsión procedimental es de suma importancia pues revela un mensaje claro: si en el proceso constitucional ha tenido lugar la observancia del principio de pluralidad de instancias, entonces no deviene exigible que el proceso sea conocido por la instancia última de control constitucional en procesos de la libertad, ello en razón de que una decisión estimatoria superior (sentencia fundada de segunda instancia), expresa un estudio de actuados desde una perspectiva nomofiláctica, es decir, se realiza la expulsión de eventuales interpretaciones contradictorias del órgano funcional inferior *y* por tanto, legitima la decisión del órgano funcional de segundo grado.

El *certiorari* asumiría los matices propios de la idea de racionalidad de los procesos constitucionales en su actual esquema, en la medida que implicaría una regla de manejo adecuado de causas, *y* de otro lado, representaría inclusive un razonamiento más discrecional aún, dado que la esencia aplicativa del *certiorari,* junto a la racionalidad de acceso, es la potestad de escoger, la propia Corte Suprema, aquellas causas que estima ésta han de fijar líneas casatorias en los procesos que lleguen a su conocimiento.

La adopción del *certiorari* en nuestra Carta Fundamental expresaría, entonces, en concordancia con las ideas que anteceden, un rango de racionalidad en el acceso a la justicia en su dimensión material, en tanto implementaría

[25] Constitución Política de 1993. Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional

Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. *Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.*
2. *Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.*
3. *Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.*

(El énfasis es nuestro)

una regla de acceso para la fijación de verdaderas líneas casatorias y una efectivización del principio *stare decisis,* en tanto existiría un verdadero nivel de vinculación de los órganos inferiores a las decisiones actuales de la Corte Suprema.

Es importante que advirtamos que de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema, conforme describimos brevemente antes, aquella que realmente representa un grado fuerte de vinculación,[1261] es la conformada por los Plenos Casatorios de la Corte, los cuales representan en propiedad la adopción de acuerdos por parte de todas las Salas de la Corte Suprema[1271] y a su turno, aquellos acuerdos que no sean Plenos Casatorios, pueden regularse por el artículo 22 de la LOPJ[[281] y al respecto los jueces de grado funcional inferior están habilitados para apartarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema si invocan una causal justificada de apartamiento de esa posición.

Por consiguiente, es menester advertir que el *certiorari,* al identificar propiamente a un solo órgano jurisdiccional, apunta a la consolidación de líneas casatorias que van a forjar las características del precedente en cuanto el mismo tiene un vocación de universalidad y consecuencialidad, es decir, al ser universal, crea una regla de predictibilidad para todos los actores del sistema de justicia, y a su vez, por regla de consecuencialidad, entendemos esa forja de apuntalamiento para que los efectos de las decisiones adviertan siempre una regla de equilibrio, es decir, un precedente no apunta a consecuencias contrarias al ordenamiento constitucional y tampoco a que sus consecuencias seas más gravosas que la decisión misma.

Por tanto, un precedente a partir del *certiorari* adquirirá una connotación de regla de equilibrio para el *corpus* judicial y denotará una máxima de ponderación al fijar verdaderos precedentes para los órganos jurisdiccionales.

---

[26] Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 80 Atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema.

(...) 4. Sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas Especializadas de la Corte Suprema y disponer la publicación trimestral de las ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

[27] A setiembre de 2013, existen solo 4 Plenos Casatorios expedidos por la Corte Suprema aunque esta institución data del Código Procesal Civil de 1993.

[28] Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 22.

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema (...) ordenan la publicación (...) de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

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

A su turno, una conecta aplicación del *certiorari* implica una forma de *activismo judicial restringido,* en razón de que le es exigible a los jueces una posición activa por la defensa de los derechos que emanan de la Constitución y la ley, pero al mismo tiempo se demanda de los jueces una actitud de equilibrio, en tanto es legítima la pregunta a formular en el sentido de si deben resolver todo cuanto conocen, o si acaso debe ser exigible una regla de equilibrio y racionalidad en esa tarea de impartir justicia.

Es nuestra posición que el *certiorari* representa de suyo una propuesta más que equilibrada en esta propuesta preactiva frente a los derechos en su defensa mas restricción y moderación en su concesión para no incurrir en hiperactivismo.

VI. PROPUESTAS DE ENMIENDA CONSTITUCIONAL

Vertidos los criterios que anteceden, coincidimos con fórmulas de modificación constitucional cuyos matices ya han sido expresados por diversos estudios sobre la materia.

De un lado, la CERIAJUS en esta materia abordó una propuesta[1291] de enmienda constitucional del artículo 142 de la Constitución, en la premisa de validar la existencia de una sola Sala Suprema.

La propuesta que aludimos fue aún más radical en relación al modelo que presentamos a grandes rasgos del *certiorari,* pues no solo restringía el acceso de causas a la Corte Suprema, sino en buena cuenta reducía drásticamente el número de Salas de la Corte Suprema.

En efecto, si advertimos que solo hay 3 Salas Supremas titulares y que hoy existen 7 Salas en total, es decir, 4 Salas Transitorias adicionales a las titulares, la reducción a una sola Sala sí suponía una modificación radical en el sistema de acceso a la Corte Suprema.

---

[29] Vid. Plan Estratégico para la Reforma Integral de la Administración de Justicia. Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia. p. 400. Disponible en http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2004/ceriajus/Plan Nacional ceriajus.pdf Fuente visitada con fecha 14 de setiembre de 2013.

Propuesta respecto al artículo 142 de la Constitución:

La Corte Suprema es el máximo órgano jurisdiccional. Se constituye en corte única y se compone de once miembros. El alcance de sus funciones abarca todo el territorio nacional y su Presidente lo es del Poder Judicial, elegido en el cargo por un periodo de dos años.

Son atribuciones de la Corte Suprema:

I. Actuar como corte de casación;

2. Juzgar los casos a que se refiere el artículo 100 de la Constitución

De otro lado, se enfrentarían problemas de número de Jueces Supremos titulares pues a la fecha existen 18 Jueces Supremos titulares (15 en Salas y 3, cada uno de ellos, en Presidencia de la Corte Suprema, uno en el Órgano de Control de la Magistratura, y uno preside el Jurado Nacional de Elecciones).

La pregunta compleja es: si la Corte Suprema se redujera de 18 a 11 miembros ¿quiere ello decir que quedarían 7 Jueces Supremos supernumerarios? La respuesta es igualmente compleja.

De otro lado, un estudio de la Universidad San Martín de Porras igualmente describe una propuesta modificatoria del artículo 141[30] de la Constitución Política de 1993, siguiendo fundamentalmente la propuesta de la CERIAJUS, en tanto la coincidencia de criterios se expresa, igualmente, en la necesidad de recuperar una verdadera línea de casación en la Corte Suprema, y no que un sinnúmero de procesos, sin tener vocación de reales razones fundadas, puedan llegar a ser conocidos por la Corte Suprema, más por formalidad que por contextos realmente materiales de sus propias condiciones de tales.

VII. ¿DESVENTAJAS DEL CERTIORARI?

Hemos desarrollado hasta aquí una descripción de determinadas fortalezas del certiorari a partir de la percepciones propias que el caso peruano ofrecería y en gran medida, a partir de las bondades que el caso involucra en experiencias concretas del Derecho Comparado, fundamentalmente a partir de la experiencia norteamericana en tanto fue uno de los primeros países en implementar este sistema en su ordenamiento en el ario 1925, y que hoy se mantiene vigente en una característica de discrecionalidad bien entendida y racionalmente justificada.

Es importante nos preguntemos, entonces, y en estricta justicia a la amplitud de criterios que debemos abordar, si habrían de surgir inconvenientes

[30] Vid. UNIVERSIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES. *EL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO* Facultad de Derecho — Escuela de Post Grado. Lima 2010. p. 92.

Propuesta de modificación del artículo 141 de la Constitución:

Son competencias de la Corte Suprema:

- *Actuar como Corte única de Casación, pudiendo escoger discrecionalmente los procesos que decida resolver, conforme a la ley.*
- *Establecer jurisprudencia vinculante con carácter obligatorio para las demás instancias judiciales, los que solo podrán ser variados mediante resolución motivada por la propia Corte Suprema.*
- *Conocer los procesos derivados de la aplicación del Art. 100 de la Constitución.*
- *Los demás casos previstos en la Constitución".*

de aplicación a propósito de la implementación del *certiorari* en nuestra Carta Fundamental.

Es nuestra posición que por supuesto que ha de afrontarse un largo camino de objeciones, muchas de ellas inicialmente válidas, quizá, en la aplicación propia del *certiorari,* y que sin embargo, creemos, tras un proceso de maduración idóneo, pueden reflejar más bondades que contrariedades en su implementación.

A la realidad norteamericana que sumilladamente hemos referido, debemos sumar experiencias como la de México,Pil país donde el *certiorari* solo se circunscribe solo a la materia constitucional.

El caso argentino, que también aplica *certiorari,* presenta características particulares pues según refiere Oteiza[321] la Ley 23774 (1989) modificó el artículo 280 del Código Procesal para señalar:

"( ) la Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando la cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia ( )"

Tales expresiones del Derecho Comparado nos pueden servir de referencia para apreciar que la determinación del *certiorari* como herramienta procedimental, si bien presenta algunas configuraciones aplicativas, por supuesto no exenta de problemas para cada realidad, en buena cuenta denota su vigencia legal y constitucional en dichos ordenamientos.

Pues bien veamos cuáles serían, *grosso modo,* esas posibles deficiencias materiales o eventuales carencias procedimentales que el *certiorari* puede representar y que, sin embargo, nos permitimos anotar, en modo previo, subrayando que creemos son superables.

7.1. - ¿Criterios guía en la discrecionalidad?

Importante cuestión a definir es cuáles van a ser los criterios guía para determinar si una causa será conocida por la Corte Suprema a propósito de la aplicación del *certiorari.*

A juicio nuestro, un punto de partida de una Corte Suprema única de 11 miembros, es decir, una sola Sala Suprema, revela un primer indicador de un cuerpo calificado de magistrados que en esencia representa a los jueces de jueces del Poder Judicial.

[31] CAMPOS MARTINEZ, Alicia. *El certiorari.* Disponible en http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e5028a8043eb964b9414f40365e6754e/E1 certiorari Dra Jessica Campos.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e5028a8043eb964b9414f40365e6754e Fuente visitada con fecha 16 de setiembre de 2013.

[32] OTEIZA, Eduardo. Op cit. p. 74

En segundo orden, resulta necesaria la construcción de indicadores y sub indicadores para la determinación de un caso a ser conocido.

Los indicadores han de representar los criterios motrices para la determinación de un caso a ser conocido por la Corte Suprema y los sub indicadores habrían de representar una validación del ámbito de los indicadores.

Como criterios indicadores podemos señalar, a partir del Derecho Comparado, hasta 3 items: importancia,[53]] trascendencia,[134] y regla de 4,[35] los cuales van a expresar las razones de primer rango que justificarían un primer tramo aplicativo del *certiorari.*

Como sub indicadores, se hace necesario establecer, en idea de desarrollo, cuáles items identificarían los indicadores de importancia y trascendencia, tarea que es propia de desarrollo legislativo, en atribución de las potestades del legislador, sin dejar de lado la determinación de estos ángulos de análisis complementarios por parte de la instancia más alta del Poder Judicial: su propia Corte Suprema.

7.2. - ¿Derecho no resuelto es denegatoria de acceso a la justicia?

Una interrogante flotaría brumosamente a propósito de la aplicación constitucional del *certiorari:* si una causa ya no llega a ser resuelta por la Corte Suprema a causa de esta nueva institución, ¿implicaría ello una forma acentuada de denegatoria de acceso a la justicia en su dimensión material? ¿Podríamos hablar de un Estado que se niegue a configurar un sistema de

[33] Vid. GÓMEZ- PALACIO, Ignacio. *El "criterio de importancia y trascendencia" y su antecedente el Writh of certiorari.* Disponible en http://www.g-pasoc.com/docs/ARTICULO_WRIT OF CERTIORARI 1 .01.pdf Fuente visitada con fecha 17 de setiembre de 2013.

[34] Vid. GÓMEZ- PALACIO, Ignacio Op cit. p. 183.

Es importante "cuando con los conceptos de violación (o del planteamiento jurídico si opera la suplencia de la queja deficiente). se vea que los argumentos (o derivaciones) son excepcionales o extraordinarios, esto es. de especial interés"; y será trascendente "cuando se aprecie la probabilidad de que la resolución que se pronuncie establezca un criterio que tenga efectos sobresalientes en la materia de constitucionalidad."

[35] La regla de 4 querría decir que si 4 Jueces, sobre un total de 11 en nuestro caso si hubiera una Corte Suprema de 11 miembros, están de acuerdo para que un caso sea conocido vía *certiorari,* entonces queda habilitado el caso para ser examinado por la Corte Suprema. El número podría variar a 5 en nuestro ordenamiento pues en el caso norteamericano la referencia es a 4 sobre 9.

Vid. MESSITE, Peter. *El recurso de certiorari o de revisar cuáles caso examinar.* En CAMPOS MARTINEZ, Alicia. *El certiorari.* Disponible en http://scc.nj.gob.pe/wps/wcm/connect/e5028a8043eb964b9414f40365e6754e/E1 certiorari_Dra_Jessica_Campos.pdflMOD=AJPERES&CACHEID=e5028a8043eb964b9414f40365e6754e Fuente visitada con fecha 16 de setiembre de 2013.

impartición de justicia de acuerdo a los cánones del derecho internacional de los derechos humanos?

No advertimos estas figuras pero sí la necesidad de trabajar con fortaleza en la difusión del nuevo sistema de acceso a la justicia a partir del *certiorari.* En efecto, los estamentos de acceso a la justicia de la sociedad civil, como los Colegios de Abogados, las Universidades, las entidades capacitadoras del Poder Judicial y el Ministerio Público, habrían de ser los espacios naturales para la reflexión sobre la adopción de esta figura en el ordenamiento constitucional, y serían de la misma forma responsables, a su turno, de las ventajas de adopción del sistema.

A modo de conclusión

Retomando la dimensión del título de nuestro estudio podemos arribar a la idea cierta de que el *certiorari* representa para nuestro país más una necesidad que una propuesta.

Su naturaleza de institución foránea puede contextualizar la reflexión de que no sería en principio adaptable a la realidad constitucional peruana. No creemos en esta aseveración en cuanto aquellas prácticas que ofrecen tangiblemente la posibilidad de un mejor sistema de impartición de justicia y que a su vez, traducen necesarios medios de racionalidad para enfrentar la carga procesal, son medios que exigen un estudio detallado. En síntesis, lo bueno debe ser replicado cuidando su adaptación a nuestro sistema constitucional.

De otro lado, las condiciones modificatorias de acceso a la justicia en nuestro ordenamiento jurídico de aplicarse el *cerciorar* (lo cual exige un primer tamiz constitucional) conducen a un exigible debate previo en el seno de la comunidad jurídica, y en ese propósito, juegan un rol de primer orden los jueces del Poder Judicial, quienes a través del *certiorari,* como herramienta con arraigo constitucional unas vez se implemente, estarían en condiciones de ofrecer, a través de su Corte Suprema, líneas directrices jurisprudenciales para todos los órganos jurisdiccionales de niveles funcionales diversos.

De la misma forma, el *certiorari* implicaría un fuerte mecanismo de legitimación de los jueces en democracia, en tanto el rol de órgano de fijación de líneas jurisprudenciales, le permitiría a la Corte Suprema recuperar un espacio de poder que necesita consolidar frente al Tribunal Constitucional, no en la premisa de ocupar los espacios de interpretación final que le corresponde la Guardián de la Constitución, sino para afianzar el rol de órgano conductor de la jurisprudencia de sus propios jueces. Ello se logra con fallos de calidad que el *certiorari* puede potencialmente representar.

Bibliografía:

ALONSO, Pablo. Programa de Acceso de Mejoramiento a la Justicia en el Perú. En VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá. Octubre 2003.

CAMPOS MARTINEZ, Alicia. El certiorari. http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e5028a8043eb964b9414f40365e6754e/E1_certiorari_Dra_Jessica_Campos_.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e5028a8043eb964b9414f40365e6754e

ESPINOSA- SALDAÑA BARRERA, Eloy. La incidencia de la labor del Tribunal Constitucional en el quehacer del Poder Judicial y algunas ideas para enfrentar algunos eventuales excesos producidos en ese contexto REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL 1/1 2007.

FIGUEROA GUTARRA, Edwin. La interpretación judicial de la ley ordinaria. ¿Facultad exclusiva de los jueces del Poder Judicial o activismo del Tribunal Constitucional? Gaceta Constitucional No. 60. Diciembre 2012.

GARCIA BELAUNDE, Domingo. El Poder Judicial en la encrucijada. ARA EDITORES. Lima, 2004.

HERNANDEZ BREÑA, Wilson. 13 MITOS SOBRE LA CARGA PROCESAL. Anotaciones y datos para la política judicial pendiente en la materia. JUSTICIA VIVA. Instituto de Defensa Legal Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad y Departamento Académico de Derecho. Setiembre de 2007.

GÓMEZ- PALACIO, Ignacio. El "criterio de importancia y trascendencia" y su antecedente el Writh of certiorari. http://www.g-pasoc.com/docs/ARTICULO_WRIT_OF CERTIORARI 1_.01.pdf

OTEIZA, Eduardo. El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo p. 71. http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abri11998/031Juridica06.pdf.

PRIETO SANCHIS Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Publicado en Anuario de la Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid 5, 2001.

UNIVERSIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES. EL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO Facultad de Derecho — Escuela de Post Grado. Lima 2010.

ENTRE LA PARTICIPACIÓN ABSOLUTA Y LA FICCIÓN REPRESENTATIVA

¿QUÉ PODEMOS ESPERAR, Y QUÉ NO, DEL RÉGIMEN REPRESENTATIVO?

CÉSAR DELGADO-GUEMBES (*)

SUMARIO: *1.- Reconocimiento de las premisas* ***H.-*** *Revisión de la fantasía política del Estado sin parlamento.* ***HL-*** *De la fantasía participativa a la ficción representativa. IV- La optimización de la carta representativa V- La representación calificada.*

Quizá uno de los malestares políticos más grandes en el Perú sea la miseria y vergüenza que sentimos con los lamentables recuentos de actos que se protagonizan cotidianamente en el Congreso [111]. Quizá también hay algo de esa misma miseria que tememos se encuentre instalada demasiado dentro de cada uno de nosotros mismos, de nuestra mente, de nuestras reacciones automáticas y dentro de nuestros cuerpos. Nos guste o no las mismas personas que operan y protagonizan los actos reprochables del Congreso son las que elegimos con

---

(*) Funcionario del parlamento peruano y profesor de derecho y gestión parlamentaria en varias universidades peruanas. Ha sido Sub Oficial Mayor de la Cámara de Diputados (1991-1992), Oficial Mayor del Congreso (2003), Director General Parlamentario, y asesor de Comisiones Ordinarias, de Acusación Constitucional, de Inmunidades, e Investigadoras.

[1] El debilitamiento del Congreso es *endógeno,* en el sentido de que las causas se deben a actos, declaraciones, conductas, procesos y resultados que protagonizan y ejecutan los propios congresistas. Pero también existe una *dimensión exógena* como la que se origina en la calidad de la sociedad, de los partidos políticos y de la propia ciudadanía de la que se extrae la representación política, o la que contribuyen a causar otros actores en los procesos políticos como pueden serlo los medios de comunicación, el Poder Judicial, o el propio Tribunal Constitucional en cuanto distorsionan el tipo de régimen político con su errónea comprensión del rol que a ellos les corresponden y también el que le imputan al Congreso. Si a los factores endógenos y a los aspectos exógenos se suma la dificultad de explicar razonablemente lo que ocurre sin que los protagonistas del malestar adopten reacciones defensivas el sistema complica notablemente su capacidad de recuperación. Recientemente, por ejemplo, es posible medir los contundentes efectos que suman las investigaciones mediáticas en relación con el personal y el patrimonio del congresista Michael Urtecho, entre otros, y sentencias como la del Tribunal Constitucional en relación con el caso Tineo Cabrera, o la del Poder Judicial, con las que se afecta los procedimientos de información y control a cargo de las Comisiones Investigadoras.

nuestros votos, y que, además, elegimos de entre nosotros mismos. Por eso es una experiencia de vergüenza, de malestar, de pena y también de cólera, porque no obstante que no somos nosotros mismos quienes protagonizamos los actos que pública y cíclicamente se critican, existe una dimensión que compartimos y que intuimos que nos toca de manera, aunque indirecta, no menos personal.

El malestar por la calidad de nuestra representación en el parlamento explica que una de las preguntas políticamente más relevantes en el Perú contemporáneo es qué parlamento queremos para nuestro presente y para nuestro futuro inmediato, esto es, qué parlamento nos podemos crear y hacer, y si podremos tener alguna vez un parlamento que, en vez de expresar nuestra propia miseria y de ser causa de nuestro malestar, se convierta en una razón de satisfacción *y* de orgullo colectivo. Uno de los propósitos del viaje que emprendemos desde la escritura, desde la palabra y desde el pensamiento que se aboca al malestar por nuestra carencia presunta de satisfactoria representatividad, uno de esos propósitos es exponer aspectos desnudos de nuestra identidad política, y por lo tanto de nuestro imaginario como individuos y como comunidad.

La fantasía cumple un papel importante en este viaje, en esta aventura y en esta exploración de la imaginación y del pensamiento, porque nos mueve hacia el deseo de lo que querríamos ser *y* en lo que querríamos convertirnos, pero la eficacia del *réverie* aumenta en la medida en que conozcamos qué nos hace ser y tener lo que tenemos en nuestra experiencia representativa. El deseo, en efecto, no basta para ver ni hacer una realidad distinta, pero sin la fantasía, sin el sueño y sin la imaginación, la realidad se empobrece porque pierde sentido, pierde dirección y pierde la dimensión del destino cuando está privada del deseo del sujeto que la vive.

Para convertir la miseria y el malestar en orgullo quizá la pregunta basada en la urgencia del deseo, de la esperanza *y* de la fantasía de un parlamento suficientemente renovado y promisor debe ajustarse, porque para alcanzar el parlamento deseado será necesario reconocer, además, cómo es que llegamos al tipo de parlamento que tenemos. Sin consideración de la realidad en la que se basan los hechos que observamos y constatamos las posibilidades de que el cambio ocurra son diminutas o imposibles. Necesitamos las dos cosas, porque para poder alcanzar un parlamento distinto y suficiente, es preciso fantasearlo, quererlo y soñarlo, pero también conocer cómo se llega a tener la realidad parlamentaria y representativa que tanto desencanto, malestar y miseria nos causa. El deseo y el entorno son ambos factores que habilitan y hacen factible el renacimiento y transformación de la experiencia representativa del Perú.

Estas reflexiones revisan preguntas elementales usualmente descuidadas, obviadas o tratadas con negligencia, como si fuera ocioso repetirlas y como si ya no fuera necesario pensarlas. Es una premisa de esta exploración que en lo

más sencillo y en lo obvio, que es lo que se más fácilmente se minimiza o pasa por alto, pueden encontrarse los detalles que permiten explicar los problemas más grandes. Por eso es que las reflexiones sobre eso sencillo y obvio será materia de registro, para levantar el mapa de los hitos, cotas, residuos, arroyos o tambos que observemos y con que nos encontremos en el recorrido. Antes de empeñarnos en la formulación de un programa de acción y en qué hacer para que las cosas cambien es básico saber cuál es el espacio de nuestro andar para reconocer qué tenemos *(as is),* qué es posible alcanzar o qué podemos querer y ser *(to be), y* sólo luego qué hacer para alcanzarlo *(to do)*. No basta con querer algo si antes no sabemos cómo alcanzarlo o si está fuera de nuestro alcance hacer lo que se necesitaría realizar para llegar a obtenerlo.

La función que asumo y que me propongo cumplir es la que tiene el propio enfermo cuando el médico le pregunta en el quirófano qué siente y qué ha observado en sí mismo. Mi tarea es en gran parte similar a la anamnesis y al recuerdo. Debo narrar a partir de las experiencias por las que he pasado y qué explicaciones me doy sobre el estado en que me encuentro como parte del mismo fenómeno en el que se manifiesta la miseria de nuestra representación política. El alcance de estas reflexiones, en este sentido, pretende ser sólo una versión provisional y parcial del todo, sin aspiración a constituir la explicación final ni definitiva. Las líneas que queden escritas al final de esta fuga de las coordenadas cotidianas quedará en el estatus que tienen los testimonios y las crónicas en las geografías que reconocemos o revisitamos con la inocencia de quien quiere ver lo visto como si no hubiera sido visto antes.

Se espera que el repaso de lo que usualmente se olvida y de lo que se da por descontado, así como el contexto cultural en el que funcionamos políticamente como sociedad, sirva para cambiar el malestar que sentimos con los resultados de nuestra representación parlamentaria. El objetivo de este repaso es realizar el recuento de las condiciones que hacen posible el rendimiento de resultados en la institución parlamentaria. Es condición de salud de los pueblos que conozcan las consecuencias de sus actos y de las reglas que rigen su acción y conducta. El desencanto ocurre cuando idealizamos y fabricamos esperanzas sin fundamento en las posibilidades de la realidad para generar su ocurrencia. El ejercicio razonable y virtuoso de la ciudadanía empieza por confrontar la calidad y naturaleza de nuestra propia realidad humana, no menos que de la capacidad de las instituciones para reproducirla y reflejarla. Cuando el juicio desaprobatorio sobre nuestra representación es severo e implacable, es prudente y aconsejable revisar si ese mismo juicio acaso no debe aplicarse antes y también sobre las costumbres y hábitos tolerantes generalmente permisivos en la vida cotidiana de quien lo emite. La disociación mediante la cual nos protegemos de

nuestra incomodidad política es parte del mal político y también de la solución pendiente de alcanzar.

En las reflexiones que siguen se revisan por tanto aspectos básicos cuya existencia pasamos de lado con facilidad. El esfuerzo consiste en examinar qué hemos dejado de lado que necesitamos recordar para apreciar qué ocurre con esa representatividad política que nos indigna y que reprobamos públicamente, y cuánto de la solución de ese mal público no debe esperarse sólo de los representantes sino también de quienes como ciudadanos descuidamos hábitos que luego se reproducen en la experiencia de nuestra representación política. Si bien es cierto las reformas normativas e institucionales tienen alguna capacidad de mejorar resultados colectivos, sus capacidades generadora ni transformadora tienen propiedades mágicas, porque en último término las normas y las instituciones son lo que el sujeto que las opera hace con ellas desde la cultura y hábitos con los que las usa.

I. RECONOCIMIENTO DE LAS PREMISAS

Pensar en el parlamento que queremos tiene implícito el supuesto que queremos *un parlamento* y no otra forma de organización política [2]. ¿Quizá no queremos o preferiríamos no tener un parlamento? Asumir que preferimos un parlamento es algo a lo que hay que llegar y no suponer, precisamente porque el nivel de descontento que sentimos requiere que examinemos qué tan posible es prescindir de él, y qué tanto sería posible en efecto preferir otro tipo de organización exenta de este tipo de alternativa institucional.

Suponer la preferencia a favor del parlamento es el supuesto también de un Estado con una asamblea en la que existan quienes actúan u operan como representantes de la voluntad colectiva, de la voluntad popular. Es el supuesto de una asamblea con capacidad de definir con alto grado de autonomía cuál es

[2] Preferir la acción política *inmediata,* respecto de la acción *diferida o indirecta* que se realiza a través de las instituciones puede depender del modelo y concepto de ciudadanía que tiene quien se plantea esta alternativa. Puede en efecto resultar de la desconfianza o desafección del individuo por toda forma de intervención desmedida o innecesaria del Estado, como puede ser resultado de la genuina preferencia del ciudadano por ejercitar plenamente sus deberes cívicos y políticos en la comunidad a la que pertenece y con la que se identifica. El modelo individualista de ciudadanía resulta en gran parte de la relación utilitaria que tiene el sujeto con su sociedad. El modelo republicano supone el reconocimiento del orden comunitario en el que el sujeto cumple una función respecto del órgano colectivo en el que tiene arraigo histórico y cultural. Por diferentes razones ambos modelos pueden coincidir en preferir el tipo *inmediato* de acción política, o la alternativa *indirecta o diferida,* pero la diferencia de modelos o conceptos de ciudadanía luego afectará el tipo de asamblea que se construya o que se genere con el tipo de ciudadano predominante en la sociedad en la que los representantes cumplan su mandato.

la voluntad general, por cuenta de ese todo universal que somos los habitantes del mismo territorio. Ese mismo supuesto niega por lo tanto la capacidad de que a la totalidad de miembros de la colectividad que integramos el Perú (como una suma de individuos con identidades históricas asumidas como comunes en interrelación recíproca bajo una misma categoría política) nos sea posible expresar nuestra voluntad política de modo directo, y sin intermediarios.

La duda metodológica respecto a los supuestos inherentes a la pregunta por el parlamento que queremos, debe ser atendida y despejada antes de asumirse como válida y políticamente suficiente. Puede que no queramos parlamento, si es que el parlamento puede dejar de reemplazarnos como intermediario de nuestros intereses ante el Estado. Es necesario contar con una base cierta de que el parlamento es en efecto una instancia representativa necesaria cuya reforma es deseable, porque cabría también que el parlamento sea prescindible si es que la condición histórica de nuestra situación política hubiera cambiado respecto de la que hemos heredado y repetimos.

La indagación sobre la forma de nuestra vida política debe empezar el recorrido desconociendo las coordenadas que repetimos diariamente. Es necesario revisar cuánto ha cambiado la cartografía política desde que en el mundo moderno se construye el poder del Estado en el parámetro de la teoría de la separación de poderes. Puede que no haya remedio y aún sea preciso sostener alguna de las diversas variantes o arreglos políticos de la separación de poderes, pero también cabe que entre el siglo XVII y el XXI algo haya cambiado que nos exija acomodos acordes con las nuevas posibilidades y recursos disponibles, no obstante las complicaciones urbanas y demográficas del mundo globalizado contemporáneo.

Pasar por alto o descuidar el repaso de esta *desterritorialización de nuestras costumbres y hábitos políticos* puede empobrecer los alcances de la pregunta sobre el parlamento, porque permanecer en ellas atará nuestra capacidad de imaginar alternativas con las que enriquecer las posibilidades de nuestra vida en común. La pregunta sobre las mejoras posibles en nuestra organización colectiva debe empezar, en consecuencia, por perder el temor a lo desconocido y asumir la contingencia de un recorrido que puede sólo llevarnos al naufragio, a la pérdida o a deriva. Ese es el riesgo de una apuesta que empieza por borrar o desconocer las rutas conocidas y emprender el camino hacia un destino que se afirme mediante lo que, siguiendo a Deleuze, podemos llamar la *desterritorialización de nuestra experiencia.* Debemos imaginar que deshabitamos la historia y que el exilio o despoblamiento de experiencias a las que estamos anclados puede llevarnos a una travesía sin destino obligado.

II. REVISIÓN DE LA FANTASÍA POLÍTICA DEL ESTADO SIN PARLAMENTO

Pensar en el deseo de un modo de organización política distinta en la que quepa una forma de ejercicio político de nuestra comunidad nos sitúa en una posición próxima a la fantasía. Es decir la posición en la que permitimos la expansión de una dimensión cuya existencia reside en el espacio libidinal, si no acaso también en la realidad onírica. Invocar el deseo supone también la disposición hacia la licencia y el levantamiento de la inhibición o la represión que suele imponer el deber ser o el principio de realidad.

¿Qué visiones vienen, residen o capturan la mente al plantear cuál es el parlamento que imaginamos? Junto con la imagen de lo que querramos por parlamento aparece también el espíritu que nos pregunta si queremos o si necesitamos un parlamento, o si habrá otros modos de obtener resultados iguales o mejores sin lo que ahora llamamos parlamento.

2.1. La versión de la participación total de la sociedad

Para aclarar la posición del deseo es necesario permitir que nos tome la imagen de lo que serían las megalópolis y las sociedades urbanas contemporáneas, controladas por un complicado mecanismo de tecnologías de la información. Si los niveles de pobreza llegan a ser controlados en el Perú del futuro, si se democratiza en todo el territorio el acceso a la electricidad, y si además se democratiza plenamente el acceso público a las redes por internet, sería posible que los ciudadanos interesados en las políticas colectivas estén capacitados para participar según su interés y voluntad si se conectan a la diversidad de políticas pendientes de evaluación y decisión colectiva.

Asumiendo que hubiésemos solucionado todos los problemas técnicos inherentes a la posibilidad de todo individuo de decidir sobre todo asunto colectivo, será necesario prever que en toda decisión colectiva se supone la intervención de sujetos con distintos niveles de especialización, de inteligencia, de madurez emocional, de salud mental y de competencias ciudadanas en general. Asumimos que estamos en una sociedad con virtudes, dones y capacidades homogéneamente repartidas entre todos los habitantes de nuestro territorio. Una sociedad ideal de estas características supone que los habitantes del territorio somos ciudadanos auténticos. Es decir sujetos a quienes preocupa y tienen interés en involucrarse en la vida colectiva, en nuestro entorno público. ¿Qué tan próxima a la realidad es esta suposición?

En el Perú, como en cualquier sociedad, hay santos y hay psicópatas, hay gente honesta y hay delincuentes. Y los habitantes del Perú no tienen todos ni el mismo nivel intelectual, ni han desarrollado sus capacidades en los mismos

campos o disciplinas en igual grado de profundidad o de excelencia. Lo que con mayor certeza cabe decir del Perú es que nuestra experiencia de nosotros mismos es una experiencia incierta y ambigüa, porque a la vez que todos estamos de acuerdo que el Perú debe vivir en orden, también es cierto que cada uno en nuestro fuero interno tendemos a crearnos islas de excepción al orden, en las que afirmamos nuestra individualidad contra la sociedad con transgresiones de distinto calibre. Esto es yendo a mayor velocidad en la carretera, colándose entre los carros, estacionando donde no se debe, miccionando o escupiendo en lugares públicos, arrojando restos y basura en la calle, *coimeando* a jueces o policías, o *cutreando* a empleados públicos para acelerar trámites o evitar multas.

Nuestra sociedad se compone de expertos pero también de mediocres, de trabajadores obsesivos y de parásitos, de gente colaboradora, acomedida y muy cooperativa y gente indiferente, conchuda o pendeja que se sube al carro y que gorrea los logros y éxitos de los otros. No somos, como no lo es ninguna sociedad en el planeta, una sociedad homogénea. Nos definimos a partir de nuestra pluralidad, nuestras diferencias y nuestra heterogeneidad. Y esta experiencia se vive en el gris de la incertidumbre y ambivalencia entre lo que se debe hacer y el exceso o transgresión de las reglas.

Dada la heterogeneidad de nuestra composición individual y social, ¿podemos asumir que existirá igual motivación entre nosotros para participar políticamente en todos los asuntos que nos incumben como colectividad? Si todos hubiéramos participado independientemente de la diversidad de capacidades y motivaciones que tuviéramos, ¿sería previsible que las decisiones a que arribáramos serían igualmente aceptadas y respetadas por todos? ¿Qué tan políticamente maduros somos como para esperar que la derrota en el proceso no genere resentimiento, discordia, disociación, conflicto? ¿Estamos razonablemente preparados como *ciudadanos* para mantener el mismo entusiasmo cooperativo luego de conocer el resultado de la decisión colectiva?

Si en aras del desarrollo de la fantasía de la participación absoluta queda en suspenso la respuesta a estas preguntas críticas, el interés y la capacidad de participación le demandan al ejercicio de esta tarea imaginativa la necesidad de contemplar además dos aspectos diferentes. Un problema es cómo decidir colectivamente. Pero otro quizá más complejo es cómo evaluar y cómo deliberar colectivamente antes de que se de por iniciado el proceso de toma de decisión colectiva propiamente dicho. Si se alcanzara a crear un proceso informático y una metodología que permita tomar decisiones colectivas de modo directo y democrático, otro problema diferenciable es cómo informarnos, como sustentar nuestras decisiones, como intercambiar puntos de vista, cómo persuadir a otros, como argumentar y cómo responder a los argumentos de los demás,

sobre cada uno de los tantos puntos que es necesario que resolvamos para vivir en comunidad, sin que el proceso de estudio, deliberación, argumentación y sustentación no sea tan largo que nos sumerja en tal inacción y en tal parálisis política que, el bien político que se considera que es la participación democrática de toda la colectividad, se convierta en el más absoluto de los males porque el proceso de información suficiente, y la extensión de las deliberaciones y argumentación, dejarían al país en una agitación improductiva, desordenada e ineficaz, mientras las decisiones sobre los bienes y servicios públicos en la cola de prioridades quedan suspendidos y sin atenderse.

En cuanto al primero de los problemas, relativo a las decisiones colectivas, es necesario recordar que, independientemente de la cuestión de la información, deliberación, argumentación y sustentación de todos, el decidir y el proceso de tomar decisiones colectivas en la totalidad de la sociedad, es consecuencia de un cuidadoso sistema y proceso de diseño e implementación, que tiene premisas relativas a la preparación, deliberación, decisión y ejecución de la demanda de intervención, los mecanismos de su procesamiento y la producción de resultados. Es decir, las decisiones suponen una base sobre la cual decidir, un proyecto de decisión, que sea consecuencia de la etapa previa de deliberación y estudio también colectivamente elaborado.

En un escenario imaginario del futuro seria posible el ejercicio directo del poder sin mayor intermediación que la de quienes estén a cargo de la administración y gestión de los intereses comunes. Este es el punto critico, porque los puntos de la agenda de intereses colectivos deben centralizarse o concentrarse, así como las diferentes propuestas de alternativas con sus correspondientes evaluaciones de impacto general en toda la sociedad. En otras palabras la participación directa en los asuntos colectivos debe ser organizada según prioridades previamente jerarquizadas, seleccionadas y clasificadas, porque o no es posible un número indefinido de alternativas o, si lo fuera, sería ineficiente el proceso de descarte, o de selección, en vista de la diversidad temática que cada individuo puede proponer, y por lo tanto también la clasificación de las opciones entre cada una de ellas.

Llegado a este punto el ejercicio de nuestra fantasía parece pues decisivo para caracterizar los límites democráticos de nuestro régimen político, reconocer el tipo de arreglos institucionales en el cual operarán las competencias que tendría el plantel del personal que operaría como facilitador de los procesos de elección de opciones en la pluralidad de temas sobre los que deben votar. Si la idea era imaginar una forma de gobierno en la que pueda suprimirse el parlamento para que cada ciudadano tenga la capacidad de decidir sin intermediarios sobre todos y cualquier asunto de interés colectivo que le concierna y sobre la que

tenga voluntad de pronunciarse, nos tropezamos con una no poco importante dificultad.

Queremos ser quienes decidamos como colectividad, pero ¿sobre qué debemos, podemos o queremos decidir? ¿Cuál dentro de la significativa variedad de temas sectoriales será el orden de los asuntos respecto del que decidiremos? ¿De cuánto tiempo dispondremos para pronunciarnos sobre cada asunto? ¿Cuál será la mayoría con la cual el tema quedará resuelto definitivamente? ¿Será posible que luego de haberlo resuelto se presenten pedidos de revisión de nuestro acuerdo, o no admitiremos forma alguna de reconsiderarlo? Además, ¿quién habrá establecido la redacción y términos del acuerdo que se someterá a nuestra decisión? ¿Será requisito habérsenos suministrado previa o conjuntamente con el tema sobre el cual decidir algún tipo de información, y en qué casos se considerará que la información tiene suficiente calidad y cuándo es insuficiente para que todos contemos con mínimos razonables de información cuyo contenido sea accesible para la totalidad de nuestra colectividad? ¿Nos será posible exigir mayor información, información de mejor calidad, aclaraciones o explicaciones respecto a su contenido cuando lo que se nos suministra es insuficiente u obscuro? ¿Habrá restricciones para que algunos temas no sean disponibles para que todos decidamos, o se tratará de un esquema en el que hasta el más especializado de los temas pueda ser materia de participación por cualquiera independientemente de la capacidad de cada uno para comprender la naturaleza, alcances e impacto que tiene la decisión colectiva sobre nuestro entorno, nosotros mismos y nuestro destino histórico y nacional?

Las preguntas anteriores nos dejan ver que la alegría y la ilusión de tener el poder individual de participar en los procesos de decisión sobre nuestra vida colectiva nos impone algún tipo de restricciones materiales. La fantasía de ser efectivamente dueños de nuestro propio destino colectivo gracias al reconocimiento de la capacidad de participar en todas las decisiones que nos conciernen como colectividad no es un don fácilmente accesible ni disponible. Es insuficiente quererlo. Debemos poderlo alcanzar. Y poder contar con la posibilidad de decidir sobre todo, o que nada sobre lo que haya que decidir pueda decidirse sin que se me haya reconocido la facultad de intervenir y de participar, una u otra alternativa tiene supuestos importantes que es necesario asegurarnos antes de vivir la falsa alegría de que nos es factible ser los dueños efectivos del poder de decidir directa e inmediatamente, sin intermediario alguno, sobre la diversidad de asuntos que nos conciernen como colectivo político y social.

Parecería pues que por mayor capacidad y voluntad individual que tengamos de autogobernarnos de modo directo y sin intermediación, y a pesar del significativo apoyo que las tecnologías de la información podrían ser capaces de brindarnos, siempre habrá necesidad de un grupo de entre nosotros que

deba encargarse de sistematizar y clasificar los asuntos públicos priorizándolos temáticamente según importancia y urgencia; identificando dentro de cada sector temático los distintos problemas o materias que requieren preferencia de nuestras decisiones; documentando los estudios e información disponibles respecto de cada uno, para que quienes facultativamente optemos por participar contemos con mínimos de información y análisis básicos para formarnos una opinión sustentada y plural; y estableciendo los plazos dentro de los cuales tendremos la posibilidad de votar.

Según es posible deducirlo, la tecnología no puede sustituirnos. Necesitaremos muy a nuestro pesar un número por ahora indefinido de personas con disposición de hacerse cargo de algunas tareas imprescindibles para que tengamos mejores elementos de juicio sobre qué acciones es necesario que decidamos y votemos. Estas serán personas en principio como nosotros, y que elijamos también entre nosotros, que deben ocupar el número de puestos que se calcule necesario y correcto. Los puestos sería óptimo que se cubran según las capacidades exigidas para los puestos, y los méritos, habilidades o destrezas de quienes pretendan ocuparlos.

Para que esta primera etapa de organización de nuestro proceso político de toma de decisiones se gestione eficientemente es necesario proceder de manera ordenada. Necesitamos un plan para gestionar y organizar nuestra vida política. Estamos asumiendo que tenemos un territorio y habitantes con una voluntad común de convivencia, a partir de los lazos históricos en los que creemos encontrar raíces que nos congregan en una comunidad más o menos estable y plural. Estamos de acuerdo que para que todos estemos en capacidad de hacernos cargo de nuestras decisiones colectivas no nos queda sino conformarnos en que no podemos hacerlo todo solos ni por nosotros mismos. Es inevitable que dependamos de un grupo al que deleguemos algunas tareas colectivas críticas porque, debido a la cantidad tan extensa de tareas previas para tomar una decisión colectiva, pretender controlar todo cada uno nos llevaría a mayor confusión, discordia y parálisis colectiva intensa e interminable que la que puede imaginarse que debiera existir si las tareas se distribuyen y delegan a un grupo de la comunidad que se especializará en concentrar las tareas previas a la consulta y decisión.

Necesitamos por lo tanto un plan para gerenciar el proceso previo a la consulta colectiva. Ese plan incluye la identificación de las metas y objetivos de quienes gestionarán, administrarán, organizarán y procesarán la demanda de asuntos sobre los cuales debemos decidir. Es el plan que ejecutará el equipo de administradores de la demanda y procesos colectivos, con la finalidad de que, con el apoyo de las tecnologías de la información, participemos en la definición de nuestra voluntad política. Si hay metas y objetivos por definir, la pregunta

inmediata es cómo se definirá cuáles son las metas y objetivos. Unas y otros no aparecen espontáneamente, por lo que el proceso de su identificación, redacción, alcance y definición necesitarán también procesarse colectivamente.

Llegados a este punto la prisa y la urgencia por alcanzar resultados prontos aumenta la impaciencia y aumenta la sensación de esterilidad del esfuerzo imaginativo. El desánimo comienza a instalarse. No es posible que las metas y los objetivos se definan por generación espontánea, y tampoco parece muy factible que la totalidad de habitantes de nuestro territorio participen de manera igualitaria, porque fácilmente las metas y objetivos pueden quizá ser tantas como el número de habitantes. Nuevamente, alguien debe intermediar y preparar las metas u objetivos de forma tal que el proceso de resolución se lleve a cabo del modo más espontáneo y libre posible.

No es pues tan sencillo asumir que la magia de internet y demás tecnologías en la sociedad de la información podrán solucionar los problemas políticos que aumentan con la proliferación de núcleos urbanos y el incremento progresivo en las tasas de crecimiento demográfico en el territorio. La cuestión democrática central de las decisiones políticas tomadas sin necesidad de intermediación representativa, en contextos sociales e históricos de aumento de población y su concentración en colmenares urbanos, no puede aún imaginarse resuelto. Por lo menos no a través de un ejercicio imaginativo sencillo.

La agenda pendiente exige resolver cuestiones como la posibilidad de que, sin necesidad de intermediarios, podamos fijar directamente el método para establecer la prioridad y el orden de programación respecto de los puntos sobre los cuales sea necesario tomar decisiones colectivas. De encontrar una solución satisfactoria para identificar la agenda y la programación del orden de sucesión de temas por decidir, quedará por resolver cómo se ejecutará la voluntad general, cómo se evaluará y controlará la fidelidad y eficacia de la ejecución de esa misma voluntad, así como la capacidad de las decisiones adoptadas para resolver eficazmente los problemas que se estimó podrían atenderse con el acuerdo alcanzado por todos los actores del proceso de toma de decisión política.

Y además de la cuestión del seguimiento y de la ejecución de la voluntad colectiva aprobada, debido a que el proceso de toma de decisión colectiva supone el proceso anterior de deliberación, queda también pendiente cómo será factible realizar, y dentro de qué cronograma, programación y plazos, el complicado proceso de estudio, de deliberación y de argumentación respecto de la diversidad de temas de interés colectivo entre la totalidad de ciudadanos interesados en participar en el debate.

Según se indicó al inicio de este acápite, es un supuesto importante del proceso de elecciones colectivas que quienes toman decisiones y expresan

sus preferencias son ciudadanos, y no simples individuos preocupados por su sobrevivencia o lucro en una sociedad de masas en la que sólo preocupa la maximización privada de beneficios y de satisfacción del propio interés personal. Se debe excluir el funcionamiento óptimo de tal proceso participativo absoluto y general, si todo con lo que contamos son individuos indiferentes, pragmáticos o convenidos respecto a su propio entorno público, y a las consecuencias colectivas de una decisión general, sin interés genuino en las materias sobre las que participan, si no valoran y meritúan las consecuencias de las diversas o principales alternativas respecto de las opciones disponibles. No es parte del esquema y condiciones de funcionamiento eficaz si, además, esos mismos individuos expresan sus preferencias y participan en el proceso de toma de decisión sin contar con información razonable y de adecuada calidad respecto de la materia sobre la que expresan su preferencia.

Para que la fantasía de la participación total y directa en todos los asuntos de interés general sea factible será pues necesario crear una alternativa que ni se agote en el solo proceso de toma de decisión, ni el esfuerzo por ganar calidad en el proceso de estudio, deliberación y argumentación genere serias ineficacias e inacción en el sistema político. La participación total puede ser un bien deseable y perfectamente imaginable, pero en nombre del bien político que es en sí misma la participación no es conveniente sacrificar otros bienes políticos como lo es el bienestar en todos los otros asuntos pendientes de evaluación y decisión colectiva mientras se estudia y argumenta, con gran dificultad sólo uno de los temas de la agenda.

Las aristas de la fantasía participativa absoluta exigen pues consideraciones imposibles de desdeñar ni minimizar. La libertad absoluta de decidir no parece ser temporalmente ejecutable en el momento y condiciones históricas presentes, si antes no conseguimos generar o mejorar significativamente su viabilidad. La viabilidad es una cuestión que no sólo tiene que ver con los medios y alternativas tecnológicas. Debe preverse también las consecuencias de índole subjetiva, en una sociedad plural y heterogénea, respecto de las consecuencias que eventualmente podría causar toda decisión colectiva entre quienes ganan, no menos que entre quienes pierden, en el proceso, porque el vínculo colectivo puede quedar severamente mellado si los resultados no se asumen con mínimos saludables de madurez e integridad cívica, moral y psíquica en los sujetos a quienes se reconozca la alternativa de la participación total en la agencia del propio destino. La consecuencia previsible podría ser la eventual satisfacción de intereses y beneficios privados de los individuos, al previsible costo que ello represente en el entorno en el cual convivamos. Pareciera que sin el componente cualitativo de la ciudadanía, esto es, del necesario equilibrio entre el bien privado y el bien público la participación total no ofrecerá garantías suficientes para la

maximalista del ejercicio inmediato y directo del poder estatal debe formar parte de la agenda de propuestas y deseos pendientes de atención en los programas de mejoramiento de la calidad en la vida experiencia política de la comunidad. Manteniéndose como un deseo político consistente con la libertad soberana de cada miembro de la comunidad en la que vivimos, será necesario que la alternativa a la que lleguemos preserve en cuanto sea necesario y posible el máximo de libertad de cada uno de quienes pertenecemos a la colectividad de forma que el uso del poder sea invariablemente sustentado en el reconocimiento que la soberanía no es apropiable ni por el Estado ni por quienes representen a la comunidad ante aquél.

Teniendo presente que los bienes que se pretende alcanzar son la primacía de la voluntad de quienes integramos nuestra comunidad para decidir libre e individualmente sobre nuestro destino, nuestra felicidad y nuestra prosperidad, por un lado, y por otro lado el uso eficiente del poder para bienestar de la comunidad, será conveniente continuar en el ejercicio imaginativo y realizar el reconocimiento opuesto, que consiste en fantasear la revisar cuáles serían los máximos de delegación del poder a la agencia representativa centralizada que signifiquen el mínimo de pérdida de soberanía al titular de ésta que es la comunidad de individuos que son miembros de ella.

La situación en la que nos encontramos nos dejaba ver que la posibilidad del libre y simultáneo ejercicio de la capacidad de decidir sobre todos los asuntos de interés colectivo no puede implementarse, ni resulta temporalmente factible que se lleve a cabo. Es un proceso complejo de aún imposible atención satisfactoria con los métodos, procesos y desarrollos tecnológicos disponibles. Es por eso que podemos llevar la fantasía al escenario imaginariamente inverso, según el cual se anulan al máximo los costos y complejidad de las decisiones colectivas adoptadas sin intermediarios.

Las dificultades de cada ciudadano para informarse, para analizar y comparar la información que los demás ofrecen, el tiempo que debe asignar a estas tareas, junto con el desgaste en negociar, discutir, replicar, contrargumentar, a lo que debe añadirse el tiempo que debe prever para diseñar y redactar sus propuestas antes y después de las votaciones y sus revisiones, reconsideraciones o apelaciones, además de las dificultades para que los acuerdos se apliquen y el seguimiento y control de su vigencia conforme a la decisión colectiva adoptada, la totalidad de las diferentes tareas y transacciones entre las que se desconcentraría la administración de la vida pública haría tan demandante la exigencia del desempeño de la ciudadanía que el tiempo disponible le seria física y materialmente insuficiente para abocarse a todas las responsabilidades públicas. En pocas palabras, las transacciones que tendría que realizar cada ciudadano le serían tan costosas y de tan dificil o eficiente cumplimiento que la

convivencia. El principio de asociación impondrá reglas basadas en el miedo y en el conflicto, antes que en el equilibrio entre la estructura y la agencia.

2.2. La versión de la agencia representativa única

La complejidad del escenario imaginario en el que el debate y decisión colectiva directa e inmediatas por la totalidad de habitantes del territorio parece conducirnos a la suposición de que es, en el momento y condiciones históricas y tecnológicas actuales, temporalmente impracticable la deseable superación de las dificultades de estudio, deliberación, argumentación y sustentación de la abundante cantidad de decisiones colectivas, así como la dificultad metodológica de seleccionar la prioridad y sucesión de temas pendientes de resolución, o de elegir a quienes recibirán el encargo de proceder por nuestra delegación a preparar los asuntos y la prioridad del debate y del uso del proceso de decisión colectiva.

La urgencia y la prisa por encontrar una solución factible y sencilla de implementar, y la complejidad técnica y metodológica para que esa solución se alcance, no encuentran una respuesta eficiente a partir de los razonamientos elementales que se ha adelantado en este ejercicio imaginario. De existir alguna solución en la disciplina de las tecnologías de la información ésta no es del conocimiento del autor, y de confirmarse que efectivamente tal herramienta no exista sería necesario que formara parte de la agenda de proyectos del ingenio informático para que sea un método disponible en el consumo de herramientas políticas. Lo que sí parece dificil de alcanzar es un método capaz de procesar simultáneamente los quizá centenares de temas políticos en la diversidad de sectores especializados. Si los temas sometidos a escrutinio, debate y decisión colectiva, digamos, no pasaran de una decena al mes, seria posible imaginar alguna forma de debate colectivo al que siga el respectivo proceso de toma de decisión colectiva. La intensidad de la vida moderna permite asumir que no es sólo una decena de asuntos nacionales los que deben considerarse y resolverse en un mes, porque el número puede mínima y fácilmente llegar a decuplicar ese número, en lo que concierne únicamente a la agenda de lo que usual y regularmente es de conocimiento por la asamblea de representantes en el parlamento.

Si se llegara a concluir, o asumir, que en consideración a la inatendible complejidad del proceso de agregación de argumentos y de debates, así como a la también inevitable necesidad de recurrir a alguna forma de representación que equivalga a la delegación de competencias a terceros a quienes se asigne la responsabilidad de seleccionar y priorizar los temas a decidir, no resulta ni factible ni económico habilitar el ejercicio pleno del poder político por la totalidad de la población. El principio de realidad muestra que la fantasía

pretensión de la participación absoluta podría devenir en políticamente ineficaz e inefectiva.

En vez de las tantas transacciones en que estarían involucrados todos los individuos que hipotéticamente participarían en todos los procesos de decisión colectiva, en este segundo escenario se suprime la complejidad al mínimo eliminando la participación para imaginar el máximo de eficiencia colectiva. A ese máximo se llega, imaginariamente, con el endose de la capacidad de decisión a una agencia central y concentrada a la que se confíen el cuidado total de la libertad, de la prosperidad y del destino político de cada uno de los individuos de la sociedad bajo el mismo Estado.

La colectivamente indigerible complejidad de los procesos, el inmanejable procesamiento de las necesidades de información y su intercambio entre todos los integrantes de la sociedad, los altos costos de transacción en la determinación de las decisiones a acordar [3], y el elevado grado de ineficiencia que se ocasionaría con la propuesta de la participación abierta, directa y plena del pueblo, son los hechos que nos llevan al examen de la alternativa contraria. Es decir, la alternativa conforme a la cual haya de revisarse cómo se eliminarían los altos costos de transacción en el proceso de deliberación y decisión colectiva, de modo tal que la administración de los procesos de interés colectivo se realice del modo más eficiente posible.

La alternativa de la participación total supondría recursos tecnológicos, tiempo y capacidad humana imposibles de obtener o alcanzar en una empresa maximalista como la que patrocina esta versión. Son tantas las transacciones en la que debiera participar e intervenir cada ciudadano en tantos asuntos y de tan diversas materias y especialidades, que resulta poco imaginable que cada ciudadano sea capaz de ejercitar su facultad para participar en absolutamente todas las materias pendientes de acción.

En el punto imaginablemente más opuesto al de la difusión total de la capacidad de decisión entre todos los ciudadanos situamos el de la máxima concentración de dicha capacidad entre el mínimo posible de delegados. El máximo absoluto seria la concentración en una sola y única persona a cuyo arbitrio quedaran la totalidad de decisiones colectivas. Esta situación opera bajo la condición de que el pueblo en cuyo supuesto interés tomara sus decisiones el único representante de la sociedad se encuentre conforme con esta alternativa de organización política, en la que ya no le será más necesario involucrarse ni inquietarse por preguntas sobre su destino o su libertad, porque habrá un tercero que se hará cargo de todas las decisiones políticas de la colectividad. El

[3] Puede entenderse por *costos de transacción* el tiempo, dinero, los perjuicios o los desgastes en que se incurre cuando se pretende obtener algún bien en el mercado.

conformismo de la sociedad iría de la mano con la supuesta buena consciencia e inclinación del único representante de la totalidad colectiva.

La alianza entre la abdicación del conformismo y la sola consciencia y arbitrio de una sola persona permite imaginar un alto grado de eficiencia administrativa en la organización política, porque en este escenario se suprime el enorme desgaste en la agregación de preferencias individuales, no menos que potenciales conflictos entre la pluralidad de diferentes opciones internas, y las tremendas dificultades para proponer alternativas sistemáticamente temáticas. Las transacciones y arreglos entre las diferentes posturas ya no más serían tan psíquica y organizacionalmente onerosas. El ahorro colectivo sería notable.

Si el ahorro colectivo es tangible, ¿cuál es el precio político de ese ahorro? ¿Es ventajoso para el ciudadano que su libertad política quede en manos de una única agencia y que su capacidad de participación se anule de modo total? ¿Quedará algo más luego del conformismo pasivo con el que hayamos de coexistir en sociedad? Nada más cómodo que optar por la bucólica placidez de una vida políticamente despreocupada y conformista. Y nada más peligroso, por razón de la comodidad alcanzada, que confundir la supuesta consciencia altruista del monopólico actor político con la omnímoda bondad del único motor de la organización y procesos políticos de la colectividad.

La condición que habrá de cumplirse para la coexistencia colectivamente más eficiente en un entorno de tal naturaleza no está exenta de consecuencias. No está únicamente en cuestión la eficiencia y la reducción (o supuesta eliminación) de los altos costos de transacciones políticas inherentes a la difusión y apertura total del ejercicio del poder político por todos los miembros de la comunidad respecto de todas las materias pendientes de decisión colectiva. Puede en efecto ser colectivamente más eficiente y también "más barato" que una sola persona se haga cargo de la discusión y de las decisiones políticas de todos. Pero, ¿cuál será el costo político para la libertad del ciudadano que viva sometido dentro del eficiente conformismo de la resignación a que sea *un-otro* que decida por todos?

Esa condición supone el menor costo que signifique respecto de la capacidad de la colectividad para conocer y exigir cuentas sobre los usos del poder delegado que otorga a la agencia que dispone del poder por su cuenta y en su interés. El único motor de la vida política tiene capacidad omnímoda para proceder a su sola discreción para dictar reglas y normas y aplicarlas, no menos que para resolver las discrepancias entre los individuos que viven resignados y liberados de responsabilidad política. Si los individuos de este tipo de sociedad preferían dejar que sea otro quien se ocupe de la vida pública de la colectividad esa preferencia habría quedado atendida y satisfecha porque cada quien sólo se preocupa en este modelo de su vida privada, diaria y cotidiana. El protector del todo colectivo asume que todos los individuos son una masa desinteresada de

sujetos indiferentes respecto a su libertad para escoger entre la diversidad de posibilidades de vida pública o colectiva.

Nótese cómo así es que el tipo de sujeto compatible con este modelo de eficiencia colectiva con agencia única, vive involucrado en el átomo o burbuja de su propia individualidad, negligentemente desinteresado por los asuntos o problemas de la vida en común. La asunción o asignación de la función administradora a cargo de una sola instancia o agencia ha eliminado las complejidades entrópicas del proceso colectivo, los problemas de la ausencia de métodos y tecnologías necesarias para procesar las preferencias ciudadanas y, conjuntamente, ha negado también la libertad de cada individuo de optar o elegir por sí mismo cómo prefiere resolver las cuestiones de convivencia colectiva en la esfera pública.

El supuesto de la agencia única se basa en la existencia de un tipo de sujeto que deja que *un-otro* gobierne y disponga de la posibilidad de ejercitar su libertad individual. No existe un *nosotros* común en el que se valore la libertad de participar en el destino y construcción de la historia colectiva. Así se deduce del hecho que se haya optado por la eliminación de los costos que genera la imposibilidad de encontrar un sistema en el que pueda procesarse eficientemente la información, prioridades y alternativas que genera en cada individuo.

Como es históricamente inviable e impracticable la posibilidad de reconocer como alternativa el proceso según el cual a todos los individuos se nos reconoce título suficiente para realizar las transacciones de interés común, público y colectivo, la mirada se dirige en el sentido inverso en búsqueda de una opción socialmente más eficiente. No cabe manejar la abundancia de transacciones en las que se tendría que involucrar el ciudadano en el modelo de participación absoluta.

Si en el modelo de desconcentración, difusión y participación total de las transacciones colectivas se genera un alto costo para cada uno de los ciudadanos no menos que para la sociedad en general, el modelo de agencia única promete una ganancia administrativa, porque habría mayor eficiencia colectiva si se prefiere pagar por el beneficio administrativo el precio de la pérdida de libertad individual y de la capacidad de definir el propio porvenir y prosperidad. Se contrasta así el desorden potencial de un sistema con la tendencia deshumanizante del otro.

La sociedad opuesta aun modelo democrático de participación total es la que cuenta con un régimen autocrático. En la sociedad y en el modelo autocráticos es un solo individuo quien está en control de todos los asuntos públicos y se sustituye en la facultad de todos. Los supuestos de la eficiencia óptima del régimen autocrático es que esa única agencia encargada de administrar por nuestra cuenta los bienes públicos de nuestro interés individual y colectivo,

primero, tiene acceso y posee toda la información de los individuos cuyo bien y porvenir público administra. Y el segundo supuesto es que la administración autocrática y concentrada dispondrá de la información total según una naturaleza benigna o benevolente.

Al parecer el primer ni el segundo supuesto tienen suficiente fundamento. El primero, porque no siendo posible disponer la totalidad de la información sobre las preferencias y prioridades colectivas de todos los individuos en el sistema de participación política absoluta, es previsible que el autócrata tampoco la tenga. Si no hay quien la tenga la consecuencia será que ese bien es inalcanzable en cualquiera de los dos modelos, tanto el de la participación absoluta como en el de la decisión concentrada. Resulta poco menos que imposible imaginar que las diferencias o disputas argumentales entre las preferencias individuales quede eficientemente resuelto por una agencia única, sin que el costo social sea también superior que el que seria lógicamente imaginable en el modelo participativo, porque en el modelo de la participación absoluta resultaría menos oneroso que los individuos resolvieran las diferencias entre sus preferencias sin que intervenga una agencia que, privada de la valoración, prioridades y ordenamiento secuencial de sus preferencias individuales, resolviera las opciones colectivas.

Yen relación con el segundo supuesto, es previsible y altamente probable que el modelo autocrático no será precisamente más beneficioso ni colectivamente mejor para todos, porque para afirmar la capacidad de la agencia única esa autoridad tendrá que asumir también el costo de la imposición de su voluntad contra todos los individuos a los que se someta su decisión. Por lo tanto, será inevitable que para que su sola voluntad prime en contra de las preferencias de quienes resulten afectados por los costos de la desinformación del autócrata tendrá que decidir a favor de su propio interés en mantener su poder y autoridad, y en ese escenario no habrá benignidad ni benevolencia posibles de sostener. El modelo autocrático resultaría así en una situación colectiva más dañina y públicamente más perniciosa que el modelo de participación absoluta, porque el titular se verá forzado a distinguir su propio interés en sobrevivir con su poder en desmedro del supuesto bienestar público, prosperidad general y destino colectivo que está incapacitado para administrar.

A quienes vivieran bajo el sistema concentrado o autocrático no se les reconocería identidad como agentes capaces ni funcionalmente competentes para participar en los procesos de toma de decisiones colectivas. El tipo de sujeto en ese sistema, o vive bajo un régimen de dominación en el que el autócrata se ha apropiado del poder colectivo, o se conforma y se somete conscientemente a ser dirigido y guiado por quien posee el monopolio del poder. En el primer caso el poder vive en tensión y conflicto, bajo el riesgo de la rebelión y de la

conspiración. Pero en el segundo se trata de una relación pasiva similar a la que ocurre con las relaciones serviles de patriarcados en las que el súbito acata el poder del amo o del señor.

En una sociedad de individuos libres no se espera, ni se concibe, un tipo de convivencia ni coexistencia en el que se carece de la posibilidad de intervenir en la construcción del propio destino colectivo, sin reconocimiento de la capacidad de decisión individual. El monopolio de la decisión política por una sola agencia, sin participación alguna de quienes forman parte del mismo entorno social, es contrario a un proyecto de vida en el que el ciudadano vive en libertad, sin miedo, y sin el servilismo de la sumisión.

El ejercicio imaginario que emprendemos asume este tipo de proyecto de vida, lo que significa que el arreglo socialmente más eficiente en que consiste el modelo de la agencia única responsable de la administración de las decisiones colectivas, debe reemplazarse por otro políticamente menos dañino y oneroso para la libertad ciudadana, porque no satisface el requisito de niveles elementales de participación. Si el principio básico de vida en común es que toda asociación política resulta del libre compromiso para vivir un proyecto y una historia comunes, no debe ser compatible con esa premisa que exista una entidad superior con poder tal como para administrar el bien público y colectivo de todos los miembros de la asociación sin que cuente para nada la voluntad ni opinión de los asociados. Esto supone que ninguna agencia ni instancia autocrática de gobierno, por más eficiencia y economía que asegure en la administración de nuestro presente y futuro político, es mejor ni más confiable que los costos que será necesario abonar para que primen insubrogable e insubordinablemente la libertad de nuestra asociación y la soberanía de nuestra comunidad política.

Como el recorrido que hemos emprendido también ha mostrado que la maximización de la participación absoluta es operativamente inviable en el momento histórico actual, será necesario pensar en formas de encuadre intermedio que superen los impagables costos políticos de la agencia única, sea en la forma que fuese que se exprese. Ninguna forma de autocracia ni de administración eficiente puede ser mejor que la aparentemente más desordenada forma de gobierno, si el gobierno permite la afirmación de la libertad y el ejercicio responsable de la ciudadanía en la comunidad. Así como es inconcebible que ningún individuo, grupo, sector, profesión, raza, etnia, partido, religión, gremio, corporación ni clase social asuma la dirección o administración exclusiva de los asuntos comunes, por más ilustres o iluminados que sean sus líderes, ni por más ubérrima que sean la fe y el ánimo con los que digan proceder y esmerarse en cuidar el bien común, es por principio igualmente peligroso e inaceptable ceder a una agencia única la inalienable soberanía de nuestra comunidad ni la regla y premisa fundamental de la libertad como base de nuestra asociación.

Admitirlo es lo mismo que negar el beneficio de preferir mantener la asociación que disolverla.

Es cierto que sacrificar la eficiencia, el orden y la economía, a la libertad, es un sacrificio no precisamente pequeño. El sacrificio equivaldría obviamente a una menor aunque falaz eficiencia administrativa que en el régimen autocrático (habida cuenta que la agencia única ni posee toda la información ni será imparcial ni benevolente en el ejercicio de su poder omnímodo).

El más desordenado de los resultados colectivos que es consecuencia de un régimen que reconoce la libertad de decisión y de participación en los asuntos comunes es mejor que el más perfecto y riguroso orden que se logra al precio de la negación de nuestra libertad política. De ahí la importancia que el ciudadano educado en una comunidad fundada en el ejercicio de la libertad de participación cuente con habilidades personales para convivir con la ambigüedad, la incertidumbre, y sea razonablemente tolerante con los desórdenes que se generan con la concurrencia de todos en la expresión de nuestras opiniones y preferencias ciudadanas. La calidad del vínculo no se mide sólo ni exclusivamente en grados de eficiencia administrativa, sino en el nivel de equilibrio que somos capaces de alcanzar entre, por un lado, la eficiencia y la economía de nuestra gestión pública, y por otro lado las condiciones efectivas para la libre expresión de nuestras preferencias y para participar en el proceso de definición de opciones colectivas. El mejor gobierno es el que alcanza mejor equilibrio en la balanza entre eficiencia estatal y libertad de participación en el poder y en el gobierno.

Recíprocamente, siendo esencialmente indispensable la participación de los ciudadanos en la vida política, resulta impensable que todos estén de acuerdo respecto al criterio, orden, programa o cronograma de asuntos, y a la identificación de qué materias priorizar en sentido secuencial, porque ni es posible que todos se expresen a la misma vez, ni es práctico que quienes participen lo hagan en orden sucesivo sobre cada una de las propuestas.

Un simple cálculo combinatorio elevaría exponencialmente la ineficiencia de un procedimiento que no fuera selectivo y excluyente, porque si bien en grupos pequeños es posible ceder el uso de la palabra y escuchar con mediana atención a todos quienes lo integran, en grupos que pueden llegar a uno, a 3, a 10 o a 20 millones tal tipo de arreglo seria lineal y sincrónicamente insostenible. Si a ello añadimos que cada uno de quienes participan debe poder comentar las opiniones o las propuestas de los demás, el proceso se convertiría en una experiencia inverosímil y alucinatoriamente inconcebible e impredecible. El costo de las transacciones en el intercambio de pareceres sería imposible de alcanzar, porque a cada uno de los miembros de la colectividad habría de reconocerle la posibilidad de comparar su preferencia, y también las respuestas

que podría ofrecer a los restantes miembros de esa misma colectividad, con todos los demás.

El supuesto maximalista de la participación absoluta como condición matemática de un sistema democrático en el que cada individuo tiene igualitariamente la misma autoridad para participar generaría un proceso tan impracticable como colectiva y públicamente ineficiente. Se trataría de una propuesta teórica políticamente inmoral en el sentido de que asumiría como válida y democrática una oferta cruel que no existe modo de cumplirse. La consecuencia insuficientemente merituada sería el régimen perverso que se pretendería consumar. Para que la participación se realice se requiere como condición fuerte o material que un buen y significativo número quede excluido de la consulta y del voto, de forma que la decisión colectiva pueda tomarse. De lo contrario el proceso para tomar decisiones estudiadas, valoradas, discutidas y evaluadas por todos los miembros de la sociedad sería tan extenso que llegado el punto en el que todos pudieran haber expresado a su satisfacción sus puntos de vista y sus respuestas sobre el primero de los asuntos priorizados, habría pasado tal cantidad de tiempo que todos los otros demás temas de interés y preocupación colectiva habrían llevado a la colectividad a colapsar en medio de la inacción.

En este curso de ideas, junto con la negación de la opción de la agencia única, será necesario continuar con el ejercicio de la fantasía para responder a la pregunta sobre el parlamento que queremos, y qué debemos cambiar para que las miserias y el malestar con los que estamos descontentos se reduzcan, disminuyan o se eliminen. Debemos imaginar cómo perder lo menos posible en materia de participación, de forma que pueda minimizarse el carácter entrópico del ejercicio pleno de la actividad política de los ciudadanos; de forma que se eleven los bajos niveles de eficiencia colectiva; de forma que bajen o se neutralicen los altos costos de transacción en el ejercicio de la participación política; y de forma, por último, que la administración de los bienes públicos y colectivos de la comunidad no sean tan altos que la brecha entre los costos de transacción colectiva no alcancen a ser compensados con la gestión por la agencia estatal. El objetivo es entonces determinar los supuestos y requisitos para el uso de la participación ciudadana directa como forma de intervención política, así como las garantías que debe observar nuestro orden político para que quienes administren por cuenta de la comunidad soberana la función pública salvaguarden, preserven y dejen indemne el principio de la libertad del ciudadano como principio fundamental de nuestra asociación colectiva.

III. DE LA FANTASÍA PARTICIPATIVA A LA FICCIÓN REPRESENTATIVA

La observación del principio de realidad obliga a admitir la insuficiencia del deseo y el carácter fragmentario de la imaginación *y* de la fantasía. El deseo no es elástico, ni es ilimitado el poder constituyente de la fantasía. Si la imaginación es un recurso potente para alcanzar nuestros deseos es necesario aplicar su poder en el contexto que resulta de contrastar y sustraer de la dimensión original de la fantasía el componente de restricciones que se deducen de la realidad observada.

Un *primer* y elemental paso es repasar una condición primordial en el funcionamiento y operación de nuestra constitución política que es la calidad del sujeto de la acción política. El *segundo* será la naturaleza de la opción a que nos conduce el reconocimiento de que no nos queda sino inventar y convenir en una forma sustituta que reemplace el deseo de libertad y participación política plenas.

3.1 El tipo de ciudadano del gobierno representativo

El sujeto ideal que vive en una comunidad de participación plena tiene la virtud del ciudadano. No basta con cumplir los requisitos que la ley señale para ser ciudadano. La ciudadanía no consiste en tener mayoría de edad legal, ni en haber nacido accidentalmente en un territorio determinado. Para merecer el estatus de ciudadano debe exhibirse un tipo de comportamiento distinto al que tiene en general la masa de individuos que conviven como población de un territorio bajo un Estado. Reducir la ciudadanía al cumplimiento de una condición física como es la de pertenecer al género humano, tener edad y haber nacido en un espacio predeterminado es obviar un requisito político esencial. El requisito de la calidad de la actitud con la que se convive en una comunidad política. No puede confundirse la materialidad de la condición humana con la exigencia de estándares primordiales y fundamentales en el ejercicio de la vida política. La ciudadanía no corresponde a cualquiera independientemente de las capacidades, disposición y actitudes políticas con las que se desarrolla efectivamente la convivencia en el espacio público.

Esa es la diferencia entre el *individuo* como sujeto de la sociedad democrática y el *ciudadano* como sujeto de una comunidad republicana [4]. Para

[4] En este acápite se opta por el tipo ideal de ciudadanía inherente al modelo republicano, conforme al cual la condición de ciudadano no se adquiere por el simple hecho de cumplir con requisitos externos o mínimos, tales como el nacimiento, la edad o la ausencia de interdicción penal, sino que exige un grado de compromiso personal más exigente, de índole moral, en su comportamiento político. La integración de las esferas ética y política circunscribe el ejercicio de la ciudadanía a la adquisición de hábitos de preocupación y cuidado de la comunidad a la que se pertenece, de la que se es parte y de la que nace la

el orden democrático ciudadanía e individualidad se confunden. A cualquier individuo se le reconoce el estatus de ciudadano. Para el pensamiento y el orden democrático el individuo es un sujeto al que su participación política puede resultarle totalmente intrascendente o indiferente. En el orden democrático se afirma la vida política desde una perspectiva cuantitativa; es decir, valen igual los votos de quienes carecen de virtudes políticas o morales que los de quienes sólo son capaces de valorar instrumental o pragmáticamente su comodidad o su bienestar económico.

La ciudadanía en el pensamiento republicano es más que la facultad, derecho o capacidad de goce y disfrute material de la vida, porque existe un mandato que en casos demanda el estoicismo de quienes ejercitan militantemente su estatus. No basta con la identidad individual de cada persona para tener capacidad plena como ciudadano. Existen exigencias morales, actitudinales y por lo tanto también competencias políticas cuya existencia y cumplimiento califican al sujeto para ganar reconocimiento en el estatus de ciudadano. El rol del ciudadano no se presume por el mero y físico hecho de la existencia humana de un individuo cualquiera. Para el ciudadano de la república es necesaria una vocación y un compromiso especial de dedicación a su propia comunidad histórica y a los valores públicos que le corresponde agregar con su participación en la vida colectiva. Su identidad individual.

---

propia identidad individual. El modelo alternativo con el que se contrasta al ciudadano republicano es el tipo ideal del individuo que produce la sociedad en la que el sujeto negocia sus intereses y beneficios y opera como consumidor utilitarista de bienes de disposición pública. En este acápite, en consecuencia, se reserva el uso del concepto ciudadano para el sujeto que funciona como órgano de una república. El sujeto que opera utilitariamente en el sistema político, contrariamente, es una agencia a la que se le reconocen y se le limitan derechos, que no obstante no es públicamente disponible sino que debe recibir protección de la esfera de derechos que el Estado se compromete a facultarle su uso, goce y disposición. Entre ambos tipos ideales de sujeto político puede en la realidad existir infinidad de matices, del mismo modo que pueden existir en la realidad distintas construcciones del concepto de república. En esta exploración se opta por reservar el concepto de república a la organización política en la que prevalece y que se constituye con ciudadanos capaces de cultivar y comprometerse con el vínculo de pertenencia y de cuidado por la comunidad en la que el sujeto encuentra su propia identidad y sentido de pertenencia histórica y política. De ahí que la comparación entre los modelos republicano y democrático arroje un balance crítico, según el cual el individuo democrático no alcance las exigencias del ciudadano republicano, pero a la vez conforme al cual el tipo republicano de ciudadano representa un ideal ético de dificil acceso en el momento histórico contemporáneo. Debe recordarse que los tipos ideales con los que se realiza esta exploración simplifican la realidad y prescinden de la multiplicidad indefinible de matices empíricos en los que la ciudadanía y la individualidad se expresan de modo concreto en la existencia política cotidiana. Reconocer la tensión entre modelo y realidad sirve para recordar que existe un norte y una dirección hacia la cual debe orientarse la realidad. El realismo, en este sentido, no es una solución, sino el retrato, el reflejo o la reproducción de los males cuya presencia queremos y necesitamos extirpar o erradicar.

La diferencia entre uno y otro tipo de sujetos es trascendente porque pasar por alto el tipo de persona que actúa en la vida pública lleva a confusiones y, por lo mismo, es causa de malestares y desencantos con la performance y con los resultados, logros y productos alcanzados en la vida política. Difícilmente se subrayará lo suficiente las consecuencias de pasar por alto los dos modelos distintos de subjetividad y de actuación del estatus y del rol cumplido. Si las exigencias impuestas al sujeto son sólo las del modelo democrático la calidad de los resultados políticos esperados no podrán ser las que corresponden al sujeto del modelo republicano. De ahí el error en que incurre la opinión pública en general cuando exige resultados políticos sin haber exigido a su comunidad la construcción de una identidad personal con la misma calidad subjetiva que luego demanda para que se opere el sistema político.

Pasar por alto estas diferencias conceptuales y culturales es omitir un supuesto fundamental para evaluar los resultados que tienen las instituciones y los pueblos. La acción política no ocurre gratuitamente en la historia. Si los cimientos subjetivos tienen una condición material determinada el edificio político no podrá ser de mejor calidad que la suma de los elementos usados en su construcción. Lo contrario es una lamentable y triste falla en la elaboración del juicio y evaluación de los resultados alcanzados. De ahí la necesidad de examinar y tener presentes las premisas subjetivas y culturales del sistema político. No cabe pedir a la codorniz los huevos de la gallina, ni a la gallina los del avestruz. De tal naturaleza se genera tal sujeto y tal producto. Si queremos mejorar los productos habrá que ajustar las exigencias y la demanda de capacidad del sujeto que será hábil para generarlos.

La diferencia entre ambos modelos, el democrático y el republicano es muy importante, porque según el tipo de modelo y de sujeto político que prevalezca en cada territorio cada sociedad contará con representantes que reflejen el mismo tipo de prototipo o paradigma político. De sujetos individualistas sólo podrán resultar representantes en los que prevalece el prurito de su beneficio, la maximización de sus ventajas privadas y el mandato imperativo de su propio goce. De ciudadanos republicanos se generan representantes especialmente preocupados por la dimensión pública y política de las decisiones que tomen por cuenta del auténtico soberano que es el pueblo de ciudadanos al que se representa.

El modelo republicano tiene un sesgo perfeccionista e integrado en la exigencia del equilibrio entre la libertad y la comunidad. El modelo democrático es en este sentido muchísimo menos exigente, es más flexible y minimiza la calidad del vínculo del individuo por el vínculo con la comunidad, porque asume que el bienestar de la suma o totalidad de individuos es igual a la mejor

calidad de la vida colectiva [5]. Uno enfatiza e incide en el orden, *y* restringe *y* limita la individualidad, *y* el otro es flexible respecto de la primacía del orden y opta por la maximización tolerante con el desorden colectivo en nombre de la individualidad.

En vista de los supuestos lógicos de ambos modelos y las consecuencias prácticas de su funcionamiento será indispensable reconocer que, la cultura dominante en nuestra historia y en la estructura subjetiva predominante de nuestra identidad colectiva, incidirán en el tipo de resultados políticos esperables. No es irrelevante tomar noticia, y debe ser altamente indicativo del tipo de nuestra organización política, que la generalización en la idiosincrasia peruana de lo que se califica como el *achoramiento* o la *viveza criolla,* o el espíritu resignado de mentalidades propias de la esclavitud, o del servilismo, afecten de modo visible la calidad de nuestra organización política, como tampoco será irrelevante que en encuestas realizadas sobre la corrupción en el Perú, para el 80 por ciento el Perú es un país corrupto, y que el 70 por ciento reconozca que tolera convivir y que le resulta aceptable la corrupción [6], pero a la vez que para más del 55 por ciento que la institución más corrupta sea el Congreso y que sólo lo apruebe el 7 por ciento [M].

[5] En el modelo democrático de ciudadanía cabe asumir que el todo es sólo igual a la suma de sus partes. En el modelo republicano se presume que la versión aritmética de la vida política es insuficiente, porque el todo es más que la suma de sus partes. Para que el todo tenga una identidad como tal se exige un deseo, interés o motivación de cuidar no sólo el interés individual o particular de la parte, sino un compromiso extraordinario por el colectivo. Se trata del reconocimiento del todo como distinto y distinguible del individuo que sería parte del todo. Conforme al modelo democrático de ciudadanía no existe un todo distinto al que lo conforman todos y cada uno de los individuos. De ahí que el modelo republicano suponga la relación funcional de cada sujeto con el todo como la que tiene cualquier órgano con el cuerpo colectivo del que el órgano es parte. La naturaleza orgánica del modelo republicano se contrapone con el carácter mecánico o artificial de la relación utilitaria entre el individuo y el Estado que es propia del modelo democrático.

[6] Ver los datos recogidos en la entrevista realizada al congresista Humberto Lay Sun en el diario *Perú 21,* el día 12 de setiembre del 2013 (pp. 14-15), y los datos que recoge Julio Miguel Agreda en su artículo "Congreso de la República: falta para el 0%", en la columna «Tribuna Libre», publicado en la edición del 12 de setiembre del 2013 en el diario *Expreso* (p. 14); así como los diarios *Gestión* (pp. 2-3); *Perú 21* (pp. 2-3); y *La República* (p. 10), en su edición del 22 de agosto del 2013.

[7] La incompatibilidad o inconsistencia puede explicarse por el agudo sentimiento de vergüenza colectiva que descarga externamente la miseria de la realidad que teme constatar en su interior. Es de y por vergüenza que pulsiones de muerte destruyen el objeto representativo del sujeto descalificándolo como extraño a su naturaleza. No obstante el carácter isomórfico de la representación, y a pesar de la irrepresentabiliad esencial de la voluntad popular, nada hay más representativo de la identidad colectiva que el propio talante corrupto con el que se califica a quienes no llegan a existir sino como una muestra representativa de la naturaleza corrupta del cuerpo político representado. Para preservar el *ideal del yo* colectivo que sutura *y*

El carácter del poblador peruano se percibe con dualidad porque a la vez que se espera y desea niveles homogéneos de orden colectivo capaces de «castrar», o interdictar, la tendencia al desorden, no es menos cierto que el gozo que se expresa en el castigo del insumiso convive en conflicto con una carga libidinal proporcional y recíprocamente equilibrada de transgresión del individuo que se rebela contra el carácter mecánico y automático de la obediencia a la regla de orden colectivo. El servilismo y la transgresión fraternizan su rivalidad en el mismo sujeto en el cual convive el conflicto e inconsistencia de su fragmentación.

El resultado es un sujeto disociado o fracturado, privado de integración y equilibrio, que se ve forzado a sostener la necesidad lógica del orden que no está dispuesto y es impotente de respetar cuando es literalmente vencido por la fuerza contraria de pulsiones que lo llevan a afirmar el gozo y la vida, a pesar del orden social. Lo que le ocurre al sujeto es lo mismo que se manifiesta en la colectividad. De ahí por lo tanto las inconsistencias en las percepciones que registran las tomas demoscópicas antes consignadas.

En vista de estos datos, ¿qué tipo de sociedad resultará de un sujeto con este perfil, y a qué tipo de modelo se aproxima una situación empírica como la que grafican los datos relativos a nuestra vocación transgresora? No parece difícil deducir que ese sujeto será más el individuo de la sociedad democrática que el ciudadano de la comunidad republicana. En efecto, ¿qué porcentaje de ciudadanos existirá en el Perú que cumpla los estándares de exigencia prudente y equilibrada del modelo republicano de gobierno? Además, ¿en qué tipo de sociedad se ubican quienes a la vez que reconocen que el Perú es un país corrupto y que aceptan o toleran la corrupción y transgresión, parecen agudizar exquisitamente sus exigencias maniqueas respecto de la representación política en el Congreso? En el mejor de los casos habría que significar y confirmar que existen altos niveles de ambigüedad o ambivalencia subjetiva en la población, si no más bien, o quizá, altos y no poco críticos y preocupantes niveles psíquicos y morales de disociación colectiva.

---

cose la fragmentación, se proyecta y desplaza hacia un objeto externo el mal que no se tolera en el interior. De este modo la homeostasis colectiva se logra negando la inconsistencia y arrojando fuera de sí la mancha incómoda a la que se responsabiliza del mal público, como si el sujeto no hubiera sido la propia semilla de la que germina el mal colectivo. ¿Qué sujeto es ese cuyo equilibrio se alcanza desde la inconsistencia para que prevalezca su *ideal del yo,* sin culpas ni vergüenzas? Es el sujeto fragmentado cuya estructura subjetiva es atravesada por la ruptura y la dislocación y por una identidad psíquica se manifiesta como insuficientemente integrada. Ese es el sujeto que sostiene el orden como discurso público, y que complementa el exceso de disciplina social con niveles diversos de gozo en la transgresión que se permite y reconoce en el fuero interno. Entre el concepto republicano y el democrático el sujeto que se expresa en su inconsistencia se encontraría mucho más próximo al del modelo democrático.

Dejando anotados los datos anteriores prosigue el esfuerzo, para que quede comprendido realistamente qué parlamento *podemos querer,* y no sólo el que la ilusa ilimitación de un deseo sin raíz en la realidad pretendería engañosamente hacernos creer que es posible alcanzar.

3.2 El modelo de participación representativa

El repaso de la situación en la que cabe imaginar qué parlamento querremos plantea ahora un escenario menos fantástico y más realista. Si la participación absoluta es impracticable y si conocemos que la calidad de nuestro vínculo, relaciones y realidad políticos depende de la calidad del sujeto que opera tales vínculos, relaciones y realidad, cualquiera que fuese el tipo de organización que convengamos en asumir debiera diseñarse y funcionar con los menores costos colectivos posibles salvaguardando el ejercicio de nuestra libertad.

Si la participación plena es impracticable, el modelo de absoluta libertad en los procesos de decisión colectiva debe sustituirse. ¿Por cuál, y cómo? El modelo sustituto general y más comúnmente recurrido es el del Estado representativo ([8]). Vale decir la organización basada en la construcción de un conjunto de mecanismos de expresión de la voluntad colectiva según los cuales se identifica a quiénes entre la colectividad desempeñarán el papel directivo por cuenta o interés de todos los demás, y cuáles serán las reglas de operación que se les fije para que su intervención no afecte márgenes infranqueables de libertad individual. El Estado representativo parte del reconocimiento que el maximalismo del principio de la soberanía popular es inconducente, y que

[8] La demanda de Estado y además de uno que admita la calificación de representativo, bajo el dominio hegemónico del paradigma global de la economía de mercado y del capitalismo, no deja de representar, si no un contraste, cuando menos el reconocimiento de urgentes exigencias interpretativas, porque un tipo de economía como la concebida en capitalismo liberal tiene un supuesto de sujeto y de Estado que no son precisamente coincidentes. El sujeto del capitalismo liberal necesita un entorno que lo favorezca en la satisfacción de sus necesidades, gustos y deseos, y por consiguiente que le facilite el acceso al consumo de bienes disponibles, ya sea que tales bienes pertenezcan al dominio económico como al político. Este sujeto es el del individualismo democrático, concebido como una agencia depositaria de derechos y obligaciones. El Estado que habilite a ese tipo de sujeto en su relación con la sociedad no exigirá un tipo de ciudadano cualitativamente exigente como el que se presupone en el modelo republicano. De ahí que en sociedades plurales coexistan inconsistencias entre la exigibilidad de productos institucionales del Estado y las capacidades de representación que la sociedad individualista y el Estado capitalista son capaces de reproducir. Existe pues un desfase lógico en el modelo que genera situaciones dilemáticas de malestar, porque a resultas de las incongruencias entre las capacidades y las expectativas se obtienen niveles de representación que describen a una sociedad de individuos democráticos, respecto de los cuales la propia sociedad se encuentra descontenta y desconfiada porque juzga exigentemente los resultados representativos como si se tratara de una república de ciudadanos que cuidan el vínculo y el todo al cual pertenecen.

debemos aceptar el minimalismo conservador de formas menores y menos fuertes de gobierno popular.

Ni es posible la participación total, ni es deseable que alguien nos reemplace de modo absoluto. Necesitamos alguna forma de ejercicio político que, sin desconocer lo indispensable de nuestra participación, no independice a quienes actúen y participen directamente por cuenta nuestra como si fueran autónomos de nuestra soberanía. El poder debe ejercitarse por representación nuestra y sujeto al reporte y rendición de cuentas ante quienes lo cedemos para que se desempeñe o cumpla según nuestro interés. El poder popular debe ejercitarse según la regla de su heteronomía, con cargo a la revisión y ajustes que luego realice el titular de la soberanía.

El poder representativo de la voluntad popular es una construcción. No existe relación personal entre el titular y quien se propone como el gestor de su representación. Es una relación imputada o figurada para que los representantes arriben, luego de su discusión, a una decisión hipotética, impostada e hipostáticamente representativa. En realidad, y en general, los votantes no conocen a quienes se postulan como candidatos y, no conociéndolos, difícilmente tienen la capacidad o posibilidad de confiar en quien no conocen. Votar, y en su momento elegir, a quien ni se conoce ni en quien se confía, forma parte más de un ritual político o simbólico que de un mecanismo efectivamente generador de representación.

La dimensión personal del acto político en el que se participa es imaginaria y, por lo tanto, es una representación ficticia, sin mayor contenido en el plano de la subjetividad. La asumimos o imaginamos, a pesar de no existir vínculo efectivo y personal entre un sujeto (el sujeto supuesto de la representación) y el otro (el sujeto supuestamente mejor capacitado para representar). Es más, la representación política es consecuencia de una necesidad práctica, porque se elabora como resultado de la imposibilidad del ejercicio efectivo del poder por cada uno de los miembros de una comunidad política. El Estado representativo resulta del ejercicio y de la capacidad simulatoria del pensamiento político. Es parte del imaginario moderno.

En la representación se prevé dos lados. El titular de la presencia, y quien actúa por cuenta del titular. En la relación jurídica entre un sujeto y quien tiene capacidad para obrar por él debe existir una serie de condiciones para que se reconozca la validez del vínculo representativo. Descuidar el cumplimiento de estos requisitos no genera sólo la invalidez de la representación sino, aún más, su inexistencia. Sin la concurrencia de aspectos esenciales de la relación entre quien necesita la representación y el agente de ésta el titular del derecho no puede ser representado y la presunta representación no puede ser reconocida

como tal ni es capaz de vincular los actos de representante con el estatuto jurídico del representado.

Un requisito natural es que, quien debe o necesita representarse, quiera y prefiera ser representado, antes que se trate de un acto impuesto verticalmente. El único caso de representación sin voluntad del representado es el de quien carece de idoneidad o madurez mental suficiente, porque la ley asume un estado de protección a cargo de la colectividad como serían los casos de quienes requieren tutor o curador (menores de edad, ancianos en estado senil, o los que padecen de salud mental). Si el titular del derecho tiene capacidad para expresar su voluntad y cuenta con el criterio y la capacidad mental para hacerla conocer la representación es factible y efectiva sólo si existe un acto expreso y reconocible de voluntad.

El primer problema del carácter representativo en el sistema político es la *factibilidad demiúrgica* del vínculo representativo. Este es un asunto y problema distinto del relativo a la *capacidad isomórfica* del mecanismo de conversión muestral, según el cual el método electoral reproduce la cultura del elector en identidades representativas.

El carácter demiúrgico de la representación ocurre en la modalidad de participación directa, y consiste en la estrechez, proximidad, verificabilidad y realidad del vínculo representativo entre la persona del elector y quien lo represente. Cuando se habla del representante del pueblo, de la nación o de una circunscripción determinada, se cree, se dice y se repite que basta con que votemos por un candidato para que la representación se verifique. Pero, ¿qué tan cierto y verificable es el vínculo subjetivo entre quien vota y quien postula a un puesto representativo?

Podrá y suele decirse que el elector sabe quiénes son los candidatos. Y, ¿qué es saber quién es el candidato o los candidatos? ¿Basta con saber los nombres, el partido que los postula, o el número que les corresponde en la lista? ¿Basta con identificar el nombre con una cara, o eventualmente incluso con alguna declaración o debate en el que haya intervenido públicamente, para afirmar que se lo conoce?

Se asume que el acceso a la trayectoria de los personajes públicos y a las hojas de vida que publican en cumplimiento del mandato de transparencia existente, bastan para saber quiénes son y qué competencias tienen. Independientemente del maquillaje de la información que se suministra (que puede tener mero carácter retórico pero que, como la realidad lo ha demostrado, también puede proporcionarse con alteraciones por exceso o por omisión), el acceso a los datos que en la hoja de vida se consignan puede dar una pista sobre lo que el candidato o el partido cree conveniente resaltar para inducir el voto del elector, pero esa información no tiene la capacidad de reemplazar ni satisfacer

el requisito central de un acto de delegación de confianza. La representación, en efecto, es una autorización que se otorga a un tercero para que actúe por y para un representado (no para bien ni provecho propio), y ese otorgamiento es tanto más confiable cuanto mayor cercanía se haya tenido con quien propone su disponibilidad representativa.

Cuando se postula a algún empleo se acostumbra entregar una hoja de vida con el resumen del perfil de quien se interesa en el puesto. El documento que se presenta, sin embargo, no reemplaza alguna forma complementaria de evaluación del candidato al empleo, como podría serlo pasar una o más pruebas técnicas o entrevistas. De este modo se pretende confirmar y ajustar los datos que se presentan en la hoja de vida. Cuando los candidatos postulan a un puesto representativo, sin embargo, los procesos de filtro técnico y político, y las entrevistas, son realizados por los partidos políticos, porque el elector no puede tener mejor información que la que se reconoce en la hoja de vida. Ningún elector puede formarse un juicio directo sobre la veracidad de las competencias o de la calidad de los logros declarados en una hoja de vida. No entrevista personalmente a ningún candidato ni puede tomarle prueba alguna.

Quienes asumen la intermediación por el elector son los partidos políticos que, a la sazón, son parte interesada o parcializada, porque son los que se benefician en alcanzar el máximo número de escaños posibles en el Congreso, precisamente, con el plantel de candidatos que presentan. El interés compartido de candidatos y de partidos es una alianza natural que, sin embargo, puede distorsionar la función pública que deben cumplir, porque el conocimiento periférico al que puede accederse gracias a las reglas de transparencia, no tiene la misma calidad que el conocimiento personal que resulta del trato con la persona y la posibilidad de comprobar la identificación del candidato con el interés efectivo del representado cuya confianza se pretende alcanzar.

Adicionalmente debe referirse que la población decide según niveles de información que recibe y no precisamente según la capacidad de acceder de modo directo y descarnado a la verdad. La información llega al sujeto por quienes se ocupan como intermediarios de procurarla y de interpretarla. Los consensos informativos son consecuencia de un complicado proceso de hegemonización o monopolio argumentativo. La realidad y las opciones se plantean en último término en bloques que presionan el mecanismo de generación de preferencias personales y estructuran la capacidad individual de formarse opiniones propias.

En algún sentido cabe por ello afirmar que la información desde la que se definen las principales alternativas políticas es consecuencia de un mecanismo capaz de reducir e imponer visiones colectivas, en gran medida fabricadas a través de los procesos de información que generan quienes producen la opinión pública. Por lo tanto, en no poca medida la determinación de quiénes nos

representen está afectada y distorsionada por el proceso de información que fabrican quienes estructuran y producen indirectamente la opinión pública. La representación del elector por ello es una representación impura, inducida y sesgada. La representación pura es inalcanzable.

Quizá quepa añadir a título de excepción a la regla general que existe un número limitado de casos en los que el elector sí conoce a uno o a más candidatos. Este supuesto se da de modo especial entre quienes son miembros del mismo partido, o incluso respecto de los miembros de otro partido, y también en general en la sociedad cuando se ha tenido la posibilidad de compartir experiencias junto a quienes postulan. El número de personas que conoce a uno o más candidatos, y tiene razones para confiar o para no confiar en ellos, es pequeño y comparativamente insignificante, en particular en sociedades urbanas donde el número de habitantes es tal que no es posible el contacto entre la mayoría de ellos.

A la referencia precedente debe sumarse que, no obstante el conocimiento y confianza que pueda o no otorgarse a algún candidato, puede muy bien ocurrir que los candidatos por los que se vota bajo estas condiciones no sean los que resulten electos en el sufragio. Que pocos o muchos candidatos hayan recibido votos de gente que los conoce y que confía en ellos, ese requisito no basta para que prevalezcan esos votos respecto a los de los emitidos a favor de candidatos cuyos electores no los conocen ni tienen suficientes elementos de juicio para preferirlos frente a otros. El carácter aleatorio del factor de la confianza y del conocimiento que se tiene de los candidatos, por esta razón, opera como una distorsión más que altera, y no precisamente aumenta, la calidad del proceso de elección colectiva.

De lo anterior cabe colegir y desprender que el grado de responsabilidad exigible a quienes se elija está, en general, en proporción al escaso conocimiento y nivel de confianza que es posible generar durante el proceso de elección parlamentaria. Si el conocimiento y la confianza son débiles, precarios o inexistentes es deducible que quien gane en la elección haya logrado esta meta más como consecuencia del proceso mecánico que de la convicción que los candidatos hayan estado en capacidad de conseguir entre los electores. ¿Qué calidad de representación será aquella que resulte entonces del imperfecto proceso de selección de representantes?

Si a la ausencia de conocimiento y de confianza en la base del proceso de elección se añade los diferentes grados de seriedad y de involucramiento, o de indiferencia y desinterés de la población, en la calidad del vínculo representativo, es posible prever la agregación y acumulación de niveles muy heterogéneos de adecuación entre los intereses de los representados y los representantes. Si a la debilidad efectiva del vínculo se suman los distintos grados de inconsciencia

o de desidia del elector, es predecible que la representación parlamentaria no tenga sólida base ni fundamento en la voluntad popular.

En buena cuenta la diversidad de imperfecciones en el fundamento de la participación directa para la elección de los representantes, permite sospechar que difícilmente el producto de la elección tendrá la consecuencia de un acto capaz de generar una representación real y genuina. Sin conocimiento y sin confianza real, no obstante cuál sea el propósito o la voluntad del elector, el acto resultante será uno carente de capacidad representativa. Para que la representación opere y surta efectos asociados al vínculo o relación representativos habría sido necesario contar con el cumplimiento de requisitos esenciales para crear el vínculo representativo. Ese vínculo parece difícil que exista si se desconoce quién es por quien se vota, y más difícil aún si no sabiéndolo tampoco existe propiamente hablando ninguna confianza en lo predecible de los valores según los cuales se ejercitará el mandato representativo.

Estas son razones por las cuales cabe afirmar que el modelo representativo se basa en una falacia. En efecto, si es tan improbable que la participación cause efectivamente la representación de los electores, ¿acaso no debiera creerse que la sociedad es en último término una entidad subjetivamente *irrepresentable?* No obstante el carácter subjetivamente irrepresentable de la sociedad, se dice y se cree que su representación se materializa operativamente en un cuerpo de mandatarios elegidos para que funcionen, actúen y operen *como si* representaran, y a pesar de la incapacidad real del método y del sistema de generar subjetivamente forma alguna de representación.

Son sin embargo dos dimensiones diferenciables, porque la *dimensión irrepresentable* lleva a la conclusión que el método electoral es impotente para generar representación, excepto por la creencia o convención que lleva a sostener que ocurre lo que en realidad no es posible que ocurra. En suma el poder demiúrgico del método electoral es muy relativo y carece del debido fundamento en la realidad, no obstante, y a pesar, de la necesidad y conveniencia de creer que es capaz y suficientemente potente como para crear representación.

Pero señalamos que además del aspecto demiúrgico de la participación directa es necesario examinar el aspecto indirecto de la participación, el mismo que tiene lugar en la acción y la performance que está a cargo de los representantes elegidos mediante el imperfecto sistema de generación de representación. En el tipo indirecto de participación se reconoce que existen quienes ejecutan la participación política mediante la representación que realizan de la participación popular por cuenta e interés del pueblo.

Ni es posible la participación total, ni es deseable que alguien nos reemplace de modo absoluto. Necesitamos alguna forma de ejercicio político que, sin desconocer lo indispensable de nuestra participación, no independice a quienes

actúen y participen directamente por cuenta nuestra como si fueran autónomos de nuestra soberanía. El poder debe ejercitarse por representación nuestra y sujeto al reporte y rendición de cuentas ante quienes lo cedemos para que se desempeñe o cumpla según nuestro interés. El poder popular debe ejercitarse según la regla de su heteronomía, con cargo a la revisión y ajustes que luego realice el titular de la soberanía.

En un escenario como el esbozado se distinguen dos formas posibles de participación. La *participación indirecta a través de la representación,* y la *participación directa en casos excepcionales y sobre situaciones especificamente establecidas.* La intervención directa se reconoce cuando existe posibilidad material de su ejercicio, y según parámetros en los que ella es eficaz. Los parámetros de su eficacia, a su vez, se miden según las posibilidades de expresión de preferencias colectivas en las que la agregación de opciones permita reducir la cantidad de información según la cual deban tomarse las decisiones representativas. Este tipo de participación se realiza corrientemente en los procesos de elecciones generales.

La participación representativa es reconocible pues como una forma indirecta de participación, porque quienes ejercitan la participación son los representantes. Lo hacen como si fuera el pueblo representado, y por su cuenta e interés. Son decisiones válidas y legales basadas en una convención colectiva según la cual se atribuyen consecuencias a la mecánica del proceso electoral. No es posible que la participación indirecta de la representación nos satisfaga como podría hacerlo el ejercicio directo de nuestra capacidad de expresar nuestras preferencias, pero no puede negarse que exista algún grado participativo por mínima que sea la intensidad con la que el representante recibe el título legal de la autorización para representar políticamente la voluntad popular.

Ahora bien, la acción representativa se realiza en un escenario integrado únicamente por *representantes que actúan entre representantes frente a otros representantes.* Los representantes actúan y su acción por cuenta e interés del pueblo se legitima cuando el número de ellos cumple con las reglas del quórum institucional o corporativo, y cuando su actuación se realiza conforme a los supuestos de competencias y facultades expresamente previstos en el orden constitucional vigente. La participación popular a través de la agencia representativa es válida sólo cuando se observan las reglas de ejercicio representativo.

Dando por descontado que la representación no tiene sustento en el vínculo entre la voluntad popular *y* los candidatos, *y* que no obstante la dimensión falaz en la que se basa es, sin embargo, eficaz y políticamente funcional y operativa. Ese es el *carácter performativo de la representación.* Hay representación porque hay quienes funcionan y operan pragmáticamente *como si* fueran representantes

cualitativamente bien elegidos en tal capacidad. Hacen de cuenta que el vínculo existe y se asienta en la base de actos conscientes, realizados por sujetos con conocimiento del acto que protagonizan, y de los efectos que su participación genera, con la voluntad de conceder su confianza a quienes resultan elegidos en los comicios.

El título de la representación es su operatividad, y la aceptación convencional de que la precariedad del título con el que se ejecuta queda compensada con la ventaja social de su existencia. Más allá de que la voluntad popular sea por principio *y* en realidad irrepresentable, quienes representan lo hacen al amparo de la fuerza empírica de que hay quienes se afirman a sí mismos como representantes. El carácter hegemónico de esta creencia colectivamente compartida deja en suspenso la irrepresentabilidad de la esencia política y la sustituye con el carácter fáctico de su existencia. El demiurgo que articula la imposible conexión entre la voluntad popular y el vínculo, es reemplazado por otro tipo de demiurgo que con carácter operativo demuestra la representación a fuerza de la reiterada ocurrencia de su invocación y performance regular.

Es en este clima que se expresa la *capacidad isomórfica* del mecanismo electoral de conversión de preferencias en sujetos de representación. La hipótesis o presunción es que el método electoral, a pesar de su incapacidad de generar una representación basada en el vínculo del sujeto con quien se postula para que lo represente, tiene la propiedad de reproducir la cultura del elector en las identidades o sujetos suficiente o adecuadamente representativos de las culturas que se reproducen.

Es esta capacidad isomórfica la que se revela en la fidelidad con la que los representantes viven el mandado representativo, ejecutando mandatos arraigados tanto en el proceso de socialización colectiva, como en la estructuración de la subjetividad de quienes forman parte del mismo colectivo político. Si bien existe una representación performativa, *y* quizá precisamente porque la representación tiene carácter performativo, los representantes actúan isomórficamente; es decir, no se conducen sino como lo sugiere la cultura hegemónica de la colectividad en cuyo seno ellos se educaron. Las formas corporativas responden al mismo modelo cultural dentro del cual se produjo el proceso de socialización *y* de subjetivación de la sociedad cuya voluntad popular existe el mandato de representar.

Lo paradójico del carácter isomórfico de la performance representativa es que a pesar de la verosimilitud de su conducta representativa el origen del mandato se basa en la ficción que se genera con un mecanismo. Ese mecanismo tendría la propiedad extraordinaria de no consistir en una mentira sino en la más grande verdad representativa. Los representantes son sólo poco menos que la réplica cultural de la comunidad misma de la que dijimos que era irrepresentable y ello

a pesar de los altos grados de exclusión de partes significativas de la sociedad cuyos votos no llegaron a pasar la valla ni la barrera del reconocimiento según las fórmulas electorales.

En suma llegamos a la inconsistencia de que nada hay tan irrepresentable como la propia realidad de la voluntad popular, pero que tampoco nada hay tan políticamente real como la ficción representativa. De lo real de la irrepresentabilidad subjetiva emerge, se origina y produce la ficción representativa. Pero la ficción representativa a su vez tiene mayor grado de realidad política que lo real de la irrepresentabilidad, porque lo gaseoso de la irrepresentabilidad genera el imposible de la representación concreta de la cultura y perfil social de la colectividad política.

Atribuyéndosele al régimen representativo capacidades imposibles de alcanzar como consecuencia del voto individual, debido a la ausencia efectiva de conocimiento y confianza en los representantes, el sistema electoral tiene la capacidad de mimetizar y reproducir, con muy alto grado de fidelidad, una muestra muy significativa de la cultura y conductas de la sociedad que, aunque subjetivamente irrepresentable, se presenta como fictamente representada.

Lo imposible de la representación, es decir lo que la niega, y por lo tanto lo que sólo vive en el orden de lo ficticio, finalmente se transforma en una realidad sólida e intangible. En suma, se deduce que nada tiene mayor capacidad de mostrar lo real que la ficción, y que lo sólido de lo realmente irrepresentable puede desvanecerse gracias a la eficacia y artilugios gaseosos de la ficción.

La ficción de la participación representativa termina convirtiéndose en una ventaja para el régimen político, porque puede operar con mayor eficacia que el régimen de participación real y absoluta, y además tiene la virtud que superar las debilidades del régimen de agencia única. Las deficiencias y altos costos de transacción inherentes a la participación absoluta quedan optimizadas con los menores costos administrativos de la representación por elección popular. Por otro lado, análogamente, los altos costos políticos de la agencia única se neutralizan con una instancia de representación plural que si bien es relativamente más costosa que la agencia única tiene la ventaja de mejorar la ausencia de participación que caracteriza a aquélla.

4. La optimización de la carta representativa

El recorrido transitado mediante el ejercicio de nuestra capacidad imaginativa termina en el momento en que tenemos que plantearnos una respuesta para lograr lo que fuera realistamente alcanzable o realizable. Es el proceso de rehabitación del espacio político y la reterritorialización de nuestra historia para fabricar nuestros futuros.

Si por principio el Congreso tiene la propiedad de reproducir y reflejar de modo representativo y general la calidad ciudadana de nuestro pueblo, y hemos encontrado referencias que permiten suponer por lo menos indiciariamente, que los representantes cuyo desempeño desaprobamos no adoptan comportamientos significativamente distintos a los que protagoniza el pueblo, llegamos a la cuestión sobre cómo mejorar la calidad del Congreso o, lo que es de algún modo lo mismo, cómo mejorar la calidad de nuestra representación [9].

Que el Congreso sea representativo de nuestra idiosincrasia y que constituya una muestra adecuada de cómo somos, cómo actuamos, cuáles son nuestras motivaciones y nuestras debilidades, no significa que el sistema no pueda optimizar el nivel de los resultados y de la calidad de quienes operen como nuestros representantes. El karma de la desarticulación colectiva, de nuestra cultura disociada y de los patrones transgresores de nuestra población entre criolla y mestiza pueden minimizarse, reducirse y neutralizarse. Para ello es necesario intervenir estratégicamente en el punto quizá más crítico de la cadena representativa. Ese punto parecen ser los partidos políticos responsables de la definición del menú de candidatos que se proponga al elector.

La estigmatización de los partidos políticos, y de carambola o rebote también el Congreso en el que sus militantes o simpatizantes operan, puede tener justificación en la medida que partidos y Congreso son una cara visible e identificable en la que se manifiesta de manera concentrada el carácter o temperamento de quienes operan el sistema político y la instancia de representación. En este sentido quienes protagonizan actos de desvergüenza o banalidad en el desempeño de funciones públicas no son víctimas de una injusticia, sino los responsables de daños colectivos por los cuales existen responsabilidades respecto de las que deben responder.

Pero cuando la crítica se realiza a quienes operan el sistema político, sea como miembros de un partido o del Congreso, ignorando el trasfondo histórico

[9] No son lo mismo, en efecto, cuando se considera que la optimización *del Congreso* es una pregunta distinta a la relativa a la optimización *de la representación*. Podríamos mejorar la calidad de la representación sin que ello suponga el mejoramiento de la organización y de la gestión del Congreso. Para que el Congreso sea una organización institucionalmente eficaz y políticamente efectiva deben diseñarse e implementarse medidas distintas a las requeridas para agenciarnos una mejor calidad en la representación. El problema institucional y el problema representativo son dos especies distintas que teniendo un mismo origen se expresan en dimensiones perfectamente diferenciables. Un problema de dimensión corporativa o institucional sería el relativo al de la mayor estabilidad de las metas, de los objetivos y de los puestos directivos, o el de la disminución del número de Comisiones Ordinarias, con lo que se mejoraría la eficacia de los acuerdos que los miembros de los grupos parlamentarios toman en las Comisiones. El problema de la representatividad consistiría en el mejoramiento de la calidad, habilidades, destrezas, competencias, conocimientos y capacidad en general de los candidatos que los partidos proponen a la comunidad electoral.

y sistémico del cual son una expresión parcial tanto los partidos como el Congreso, la crítica del enfoque original padece de un déficit de conceptuación o de diagnóstico, porque atribuye al síntoma un carácter distinto al que le corresponde. Los síntomas son consecuencia y manifestación de un mal del cual se desprenden. Si los operadores de los partidos y del Congreso no tienen mejor desempeño. Ver sólo las deficiencias de unos y otro es, en primer término, un diagnóstico insatisfactorio si se pierde de vista lo que hemos denominado el carácter isomórfico de la representación respecto de la sociedad que el Congreso expresa; y en segundo lugar no permite una cura eficiente del mal expresado en el síntoma, porque excluir del diagnóstico la raíz del mal que se manifiesta en el síntoma impide diseñar el remedio o cura del mal sintomatizado.

No deja de resultar contradictorio y ni deja de llamar la atención que se presente a los partidos políticos como el solo punto en la cadena de transmisión del poder representativo con mayor trascendencia para optimizar la capacidad representativa del Perú, considerando que quizá sea la única institución nacional con menor credibilidad o confiabilidad, mayor grado de desprestigio y desaprobación que el propio Congreso [1101]. Precisamente en el centro vertebral de la contradicción es donde hay que apuntar para procurar la cura colectiva, porque es en los partidos políticos donde se reproduce con mayor fuerza los hábitos de dominación colectiva.

El diagnóstico de los peores males colectivos se expresa en los partidos políticos. En ellos se manifiesta con mayor claridad el síntoma de la falta y de las más grandes carencias públicas. No han sido protagonistas precisamente de las más grandes ni las más beneficiosas transformaciones en la economía ni en la vida pública del país, sino que han operado como *free riders* en los más importantes procesos políticos [In.

[10] En encuesta que Ipsos Apoyo desarrolla en Lima, que consigna el diario *El Comercio* (18 de setiembre del 2013, p. A-4) se indica que sólo confían en los partidos políticos el 5 por ciento de la población encuestada, y no confía el 92 por ciento. En el Congreso confía el 8 por ciento, y no confia el 88 por ciento.

[11] La referencia a los bajos niveles de protagonismo político de los partidos comprende la escasa visibilidad de sus propuestas en la definición de las políticas públicas de mayor trascendencia nacional, y en la menor gravitación de sus cuadros y líderes en el escenario de intervenciones sobre temas de naturaleza estratégica o estructural del país. Lo común es asociar el papel público de los partidos políticos a situaciones menudas, cotidianas o coyunturales, generalmente asociadas a conductas impopulares o a escándalos, o a medidas políticamente intrascendentes vinculadas a las pretensiones reelectorales de quienes las proponen. Cuando, por excepción, los partidos intervienen en materias de especial importancia nacional la tendencia es que quienes actúan como sus voceros carecen de la visión, información o argumentos técnicos suficientes como para agregar valor público agregado e ilustración en la comprensión y significado de la materia para la colectividad. En este sentido cabe calificar la intervención de los partidos políticos como poco innovadora, porque no sólo son un espacio de resistencia al cambio y a la transformación sino que pueden

El tipo de partido político más común en el Perú es la asociación que se constituye como alternativa para tejer transversalmente intereses colectivos vinculados con niveles relativos de coherencia sobre una visión común del destino del país. El objetivo común es contar con mayoría en las asambleas representativas y alcanzar la titularidad en los puestos de dirección y gobierno. En un contexto políticamente heterogéneo, de fragmentación y de dispersión de la pluralidad colectiva, la tendencia natural y esperable es que el sistema de partidos reproduzca sintéticamente la misma dispersión social. De ello se desprende la consecuencia lógica y empírica de la fragmentación política y del elevado número de agrupaciones partidarias.

Si bien es cierto la representación sólo cambia realmente si cambia la calidad de los representados entre los que se eligen a los representantes, ese mecanismo tiene un proceso de muy larga duración, porque supone un lento y gradual proceso de maduración histórica ([12]). Por esta razón es necesario no pretender enfrentar el problema de modo directo sino oblicuo, e intentar que quienes puedan llegar a un puesto representativo pasen por un proceso de entrenamiento, capacitación, aprobación y certificación de sus competencias intelectuales y políticas, tanto teóricas como prácticas. Si las enormes dificultades colectivas para tomar decisiones, nos persuaden de que es necesario optimizar las posibilidades de niveles sostenibles convivencia que permitan alcanzar libremente nuestro bienestar, resulta creíble que volvamos la mirada sobre las instituciones que suelen ofrecer una alternativa razonable para intermediar entre el todo colectivo y la instancia que centralice la administración y representación pública por nuestra cuenta e interés.

Es cierto que los partidos políticos son una respuesta histórica relativamente reciente para resolver la cuestión de la intermediación colectiva, y que también cabría mirar hacia otro tipo de corporaciones como lo son las comunidades étnicas, los gremios, los colectivos de oficios o de profesionales, o las instancias subnacionales o educacionales. Los niveles relativos de eficacia de este último

convertirse en el núcleo que reproduce las costumbres menos saludables que anquilosan *y* enquistan nuestro destino en prácticas contrarias al bien común.

[12] Son útiles las referencias que hace Gonzalo Portocarrero en el epílogo "Mirando más lejos" que escribe para el estudio de Francisco Durand (2007), *El Perú fracturado. Formalidad, informalidad y economía delictiva* (Fondo Editorial del Congreso del Perú), en el que dice nuestra sociedad está integrada por *un modelo de relaciones interpersonales que podemos llamar la "sociedad de cómplices". Modelo que está detrás de la corrupción endémica que atraviesa prácticamente todas las instituciones de la sociedad peruana. "Somos cómplices" significa que en realidad estamos dispuestos a transgredir, que no nos identificamos con la ley y la autoridad, y que no nos tomamos cuentas, pues como se dice, entre gitanos no nos leemos la suerte. Se generaliza, entonces, una licencia para transgredir. Se supone que lo natural es el incumplimiento de la ley y lo que mantenemos más bien es un simulacro de autoridad en la que no terminamos de creer* (p. 266)

tipo de organizaciones no son menospreciables, pero el tipo de finalidad social de los partidos políticos parece seguir siendo una opción colectivamente más eficiente, en razón, principalmente, a la vocación transversal de su misión institucional. Los partidos se constituyen para organizar a la sociedad con el propósito de dirigir políticamente el destino colectivo según un programa de acción e intervención pública a través de sus cuerpos de militantes y dirigentes.

En principio la razón de ser de los partidos es operar como escuelas de formación de líderes para dirigir y representar al país, y no sólo alianzas para alcanzar posiciones en puestos estatales a nivel central o subnacional. Es parte de la visión de cualquier partido político preparar a sus cuadros en la asunción de responsabilidades de gobierno y de representación. Para ello es elemental que hagan suya la obligación de preparar a sus militantes con las destrezas y capacidades necesarias para enfrentar los problemas de gestión estatal que tendrán que atender una vez que alcancen los puestos en las elecciones populares.

El reto más importante de los partidos políticos en tanto agencias de intermediación entre la sociedad y el Estado es que para alcanzar el mayor número de representantes deben asegurarse que sus propuestas programáticas y el personal de candidatos que postulen deben ser lo suficientemente atractivos para el elector. Es cierto que sin votos los partidos no llegan al Congreso. Y para aumentar el número de votos deben invertir en una propuesta suficientemente atractiva, presentar un grupo capaz de aumentar el atractivo para que los electores voten por ellos, no menos que los recursos económicos necesarios para financiar las campañas. Discurso, caras y dinero son los tres componentes críticos para su eficacia y capacidad competitiva en el escenario político.

En la medida que los partidos sean eslabones de calidad entre la sociedad y el Estado, la cadena de nuestra representación quedará optimizada. Fortalecer a los partidos es una forma indirecta de fortalecer la representación y por lo tanto de mantener niveles adecuados y sostenibles de convivencia en libertad y prosperidad. De ahí la importancia en las estrategias de comunicación y persuasión a los electores, de manera que éstos puedan conseguir los mejores representantes posibles.

Parece existir una correlación o dependencia entre las competencias de los miembros de los partidos y la calidad de la representación. Cuanto mejores sean las capacidades y habilidades de los miembros de los partidos es esperable que su capacidad de acción parlamentaria también aumente y mejore. Por esa razón es que es critico concentrar esfuerzos para que los partidos sean uno de los puntos más sólidos de la cadena representativa. Los partidos deben ser el mejor filtro disponible para depurar el fragmentado caleidoscopio de taras y traumas colectivos nacionales.

De ahí la pregunta críticamente más dificil de resolver. Considerando la naturaleza generalizada de una cultura tan tolerante con diversas modalidades e intensidades de corrupción, ¿pueden los partidos políticos garantizar mejor calidad de representantes si a ellos llega también una muestra representativa de la *criollada,* del *achoramiento* y de *la pendejada?* ¿Puede mejorar la calidad de los partidos si éstos se integran y a ellos pertenece el mismo pueblo y la misma cultura colectiva cuya transformación se pretende alcanzar? De modo similar y quizá aún menos dramático, ¿puede el Perú contar con representantes con las cualidades éticas inherentes al tipo republicano de ciudadano, si la cultura dominante corresponde mayoritariamente a la del individualismo democrático de la economía de mercado y del consumismo capitalista?

Puede decirse que los partidos políticos son también parte del problema nacional porque ellos son parte del mismo tejido colectivo. Pero en ese sentido la misma afirmación debe extenderse a cualquier institución nacional, sean las universidades, los institutos militares y policiales, o las iglesias, por igual y sin excepción. De ahí que no sea posible esperar ni conveniente postular que el cambio y la transformación deban venir de afuera ([[131]). No existe un cuerpo ni sector social exceptuado de la mancha y de las fallas colectivas nacionales. Lo que nos caracteriza es la realidad de compartir la misma cultura de dominación y de reproducción de los usos del poder con tendencia a transgredir el orden público para gozo o beneficio privado. Eso ocurre equitativamente entre los maestros, las parroquias, los policías, los carpinteros y los albañiles de modo general. El virus lo tenemos inoculado en la médula y atraviesa democrática e igualitariamente el tejido de nuestras redes sociales.

Pero por exactamente la misma razón que afirmamos que nuestro mal colectivo tiene una extensión molecular y se reproduce en cualquier zona del sistema social, también cabe ver el lado positivo de la solución. Si es parte de la naturaleza humana encontrar en ella el germen de su propia opresión y destrucción, en ella también cohabita, en conflicto, la semilla de la vida y de la libertad. La pulsión tanática y la pulsión de vida son inerradicables del sujeto humano. Podemos negar la vida y actuar autodestructivamente, no menos que podemos hacer cualquier sacrificio para que prevalezca el valor de la vida y

[13] Las soluciones tecnocráticas o incluso las que pudiera proponer el sector empresarial pueden ser ilusorias si se pierde de vista que no tendrían por qué no reproducir la misma cultura. La idealización del poder de los tecnócratas, o de los empresarios, es una forma de minimizar o de menospreciar la calidad de respuestas de los partidos políticos, cuyos principios, programas o propuestas, porque incluso entre los tecnócratas y los empresarios existen filiaciones o militancias partidarias. Por eso, si lo que se busca es fortalecer la calidad de la representación parece más eficiente que sean los partidos los que integren en sus propuestas las que realicen o desarrollen los tecnócratas o los empresarios con disposición a hacer vida política desde un partido.

de la libertad. De manera que ese gran Otro al que tendemos a mirar para que nos salve y redima de nuestra miseria se encuentra al costado de la sombra de nuestras pulsiones antisociales y tanáticas.

El reconocimiento y valor de nuestro proceso histórico de socialización y subjetivación es un dato importante para superar el maniqueísmo que tenemos instalado en la periferia de nuestra consciencia colectiva. Tendemos en efecto a localizar el mal externamente, fuera de nosotros mismos, y a la vez al advertir el mal que repta en nuestro interior tendemos recíprocamente a mirar hacia afuera para que la redención ocurra. No hay salvación fuera de nosotros mismos. Sólo la consciencia que desarrollemos de nuestra dinámica personal y colectiva puede corregir nuestras opciones de mejora.

Para estar mejor representados antes tenemos que enfrentar con coraje nuestra propia condición, reconocer las deficiencias de las que somos portadores, representarnos a nosotros mismos como parte del mal que se refleja en quienes nos representan, y desde el realismo de la dualidad pulsional de nuestra naturaleza plantearnos el propósito y meta de corregir lo que nos impide una vida personal y subjetiva más satisfactoria. Si al Congreso llegan quienes elegimos entre las cartas o menús que nos presentan los partidos, necesitamos que los partidos se integren por quienes mejor consciencia tengan de la convivencia del bien con el mal en nuestro fuero interno. El mejoramiento de nuestra condición subjetiva y personal mejora las opciones políticas del todo colectivo. Las capacidades mejoradas son las que genera una cadena sólida de calidad en el proceso de representación política.

La mirada interior de los militantes de los partidos, y su capacidad de mantenerse en equilibrio y alerta para no reproducir lo que nos acerca a nuestra miseria, es la mejor y quizá única vacuna eficaz contra la pandemia de la corrupción pública. Sólo una mente ilusa e ingenua propondría que el fortalecimiento y reforma de los partidos políticos deba o pueda encomendarse a quienes no son parte del problema a solucionar. Nada hay más realista que reconocer que el clientelismo rentista, el mercantilismo patrimonialista, y los otros modos de usos privados e impropios del poder por las cúpulas partidarias, pueden corregirse más eficientemente desde el interior de los propios partidos en los que se identifica la presencia de esas anomalías asociativas. La renovación de los partidos no puede realizarla tan eficazmente quien no los integra, porque en principio el reconocimiento de la primacía de la pulsión de vida sobre la pulsión de muerte lleva a creer que tenemos reservas vitales suficientes en nuestra constitución política como para recrearnos, reconstruirnos y refundamos socialmente.

Desde el punto de vista pragmático o utilitario, además, sería difícil pensar que hubiera una agencia de intermediación distinta a los partidos o a quienes

nos representan en el Congreso porque, en primer lugar, sólo los partidos con presencia en el Congreso tienen la titularidad de la potestad normativa del Estado; en segundo lugar no sería fácil imaginar que normas creadas externamente a los partidos serían de su aceptación y cumplimiento habida cuenta que el sistema político los reconoce como intermediarios formales de la voluntad popular ante el Estado; y, por último, en tercer lugar, no puede pasarse por alto que si se decidiera que fueran terceros quienes definieran las reglas para la reforma de los partidos políticos, esos terceros no estarán exentos de sus propios intereses, los primeros y más fáciles de anticipar serían los que pudieran tener en relación a si es mejor que el país se organice políticamente con la intermediación de los partidos políticos, o si preferirá que ellos sean más bien agencias débiles y mínimas en su capacidad de intervención.

Por principio, entonces, es mejor creer en la primacía de la pulsión de vida que en la pulsión de muerte; y por razones prácticas parece ser más eficaz aceptar y confiar que en los partidos puede encontrarse también el remedio con el cual cabe combatir el espíritu cómplice que arraiga en nuestras relaciones interpersonales. Presumir la maldad y la ausencia de voluntad o capacidad para buscar mejores modos de organización y funcionamiento de los partidos, a la vez que presumir paralelamente la desinteresada labor de terceros para establecer las reglas con las que los partidos procesen su función intermediadora, pueden constituir alternativas engañosas si no, además, ineficaces.

Gran parte de la solución de los principales problemas políticos sustantivos e institucionales del país depende de la calidad de los líderes de los partidos, y por eso mucho del funcionamiento eficiente del Estado está en manos de la capacitación técnica, intelectual y moral de los cuadros de los partidos. Si los partidos comprenden que ellos, sus métodos, su organización, sus prácticas y sus cuadros son parte del mal público, el nudo empieza a desatarse y puede verse rayos de luz en medio de la oscuridad de la cueva política. A la larga, y desde el punto de vista estratégico, nada puede resultar más beneficioso para los partidos, para su sobrevivencia, y para la propia fama y capacidad de dirección de los líderes partidarios, que tomar la reforma de su organización y funcionamiento lo más seriamente posible.

En la *sociedad de cómplices* es esperable que los líderes de los partidos políticos se aseguren de omitir las conductas que transformen las cosas que causan mal y daño colectivo, así como de mantener reglas de desempeño favorables a su permanencia en puestos directivos y al mantenimiento de prerrogativas de visibilidad y de capacidad de decisión sobre asuntos propios de sus organizaciones [1141]. La tendencia del lado oscuro o perverso de la naturaleza

[14] Una expresión apropiada de la sociedad de cómplices lo constituye el Congreso cuando sus representantes llegan y se desempeñan sin visión ni interés políticos en su operación, cuando

humana sigue una lógica adversaria) o conflictiva, y transgresora, según la cual se usan los bienes, recursos, reglas y alternativas para el goce privado del sujeto, de manera que su individualidad prevalezca sobre el entorno o clima de la comunidad a la que pertenece. Pero el lado libidinalmente luminoso de nuestra humanidad es depositario de energías que favorecen nuestra preservación y es reserva de aspectos que habilitan y optimizan nuestra cooperación y convivencia.

La incógnita que despierta una propuesta que inclina la visión de las alternativas hacia el lado luminoso antes que al oscuro es la capacidad real de hacerse cargo y de vencer la contingencia y la incertidumbre que rodea a cualquier apuesta por la primacía y valor de los principios antes que por la naturaleza tanática del ser humano.

Si bien, y contra la creencia de muchos, es antes muy poco lo que nos conocemos, y menos aún los casos en los que es la razón y el orden los que prevalecen sobre el capricho o la pulsión de poder o de dominio, creer en la mejor capacidad operativa del bien sobre la dinámica competitiva de la ambición, de la envidia, o de los celos, gratifica más al espíritu humano que las reacciones basadas en estados psicopáticos, en delirios paranoides o en alucinaciones persecutorias.

Son estos postulados de fe los que orientan la convicción de que gran parte de la solución a los problemas colectivos depende de la renovación o refundación que sean capaces de emprender los partidos políticos. Si no es posible encontrar reserva de buena fe o de virtud en los partidos políticos efectivamente no hay remedio, porque si no hay un depósito de convicciones morales entre quienes se proponen dirigir al Perú hacia mejores destinos, y si no hay en los partidos quienes crean que hay mejores destinos esperándonos en el porvenir en efecto mejor haríamos en sumarnos al descreimiento absoluto, en conspirar y en cerrar también nuestra cooperación a las puertas del futuro.

Es en gran parte a contra corriente del escepticismo, del fatalismo o de los engañosos semblantes del realismo, que son necesarias la obstinación y la pertinacia para afirmar que los partidos políticos deben asumir la capacitación y selección de quienes sean postulados como candidatos a puestos representativos. La misión estratégica de los partidos es convertirse en escuelas de gestión política

asumen que el eje del Congreso lo constituyen sus propios despachos congresales en vez del Pleno o de las Comisiones de las que son miembros, o cuando delegan el ejercicio de sus funciones legislativas, representativas y de control entre el personal que se contrata en apoyo de su gestión. Ello ocurre, por ejemplo, cuando durante la semana de representación los congresistas encomiendan a los asesores o asistentes de sus despachos congresales que vayan a la circunscripción que los elige, o cuando al concurrir a las sesiones de Comisiones en las que se debaten los proyectos de ley asisten sin haberse previamente informado ni estudiado la materia sobre la que deberán votar, y dejan que sus asesores o asistentes les indiquen el sentido más conveniente de sus intervenciones o votos.

en las que se forma y en las que se selecciona a los más aptos, competentes y hábiles para actuar como representantes del pueblo y como conductores de los procesos estatales. Nada menos afín a los partidos que satisfacer la vanidad y fatuos deseos de fama o vanagloria de pedantes, adinerados o acomplejados. Los partidos no son trampolines para satisfacer los déficits de reconocimiento y éxito social o intelectual de quienes asumen que aportar dinero o canjes publicitarios a una campaña electoral les da título para sentarse en el escaño de una asamblea representativa o para designar a quien los represente durante un período constitucional.

Si es mejor apostar por la capacidad y disposición positiva de los partidos políticos que negar la posibilidad de reencuentro con su sentido y vocación original, la apuesta por la confianza en el papel que deben asumir debiera llevarnos a preferir el fortalecimiento de su disciplina, integración y cohesión, antes que la levedad de los compromisos con la ideología y principios que los identifican como opciones políticas. En la medida que se conviene en que el diagnóstico es que la optimización de nuestro sistema representativo depende de la calidad de la propuesta de candidatos y programas que formulan los partidos políticos, en esa misma medida el medio más eficaz para corregir las deficiencias del sistema representativo y de la calidad de la propuesta de los partidos políticos es diseñar reglas que faciliten el carácter, papel y estatus conductor que se le encomienda como agentes de intermediación.

Priorizar la corrección de la más importante falla representativa que es la debilidad de la intermediación partidaria supone adoptar las medidas estratégicamente más fuertes para convertir la debilidad en su contrario, que es la fortaleza de la intermediación. Debe apoyarse por lo tanto el fortalecimiento de los partidos políticos como prioridad más importante. Pueden ser cuatro las medidas que cabe proponer en esa dirección, con la finalidad de aglutinar y concentrar mayor gravitación en la capacidad de decisión de las agrupaciones, a la vez que con el propósito de desincentivar la concepción de que el mandato representativo tiene carácter personal, privado o individual. Esas medidas se relacionan con la idoneidad de la representación, la exigibilidad de la responsabilidad partidaria, la reducción de la dispersión y de la fragmentación, y la sanción a la deslealtad con la opción postulada a la ciudadanía.

La primera es la selección de los candidatos por los órganos colegiados de los partidos, previa certificación de la capacitación recibida como parte de los cuerpos mejor calificados para representar y para gestionar bienes públicos. Esta opción es una alternativa intermedia entre las opciones de la elección primaria entre los militantes, y aquella en la que quien selecciona y decide quién es candidato es el círculo más pequeño de poder que puede ser el presidente o secretario general del partido.

La elección primaria puede tener la ventaja de que la militancia identifica a quienes encuentra mejores condiciones para asumir el liderazgo del partido, pero tiene como desventaja que los procesos eleccionarios sólo son estratégicamente útiles para el país siempre que quienes se postulen ante la militancia tengan todos igualdad de competencias y capacidades, evaluadas, certificadas y por los órganos de capacitación y doctrina de los partidos. De lo contrario se pierde la virtud que les corresponde encarnar a los partidos como centros de formación de representantes capacitados para gestionar el Estado, y también como medios eficaces para reducir la brecha entre los requisitos igualitarios que la democracia fija como condición para ser elegido, y los requisitos más altos propios de los puestos representativos que tiene el Estado para asegurar que las decisiones parlamentarias se tomen según la naturaleza de los problemas estatales y públicos que deben resolverse.

La segunda es el uso de la lista cerrada y bloqueada en el proceso electoral, de forma que, en primer lugar, los partidos tengan la seguridad de que serán los cuadros que ellos seleccionen los que nos garantizarán el buen gobierno y representación, así como, en segundo lugar, se configurarán las condiciones de transparencia suficientes para exigirles directamente a los partidos la responsabilidad por la buena o la mala elección de candidatos, sin la excusa de que esa responsabilidad es inexigible debido a las turbulencias o distorsiones que introduce el uso del doble voto preferencial.

La tercera medida es la tendencia gradual a elevar la valla electoral del cinco hasta el diez por ciento, tanto para acceder al Congreso como para conformar un grupo parlamentario, de manera que se favorezca la consolidación de la fragmentación, bajo el supuesto de que el exceso de opciones dispersa las posibilidades de adoptar acuerdos alrededor de cuestiones centrales.

Y la cuarta es la modificación de las reglas electorales y del Reglamento del Congreso de manera que se prevea la intangibilidad o inmovilidad de los cuadros con los que las agrupaciones parlamentarias llegan al Congreso, sancionando así el transfuguismo mediante el reemplazo de quienes opten por dejar el partido con el que llegan por quienes los sucedan como suplentes en la lista.

Todas estas medidas tienen una tendencia clara. Pretenden reducir la tendencia dispersiva de la fragmentación política alrededor de ejes de intermediación que concentran las opciones colectivas. El objetivo es doble. Primero, disminuir las ineficiencias inherentes al pluralismo maximalista. Y segundo, disminuir los costos de la gestión pública con incentivos de gerencia que permitan administrar los resultados y rendimiento esperado del liderazgo de las agrupaciones partidarias.

5. La representación calificada

No es un mal banal la baja calidad de nuestro sistema o régimen representativo. La vida política del país no es un espectáculo televisivo o deportivo ni tampoco un show mediático. En el Congreso deben resolverse las más decisivas cuestiones de nuestro futuro colectivo, y en él debe administrarse con seriedad y rigor los bienes estatales para garantizarle a nuestro pueblo un horizonte sostenible y seguro de prosperidad y de bienestar general.

Como para disimular las limitaciones en la performance en el ejercicio, la miseria de la representación proyecta y vende como éxitos los que no alcanzan a ser reconocidos ni comprados como tales, porque el propio y falaz argumento de la condición exitosa no persuade, no recibe aval público, no se cree en él, ni se lo considera como una verdad. La precariedad se encubre bajo las abundancias y excesos retóricos, a la vez y conjuntamente que los rezagos y recesos fácticos en materia de la calidad en el procesamiento de los resultados. La dualidad éxito-representación explica el vacío del éxito en la miseria de la calidad representativa en el ejercicio de la tarea política.

Al Congreso no deben llegar aventureros que improvisan el cumplimiento de funciones representativas, ni le corresponde al perfil del puesto representativo su ocupación por gente sin experiencia ni conocimientos elementales sobre la naturaleza de los problemas que enfrenta el Estado. Al Congreso deben llegar quienes cuenten con una sólida formación en historia de las ideas e historia política, con conocimientos serios de teoría y de organización constitucional del Estado, además de probada experiencia en liderazgo y formación razonable en la doctrina del partido del que se es miembro. El figuretismo y el afán protagónico satisfacen la devaluada estima de personajes psíquicamente frágiles y estructuralmente débiles, que compensan con la cobertura mediática de su imagen las deficiencias de un mundo interior carenciado y empobrecido. Pero el figuretismo ni el afán protagónico contribuyen en la construcción de una representación política sana y saludable. Este es el tipo de postulaciones de las que los partidos deben proteger a la población, y que las reglas electorales deben filtrar adecuadamente para reducir su acceso y presencia en la sede representativa del Estado, porque al figureti y al que padece manía o narcisismo de notoriedad no le importa más que el goce y complacencia con su propia imagen, y el bien público le tiene poco cuidado.

El Congreso no es el espacio para quienes se sienten más alcaldes de centros poblados, o promotores locales de intereses barriales, que gestores de intereses públicos de dimensión nacional en el contexto del mundo global en el que se inserta el Perú contemporáneo. Conforme al modelo constitucional las competencias de nivel distrital, provincial o regional se atienden no en Congreso nacional sino en el ámbito jurisdiccional de esas mismas circunscripciones. La

confusión de competencias se justifica y produce en alguna medida por el error que se recoge en las normas que vinculan el ejercicio de la función representativa a las circunscripciones por las que son elegidos los congresistas.

El mandato representativo que se desarrolla en el Congreso, si bien nace directamente en la voluntad popular, y esta se manifiesta invariablemente en las localidades y en los distritos electorales, se ejercita no para esas mismas localidades o distritos sino para el íntegro de los pueblos y naciones del Perú. El origen local del mandato no limita el beneficio de la representación a una sola parte de nuestro territorio, porque la representación, según lo señala la Constitución, se cumple para la generalidad del país. El origen local del mandato no excluye las responsabilidades constitucionales de los representantes respecto de las demás circunscripciones, porque la suya es una responsabilidad general con todos los peruanos y no supone parcialización con sólo un grupo de habitantes del territorio nacional.

Suele entenderse, y asumirse, que la modalidad múltiple del distrito electoral, en vez de la modalidad de distrito único, se prevé y funciona para que los congresistas se desempeñen como representantes directos de los pueblos ante los que postulan. De modo similar se asume que el distrito único o nacional diluye el vínculo del representante y genera una relación lógica, general y abstracta del representante con todos, sin ligamen concreto o físico alguno con ningún pueblo en particular. Asumir, interpretar o comprender el distrito múltiple como un mandato de alcance distinto al nacional, sin embargo, puede equivaler a un contrasentido constitucional, porque según nuestra ley fundamental la voluntad popular es un mandato de cumplimiento y ejercicio nacional.

Ningún representante elegido por cualquiera de las circunscripciones de nuestro territorio está restringido para intermediar sobre cualquier cuestión de carácter nacional que afecte a alguna parte específica de nuestro territorio por la cual no haya sido elegido, y respecto de la cual, además, ese mismo territorio hubiera elegido a otro congresista. El mandato constitucional es claro, porque ser elegido genera una responsabilidad con todo el Perú. Ningún congresista podría excusarse, por ejemplo, de realizar o cumplir acciones de control sobre el desempeño del gobierno bajo el argumento de que se trate de sucesos acontecidos en un ámbito territorial diferente al del pueblo que lo eligió. No se legisla sólo para una circunscripción, porque la ley se aprueba en función de su naturaleza general y rige para todo el territorio. El Congreso no legisla para parches geográficos de nuestro territorio. De modo similar la investidura del gabinete mediante la confianza del parlamento no se otorga, en efecto, porque el gabinete incluya en su programa de gobierno el tratamiento preferencial o exclusivo para cada una de las circunscripciones, sino porque existe una

previsión de medidas dirigidas de manera general a atender problemas comunes a toda la población y a todas las regiones del Perú.

La calificación para cumplir correctamente con el mandato representativo supone pues que el candidato conozca los contenidos constitucionales sobre la naturaleza y el ejercicio de su función ([15]). Si ya existen problemas en la brecha entre los requisitos y exigencias para postular como candidatos al Congreso, *y* los necesarios para desempeñar eficazmente las tareas estatales, quienes se incorporan como representantes deben proponerse reducir esa brecha y aprender cuanto les falte conocer y adquirir para representar mejor al país. Con mayor razón debiera esperarse que las normas internas de organización del Congreso sirvieran para aclarar y enderezar el ejercicio de la función parlamentaria, en vez de confundirlo refiriendo el mandato al alcance circunscripcional de su origen y la asignación condicionada de estipendios mensuales a la concurrencia física a sus distritos electorales durante la denominada *semana de representación.*

Las deficiencias en las competencias de los congresistas para asumir su función representativa en relación con el alcance del mandato generan un costo que se distribuye entre toda la población. De ahí la importancia que se identifique a los partidos políticos como el actor que puede asumir la tarea de minimizar las desventajas del maximalismo democrático para optimizar los beneficios colectivos que su mantenimiento significa. Si son los partidos los actores a los que se encomienda la reducción de los costos por las fallas inherentes a la igualdad democrática para acceder a un puesto representativo, su papel en el proceso supondrá también el mayor beneficio que obtendrán de ejecutar más eficientemente la representación por cuenta del pueblo. Sin embargo, el beneficio neto y específico que es necesario prever para que los partidos se

[15] Elemental en la capacitación de quien postula al puesto de representante es conocer las características inherentes a las competencias que exige el puesto para su efectivo desempeño. Sin delegación a asesores, a asistentes, ni a agencia alguna del Estado. Una de las competencias básicas es el conocimiento serio de la totalidad de las cláusulas constitucionales, de forma que su intervención en los procesos parlamentarios evite los yerros en materia de la organización y los más importantes procesos estatales, así como los límites y competencias entre los distintos niveles y órganos estatales tanto respecto de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos como entre las diferentes instituciones constitucionales. Además de esta competencia básica y fundamental se asume que los representantes son competentes en dirección y planeamiento estratégico, y están suficientemente informados respecto del régimen económico y presupuestal, el sistema de defensa y orden interno, el marco de relaciones internacionales, y las reglas de acceso y desempeño del personal en el servicio público y estatal. En el plano eminentemente operativo es esperable que los postulantes a un puesto representativo conozcan las reglas de organización y procesamiento que define el Reglamento del Congreso y las prácticas que lo desarrollan. En el plano de las habilidades no cognitivas las competencias deseables para quienes ocupan un puesto representativo debieran ser la visión prospectiva, capacidad de gestión y negociación, orientación al logro y a los resultados, y sensibilidad organizacional.

focalicen en la mejor capacitación de los cuadros que propongan para realizar la representación estatal exige que se les concedan facilidades que los habiliten en la definición de sus cuadros.

La responsabilidad que asumen por la preparación de los cuadros y la certificación de sus calificaciones debe ir de la mano con el incentivo de contar con facilidades que les permitan cumplir con la expectativa que se les impone. Uno de los incentivos que mínimamente se les cabría reconocer es contar con un margen importante de discrecionalidad o libertad para definir el orden en que sus cuadros serán elegidos o, lo que es lo mismo, la supresión de la posibilidad de que dicho orden sea alterado mediante el doble voto preferencial. Además de esta ventaja es previsible que también deba reconocérseles alguna compensación importante por el costo de la capacitación, evaluación y certificación de competencias adquiridas, porque esa tarea es obviamente onerosa y, en general, salvo la dimensión mística de algunas agrupaciones o militantes, no se realiza gratuitamente. Sin la explicitación de la compensación por los costos políticos asumidos no es dificil prever que lo que el sistema no transparente se generará o producirá de modo clandestino, o usurpativo, en particular si se asume la tendencia general de los actores sociales a operar en el sistema a cambio de una utilidad por su agencia.

La razón por la que se espera que los partidos políticos generen representantes con mejores competencias en gestión pública es que las capacidades son un bien escaso en la operación de las funciones y tareas propias del Congreso. Si es un bien escaso ello ocurre, parcialmente, porque los electores no prefieren a los cuadros de los partidos en función ni de los programas de acción propuestos en las campañas, ni de las competencias de los candidatos, sino, fundamentalmente, por la simpatía que los candidatos les despiertan o por la expectativa que les atribuyen es posible obtener con el discurso o propaganda que realizan y se marketean. Considerando que proponer cuadros competentes puede significarles un costo demasiado alto de asumir y la escasez de beneficios que pueden obtener cuando no llegan a pasar la valla electoral, cuando la pasan ajustadamente, o cuando no consiguen las mayorías holgadas que habrían apostado alcanzar, los partidos optan por proponer cuadros idóneos al tipo de demanda del pueblo. Es por ello que la demanda de candidatos simpáticos o gestores de altas expectativas condiciona también que los partidos opten por la ley del menor esfuerzo y se limiten a ofrecer lo que el sistema pide para conseguir el mayor número de escaños posible con el tipo de candidato que asegure puestos representativos en la cuota de cada partido.

Transformar la dinámica y operación del sistema según la lógica de la demanda de los electores significa un riesgo bastante alto para los partidos, porque pasar por alto esa misma lógica significa que quienes se desacoplen de

ella tendrán que asumir el mayor costo de no ser elegidos, o de elegirse en menor número, mientras que quienes desconocen el costo que se les pide que asuman de preparar y certificar cuadros pueden obtener mejores resultados e incorporar mayor número de congresistas en el Congreso. Es por esta razón que habría de imponer y obligarse a todos los partidos a que certifiquen la calificación de competencias de los candidatos que proponen, y sancionar el incumplimiento proporcional de la calidad de esa certificación de modo que la ausencia en el rendimiento y desempeño causados por las fallas en la capacitación castigue a los partidos de manera que los inhiba de proceder de esta forma en lo sucesivo.

La única manera de eliminar los costos adicionales que la capacitación certificada ocasiona en los partidos políticos sería que fluya plenamente la demanda basada en criterios de simpatía, independientemente del costo social final que las deficiencias de competencias representa en el manejo de bienes y recursos públicos por representantes insuficientemente aptos para gestionar los recursos públicos y estatales. Esta opción niega el papel intermediador de los partidos como agencia de optimización y de compensación de las debilidades del régimen democrático, y reduce las dimensiones de su utilidad y servicio colectivo. Lo cual equivale a que los partidos minimicen su impacto en el sistema político operando en una plataforma corrosiva, marginal, tullida y parasitariamente en la reproducción de las deficiencias inherentes a las bajas exigencias del sistema democrático de acceso igualitario a puestos representativos.

Afirmar el propósito democrático de nuestro régimen político supone mantener la misma convicción que se establece en nuestra Constitución para el pleno ejercicio de nuestros derechos políticos, previo el sólo cumplimiento de requisitos elementales que no impidan el acceso igualitario de cualquier peruano a un puesto representativo. Pero el funcionamiento del sistema político de nuestra democracia prevé también un método para que el Estado se encuentre adecuadamente aprovisionado de representantes capacitados en la definición y en el control de las políticas públicas del país, o en el control del desempeño de la función pública o de la gestión y uso de los recursos y bienes estatales y colectivos. Ese método es el que se asigna y encomienda a los partidos políticos como instancias de preparación de los cuadros de ciudadanos mejor capacitados para asumir responsabilidades de representación y dirección ante el Estado.

En suma, los hondos y abismales niveles de desencanto y desilusión que tiene nuestra población respecto de la representación a la que el sistema le encomienda el cuidado de la administración, muestran primero que todo la propia baja calidad de nuestra aceptación como ciudadanos. Para volver a habitar nuestro sistema representativo con cuerpos mejor calificados es preciso, en primer término, empeñar seria, exigente y comprometidamente nuestra voluntad en emprender nuevas batallas para recuperar la virtud ciudadana, sin

la cual no hay ni mejores ciudadanos ni mejores representantes de aquéllos. Y, en segundo lugar, la recuperación de la calidad de nuestra representación forma parte de la agenda pendiente para el eslabón crítico más importante de la cadena de intermediación entre la sociedad y el Estado que son los partidos políticos.

Es ya una exigencia dolorosamente sentida que todos, y no sólo algunos de los partidos políticos, asuman el compromiso y los costos del creciente desafecto político, y se hagan cargo de mejorar la carta de cuadros disponibles para la expresión de las preferencias del elector. La recuperación de las coordenadas del mapa de la representación en nuestro territorio político precisa el cambio de estatus de nuestra población, para pasar del ensayo y de la aventura nómades al asentamiento y estabilidad sedentarios en la institucionalidad de nuestra organización estatal. Pero el actor principal de ese giro se encuentra decididamente en el seno de los partidos políticos de los que deben salir los líderes, los dirigentes y los cuadros que han estado ausentes ya demasiados años en el Perú, en gran parte por la indolencia de una cultura y un pueblo desafectado e indiferente con su propia vida política, y más interesado en la utilidad, en el beneficio y en el goce privado de bienes con que el sistema económico lo engatuza.

Bibliografía:

Arendt, Hannah (1994); *Essays in understanding 1930-1954. Formation, exile and totalitarianism,* Schocken Books.

Bonazzi, Matteo (2012); *El lugar político del inconsciente contemporáneo,* Ed. Grama.

Buchanan, James M. y Tullock, Gordon (1962); *The calculus of consent. Logical foundations of constitutional democracy,* The University of Michigan Press.

Bullard, Alfredo (2010); *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales,* Ed. Palestra

Castoriadis, Cornelius (2008); *Ventana al caos,* Fondo de Cultura Económica

Crabtree, John (2006); "Partidos políticos e intermediación en el Perú", en *Construir instituciones: democracia, desarrollo y desigualdad en el Perú desde 1980,* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico, e Instituto de Estudios Peruanos, pp. 33-51

Chatterjee, Partha (2007); *La nación en tiempo heterogéneo,* Sephis, Clacso, IEP.

Deleuze, Gilles, y Guattari Felix (1997); *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia,* Ed. Pre-Textos, Valencia

Durand, Francisco (2007); *El Perú fracturado. Formalidad, informalidad y economía delictiva,* Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Grafstein, Robert (1992); *Institutional Realism. Social and political constraints on rational actors,* Yale University Press.

Haberle, Peter (2000); *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura,* Tecnos.

March, James G., y Olsen, Johan P. (1984); "The New Institutionalism: organizational factors in political life", en *The American Political Science Review,* Vol. 78, pp. 734-749.

Martucelli, Danilo (2005), *La consistance du social. Une sociologie pour la modernité,* Presses Universitaires de Reunes, Collection «Le sens social».

Minogue, Kenneth (2012); *The servile mind. How democracy erodes the moral life,* Encounter books.

Mouffe, Chantal (2011); *En torno a lo político,* Fondo de Cultura Económica

Ostrom, Elinor (2005); *Understanding institutional diversity,* Princeton University Press.

Peters, B. Guy (2003); *El nuevo institucionalismo. Teoría institucional en ciencia política,* Ed. Gedisa

Powell, Walter W., y DiMaggio, Paul J. (1991); *The new institutionalism in organizational analysis,* The University of Chicago Press

Shepsle, Kenneth A. (1989); "Studying institutions. Some lessons from the rational choice approach", en *Journal of Theoretical Politics* 1 (2), Sage Publications, pp. 131-147

LA SELECCIÓN DE CANDIDATOS PARA LAS ELECCIONES CONGRESALES DEL 2011

VICTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ (*)

SUMARIO: 1. Introducción. II. El perfil del candidato. III. El proceso de selección de candidatos. IV. La ubicación del candidato en la lista congresal. V Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Como nuestro Estado es democrático (artículos 3 y 43 de la Constitución; STC 5854-2005-PA/TC; STC 0008-2003-AI/TC) y la Constitución se exhibe como la expresión jurídica de un hecho político democrático, al postular jurídicamente la voluntad del Poder Constituyente, como un totus social en el que subyace la igualdad (STC 0030-2005-PI/TC), es imprescindible que a los partidos políticos se les asegure un funcionamiento democrático, tal como indica el artículo 35 de la Constitución.

Bajo este presupuesto, el Estado está constreñido a promover y garantizar tal postulado democrático de los partidos (fundamento 35 de la STC 0003-2006-PI/TC), disposición cuya razón de ser estriba en 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'", reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución (fundamento 22 de la STC 0030-2005-PI/TC).

(*) Abogado por la PUCP, máster por la USAL (España), especialización en el CEPC (España) y en el IIDH (Francia), estancia de investigación en BU (EEUU) y doctorando en la USAL. Profesor de la UPC y PUCP. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Fue la Ley 28094, de Partidos Políticos — LPP de 2003, la que intentó cumplir el mandato constitucional y propiciar un verdadero cambio a través de reglas de democracia interna, cuya principal expresión sea quizás la selección democrática de candidatos. La ola de reformas normativas para democratizar la elección de candidatos, con la LPP a la cabeza, estuvo motivada por la poca institucionalización, debilidad y crisis de representatividad de los partidos (Tanaka 2004: 94) sin que haya tenido un impacto positivo en la realidad. Una encuesta nacional de marzo de hace dos años mostraba que únicamente el 19% de la población se fiaba de los partidos (IOP 2011).

Un partido sólo puede juzgarse como democrático internamente cuando favorece la participación de sus miembros en todo proceso, sobre la base de competencia, competitividad e incertidumbre (Freidenberg 2009), pero el desarrollo normativo del artículo 35 constitucional no puede considerarse sino limitado, aún cuando el artículo 19 de la LPP reconozca valores democráticos. Si bien la LPP ha reconocido la democracia interna no ha previsto normas coercitivas que garanticen su eficacia (ONPE 2006), dejando un excesivo margen de discrecionalidad a los propios partidos, a través de la autorregulación.

Así, la selección de candidatos depende mucho de sus estatutos (artículo 19 de la LPP) y sus reglamentos electorales (punto III.3.e del Instructivo sobre Democracia Interna de los Partidos Políticos y Alianzas Electorales para el Proceso de Elecciones Generales del año 2011 — IDIP, Resolución 2541-B -2010-JNE). Como forma de democracia interna, la nominación de candidatos a cargos de representación popular explica cómo un ciudadano es electo entre una lista de potenciales competidores. Este 'reclutamiento' refleja las luchas por cuotas de poder en el interior del partido (Rahat y Hazan 2001), vinculándose élites, candidatos y votantes en una dinámica interpartidista (Ware 2004). La decisión de elegir un postulante depende de profusos factores (Siavelis y Morgenstern 2009; Alcántara Sáez y Freidenberg 2009), destacando el grado de democratización y tradición del partido, el sistema de partidos, el posicionamiento del partido y el criterio de expectativas reales, sobre la base de valores, conocimiento, voluntad y habilidades.

El objetivo de la presente investigación empírico-descriptiva es observar cómo se han seleccionado los candidatos al Congreso de la República en el marco de las Elecciones Generales del pasado 10 de abril, tomándose como muestra los partidos y alianzas que obtuvieron representación. Vale recordar que en las elecciones congresales se eligen a 130 representantes *(artículo 90 de la Constitución),* a través de 26 distritos electorales: sólo uno uninonimal, y el resto, plurinominal (22 pequeños, dos medianos y un grande), postulándose en lista cerrada no bloqueada (doble voto preferencial opcional), con representación

proporcional, con cifra repartidora (una primera etapa según método de D'Hont) y barrera electoral de 5%.

Como unidades de observación, se han escogido de las 13 que concurrieron al último proceso electoral, sólo las seis agrupaciones políticas, que según los resultados de la Oficina Nacional de Procesos Electorales — ONPE, superaron la barrera electoral y lograron alcanzaron representación en el Congreso de la República: Gana Perú obtuvo 47 curules; Fuerza 2011, 37; Perú Posible, 21; Alianza por el Gran Cambio, 12; Solidaridad Nacional, 9; y, el Partido Aprista, únicamente 4. De este producto del escrutinio, *el Número Efectivo de Partidos por escaños (NEPe) se ubicó en 3,97, aumentando en 0,19 con relación a la anterior elección, pero manteniendo la media de los últimos 30 años.*

La mitad de estos grupos que lograron ingresar al Congreso fueron alianzas reconocidas por el Jurado Nacional de Elecciones — JNE), dos de las cuales *tuvieron* un partido base del cual toman su nombre. Las alianzas se constituyen para un determinado proceso electoral (artículo 15 de la LPP) y solicitan su inscripción al JNE (artículo 98 de la Ley 26859, Orgánica de Elecciones, de 1997); son asociadas, *consensuadas, temporales, distintivas y autónomas* (Resolución 120-2008-JNE, Reglamento de Organizaciones Políticas).

A continuación presento el listado de las agrupaciones que alcanzaron algún curul en el hemiciclo:

(i) Alianza Perú Posible — PP, conformada básicamente por PP, y también por el Partido Somos Perú — SM y un partido tradicional como es Acción Popular — AP. PP ya obtuvo mayoría en las elecciones del 2001 y que se avizoraba como el gran triunfador de las elecciones, pero no lo logró.

(iz) Fuerza 2011 — F-11, cuya intención era recuperar la fuerza que tuvo en los noventa, logrando obtener la segunda más alta votación. Por más que no está en alianza, F-11 parece haber absorbido a Renovación, cuyo líder fue parte de su plancha presidencial. Si bien este partido quiso tener más protagonismo *(Vid.* Noticias Terra 2011a), sólo pudo colocar como número 1 en Piura a Juan José Díaz Dios, y hacer que Rafael Rey, su presidente fundador, sea 1 en el Parlamento Andino.

(iii) Gana Perú — GP, nombre electoral del Partido Nacionalista del Perú — PNP, único de tendencia izquierdista, que obtuvo la mayoría congresal. El Estatuto del PNP permite cambiar su denominación para una elección específica. No es alianza pero el PNP suscribió un acuerdo con los Partidos Comunista, Socialista, Socialista Revolucionario, Voz Socialista y parte de Lima para Todos *(Vid.* El Comercio 2010).

(iv) Alianza por el Gran Cambio —AGP, unión de varios partidos de distinta naturaleza como el Partido Humanista Peruano, Alianza por el Progreso

— APP, Restauración Nacional — RN y el clásico Partido Popular Cristiano — PPC (éste permite alianzas en su Reglamento). Fue creada con el 'Acta de Conformación de la Alianza Electoral Denominada Alianza Por el Gran Cambio', validada por el JNE en la Resolución 0005-2011-JNE, Exp. J-2011-0007.

(v) *Alianza Solidaridad Nacional* – SN, integrada por el partido homónimo (admite alianzas en su Reglamento) y por el ex fujimorista Cambio 90, Unión por el Perú — UPP (aliado del PNP en el pasado Congreso), Siempre Unidos y Todos por el Perú. El partido central antes conformó la alianza Unidad Nacional con el PPC, pero hoy buscó liderar otra, con grupos disímiles.

(vi) *Partido Aprista Peruano* – PAP, el único que no presentó candidato presidencial, pese a encontrarse en el poder, y que en el actual Congreso tiene mínima representación.

El análisis sobre la selección de candidatos se divide en tres partes. Primero, se define qué condiciones se exige a los ciudadanos para ser candidatos congresales, para luego continuar exponiendo cómo se determina la lista en la que postulará y termina en el estudio de cómo se asigna el orden a los candidatos. En cada uno de estos acápites se parte de una elaboración conceptual para luego comprobar lo sucedido en el país, contrastación esta última a realizarse desde una doble perspectiva:

- La primera es normativa. Son dos formas de afrontar la selección (Freidenberg 2003): una, es a partir de lo que disponga la ley electoral y, la otra, según sea lo que indique el partido. Respecto de la segunda, se han analizado las siguientes normas:
  - Del *PNP,* su Estatuto y Reglamento Electoral.
  - Del *PAP,* su Estatuto, Reglamento Electoral Interno y Directiva 009-2010-TNE-PAP, Normas Complementarias para elegir Candidatos al Congreso de la República y Parlamento Andino — Elecciones Generales 2011.
    Del *PPC,* su Estatuto.
  - De *Restauración Nacional,* su Estatuto y Reglamento Electoral.
  - De *APP,* su Estatuto.
  - De *F-11,* su Estatuto, Reglamento Electoral para Elecciones Internas y el de Evaluación de Candidatos a cargos de Elección Popular — REC.
    De *AP,* su Estatuto, Reglamento Electoral y Directiva 009-2010/CNE.AP, Elección de Candidatos a los Cargos de Presidente y Vicepresidentes de la República, Representantes al Congreso de la República.

De *SN,* su Estatuto y Reglamento General Electoral.
De *UPP,* su Estatuto y Resolución 37-2010-COEN-UPP.
De *PP,* su Estatuto, Reglamento Electoral y Directiva 003-2010-COEN-PP, Elecciones de Delegados para elegir candidatos a Presidente, Vicepresidentes, Congresistas — Elecciones 2011.

Adicionalmente, se examinan algunos documentos de los organismos electorales competentes: JNE y ONPE (artículo 177 de la Constitución). Con relación al primero de ellos, se puede señalar que, aparte del citado IDIP, ha emitido dos reglamentos para las pasadas elecciones generales: uno de Inscripción de Fórmulas y Listas de Candidatos con motivo de las Elecciones Generales del 2011 — RIF (Resolución 5004-2010-JNE); y, otro para Fiscalización del Ejercicio de Democracia Interna de los Partidos Políticos y Alianzas Electorales-Elecciones 2011 — RFEDI (Resolución 2541-A -2010-JNE).

La otra perspectiva de la investigación es fáctica. Se han utilizado dos herramientas: la revisión de noticias periodísticas y la realización de entrevistas a ex candidatos, algunos electos y otros no, a los que prefiero mantenerlos en el anonimato.

II. EL PERFIL DEL CANDIDATO

El estudio de la selección de candidatos corresponde iniciarse con el estudio de los tipos de ciudadanos -artículo 30 de la Constitución- que pueden ser candidatos (Rahat y Hazan 2001), tema en estrecha relación con el derecho a ser electo -artículo 31 de la Constitución- pues los partidos canalizan intenciones para acceder al poder (Nohlen 1995). No todos son iguales para controlar recursos de actuación e influencia (Mustapic 2008), por lo que se proponen requisitos disímiles para los candidatos a fin de reforzar al partido mismo o intentar ganar por su arrastre popular así sean externos a sus filas.

En el caso nacional, como se señalara, la LPP es muy limitada y escueta. Todo depende de las normas internas. Y es ahí donde comienzan los escollos. Mientras unas establecen ciertos requerimientos, otras no, demostrando graves disparidades (ONPE 2010), tal como queda demostrado en el cuadro que se presenta a continuación. Lo relevante es determinar si hay un 'criterio de eficiencia' (el deseo de ganar las elecciones) que guíe a los partidos. Así, ¿qué es mejor, que el PPC presente *"a sus mejores cuadros dirigenciales y ciudadanos"* (artículo 87 de su Reglamento) o que F-11 busca contar con candidatos *"que no menoscaben el devenir de la política nacional",* aún cuando no les imponga

condición alguna para adquirir la condición de candidato (artículo 1 del Reglamento de Evaluación)?

Cuadro 2-1. Quiénes pueden ser candidatos

		GP	PP		AGC			SN		
	PPAP	PNP	PP	AP	APP	PPC	RN	UPP	SN	F-11
Cualquier persona							X	X	X	X
Ser militante	X	X	X	X	X	X				
Antigüedad de militancia			X			X				
Haber sido dirigente			X							
Cumplimiento de funciones públicas previas				X						
Trayectoria democrática	X	X	X			X		X		
Trayectoria profesional					X		X			
Trayectoria ética-moral		X	X		X	X	X	X		
Sin sanción disciplinaria	X	X		X			X			
Sin sanción penal		X		X			X			
Declarado de impuestos		X								
Estar al día en las cuotas	X			X				X		
Realizar pago	X			X				X		

Fuente: Normas internas de los partidos. *Elaboración:* Propia.

Como puede observarse, cada uno de los participantes -partidos o alianzas- en las recientes elecciones ha optado por candidatos de distinto perfil, dependiendo de lo que quiera lograr. Esta disparidad de objetivos permitió que hayan presentado diversos tipos de candidatos.

Antes de ingresar a la tipología de candidatos, es importante hacer mención al tema de cuotas. De acuerdo con lo que señala la legislación (artículo 26 de la LPP), las listas de cada distrito electoral (artículo 11.2 del RIF) deben cumplir con la cuota de género (30%), bajo el principio de alternancia (PPC), inclusión paritaria (APRA) o mandato de posición a fin de ubicarlas en puestos con posibilidad de ser elegidas (AP). En el caso de F-11 y de AP, aparte de esta cuota, se presenta una para jóvenes y otra para representantes de comunidades nativas.

(a) Candidato-militante

Un primer grupo es el del candidato-militante. Sólo pueden postular quienes han demostrado un prolongado servicio al partido o adhesión a determinadas facciones del mismo (Morris 1996). Se intenta reforzar la idea de candidatos leales al partido (Siavelis y Morgenstern 2009).

De los diez partidos analizados, más de la mitad (seis) prefieren militantes, aunque tres lo admiten de forma excepcional (APP, PPC y PP) y dos de ellos exigen adicionalmente determinada antigüedad. Sólo el PP exige también haber sido dirigentes con anterioridad. En el país sólo los partidos tradicionales (PAP, tal vez PPC y AP, y siendo benevolentes, PP) tienen la oportunidad de encontrar destacados candidatos entre su militancia activa. Peculiar es el caso de F-11 pues aun cuando cuenta con leales y conocidos seguidores, su poca institucionalización hace imposible exigir militancia.

(b) Buen ciudadano

Frente a la posibilidad de un candidato de las propias filas del partido, a veces se pone énfasis en que el candidato sea un buen ciudadano, sea o no miembro del partido (Freidenberg 2009). Se rescatan así las cualidades personales del competidor, promoviéndose la mayor participación ciudadana en asuntos públicos (artículo 31 de la Constitución).

Por eso, cinco partidos exigieron solvencia democrática a quienes deseaban ser candidatos. Para el PAP ello no bastaba, sino que exigió haber luchado contra la dictadura -en concordancia con el artículo 46 de la Constitución-, requisito algo más que sorprendente observando su reciente actuación congresal, pues ha sido la época de los noventa (gobierno de Fujimori) donde más se ha cuestionado la existencia de autoritarismo en el poder gubernamental y sin embargo, desde el 2006, el aprismo gobernó gracias al apoyo congresal del grupo fujimorista. De otro lado, si un candidato ha ocupado puestos previos de elección popular (Morris 1996), se reclamó que haya actuado con capacidad e idoneidad (AP).

También existió inquietud por la experiencia de transfuguismo en el país, pues *"entre la independencia y la pertenencia de los parlamentarios a los*

partidos políticos es condición sine qua non para desterrar las prácticas de transfuguismo que tanto afectaron el normal funcionamiento del Congreso de la República, máxime si con tal acontecimiento se trunca la voluntad popular" (fundamento 8 de la STC 0026-2006-PI/TC). Se han puesto reglas, *ergo,* para cuidar el desempeño posterior del aspirante al Congreso. En el caso de F-11, los electos *"se encuentran en la obligación de honrar la confianza depositada en ellos por la ciudadanía"* (artículo 56 *in fine* del Reglamento Electoral), tema importante en un partido que tras la elección del 2000 tuvo una campaña sistemática de compra de votos a la oposición para lograr mayoría legislativa, según se descubriera con posterioridad en filmaciones ya famosas, conocidos como los `vladivideos'. Por su parte, el presidente de PNP, hoy jefe del Ejecutivo, señaló, con relación a sus candidatos, que *"tendrá mucho cuidado para que luego los elegidos no se conviertan en tránsfugas" (in* El Tiempo 2011)

Tampoco se admitió que los candidatos hayan sido sancionados penalmente (AP, PNP y RN). Tal vez esta regla pudo ampliarse a otras alianzas, como PP, porque algunos de sus candidatos fueron cuestionados por problemas judiciales, como Manuel Manrique (número 17 en Lima), sentenciado en el 2004 por un delito contra la administración de justicia *(in* Perú 21 2011a) o Clever Castañeda (perteneciente a Somos Perú), número 2 de la alianza en Huánuco, que había enfrentado 35 procesos judiciales (*Vid.* El Comercio 2011a). Esta postura de los partidos es tan sólida que incluso llega a afectar la presunción de inocencia (artículo 2.24.e de la Constitución), toda vez que en el PNP no admiten ni siquiera denunciados por temas de drogas, violencia familiar o alimentos; y, en RN, a aquellos con indicios de delitos.

(c) ***Candidato vinculado a la localidad***

Desde una perspectiva funcional, también se pone énfasis en los vínculos del candidato con la localidad a la cual postula (Siavelis y Morgenstern 2009). El PAP, por ejemplo, exige dos años de residencia del candidato en la localidad donde va a postular. Para mayor éxito, muchos partidos y alianzas han buscado invitar líderes locales a sus listas o hacer alianzas informales con movimientos regionales y así atraer al electorado.

En Áncash, por ejemplo, varios partidos usaron esta estrategia. En SN, Heriberto Benitez, número 1, estaba ligado a un movimiento regional, y Tobías Ortiz, número 3, fue alcalde de Huaraz; en PP, Dante Moreno y Juan Crisólogo, números 2 y 4, fueron parte de medios de comunicación de la zona; en GP, el número 3, era un dirigente sindical conocido *(Vid.* Huaraz informa 2011). En este mismo distrito electoral, PP incluso buscó alianzas con el grupo regional Cuenta Conmigo *(in* Diario Ya 2011). Arequipa es otra muestra, pues casi todos los partidos nacionales, incluido el supuestamente estructurado PAP, buscaron

hacer alianzas con organizaciones de la zona, ofreciéndoles un cupo dentro de la listas al Congreso *(in* El Buho 2011).

La decisión de seleccionar al candidato no puede ser plana sino que dependerá del tipo de distrito electoral al cual postule:

- Si es uno feudo, se busca encontrar al ciudadano con la capacidad para consolidar sus posibilidades de triunfo. En este punto es bueno conocer el apoyo electoral histórico que el partido tiene en el distrito a competir (Freidenberg 2009).
- O si es uno hostil, es parte de una estrategia para mejorar el apoyo electoral.

Sobre el distrito-feudo, es sugerente lo sucedido en La Libertad, bastión del aprismo, donde se presentó con una lista conservadora con un líder del partido algo desgastado, como Luis Alva Castro, a la cabeza, decisión criticada desde dentro del partido. La renovación era una necesidad para no seguir perdiendo terreno *(in* Sólido Norte 2010). Parece que los reparos tenían sustento toda vez que al final el PAP sólo consiguió un curul de los siete en disputa.

F-11 utilizó una práctica diferenciada según distrito electoral. En Madre de Dios, Francisco Rengifo, quien fuera candidato a la alcaldía de Tambopata por Justicia Regional, se presentó como candidato número 1 y en Apurimac, ubicó como número 2 a Antonio Medina Ortiz, personero del Movimiento Popular Kallpa, grupo conocido por su discurso radical *(in* La República 2011a). Sin embargo, en otras zonas (como San Martín, Cajamarca, Lambayeque, Ica, Lima Provincias y El Callao) se prefirió a algunas discutidas figuras ligadas a la década de los noventa -ala dura del partido- antes que a esforzados dirigentes locales.

(d) Empresario político

De otro lado, está el empresario político, para quien que el partido sólo es un medio para sus fines personales. Al respecto, Siavelis y Morgenstern afirman que *"el control sobre los recursos financieros es un determinante central de la lealtad del candidato. El dinero y la lealtad van de la mano"* (2009: 111).

Esta figura de candidato ha predominado en algunos de los partidos, que como reflejo de su debilidad organizativa, casi no cuentan con recursos para emprender campañas (Tanaka 2004). Se incorporan ciudadanos a fin de que colaboren a sufragar los gastos del partido en la campaña electoral, es decir, candidatos con posibilidad de acceso a recursos económicos o a programas de políticas públicas (Freidenberg 2009).

Incluso, tres partidos exigen pagos por la candidatura. En UPP exige una cuota de inscripción, aunque no se define el monto exacto; en AP, ésta es de S/. 1 200,00; *y* en el PAP, de S/5 000, monto justificado por quien fuera presidente

de la República, Alan García *(in* Diario Ya 2010). En otros partidos, así no se haya establecido normativamente el pago de estas cuotas, parece ser que la práctica era el cobro para poder ser candidato. Al respecto, cuando se entrevistó al candidato de una alianza en Lambayeque, señaló que: *"En Chiclayo como en Trujillo se vendió los números 1 a los Acuña. El partido trató de cumplir las normas, pero internamente todo ha sido un caos".*

(e) Candidato representante de un grupo social

Por último, se encuentra el candidato que representa a un grupo social y que responde a un interés funcional o social antes que al partido (Siavelis y Morgenstem, 2009). Al respecto, llama la atención la influencia de la iglesia evangélica en las elecciones congresales: el número 1 de F-11 en Lima fue el pastor Julio Rosas Huaranga, mismo número que tuvo el líder de RN y candidato con el número 1 por la AGC, el pastor Lay. Ambos salieron electos.

De otro lado, GP ha incluido como candidato con el número 22 a un viejo líder sindical de los maestros, Julio Armacanqui, que creara en los setenta el *Sindicato Unitario de Trabajadores en la Educación del Perú* — Sutep, para impulsar la reforma de la educación en el país, lo cual ha sido visto con reticencia dentro de la alianza electoral, aunque finalmente no fue electo *(in* Perú 21b 2011).

III. EL PROCESO DE SELECCIÓN DE CANDIDATOS

La segunda dimensión a estudiar es la del cuerpo que elige a los candidatos (Rahat y Hazan 2001), elemento básico en todos los partidos, en especial en los *catch-all panties,* como son muchos del país. A través de la estrategia de selección utilizada (Freidenberg 2010), se maximizan los medios empleados para movilizar a los ciudadanos hacia la actividad política, ya sea por interés de los partidos o de los propios candidatos (Norris 1996).

Los métodos de selección difieren en la inclusión o exclusión de quien elige, por lo que la selección recae en actores de diversa naturaleza: toda la ciudadanía en elecciones internas *(selectorate* amplio); sólo los miembros del partido; delegarla en una agencia partidista (elegida o no elegida); o, que elija el líder del partido (Rahat y Hazan 2001). Cuando una sola persona o una agencia decide, la selección es excluyente; es incluyente es a través de elecciones internas: por todos los ciudadanos (abiertas) o sólo los miembros del partido (cerradas); en el punto intermedio está la elección por órgano colegiado (Freidenberg 2010). También puede analizarse desde el punto del centralismo de la decisión (Norris 1996; Freidenberg y Alcántara Sáenz 2009).

A fin de determinar el proceso de selección de candidatos en el país, el artículo 24 de la LPP señala que la lista puede estar dividida en dos:

- Que se use una de las tres formas de elección interna admitidas para por lo menos las 4/5 del total de la lista. En estas elecciones se puede contar con la participación de la ONPE si el partido lo desea (artículo 21 de la LPP). Así, SN incluye la posibilidad de solicitar dicho apoyo, y AP prevé el voto electrónico, que también puede ser asistido por la ONPE. Quien elige cuál método emplear es el propio partido, aunque según el artículo 6.3 del RFEDI, lo debe hacer bajo ciertos criterios. Lamentablemente, casi ningún estatuto define nada, reservándose la decisión a antes de cada elección por decisión de las respectivas directivas (PAP, PNP y AP). Esto ha sido objeto de críticas porque los militantes deberían conocer *"de antemano qué procedimientos seguir para conseguir un cupo o ser sujetos de elección para un cargo de elección popular"* (ONPE 2010: 67). Por ejemplo, hasta diciembre de 2010, previo a la elección, el PAP no decidía qué tipo de selección utilizaría *(Vid.* Periodismo en línea 2010). Las tres formas permitidas son:
  - Selección universal (afiliados y no afiliados), método no utilizado por ningún partido.
  - Sólo de afiliados.
  - A través de órganos partidarios.
- El 1/5 restante de la lista está reservado para decisión del propio partido. Salvo autorización expresa, el cálculo se realiza sobre la base de los candidatos según distrito electoral, siempre que éste cuente con un mínimo de cinco candidatos (artículo 11.4.a del RIF). Si bien hay 130 escaños en disputa, cada partido tiene 140 candidatos, pues en algunos distritos se permiten más candidatos que escaños (punto 111.9 del IDIP). En el siguiente cuadro se observa qué tipo de selección está admitida en las normas internas de cada uno de los partidos que ahora cuentan con representación en el Congreso de la República.

Cuadro 3-1. Forma de selección de candidatos

		GP	PP		AGC			SN		
	PPAP	**PNP**	**PP**	**AP**	**APP**	**PPC**	**RN**	**UPP**	**SN**	**FF-11**
Abierta										
Cerrada	X	X		X		X	X	X		
Indirecta			X		X				X	X
Órganos competentes	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X

Fuente: Normas internas de los partidos. *Elaboracion:* Propia

(a) Selección a través de elecciones primarias cerradas

Ningún partido ha optado por las primarias abiertas, pero sí muchos por las primarias cerradas (PAP, PNP, AP, PPC, RN y UP). Se considera que un proceso de este tipo es democrático, además de abierto y transparente, pues la participación de las bases permite escuchar la voz de la militancia, acortándose la brecha entre los dirigentes de los partidos y los ciudadanos. Bajo la denominación del **bono primario,** las primarias aparecen como un sello de legitimidad (Carey 2008).

Según la LPP, un órgano electoral central realiza las primarias (artículo 20) 180 días antes de las elecciones y 21 antes de la inscripción de candidatos (artículo 22). Es cuestionable el articulo 14.2 *in fine* del RIF, al igual que en el 2006, sólo haya exigido copia certificada del acta de las elecciones internas de candidatos, mas no la presentación de las actas previas de las elecciones (ONPE 2006: 20).

En la normatividad interna de los partidos, se han dejado sentadas algunas cuestiones como la permisión de voto a los militantes bajo el lema 'un militante, un voto' (PPC y PAP). El PPC, por su parte, admite que casi toda la lista (80%) sometida a primarias sea propuesta por el propio candidato presidencial. Hay otras características más:

Cuadro 3-2. Carácter de Elecciones Internas

		GP	PP		AGC			SN		
	PPAP	**PNP**	**PP**	**AP**	**APP**	**PPC**	**RN**	**UPP**	**SN**	**FF-11**
Abierta										
Por militantes	X	X		X		X	X			
Voto por lista	X					X		X	X	
Lista propuesta por candidato presidencial						X				
Candidato puede estar en más de dos listas						X				
Por órganos electorales ad hoc	X	X		X			X	X	X	
En locales partidarios	X						X			

Fuente: Normas internas de los partidos. *Elaboracion:* Propia

No siempre una elección a través de primarias es preferible en términos electorales, pues tienden a debilitar el poder de las máquinas partidarias y sus núcleos oligárquicos (Mustapic 2008), sin significar necesariamente mayor calidad de los seleccionados (Freidenberg 2009, 290). Así, se plantea que las internas encierran en sí misma una **paradoja** (Colomer 2003) porque influyen negativamente en el desempeño de los candidatos, a través de un procedimiento excluyente que seleccionará candidatos fuertes, a diferencia de uno incluyente en el que se elige sin interesar los deseos de la población.

Se ha de lograr un equilibrio o armonización entre dos principios aparentemente contrapuestos: el derecho de los afiliados a participar democráticamente en la formación de la voluntad partidaria; y, el derecho de los partidos a la libre autoorganización (Zovatto 2010), que en el ámbito nacional podrían desprenderse del mencionado artículo 35 de la Constitución. Se parte de un supuesto inicial por el que los líderes se orientan a ganar las elecciones, mientras que los simpatizantes persiguen orientaciones vinculadas a preferencias de políticas, y por lo tanto tienden a ser más inflexibles y próximos a posiciones extremas (Colomer 2003). El planteo downsiano de la ignorancia racional puede explicar esta situación, dada básicamente en niveles intermedios de inclusión, donde se produce una zona de ineficiencia (Guedes, Kardjián y Luján 2010). Quizás frente a dicha contradicción, la ley nacional ha permitido que los partidos sólo sean 'democráticos' en parte de su lista (4/5 partes); quedándose lo demás reservado al partido y su cúpula, lo cual adquiere mayor

sentido en un país como el nuestro, donde el índice de volatilidad electoral no es bajo, con partidos con escaso nivel de cercanía con la ciudadanía.

A veces hay internas, antes que porque los partidos políticos son democráticos, para que sean valorados positivamente por la opinión pública, observadores electorales y analistas. Estos problemas son mayores en las alianzas, donde las primarias son un mero formalismo, y las inexistencia de normas internas claras para selección de candidatos es palpable, máxime si para el JNE basta con elecciones internas en uno de los partidos de la alianza (punto III.1 de su **IDIP).** Esta situación no ayuda en nada a la transparencia de los procesos internos, ya que *"muchos candidatos, a pesar de que podían resultar electos en las internas, después podían ser removidos por exigencias de la alianza"* (ONPE 2006: 32).

Las primarias también son objeto de críticas porque pueden **debilitar la imagen del partido,** pese a que su deseo puede ser exactamente lo contrario. Al obligar a competir entre sí a candidatos de una misma fuerza política, estos deben marcar diferencias, poniendo el acento sobre las cualidades personales y propias, atacando al contrincante. Por eso, los partidos que introducen las primarias, por el enfrentamiento de sus facciones, suelen tener problemas de cohesión y de fragmentación. Así ocurrió en el mismo PAP en La Libertad, donde una de las listas que participó de las internas hacía notar los problemas de la ganadora: "¡Fuera los Corruptos!, ¡El Apra no es de los compadres!" *(in* Sólido Norte 2010).

(b) Selección a través de órganos partidarios

Las primarias contrastan con otro procedimiento de democracia interna usado en el país, como es la selección a través de órganos partidarios, también denominada elección indirecta (Mustapic 2008). En los congresos partidarios, el voto del selectorado militante tendría más peso que en el de unas internas, debido a que en esta última instancia tiene incidencia en la nominación de precandidatos que compiten posteriormente (Freidenberg y Alcántara Sáenz 2009).

El artículo 27 de la LPP establece que los delegados integrantes de los respectivos órganos partidarios que participan en estas elecciones deben ser electos por voto igual, libre y secreto de los afiliados, lo cual también se prevé en las normas internas de APP, PP y F-11. Según un candidato al Congreso por Lima de este último partido, que fuera entrevistado, la forma en que se le designó se dio de la siguiente manera: primero fue presentada su candidatura por la presidenta al Comité de Selección de Candidatos, el mismo que aprobó su postulación, la cual fue propuesta en una lista a la Asamblea de Delegados la cual finalmente decidió admitirla.

Pero la mera existencia de elecciones internas, en principio competitivas, no importa en sí mismo democracia partidaria. A veces esta forma de selección sólo se hace **convalidar la decisión de las cúpulas o de los líderes.** Los partidos pueden realizar elecciones sin permitir representación de ciertos grupos o que los mecanismos internos de control no sean efectivos, lo cual significa una falta de *"efectiva participación del afiliado en la formación de la voluntad partidista"* (Freidenberg 2010).

Un buen caso de esta situación se ha encontrado en F-11, donde se objetó una supuesta imposición de familiares y amigos en las listas. Está el caso de la candidata por Piura (número 2) Karla Schaefer Cuculiza, supuestamente colocada por su tía Luisa María Cuculiza, importante miembro del partido, también candidata *(Vid.* La República 2011a). Más complejo es lo que pasa con los familiares de Alberto Fujimori, pues su hermano postuló como número 1 de Lima Provincias, su hijo Kenji, como número 3 en Lima (defendido por su hermana *in* RPP 2011a), y su hija, Keiko, fue la candidata presidencial. Existe un gran arraigo de estas personas en las bases, y demuestra el carácter personalista de este partido.

Más interesante es sin lugar a dudas el caso de Gina Pacheco, conocida por ser la enfermera de Fujimori papá, y que fuese candidata por elecciones internas (número 33 en Lima), a insistencia de Alejandro Aguinaga, el `fujimédico'. Tras declaraciones controversiales, fue muy cuestionada por los dirigentes de F-11, alegando que había afrontado procesos **que incluían el lavado de activos provenientes del narcotráfico,** por lo que al final el Comité Ejecutivo Nacional, presidido por Keiko Fujimori, no la inscribió ante el JNE, decisión sustentada en el REC de F-11, considerando que su objetivo como partido *"es garantizar el buen nivel de sus listas en todo el país" (in* Perú 21 2011c). Se admitió retirar una candidatura, entre otros, por exteriorizar malas formas, por razones éticas o morales, por opinar en contra del partido o por haber mentido (artículo 4 del REC), norma considerada por Justicia Viva 2011 como abiertamente ilegal.

La enfermera fue reemplazada fue **Ana Cecilia Matsuno, que no había sido** elegida en las internas. Esta actitud del partido no convenció a Gina Pacheco, quien ingresó a un duro enfrentamiento con la lideresa de F-11: *"Si (Keiko Fujimori) no respeta la ley hoy, como candidata, ¿la respetará si es nombrada presidenta?" (in* El Comercio 2011b). Finalmente, decidió denunciar al partido ante las autoridades electorales. Como parte del Exp. J-2011-0033, tras la denegatoria por el Jurado Electoral Especial de Lima Centro (Resolución 0001-2011-JEELC), el pleno del JNE (segunda y última instancia), en votación de mayoría, y tras una reconsideración, declaró fundado el pedido. En la Resolución 0127-2011-JNE, de 16 de marzo de 2011, tras cuestionar el REC, por no ser público y ser *adversum legem,* juzga que el partido no garantizó a

la candidata el derecho a la defensa, excluyendo a Matsuno, y ordenando la inclusión de Pacheco en la lista. Ante esa decisión, a F-11 no lo quedó otra que acatar lo resuelto, en una 'aceptación sin convicción' *(in* Perú.com 2011).

(c) Invitación

Aparte de los 4/5 de la lista elegida por las dos fórmulas de 'democracia interna' mencionadas, hay un grupo de candidatos que la LPP deja en libertad al propio partido para su designación; es la selección por parte de los órganos competentes. Este grupo es conocido como 'invitados'.

El porcentaje establecido (20%) no es fijo, pues, por ejemplo, UPP redujo el porcentaje de selección previsto por la LPP, pues el Comité Directivo Nacional sólo se reservaba el **10%** de invitados. En el ámbito normativo sólo se ha puesto la condición que el invitado no esté inscrito en otra agrupación política o que haya renunciado a su afiliación antes del 9 de septiembre de 2010 (artículo 11.7 del RIF). Aún así, hay normas internas que permiten la postulación de candidatos que perteneciendo a un partido, éste autorice su participación en otro, como es RN. Un caso saltante ha sido del cantante criollo José 'Pepe' Vásquez que intentó postular por F-11, y si bien negó haber sido militante activo de AP, había firmado un padrón de este partido, sin haber renunciado con posterioridad a él *(in* El Comercio 2011c).

Además de ayudar a superar la paradoja de Colomer, como muchos de los partidos en el país son personalistas (Tanaka 2004), sin estructura partidaria relevante, es peligroso que el líder y no la cúpula del partido elija a los candidatos congresales. Es tan clara la presencia de una figura central en los partidos analizados -o alianzas- que las iniciales de sus nombres están en los símbolos de sus partidos (`T' de Toledo en PP; le de Keiko en F-11; `Ì³Ì³K' de Kuczynski en AGC; y, 'O' de 011anta en Gana Perú).

Según la ONPE 2006, la selección no debe ser realizada necesariamente por un órgano colegiado, por lo que dicha designación discrecional es llevada a cabo por un órgano unipersonal. Justamente, sobre la actuación de la dirigencia, el candidato con el número 2 de una alianza por Lambayeque expresó en la entrevista realizada que: *"No existe partido, todo lo manejó un comité de sinvergüenzas, hizo lo que le dio la gana".*

En el caso del PNP *y* de SN, quien puede realizar las invitaciones es el propio presidente del partido, a diferencia de AP en que es un órgano colegiado, según sea el tipo de elección (Plenario Nacional o Convención Regional, Departamental o Provincial) o del PPC que es la Comisión Nacional de Política la que lo hace, pero a propuesta de la Presidencia.

De lo que se puede observar en la realidad, la existencia de invitados puede llevar a **debilitar las débiles estructuras** de los partidos. Giancarlo Cesaro, que

se había desempeñado como secretario provincial de F-11, renunció al partido, por una imposición desde Lima de que un actual congresista se quede con el número 1 de la lista, en contra de la decisión de las bases. Sin mayor reparo, y molesto por la actitud del partido, postuló *con el* número 3 de la lista de SN. Señaló lo siguiente *"Mi decisión de participar en el desarrollo de Lambayeque me acercó a Fuerza 2011 y tuve una invitación de ellos en momentos que buscaban candidatos jóvenes, exitosos, honestos" (in* La República 2010).

Peor aún está el supuesto de los llamados partidos-vientre de alquiler, donde aprovechando la inscripción de un partido, un grupo de ciudadanos lejanos a él postulan a una elección, cumpliendo y/o fraguando las formalidades exigidas por ley. La posibilidad de control por parte de las entidades gubernamentales es mínima en vista del poco tiempo con que cuenta para verificar la legalidad de las actuaciones (Tuesta Soldevilla 2010). Este tipo de partidos no es uno materia de análisis, pero que ejemplifica bien el sentido de estos partidos: en Cambio Radical, su presidente prácticamente subió a su 'partido-combi' a la gente de Chimpún Callao, participando en las elecciones municipales *y* regionales del 2000, y otro de sus invitados renunció por haber 'subido' a su partido al cuestionado Alex Kouri (*Vid.* Perú 21 2010).

Las invitaciones también han servido para neutralizar a la oposición dentro del propio partido, tal como ocurriese en el PAP, donde su candidata presidencial, Mercedes Araoz, convocada por el propio presidente del partido, intentó utilizar a los 28 candidatos invitados para neutralizar a los viejos dirigentes con cuota de poder que buscaban desestabilizar su candidatura (Periodismo en línea 2010). Finalmente, Araoz perdió en este enfrentamiento (*Vid* Perú 21 2011d).

De otro lado, las invitaciones también pueden crear **resentimientos.** Las bases a veces no entienden por qué se traen otros cuadros si existe una estructura partidista para afrontar las elecciones, que están ahí porque desean llegar al poder. Sería un perspicuo desincentivo para la actividad partidista convocar ciudadanos ajenos a él para incluirlos como candidatos.

En el caso de PP, algunos dirigentes regionales cuestionaron que un grupo de invitados haya ocupado su lugar. Así lo manifestó un dirigente de un distrito electoral de la sierra peruana: *"Por Huancavelica hicimos una reunión interna para la elección de su candidato al Congreso y finalmente han salido en la lista de candidatos puros invitados, que no reúnen los requisitos de cinco años de permanencia según el estatuto de Perú Posible" (in* Crónica Viva 2011).

IV. LA UBICACIÓN DEL CANDIDATO EN LA LISTA CONGRESAL

Tornando en cuenta que un partido puede escoger a un candidato de formas diversas, es relevante también establecer qué número se le asigna a éste. Según el RIF, cuando se solicita la inscripción de la lista también debe definirse el orden de ubicación de los candidatos (artículo 11.3).

Por más que exista voto preferencial opcional -que sin embargo no tiene relación directa con el número de votos de un partido político, según Tuesta Soldevilla 2007-, hay un efecto psicológico en el número fijado. Por ejemplo, en el distrito electoral de Lambayeque, que repartía cinco curules, cada una de ellas correspondió a un partido distinto (SN, PAP, F-11, GP y AGC), siendo las cabezas de lista los que obtuvieron el escaño en disputa.

Si bien para el PPC, el orden propuesto viene determinado en la elección, en PP, la conformación final es determinada por el Comité Ejecutivo Nacional. Según la propia ONPE, una carencia de la LPP es *"la inexistencia de reglas justas que permitan la asignación de posiciones, para evitar que los candidatos democráticamente elegidos sean desplazados por los designados"* (2006: 20).

(a) Control por parte de la cúpula

Lo primero que puede encontrarse es el control por parte de la cúpula de la numeración. En PP se publicó en la página web, *ad portas* de la inscripción, la lista de precandidatos congresales por Lima, siendo ésta encabezada por la actriz Evelin Ortiz, lo cual coincidía con una promesa del presidente del partido, Alejandro Toledo *(in* La República 2011b). Sin embargo, a la hora de inscribir la lista apareció la ex voleibolista y ex congresista Cecilia Tait como número 1, cuando antes aparecía con el 14, y fue Ortiz la que tomó su posición.

En F-11, se utilizó un mecanismo similar, tal como lo explica un candidato al que se entrevistó: *"El Comité de Selección tuvo el criterio de asignar los primeros 10 puestos a personas nuevas, a excepción del n° 4 y n° 5 (Martha Hildebrandt y Luisa Cuculiza). Todos los que postulásemos a reelección inmediata o mediata al Congreso podríamos escoger nuestros números a partir del n° 11. En caso de elección del mismo número, entonces sorteo. En mi caso personal no elegí y pedí a la Presidenta que escogiera el número que ella prefiriera".*

En el PAP, en la pugna entre la candidata presidencial y un líder del partido, Jorge del Castillo, se advierte que en las internas, éste había sido designado como el candidato con el número 1 en Lima (RPP 2011b). Las discusiones con Mercedes Aráoz provinieron desde que algunos militantes consideraban que a Del Castillo le correspondía ser quien representase al partido de la estrella

en el Ejecutivo, pese a ser cuestionado por encontrarse involucrado en una investigación fiscal (RPP 2011c). Luego, Aráoz señaló que dicha candidatura estaba en evaluación por la necesidad de tener una lista intachable y desconociese su ubicación inicial de Del Castillo. Éste, como respuesta, estuvo a punto de no participar en los comicios congresales, pero terminó postulando con el último número de la lista, y no salió electo. El número 1, sí.

(b) Decisión por un criterio económico

El criterio económico también ha tenido influencia en la ubicación de los candidatos. Se cuestionó que en F-11 personas con capacidad de financiamiento (sólidos empresarios, mineros y presidentes de equipos de fútbol), recién ligados al partido, sean los que postulan con el número 1 en Amazonas, Áncash, Arequipa, Ayacucho, Huánuco, Junín, Moquegua, Pasco, Tacna, Tumbes, Puno, San Martín y el Callao, siendo relegados los representantes naturales del partido en las regiones más modestas económicamente. Ello fue negado por la presidenta de F-11, quien señaló que lo gastado en campaña fue dinero conseguido en cenas, cócteles y rifas (Justicia Viva 2011).

Frente a la respuesta oficial, un informe relató datos brindados por los propios militantes (La República 2011a). El ex jefe de campaña del partido en Junín, Moisés Guía Pianto, señaló que la ubicación de cabeza de lista se subastaba hasta por US$ 200 000,00 *(Vid.* Todo Elecciones Perú 2011; La Primera 2011), y el ex coordinador en Huancavelica, Zósimo Mayhua Sánchez, aseveró que se le solicitó US$ 300 000,00. El primero finalmente postuló con el número 3 de la AGC, consiguiendo la más alta votación de dicha alianza, pero igual se quedó sin curul. Incluso en Lima, Miguel Ángel Ramírez Huamán, dueño de la empresas, como Proinsa Representaciones, y Julio César Gago, el 'rey de las fotocopiadoras', entre otros, desplazaron de los primeros lugares de la lista a viejos fujimoristas, como María Lozada Rendón, Luis Delgado Aparicio y Carlos Raffo Arce, ninguno de los cuales fue electo.

(c) El caso de los invitados

El tema de los invitados vuelve a presentarse como un tema a ser analizado en este punto. Algunos cuestionan que estos sean cabezas de lista, por el poco compromiso con la organización partidista. Así, algunos de los invitados primero advierten qué posición les ofrecen en un partido (o alianza) para ver aceptan o si buscan otro que lo acoja.

Según relatara en la entrevista realizada, el número 1 de la lista de una alianza por Lima, *"el número que se me asignó por decisión del candidato presidencial fue ratificado, según entiendo, por los organismos internos de los*

partidos integrantes de la Alianza y recién cuando eso ocurrió, se confirmó mi inclusión que obviamente yo acepté".

V. CONCLUSIONES

Los partidos políticos son un elemento clave para tildar un país como democrático o no, que sin duda colaborarán a que *"las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos"* (artículo 176 de la Constitución). A través de los partidos, los ciudadanos participan en elecciones a fin de alcanzar los cargos públicos sometidos a elección, permitiendo construir y renovar los órganos representativos del Estado.

Dicho posicionamiento ha sido reconocido en la Constitución: *"Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos... 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"* (artículo 35). Desempeñan un papel cardinal en la representación, agregación y canalización de los intereses de la ciudadanía (Zovatto, 2010: 13). El rol que cumplen los partidos acarreó la necesidad de conocer qué ha sucedido dentro de ellos y si están conduciendo las expectativas de los que intentan obtener un cargo público a través de las urnas y si el mandato constitucional de democracia interna en los partidos políticos se ha cumplido.

Tal vez la búsqueda de fortalecimiento institucional de los partidos (distan mucho de los clásicos de masa o de cuadro) puede mitigar el fuerte efecto arrastre de las elecciones nacionales. Como existe un sistema de simultaneidad media entre la elección ejecutiva *y* la legislativa (según el artículo 20 de la Ley Orgánica de Elecciones ambas elecciones*"se realizan conjuntamente":* el mismo día y a través de una sola boleta, aunque con votos separados), la influencia del presidente en la vida política del país hace que las listas congresales sigan suerte similar a la votación del jefe del Ejecutivo (Tuesta Soldevilla, 2006). Según el resultado electoral dado por la ONPE (al 100%), en el ámbito presidencial, GP consiguió el 31,7% de los votos; F-11, 23,6%; AGC, 18,5%; PP, 15,6%; SN, 9,8%. En las elecciones generales, tanto en el voto presidencial como en el congresal, *"los patrones de votación del 2006 se habrían repetido en el 2011: un voto de protesta de los excluidos y un voto conservador de los privilegiados"* (Tanaka 2011). Este mismo orden se repite casi en las elecciones congresales (sólo con el cambio de PP y AGC), aunque el número de curules obtenidos difiere en algo por la forma de transformación de votos en escaños explicado *supra*. De ello tal vez dependan los resultados del PAP que al no tener candidato presidencial vio mermadas sus expectativas de representación congresal.

Los efectos de los comicios, y la selección de candidatos, empezaron a sentirse con rapidez en los partidos que obtuvieron un curul en el Congreso de la República. Algunos han tenido serios problemas con los líderes de los partidos *(Vid.* El Comercio 2011d). Así, el candidato electo por Lambayeque y guía del partido Humanista, miembro de la AGC, Yehude Simon pidió que el líder de la alianza no dé su opinión sobre la segunda vuelta electoral (Perú 21 2011e). Asimismo, el candidato electo por Lima, Carlos Bruce renunció de manera irrevocable a la dirigencia de PP en busca de una reestructuración del partido por el fracaso electoral (RPP 2011d). Asimismo el secretario general de SN renunció a la dirigencia (Noticias Terra 2011b).

Ante la gran inconformidad de la ciudadanía con la democracia, y dentro de ella con los partidos, pese al sostenido desarrollo económico del país (Tanaka 2004: 94), la respuesta de los partidos debe ser la mejor posible. Más allá que la legislación no ha sido la adecuada, los partidos políticos no cumplieron a plenitud con su función de autorregulación, *"entre otras razones, por la debilidad orgánica e insuficiente democracia al interior de los mismos"* (ONPE 2006: 33). Rediseriar los procedimientos de selección de candidatos ayudará al éxito del partido, y no sólo en las elecciones, sino durante los dos años donde los electos serán la cara visible del mismo, evitando hechos bochornosos como los producidos en el Congreso durante los últimos años, además de que de esta forma se estará dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 35 de la Constitución.

Bibliografía:

ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel y Flavia FREIDENBERG (2009) "Selección de candidatos, política partidista y rendimiento democrático — Introducción". EN, ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel y FREIDENBERG, Flavia (eds.) *Selección de candidatos, política partidista y rendimiento democrático.* México, Tribunal Electoral del Distrito FederaVUNAM/Instituto de Iberoamérica. **pp.** 13-34.

ASOCIACIÓN CIVIL TRANSPARENCIA (2011) *Página web.* http://www.transparencia.org.pe/.

CAREY, John M. (2008) "El bono de las primarias en América Latina". EN, FONTAINE, Arturo *et al.* (ed.) *Reforma de los partidos políticos en Chile.* Santiago, PNUD/CEP. pp. 429-448.

COLOMER, Josep (2003) "Las elecciones primarias presidenciales en América Latina y sus consecuencias políticas". EN, CAVAROZZI, Marcelo y ABAL MEDINA, Juan Manuel. *El asedio a la política. Los partidos latinoamericanos en la era neoliberal.* Buenos Aires, Altamira/Konrad Adenauer. pp. 117-134.

CRÓNICAS VIVA (2011) 'Bases de Perú Posible contra Toledo por lista congresal'. Lima, 19 de enero. http://www.cronicaviva.com.pe/index.php/politica/2-politica/11462-bases-de-peru-posible-contra-toledo-por-lista-congresal.

DIARIOYA(2010)"Precandidatospagarán5 mil soles". Lima, 10 de diciembre.http://www.diario-ya.com/index.php?option—com_content&view=article&id=2294:pre-candidatos-pagaran-5-mil-soles-en-el-apra&catid=46:punto-de-vista.

--- (2011) "Candidatos se pelean por un cupo para congresista por Perú Posible". Lima, 10 de enero. http://www.diario-ya.com/index.php?option=com_content&view—article&id=2072:candidatos-se-pelean-por-un-cupo-para-congresista-por-peru-posible-y-uno-de-ellos-seria&catid=46:punto-de-vista.

EL BÚHO (2011) "Alianzas electorales se tejen y destejen". Arequipa, 20 de marzo. www.elbuho.com.pe/anteriores/web417/politica3.htm.

EL COMERCIO (2010) "011anta Humala selló pacto político con la izquierda radical". Lima, 16 de diciembre. http://elcomercio.pe/politica/685344/noticia-ollanta-humala-sello-pacto-politico-partidos-izquierda-radical-cuyo-nombre-gana-peru.

--- (2011a) "Huánuco: candidato al Congreso por Perú Posible enfrentó 35 juicios". Lima, 30 de enero. http://elcomercio.pe/peru/706349/noticia-huanuco-candidato-al-congreso-peru-posible-enfrento-35-juicios.

- (2011b) "Enfermera de Fujimori denunció a Fuerza 2011 ante el JNE". Lima, 8 de febrero. http://elcomercio.pe/politica/710577/noticia-enfermera-fujimori-denuncio-fuerza-2011-ante-jne.

--- (2011c) "Candidatos al Congreso". Lima, 10 de febrero. http://elcomercio.pe/politica/7 11 5 06/noticia-candidatos-al-congreso-trece-listas-compiten-lima.

--- (2011c) "Congresistas electos firman acta de compromiso". Lima, 30 de abril. http://elcomercio.pe/politica/750262/noticia-congresistas-electos-firmaron-acta-compromiso-aliarse-congreso.

EL TIEMPO (2011) "Candidatos al Congreso se conocerán en enero". Piura, 24 de diciembre. www.eltiempo.com.pe/2010/12/24/ollanta-humala-en-piura-candidatos-al-congreso-se-conoceran-en-enero/4632.

ENTREVISTADO 1 (2011) *Entrevista sobre selección de candidatos en su agrupación al candidato número 2 en una lista congresal por Lambayeque.* Salamanca-Lima, 18 de abril.

ENTREVISTADO 2 (2011) *Entrevista sobre selección de candidatos en su agrupación al candidato número 18 en una lista congresal por Lima.* Salamanca-Lima, 18 de abril.

ENTREVISTADO 3 (2011) *Entrevista sobre selección de candidatos en su agrupación al candidato número 1 en una lista congresal por Lima.* Salamanca-Lima, 18 de abril.

ENTREVISTADO 4 (2011) *Entrevista sobre selección de candidatos en su agrupación al candidato número 4 en una lista congresal por La Libertad.* Salamanca-Lima, 18 de abril.

ENTREVISTADO 5 (2011) *Entrevista sobre selección de candidatos en su*

agrupación al candidato número 6 en una lista congresal por Lima. Salamanca-Lima, 18 de abril.

ENTREVISTADO 6 (2011) *Entrevista sobre selección de candidatos en su agrupación al candidato número 3 en una lista congresal por Puno.* Salamanca-Lima, 18 de abril.

ENTREVISTADO 7 (2011) *Entrevista sobre selección de candidatos en su agrupación al candidato número 1 en una lista congresal por Madre de Dios.* Salamanca-Lima, 18 de abril.

ENTREVISTADO 8 (2011) *Entrevista sobre selección de candidatos en su agrupación al candidato número 22 en una lista congresal por Lima.* Salamanca-Lima, 18 de abril.

ENTREVISTADO 9 (2011) *Entrevista sobre selección de candidatos en su agrupación al candidato número 12 en una lista congresal por Lima.* Salamanca-Lima, 18 de abril.

ENTREVISTADO 10 (2011) *Entrevista sobre selección de candidatos en su agrupación al candidato número 2 en una lista congresal por Piura.* Salamanca-Lima, 18 de abril.

FREIDENBERG, Flavia (2009) **"¿Qué es la democracia interna? Una propuesta de definición conceptual".** EN, REYNOSO NÚÑEZ, José y Herminio SÁNCHEZ DE LA BARQUERA Y ARROYO (coord.) *La democracia en su contexto. Estudios en homenaje a Dieter Nohlen en su septuagésimo aniversario.* México, IIJ/UNAM. pp. 277-295.

--- (2010) "Dedazos, elecciones y encuestas: procesos de selección de candidatos de los diputados mexicanos en perspectiva comparada". Paper, *V Congreso de la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política.* Buenos Aires. http://works.bepress.com/fiaviafreidenberg/51/.

GUEDES, Alejandro, Nicolás KARDJIÁN y Diego LUJÁN (2010) "Los candidatos en la zona de ineficiencia: Un análisis de la selección de candidatos en Uruguay 2009". Paper, IX *Jornadas de Investigación de la Facultad de Ciencias Sociales.* Montevideo, Universidad de la República. pp. 1-19. http://www.fcs.edu.uy/archivos/Mesa_49_Guedes%20,%20Kardj ian%20y%20Luj%C3%Aln.pdf.

HUARAZ INFORMA (2011) "Sorpresas y los de siempre en listas de candidatos al Congreso por Áncash". Huaraz, 20 de enero. http://www.huarazinforma.com/index.php?option—com content&view=article&id=1709:sorpresas-y-los-de-siempre-en-listas-de-candidatos-al-congreso-de-la-republica-por-ancash&catid=4O :politica&Itemid=68

INSTITUTO DE OPINIÓN PÚBLICA— IOP (2011) *Estado de la Opinión Pública, VI. Encuesta sobre Aprobación Presidencial, Municipal y de Instituciones.* Lima, marzo. www.iop.pucp.edu.pe.

JUSTICIA VIVA (2011) "Fuerza 2011 infringe normas electorales y penales". Lima, marzo. http://wwwjusticiaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=473.

LA PRIMERA (2011) "Exigen investigar a Keiko cobro a candidaturas". Lima, febrero. www.diariolaprimeraperu.com/online/noticia.php?IDnoticia=78046.

LA REPÚBLICA (2010) "Aguinaga divide a Fuerza 2011 en Lambayeque". Lima, 10 de febrero. http://www.larepublica.pe/impresa/alejandro-aguinaga-medico-de-fujimori-divide-fuerza-2011-en-lambayeque-2011-02-10.

--- (2011a) "Empresarios acaudalados se imponen en listas de provincias de Fuerza 2011". Lima, 07 de abril. http://www.larepublica.com.pe/archive/a11/larepublica/20110131/6/pagina/15.

- (2011b) "Controversia por lista congresal de Perú Posible". Lima, 19 de enero. http ://www. larepublica. pe/19-01 -2011/controversia-por-lista-congresal-de-peru-posible.

MUSTAPIC, Ana María (2008) *Del Malestar con los Partidos a la Renovación de los Partidos*. San Pablo / Santiago, iFHC/CIEPLAN.

NOHLEN, Dieter (1995) *Sistemas electorales y partidos políticos*. México, Fondo de Cultura Económica.

NORRIS, Pippa (1996) "Political Recruitment". EN, LEDUC, Lawrence *et al.* (comp.) *Comparing Democracies. Elections and Voting in Global Perspective.* Oaks, Sage.

NOTICIAS TERRA (2011a) "Rafael Rey evalúa encabezar lista de Fuerza 2011". Lima, 14 de diciembre. http://noticias.tena.com.pe/rafael-rey-evalua-encabezar-lista-de-fuerza-2011-al-congreso,24616f658e4ec210VgnVCM20000099f154dORCRD.html.

(2011b) "Marco Parra renuncia a Solidaridad Nacional". Lima, 18 de abril. http : //noticias. terca. com, pe/elecciones-pre sidenciales/marco-parra-renuncia-a-solidaridad-nacional,c2e44b7159b6f210VgnVCM20000099f154dORCRD.html.

ONPE (2006) *Democracia en los Partidos Políticos*. Lima, ONPE.

--- (2010) *Estructura, democracia y financiamiento de los partidos políticos. Una mirada desde dentro*. Lima, ONPE.

PARTIDO ACCIÓN POPULAR (2011) *Página web*. http://www.accionpopular.

PARTIDO ALIANZA POR EL PROGRESO (2011) *Página web*. www.app-peru.org.pe/.

PARTIDO APRISTA DEL PERÚ (2011) *Página web*. http://www.apra.org.pe/

PARTIDO FUERZA 2011 (2011) *Página web*. www.fuerza2011.com.

PARTIDO NACIONALISTA DEL PERÚ (2011) *Página web*. http://www.partidonacionalistaperuano.net/.

PARTIDO UNIÓN POR EL PERÚ (2011) *Página web*. Revisión, http://www.partidopoliticoupp.org/

PARTIDO POPULAR CRISTIANO (2011) Página web. Revisión, http://www.ppc.pe/.

PARTIDO RESTAURACIÓN NACIONAL (2011) *Página web*. http://www.restauracionnacional.org/

PARTIDO SOLIDARIDAD NACIONAL (2011) *Página web*. http://www.psn.org.

PERIODISMO EN LÍNEA (2010) **"¿Pierde Del Castillo? Lista aprista de candidatos al Congreso será elegida por voto universal".** Lima, 8 de diciembre. http ://www.periodismoenlinea.org/voto-a-voto/25-v/8572-ipierde-del-castillo-lista-aprista-de-candidatos-al-congreso-sera-elegida-por-voto-universal.

PERU.COM (2011) "Keiko: Gina Pacheco será candidata del JNE y no de Fuerza 2011". Lima, 18 de marzo. www.peru.com/noticias/elecciones201120110318/143788/Keiko-Gina-Pacheco-sera-candidata-del-JNE-y-no-de-Fuerza-2011.

PERU 21 (2010) "Bayly: Me bajo de esa puta combi". Lima, 17 de mayo. http://peru21.pe/noticia/479770/bayly-se-baja-combi-j ose-barba.

--- (2011a) "Perú Posible tiene candidato sentenciado". Lima, 5 de febrero. http://peru21.pe/noticia/709107/peru-posible-tiene-candidato-sentenciado.

- (2011b) "Candidatos de mal en peor". Lima, 11 de enero. http://peru2l.pe/noticia/704690/candidatos-al-congreso-van-mal-peor.

--- (2011c) "Enfermera de A. Fujimori no postulará". Lima, 5 de febrero. http://peru2 Lpe/noticia/709248/enfermera-fuj imori-no-postulara.

--- (2011d) "Mercedes Araoz renunció a su candidatura". Lima, 16 de enero. http://peru21.pe/noticia/699605/mercedes-araoz-renuncia-candidatura.

--- (2011e) "Yehude Simon abre diferencias y fricciones en alianza de PPK". Lima, 27 de abril. http://peru2Lpe/impresa/noticia/yehude-simon-abre-diferencias-fricciones-alianza-ppk/2011-04-22/302147.

RADIO PROGRAMAS DEL PERÚ — RPP (2011a) "Keiko defiende a Kenji". Lima, 31 de enero. http://74.54.240.36/2011-01-31-keiko-fujimori-defiende-candidatura-de-kenji-noticia_332052.html.

- (2011b) "PAP realiza elecciones internas para elegir candidatos". Lima, enero. http://2310.364a.static.theplanet.com/2011-01-16-pap-realiza-elecciones-internas-para-elegir-candidatos-a-congreso-noticia327614.html.

--- (2011c) "Aráoz: Por una curul no vamos a perder una candidatura". Lima, enero. http://23 AD .364a. static.theplanet.com/2011-01-10-mercedes-araoz-por-una-curul-no-vamos-a-perder-una-candidatura-noticia325834.html.

--- (2011d) "Carlos Bruce renuncia a dirigencia de Perú Posible". Lima, 19 de abril. http://www.rpp.com.pe/2011-04-19-carlos-bruce-renuncia-a-la-dirigencia-de-peru-posible-noticia_357160.html.

RAHAT, Gideon y Reuven HAZAN (2001) "Candidate Selection Methods: An analytical framework". *Party Politics,* 7(3). pp. 297-322.

SIAVELIS, Peter y Scott MORGENSTERN (2004) "Reclutamiento y selección de candidatos en América Latina: un marco para el análisis". Paper, *Simposio Pathways to power Political recruitment and democracy in Latin America.* Winston-Salem, Wake Forest University.

SÓLIDO NORTE (2010) "Dos listas para elecciones internas en el APRA". Trujillo, 3 de diciembre. http://solidonorte.com/2010/12/31/dos-listas-para-elecciones-internas-en-el-apra/.

TANAKA, Martín (2004) "Situación de los partidos políticos: el caso peruano". EN, KORNBLITH, Miriam *et al. Partidos políticos en la región andina: entre la crisis y el cambio.* Lima, IDEA. pp. 93-112.

--- (2011) "¿Cómo interpretar los resultados?" (Columna en La República). EN, *Virtú e Fortuna,* de 17 de abril. http://martintanaka.blogspot.com/.

TODO ELECCIONES PERÚ (2011) "Keiko Fujimori acusada de cobrar exorbitantes cupos congresales". Lima, 14 de enero. http://todoeleccionesperu.com/2011/01/14/keiko-fujimori-acusada-de-cobrar-exorbitantes-cupos-congresales/.

TUESTA SOLDEVILLA, Fernando (2007) *Sistemas Electorales y Partidos Políticos.* Lima, Centro Guamán Poma de Ayala. http://www.guamanpoma.org/demciud2007/monografia/FTuesta/Separata%202.pdf.

--- (2010) "El partido vientre de alquiler" (Entrevista en Ideele Radio). EN, *Blog Polítika,* de 13 de mayo. http://blog.pucp.edu.pe/femandotuesta/el-partido-vientre-de-alquiler.

WARE, Alan (2004) *Partidos políticos y sistemas de partidos.* Madrid, Istmo.

ZOVATTO, Daniel (2010) "Regulación de los partidos políticos en América Latina". *Bien Común, 15(186).* pp. 15-31.

EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA

BERLY JAVIER FERNANDO
LÓPEZ FLORES [111]

"(...) el poder encierra en si mismo la semilla de su propia degeneración" (Kart Lowenstein).

SUMARIO: 1 Introducción. II. Antecedentes históricos. III. Planteamiento del problema. IV. Hipótesis de trabajo y perspectiva. V. Control parlamentario y significado constitucional del requisito "dar cuenta al congreso". VI. Efectos del control parlamentario de los Decretos de Urgencia. VII. Control concentrado de los Decretos de Urgencia. Requisitos previos. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Por tradición histórica y por voluntad del constituyente el órgano constitucional sobre el cual recayó y actualmente recae la potestad de legislar es el Parlamento o Congreso; *mutatis mutandis,* tal potestad se ha ido extendiendo al Poder Ejecutivo a través de la expedición de *"medidas extraordinarias"* en materia económica y financiera, llamadas así por el inciso 20 del artículo 211° de la Constitución Política de 1979, así como a través de la expedición de *"decretos de urgencia"* al amparo del inciso 19 del articulo 118° de la Constitución Política de 1993.

Siendo que esta potestad legislativa le es extraña al Poder Ejecutivo, su ejercicio, por tal razón, ha estado acompañado de una serie de anomalías jurídicas, originadas en la deficiencia de su regulación y en acontecimientos históricos que originaron un cambio de rumbo en la vida política-económica del país.

---

[1] Profesor de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de Piura. Abogado Egresado de la misma casa de estudios. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Post Titulo en Derecho Procesal Constitucional otorgado por la PUCP y el Tribunal Constitucional del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Como bien sostiene el profesor CESAR LANDA *"el uso y abuso en la expedición de estos instrumentos legales extraordinarios y con fuerza de ley por parte del presidente Belaúnde (1980-1985), del presidente García (1985-1990) y del presidente Fujimori (1990-1992) fue in crescendo hasta desembocar en el autogolpe de Estado de Fujimori en 1992"*[IV].

Es importante precisar que, años atrás, el uso y abuso de estos instrumentos legales por el Ejecutivo dio origen a una publicitada interpelación ministerial, debido a que su expedición contravenía normas de jerarquía superior. Así tenemos que en fecha 18 de septiembre de 1990, la Cámara de Diputados de aquel entonces, decidió interpelar al Ministro de Trabajo, Dr. Carlos Torres y Torres Lara, entre otras razones, por sostener la tesis que *"mediante decretos supremos dictados al amparo del artículo 211 inciso 20 de la Constitución -léase Constitución de 1979-, podían modificarse o derogarse leyes de la República... "*[131]. No obstante, pese a que la censura no procedió contra este ministro, ésta pudo conllevar una crisis ministerial de gran relevancia.

Posteriormente, el 28 de julio de 2006 asume el mando de la Presidencia de la República el Dr. Alan García Pérez, quien, por segunda vez y después de 16 años, es investido nuevamente como Jefe de Estado. Este, en un afán de implementar políticas gubernamentales sociales que beneficien a la clase más pobre del país, expidió el Decreto de Urgencia N° 020-2006 denominado *"Dictan Normas de Austeridad y Racionalidad en el Gasto Público"*, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el día 12 de agosto del 2006. Las principales medidas de dicho Decreto, entre otras, establecían el tope máximo de honorarios y/o remuneraciones en el sector público, ahorro en las adquisiciones de bienes y servicios por parte del Estado, venta de vehículos del Estado, etc.

Es de precisar, que al final del mandato presidencial del Dr. Alejandro Toledo Manrique (27 de julio de 2006), el país, por primera vez en mucho tiempo, registraba cifras micro y macroeconómicas positivas, jamás alcanzadas por gobierno alguno, existiendo superávit fiscal y millones de dólares en reservas internacionales y exportaciones, ostentando una situación de bonanza económica; por lo que a la fecha de expedición del citado Decreto de Urgencia (12/08/2006), el país no atravesaba ninguna situación extraordinaria de emergencia política ni -menos- económica que justificara la expedición del referido decreto.

---

[2] Cesar Landa, "Los Decretos de Urgencia en el Perú", *Revista Pensamiento Constitucional,* página 132, N° 9, Año 2003. El autor explica que el origen del autogolpe de Fujimori del 5 de abril de 1992 fue la dación de la Ley N° 25397 (Ley de Control de los Actos Normativos del Presidente), en la que se establecieron los parámetros del control parlamentario sobre los Decretos de Urgencia expedidos por el Ejecutivo.

[3] Carlos Torres y Torres Lara, *Los Decretos de Urgencia,* Lima, Studium, página 89, Año 1991.

Más allá de juzgar si fue correcta la política de racionalidad en el gasto público impuesta por aquel gobierno, merece especial comentario el hecho de que dicha medida estuvo vigente por un buen lapso de tiempo, no obstante su *carácter extraordinario, provisional, transitorio, ceñida in strictu a la materia económica y financiera, con la obligación de dar cuenta al Congreso,* inherente a todo Decreto de Urgencia, conforme lo recoge el inciso 19 del artículo 118° de la Constitución Política de 1993 y que ha merecido un desarrollo *in extenso* por la doctrina nacional y extranjeram.

Atendiendo a las consideraciones descritas, el presente trabajo pretende situar a los Decretos de Urgencia en su real dimensión constitucional, con el fin de que se le dé el uso adecuado que recoja en toda su amplitud la voluntad del constituyente, para lo cual, previamente, se dará cuenta sobre las razones jurídicas del *control parlamentario* de los Decretos de Urgencia, así como los efectos -de invalidez y/o ineficacia- ante la ausencia del citado *control.*

Nuevamente, corremos el riesgo que el Ejecutivo incurra en un uso y abuso de dichas medidas extraordinarias, violentando el Estado de Derecho, usurpando funciones legislativas que, *per se,* le corresponden al Parlamento.

Ya hemos podido apreciar las consecuencias nefastas del uso excesivo del poder sin ningún tipo control que lo supervise o limite; por lo tanto, dicho control se hace imprescindible, y es que a decir de LOEWENSTEIN *"el poder encierra en si mismo la semilla de su propia degeneración".*

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A decir de CANTUARIAS SALAVERRY[5], *"la facultad extraordinaria del Poder Ejecutivo para emitir normas jurídicas sin que exista previamente delegación del Poder Legislativo no es nueva. En el Perú existe un antecedente histórico, que es el Decreto Supremo del 1° de Enero de 1948 dictado durante el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero y refrendado por su ministro de hacienda, Luis Echecopar García, por medio del que se aprobó el Presupuesto General de la República para el año fiscal de 1948".*

[4] Véase: César Landa, op. cit., página 142; Carlos Torres y Torres Lara, op. cit., página 63; Carlos Cárdenas Quiroz, *Los Decretos de Urgencia,* Ius Et Veritas, N° 1, Año 1990, página 10; Carlos Cárdenas Quiroz, *Actualidad: Los Decretos de Urgencia,* Themis, N° 6-7, Año 1987, página 40-41; Maria del Rosario Pacheco Barandiarán, *Los Decretos de Urgencia y un vacío en la Constitución de 1979,* Themis, N° 6-7, Año 1987, páginas 50-51; Luis Felipe Cantuarias Salaverry, *Acerca de los decretos llamado de urgencia y la adecuación de sus caracteres y peculiar naturaleza sin necesidad de una previa reforma constitucional,* Separata N° 45 - Derecho, página 373, Año 1991.

[5] Luis Felipe Cantuarias Salaverry; op. cit., página 361.

Motivó la expedición del citado Decreto, el hecho *"que por circunstancias de pública notoriedad el Congreso no ha llegado a sancionar el presupuesto para 1948"* (Considerando Cuarto), *y "que la inacción del Poder Ejecutivo implicaría la paralización de las funciones de todos los Poderes del Estado, el licenciamiento de las fuerzas armadas y de policía, la suspensión de todos los servicios públicos, la clausura de las escuelas y hospitales, la cesación de todos los empleados y servidores públicos y, en fin la detención de la vida misma de la Nación"* (Considerando Séptimo).

Por su parte, DE LA PUENTE Y LAVALLE[6]Iseñala que *"cuando el Poder Ejecutivo deseó contar con una facultad legal en ese sentido, fue preciso que se dictara la Ley No 17044 de 20 de Junio de 1968 que autorizó al Poder Ejecutivo para dictar medidas de carácter extraordinarias para dar solución al desequilibrio estructural de las finanzas públicas, para fortalecer la balanza de pagos y para fomentar el desarrollo integral de la economía".* Dicha Ley estableci<5 que *"las medidas que se dicten en uso de las autorizaciones contenidas en esta ley, se expedirán por Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, con cargo de dar cuenta en cada caso al Congreso"* (Tercer Párrafo del Artículo Único).

Vistas y analizadas las normas históricas mencionadas, en discrepancia con lo señalado por CANTUARIAS SALAVERRY, consideramos que el antecedente inmediato de las *"medidas extraordinarias"* o *"decretos de urgencia"* es la Ley N° 17044 de fecha 20 de Junio de 1968, toda vez que su formulación, regulación, consideración y contenido coincide con la estructura jurídica de los Decretos de Urgencia recogida en la Carta Fundamental del 93.

Es así que de dicha Ley, *in corpus,* contiene el elemento *"transitoriedad" (expedición de medidas dentro de un plazo de 60 días),* el elemento *"materia económica y financiera"* (solución al equilibrio estructural de las finanzas públicas), y, por último, el elemento de *"dar cuenta al congreso";* no obstante que dicha Ley fue expedida por el Congreso. Creemos que esta Ley abrió el camino hacia la expedición reiterada por el Ejecutivo de estas medidas, y su posterior Constitucionalización.

111. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En este punto, resulta necesario traer a colación el texto constitucional del 93 que recoge la figura de los Decretos de Urgencia. El inciso 19 del artículo 118° señala que corresponde al Presidente de la República: *"dictar medidas*

[6] Carlos Torres y Torres Lara; op. cit., página 57.

extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia" .

Como se aprecia del texto constitucional, el constituyente del 93 ha previsto un mecanismo adicional al Ejecutivo, muy a parte de los Decretos Legislativos, a fin que pueda ejercer potestad legislativa. Pero, siendo que esta potestad le es extraña, le ha impuesto a su ejercicio una serie de requisitos, a nuestra manera de ver, excepcionales y concurrentes, los cuales tienen que ser respetados para que los Decretos de Urgencia puedan tener validez y eficacia.

La doctrina nacional y extranjera ha sido prolija, unánime y hasta coincidente en cuanto a la conceptualización de los requisitos que deben motivar la expedición de un Decreto de Urgencia. Así tenemos: *medidas extraordinarias, materia económica y financiera e interés nacional.* Es más, en esta tarea de conceptualización, se han incorporado requisitos o características adicionales. De un lado, el carácter *provisional y transitorio;* de otro, el carácter de *medida de urgencia* para solucionar un problema imprevisible, etc.

No obstante ello, existe un aspecto de los Decretos de Urgencia donde la doctrina, si bien lo ha abordado, no ha llegado a consolidar unanimidad y ha mostrado, por decir lo menos, ciertos matices. Nos estamos refiriendo al requisito *"con cargo de dar cuenta al congreso"* . Asimismo, tampoco ha analizado un aspecto, que consideramos vital, y es el referido a los *"efectos"* que conlleva el silencio del parlamento ante la remisión del Decreto de Urgencia por parte del Ejecutivo.

Tenemos así que, en el aspecto referido al concepto *"con cargo de dar cuenta al congreso",* el profesor CÁRDENAS QUIROZE[7] ha expresado que *"tales decretos no están sujetos a la ratificación del Poder Legislativo ni al pronunciamiento posterior de éste"* .

EGUIGUREN PRAELPI, postula que *"la intervención del Congreso, en esta ocasión solo a posteriori, para revisar y convalidar las normas dictadas a fin de verificar el cumplimiento de sus requisitos y confirmar su contenido material legislativo".*

Por su parte, LANDA ARROY0[9], matiza la línea esbozada, y expone que *"el control Parlamentario de los decretos de urgencia son convalidados mediante*

[7] Carlos Cárdenas Quiroz; *Los Decretos con Fuerza de Ley,* Themis, N° 6-7, página. 41, Año 1987.

[8] Francisco José Eguiguren Praeli; *El Control Parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia del Art. 211 inc. 20 de la Constitución,* Themis, No 6-7, página 45, año 1987.

[9] César Landa; op. cit., página 148.

el silencio legislativo positivo o son derogados expresamente mediante una Ley

Vistas las posiciones comentadas, y sus matices, se aprecia que la doctrina no ha agotado con rigurosidad el aspecto de la ratificación o convalidación parlamentaria de los Decretos de Urgencia.

Si esto fue así con un aspecto de los Decretos de Urgencia que textualmente estaba recogido en la Constitución, poco podemos esperar del aporte hecho por la doctrina en el aspecto referido a los *"efectos"* que conlleva el silencio del parlamento ante la remisión del Decreto de Urgencia por parte del Ejecutivo.

En este contexto, el profesor PEDRO PLANAS[1101], en un afán por tipificar el Decreto de Urgencia, señala *"que si el parlamento no se pronuncia pierde eficacia desde su publicación"*.

En la misma línea, pero matizada, se sitúa PACHECO BARANDIARÁN[1'"3], al afirmar *que "si el congreso guarda silencio debe interpretarse que hay disconformidad con el mismo"*.

Similar postura esboza CANTUARIAS SALAVERRY[1121] al afirmar que *"si el Congreso guarda silencio una vez presentada la norma a su consideración debe entenderse que el decreto no es convalidado puesto que la convalidación ha de ser expresa"*.

De lo expuesto, se aprecia que no ha habido un estudio riguroso por parte de la doctrina sobre este último aspecto, constituyendo las citas precedentes solo algunos intentos por determinar una problemática que no ha sido enfocada en su real dimensión constitucional. Por lo que, siendo este aspecto de gran trascendencia y actualidad jurídica, será tratado en el presente trabajo.

Existen pues dos problemas a ser abordados, los cuales guardan conexidad por estar relacionados en cuanto a sus consecuencias lógicas jurídicas.

Primer Problema: es el referido a las consecuencias jurídicas que conlleva el silencio del parlamento sobre los Decretos de Urgencia expedidos por el Ejecutivo; consecuencia ésta que estará íntimamente ligada a *la invalidez del Decreto de Urgencia.*

Segundo Problema: como consecuencia de la *invalidez* del Decreto de Urgencia, el otro problema es el referido al *pronunciamiento jurisdiccional del Tribunal Constitucional* en un proceso de inconstitucionalidad planteado contra un Decreto de Urgencia en el que el Parlamento no se pronunció o guardó silencio.

[10] Pedro Planas Silva, "Decreto de Urgencia y Medidas Extraordinarias", *lus Et Ventas,* página 158, Año 1993.

[11] María del Rosario Pacheco Barandiarán; op. cit., página 54.

[12] Luis Felipe Cantuarias Salaverry; op. cit., página 396.

IV. HIPÓTESIS DE TRABAJO Y PERSPECTIVA

En atención a los problemas planteados en el punto anterior, la hipótesis del presente trabajo es *"que el silencio del Parlamento sobre los Decretos de Urgencia expedidos por el Ejecutivo conlleva la invalidez del mismo; como tal, ante un proceso de inconstitucionalidad planteado contra este Decreto de Urgencia, el Tribunal Constitucional se deberá pronunciar por la estimatoria de la demanda dejando sin efecto la norma, pues el silencio del Parlamento sobre los Decretos de Urgencias le impregna a éstos vicios de invalidez".*

V. CONTROL PARLAMENTARIO Y SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DEL REQUISITO "DAR CUENTA AL CONGRESO"

Como bien lo señala SOLÍS FALLAs[13] "el fin principal de la división de poderes es evitar la concentración del poder y, por consiguiente, la tiranía. De manera que si las facultades y competencias del Poder Ejecutivo se incrementan; correlativamente debe incrementarse la función controladora del Parlamento ( )".

Este incremento de las potestades y competencias del Ejecutivo, deben su causa, según GARCÍA MORILL0[14] al "acelerado ritmo y la progresiva complejización de la actividad administrativa y gubernamental ( )".

Respondiendo a esta evidente necesidad de dotar al Ejecutivo de instrumentos jurídicos con que hacer frente a situaciones inesperadas, a situaciones de necesidad o de urgencia, la Constitución de 1993 autoriza al Poder Ejecutivo, en su artículo 118°, numeral 19, a *"dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia".*

Esto ha traído como consecuencia "una cierta relativización del principio de separación de los poderes del Estado, relativización que se manifiesta especialmente en las amplias facultades normativas de que el poder ejecutivo dispone, en teórica contradicción con el principio de que la facultad de elaborar normas de alcance general compete, en exclusiva, al Poder Legislativo"[15].

[13] Solís Fallas Alex, *El Control Parlamentario,* Prodel, Costa Rica. 1995, páginas 33-34.

[14] García Morillo Joaquín; El Control Parlamentario del Gobierno en el Ordenamiento Español. Madrid: Congreso de los Diputados, 1985, página 211.

[15] Ibídem, página 211.

Debido a la relativización del principio de soberanía popular, causado por la potestad legislativa otorgada al Ejecutivo, deviene en necesario "prever de mecanismos constitucionales que, por un lado, permitan al poder legislativo garantizar que el uso de esa facultad que, provisionalmente y por razones urgentes y extraordinarias, se concede al ejecutivo es correcto, esto es, que estaba basado en auténticas razones de urgencia y necesidad ( ) Garantía que, obviamente, puede corresponder a los órganos jurisdiccionales ( ) Pero, además, debe corresponder también al poder legislativo, en cuanto que representante del titular de la soberanía y titular constitucional de la facultad de dictar normas con rango de Ley: ( ) La salvaguardia del principio de separación de poderes exige que sea precisamente el titular habitual el que controle la oportunidad de la utilización de la facultad excepcional ( )"[16].

Esta función controladora del Parlamento, puede definirse "como la actividad formal e informal que lleva a cabo el Poder Legislativo, con el propósito de determinar si las acciones del Poder Ejecutivo y de otros órganos o entes públicos, así como las de sus funcionarios, se adecuan al ordenamiento jurídico, al respeto por los valores éticos en el ejercicio de la función pública y a determinar si la actividad de la Administración Pública en general está orientada por las expectativas de la voluntad popular"[17].

Fundamenta el ejercicio de este control Parlamentario "dos principios constitucionales básicos: la soberanía popular y la responsabilidad del gobierno y de los otros órganos del Estado"[18]. Ello se explica en razón a que "el sistema político no permite la práctica de la democracia directa, ese poder soberano se delegan en los representantes de la voluntad popular ( ) De ese proceso, surge el Parlamento que actúa como nexo mediador entre el titular de la soberanía y los gobernantes ( )"[19].

Este control se realiza a través de un mecanismo en el "( ) que el Congreso comprueba si se han dado las circunstancias que justifican la utilización gubernativa del Decreto-ley"[20] (en el caso peruano reciben el nombre de decretos de urgencia). Dicho control tiene como finalidad "garantizar que la ley, incluso la dictada en situaciones excepcionales, responde a la voluntad popular".

Siendo así, se ha señalado que el control parlamentario "tiene un carácter bifronte: por un lado, es una actuación de control, en cuanto que se confronta la actuación del ejecutivo con el parámetro constitucionalmente establecido

[16] Ibídem, página 212-213
[17] Solís Fallas Alex; op. cit., página 56-57.
[18] Ibídem, página 58.
[19] Ibídem, página 59.
[20] García Morillo Joaquín; op. cit., página 214.

que, en este supuesto, es la excepcional y urgente necesidad que opera como hecho habilitante de la facultad gubernamental ( ) Desde otra perspectiva, la intervención del Congreso tiene también una faceta legislativa, al implicar ( ) la asunción por el legislativo de la norma emanada del ejecutivo y posibilitar la continuidad de su integración en el ordenamiento jurídico"[211].

Fácil es comprender entonces que el significado del requisito "dar cuenta al Congreso" conlleva un pronunciamiento expreso del Congreso a favor o en contra del Decreto de Urgencia.

VI. EFECTOS DEL CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA

Señala GARCÍA MORILLO[221], que el objeto del control parlamentario "es el acto, esto es, tanto el contenido de la norma cuanto la concurrencia de los requisitos constitucionalmente previstos (...)".

En cuanto a las características de este control, se ha dicho que "se trata de un control sustitutivo, ya que el fin del control es que la voluntad del Parlamento sustituya a la del Gobierno que ha promulgado la norma"[23].

Esta sustitución opera a través de dos mecanismos "por la convalidación, en cuyo caso el Decreto Ley (decreto de urgencia) se integra definitivamente en el ordenamiento, bien por la no convalidación, en cuyo supuesto el Decreto Ley -en nuestro caso decreto de urgencia- decae en cuanto a su validez"[241].

Aspecto de vital importancia constituyen los efectos del control parlamentario sobre el Decreto de Urgencia. En este sentido, GARCÍA MORILL0[25] considera que la convalidación "genera como efecto principal, el de hacer permanente la integración del Decreto Ley (Decreto de Urgencia) en el ordenamiento jurídico como norma con fuerza de ley".

Coincidentemente, se ha dicho que el efecto principal de esta convalidación "es facilitar la pervivencia en el ordenamiento de una norma con fuerza de Ley cuya vigencia, de otra forma, decaería"[26].

Sobre el particular, compartimos la posición del profesor CANTUARIAS SALAVERRY[271], al atribuirle a los Decretos de Urgencia, un carácter provisional. Este carácter debe ser entendido como "la eficacia relativa de tales actos de

[21] Ibídem, página 216-217.
[22] Ibídem, página 219.
[23] Ibídem, página 219.
[24] Ibídem, página 220.
[25] Ibídem, página 246.
[26] Ibídem, página 246.
[27] Luis Felipe Cantuarias Salaverry, op. cit., página 392.

gobierno, es decir, condicionada a convalidación parlamentaria. Así, su eficacia definitiva dependerá de la posterior ratificación del Congreso".

Sin embargo, esta convalidación "no supone la conversión en ley formal del decreto, sino solamente su transformación de provisional en definitivo; en consecuencia, no implica cambio alguno en su naturaleza jurídica, por lo que se mantiene como ley material" [[281].

Es importante señalar, a manera de *mea culpa constitucional,* que el requisito de "dar cuenta al Congreso", otrora y en la actualidad, el Ejecutivo la ha venido entendiendo como una simple remisión de información, vía oficio, en el que solo se comunica al Congreso la expedición del Decreto de Urgencia, sin indicar los motivos o la necesidad que motivó la expedición del mismo.

No nos cabe duda, que esto desnaturaliza por completo las atribuciones constitucionales asignadas, en este aspecto, al Ejecutivo y al Congreso. Así tenemos que, respecto al Ejecutivo, éste no expone al Congreso las razones de la expedición del Decreto de Urgencia. Respecto al Congreso, no cumple a cabalidad su función de Fiscalización.

En este sentido, LANDA ARROY0[[29]], ha señalado que "dentro de un régimen democrático, el control parlamentario de los decretos de urgencia exige una responsabilidad compartida del Ejecutivo y del Legislativo. Por parte del Ejecutivo, porque tiene la obligación (así lo establece la Constitución) de dar cuenta al Congreso; y el cumplimiento de los dispuesto en la Constitución y en el Reglamento del Congreso".

Esto es así, debido a que en el caso específico de los Decretos de Urgencia "la función fiscalizadora del Congreso debe expresarse en la capacidad de revisar si su emisión satisface las condiciones y requisitos que deben llenar, por lo que podría pronunciarse por su aprobación o descalificación. Más aún cuando en nuestro sistema constitucional el titular de la potestad legislativa es el Parlamento ( ) Precisamente, la convalidación parlamentaria es no sólo la que les da eficacia definitiva a los decretos de urgencia, sino la que justifica en términos de control su jerarquía legal"[[1301].

La argumentación expuesta cobra vigor constitucional, al haberse recogido en el Reglamento del Congreso un procedimiento de control sobre los Decretos de Urgencia, cuya finalidad debía ser la de darle significado o contenido al requisito constitucional de "dar cuenta al congreso".

En este contexto, conviene traer a colación el segundo párrafo del inciso c) del artículo 91° del Reglamento del Congreso, en cuanto señala que la Comisión de Constitución *"en todo caso, presenta dictamen y recomienda su derogatoria*

[28] Ibídem, página 392.
[29] Landa César; op. cit., página 120.
[30] Ibidem, página 393.

si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución Política. En caso contrario, emite dictamen haciendo constar el hecho para los efectos a que se contrae la parte final del inciso b) de este artículo" (el subrayado es nuestro). Por su parte, éste mismo inciso señala que *"El Presidente informa obligatoriamente al Pleno y ordena su publicación en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano".*

De la lectura de este artículo 91° del Reglamento del Congreso, se pueden desprender tres cosas. Primero: que la Comisión de Constitución del Congreso, tratándose de la expedición de un Decreto de Urgencia por el Ejecutivo *"en todo caso"* debe pronunciarse. Segundo: este pronunciamiento puede ser por la derogatoria o la confirmatoria del Decreto de Urgencia. Tercero: existe la obligación de informar al pleno sobre la derogatoria o confirmatoria del Decreto de Urgencia, y de ordenar su publicación en el Portal del Congreso, o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano.

Se aprecia así que el *"silencio"* del Congreso no forma parte del procedimiento legislativo de los Decretos de Urgencia. Muy por el contrario, el Reglamento del Congreso exige un pronunciamiento expreso por parte de la Comisión de Constitución, por la derogatoria o confirmatoria del Decreto de Urgencia.

En consecuencia, estándose a que el Reglamento del Congreso obliga a la Comisión de Constitución y al Pleno del Congreso a pronunciarse expresamente sobre la derogatoria o confirmatoria del Decreto de Urgencia, el silencio del Parlamento sobre los Decretos de Urgencia expedidos por el Ejecutivo impregnaría a éstos vicios de *invalidez.*

Esto, a decir de CANTUARIAS SALAVERRY[311] *y* PACHECO BARANDIARÁN[321], es debido a que la derogación o "convalidación ha de ser expresa. Lo contrario sería admitir que el silencio del Congreso es suficiente para ratificar excepciones a su potestad legislativa. No puede hablarse, en ese sentido, de "ratificación tácita"; si se quiere, estamos ante una tácita caducidad".

[31] Luis Felipe Cantuarias Salaverry, op. cit., página 396.
[32] Maria del Rosario Pacheco Barandiarán; op. cit., página 54.

VII. CONTROL CONCENTRADO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA. REQUISITOS PREVIOS

El actual Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley N° 28237, recoge la acción de inconstitucionalidad como un proceso constitucional cuyo fin es proteger la Constitución contra normas legales que afecten a su jerarquía normativa.

Dicho Código en su artículo 76° señala que "la demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso ( ), Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter regional y ordenanzas municipales".

Por su parte, el artículo 79° del mismo cuerpo legal establece que "para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado ( )".

De lo expuesto, es posible extraer con facilidad que, ante la interposición de una demanda de inconstitucionalidad dirigida contra un Decreto de Urgencia, el Tribunal Constitucional, vía control concentrado, analizará y evaluará en clave de "validez" constitucional el citado Decreto de Urgencia.

Sobre el particular, a propósito de la norma jurídica, ha dicho el Supremo Interprete de la Constitución, que "su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica ( )"[33]"I Esto quiere decir, siguiendo a RUBIO CORREA, que "la validez de una norma inferior en rango depende de que tanto su forma como su contenido guarden una relación adecuada de subordinación con las normas de categoría superior" 1341

Atendiendo a la definición esgrimida, consideramos que en el caso específico de los Decretos de Urgencia, el procedimiento legislativo establecido en la Constitución Política y en el Reglamento del Congreso para el nacimiento de éstas normas, pasa por un *pronunciamiento expreso* del Congreso, a través del Pleno o de la Comisión de Constitución, derogando o confirmando el Decreto de Urgencia.

En consecuencia, de existir un Decreto de Urgencia en el que el Congreso no ha emitido pronunciamiento alguno a favor o en contra de la norma, y por el contrario, ha guardado silencio sobre la misma, ésta norma resulta inválida.

[33] Expediente N° 0010-2002-AUTC.

[34] Rubio Correa Marcial; La Vigencia y Validez de las Normas Jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Themis (PUCP), N° 51, 2005, página 9.

Siendo el caso que contra este Decreto de Urgencia se presente una demanda de inconstitucionalidad, el juicio de validez que desplegaría el Tribunal Constitucional sobre dicha norma seria negativo.

VIII. CONCLUSIONES

1.- El significado constitucional del requisito "dar cuenta al Congreso" conlleva un pronunciamiento expreso del Congreso a favor o en contra del Decreto de Urgencia.

2.- La Constitución Política y el Reglamento del Congreso obligan a la Comisión de Constitución y al Pleno del Congreso a pronunciarse expresamente sobre la derogatoria o confirmatoria del Decreto de Urgencia. Siendo así, el silencio del Parlamento sobre los Decretos de Urgencia expedidos por el Ejecutivo impregna a estos vicios de *invalidez.*

Bibliografía:

CANTUARIAS SALAVERRY, Luis Felipe

1991 "Acerca de los decretos llamados de urgencia y la adecuación de sus caracteres y peculiar naturaleza sin necesidad de una previa reforma constitucional". Lima. Separata N° 45 — Derecho. PUCP.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos

1987 "Los Decretos con Fuerza de Ley", pp. 39-41
En: Revista *Themis,* N° 6-7

EGUIGUREN PRAELI, Francisco Javier

1987 "El Control Parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia del Art. 211 inc. 20 de la Constitución", pp. 42-46
En: Revista *Themis,* N° 6-7

GARCÍA MORILLO, Joaquín

1985 El Control Parlamentario del Gobierno en el Ordenamiento Español. Madrid: Congreso de los Diputados.

LANDA ARROYO, César

2003 "Los Decretos de Urgencia en el Perú", pp. 131-148
En: Revista *Pensamiento Constitucional,* N° 9

LANDA, César

2004 "El Control Parlamentario en la Constitución Política de 1993: Balance y Perspectiva".
En: Revista *Pensamiento Constitucional,* N° 10

OCHOA CARDICH, César

1995 "Los Decretos de Urgencia en la Constitución Peruana de 1993", pp. 32-35
En: Revista *Derecho & Sociedad,* N° 23

PACHECO BARANDIARÁN, Maria del Rosario

1987 "Los Decretos de Urgencia y un Vacío en la Constitución de 1979", pp. 47-54
En: Revista *Themis,* N° 6-7

PLANAS SILVA, Pedro

1993 "Decreto de Urgencia y "Medidas Extraordinarias", pp. 133-158
En: Revista *lus et Veritas,* N° 7

RUBIO CORREA, Marcial

2005 "La Vigencia y Validez de las Normas Jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional".
En: Revista *Themis* (PUCP), N° 51

SOLÍS FALLAS, Alex

1995 *El Control Parlamentario.* Prodel. Costa Rica.

TORRES TORRES Y TORRES LARA, Carlos

1991 *Los Decretos de Urgencia.* Lima. Studium.

LA TRANSICIÓN POLÍTICA PERUANA Y LA PARTICIPACIÓN OBLIGATORIA DE LA CIUDADANÍA EN LOS PROCESOS ELECTORALES PERUANOS

PRESENTACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA E HIPÓTESIS

STEPHEN HAAS DEL CARPIO

SUMARIO: L La transiciónpolíticaperuana . Capítulo. H. Laparticipación obligatoria de la ciudadanía en los procesos electorales peruanos HL Conclusiones

Tres décadas han transcurrido desde el momento en que varios estados de América Latina, África y Asia se vieron inmersos en procesos de resurgimiento "democrático." Un tanto más, 35 para ser más precisos, si se opta por señalar el inicio de la nueva ola democrática en el Perú con el llamado a elecciones constituyentes por el régimen militar de Morales Bermúdez en 1978.

Desde la década de los 80, el Perú sigue viviendo "el camino de una transición democrática inacabada". Cabe recordar que en aquellos años se generó una expectativa popular en la que se creía que la democracia y la participación política consolidaría nuestra democracia erradicando los principales problemas nacionales, cuestión que lamentablemente nunca ocurrió; por el contrario, actualmente nuestro país se ve erosionando ante una profunda crisis de nuestras instituciones democráticas.

Es así que el presente trabajo discurrirá precisamente sobre el estudio de la transición política peruana de los años 80 y la participación política obligatoria de la ciudadanía en los últimos procesos electorales a partir del análisis del sufragio obligatorio en el Perú, tratando de verificar las siguientes hipótesis:

1. La participación política obligatoria de los ciudadanos peruanos expresada en el sufragio obligatorio no ha contribuído a una real democratización política en nuestro país, pues la institución del sufragio en el Perú ha sido contradictoria, poco estable y de credibilidad vulnerada.
2. El concepto de ciudadanía, definida en sus cuatro elementos: económico, social, civil y político, es un concepto incompleto y recortado en el Perú, el cual no ha sido ampliado en el proceso de nuestra transición

política. La incorporación del conjunto de la población en los procesos electorales (en un nivel político) supuso la exclusión en otros niveles (social y económico).

3.- La institución del sufragio obligatorio en el Perú ha contribuido a crear un imaginario popular que es el de concebir a la democracia como un mecanismo de elección de las élites políticas, poniendo de lado el concepto de la consolidación democrática con sus contenidos de justicia, solidaridad e inclusión social.

4.- La institución del sufragio obligatorio en el Perú no ha respondido a sus objetivos de incorporación en nuestra legislación: Por un lado, éste no ha evitado el ausentismo electoral y, por otro, no ha sido un instrumento capaz de interesar a las masas en los asuntos del Estado.

CAPÍTULO 1

LA TRANSICIÓN POLÍTICA PERUANA

1. Antecedentes de la transición politica peruana

1.1 Primera fase del gobierno militar (1968-1975).- El 29 de agosto de 1968, mediante golpe de estado los militares peruanos despojaron de la presidencia del Perú al arquitecto Fernando Belaúnde Terry, interrumpiéndose la vigencia de la democracia formal en nuestro país. Así, el 03 de octubre de 1968, se encomendó la presidencia de la República al General Juan Velasco Alvarado, quien gobernó durante los años que conformaron la llamada primera fase del gobierno militar. Esta primera fase, representó una tercera vía entre el capitalismo y el comunismo, reclamándose oficialmente como un gobierno socialista, humanista, libertario y cristiano.

En siete años de gobierno, el General Velasco Alvarado realizó una serie de transformaciones radicales tanto en el sector económico como en el sector social. Entre las medidas que se tomaron estuvieron la nacionalización de las empresas extranjeras y nacionales. Asimismo, se realizó una reforma agraria, lo que condujo a una redistribución de las tierras en el país.

Cabe señalar que el Perú se convirtió en un caso particularmente interesante dentro de la región, pues el régimen militar-populista peruano contrastaba en diversos puntos con los regímenes militares burocrático-autoritarios implantados en América Latina. Entre estas diferencias tenemos: la orientación antioligárquica del régimen peruano; su intención de expandir rápidamente la industria y el papel económico del estado, y su propósito de no excluir coercitivamente al sector popular, sino de activar e incorporar políticamente a diversos segmentos del sector. Como resultado de estas orientaciones el

gobierno militar de Velasco no contó con el apoyo de las grandes fracciones del capital urbano, ni de los sectores agrarios más dinámicos. (la mayoría de los cuales, en realidad, fueron objeto de expropiación)[111]. En breve, dicho gobierno buscó sin éxito la transferencia del poder económico y social de la oligarquía a las clases populares.

1.1 Segunda fase del gobierno militar (1975-1980).- Con la asunción de la presidencia del Perú por parte del General Morales Bermúdez, se dio inicio a la segunda fase del gobierno militar. De hecho, el cambio de mando significó un cambio de rumbo de la revolución implantada por el General Velasco, siendo la tónica que caracterizó a esta segunda fase el desmantelamiento de las medidas implantadas por la primera fase del gobierno militar.

2. El fenómeno de la transición democrática.- A inicios de los años 1970, los regímenes militares autoritarios en América Latina eran la regla, y la democracia era la excepción. A fines de los años 1980 la situación era la inversa, convirtiéndose los gobiernos democráticos en mayoritarios frente a los gobiernos autoritarios. De esta forma, se inicia el fenómeno de las llamadas transiciones democráticas. Para Guy Hermet la transición democrática abarca el período de tiempo desde la caída o las convulsiones finales de una dictadura al establecimiento de un gobierno reconocido como democrático.I[23]

3. La transición democrática peruana de 1980.- En cuanto a la transición peruana, ésta presenta una característica común con las transiciones democráticas realizadas en Brasil, Uruguay y Chile, en el sentido de que resultó ser una transición pacífica, expresada en el resultado de un doble *impasse* que forja un movimiento negociado hacia un gobierno civil. De una parte, la oposición política peruana no tenía la fuerza necesaria para luchar frontalmente en contra del régimen militar; de otra parte el gobierno militar no tuvo la legitimidad requerida para prolongar su influencia en el poder.

Es así que en el Perú, la transición democrática se llevo a cabo a través de "negociaciones elitistas" realizadas entre los representantes de las fuerzas armadas y de los partidos políticos peruanos. La transición democrática peruana se realizó de esta manera bajo el modelo clásico de transición que operó en la mayor parte de América Latina.

---

[1] O'Donnell, Guillermo y Philippe Schmitter. *Transiciones desde un gobierno autoritario.* Editorial Paidós, Buenos Aires, 1998, pp. 17.

[2] Hermet, Guy. "Les Démocratisations au vingtieme siecle: une comparaison Amérique Latine / europe de 1'Est". En: *Revue internationale du politique comparée,* volume 8, N 2, 2001, pp. 286.

La denominada "transferencia del poder a la civilidad" [3] en el Perú, se realizó a través de dos períodos: con la elección de una Asamblea Constituyente (1978), y con las elecciones generales de 1980.

La transferencia de gobierno realizada en 1980 se cumplió ordenadamente, restableciéndose la "democracia" en el Perú, tal como lo establecía la nueva Constitución Peruana de 1979, al mismo tiempo que dejaba intacto el poder político de las Fuerzas Armadas. En este sentido, la "democracia" que se instala en el Perú de 1980 contenía aún importantes enclaves de autoritarismo. Diversos hechos comprueban esta afirmación. Por ejemplo, quedo reforzado el carácter tutelar de la institución militar, la cual se consagra como un "Estado dentro del Estado." [4] Por otro lado, el Presidente de la República confirmó en sus puestos a los tres comandantes generales que integraban la Junta Revolucionaria durante la segunda fase del gobierno militar. Asimismo, en el seno del Congreso la mayoría parlamentaria impidió las investigaciones sobre supuestos delitos económicos y sobre violación de derechos humanos cometidos por los militares. Además, el Presidente no tuvo problemas en declarar públicamente que así como no interviene en la designación de los Obispos de la Iglesia Católica, no lo haría en la de los jefes militares.

Todos estos hechos comprueban el logro de la cuota de poder por parte de los militares en el proceso de la transición política peruana. La famosa frase del General Bermúdez hablando de **"transferencia de gobierno, pero no de del poder"** en diciembre de 1977 grafica bien la situación y el curso político de la transición democrática en el Perú. En realidad, "el militarismo ha sido una constante en la historia del Perú. Los militares han sido actores políticos de primera importancia en gran parte de nuestra vida nacional pese a su *status* jurídico "no deliberantes". Uno más de los tantos desencuentros entre el país formal y el país real." [5]

Así pues, en el caso de la transición política peruana encontramos una contradicción en el sentido que dicha transición no fue del todo democrática, pues la puesta en obra obedeció a acuerdos o pactos entre las élites democráticas y los miembros de las fuerzas armadas.

---

[3] Planas, Pedro. *La democracia volátil: Movimientos, partidos, líderes políticos y conductas electorales en el Perú contemporáneo.* Friedrich Ebert Stiftung, Lima, marzo 2000, p. 96.

[4] Pease, Henry. America Latina 80: *Democracia y movimientos populares.* Desco, Lima, 1981, pp. 459.

[5] Chiri Márquez, Renzo. « Democracia, ciudadanía y fuerzas armadas en el Perú del siglo XXI » En : *Las tareas de la transición democrática.* Comisión Andina de Juristas, Lima, septiembre 2001 pp. 245-247.

3.1. La década perdida de los años 80 y la crisis de gobernabilidad

3.1.1 Gobierno de Fernando Belaunde Ferry (980-1985).- En las elecciones de 1980 estuviero habilitados constitucionalmente para sufragar los jóvenes mayores de 18 años y los analfabetos, con lo cual se incrementó nuestro cuerpo electoral.

Con el gobierno de Belaunde se produce el fenómeno de retorno a la "democracia." Durante éste gobierno podemos notar una liberalización de la sociedad peruana antes que una democratización. Por la primera entendemos la devolución o concesión de derechos individuales y colectivos, es decir, derechos de las personas y derechos de acción social y política; mientras que el segundo implica toda la gama de los derechos electorales y la realización de los comicios. [6]

Con la elección de Belaunde se respeta las libertades individuales de expresión, respecto a la vida privada, de asociación, de participación política, etc, pero por otro lado, su gobierno procedió a desmantelar las numerosas reformas sociales llevadas a cabo en la primera fase del gobierno revolucionario de Velasco Alvarado, adoptándose una serie de medidas políticas que no contribuyeron a la realización de una justicia social en el Perú, las cuales incrementaron la pobreza y la inequidad sin lograr la estabilización y recuperación económica.

Esta insatisfacción de las masas con el gobierno generó un consenso sobre la necesidad de defender la democracia y la justicia social, volteando las miradas hacia la presencia de los partidos de corte izquierdista, en donde apareció la figura del APRA como partido político que supo canalizar esta carencia[7].

3.1.2 Gobierno de Alan García Pérez (1985-1990).- En 1985 el Perú es testigo de un evento singular: por un lado, la transmisión de mando de la presidencia de la República del Perú realizada por Fernando Belaúnde a Alan García fue la primera que se realizaba entre dos civiles después de cuarenta años y, por otro lado, fue la primera que se realizaba después de setenta años entre dos gobiernos civiles elegidos legítimamente a través de procesos electorales.

La victoria del APRA y el segundo lugar ocupado por la Izquierda Unida generaron un optimismo sobre las posibilidades de recuperación económica, pacificación y democratización en nuestro país. Dicha elección se vio acompañada con el triunfo de las listas al congreso por parte del partido aprista peruano, motivo que contribuyo a que el congreso le conceda amplios

[6] Lynch Gamero, Nicolás. "Los modelos teóricos y el caso peruano" En: *La transición conservadora, movimiento social y democracia en el Perú 1975-1978.* El zorro de abajo ediciones, Lima, noviembre 1992 pp. 26.

[7] Sanborn, Cynthia y Panfichi, Aldo. " Fujimori y las raíces del neopopulismo" En: *Los enigmas del poder . Fujimori 1990-1996.* Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1997 pp. 37.

poderes al Presidente, lo que acentuó el carácter presidencialista del régimen, conllevando al gobernante a adoptar comportamientos caudillistas bajo un estilo personalista y autoritario que se tradujeron en decisiones de tipo nacionalistas y estatistas. Estas decisiones políticas y económicas llevaron al país a un colapso de proporciones históricas.

El fracaso de García se puede explicar porque intentó continuar con formas tradicionalmente populistas de intervención estatal, las mismas que no podían sostener con una economía en crisis y reservas internacionales escasas. Además las decisiones fueron exacerbadas por la arbitrariedad en la toma de decisiones, la corrupción generalizada del partido de gobierno y una estructura del poder político personalista que García heredó y fortaleció por su propio uso y abuso de ella[8]. Ante ello, bajo un contexto de hiperinflación[9], violencia desenfrenada y falta de alternativas políticas, los peruanos se encontraron ante un nuevo vacío de representación girando nuevamente hacia nuevos "salvadores" que pudieran rescatar al Perú de su grave crisis[10]

Sin lugar a dudas, el gobierno de Alan García arrastró al país hacia una aguda crisis no sólo económica sino de representatividad política, produciéndose una grave crisis en los llamados partidos políticos tradicionales, los cuales se vieron incapaces de sintonizar con las aspiraciones ciudadanas. [11]

Dicha crisis de los partidos políticos peruanos en la década de 1990 favoreció la aparición de diversos movimientos independientes y de una nueva clase de populismo: liberal-médiatico, [12] el cual utilizó las tecnologías del marketing electoral y de la televisión con el único objetivo de inmiscuirse en el ámbito electoral. Pedro Planas define a éste fenómeno como el de la "videopolítica", el cual es visto como "la intermediación decisiva de la televisión en la formación de opiniones y preferencias políticas, que desplazó la exigencia de todo partido político de construir una estructura y organización territorial." [13]

---

[8] Sanbom, Cynthia y Aldo Panfichi. Op. Cit. pp. 40.

[9] El Perú se vio afectado por una grave hiperinflación de 2.773 %, calificada como la segunda más larga de la historia mundial, un crecimiento negativo de —11.0 % y los ingresos fiscales disminuyeron de tal manera que el precario aparato estatal dejo de funcionar por completo. La presión tributaria había descendido a menos del 4 % del PBI, y el desempleo y subempleo afectaban a mas del 70 % de la PEA.)

[10] Sanbom, Cynthia y Panfichi, Aldo. Op. Cit. pp. 41.

[11] Degregori, Carlos. *La década de la anti política.* Instituto de estudios peruanos. Lima, 2001, p.31-32.

[12] Hermet, Guy. « *L 'Amérique Latine face á la théorie démocratique.* » in Marques Pereira, Bérangére (ed.), *Enjeux politiques et théoriques actuels de la démocratie en Amérique Latine,* París, L'Harmattan, Cahiers GELA JS N 1, 2001, pp 16.

[13] Planas, Pedro. Op. Cit. pp. 187.

Lamentablemente, la videopolítica se convirtió en una plataforma para lanzar candidatos a nivel nacional, sin una estructura partidaria. De esta manera, gracias a éste fenómeno de la videopolítica, desde 1989 empezó a aparecer en el Perú movimientos políticos y listas electorales que carecían de organización y programa y que sólo giraban en torno a un caudillo carismático. [14] Ello favoreció la aparición de ***outsiders*** en la política peruana. Ejemplo de ello fue la elección del presentador de televisión Ricardo Belmont para la alcaldía de Lima en 1989, la cual fue una clarinada de alerta para lo que sería el posterior triunfo de un desconocido Fujimori en 1990.

La característica más saltante de ese neopopulismo es que fue mediático y populista en sus medios, pero feroz en el ámbito financiero, ya que aplicó los ajustes estructurales e implantó un modelo neoliberal en el Perú.

4. La transición democrática peruana de 1990

4.1 El Gobierno de Alberto Fujimori Fujimori. La "democracia" de la Impunidad.- (1990-2000).- El gobierno de Fujimori fue un régimen híbrido que combinó elementos de carácter democrático con elementos de carácter autoritario o dictatorial. El sociólogo e investigador peruano Sinesio López define al régimen de Fujimori de la siguiente manera:

> "Se puede definir el Fujimorismo como un tipo de régimen político no democrático que no constituyó propiamente una dictadura sino que fue más bien una de las modalidades de los regímenes autoritarios. El Fujimorismo fue, en efecto, un gobierno civil-militar que concentraba el poder en el Ejecutivo subordinando a los otros poderes del estado, limitaba la competencia y la oposición política, estimulaba la despolitización de la población y su despartirización, propugnaba el pragmatismo y la desconfianza en las ideologías, cultivaba una disponibilidad abierta a cambiar las reglas de juego de acuerdo a los intereses y necesidades de la coalición gobernante, establecía una relación plebiscitaria —sin mediaciones institucionales- de los líderes políticos con los ciudadanos e impulsa políticas neoliberales en las políticas macroeconómicas y neopopulistas en las políticas sociales." [15]

Ya en abril de 1992 con el autogolpe de Alberto Fujimori, la transición política peruana sufrió un revés originándose un retorno a un gobierno autoritario compuesto por civiles y militares. Dicho autogolpe tuvo el apoyo político de las

[14] Planas, Pedro. Op. Cit. pp.38

[15] López Jiménez, Sinesio. « Perú 2000-2001: "La transición democrática y el gobierno de transición». En : *Las tareas de la transición democrática.* Comisión Andina de Juristas, Lima, septiembre 2001 pp. 66.

fuerzas armadas y gozó de la aprobación de la mayoría de la opinión pública peruana, contando con una aprobación del más del 70% de la población[16]. Las razones de este apoyo son sin duda múltiples y complejas. Una primera razón sería la profunda erosión de la legitimidad de la democracia peruana y de sus instituciones. Los anteriores doce años de régimen político "democrático" fueron decepcionantes para la gran mayoría de la población. Si bien es cierto, estas recuperaron sus posibilidades de movilización y protesta, vieron empeorar sus condiciones de vida a niveles insospechados; paradójicamente, con una Constitución (1979) que garantizaba nuevos derechos sociales básicos para las mayorías. Al mismo tiempo, las instituciones de aquella democracia no lograron alcanzar una legitimidad indispensable para su funcionamiento[17]. No obstante ello, toda la información empírica apunta a creer que la masiva adhesión popular al golpe de estado de Fujimori, con el alto contenido autoritario que portaba, resultaría paradójicamente de la expectativa de reconstruir o construir una institucionalidad democrática que funcione[18].

Para César Arias Quincot, las causas del caudillismo fujimorato obedecen al fracaso de la democracia renacida en 1980, la cual no pudo darle gobernabilidad a un Perú agobiado por la pobreza, el atraso y la violencia generada a partir de los grupos subversivos como el Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA) y Sendero Luminoso (SL)[19].

En este mismo sentido se expresa Sinesio López:

> "Como forma de representación y como régimen político, el Fujimorismo no tradujo sólo las ambiciones y los caprichos de un caudillo sino que fue también la expresión política de una sociedad en crisis de representación y de gobernabilidad en una etapa histórica de cambios neoliberales en la economía y en el Estado. Visto desde esta óptica, el cambio del fujimorismo dependía de la forma como los factores que le dieron origen —la crisis y colapso del sistema de partidos, la crisis de gobernabilidad (caos económico y violencia política), la forma neoliberal y neopopulista de solución de agotamiento del antiguo modelo de desarrollo- evolucionara, resolviéndose o agravándose" [20].

Algunos analistas identifican al fujimorismo como una especie de neo-populismo, ello debido a la personalización del poder y el uso patrimonial que

[16] Degregori, Carlos. Op. Cit. pp. 35

[17] Balbi, Carmen Rosa. «Del golpe del 5 de abril al CCD. Los problemas de la transición a la democracia » En : *Revista Pretextos,* N 3-4, Lima, diciembre 1992 pp. 47-48.

[18] Balbi, Carmen Rosa. Op. Cit. pp. 50.

[19] Arias Quincot, César. «Orígenes, desarrollo y caída del Fujimorato. » En : *Las tareas de la transición democrática.* Comisión Andina de Juristas, Lima, septiembre 2001 pp. 18.

[20] López Jiménez, Sinesio. Op. Cit. pp. 65.

Fujimori hizo de los recursos públicos, además por la dependencia de las masas populares al estado, y su retórica antipolítica. [21]

Sin embargo, el gobierno de Fujimori aplicó un programa de ajuste estructural impuesto por las organizaciones internacionales, el cual contribuyó al aumento de las desigualdades sociales en el Perú, favoreciendo la exclusión y la marginalidad social en el país. Así pues, se incrementó la concentración de los ingresos en manos de unos pocos pertenecientes a las clases más favorecidas.

"¿Cómo pude llevarse a la práctica un ajuste tan severo sin una sólida base de apoyo político, sin grandes estallidos de violencia social y con resultados favorables en los sondeos de opinión? Una de las razones centrales fue, paradójicamente Sendero Luminoso. El *shock* se aplicó en las calles vacías de un país traumatizado por la violencia, donde cualquier movilización podía ser vista como sinónimo de terrorismo (...),, [22].

Otra de las razones de este apoyo político de la población al programa de ajuste estructural obedece a que a los ojos del pueblo los costos del ajuste parecían menos dramáticos en comparación con la catástrofe que ayudaron a evitar, y también por las expectativas de un futuro mejor [23].

Así pues, Fujimori aplicó un modelo extremo de ajuste estructural caracterizado por la desregulación de los mercados, privatizaciones de empresas, la liberación del comercio exterior y la ausencia de políticas sectoriales y sociales, las cuales definitivamente no contribuyeron a una consolidación democrática en el país.

5. La transición democrática peruana del Siglo XXI

5.1 El gobierno de transición de Valentín Paniagua. (2000-2001).- Al descubrirse la corrupción dentro de su gobierno, Fujimori presenta su renuncia a la presidencia de la República del Perú el 19 de noviembre del 2000, en carta dirigida a la ciudadanía desde el Japón, la cual no fue aceptada por el Congreso acordándose destituirlo como Presidente por "permanente incapacidad moral", en aplicación del artículo 113° de la Constitución Política Peruana.

Ante este hecho, y de acuerdo con la constitución política vigente, correspondía acceder a la presidencia al primer vice-presidente, pero éste había renunciado días antes, por lo que le correspondía ese derecho al segundo vicepresidente quien también renunció a dicho cargo. Así, el 22 de noviembre

[21] Cotler, Julio y Grompone, Romeo. *El fujimorismo ascenso y caída de un régimen autoritario.* Instituto de estudios peruanos, Lima, 2000, p.38.
[22] Degregori, Carlos. Op. Cit. pp. 29.
[23] Sanborn, Cynthia y Panfichi, Aldo. Op. Cit. pp. 43.

el presidente del Congreso, Valentín Paniagua asume la presidencia del Perú, iniciándose un nuevo proceso de transición política en el Perú.

En breve, fueron tres los principales objetivos del gobierno de transición de Paniagua: **1)** retornar al sistema democrático, **2)** garantizar un proceso electoral limpio y transparente, 3) mantener una economía estable[24].

5.2. El gobierno de Alejandro Toledo: "Lapolítica de la mitomanocracia" (2001-2006).- Alejandro Toledo asumió la presidencia del Perú gracias a una serie de promesas electorales que se vio en la imposibilidad de cumplir. Uno de los principales problemas que atravesó su gobierno es que no tuvo la eficacia ni la efectividad para resolver las demandas sociales y políticas de la población, lo cual se tradujo en una disconformidad en la mayoría de la población, dejando su cargo con una aceptación popular debajo del 9%.

5.3 El segundo gobierno de Alan García: (2006-2011).- Al igual que en el gobierno de Toledo, el segundo gobierno de García se presentó como un modelo de consolidación democrática exitoso en virtud de los logros obtenidos a nivel macroeconómico; sin embargo, lejos de representar tal modelo continuamos hasta el día de hoy inmersos en un proceso inacabable de transición política, lo que nos lleva sin dudas a interrogarnos sobre las concepciones minimalistas de la democracia y la consolidación política.

5.4 El gobierno de 011anta Humala: (2011-2016).- Dicho gobierno se viene caracterizando por la falta de liderazgo y la decreciente popularidad del presidente. Asimismo, peligrosamente durante esta etapa se viene percibiendo una profunda erosión y crisis de legitimidad de nuestras autoridades e instituciones democráticas, lo que podría conducir a una crisis de legitimidad de nuestro propio sistema jurídico.

Luego de haber realizado un breve repaso sobre la transición democrática peruana podemos afirmar, sin lugar a dudas, que el Perú vive aún inmerso en un proceso de transición política que se revela interminable. En nuestra opinión, el principal punto a resolver sobre el plan teórico es resolver el problema de la definición de un nuevo orden democrático a instaurar.

Este nuevo orden implica analizar y reconceptualizar la definición de la democracia misma, entendiéndola como un sistema sociopolítico que tenga en cuenta una efectiva democratización política y que tome en cuenta las necesidades de la población más vulnerable, y en donde cada grupo social tenga una probabilidad efectiva igual de hacer entender sus intereses.

[24] Ford, Elaine y otros. «Cronología Perú: 1990-2001» En: *Las tareas de la transición democrática.* Comisión Andina de Juristas, Lima, septiembre 2001 pp. 370.

Desafortunadamente los gobernantes peruanos de estos últimos años han fracasado en este intento.

Desgraciadamente, la frágil e incipiente democracia peruana se ha visto en la imposibilidad de alcanzar una democracia política sólida y menos aún ha logrado acceder a la democracia social, la cual se ve erosionada con la ejecución de las políticas económicas aplicadas por los distintos gobiernos aunado al hecho de las recientes denuncias de corrupción (del actual y anteriores gobiernos), factores estos que se convierten en una serie amenaza para nuestro proceso de consolidación democrática

Finalmente, esta breve revisión sobre la transición política peruana debe llevarnos a reflexionar sobre la democracia que queremos a futuro, exhortándonos a no cesar jamás en nuestro intento de luchar por lograr una verdadera consolidación democrática, no solo en el aspecto político, sino también en el aspecto social, a fin de construir una sociedad sobre la base de la justicia y de la inclusión social.

CAPÍTULO II

LA PARTICIPACIÓN OBLIGATORIA DE LA CIUDADANÍA EN LOS PROCESOS ELECTORALES PERUANOS

1. Antecedentes históricos del sufragio obligatorio en el Perú

1.1. Antecedentes Históricos

1.1.1 El sufragio obligatorio en el Perú del siglo XX.- El sufragio obligatorio en el Perú fue adoptado por primera vez durante el siglo XIX, casi a comienzos de nuestra vida república, desapareciendo a mediados de ese mismo siglo para reaparecer en nuestra legislación nacional en el año 1931, el cual se ha consolidado hasta nuestros días.

1.1.2 En la Constitución de 1920.- Esta constitución no incorporó en su cuerpo normativo al sufragio obligatorio pero destacamos el hecho que en el debate de dicha carta existió una primera solicitud para su adopción. Dicha medida fue solicitada por el diputado independiente José Antonio Encinas en la sesión del miercoles 12 de noviembre de 1919. Encinas por entonces sostenía lo siguiente:

> "Nosotros establecemos ya en el Perú, definitivamente, la nueva teoría del voto, y este es un asunto de lo más interesante. Si se estudia con un poco de detención la sicología del pueblo peruano, no se necesita hacer un análisis minucioso para llegar a la conclusión del voto obligatorio. Basta recurrir

a hechos concretos. Se sabe que a pesar de que los registros electorales contienen, por ejemplo, 2000 inscripciones, apenas votan 200 ciudadanos; y entonces los candidatos en forma subrepticia tratan de adulterar la votación con el propósito de llegar a conseguir mayoría. i,Y por qué, a pesar del número apreciable de electores, no se verifica en su totalidad la votación. Es por la profunda indiferencia que existe en materia electoral. Y yo no voy a referirme a provincias lejanas de la capital de la República: basta ver lo que pasa en Lima en los días de elecciones: las mesas totalmente deprovistas de electores. En las últimas elecciones apenas se contaron en algunas mesas 10 ó 20 electores, y en otras 30; y hubo mesas, en la capital de la República, cuya votación ascendió en su maximum a 40 ó 50, con un total posible de 250 electores. Esto significa la más profunda indiferencia por parte del elemento ciudadano para cumplir con este deber cívico importantísimo y transcendental. De allí que la Asamblea, teniendo en cuenta que este derecho político es uno de los derechos fundamentales del organismo nacional, tiene que verse en la necesidad de agregar aquí, en el segundo inciso {en ese entonces se discutía el que sería el artículo 67 de la constitución de 1920} la palabra obligatorio (...)" [25]

En breve, Encinas era un convencido de que con la implantación del sufragio obligatorio se acabaría con la indiferencia que sentía la población por los procesos electorales, al mismo tiempo que se terminaría con el fraude electoral. Finalmente, la posición de Encinas no prosperó en dicha Asamblea, aprobándose el artículo 67° de la Constitución de 1920 sin la adición propuesta por éste legislador.

1.1.3 En el Decreto Ley N 7177.- El 13 de marzo de 1931 el ministro de gobierno de la Junta Nacional, Francisco Tamayo suscribió una resolución, por la cual fue nombrada una comisión con el encargo de redactar un proyecto de ley de elecciones sobre las siguientes bases: poder electoral autónomo; representación de minorías; **voto secreto y obligatorio;** organización científica de los registros electorales. Esta comisión estaba integrada por diversos intelectuales de la época entre los que destacaban: José Antonio Encinas (el mismo que había propugnado el establecimiento del voto obligatorio en la asamblea de 1919), Luis E. Valcárcel, Jorge Basadre, César Antonio Ugarte, Alberto Arca Parró, Federico More, Carlos Enrique Telaya, Luis Alberto Sanchez y Carlos Manuel Cox. Estos dos últimos eran los únicos con identidad partidaria, pues pertenecían a las filas del Partido Aprista Peruano.

[25] Diario de los debates de la Asamblea Nacional. Lima, Imprenta Torres Aguirre, 1920, pp. 83.

La exposición de motivos de éste anteproyecto de ley [26] señalaba que al establecerse la obliegatoriedad del sufragio se estaba incorporando un principio de derecho político ya consagrado en las modernas legilaciones: se afirmaba que el voto antes que derecho era una obligación y como tal implicaba el mandato ejercitarlo cada vez que el estado necesite de él para organizar su vida institucional, al mismo tiempo que se reaccionaba contra el ausentismo electoral. De esta forma, se reincorpora nuevamente en nuestra legislación nacional la institución del sufragio obligatorio ya que dicho anteproyecto fue aprobado días después con algunas ligeras modificaciones.

1.1.4 En la Constitución de 1933.- En el Congreso Constituyente de 1931 se debatió el capítulo **II** del proyecto de constitución referido a la ciudadanía y sufragio. El débate sobre este capítulo giró en torno a la discusión del voto femenino, el voto a los analfabetos, y a los militares, careciéndose de un debate real sobre el tema del sufragio obligatorio.

1.1.5 En la Constitución de 1979.- En el debate constitucional de dicha carta se aprobó como un solo cuerpo las normas relativas a la ciudadanía, el derecho de sufragio y el sistema electoral. [27]

En el debate constitucional llevado a cabo entre los años 1978-1979 no hubo lugar a ninguna discusión sobre la cuestión del voto obligatorio, centrándose dicha discusión sobre el otorgamiento del voto a los analfabetos y a los militares.

1.1.6 En la Constitución de 1993.- El debate de esta carta política se centro en la cuestión acerca si se debía conceder el voto a los militares y si se debía incorporar en nuestros procesos electorales los mecanismos de la democracia directa. Por su parte, se careció de un debate sobre el sufragio obligatorio pues no fue un tema que fue tratado en el Congreso Constituyente Democrático.

Araíz de este pequeño estudio hemos podido comprobar que la institución del sufragio obligatorio en el Perú ha carecido de un adecuado debate constitucional desconociéndose los motivos de ello. De acuerdo con nuestro propio análisis, la implantación del sufragio obligatorio en nuestro país obedecería a las siguientes razones: por un lado, se evitaría el ausentismo electoral, el cual tenía su origen en el escepticismo o en la indiferencia de la población por los asuntos políticos; y por otro lado, el sufragio obligatorio podía llegar a convertirse en un medio para interesar a las masas en los asuntos del Estado. En este mismo sentido opinaban los tratadistas peruanos Enrique Bernales y Marcial Rubio Correa:

[26] Diario La Prensa, edición de la mañana. Lima 24 de abril de 1931. pp. Primera y segunda.
[27] Diario de los debates de la Asamblea Nacional de 1978. Publicación Oficial. Tomo VII. Lima, pp. 237-238.

"(...) Con ajustado criterio a lo que es la realidad política peruana, nuestra constitución {se refiere a la constitución de 1979} considera el voto como un derecho y una obligación.

Se persigue con ello no sólo dar mayor representatividad a las autoridades elegidas, sino evitar el peligro de tasas excesivamente altas de ausentismo y crear conciencia cívica respecto del ejercicio de los derechos políticos (...) La tesis del voto como deber ciudadano sirve de fundamento ético, político y jurídico para la obliegatoriedad del voto y apunta desde una perspectiva sociopolítica a la necesidad de fortalecer la conciencia cívica del país (...)"[281].

2. Balance histórico del sufragio obligatorio en el Perú.- En este punto podemos señalar lo siguiente:

- El voto obligatorio en nuestro país no ha sido capaz de evitar el fenómeno del ausentismo electoral pues éste se presenta reiteradamente con altos índices en todos los procesos electorales, ello en franca discrepancia con la obligatoriedad del voto
- El ejercicio del voto obligatorio en nuestro país no ha contribuido a formar ciudadanos con una verdadera conciencia cívica, ni ha sido un instrumento capaz de interesar a las masas en los asuntos del estado. Ello se comprueba con las altas tasas de ausentismo y las altas tasas de votos blancos y viciados que muchas veces se convierten en una "segunda fuerza electoral." Si sumamos a ello la coacción que impone dicho sufragio, podemos señalar que el sufragio en el Perú es visto y ejercido por una gran parte del electorado nacional como una simple y mecanizada acción: la de colocar la cédula de votación en el ánfora respectiva con la finalidad evitar la sanción que establece la ley (en el caso peruano ésta se traduce en una sanción pecuniaria).
- El establecimiento de ésta sanción pecuniaria genera una distorsión en el sistema de elección, pues la realidad nos dice que la gran mayoría del cuerpo electoral que participa en el proceso electoral no se informa sobre las opciones políticas, propuestas y planes de gobierno de los candidatos. Sólo se participa en el proceso electoral con el único objetivo de evitar la multa electoral. Ello, puede conllevarnos a un resultado nada favorable y recomendable, en el sentido que aquellos votos inertes, sin conciencia, de éstos electores desinformados puede prevalecer sobre el sufragio ejercitado con fervor y conciencia por parte del elector informado.

[28] Bernales, Enrique y Rubio, Marcial. *Constitución y sociedad política.* Mesa redonda editores S.A. Lima, 1988, pp. 320-321.

El sufragio obligatorio puede contribuir a la aparición de diferentes tipos de populismo y favorece a la demagogia. Al obligarse al elector a acudir a las urnas, se ejerce una presión sobre él para que ejecute su derecho. Muchas veces, el ciudadano no esta de acuerdo con ninguno de los candidatos en competencia, pero debe acudir a votar. Es aquí, donde las agrupaciones políticas pueden persuadir y captar fácilmente al elector a través de propuestas demagógicas. Basta ponerse en el caso de un ciudadano de escasa cultura frente a la imprescindible necesidad de votar. Dicho elector al concurrir al comicio electoral obligado a sufragar lo hará muchas veces influenciado por las campañas propagandisticas de candidatos demagógos. Así pues, la coacción que impone este derecho podría promover o incentivar el populismo y la demagogia en nuestro país.

Por otro lado, se afirma que un elemento positivo para la adopción del sufragio obligatorio, es el que tiene que ver con la legitimidad de los gobernantes. Se señala que un alto índice de ausentismo en una elección podría producir un gobernante con un apoyo minoritario, pudiéndose convertir en un grave factor de deslegitimación del sistema demócratico. A nuestro entender, la legitimidad de un régimen no esta en función a cuantos votos reciba éste sino en relación con una serie de factores que deben cumplirse para que ésta se produzca.

3. Participación política obligatoria y **elecciones en el Perú.-** En el transcurso de las últimas tres décadas, entre 1980 y abril del 2011, la población peruana ha sido convocada obligatoriamente a una serie de procesos electorales y a una consultación referendaria.

En cuanto a los procesos electorales, las elecciones de 1993, 1995 y 2000 presentaron una serie de irregularidades, las cuales podemos considerar como fraudulentas. En este sentido, en el referéndum de octubre de 1993, (en donde se decidió la adopción de la constitución de 1993) surgieron diversas dudas en torno a la transparencia de este proceso electoral. Los resultados fueron inesperadamente apretados: 52.2 % por el SI y 47.5 % por el NO. Diversos analistas políticos llegaron a especular que el resultado real había sido un triunfo por el NO, por tanto, los resultados oficiales fueron denunciados como fraudulentos por Juan Chávez, miembro del Jurado Nacional de Elecciones[1291]. Para el régimen de Fujimori, la aprobación de la Constitución de 1993 fue fundamental, pues dicha carta incorporaba una serie de medidas que tenían como objetivo la concentración del poder por parte del Poder Ejecutivo.

[29] Mc Clintock, Cynthia. " la voluntad política presidencial y la ruptura constitucional de 1992 en el Perú" En: Los *enigmas del poder . Fujimori 1990-1996.* Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1997 pp. 72.

Asimismo, dicha constitución permitía *la reelección inmediata,* la cual fue históricamente prohibida en nuestro país con el argumento de que la alternancia era una garantía ante los abusos del poder. [[301]

En realidad, como bien lo hemos indicado, en las elecciones de 1993, 1995 y 2000 surgieron dudas acerca de la legitimidad de esos procesos electorales. En dichos procesos electorales, la oposición peruana acusó a Fujimori de realizar acciones como un masivo chuponeo telefónico a los principales opositores del régimen cuando estos se encontraban en plena campaña electoral, además de la involucración abierta de las Fuerzas Armadas en los procesos electorales, las cuales apoyaron el proyecto político de Fujimori. Asimismo, el gobierno de Fujimori no tuvo reparo en utilizar los recursos del estado para promocionar su candidatura. A estas acusaciones, se sumaron otras como la de las misiones de observación electoral de la OEA, del Centro Carter y del National Democratic Institute, las mismas que desconocieron la legitimidad de las elecciones del 2000.

Sin lugar a dudas, la función del fraude en los procesos electorales fue la de garantizar la permanencia de Fujimori en el poder y la continuidad de su régimen autoritario en el Perú. Asimismo, otro interés era el de continuar con los actos de corrupción cometidos por una cúpula muy cercana al presidente Fujimori, la cual era dirigida por su principal asesor Vladimiro Montesinos, al mismo tiempo que se buscaba una impunidad en los actos de violación a los derechos humanos cometidos bajo el régimen fujimorista.

En realidad, estos hechos no son ajenos a nuestra incipiente democracia pues nuestro país carece de una tradición democrática. El Perú ha producido un gran número de constituciones políticas que garantizaron el derecho al sufragio pero desgraciadamente estos hechos se ven en contradicho con la realidad debido a los golpes de Estado repetitivos y a la intervención directa de las fuerzas armadas en los gobiernos civiles. Este hecho ha sido bien resaltado por Enrique Bernales y Raúl Chanamé:

> "Es necesario tomar en cuenta que el Perú ha tenido 14 constituciones, la mayoría de las cuales fueron apenas nominales. El problema radica en la falta de realismo de los textos y en las coyunturas bajo las cuales fueron redactados. Un porcentaje mayoritario de constituciones en el Perú sirvieron para legitimar a caudillos. Pocas tuvieron como referente una transición seria y concertada hacia la democracia. (..)" [[311]

[30] Sanbom, Cynthia y Panfichi, Aldo. Op. Cit. pp. 45.

[31] Bemales, Enrique. «De la transición hacia la estabilización democrática en el Perú » En: *Las tareas de la transición democrática.* Comisión Andina de Juristas, Lima, septiembre 2001 PP- 37.

> "En nuestro país, el derecho al sufragio ha sido una proclama contenida en la mayoría de las 11 cartas constitucionales. Pero nuestros primeros gobiernos republicanos no fueron producto de él, sino de la intriga, la revuelta, el motín, la sublevación o el fraude. El sufragio ha sido en nuestro país una institución contradictoria, poco estable y de credibilidad vulnerada." [32]

Por otro lado, en términos de participación electoral, si tenemos en cuenta que el sufragio es obligatorio en el Perú, apreciamos una apatía por parte del elector lo que se traduce en un alto porcentaje de ausentismo electoral. Asimismo, las elecciones en el Perú no han traído consigo cambios radicales al nivel de las instituciones o de políticas significativas.

Para muchos analistas, la participación política de los ciudadanos en las elecciones peruanas ha sido vista como una verdadera etapa de consolidación democrática lo que es totalmente falso. En nuestra opinión la participación ciudadana de los electores en los procesos electorales es un aspecto importante dentro de una transición democrática como la peruana pero ello no es suficiente para una real implantación de una consolidación democrática.

4. ¿Democracia en el Perú?.- Entre los principios fundadores que debe reunir todo régimen hacia una transición democrática encontramos el concepto de participación política, no obstante, la democracia no puede ser reducida al concepto de elecciones o de participación electoral. Tal como lo sostiene Graciela Ducatenzeiler [33] la definición del concepto de consolidación democrática dependerá estrechamente de la definición de democracia que le servirá de referencia. De esta manera, a una definición estrecha de democracia ligada sólo al aspecto del régimen político corresponderá una definición estrecha de consolidación, mientras que a una definición larga de democracia, concebida como un régimen político y como un sistema social-económico específico, corresponderá una definición larga de la consolidación.

En este sentido, la democracia engloba otros conceptos que van más allá que la puesta en marcha de diferentes procesos electorales. Entre estos conceptos o principios que debe reunir toda democracia tenemos: al pluralismo, el cual significa el reconocimiento de las divergencias y el reconocimiento del adversario. Además de los principios de justicia y solidaridad que deben cumplirse en toda democracia, y en la cual el estado debe fundamentalmente resolver las dificultades de aquellas personas más vulnerables de la sociedad. De esta manera, la democracia no se trata solamente de una legalidad formal

[32] Chanamé Orbe, Raúl. "El sufragio en el Perú." En: *Socialismo y participación.* Lima, N 52. Diciembre de 1990, pp. 63.

[33] Ducatenzeiler, Graciela. «Nouvelles approches a l'étude de la consolidation démocratique. » *Revue Internationale de Politique Comparée,* volume 8, N 2, 2001.pp. 191.

frente a la ley. Por lo tanto, lo que caracteriza a un sistema político democrático no es tanto el concepto de la participación política o, si se prefiere, el principio de mayorías aplicado a las elecciones hechas bajo el sufragio universal.

Si miramos la transición democrática desde el punto de vista de la justicia tendremos un resultado desalentador. Tal como lo expresa Atilio Boron:

> "La democracia se convierte en una ficción, o una mentira piadosa, si no se apoya sobre una plataforma mínima de justicia. Si bien la justicia absoluta es imposible de alcanzar, un cierto mínimo de justicia es absolutamente imprescindible para que una democracia digna de ese nombre sea históricamente viable.(...) En conclusión: es muy improbable y más que problemática la sobrevivencia de la democracia en una sociedad desgarrada por la injusticia, con sus desestabilizadores extremos de pobreza y riqueza y con su extraordinaria vulnerabilidad a la prédica destructiva de los demagogos. Un orden político asentado sobre un sistema productivo y formas de distribución y apropiación de la riqueza sumamente desiguales puede perdurar, pero su eventual persistencia nada tiene que ver con lo que en la literatura se conoce como consolidación democrática."

Lamentablemente, en el Perú tenemos una concepción shumpeteriana de la democracia, la cual reduce el proyecto democrático a meros contenidos formales y procedimentales, ignorando los contenidos de justicia y solidaridad social.

Por otro lado, consideramos que un enfoque basado exclusivamente sobre el régimen político es un componente esencial pero no suficiente para una definición de democracia. Tal como los sostiene O'Donnell[34], debemos tomar en cuenta para un adecuado análisis de la democracia la situación del estado legal y el estado de derecho en un país.

Ante ello, podemos afirmar que el Perú es una democracia política o poliarquia: en nuestro país se realizan elecciones periódicas, la libertad de expresión y de prensa es razonablemente libre, etc, pero vivimos en un país en donde existen profundas desigualdades sociales, en donde la aplicación del estado de derecho varía enormemente de una región y de una clase social a otra.

En realidad, bajo el manto de una democracia farsesca, el Perú está sufriendo los embates del neoliberalismo, el cual se encuentra dispuesto a llegar a cualquier extremo con el objetivo de mantener y reproducir las estructuras de la desigualdad social y económica en nuestro país. En este sentido, la democracia peruana ha sido vista como un régimen débil, incapaz de resolver los problemas y llamada regularmente a borrarse en provecho de los gobiernos autoritarios.

---

[34] O'Donnell, Guillermo. « Repenser la théorie démocratique: perspectives latinoaméricaines » *Revue Internationale de Politique Comparée,* volume 8, N 2, 2001.pp. 199.

Diversos expertos de la literatura de la transición democrática han privilegiado la esfera institucional en desmedro de la esfera social-económica, lo cual nos lleva a una distorsión del análisis sociopolítico. En este sentido, las investigaciones sobre los procesos de transición democrática han minimizado la importancia de la esfera socio-económica como uno de los factores determinantes del desarrollo político.

Por otro lado, como bien lo señala H. Mansilla, las teorías institucionalistas y las de la transición democrática pasan por alto algunos hechos socio-políticos que apuntan a una apatía e indiferencia muy difundida en la población, que responde a la corruptibilidad de la clase política en casi todos los regímenes:

> "Un fenómeno y recurrente es la llamada antipolítica, que tampoco puede ser comprendida adecuadamente dentro de los esquemas institucionalistas. Se trata de un hastío de la ciudadanía con respecto a los partidos, el Estado y la política en general; el ciudadano común y corriente pierde la (poca) confianza que tenía en la dimensión política y en sus actores principales. La consecuencia de todo ésto-de enorme relevancia para el futuro de la democracia- consiste en una clara pérdida de legitimidad del sistema de partidos y hasta del Estado, por una parte, y en la disminuida facultad de los partidos para captar y articular los anhelos y las exigencias de la población, por otra."[35]

Como bien lo indica Guy Hermet, los transitólogos han adoptado una visión minimalista de la democracia la cual reposa sobre una democracia netamente procedural. [36]

> "En el Perú se ha vivido en sociedad de extendidas diferencias que restringen el marco de la aplicación universal de la ley y zonas donde los ciudadanos sienten que existe un vacío legal o que esta misma ley, finalmente no importa. Los esfuerzos de reformas de las últimas décadas, tanto por parte del gobierno militar de Juan Velasco comode los gobiernos democráticos, no han conseguido alterar esta situación. La persistente crisis económica, la generalización de la violencia política y social y la rápida deslegitimación de los sucesivos gobiernos no han hecho sino agudizar esta sensación de fragilidad del sistema (...)."["]

[35] Mansilla H.C.F "Las insuficiencias de la democracia contemporanea: una crítica de las teorías de la transición". Revista del Nuevo Mundo N 87-90 p.107.

[36] Hermet, Guy. "Les Démocratisations au vingtieme siecle: une comparaison Amérique Latine / europe de l'Est". En: *Revue internationale du politique comparée, volume 8, N* 2, 2001, pp. 286.

[37] Cotler, Julio y Grompone, Romeo. Op. Cit. pp.89.

"(...) En el Perú no hay reforma del Estado ni hay una aproximación seria a las reformas institucionales que garantizarán que funcione el aparato judicial, entre otros tantos. Se entiende que hacer reformas es sinónimo de pasar leyes, que luego todo el mundo olvida. Esa es la triste historia de la leyes. Cuando existen son transgredidas por el Poder, y deben ser olvidadas. Y ahí comienza la impunidad. Las leyes son para todos menos para los que tienen el Poder. En el otoño de 1998 ocurrió un hecho que es un ejemplo metafórico de lo que me refiero: el presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República fue detenido por un policía de transito porque su vehículo tenía varias requisitorias. El congresista en cuestión denunció a dicho policía ante el ministro del Interior quién debió ir al Congreso a explicar la conducta de dicho oficial. A la fecha de la redacción del libro, se estudiaba la posibilidad de darlo de baja. En la realidad, el congresista en cuestión tenía denuncias varias por choque y fuga y por pasarse la luz roja de los semáforos. La razón de la ley está del lado del policía de tránsito pero la razón del Poder está del lado del congresista. (...) El congresista en cuestión estaba inmune a la ley y a las leyes que él participa en desarrollar. Las leyes son para otros, no para el Poder, en breve." [38]

En el Perú los numerosos cambios institucionales y la instauración de una economía de libre mercado no han bastado para generar una democracia duradera y un bienestar colectivo en la población. De otra parte, las expectativas ligadas a los procesos electorales y a los procesos de democratización han generado una gran desilución en las masas populares pues la mayoría de los cambios institucionales producidos por las élites gobernantes modificaron el Perú legal pero han dejado intacto el Perú real.

De esta manera, en el Perú el énfasis en los procesos democráticos y en las transformaciones institucionales no ha ido de la mano con la aplicación de políticas públicas que beneficien a la población.

En este sentido, queremos manifestar nuestra oposición con el "reduccionismo democrático" de ciertos analistas, que por ejemplo, al evaluar los resultados de los procesos electorales, se entretienen en señalamientos acerca de tasas e índices de ausentismo electoral mientras se omite la pregunta fundamental, a saber: Si nuestro actual sistema de sugragio obligatorio cumplió con las expectativas democráticas de crear una sociedad mejor y si ha contribuído a una adecauda selección de nuestra élite política.

Uno de los componentes básicos de la legitimidad democrática contemporánea reposa en la capacidad de la sociedad respectiva de brindar un nivel de vida decoroso a la masa de la población y no en el porcentaje de

[38] Ugarteche, Oscar, *La arqueología de la modernidad.* Desco, Lima, 1999, pp. 27.

ausentismo electoral. En este sentido, hay que evitar las grandes desigualdades y generar una sociedad donde impere la justicia e inclusión social.

III. CONCLUSIONES

Con la caída de los diferentes regímenes autoritarios y con la aparición de la "democracia" en el Perú, nuestro país viene intentando sin éxito un proceso de transición democrática que desgraciadamente no ha concluído en una democracia sólida y funcional. En este sentido, la consolidación democrática en el Perú resulta incierta, parcial y débil, ello debido a una serie de factores entre los cuales encontramos un sistema institucional y diferentes tipos de estructuras que favorrecen la implantación de un régimen presidencialista, el cual esta caracterizado por una fuerte personalización del poder y una permanencia de prácticas clientelistas (el neo-populismo de Fujimori es un buen ejemplo de ello). Por otro lado, la idea de la democracia no está arraigada en la cultura política peruana, la cual ha estado impregnada de otros modelos como "populismo", "cacique", "caudillo." En este sentido, el proceso de transición en el Perú es un fenómeno complejo. Dicho punto es resaltado por Enrique Bernales:

> "En el Perú el proceso es complejo. Una forma más amplia de ver la transición es asumirla como una transformación que debe contemplar en retrospectiva el corto plazo (los diez años de gobierno de Alberto Fujimori), pero que debe aún ir más allá. Los alcances de una transición en el Perú deben derivar de un examen de la historia republicana. Debe destruir no sólo los remanentes de un gobierno autoritario reciente sino también de aquellos que son consecuencia de 180 años largos o recurrentes gobiernos dictatoriales, de un proceso político en que la condición de ciudadano ha sido la virtud de una elite y donde no pudo hacerse efectivo en ningún momento un verdadero Estado de Derecho.

La transición debe tener una perspectiva histórica e inspiración en un proyecto de país integrado y democrático. No se restringe a cambiar las normas de la década anterior sino que opera sobre las viejas y tradicionales pautas políticas y sociales. Se trata así de construir un Estado nacional, una sociedad de ciudadanos, un pleno Estado de Derecho y una democracia estable y consolidada." [39]

[39] Bernales, Enrique. «De la transición hacia la estabilización democrática en el Perú » En: *Las tareas de la transición democrática.* Comisión Andina de Juristas, Lima, septiembre 2001 pp. 36- 37.

Para César Arias Quincot, la construcción democrática en el Perú tambien es un proceso complicado, encontrando sus raíces en nuestro pasado andino:

> " (...) en el Perú existe una profunda tradición autoritaria que se remonta a nuestro pasado andino con su dosis de patriarcalismo y concentración de poder; al colonialismo con sus causas raciales, su cultura dogmática e intolerante.(...).

A partir de una sociedad de entraña autoritaria era muy dificil construir un orden democrático, menos aún si se mantuvieron durante las primeras décadas de nuestro estado independiente las estructuras coloniales precapitalistas como la esclavitud y el tributo. A lo anterior hay que sumar la falta de una tradición de auto-gobierno que hizo muy difícil la construcción de instituciones que permitieran la gobernabilidad.

> Allí tenemos buena parte de las causas de nuestra inestabilidad y del caudillismo que marcó nuestra historia republicana (...)" [40].

Otro punto fundamental a resolver en la transición política peruana y en la mayor parte de los países de la América Latina, es el tema de la lucha contra la corrupción. Sin lugar a dudas, la corrupción se ha convertido en uno de los principales problemas que afrontan y debilitan a nuestras alicaídas democracias en nuestro continente. Para combatir éste flagelo, es fundamental incorporar medidas de prevención y sanción para enfrentar a un sistema estructuralmente corrupto. Es inquietante observar, por ejemplo, que nuestra población no confié en sus principales instituciones democráticas como es el hecho que en una reciente encuesta de opinión el 92% de peruanos no cree en los Partidos Políticos, el 88% en el Congreso de la República, 87% en el Poder Judicial, el 78% en el Poder Ejecutivo, el 74% en la Policía Nacional del Perú, el 70% en el Ministerio Público y 62% en el Tribunal Constitucional que sus compatriotas sean honrados. [411

Asimismo, la consolidación democrática exige y produce a la vez una ciudadanía plena. Este concepto de ciudadanía es pluridimensional. Por un lado, tenemos a la ciudadanía política, social y civil. En el Perú la ciudadanía política ha sido reconocida después de muchos años pero su ejercicio no ha sido efectivo. La regla "a mis enemigos la ley, a mis amigos todo" es con frecuencia aplicado ya que las normas jurídicas participan poco en la regulación de las relaciones sociales. Citando a Terence Marshall, si la ciudadanía jurídica y luego la ciudadanía política se han ido instalando poco a poco en el Perú, la ciudadanía social se ha instalado de una forma imperfecta. Como bien lo

[40] Arias Quincot, César. Op. Cit. pp. 18.
[41] Diario El Comercio 18 de septiembre 2013.

ha notado Guy Hermetn, este bloqueo persiste en un contexto peligroso por la depresión economica, por el impacto de la globalización así como por la legitimidad precaria de los nuevos gobernantes elegidos.

En el Perú el imaginario democrático de la población ha concebido a la democracia como un método o un mecanismo de elección de las élites políticas, interpretando la consolidación democrática como un proceso de institucionalización de reglas que permiten la repetición de los procesos electorales.

Sin lugar a dudas, la consolidación no debe examinar exclusivamente las instituciones electorales y los procesos electorales puestos en marcha sino debe analizarse un conglomerado de factores entre los cuales tenemos: el sistema electoral, el poder judicial, los derechos de las personas entre otros factores a analizar. De esta manera, la consolidación democrática exige una serie de cambios profundos en nuestro país, en especial en el plano económico, el cual debe buscar reducir significativamente la injusta distribución de la riqueza que existe en el Perú.

Por otro lado, la consolidación de la democracia implica conseguir una significativa eficacia para que las demandas de los ciudadanos puedan ser atendidas y resueltas.

Por otra parte, ponemos en cuestionamiento la validez del sufragio obligatorio en el Perú como un medio adecuado de interesar a las masas en los asuntos del Estado, y como un medio adecuado de selección de nuestra elite política. Los defensores de tal tipo de sufragio parten de presupuestos equivocados y anacrónicos en el sentido de que la participación política obligatoria de la población en los procesos electorales va a fomentar una construcción de una opinión pública amplia, liberal, crítica y esencialmente responsable frente a su rol de elector.

En este sentido, el voto obligatorio trae consigo ciertos desajustes en el sentido que dicho sufragio se amolda a los intereses de los partidos políticos que carecen de un plan de gobierno o un proyecto nacional, favoreciendo las propuestas demagógicas y falaces. Sin lugar a dudas, el sufragio obligatorio contribuye a generar un electorado clientelista. Asimismo, puede contribuir a la aparición del populismo, el cual utiliza las tecnologías del marketing electoral y de la televisión, favoreciendo una visión personalista de la política y el caudillismo como doctrina. Gracias a la videopolítica los candidatos demandan a los electores un acto de confianza personal y con ello las elecciones se determinan menos sobre las ideas y programas que sobre las imágenes.

---

[42] Hermet, Guy. « *L 'Amérique Latine face á la théorie démocratique. »* in Marques Pereira, Bérangére (ed.), *Enjeux politiques et théoriques actuels de la démocratie en Amérique Latine,* París, L'Harmattan, Cahiers GELA _IS N 1, 2001, pp 15.

Ante estos hechos, propugnamos la implementación del sufragio facultativo en nuestra legislación nacional. La propuesta quiere generar la participación dinámica y coherente del electorado activo, es decir, lo que queremos promover es el voto informado y con conciencia cívica entre los ciudadanos.

En un sistema de sufragio facultativo, la gran mayoría de electores se presentarán a las urnas por voluntad propia, acudiendo los ciudadanos que están informados sobre los programas de gobierno que presenten las distintas organizaciones políticas que compiten en cada elección. De esta manera, el sufragio voluntario en el Perú, podría favorecer a mejorar el proceso de selección de nuestra elite política, pues sólo participará en el proceso electoral el electorado informado. Además, el sufragio facultativo contribuirá a que los candidatos que se presenten a una elección tengan que presentar ante el cuerpo electoral sus propuestas y programas de gobierno (ya no bastarán las muestras populistas frente a la población, sino que se verán obligados a presentar sus planes de gobierno). De esta manera, también se contribuirá a mejorar el nivel de las campañas electorales.

En este sentido, señalaba Víctor Andrés Belaúnde:

> " (...) la actividad política no puede ser de interés, ni puede ser siquiera actividad emocional, debe ser actividad de razonamiento, actividad de plena capacidad, actividad de plena responsabilidad (...).

La función del voto, desgraciadamente, se ha orientado en el Perú en un sentido personal, cuando debe orientarse en el sentido de las doctrinas, de los programas. Los votos deben darse por las plataformas políticas que las personas encarnan. Para votar no basta saber si una persona es mala o buena, hay que saber las ideas que esa persona encarna, su visión de los problemas y su capacidad de satisfacer las necesidades nacionales (...)" [43]

Finalmente el Perú seguirá inmerso en una transición democrática mientras no se realicen reformas profundas, no sólo para el desarrollo de una real democracia representativa, sino para dar cabida a la demanda popular de los sectores más desfavorecidos de nuestra población.

[43] Belaunde, Victor Andrés. El debate Constitucional. Impresa en los talleres gráficos de P:L Villanueva, Lima, 1966, pp. 17.

Bibliografia

Monografias:

BERNALES, Enrique y Marcial RUBIO. ***Constitución y sociedad política.*** Mesa redonda editores s.a, Lima, 1988, p. 681.

BELAUNDE, Víctor Andrés. ***El debate constitucional.*** Talleres gráficos P.L. Villanueva, Lima, 1966, p.323.

COTLER, Julio y GROMPONE, Romeo. ***El fujimorismo ascenso y caída de un régimen autoritario.*** Instituto de estudios peruanos, Lima, 2000, p.178.

DEGREGORI, Carlos. ***La década de la antipolítica.*** Instituto de estudios peruanos. Lima, 2001, p.410.

O'DONNELL, Guillermo y Philippe SCHMITTER. ***Transiciones desde un gobierno autoritario..*** Editorial Paidos, Buenos Aires, 1998, pp. 17.

PEASE GARCIA, Henry. ***América Latina 80: Democracia y Movimientos populares.*** Desco, Lima, 1981, p.227.

PLANAS, Pedro. ***La democracia volátil: Movimientos, partidos, líderes políticos y conductas electorales en el Perú contemporáneo.*** Friedrich Ebert Stiftung, Lima, marzo 2000, p.422.

UGARTECHE, Oscar, ***La arqueología de la modernidad*** Desco, Lima, 1999, p.253.

Artículos:

ARIAS QUINCOT, César. « Orígenes, desarrollo y caída del Fujimorato » En : *Las tareas de la transición democrática.* Comisión Andina de Juristas, Lima, septiembre 2001 pp. 15-29.

BALBI, Carmen Rosa. «Del golpe del 5 de abril al CCD. Los problemas de la transición a la democracia » En : *Revista Pretextos,* N 3-4, Lima, diciembre 1992 pp. 41-61.

BERNALES, Enrique. «De la transición hacia la estabilización democrática en el Perú » En : *Las tareas de la transición democrática.* Comisión Andina de Juristas, Lima, septiembre 2001 pp. 30-58.

CHANAMÉ ORBE, Raúl, «El sufragio en el Perú» En: *Socialismo y participación.* Lima, N 52, diciembre de 1990 pp. 63-76.

CHIRI MARQUEZ, Renzo. « Democracia, ciudadanía y fuerzas armadas en el Perú del siglo XXI » En : *Las tareas de la transición democrática.* Comisión Andina de Juristas, Lima, septiembre 2001 pp. 245-258.

DARGENT BOCANEGRA, Eduardo. «La corrupción en el Perú: Una mirada a nuestro "modelo" y propuestas para la transición» En : Las tareas de la transición democrática. Comisión Andina de Juristas, Lima, septiembre 2001 pp. 289-320.

DUCATENZEILER, Graciela. «Nouvelles approches a l'étude de la consolidation démocratique» Revue *Internationale de Politique Comparée,* volume 8, N 2, 2001. pp. 191-198.

FORD, Elaine y otros. «Cronología Perú: 1990-2001 » En : *Las tareas de la transición democrática.* Comisión Andina de Juristas, Lima, septiembre 2001 pp. 323-392.

HERMET, Guy. « L'Amérique Latine face á la théorie démocratique » in Marques Pereira, Bérangére (ed.), *Enjeux politiques et théoriques actuels de la démocratie en Amérique Latine,* París, L'Harmattan, Cahiers GELA_IS N 1, 2001, pp.3-28.

HERMET, Guy. « Les démocratisations au vingtiéme siécle: une comparaison Amérique Latine / Europe de 1' Est. » *Revue Internationale de Politique comparée,* volume 8, N 2, 2001.pp. 285-304.

LOPEZ JIMENEZ, Sinesio. « Perú 2000-2001: La transición democrática y el gobierno de transición. » En : *Las tareas de la transición democrática. Comisión Andina de Juristas,* Lima, septiembre 2001 pp. 59-89.

LYNCH GAMERO, Nicolas. "Los modelos teóricos y el caso peruano" En: *La transición conservadora, movimiento social y democracia en el Perú 1975-1978.* El zorro de abajo ediciones, Lima, noviembre 1992 pp. 260.

MANSILLA, H.C.F "Las insuficiencias de la democracia contemporanea: una crítica de las teorías de la transición". *Revista del Nuevo Mundo* N 87-90 p.87-112.

MC CLINTOCK, Cynthia. " La voluntad política presidencial y la ruptura constitucional de 1992 en el Perú" En: Los enigmas del poder. Fujimori 1990-1996. Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1997 pp. 53-74.

O'DONNELL, Guillermo. « Repenser la théorie démocratique : perspectives latinoaméricaines ». Revue Internationale de Politique Comparée, volume 8, N 2, 2001.pp. 199-224.

SANBORN, Cynthia y Aldo PANFICHI. "Fujimori y las raíces del neopopulismo" En: *Los enigmas del poder. Fujimori 1990-1996.* Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1997 pp. 29-52..

Documentos juridicos

Diario de los débates. Asamblea Nacional de 1919. Primer volumen, imprenta Torres Aguirre, Lima, p. 1007.

Diario de los debates. Congreso Constituyente de 1931. Publicación oficial, Lima.

Diario de los débates. Asamblea Constituyente de 1978. Publicación oficial, Lima.

Actas de las sesiones del plenario. Constitucion política de 1993. Publicación oficial, Lima.

CONSENSO ELECTORAL PARA UNA NUEVA LEY DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y CONTROL CIUDADANOS

PROCESO DE REVOCATORIA DE AUTORIDADES

RAFAEL RODRÍGUEZ CAMPOS (*)

EDITH NEYRA CÓRDOVA (*)

SUMARIO: 1. Introducción. II. Breve resumen de la propuesta. III. Apuntes preliminares sobre la democracia y el proceso de revocatoria de autoridades. IV El proceso de revocatoria de autoridades. V Ocho propuestas de reforma electoral concreta. VI. Comentario final.

I. INTRODUCCIÓN

El Jurado Nacional de Elecciones (JNE), en un trabajo coordinado con la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), ha elaborado una iniciativa legislativa para sustituir la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanosr'l.

(*) Abogado PUCP. Investigador en temas de Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Escribe en diversos medios sobre temas de actualidad constitucional y política. Es maestrista en Ciencia Política en la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Actualmente se desempeña como abogado especialista en Derecho Público (Constitucional-Electoral) en la Gerencia de Registro Electoral del RENIEC.

(*) Abogada UNMSM. Con estudios culminados de Maestría con mención en Derecho Constitucional de la Escuela de Postgrado de la PUCP. Con experiencia en Misiones Electorales Internacionales. Ex Asesora de la Jefatura Nacional de la ONPE. Actualmente se desempeña como Asesora de la Jefatura Nacional del RENIEC y forma parte del grupo de trabajo que elaboró el proyecto de Nueva Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, que se comenta en el presente artículo.

[1] En este artículo se busca dar a conocer el contenido y las propuestas más importantes que los tres organismos electorales han formulado en el Proyecto de Ley N° 02274-2012/JNE referido a la Nueva Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (Proceso de Revocatoria de Autoridades). En ese sentido, este artículo toma como base y referencia el contenido de este Proyecto (propuesta normativa y exposición de motivos). El autor de este artículo suscribe en su totalidad todas y cada una de las propuestas planteadas en este Proyecto de Ley (en adelante el Proyecto).

Es importante señalar que esta propuesta normativa plantea la adopción de una serie de cambios institucionales destinados a potenciar la figura del Proceso de Revocatoria de Autoridades (PDRA), en el marco de los demás mecanismos de participación y control ciudadanos, además de delimitarla dentro de los alcances excepcionales, ya que busca someter a consulta la permanencia o no de una autoridad democráticamente elegida.

B. BREVE RESUMEN DE LA PROPUESTA

De acuerdo con lo expuesto por el JNE en el Oficio N° 0498-2013-P/JNE, documento mediante el cual los tres organismos electorales (JNE, ONPE y RENIEC) presentaron ante el Congreso de la República la referida iniciativa legislativa, podemos afirmar que entre las propuestas planteadas puede destacarse que las tres entidades han coincidido en mantener el porcentaje de adherencias requerido para solicitar la revocatoria (25%), pero eliminando el tope máximo de 400 000 firmas, aplicable exclusivamente en la actualidad para la provincia de Lima. De igual manera, recogiendo una propuesta del RENIEC, se está planteando que la adhesión a este pedido sea a través de la biometría, es decir, empleando las huellas dactilares y no únicamente a través de firmas, para asegurar la identidad de los adherentes. Además, que solo puedan adherirse quienes se encuentran en el padrón electoral aprobado en el proceso de elección de las autoridades regionales o municipales que se pretende revocar.

Del mismo modo, si bien por la dificultad en establecer listados taxativos, no se han incorporado causales expresas, sí se ha considerado que los fundamentos de la revocatoria deben sustentarse con documentos y ser hechos públicos, así como que las causales de vacancia, suspensión y los delitos no pueden pretender ser sustento de la revocatoria.

Asimismo, en atención a las funciones que ejercen los regidores y consejeros regionales, funciones normativas y de fiscalización, generalmente como órgano colegiado, se prevé que solo pueda someterse a revocatoria individual al presidente regional y al alcalde, y que los otros modos de pedir la revocatoria sean respecto del consejo regional (noción en la que se incluye expresamente al Presidente y Vicepresidente regionales) y el concejo municipal (que incluye al Alcalde).

Otra de las propuestas se refiere a la necesidad de eliminar las Nuevas Elecciones Municipales (NEM), que han sido muchas veces el principal incentivo para promover una revocatoria, buscando adelantar las elecciones. Es así que, desde la propuesta, si procediera la revocatoria, los revocados serían reemplazados por suplentes, sin que haya autoridades provisionales.

Finalmente, a propuesta de la ONPE, se plantea todo un marco para la verificación y control del financiamiento, que incluye topes, fuentes de financiamiento prohibidas y el procedimiento establecido, que, de ser el caso, implique la imposición de sanciones. Cabe señalar que este procedimiento estará a cargo de la ONPE y su resolución final será susceptible de impugnación ante el JNE.

Como se puede apreciar del contenido de la propuesta, estamos frente a una iniciativa de suma relevancia, pues constituye un aporte a la institucionalidad democrática de nuestro país, que responde a un diagnóstico "técnico" frente a las solicitudes, ámbitos de aplicación y resultados de los procesos de consulta popular de revocatoria realizados entre los años 1997 y 2013, que ha contado, como ya se dijo anteriormente, con el respaldo institucional de los tres organismos electorales de nuestro país.

HL APUNTES PRELIMINARES SOBRE LA DEMOCRACIA Y EL PROCESO DE REVOCATORIA DE AUTORIDADES

3.1.La democracia y el proceso de revocatoria de autoridades

Para los sistemas democráticos modernos, el único acceso al poder es a través de elecciones libres, competitivas y transparentes. En tal sentido, el mandato político de las autoridades tiene como origen el voto ciudadano, como rasgo característico de un sistema de democracia representativa. Se trata pues de un poder limitado espacial (separación y equilibrio de poderes) y temporalmente (duración del mandato).

3.2. Las autoridades y el periodo de mandato de gobierno

Durante el periodo del mandato, se entiende que la autoridad democráticamente elegida debe implementar una serie de políticas en su comunidad, que sean el reflejo (eso dice la teoría) de las propuestas y planes de gestión y gobierno que presentó ante la ciudadanía durante los meses de campaña electoral. No obstante ello, y como la realidad suele ser más compleja, esos planes pueden sufrir ciertos cambios, en cuanto a su contenido y sus plazos de ejecución (eso no debería suponer necesariamente el olvido de las promeses que se hicieron durante la campaña electoral).

3.3. La evaluación de las autoridades

Si las autoridades elegidas deben esforzarse por cumplir con sus promesas de campaña durante su periodo de mandato, ¿en qué momento los ciudadanos

pueden evaluar el desempeño político-funcional de las mismas? Muy simple, siendo el respeto por el mandato constitucional establecido (4 años en el caso de los Presidentes Regionales y Alcaldes) una regla "no escrita" (pero institucionalizada) de la democracia, los ciudadanos "premian" o "sancionan" a las autoridades en las elecciones siguientes ejerciendo su derecho de sufragio (los reeligen o eligen otra opción política). Por eso es que en los sistemas democráticos, sólo en casos excepcionales, el mandato de las autoridades elegidas mediante el voto popular puede ser legalmente interrumpido.

3.4. El proceso de revocatoria y la interrupción legal del mandato de las autoridades democráticamente elegidas

Algunos países, además de mecanismos de interrupción del mandato de autoridades como la vacancia, han introducido en sus respectivos ordenamientos constitucionales mecanismos de democracia directa, que le ofrecen a los ciudadanos la posibilidad de participar, fiscalizar y controlar el desempeño de sus autoridades, justamente uno de esos mecanismos es el PDRA, que en el caso de nuestro país aparece expresamente reconocido en los artículos 2° (17) y 31° de la Constitución, el mismo que ha sido desarrollado legislativamente mediante la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (cuya reforma, como ya se dijo, se plantea mediante la presentación del Proyecto que en esta oportunidad comentamos y cuyo contenido buscamos dar a conocer).

Sobre este punto, debemos entender con claridad que el PDRA es un mecanismo diferente a una elección (algunas veces los ciudadanos creen que se trata de dos instituciones de similar naturaleza). La elección constituye una técnica para formar la representación, a partir de una competencia por el poder en la que existen diversas opciones, ya sea a nivel presidencial, parlamentario, regional o municipal. En cambio, en el PDRA se cuestiona el poder de la autoridad, y puede desembocar en el término de su mandato. Eso quiere decir que a pesar de que en ambos casos se hace necesaria la manifestación de la voluntad popular mediante el sufragio, estas instituciones presentan diferente naturaleza.

En otras palabras, con la elección se otorga el mandato de representación a una autoridad y los competidores participan en igualdad de condiciones; sin embargo, en el PDRA lo que se efectúa es un cuestionamiento de la representación, en el que los representados, en una posición predominante, reiteran o retiran el mandato de representación a las autoridades sometidas a dicha consulta.

IV. EL PROCESO DE REVOCATORIA DE AUTORIDADES

4.1. El proceso de revocatoria de autoridades en la experiencia comparada

Muy pocos países en el mundo han incorporado al PDRA en sus respetivos ordenamientos jurídicos. De hecho, en aquellas democracias occidentales en las cuales este mecanismo ha sido expresamente regulado, este opera básicamente a nivel subnacional y en algunos estados (cuando se trata de Estados Federados como los Estados Unidos de Norteamérica). Eso quiere decir que este mecanismo no es, ni mucho menos, una figura extendida que forme parte de lo que se denomina "la base constitucional de las democracias occidentales". Inclusive, tenemos países en los cuales se reconocen ciertos mecanismos de democracia directa, pero no la revocatoria.

¿Por qué ello es así? Porque si bien su finalidad es adecuada, pues en teoría promueve la participación y fortalece la ciudadanía, su aplicación es muy compleja de regular, y su puesta en práctica puede resultar perjudicando las bases mismas del sistema democrático, debido a la polarización, inestabilidad y/o ingobernabilidad que este proceso puede traer consigo. A continuación veremos una lista (esperemos completa) de los países que cuentan con este mecanismo:

Países con revocatoria del mandato en el Mundo

País	Alcance
Alemania	6 regiones de 22
Canadá	1 provincia de 10
EE. UU	18 estados de 50
Suiza	6 cantones de 26
Argentina	10 provincias de 24
Bolivia	Nacional*
Colombia	Nacional
Ecuador	Nacional*
Perú	Nacional
Venezuela	Nacional*

* Este mecanismo de democracia directa se aplica a todos los cargos de elección popular

4.2. El proceso de revocatoria de autoridades en el Perú

El PDRA en el Perú fue reconocido por primera vez en la Constitución de 1993, junto a otros mecanismos de democracia directa como el referéndum, remoción de autoridades, iniciativa legislativa y rendición de cuentas.

Al año de haberse promulgado la actual Constitución, es decir en 1994, se promulgó la Ley N° 26300, que desarrolló esta figura, la misma que ha sido modificada hasta en 5 oportunidades desde esa fecha (1996, 2001, 2002, 2004 y 2009) en diversos aspectos (procedimentales y sustantivos)[2].

Nota: Debemos tener presente que el principio que subyace al sistema electoral municipal y regional, es el de dotar al alcalde y al presidente regional de una mayoría absoluta para poder gobernar, pues ambas autoridades son las responsables directas de la gestión. Los regidores y los consejeros regionales tienen funciones normativas y fiscalizadoras. Así ha sido desde 1963, en el caso municipal, y 2002, en el caso regional. Además, el periodo de gobierno local se incrementó de tres a cuatro años, a partir de 1998. La idea era que los resultados de una gestión se logran y son visibles a partir de cuatro años. Esto se replicó también a nivel regional, tal y como se expone en el Proyecto.

Cifras y estadísticas del proceso de revocatoria de autoridades en el Perú

Somos los campeones mundiales

En nuestro país, entre 1997 y 2013, 4712 autoridades municipales fueron sometidas a un PDRA, habiéndose revocado a 279 alcaldes y 1273 regidores. Si comparamos estas estadísticas con la experiencia comparada, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el Perú es el país con la mayor cifra de PDRA en el mundo (y con mayor cantidad de autoridades revocadas). Así por ejemplo, Ecuador solo ha sometido a consulta a 68 autoridades y Colombia a 32.

Debilidad institucional

Una vez más, si uno revisa las cifras, podrá darse cuenta que con el transcurrir de los años se ha producido un acentuado crecimiento de estas iniciativas, especialmente a nivel distrital. Ello ha generado, como se señala en el Proyecto, un clima de inestabilidad constante que atenta contra el fortalecimiento de los gobiernos locales e impide la mejora de la calidad de vida de la comunidad política. Y es que cuando el PDRA se pone en práctica en un país con instituciones débiles en donde los índices de cultura cívica y democrática son tan bajos, este mecanismo resulta generando más problemas

[2] Por ejemplo: el umbral o porcentaje requerido para revocar autoridades. De igual modo, las interpretaciones que se ha dado al artículo 25° con referencia a la revocación de más de 1/3 del Concejo Municipal o Consejo Regional. Estas modificaciones, legislativas y jurisprudenciales, han traído consigo nuevos escenarios y problemas que el Proyecto pretende corregir.

de los que presuntamente pretendía corregir. A continuación, podemos ver un cuadro que traduce en cifras lo que venimos afirmando:

Autoridades sometidas a revocatorias

Autoridades sometidas a consulta 1997-2013					
Años	Alcaldes	Regidores	Total	Alcaldes revocados	Regidores revocados
1997	61	129	190	42	93
2001	166	461	627	11	28
2004	187	691	878	29	109
2005-1	13	54	67	8	35
2005-II	6	21	27	3	7
2008	240	999	1239	95	444
2009	67	271	338	22	132
2012	264	1040	1304	69	400
2013-1	1	42	43	0	25
Total	1005	3708	4713	279	1273

Fuente: InfoGob — JNE

- Los casos extremos

Ahora bien, si analizamos con mayor rigor este fenómeno, nos encontramos con casos realmente *sui géneris* de localidades en las cuales se ha realizado un PDRA en cinco oportunidades, de cinco posibles: San Silvestre Cochan (Cajamarca), Amantaní (Puno), Curimaná (Ucayali). Vale decir que desde 1995, en esos distritos, no ha habido alcalde elegido que no haya pasado por un proceso de consulta.

Nota: El caso más extremo sucedió en San Silvestre de Cochan. El 30 de setiembre del 2012 fue revocado Flavio Barrantes, alcalde del APRA, quien anteriormente había postulado seis veces y que fue el promotor de los PDRA de todos los alcaldes anteriores. Cuando fue elegido en el 2010, todos los grupos políticos se unieron y lo revocaron.

1997-2013: Distritos con mayor número de PDRA

Departamento	Provincia	Distrito	Número de antecedentes	Año de Consulta
Cajamarca	San Miguel	San Silvestre de Cochan	5	1997-2001-2004-2008-2012
Puno	Puno	Amantaní	5	1997-2001-2004-2009-2013
Ucayali	Padre Abad	Curimaná	5	1997-2001-2004-2008-2013
Ancash	Bolognesi	La Primavera	4	2001-2004-2008-2012
Ancash	Ocros	Cochas	4	2001-2004-2008-2012
Ancash	Ocros	San Cristóbal de Raján	4	2001-2004-2009-2012
Arequipa	Caravelí	Lomas	4	2001-2004-2008-2012
Cajamarca	San Miguel	La Florida	4	2001-2004-2009-2012
lea	Nazca	Changuillo	4	2001-2004-2009-2012
Lima	Yauyos	Catahuasi	4	2001- 2005 II-2009-2012
Ancash	Aija	Huacllán	4	2001-2004-2009-2012

- ¿Qué características presentan estas localidades en las cuales se presentan con mayor frecuencia este tipo de iniciativas?

De 757 circunscripciones en donde se han realizado los PDRA, 748 son distritos y tan solo 9 son provincias. Cabe señalar que ningún Presidente Regional o miembro del Consejo Regional ha sido sometido a consulta. Asimismo, podemos afirmar que el 92% de estas circunscripciones presenta una población menor a cinco mil electores. Siendo la provincia de Pisco, a excepción de Lima, la que ha tenido más electores con cerca de 95 mil votantes. Como bien se expone en el Proyecto, estas circunscripciones suelen presentar una población bastante dispersa, pues se trata en su mayoría de distritos rurales. El mayor porcentaje de PDRA se presenta en la Sierra, seguida de la Costa y de la Selva. Finalmente, se observa también que la mayoría de estas circunscripciones se encuentran ubicadas en los departamentos con mayor actividad de industrias extractivas, con el consiguiente incremento de los presupuestos municipales, así como de conflictos sociales.

V. OCHO PROPUESTAS DE REFORMA ELECTORAL CONCRETA

Luego de haber hecho un breve balance del PDRA en nuestro país, del impacto político e institucional que este ha tenido en las circunscripciones en las cuales fue llevado a cabo, y de la manera cómo esta iniciativa ha venido siendo operativizada (pedidos que aumentan progresivamente en localidades con menos de 5000 mil electores, por ejemplo), y de haber constatado que este mecanismo de democracia directa ha terminado generando muchos problemas para la gobernabilidad y consolidación institucional de nuestra democracia, pasaremos a detallar las ocho propuestas de reforma que los tres organismos electorales de nuestro país han presentado en el marco del Proyecto de Ley al que hacemos referencia en la introducción de este artículo.

5.1. El procedimiento de verificación biométrica

Según se afirma en el Proyecto, la experiencia en este terreno ha demostrado altos porcentajes de falta de coincidencia entre la firma de adherencia presentada y aquella que figura en el registro, lo cual tiene, en la regulación actual, como única consecuencia jurídica la posterior puesta en conocimiento del Ministerio Público, mas el procedimiento continúa, sin ninguna limitación, además de que no se cuenta con la posibilidad de dilucidar indubitablemente la identidad de quienes habrían expresado su adherencia a determinada iniciativa o consulta.

Por ello, en el Proyecto se plantea la sustitución del sistema de adhesiones a través de los formatos de recolección de firmas de adherentes, existente actualmente, por un sistema de adhesión a las iniciativas o consultas, mediante la aplicación de la tecnología biométrica, lo cual ha derivado en la modificación del tratamiento de este tema en los procedimientos de adherencia de los diferentes derechos de participación y control ciudadanos.

Para ilustrar ello, resulta relevante detenerse en el artículo 4° del Proyecto, que señala lo siguiente:

"Artículo 4°.- Inicio del procedimiento

t.] Una vez que la Oficina Nacional de Procesos Electorales verifique el cumplimiento de los requisitos formales, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil creará un Registro de Adherentes de la respectiva solicitud en que se registrará a los ciudadanos que se adhieran a la iniciativa, hasta completar el número mínimo exigido en cada caso. Dicho registro se realizará utilizando tecnología de identificación biométrica digital, conforme a lo reglamentado por dicha entidad [..1".

Ahora bien, en las circunscripciones donde no sea posible la inmediata implementación del sistema de Registro Biométrico de Adherentes digital se utilizará el sistema manual de adherentes a través de las listas de adherentes, en cuyo caso en el Proyecto se plantea que el promotor y el encargado de la directa recolección asuma responsabilidad en caso se presente falta de coincidencia de la firma con la información que figura en el RENIEC. La consecuencia de dicha discrepancia no será únicamente para eventuales denuncias o investigaciones, sino también respecto de la iniciativa planteada, que será rechazada si determinado porcentaje de firmas o datos no coinciden con aquellos de los registros, propuesta que se incluye, entre las disposiciones modificatorias, transitorias, derogatorias y finales, en los siguientes términos:

> *"Quinta.- En las circunscripciones donde no sea posible la inmediata implementación por parte del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del sistema de Registro Biométrico de Adherentes digital al que se refiere el artículo 4 de la presente Ley, se utilizará el sistema manual de adhesiones a través de las listas de adherentes. En este caso, los formatos de recolección de firmas tendrán las características y medidas de seguridad que establezca el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, y deberán basarse también en la identificación biométrica a través de huella digital.*
>
> *Sexta.- En los casos en que se emplee el sistema manual de adhesiones, si se determina que un porcentaje mayor al treinta por ciento (30%) de las firmas presentadas no corresponde a su registro, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil informa a la Oficina Nacional de Procesos Electorales para que declare improcedente la solicitud presentada. Adicionalmente, independientemente del porcentaje, pone este hecho en conocimiento del Ministerio Público, para que proceda conforme a sus atribuciones y haga efectivas las responsabilidades que se determinen contra el promotor, el encargado de la recolección de dichas firmas y demás partícipes en cualquier indicio de ilícito penal relativo a este hecho".*

5.2. Fundamentar (no probar) las razones que impulsan el proceso de revocatoria de autoridades

Actualmente, la ley establece que la solicitud de revocatoria debe ser fundamentada pero no probada. Sin embargo, la práctica muestra que únicamente se hace hincapié en la segunda parte de este mandato (no se requiere probar) y se desatiende la primera -fundamentada. De esta manera, se señala en el Proyecto, se aducen causales muy generales, así como otras, que pueden ser canalizadas por mecanismos como la vacancia de la autoridad municipal o regional o un

proceso que determine la responsabilidad penal, o incluso hacen referencia a alegaciones de índole personal o ajena a la gestión (la que debería ser objeto de valoración). No existiendo en los expedientes documentación alguna que sustente mínimamente el cuestionamiento de la autoridad.

Por ello, el Proyecto plantea la exigencia de que las solicitudes sean fundamentadas y que, además, se adjunten documentos que sustenten los motivos alegados para que se inicie el procedimiento que derive en la realización de la consulta popular de revocatoria, con los siguientes alcances:

"Artículo 20^0.- Solicitud de revocatoria

[...] La solicitud debe estar fundamentada. Los fundamentos deben ser hechos públicos por los promotores y los organismos electorales durante el procedimiento de verificación de firmas y hasta que se realice la consulta.

Se deben adjuntar los documentos que sustenten la fundamentación formulada contra la autoridad o autoridades.

Las causales de vacancia o suspensión y los delitos no pueden ser invocados para sustentar los pedidos de revocatoria.

La verificación de la presentación de los documentos está a cargo de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, que, de constatar el incumplimiento, declarará improcedente la solicitud Dicha decisión es apelable ante el Jurado Nacional de Elecciones.

Si se cumple con los requisitos, la Oficina Nacional de Procesos lo comunica al Registro Nacional de Identificación y Estado civil para que proceda a la creación del Registro de Adherentes a que se refiere el artículo 4 de la presente Ley".

5.3. Firmas necesarias para el proceso de revocatoria de autoridades

Del mismo modo, la norma actual exige que para solicitar la consulta popular de revocatoria se requiere la adhesión del 25% del padrón de la circunscripción, con un límite de 400 000 firmas. Sin embargo, ese límite solo se aplica a la provincia de Lima, que representa solo el 6,7% de los electores. Esa diferencia, acota el Proyecto, atenta contra el principio de igualdad. No hay razón para que ese límite exista, pues justamente el valor en porcentajes (25%) está dado en proporción y, por ello aumentará o reducirá según el incremento o reducción de la población electoral. Por tanto, eliminar este límite, como exigir documentar la solicitud de revocatoria, constituye una necesidad, por lo que se incorpora en este Proyecto con el siguiente tenor:

"Artículo 20°.- Solicitud de revocatoria

[...J La consulta se lleva adelante en una circunscripción electoral si el veinticinco por ciento (25%) de los ciudadanos incluidos en el padrón electoral aprobado para la elección de las autoridades que busca someter a consulta, se adhiere a la solicitud respectiva [...J ".

Nota: Lima, es la capital del país y tiene las funciones de un gobierno regional. Sin embargo, como se señala líneas arriba, es en el que menos firmas de adhesión se requiere (6,7%) para solicitar una consulta. No existe en ningún caso, comparado con los países de la región, algo igual. Por ello, el proyecto elimina el tope de las 400 000 firmas de adhesión, igualando lo exigido en 25% del padrón. Esta es sin lugar a dudas, una de las reformas más importantes, pues mantener el actual diseño constituye una violación clara del principio democrático.

5.4. El padrón electoral que se tomará como referencia para el proceso de revocatoria de autoridades

En el Proyecto se precisa que el padrón de referencia para las adhesiones debe ser aquel que sirvió para la elección de autoridades. Es decir, el de las últimas elecciones municipales y regionales ordinarias. Esto en razón a que quienes pueden apoyar —con su firma- una consulta de revocatoria deben ser los ciudadanos que eligieron a la autoridad. De igual modo en el caso del o de los promotores de la consulta.

De esta manera, se asocia a los actores principales del mecanismo con los residentes electores que dieron origen al mandato, idea que el Proyecto incorpora en los términos siguientes:

"Artículo 4°.- Inicio del procedimiento

Cualquier ciudadano con domicilio en su documento de identidad dentro del ámbito de aplicación de la iniciativa o consulta que se busca promover puede solicitar el inicio del procedimiento ante la Oficina Nacional de Procesos Electorales.

En el caso del ejercicio de los derechos de control ciudadanos, el ciudadano o grupo de ciudadanos debe figurar en el padrón electoral aprobado para la elección de las autoridades que se busca someter a consulta y residir dentro del ámbito de aplicación de la consulta. [...J ".

¿Por qué es importante esta reforma?

Como bien se señala en el Proyecto, esta reforma tiene un impacto fundamental en la llamada trashumancia electoral, comúnmente llamado elector "golondrino" que aparece, en muchos lugares, especialmente en este

mayoritario grupo de circunscripciones de pocos electores, consistente en inscribir de manera falsa a un elector en un lugar distinto a la residencia real para favorecer un resultado electoral determinado en una circunscripción concreta. Recordemos que el Código Penal ya recoge esta figura como supuesto de delito contra la voluntad popular.

5.5. Votos necesarios para revocar a una autoridad

En el Proyecto se señala que siempre el legislador peruano entendió que el mecanismo de la revocatoria era excepcional. Dar fin al mandato implica cortar la representación y retirar el poder con el que envistió a una autoridad. No es, como hemos observado, un proceso electoral en el que se elige una autoridad entre varios competidores. Se debe evitar, por lo tanto, que un mecanismo como el de la revocatoria se utilice de manera irresponsable.

Sin embargo, como bien se recuerda también en el Proyecto, la ley, que establecía que para revocar a una autoridad se requería de la mitad más uno de los electores -ciudadanos de una circunscripción- sobre los que se gobierna, fue modificada, en el 2009, por la mitad más uno de los votos válidos. Esta modificación exigió que, a su vez, se colocara un umbral de participación del 50% mínimo para que proceda la revocatoria.

Esto hizo que se abran situaciones como las referidas a que una autoridad podía ser revocada con un número de votos menores a los que salió elegida. De la misma manera, se creó un posible problema adicional, pues al ser la revocatoria por cada autoridad, se podía dar el escenario de que los votos válidos fueran menos de un tercio de los emitidos, por lo que la revocatoria no procedía. Esto creó la confusión de pensar en la necesidad de una consulta de revocatoria "complementaria", que no procedía. Finalmente, reducir el umbral permitió que se revoque a un alto número de autoridades.

Por ello, en el Proyecto, desde la posición del JNE, se opta por el regreso a la formulación anterior, es decir, que para revocar a una autoridad se requiere la mitad más uno de los electores, con los alcances siguientes:

"Artículo 22°.- Procedencia de la revocatoria

Para revocar a la autoridad o autoridades sometidas a revocatoria, se requiere el voto aprobatorio de la mitad más uno de los electores hábiles del padrón electoral de la circunscripción.

En cualquier caso, la cantidad de votos requerida para la revocación no puede ser menor a la cantidad de votos con los que la autoridad en consulta fue elegida.

Tampoco procede la revocatoria si los votos nulos o blancos, sumados o separadamente, superan los dos tercios de los votos emitidos.

Solo serán aplicables a la revocatoria las causales de nulidad electoral reguladas en el artículo 363 de la Ley Orgánica de Elecciones y el artículo 36 de la Ley de Elecciones Municipales. Si se declara la nulidad de la consulta popular de revocatoria, no se realiza una nueva, sino que se entiende rechazada la solicitud".

Con ese porcentaje exigido, si se hace una simulación de los PDRA realizados entre 1997 y 2012, encontraríamos que tan sólo 62 alcaldes y 221 regidores hubieran sido revocados. Este número ya configura la mayor cantidad de autoridades revocadas, en tan corto tiempo, en el mundo.

Simulación: autoridades revocadas
Bajo el universo del padrón electoral

CPR	Alcaldes	Regidores
	Revocados	Revocados
1997	0	0
2001	11	28
2004	29	109
2005 I	4	18
2005 II	1	2
2008	10	34
2009	4	15
2012	3	15
Total	62	221

Por su parte, *y* sobre esta misma temática, la propuesta de la ONPE y el RENIEC plantea mantener la fórmula vigente con algunas modificaciones, con el tenor siguiente:

"Artículo 22°.- Procedencia de la revocatoria

Para revocar a la autoridad o autoridades sometidas a revocatoria, se requiere la mitad más uno de los votos válidos.

Para que proceda la revocatoria deberán haber asistido por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de los electores hábiles del padrón electoral.

En cualquier caso, la cantidad de votos requerida para la revocación no puede ser menor a la cantidad de votos con los que la autoridad en consulta fue elegida.

Tampoco procede la revocatoria si los votos nulos o blancos, sumados o separadamente, superan los dos tercios de los votos emitidos.

Solo serán aplicables a la revocatoria las causales de nulidad electoral reguladas en el artículo 363 de la Ley Orgánica de Elecciones y el artículo 36 de la Ley de Elecciones Municipales. Si se declara la nulidad de la consulta popular de revocatoria, no se realiza una nueva, sino que se entiende rechazada la solicitud".

5.6. La eliminación de las nuevas elecciones municipales (NEM)

El actual diseño institucional que la ley estructuró prescribe que si se revoca a un tercio del concejo municipal o consejo regional, se debe convocar a NEM.

Hasta el 2008, como se expresa en el Proyecto, si eso ocurría, se convocaba para elegir a todo el concejo en su conjunto. Ese año, el JNE emitió una resolución en donde señalaba que en las NEM solo se elegirían los reemplazantes de las autoridades revocadas.

Las NEM producen, según se detalla en el Proyecto de Ley, tres impactos que han sido negativos. El primero que se han convertido en el principal incentivo para solicitar la revocatoria. En consecuencia, en un gran porcentaje quienes se encuentran comprometidos en el proceso son ex candidatos y ex alcaldes. En segundo lugar, crea provisionalidad, pues entre la revocatoria de una autoridad y las elecciones que permitan elegir a su reemplazo, hay alcaldes y/o regidores cuyo mandato ha variado entre seis meses y más de un año. Esto ha sometido al municipio a un fraccionamiento del periodo de mandato en el que difícilmente una autoridad tiene tiempo suficiente para desarrollar una gestión de manera adecuada.

Tres periodos de mandato cuando hay NEM

	Alcalde/regidor elegido	**Alcalde/regidor provisional**	**Alcalde/regidor por NEM**
REV 2004	1 año 6 meses y 19 días	1 año 14 días	1 año 5 meses 28 días
REV 2005 (1)	2 años 7 meses 3 días	1 año 1 mes 13 días	4 meses 18 días
REV 2005 (2)	2 años 10 meses	9 meses 13 días	4 meses 18 días
REV 2008	1 año 11 meses 7 días	11 meses 22 días	1 año 1 mes 1 día
REV 2009	2 años 10 meses 28 días	6 meses 7 días	6 meses 25 días
REV 2012	1 año 9 meses	8 meses 7 días	1 año 5 meses 24 días
REV 2013 Lima	2 años 2 meses 17 días	8 meses	1 año 1 mes 13 días

Finalmente, y también esto se afirma en el Proyecto, posterior a las NEM, en muchos municipios, el alcalde pierde la mayoría absoluta (la mitad más uno del número legal del concejo) que obtiene cuando gana las elecciones en el que fue elegido bajo un sistema electoral (premio a la mayoría) que justamente permitía, o al menos lo hacía teóricamente, que tuviera una mayoría suficiente para poder gobernar. Situación que replicó el diseño del gobierno regional, desde que se eligieron los primeros, en el 2002. Incluso hay casos en que en municipios con cinco regidores han terminado con tres o cuatro organizaciones en el concejo municipal, cuando antes la mayoría tenía cuatro regidores, más el alcalde, y la minoría un regidor.

Así, el balance de 16 años de revocatoria muestra que el incentivo ha sido la realización de las llamadas NEM. El incentivo del control ciudadano encaminado a revocar a la autoridad fue superado por el adelanto de las elecciones, a través de la NEM, como se ha manifestado en la última década y media. Es decir, el balance del uso otorgado al mecanismo de la revocatoria debe permitir ajustar la norma para que su aplicación sea coherente con los propósitos de participación y control, y no que se promueva por otro tipo de objetivos.

Nota: En algunos casos, como lo ha evidenciado el Proyecto, si se revocan regidores, pero no al alcalde, varias organizaciones que promovieron o apoyaron las revocatorias no participan en las NEM, pues el incentivo mayor era el adelanto de la elección del cargo de alcalde. Es más, hay casos como en las NEM del 2010, en los que, en determinadas circunscripciones, no se presentó ninguna lista. Eso ocurrió en los distritos de San Cristobal de Raján, Islay, Choco, Condoroma, Salcahuasi, San Pedro de Huancayré, Inambari, Chotaja. En ellos, las autoridades provisionales se convirtieron en permanentes.

Incluso en el proceso electoral que se realizó el pasado 7 de julio del presente año se debieron excluir 14 circunscripciones de las NEM, en la medida en que no se presentaron listas de candidatos (Pachaconas, Quicacha, Yauca, Tapay, Huaripampa, Atavillos Alto, Estique Pampa) o la totalidad de las presentadas fueron declaradas improcedentes (Ataura, San Antonio de Cachi, Virundo, Tinicachi, Ayapata, San José de Ushua, Jeberos), distritos en los que se ha convocado otra vez a NEM para el 16 de marzo de 2014. En consecuencia, la eliminación de las NEM permitiría retirar el principal incentivo de las revocatorias que han tenido un impacto y un costo institucional, político y económico, muy alto.

Por estas razones, en el Proyecto se plantea, sobre este punto en particular, las siguientes modificaciones legales:

"Artículo 23°.- Nuevas autoridades

Si se declara la revocatoria del presidente regional, el alcalde, el consejo regional o el concejo municipal, el Jurado Nacional de Elecciones acredita

como reemplazantes de las autoridades revocadas, para que complete el mandato, según las siguientes reglas:

a. Tratándose del presidente regional, al vicepresidente regional.

b. Tratándose del alcalde, al teniente alcalde.

c. Tratándose del consejo regional, a los consejeros regionales suplentes.

d. Tratándose del concejo municipal, a los regidores suplentes.

e. Tratándose de jueces de paz provenientes de elección popular; conforme a la ley de la materia".

Sin embargo, al no tener responsabilidades ejecutivas, sino normativas y fiscalizadoras, los regidores y consejeros regionales deben ser revocados como parte del Concejo Municipal o Consejo Regional, y no de manera individual, conforme plantea el Proyecto en el tenor siguiente:

"Artículo 20°.- Solicitud de revocatoria

La revocatoria es el derecho que tienen los ciudadanos para someter a consulta de sus cargos a las siguientes autoridades:

a. Presidente regional.

b. Alcalde.

c. Consejo regional, incluyendo a su Presidente y Vicepresidente Regional.

d Concejo municipal, incluyendo a su alcalde.

e. Jueces de paz que provengan de elección popular, de manera individual [...J"

Asimismo, en el Proyecto se ha tomado a bien incluir también una propuesta frente a las eventuales declaratorias de vacancia de quienes integran el Consejo Regional o Consejo Municipal, razón por la cual se plantea lo siguiente:

"Artículo 20°.- Solicitud de revocatoria

[...J Las autoridades que asumen el cargo como consecuencia de la vacancia o inhabilitación por condena judicial durante el segundo, tercer o cuarto año de mandato no pueden ser sometidas al proceso de consulta popular de revocatoria [...J ".

5.7. Calendarización el proceso de revocatoria de autoridades

La actual ley, según se refiere en el Proyecto, permite que el PDRA se convoque en el segundo y tercer año del mandato. Esta dinámica ha mostrado que muchos promotores compran el "kit" o formato electoral el primer día útil del segundo año del mandato, lo que muestra ya la voluntad de revocar cuando, en principio, debe tratarse de una evaluación de la gestión *y* desempeño de las

autoridades subnacionales y, en la cuarta parte del mandato, difícilmente una autoridad puede mostrar frutos de un plan, más aún cuando se trata de proyectos de envergadura. Vale la pena recordar que luego del periodo municipal 1995-1998, este se extendió de tres a cuatro años, bajo la idea que solo en un periodo de estas características temporales una autoridad subnacional puede cumplir con el plan por el que fue elegida.

De igual manera, en la medida en que se trata de fechas que no son de calendario fijo, se ha creado incertidumbre entre los actores involucrados en la revocatoria respecto al momento de su realización. Asimismo, tener dos años posibles de PDRA (el segundo y tercero) muestra el incremento de los presupuestos, debido a que por cada PDRA, los organismos electorales tienen que crear un aparato administrativo y jurisdiccional adecuado para ejercer las diversas funciones requeridas en cada proceso electoral.

En consecuencia, se hace hincapié en el Proyecto, lo más conveniente es fijar la fecha de los PDRA, debiendo ser una, a lo largo de todo el periodo del mandato. Como en todo proceso electoral, esta requiere una serie de plazos internos, que son preclusivos. Desde el plazo de la presentación de solicitudes (con el número mínimo de adhesiones obtenidas), para pasar luego a la convocatoria del PDRA, cierre y aprobación del padrón electoral, seguido de la posterior realización de la consulta. Si el inicio de la presentación de las solicitudes se produce al año y medio del mandato, la fecha de la consulta sería el último domingo de noviembre del tercer año, de tal manera que las autoridades que reemplacen a las revocadas, se instalen el primer día hábil del último año del mandato, lo que el Proyecto plantea como sigue:

"Artículo 21.- Cronograma de la revocatoria

La consulta de revocatoria solo procede una vez en el periodo de mandato regional o municipal del cual se trate, el último domingo de noviembre del tercer año, salvo el caso de los jueces de paz.

Las solicitudes para someter a una autoridad a consulta popular de revocatoria se pueden presentar el primer día útil del mes de julio del segundo año de mandato, con los fundamentos y documentos que los sustenten.

Los promotores deben completar el número de adherentes requerido a más tardar el último día hábil del mes de abril del tercer año de mandato.

El Jurado Nacional de Elecciones convoca a la consulta, a más tardar ciento cincuenta (150) días antes del acto de consulta.

El cierre del padrón electoral se produce como máximo ciento veinte (120) días antes del acto de consulta popular de revocatoria. El padrón electoral actualizado por el Registro Nacional de Identificación y *Estado Civil, que se utilizará en el proceso electoral convocado, será remitido al Jurado*

Nacional de Elecciones con noventa (90) días de anticipación a la consulta. El Jurado Nacional de Elecciones aprueba su uso dentro de los diez (10) días siguientes; de no hacerlo, al vencerse este plazo, el padrón electoral queda automática y definitivamente aprobado."

5.8. Verificación y control del financiamiento económico en el proceso de revocatoria de autoridades

En muchos de los PDRA llevados a cabo en nuestro país, se han planteado cuestionamientos en torno al uso indebido de recursos estatales por parte de quienes ejercen un cargo público con el objetivo de hacer campaña en su favor y en contra de su revocatoria y, al mismo tiempo, se discute la presencia de financiamiento (altos montos) particular de determinados sectores que promueven la revocatoria de una autoridad.

Esta preocupación por transparentar el uso de recursos (públicos y/o privados) en el marco de campañas electorales llevadas a cabo en este tipo de procesos, nos obliga a tomar medidas que permitan fiscalizar los fondos utilizados por todos los actores involucrados, más aún cuando se sabe que estos recursos y la transparencia con la que los mismos se manejen, pueden incidir en la orientación de la voluntad popular expresada en el voto, además que al contar con información sobre los aportantes privados se podrá identificar a los grupos que respaldan el procesos electoral y sus posibles intereses.

En ese sentido, se ha estimado imperioso establecer mecanismos que coadyuven a la tarea de fiscalización y control de los recursos que financian la revocatoria, para lo cual resulta insoslayable incluir dentro de este proyecto de reforma legislativa propuestas que fortalezcan la transparencia en los ingresos y gastos que implican un proceso electoral de esta naturaleza.

Al respecto, como bien lo apunta el Proyecto, actualmente, la Ley N° **28094, Ley de Partidos Políticos, regula las prerrogativas, derechos y obligaciones de las organizaciones políticas inscritas en el Registro de Organizaciones Políticas, y, en su artículo 34°,** solo reconoce la competencia de la ONPE para efectuar la verificación y control externos de la actividad económico-financiera de dichas organizaciones, a través de la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios. Sin embargo, no otorga atribución alguna al referido organismo electoral para efectuar la verificación y control de los fondos utilizados en los procesos de consulta popular de revocatoria.

Es así que, ante la ausencia de una regulación sobre fiscalización y control del financiamiento del proceso de revocatoria, se ha estimado necesario, y así se incluye en el Proyecto, el dotar a ONPE de las competencias necesarias para efectuar dicha labor, con disposiciones legales que establezcan las reglas de

presentación de la información de ingresos y gastos, los plazos, así como las sanciones a imponerse por el incumplimiento de rendición de cuentas.

VI. COMENTARIO FINAL

A modo de síntesis, podríamos concluir que lo que busca este Proyecto de Ley es mantener el mecanismo de democracia directa conocido como Proceso de Revocatoria de Autoridades, reconocido en nuestra Constitución, pero enmarcado en un cuerpo normativo que retire los incentivos más perniciosos, exija más a quienes quieren terminar con el mandato de una autoridad, ajustando todos los procedimientos y presupuestos para un uso más eficiente y responsable. Si bien este Proyecto ha sido incluido en el Dictamen presentado el 9 de julio último por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, esperamos que este Proyecto (o algunas de sus propuestas) pueda ser debatido con el mayor rigor técnico y político por la representación nacional, pues creemos que su implementación ayudará no sólo a garantizar el ejercicio pleno de los derechos de participación y control ciudadanos, sino también velará por la preservación de valores como el orden, la gobernabilidad y la consolidación institucional de nuestra democracia.

LAS REFORMAS ELECTORALES EN PERÚ (1978-2012) Y EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

CYNTHIA VILA ORMEÑO

SUMARIO: *Resumen I. Introducción. II. Sistemas Electorales y los Principios de Representación Constitucionalizados.* ***111*** *Revisión histórica de los procesos de Reforma Electoral (1978-2011). IV Propuestas actuales de Reforma del Sistema Electoral Peruano: JNE y ONPE V. Conclusiones.*

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo principal evaluar los procesos de reforma electoral impulsados en Perú durante las últimas décadas, con énfasis en las propuestas de creación del Código Electoral elaboradas por el Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en la actualidad materia de debate en el Congreso de la República. El estudio compara los diferentes procesos de reforma a partir del diagnóstico contextual. El objetivo es analizar de qué manera se ha dado cumplimiento el principio de representación proporcional amparado en las constituciones de 1979 y 1993.

[1] Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Máster en Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas por la Universidad de Salamanca; doctoranda en Estado de Derecho y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca; visiting scholar en Boston University y con estancia de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinadora del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Docente de post grado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de pre-grado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

I. INTRODUCCIÓN

En un sistema político democrático las elecciones constituyen los procesos mediante los cuales se agregan las preferencias de los ciudadanos de una comunidad, para determinar quién o quiénes de sus miembros tomarán directamente las decisiones políticas colectivas y, al mismo tiempo, qué políticas públicas desean que se implementen[2]. Las preferencias se convierten en puestos de representación a través de un conjunto de mecanismos denominado sistema electoral, el cual surge como reflejo de un debate político y puede alterarse cuando el contexto cambia (Taagepera & Shugart, 1989).

El diseño de los sistemas electorales ha sido protagonista de los procesos democratizadores en la región en las últimas décadas, al ser el mecanismo usado para legitimar a los nuevos gobiernos. Por ello, si bien los estudios sobre sistemas electorales se habían centrado en el impacto de sus elementos sobre la estabilidad política, el sistema de partidos o la representación, llegando a importantes conclusiones (Rae, 1975; Nohlen, 1981; Sartori, 2004; Lijphart, 1994), no se enfocaron en investigar las causas del alto grado de variación de las reglas electorales (Boix, 1999, pág. 609). No obstante, debido a los números cambios detectados en el diseño de los sistemas electorales, los recientes estudios han fijado su objeto en los procesos de reforma, dando valor a los actores que los llevan a cabo y a sus incentivos de cara al cambio (Buquet, 2007; García Diez, 2001; Freidenberg, 2009).

La importancia de examinar los cambios sufridos por los sistemas electorales constituye un elemento esencial para la evaluación del funcionamiento de las democracias y, en el caso peruano, es trascendental ya que su sistema electoral ha sido modificado en diversos momentos y en diferentes dimensiones, asistiendo a intereses particulares de los actores políticos en el gobierno.

El objetivo principal de este trabajo es evaluar y comparar el sistema electoral peruano, desde el punto de vista del cambio, es decir, desde sus reformas, con énfasis en los proyectos de ley que en la actualidad han sido presentados al Congreso de la República por el Jurado Nacional de Elecciones —JNE- y la Oficina Nacional de Procesos Electorales —Onpe- y de diversas fuerzas parlamentarias.

Para ello, se define el significado de sistema electoral y los principios de representación que les sirve de sustento. Posteriormente, se analizan las reformas llevadas a cabo en las últimas elecciones generales, identificando los

[2] A pesar de no ser la única forma de selección de autoridades, las elecciones tienen *"una validez, un reconocimiento y una legitimidad democráticas especiales"* (Anduiza & Bosch, 2004, pág. 64).

actores que las impulsaron, el motivo del cambio y los aspectos del sistema electoral reformados. Luego de haber obtenido el contexto reformista, se realiza un diagnóstico de dichas reformas de cara al principio de representación amparado en la Constitución vigente al momento de la elección.

El resultado de dicha revisión nos mostrará que a pesar de las múltiples reformas electorales en Perú desde 1980, no se ha logrado un equilibrio entre la representación y la gobernabilidad, sino más bien han contribuido al debilitamiento del sistema electoral y del sistema de partidos, en la medida en que han respondido al antojo político de los actores en el poder; además, que las actuales reformas al incluir elementos que son propios de los sistemas de representación mayoritaria, disminuyen el efecto proporcional que debe tener el sistema según lo establece la Constitución de 1993.

II. SISTEMAS ELECTORALES Y LOS PRINCIPIOS DE REPRESENTACIÓN CONSTITUCIONALIZADOS

2.1 Definición de sistemas electorales y principios de representación

Los sistemas electorales son un conjunto de reglas que determinan la forma en que se articulan las preferencias y como éstas se convierten en escaños o autoridades a través de la competencia entre partidos políticos (Farrel, 2011; Rae, 1975; Nohlen, 1981; Sartori, 2004; Gallagher & Mitchell, 2006; Lijphart 1994)[131]. Dichas reglas difieren unas de otras de acuerdo a la composición de sus elementos e impactan en el sistema político y en el sistema de partidos.

Los sistemas electorales que existen en el mundo suelen diferenciarse de acuerdo a dos principios de representación (Nohelen, 1981, pág. 40):

- El principio de representación mayoritaria, en el cual el triunfador se queda con todo; y
- El principio de representación proporcional, en el cual el triunfo es compartido entre el partido mayoritario y los partidos de minoría.

A partir de estos principios se forman tres tipos de sistemas• de mayoría, proporcionales o mixtos. Una misma votación podría tener diferentes resultados según se trate de un sistema u otro, y diferente impacto en la proporcionalidad, gobernabilidad y grado de participación del sistema. Así, la elección de uno de los principios conlleva a un constante conflicto entre la protección de la

[3] Existen otras definiciones de sistema electoral como la de Cox, 1997, quien lo entiende como un conjunto de leyes *y* normas sobre los partidos que regulan la competencia electoral entre y dentro de los partidos. En el mismo sentido, para Mainwaring (1991, pág. 22), un sistema electoral *"involucra muchos detalles que regulan una rango amplio de temas, desde como los candidatos son nominados hasta como son distribuidos los escaños"*.

mayoría y la formación de gobiernos sólidos —propio del principio mayoritario-, y la protección de la representación o la defensa de la voluntad del electorado— propio del principio proporcional-J[4] Ello dependerá también de la forma en que estén estructurados los elementos de un sistema electoralm.

Teniendo en cuenta dichos elementos, las dimensiones que el concepto abarca pueden dividirse en dos, interpartidista e intrapartidista, en función a los efectos que tiene el sistema electoral, como variable independiente, sobre variables como la proporcionalidad del sistema (representación); los partidos políticos y el sistema de partidos (gobernabilidad)m; la relación entre electores y candidatos (participación) (García Diez, 2006, pág. 14).

- *Dimensión interpartidista:* Incluye la magnitud del distrito, la fórmula electoral, el umbral de representación y el tamaño de la asamblea. Su análisis resalta el continuo entre el polo mayoritario —que incentiva gobiernos de mayorías fuertes y de pocos partidos políticos- y el polo de la proporcionalidad pura—que incentiva que las elecciones reflejen de la mejor manera posible las preferencias sociales.
- *Dimensión intrapartidista.* Incluye la estructura del voto. Su análisis se refiere a la elección de los candidatos de un partido que ocuparán los escaños ganados por el mismo, resaltando la relación entre elector-

[4] Para Nohlen (1981), los sistemas electorales pueden ubicarse en un *continuum* entre la mayoría y la proporcionalidad, algunos tienen más elementos de mayoría, otros de proporcionalidad, incluso, pueden combinar estos elementos unos con otros. Específicamente, el diseño de un sistema, sea mayoritario o proporcional, depende de cómo estén estructurados sus elementos; pues, de la forma en que cada uno de ellos se regule o conforme dependerá el grado de proporcionalidad o de eficacia tanto del sistema electoral, como del sistema de partidos y el sistema político en general

[5] Los elementos clásicos del sistema electoral son: 1. El tamaño de las circunscripciones: referido al conjunto de electores que eligen a un número determinado de candidatos y en función de los cuales se hace la repartición de escaños (uninominal cuando se les asigna un solo escaño o plurinominal a las que se les asigna más de un escaño y suele relacionarse con sistemas proporcionales); 2. La forma de la candidatura: es la forma en que se presentan los candidatos al electorado (unipersonal cuando se elige a un candidato, o por lista cuando se presenta una plancha electoral en la que se puede elegir más de un candidato; 3. La forma de votación: está relacionada directamente con la forma de candidatura ya que a cada tipo de lista corresponde una manera según la cual el elector puede emitir su voto, pero también con otros elementos como en el caso peruano con el doble voto preferencial opcional; **4.** La fórmula para convertir votos en escaños: es el método que sirve para distribuir los escaños para determinar cuántos de ellos le corresponde a cada partido político y qué candidatos resultaron electos.

[6] Las reglas electorales tienen impacto en la conformación de los partidos y el sistema de partidos, en la medida en que estructuran las acciones y la lógica de los políticos tanto a nivel intrapartido como interpartido (Mainwaring, 1991, pág. 26) pero también se debe tener en cuenta que existen otros factores que afectan al sistema de partidos como los clivajes o las fracturas sociales.

representante así la organización de los candidatos en el seno del partido.

Los efectos antes mencionados alertan sobre el peligro de manipulación de los sistemas electorales, que nacen a partir de decisiones de los partidos para maximizar su cuota de representación (Boix, 1999, pág. 609), en tanto las reformas electorales se convierten en procesos políticos competitivos que se desarrolla dentro de un contexto democráticorn, y su objetivo es alterar el modo en que está distribuido el poder, a través de comportamientos estratégicos de los actores políticos que poseen incertidumbre sobre su futuro y pretenden resguardar sus intereses (García Diez, 2006, pág. 8).

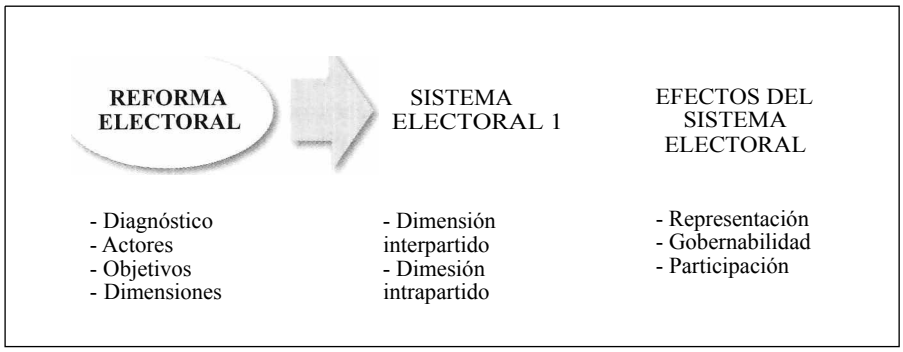
Durante mucho tiempo se pensó que los sistemas electorales, una vez adoptados, sólo cambiaban cuando se modificaba el principio de representación (Nohlen, 1994, pág. 348). No obstante, en los estudios electorales sobre América Latina este debate a nivel de principios de representación *"ha sido secundario sino inexistente"* (García Diez, 2004, pág. 6). En países en donde la democracia es incipiente se producen cambios electorales constantes que, sin llegar a convertirse en un sistema electoral nuevo, en el entendido de Lijphart (1994), modifican el principio de representación y tiene grandes efectos sobre el sistema político y de partidos.

Respecto al origen de la reforma electoral, esta puede darse de dos maneras, desde las cúpulas de poder o desde la ciudadanía. En el primer caso, los partidos o coaliciones perciben que hay un conjunto alternativo de reglas que facilitaría que se mantengan en el poder. Cuando la reforma se produce por críticas de la ciudadanía, los partidos políticos aprueban la reforma porque creen que mejorará la imagen del sistema y, por ende, su actividad partidaria (Katz, 2006).

Así, las reformas electorales son una variable que condiciona la forma de un sistema electoral, sin dejar de reconocer que este último es a la vez causa de efectos sobre la representación, la gobernabilidad y la participación, tal como se muestra en el siguiente gráfico:

[7] En la medida que implica la interacción de diversos agentes con intereses dispares y democrático porque existen reglas que legitiman el proceso (Buquet, 2007, pág. 36).

Gráfico 1. Vinculación entre reforma electoral, sistema electoral y sus efectos



Elaboración: Propia

2.2. El principio de representación consagrado en la Constitución de 1979 y en la Constitución de 1993 y las reformas al sistema electoral

El artículo 65 de la Constitución de 1979 establecía el principio de representación proporcional, al señalar que *"En las elecciones pluripersonales, hay representación proporcional, conforme al sistema que establece la ley."* Con ello, se constitucionalizó dicho principio, que había sido reconocido sólo como una tendencia en la Constitución de 1933. Bajo la misma fórmula, la Constitución de 1993, en su artículo 187 estableció el principio de representación proporcional, al señalar que *"En las elecciones pluripersonales hay representación proporcional, conforme al sistema que establece la ley."*

Ambos textos constitucionales, remiten a normas con rango de ley el desarrollo de principio de representación, de tal manera que ninguno menciona la forma en que deben ser estructurados los elementos del sistema electoral, dejando al legislador un amplio margen de actuación para definir el diseño electoral, siendo esta una de las razones por las cuales se han producido cambios constantes en el mismo. Efectivamente, las normas infraconstitucionales han sido las encargadas de desarrollar el principio de representación proporcional, modificando cada uno de sus elementos a lo largo del tiempo, según los objetivos del regulador, tratando de equilibrar el respeto de la voluntad popular con el objetivo de la gobernabilidad.

Al respecto, en jurisprudencia se ha señalado que *"el artículo 187° de la Constitución exige que las elecciones pluripersonales —como lo es la elección al Congreso— se rijan por la fórmula proporcional y no por la de la mayoría, derivando a la ley la configuración concreta del sistema proporcional que se adopte. De este modo, en criterio del Tribunal Constitucional,*

la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley cuestionada (en cuanto modifica el artículo 20° de la LOE, estableciendo la "barrera electoral') sólo podría vercarse en el caso de que: a) desvirtúe el principio de representación proporcional previsto en el artículo 187° de la Constitución, o b) carezca de finalidad constitucionalmente válida" (fundamento 31 de la STC 0030-2005-PI/TC). Complementa esta sentencia lo reiterado en el fundamento 19 de la STC 0013-2009-PFTC respecto de la reserva de ley de este dispositivo constitucional.

III. REVISIÓN HISTÓRICA DE LOS PROCESOS DE REFORMA ELECTORAL (1978-2011)

Desde 1978, se han implementado seis nuevos sistemas electorales, basado en la regla del '20 por ciento', de Lijphartm y otras múltiples modificaciones particulares menores:

- Para la elección de 1980, se reformó más del 20% del tamaño del Congreso.
- Para la elección de 1993, se reformó más del 20% del tamaño del Congreso y de las circunscripciones.
- Para la elección de 1995, se reformó más del 20% del tamaño del Congreso.
- Para la elección de 2001, se reformó más del 20% del tamaño de las circunscripciones.
  Para la elección del 2006, se instauró un umbral de representación o barrera electoral.
- Para la elección de 2011, se reformó más del 20% de la barrera electoral.

Para las elecciones de 1985 y 2000 se realizaron reformas menores y para las elecciones de 1990, no hubo cambios.

La sistematización de los procesos de reforma electoral que analizaremos a continuación se ha realizado en función a tres periodos de la historia política peruana de los últimos años, tomando en cuenta los quiebres y restructuración de la democracia.

El primero lo constituye el fin del gobierno militar instaurado desde 1978 hasta los años de adecuación a las reglas democráticas que se quiebra en 1992. El

[8] El cálculo en la formación de un nuevo sistema electoral es el asumido por Lijphart quien utiliza el criterio denominado '20 por ciento', esto es: *"cambio de 20 por ciento o mayor en la magnitud del distrito (...), un cambio de 20 por ciento o más en la barrera legal nacional (o la adopción de una barrera cuando no había una antes); y un cambio de 20 por ciento o más en el tamaño de la asamblea"* (1994, pág. 13). No obstante, también señala que el 20% puede ser arbitrario y que medidas del 10 o 25% también serían válidas.

segundo momento comienza con el autogolpe de Estado de Alberto Fujimori en 1992 que termina en el año 2000. El tercer periodo se inicia con la instauración del gobierno de transición luego de la caída del gobierno fujimorista y los intentos de restaurar la democracia, que va desde el año 2000 hasta las reglas que rigieron las elecciones generales de 2011, que constituye el *status quo* que se refleja en las reglas electorales usadas en la última elección.

3.1. Cambio constitucional y adaptación de los mecanismos democráticos en Perú (1978-1992)

En 1968, el general Juan Velasco Alvarado instauró el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, cuya segunda etapa fue dirigida por el general Francisco Morales Bermúdez hasta 1980. Al final del régimen impulsó un proceso de transición a la democracia que concluiría con la entrega del gobierno al poder civil. El gobierno convocó a una Asamblea Constituyente con el objetivo de promulgar una nueva Constitución, como *"el paso previo e indispensable a la transferencia del Poder"* (Decreto Ley 21949). La aprobada Constitución de 1979 incluyó una regulación **del** sistema electoral, a aplicarse a partir de las elecciones de 1985, instaurando un régimen electoral transitorio para las elecciones de 1980.

Los actores que impulsaron el proceso de reforma fueron las élites políticas y sociales. Los movimientos sociales fueron protagonistas al inicio del proceso de transición, pero se encontraban inmovilizados cuando se inició el verdadero proceso de institucionalización (Tanaka, 1999, pág. 50). La Asamblea Constituyente estuvo liderada por partidos denominados "antiguos" (Melendez, 2007, pág. 213): el Partido Aprista Peruano —PAP- quien en las elecciones obtuvo el 35%, cuya línea política se ubicaba en el centro-izquierda; y el Partido Popular Cristiano —PPC- que alcanzó el 24%, de tendencia conservadora y orientado a la clase media y empresarial. Esta coalición fue la que aprobó los cambios en el sistema electoral (Schmidt, 1996, pág. 322).

Con el antecedente del gobierno militar, era importante que las nuevas autoridades adquieran legitimidad a través de la realización de procedimientos democráticos. Las reformas buscaron mayor eficacia, aprovechando la alianza mayoritaria para aprobar normas que favorecerían a los partidos que tenían el poder en la Asamblea Constituyente. En ésta, los partidos de izquierda representaban el 36% de los escaños, por lo que era factible que se repitiera lo mismo que en Chile, donde en la elección en 1970 había salido electo Salvador Allende, un candidato de tendencia marxista, con justamente el 36% de los votos.

La alianza PAP-PPC, (Tuesta, 2005, pág. 72), con la intención de bloquear a los rivales de izquierda, apostó por dos herramientas: la doble candidatura a la

presidencia y al legislativo, y la segunda vuelta en las elecciones presidenciales (Schmidt, 1996, pág. 333).

3.1.1. Las reformas aplicadas en las elecciones de 1980

El régimen transitorio de la Constitución de 1979, que reguló las elecciones de 1980, usó principalmente la legislación vigente desde 1962. Respecto a la elección presidencial anterior celebrada en 1963, se redujo el mandato de seis a cinco años; se estableció que el presidente fuera elegido si alcanzaba el 36% de los votos en la primera vuelta y, en caso ninguno alcanzara dicho porcentaje, el Congreso procedía a elegir entre los dos candidatos con mayores votaciones, no entre tres como en la elección anterior. Así, en 1980 siguió rigiendo un sistema de mayoría relativa con un porcentaje mayor y se limitó el número de candidatos presidenciales que podían ser elegidos por el Congreso.

En el plano de la elección parlamentaria, se establecieron dos cámaras, la de senadores y de diputados, las cuales variaron su tamaño, la primera aumentó 15 miembros siendo un total de 60 senadores y la segunda aumentó 40 miembros quedando un total de 180 diputados.

El Decreto Ley 22652 reformó la elección de los miembros del Congreso. Los senadores fueron elegidos en distrito electoral único, a diferencia de la elección de 1963 en que se eligieron por departamentos. Tanto la elección de senadores como diputados se realizó en lista cerrada y bloqueada con voto único y la fórmula de conversión de votos en escaños fue el de la cifra repartidora, como en la elección anterior.

En conclusión, la reforma electoral de 1978 consolidó el principio de representación proporcional y modificó el tamaño del Congreso; el tipo, la distribución y el tamaño de las circunscripciones; con el objeto de consolidar la proporcionalidad sin debilitar el sistema de partidos.

3.1.2. Las reformas aplicadas en las elecciones de 1985

En las elecciones de 1985 se aplicaron todas las disposiciones de la Constitución de 1979, además de lo dispuesto en la Ley 23903, aprobada por el Congreso formado en 1980, el cual estaba compuesto mayoritariamente por miembros del partido de gobierno: Acción Popular —AP-, el PAP como segunda fuerza y el PPC, en ambas cámaras. Los partidos de izquierda nuevamente se ubicaron en la oposición. Pero, los niveles de acuerdo entre las élites y su compromiso con el mantenimiento de la democracia se mantuvieron durante esta década (Tanaka, 1999, pág. 51).

La elección del presidente sufrió cambios. Por primera vez se estableció como método de cómputo la mayoría absoluta con segunda vuelta entre los dos candidatos con más altas votaciones; además, la Constitución exigía para ganar

que la mayoría se estableciera en función a los votos válidamente emitidos, lo cual generó polémicas debido a que la ley interpretó que los votos válidamente emitidos incluían los nulos y en blanco. Con lo cual un ganador necesitaba más votos para llegar al 50%+1 para ganar en primera vuelta. Esta manipulación normativa fue promovida por AP y PPC para evitar el triunfo del PAP en primera vuelta y tratar que en la segunda vuelta se reacomodaran las fuerzas políticas a favor del PPC (Onpe, 2005). Pese a dicha modificación, las elecciones las ganó Alan García Pérez, representante del PAP, en primera vuelta por la retirada del candidato que quedó en segundo lugar.

Las reformas realizadas en la elección congresal se centraron en la dimensión intrapartido, al introducir el voto preferencial usado en la elección de la Asamblea Constituyente. Los senadores y diputados se eligieron a través de una lista cerrada y no bloqueada con doble voto preferencial opcional. Además, por razones de nueva demarcación política, se aumentó el número de circunscripciones en la elección de la cámara de diputados siendo un total de 26.

En las elecciones de 1990 las reglas mecánicas del sistema electoral no fueron modificadas. A pesar de ello es pertinente resaltar que se usó por primera vez el *ballotage.*

3.2. Las reformas electorales impulsadas por la dictadura (1992-2000)

En las elecciones de 1990 salió ganador el candidato del partido Cambio 90, Alberto Fujimori. Su triunfo se debió a una confluencia de circunstancias políticas, sociales y económicas que hicieron que el electorado rechazara los partidos políticos tradicionales y prefiriera un *outsider.* En 1989, a finales del gobierno de García, ante la pregunta de si se sentían identificados por un partido o eran independientes, los votantes contestaron: 70% independientes, 27% identificados con un partido y 3% no respondían[9]. Ello se demostró en las urnas en las elecciones de 1990 (Schmidt, 1996).

Postulaciones como la del premio nobel Mario Vargas Llosa, quien a mediados de 1989 su movimiento Libertad se alió con los partidos de derecha y centroderecha —PPC *y* AP respectivamente-, constituyendo el Frente Democrático —Fredemo-, sólo llamó la atención de los sectores altos y medios (Degregori & Grompone, 1991). En la segunda vuelta, el PAP, que representaba al centro izquierda, e Izquierda Unida —IU- que representaba a la izquierda, se opusieron firmemente al triunfo del Fredemo, y sus votos se trasladaron a Cambio 90.

[9] Ante la misma pregunta, en 1986 la respuesta era 49%, independientes y 49%, identificados con partidos políticos.

A nivel congresal el electo presidente no tuvo el mismo apoyo. El partido mayoritario en el Senado fue el Fredemo con 20 de los 60 escaños y la segunda fuerza política fue el PAP con 17. El partido del electo presidente sólo obtuvo 14 escaños. En la Cámara de Diputados las fuerzas se acomodaron de la misma manera y Cambio 90 fue la tercera fuerza política logrando 32 escaños.

A finales del 1992, ante el abuso de la legislación delegada de facultades, varias propuestas legislativas del ejecutivo fueron frenadas por el legislativo y uno de los ministros fue censurado, convirtiéndose en la excusa para dar el autogolpe de Estado. Este suceso fue apoyado por el 80% de la población, respaldando al Presidente, sin mayoría en el Congreso y sin posibilidad de formar coaliciones políticas, quien optó por la confrontación con los partidos tradicionales, terminando con el sistema de partidos.

3.2.1. Elección del Congreso Constituyente Democrático

Debido a la presión internacional, Fujimori convocó a elecciones del Congreso Constituyente Democrático —CCD—, con el objeto de promulgar una nueva Constitución. La elección del CCD se realizó bajo las reglas elaboradas por el denominado "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional", adecuándolas a sus objetivos políticos: alcanzar la mayoría parlamentaria para crear una Constitución que resguardara su interés de seguir en el poder y debilitar aún más a los partidos políticos tradicionales. Los partidos tenían claro que la mayoría congresal estaba asegurada para el partido de gobierno (AFP-EFE, El Tiempo, 1992) razón por la cual algunos decidieron no participar en la elección.

Los cambios se llevaron a cabo a través de decretos leyes dados directamente por el Poder Ejecutivo teniendo como base el Estatuto Electoral vigente desde 1962 y sin tener en cuenta la Constitución de 1979[10)]. Las reformas se centraron en la eliminación de la bicameralidad y la creación de un Congreso unicameral, compuesto por 80 constituyentes. Los miembros del legislativo fueron elegidos en circunscripción nacional única, como en un sistema de proporcionalidad pura, con lo cual se aseguraba que la oposición esté distribuida en pequeños grupos que podían acceder a la cámara con muy bajos porcentajes de forma que no tuvieran opción de juntarse para oponerse a sus medidas y que el partido de gobierno obtuviera la mayoría de los escaños aprovechando el beneficio de la cifra repartidora a los partidos más grandes y el voto preferencial con el lanzamiento publicitario de sus principales candidatos como Jaime Yoshiyama.

[101 D. Ley 25684 modificado por el D. Ley 25701 y D. Ley 26153; y D. Ley 14250 y sus modificatorias.

3.2.2. Reformas electorales para las elecciones de 1995 y 2000

El CCD tuvo una labor constituyente, pero también la labor legislativa hasta las elecciones de 1995. Las reformas que introdujo el CCD para las elecciones generales de 1995 fueron reflejo de las disposiciones que el Ejecutivo adoptó durante el periodo del gobierno de emergencia. En el plano de la elección presidencial las reformas mostraron una tendencia a mantener a Fujimori en el poder. La nueva Constitución permitió la reelección inmediata, prohibida en la derogada Constitución de 1979, con lo cual el presidente pudo postular a un segundo periodo.

La Constitución de 1993 implantó el unicameralismo parlamentario de 120 miembros -la mitad de los parlamentarios antes del golpe de Estado- con la finalidad de que se emitan leyes sin la adecuada fundamentación; modificó el tipo y tamaño de las circunscripciones, estableciendo un distrito electoral único a nivel nacional que elegiría a todos los representantes. Nuevamente, el argumento de proporcionalidad y de defensa de intereses nacionales más que locales —protegidos con distritos múltiples- solapó la intención de que el Congreso esté compuesto de numerosos pequeños partidos manipulables o incapaces de representar una verdadera oposición.

Estas mismas reglas electorales fueron utilizadas para la elección del año 2000 todavía manipuladas por la presencia de Fujimori en el poder quien volvió a postular a la presidencia amparado en la "interpretación auténtica" de la norma constitucional.[In Asimismo se aplicaron las normas infraconstitucionales de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones. La única diferencia fue que en dichas elecciones de 2000 se usó el sistema de cuotas de género, exigiendo a

[11] La interpretación constitucional de la reelección fue el tema que captó el debate de la opinión pública y desencadenó el malestar en la población respecto a las ansias de poder del dos veces electo Presidente Fujimori. El Congreso, con mayoría del oficialismo, aprobó la Ley No. 26657, Ley de Interpretación Auténtica, en cuyo artículo único dispuso: *"Interprétese de modo auténtico, que la reelección a que se refiere el Articulo 112o. de la Constitución, está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, interprétese auténticamente, que en el cómputo no se tiene en cuenta retroactivamente, los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución."* En este sentido, el Congreso consideró que en tanto el primer gobierno del Presidente Fujimori en 1990 fue al amparo de la Constitución de 1979, las disposiciones de la Constitución de 1993 se le aplican a partir de su elección de 1995, por lo que dicho el gobierno del periodo 1995-2000 debía considerarse el primero, pudiendo ser elegido nuevamente en la elección del 2000. No obstante, en 1995 se usó la disposición constitucional sobre reelección para presentarse como candidato, es más el debate constituyente y el JNE establecieron en su momento que Fujimori podía ser candidato presidencial en 1995 en el entendido de que aspiraba a la reelección permitida por la C,93. Incluso, la ley fue demandada por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional quien resolvió en la STC 002-96-1/TC que la ley era "Inaplicable". Los tres magistrados que la firmaron fueron destituidos del cargo e inhabilitados por 10 años.

los partidos políticos que incluyan en sus listas al menos el 25% de hombres o mujeres.

3.3. La reforma electoral impulsada por el gobierno de transición para la recuperación de la democracia (2000-2006)

El gobierno de Alberto Fujimori iniciado en el año 2000 no duró más de 3 meses debido al destape de la corrupción sistémica durante los años anteriores. Fujimori convocó a nuevas elecciones, anunciando que no participaría en ellas; unos meses después viajó a Brunei y luego a Japón desde donde envió por fax su renuncia el 20 de noviembre de 2000.

El gobierno se mantuvo acéfalo hasta el 22 de noviembre, día en el que asumió el cargo de presidente provisional Valentín Paniagua, después de las renuncias de los dos vicepresidentes y ante la censura de la Mesa Directiva del Congreso[12]. El Congreso sólo duró el período 2000-2001, el más breve de la historia republicana, pero tuvo una intensa y conmocionada tarea legislativa y contó con una aprobación del 45 % de la población, a diferencia 10 % que tenía el año anterior (Revista Caretas, 2001).

3.3.1. Elecciones de 2001

En dicho contexto, fueron aprobadas las reformas electorales, lideradas por la oposición, siguiendo las recomendaciones de la Organización de Estados Americanos (Revista Caretas, 2001), y alentadas por la ciudadanía que reclamaban elecciones libres y transparentes. El objetivo de las reformas electorales fue limitar el poder del presidente de la República y fortalecer el sistema de partidos que no había logrado superar la crisis desde 1990.

En lo que respecta a la elección presidencial, quedó prohibida la reelección inmediata. Sobre la elección del poder legislativo, se crearon circunscripciones electorales por departamento, siendo un total de 25 (22 pequeñas, 2 medias y 1 grande) con la intención de mejorar la representación a nivel local, al mismo tiempo, evitar el respaldo presidencial de arrolladoras mayorías.

3.3.2. Elecciones de 2006

Durante el gobierno del ex presidente Alejandro Toledo también se realizaron reformas. Fue modificada la Constitución permitiendo el voto de los miembros de las fuerzas armadas y policía nacional; se promulgó la Ley de Partidos Políticos (Ley 25781); y se implementó el umbral de representación en

[12] Al inicio no tuvo mayoría, por lo que más de 15 congresistas fueron comprados cambiaron de bancada pasándose a las filas del partido de gobierno, y de esa manera obtuvieron la mayoría deseada.

un 4% de votos válidos a nivel nacional o de al menos 5 representantes en más de una circunscripción.

La aprobación de esta reforma fue respaldada por las bancadas más grandes (Perú Posible, APRA, Frente Independiente Moralizador, Unidad Nacional), mientras que las pequeñas (UPD, Alianza Nacional, Concertación Parlamentaria, Perú Ahora-Independientes y los No Agrupados) se opusieron a dicha medida, especialmente aquellos que no alcanzaron el 5% en las elecciones de 2001 (Diaz, 2005).

En general el gobierno buscó consolidar la democracia a través de reforzar el sistema de partidos políticos. La implementación de la barrera electoral fue considerada una herramienta para dificultar el acceso de partidos pequeños al Congreso; fomentar alianzas y coaliciones partidarias para fortalecer la gobernabilidad y estabilidad política; facilitar la labor parlamentaria; mejorara el sistema de partidos atenuando su fragmentación; así como que los partidos tengan mayor representación.mi

3.3.3. El sistema electoral vigente: la reforma electoral para las elecciones de 2011

Las reformas que se produjeron de cara a la elección de 2011 tuvieron como objetivo mejorar la representación de los electores a través del aumento del tamaño del Congreso y la división de la circunscripción de Lima entre Lima Metropolitana y Lima Provincia.

El proyecto de ley sobre el aumento del tamaño del Congresol[141] fue presentado por el PAP y aprobado con 84 votos a favor, 19 en contra y ninguna abstención, es decir, con apoyo de la mayoría de las bancadas. El objetivo de esta reforma fue *"dotar al Congreso de una legitimidad más sólida, hecho vinculado a la conquista de una mayor representación, que ayude a cerrar la profunda brecha de identidad de la población con el parlamento"* (PAP, 2010).

La creación de la nueva circunscripción, ante la necesidad de representación parlamentaria para Lima provincias en las elecciones, fue impulsada por el Gobierno Regional de Lima Provincias y promovido en el Congreso por el PAP. Fue aprobado con el voto de todas las bancadas menos el Grupo Parlamentario Nacionalista quien centra su fuerza electoral en los departamentos del interior *y* no en Lima. Por lo que a partir de estas reformas se modificó el número de circunscripciones electorales en 26 (21 pequeñas, 4 medianas y 1 grande) y se

[13] La ley fue demandada alegando su inconstitucionalidad, pero el Tribunal Constitucional declaró infundado dicho pedido.

[14] La propuesta original presentada por el PAP fue que el número de parlamentario se establezca en una norma legal y no esté definido expresamente en la Constitución.

aumentó el tamaño del Congreso a 130, 10 más que desde las elecciones de 1995.

Cuadro 2. Cambios en los elementos de los sistemas electorales 1980-2011

Elementos \Mío de elecciones	1980	1985	1990	1993	1995	2000	2001	2006	2011
Fórmula electoral Presidente	X	X							
Término mandato presidencial	X								
Reelección presidencial					X		X		
Tamaño del Congreso	X			X	X				X
Organización en Cámaras				X	X				
Tipo de Circunscripciones				X	X		X		
Tamaño de las Circunscripcio-nes		X					X		X
Forma de Candidatura		X				X	X		
Forma de Votación		X							
Fórmula Electoral									
Barrera Legal								X	X

Elaboración: Propia

IV. PROPUESTAS ACTUALES DE REFORMA DEL SISTEMA ELECTORAL PERUANO: JNE Y ONPE

El 2 de diciembre de 2011, el JNE presentó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley de Código Electoral y Código Procesal Electoral. El 22 de junio de 2012, la Onpe presentó ante el mismo órgano el Proyecto de Ley que propone también la aprobación del Código Electoral. Ambos proyectos están pendientes de ser debatidos en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República.

Asimismo, han sido presentados por distintas bancadas parlamentarias proyectos de ley de reforma de la circunscripción electoral, específicamente, para logra la creación del distrito electoral de peruanos residentes en el extranjero —PREX-: 20/2011-CR de 11 de agosto de 2011, propuesto por el grupo parlamentario fujimorista; 384/2011-CR de 11 de octubre de 2011 propuesta por el grupo Alianza Parlamentaria; 682/2011-CR del 4 de enero de 2011 propuesto por el grupo Solidaridad Nacional; 854/2011-CR de 05 de marzo de 2012 presentado por el grupo Concertación Parlamentaria; 916/2011-CR de 19 de marzo de 2012 presentado también por los Fujimoristas; 01145/2011-CR de 17 de mayo de 2012 presentado por Alianza Parlamentaria; 01272/2011-CR de 14

de junio de 2012 presentado también por Alianza Parlamentaria; 01452/2012-CR de 23 de agosto de 2012 presentado por el grupo Acción Popular-Frente Amplio. Recientemente, el 19 de octubre de 2012, el grupo parlamentario Nacionalista Gana Perú ha presentado el "Proyecto de Ley que crea los distritos electorales para los pueblos Quechuas, Aymaras y Amazónicos".

4.1. Actores que promueven las reformas

El Proyecto presentado por el JNE ha sido producto de la iniciativa de la propia institución electoral. El estudio estuvo a cargo de una Comisión de Alto Nivel, conjuntamente con el Instituto Republicano Internacional y con fondos de la cooperación norteamericana. También participaron profesionales especialistas en la materia que conformaron la Secretaría Técnica de la Comisión (JNE, 2011). Asimismo, el Proyecto ha sido motivo de debate público a través de una página web en donde cada artículo tiene la explicación de su incorporación o reforma.

Diferente es el caso de la Onpe cuyo proyecto de ley ha sido elaborado por la propia institución en uso de su iniciativa legislativa, pero careciendo de un proceso público de consulta o en coordinación con otras entidades o expertos. Tampoco explica cuál ha sido el diagnóstico realizado ni los objetivos buscados.

En el caso de los demás proyectos de ley, ocho de ellos versan sobre la creación de la circunscripción de peruanos residentes en el extranjero. Cinco bancadas parlamentarias han presentado proyectos para aumentar el número de circunscripciones y crear el distrito electoral de peruanos residentes en el extranjero, diferenciándose en el número de escaños y una proponiendo el aumento del número de congresistas.

Si consideramos los últimos resultados electorales, fueron las bancadas Fujimorista y Alianza por el Gran Cambio las que obtuvieron las votaciones más altas en la circunscripción Lima-Extranjeros que ahora proponen dividir. Estas bancadas se estarían comportando como una coalición que busca mayores cuotas de legitimidad ante el peligro de no conseguir resultados favorables en las siguientes elecciones. El resto de bancadas, por el contrario, prefieren aislar las preferencias de los peruanos residentes en el extranjero para obtener a través de ellos mayor número de representantes.

4.2. Diagnóstico y objetivos de las propuestas de reforma electoral vigentes

De acuerdo a la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley presentado por el JNE, la institución detecta que la vigencia de la actual normativa del sistema electoral presenta los siguientes problemas:

- Falta de representación real de algunos colectivos como los votantes residentes en el extranjero.

- Competencias entre candidatos de una misma organización política para captar votos de manera individual
- Ideologías disímiles entre candidatos y partidos
- Alto índice de nulidad de votos por la dificultad en la emisión de los mismos.
- Formación oportunista de alianzas electorales que se cran solo para superar la barrera electoral.

Estos problemas responden conjuntamente a un déficit de legitimidad y de eficacia. De legitimidad, por la carencia de representación de algunos grupos como los peruanos residentes en el extranjero; y de eficacia, por la imposibilidad de aprobar políticas públicas sin un adecuado sistema de partidos.

Para la Onpe la necesidad de crear un Código Electoral surge ante las contradicciones y problemas que genera la dispersión de la legislación, provocando constantes conflictos entre normas administrativas relacionadas con las competencias de los órganos electorales. Por lo que un solo texto electoral generaría mayor transparencia y aumentaría los niveles de confianza y predictibilidad del proceso electoral. Específicamente sobre el sistema electoral, la exposición de motivos solamente hace referencia a que estos se encontrarán sistematizados en un solo capítulo, más no explica las reformas puntuales que se han propuesto (Onpe, 2012), por lo que se dificulta hacer un diagnóstico sobre las razones de la reforma de los elementos del sistema electoral y de los objetivos buscados.

4.3. Propuestas de reforma actualmente pendientes de aprobación en el Congreso de la República

De cara a los problemas encontrados en el sistema electoral vigente y a los objetivos buscados en la reforma, el proyecto de ley presentado por el JNE plantea modificaciones que involucran todas las etapas del proceso electoral: desde la convocatoria a elecciones, la nominación de candidatos, la campaña electoral, la votación, hasta el conteo de votos y la determinación de los resultados de la elección. Incluso, adhiere al texto las normas contenidas en la Ley de Partidos Políticos. Desde el punto de vista jurídico este conjunto de regulaciones hacen referencia a lo que se denomina derecho electoral (en sentido amplio y estricto)[15].

[15] Dentro del concepto de "derecho electoral" existe una diferencia entre su sentido amplio y estricto. Para Nohlen (1981, pág. 54), *"el derecho electoral en sentido amplio considera las cuestiones del sistema electoral como cuestiones jurídico electorales puesto que no hay duda de que se trata de regulaciones que se han de determinar de modo legal";* mientras que el derecho electoral en sentido estricto se refiere *"únicamente aquellas determinaciones legales que afectan al derecho del individuo a influir en la designación de los órganos",* es

Desde la perspectiva del sistema electoral en sentido estricto, el proyecto de ley mantiene como parámetro estructural el principio de representación proporcional entendido como *"la representación equitativa de las organizaciones políticas, a través de mecanismos de garantías previstos en la Constitución y la norma vigente"* (art. II.i). Plantea cambios sustanciales en la elección de los representantes del Congreso de la República, que abarcan las dos dimensiones, intrapartido e interpartido: las circunscripciones, la forma de votación y la barrera electoral.

La reforma planteada por la ONPE, introduce cambios en la dimensión interpartido, modificando el número de circunscripciones, en tanto señala que debe de crearse la circunscripción para PREX, y la barrera electoral, proponiendo que debe ser escalonada para las alianzas electorales que se forman de cara cada elección.

En general, las reformas del sistema electoral propuestas pueden dividirse en tres grupos: cambio en la circunscripción, la barrera electoral (interpartido); *y* eliminación del voto preferencial (intrapartido).

4.3.1. Cambio en el número de circunscripción: creación de un distrito electoral para peruanos residentes en el extranjero

Respecto a este punto, el JNE señala que esta medida busca mejorar la representación, en tanto que *"cada uno de los parlamentarios pueda representar y velar por los intereses y necesidades del departamento por el cual fue elegido"* (Jurado Nacional de Elecciones, 2011, pág. 146). Lo cual no se cumple si los peruanos residentes en el extranjero votan en el distrito electoral de Lima. El art. 254 del proyecto señala en su segundo párrafo que *"En la elección de los congresistas de la República, existirán veintisiete (27) distritos electorales"*. La modificación se centra en la creación de una circunscripción electoral especial para los peruanos residentes en el extranjero a la cual le correspondería 1 escaño sin entrar a la distribución proporcional de los mismos.

La propuesta hecha por la Onpe va en el mismo sentido, en el art. 41 de su proyecto de ley establece que *"para las elecciones de representantes ante el Congreso de la República, cada región o departamento constituye una circunscripción electoral. En caso de la provincia de Lima, de los peruanos residentes en el extranjero, Lima Provincias y la Provincia Constitucional de Callao cada una constituye a su vez una circunscripción electoral"*. Y en el art. 42 señala que la repartición de escaños se hará de manera proporcional sin hacer mención de un número específico de escaños para la nueva circunscripción.

decir, a la regulación derecho de sufragio, activo y pasivo, y se limita a la configuración de dicho derecho de participación.

Sobre este asunto, existen 9 proyectos de ley presentado por distintas bancadas. El diagnóstico, objetivos, medidas y estrategias se reflejan en el cuadro siguiente. De ellos 8 coinciden en la creación de la circunscripción para PREX, pero difieren en el número de escaños que le correspondería. El grupo Fujimorista ha presentados dos proyectos, en el primero propone que los escaños se distribuyan de manera proporcional, en el segundo que a través de una reforma constitucional se aumenten a 135 el número de congresistas y se asignen cinco escaños al distrito electoral de PREX. Alianza Parlamentaria ha presentado tres proyectos de ley, en el primero propone que se le asignen cinco escaños; en el segundo que se otorguen seis escaños: tres para América; dos para Europa; uno para Asia, Oceanía y África; en el tercer proyecto propone nuevamente que sean 5 escaños. Solidaridad Nacional ha propuesto que tengan dos escaños; Concertación parlamentaria cuatro escaños; Acción Popular-Frente Amplio que la distribución se haga de manera proporcional.

El noveno proyecto de ley sobre circunscripciones, propone la creación de tres distritos electorales más que representen a los pueblos quechua (con tres escaños), aymaras (con dos escaños) y amazónicos (con dos). Cabe recordar que la mayor fuerza electoral de esta bancada reside en las actuales circunscripciones donde se concentran estos grupos.

Cuadro 3. Diagnóstico, objetivos, propuesta y estrategias de los proyectos de reforma de la magnitud de las circunscripciones propuesta por los partidos políticos

Grupo parlamentario	Diagnóstico	Objetivos	Propuesta	Estrategia
Fujimorista	No existe representación directa de los PREX ya que eligen en el distrito electoral de Lima	Mayor representación de los PREX	Crear una nueva circunscripción para peruanos residentes en el extranjero Distribución proporcional de escaños	Modificación del art. 21 de la LOE.
Alianza Parlamentaria	Falta de representación de PREX al votar por la circunscripción de Lima	Efectiva representación de PREX en el Parlamento	Crear una nueva circunscripción para peruanos residentes en el extranjero asignandoles 5 escaños.	Modi fi c ación del art. 21 de la LOE.
Solidaridad Nacional	Falta de participación política de los PREX	Efectiva participación de los PREX	Crear una distrito electoral para PREX con 2 escaños	Modificación del art. 21 de la LOE

Grupo parlamentario	Diagnóstico	Objetivos	Propuesta	Estrategia
Concertación Parlamentaria	Falta de eficiencia en la representación y descuido de políticas migratorias y de remesas	Representación justa y efectiva de los PREX	Crear una distrito electoral para PREX con 4 escaños	Modificación del art. 21 de la LOE
Fuj imoristas	Falta de representación parlamentaria especial para tutela de los derechos de los PREX	Proporcional a los PREX representantes propios conocedores de sus necesidades	Aumentar a 135 el número de congresistas Crear el distrito electoral para PREX Otorgar 5 escaños a dicha circunscripción	Modificación del art. 90 de la Constitución y 21 de la LOE
Alianza Parlamentaria	Existen distritos **electorales con me**nor que los PREX pero sí cuentan con representantes al Congreso. Prex tienen necesidades diferentes que no son representadas en el Congreso.	Hacer presente las voces de los PREX en los procesos de elaboración de politicas públicas. Reducir de los niveles de ausentismo de los PREX.	Crear el distrito electoral para PREX Otorgar 6 escaños a dicha circunscripción: América 3; Europa 2; Asia, Oceanía y África 1.	Modificación del art. 21 de la LOE.
Alianza Parlamentaria	Exclusión de los PREX de la posibilidad de elegir representantes	Otorgar representación a los PREX Fortalecer la participación política y la democracia	Crear el distrito electoral para PREX Otorgar 5 escaños a dicha circunscripción	Modificación del art. 21 de la LOE
Acción Popular – **Frente Amplio**	Más de 750 mil electores sin representantes. Actualmente los PREX votan por representantes que no comparten sus necesidades	Cumplir con las obligaciones internacionales sobre igualdad Otorgar representación a los PREX	Crear el distrito electoral para PREX Otorgar escaños según el JNE	Modificación del art. 21 de la LOE
Nacionalistas Gana Perú	Existen 5818 comunidades campesinas registradas que no tienen representación específica en el Congres°	Mejorar la representación incluyendo a congresistas elegidos directamente por los pueblos originarios	Crear 3 distritos electorales más. Asignar los distritos electorales a los pueblos quechua (3), aymaras (2) y amazónicos (2)	

Fuente: www.congreso.gob.pe. Elaboración: Propia

Respecto a estas propuestas, cabe señalar que la magnitud de la circunscripción electoral tiene efectos a nivel interpartido (en la relación votos-escaños y en las oportunidades de los partidos de llegar al poder) influyendo fuertemente en la proporcionalidad del sistema electoral; así como en la dimensión intrapartido porque influye en la relación elector-candidato, en la medida en que cuando más pequeñas es la circunscripción genera un contacto mayor entre los dos actores.

En Perú, el promedio del tamaño de las circunscripciones es pequeño, lo que alienta la moderada proporcionalidad del sistema. El número reducido de parlamentarios hace que la repartición de escaños, en proporción a la población y siguiendo la demarcación territorial, de como resultado la existencia de 21 circunscripciones por debajo de los cinco representantes, de un total de 26 circunscripciones. En un sistema electoral regido por el principio de decisión proporcional cuanto más pequeña la circunscripción electoral, menor el efecto proporcional del sistema electoral y, generalmente, también menores las posibilidades de que partidos pequeños accedan al parlamento.

La propuesta hecha por el JNE, elevaría a 22 las circunscripciones pequeñas constituyendo más del 80% del total de circunscripciones, lo que significa una disminución de la proporcionalidad del sistema. Incluso, tomando en cuenta que el total de electores que residen en el extranjero es de 716,963 debería corresponderle una circunscripción de cuatro a cinco representantes, porque la clave de representación es de 150,733 electores por escaño. El objetivo de mejora en la representación, con la medida propuesta, se cumpliría de manera incompleta.

Las propuestas de la Onpe, de la bancada fujimorista y de Acción Popular — Frente Amplio, buscan un nuevo reparto de circunscripciones, con lo cual, debido a la cantidad de electores a la circunscripción de PREX le correspondería cuatro o cinco representantes, que tendrán que ser restadas a otras circunscripciones que se harían más pequeñas. Esto también sucede con las propuestas de otorgar a dicha circunscripción dos, cuatro, cinco o seis escaños, sin modificar la magnitud del parlamento. Esto último propone la bancada fujimorista, pero aún seguiría sin resolverse el problema del excesivo número de circunscripciones pequeñas.

Una reforma novedosa es la planteada por bancada oficialista, solicitando la formación de tres nuevas circunscripciones que representen a comunidades campesinas basándose en la diferencia étnica (quechuas, aymaras y amazónicos). Con ella se extraerían siete escaños a las actuales circunscripciones para ser repartidas entre ellas. Independientemente de las razones de representación como similitud entre representantes y representados, nuevamente se plantea crear tres circunscripciones pequeñas y reducir las ya existentes. Con ello

quedarían un total de 30 circunscripciones de las cuales al menos 25 serían pequeñas afectando lo que se desea salvaguardar, la representación.

Lo que correspondería de cara a una verdadera reforma es modificar la unidad de reparto de escaños, debido a que la división por regiones da como resultado un número elevado de pequeñas circunscripciones, o aumentar la magnitud del Parlamento a más del doble, puesto que la existencia de más del 80% de circunscripciones pequeñas aleja al sistema electoral del principio de proporcionalidad convirtiéndose en una barrera natural para que los partidos políticos accedan al poder.

4.3.2. Barrera electoral escalonada

Para el Tribunal Constitucional, el establecimiento de una 'barrera electoral' resulta plenamente compatible con la Constitucional, según el fundamento 36 de la STC 0030-2005-PUTC, pues se encuentra orientada a:

(i) Evitar el acceso al Congreso de la República de agrupaciones políticas cuya mínima o nula representatividad impida el cumplimiento de la finalidad que la Constitución les encomienda en su artículo 35; es decir, *"concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular",* institucionalizando la representación de intereses que en los hechos aparecen atomizados a nivel social. En efecto, en criterio de este Tribunal, el rol de los partidos políticos se dirige a generar un margen de representatividad objetiva y no un mero interés de grupo, incapaz, por su nimia significancia, de ser considerado como parte de la voluntad general, sino, simplemente, como una suerte de portavoz de intereses particulares o personales.

(ii) Conseguir que todos los partidos y movimientos políticos gocen siquiera de la mínima representatividad que viabilice su trascendencia institucional en la vida política del país, de modo tal que se establezcan las bases para la configuración de un verdadero sistema de partidos, entendido como aquel en el que —vía competencia, articulación e interacción— cada partido o movimiento es, en cierto modo, dependiente de la función que los otros desempeñan en el escenario político[1161].

(iii) Evitar una fragmentación en la representatividad congresal que obstaculice la gobernabilidad; el consenso entre las mayorías y minorías, y la toma de decisiones oportunas y trascendentes en la vida política, social y económica del país, pues todos ellos son elementos vitales para la estabilidad de la democracia representativa, reconocida en el artículo 45 de la Constitución.

[16] También señaló que el sistema de partidos es parte de la vis externa del funcionamiento democrático, que les exige el artículo 35 de la Constitución, frente a la vis interna de ese mismo funcionamiento, constituida por su estructura y acción organizacional interna.

(iv) Impedir que, como consecuencia de la referida fragmentación, una mayoría simple pueda resultar sustancialmente beneficiada por la ausencia de contrapesos significativos en el Congreso.

Esta medida busca cumplir con los objetivos de fortalecer el sistema de partidos. El problema que el JNE ha detectado es el uso oportunista de las alianzas como instrumento para superar la barrera del 5% exigida por ley para que los partidos políticos tengan acceso al Congreso, luego de lo cual se separan. A pesar de que en la actualidad se fomentan alianzas electorales que, por un lado, generan mayor diálogo y el consenso entre los partidos, existe el peligro del oportunismo debido a que las alianzas se producen sólo para superar la barrera electoral, y al llegar al parlamento se deshacen en múltiples grupos afectando la gobernabilidad. El objetivo del JNE de proponer una barrera escalonada es reducir y número de partidos políticos y las facciones que se forman dentro del Congreso que no permiten el consenso (Jurado Nacional de Elecciones, 2011, pág. 155). Como lo propone en el art. 255 segundo párrafo del proyecto señala:

- La alianza compuesta por dos (2) o tres (3) organizaciones políticas deberá obtener al menos el siete (7%) porciento de los votos válidos a nivel nacional y alcanzar al menos nueve (9) escaños en más de una circunscripción electoral.
- La alianza compuesta por cuatro (4) o cinco (5) organizaciones políticas deberá obtener al menos el nueve (9%) porciento de los votos válidos a nivel nacional y alcanzar al menos once (11) escaños en más de una circunscripción electoral.
- La alianza compuesta por seis (6) o más organizaciones políticas deberá obtener al menos el once (11%) porciento de los votos válidos a nivel nacional y alcanzar al menos trece (13) escaños en más de una circunscripción electoral."

Respecto a este punto el Proyecto de la Onpe propone que las alianzas electorales alcancen porcentajes especiales. En el art. 50 del Proyecto señala que *"en el caso de alianzas electorales, el porcentaje se elevará en un cero punto cinco porciento (o. 5%) por cada partido adicional que la componga".*

Para el análisis de esta propuesta se deben tener en cuenta los resultados electorales de las últimas elecciones generales. Las tres alianzas partidarias que se presentaron a los comicios fueron:

- *Alianza para el Gran Cambio:* formada por el Partido Humanista Peruano, Alianza por el Progreso, Restauración Nacional y el Partido Popular Cristiano, es decir, por cuatro partidos políticos.
- *Alianza Solidaridad Nacional:* formada por Unión por el Perú, Cambio 90 y Solidaridad Nacional, es decir, tres partidos políticos.
- *Alianza Perú Posible:* formado por Perú Posible, Somos Perú y Acción Popular, también por tres partidos políticos.

Las tres alianzas superaron las barrera electoral del 5%. La primera consiguió el 14,4% de votos; la segunda, 14,8% de votos y, finalmente, la tercera un total de 10,2% de votos. Si a dichas alianzas se les hubiese aplicado la barrera escalonada como se propone en el proyecto del JNE, ninguna hubiese tenido problemas en superarlo. Tampoco si usamos el porcentaje escalonado propuesto por la Onpe.

De lo que se concluye que el hecho de haber superado esta barrera más alta no hubiera sido impedimento para que dentro del Parlamento se disolvieran las alianzas, como se puede observar de la actual conformación congresal para el periodo 2012-2013, en el cual se han constituido siete bancadas que son grupos de al menos seis congresistas que pueden unirse dentro del Congreso independientemente de su afiliación partidaria.

En ese sentido, si la alternativa de aumentar la barrera electoral según el número de partidos políticos que conforman una alianza tiene como objetivo fortalecer el sistema de partidos que ha sido afectado con el oportunismo de las alianzas temporales que se crean de cara a una elección, por sí sola la medida no tendría efecto y, por otro lado, disminuiría la representatividad en tanto reduce la proporcionalidad al hacer más difícil ganar un escaño.

4.33. Eliminación del voto preferencial

La eliminación del voto preferencial es una de las herramienta señaladas por el proyecto de ley propuesto por el JNE para fortalecer a los partidos políticos porque considera que su existencia acentúa la debilidad interna de las organizaciones, por cuanto: a) introduce la confrontación electoral entre los candidatos de una misma lista; b) incrementa la necesidad de gastos de publicidad personal del candidato, favoreciendo a quienes cuentan con mayores recursos; c) incentiva la proliferación de prácticas dolosas para intentar adulterar los resultados de la votación; d) genera efectos desproporcionales al contar antes los votos que asignan preferencias, pudiendo ser elegidos candidatos con mayorías mínimas ya que es opcional

El resultado esperado es que existan partidos políticos sólidos; que mejore la relación entre los partidos políticos y sus miembros y que el acto de votación sea más sencillo para los electores disminuyendo el porcentaje de votos nulos. (Jurado Nacional de Elecciones, 2011, pág. 173-176). Sobre este punto, la Onpe no ha hecho propuestas de modificación.

La forma en que está diseñado el voto tiene relación con la libertad de elección de los ciudadanos e influye en la dimensión intrapartido. La representación proporcional puede ser compatible con diferentes tipos de papeleta, si los demás elementos del sistema SE engranan de forma exista una relación entre estrecha entre electores y representantes, por ejemplo, con el establecimiento de

circunscripciones uninominales que permiten un mayor contacto de los votantes con los candidatos ya que los primeros centran su atención en solo una opción (Nohlen, 2007, pág. 303).

Las listas cerradas y bloqueadas impiden a los votantes escoger entre diferentes candidatos y los obligan a adherirse a lo impuesto desde el partido; por su parte, las listas no bloqueadas y abiertas alientan a los ciudadanos a elegir por los candidatos de su preferencia. Las listas cerradas y no bloqueadas han servido como una vía para promover la total expresión de las preferencias de los electores y asegurar la máxima y equitativa consideración de cada voto del elector (Fishburg & Brams 1983: 207). No obstante, también han generado que los políticos se coloquen por encima de sus partidos en tanto la elección depende sobre todo del esfuerzo de ellos mismos, quedando los partidos con un nivel de importancia secundaria (Mainwaring, 1991, pág. 26).

Dentro de las forma de votación de lista cerrada y no bloqueada se encuentra el voto preferencial, el cual fue introducido en el Perú por primera vez en 1978 para la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente y ha regido hasta nuestros días para las elecciones plurinominales, con excepción de la elección de 1980. Existen argumentos pueden ser positivos o negativos según el contexto y los objetivos que se deseen cumplir. Ello debido a que el voto preferencial busca *"incrementar la influencia de los votantes sobre la selección de representantes"* desencadenando *"una vinculación más estrecha entre candidatos y votantes podría facilitar la rendición de cuentas de los representantes.* "(Negretto, 2009, pág. 45 y 46) y existen en contextos donde prima el descrédito de los partidos y los congresos frente a los ciudadanos, con la intensión de evitar que las cúpulas partidarias monopolicen la selección de candidatos, más aún en sistemas en donde no existe un sistema de partidos sólidos, como es el caso de Perú.bn Por otra parte, en países con altos niveles de pobreza y desigualdad y con partidos de escasa consistencia ideológica, la personalización del voto puede *"aumentar el riesgo de cooptación clientelista del voto por parte de los candidatos. También puede contribuir a agravar aún más la crisis de representación al debilitar a los partidos y disminuir los incentivos de los legisladores para la provisión de políticas públicas"* (Negretto, 2009, pág. 46)

Por ello, si la reforma propuesta tiene como objetivo el fortalecimiento del sistema de partidos, la eliminación del voto preferencial debe ser acompañada de

[17] En España, por ejemplo, se introdujo el modelo de lista cerrada y bloqueada en 1977, debido al contexto político de transición a la democracia por el que atravesaba. En este sentido, uno de los objetivos fue la "consolidación de una voluntad y determinación férreas en el seno de los partidos con vocación de democrática, que garantizasen su unidad de acción en un contexto de ambiciones personales y corrientes ideológicas tan legítimas como dispersas" (Consejo de Estado, 2009), por lo que a través de este tipo de lista se buscó la estabilidad parlamentaria.

reformas en el sistema de partidos, específicamente en la selección de candidatos. Además se debe analizar cuál es el efecto conjunto con los demás elementos del sistema electoralm de lo contrario se estaría sacrificando la participación de los electores reflejada en la cercanía con sus candidatos y trasladando la decisión de elegir a las cúpulas partidistas actualmente incontroladas, tomando en cuenta que a pesar de que el voto preferencial es opcional, existe un alto porcentaje de parlamentarios que han sido electos a través de este mecanismo.

Cuadro 4. Comparación de las dimensiones materia de reforma: el status quo, propuesta del JNE y *la Onpe*

Dimensiones		2011	JNE	Onpe
Circunscripciones	Total	26	27	27
	P	21	22	22
	M	4	4	4
	G	1	1	1
Candidatura		Lista cerrada y no bloqueada	Lista cerrada y bloqueada	Lista cerrada y no bloqueada
Votación		Doble voto preferencial opcional	Voto único por lista	Doble voto preferencial opcional
Fórmula		Cifra Repartidora	Cifra Repartidora	Cifra Repartidora
Barrera Legal		5% o 7 escaños	5% o 7 escaños Alianzas de	5% o 7 escaños. Alianzas: +0,5% por cada partido que la conforme

Elaboración: Propia

[18] Estas listas semiabiertas, la existencia de voto preferencial, constituyen un equivalente funcional de las pequeñas circunscripciones respecto a la relación votante-elegido.En el sistema electoral peruano podría decirse que el alto porcentaje de circunscripciones pequeñas también sirve para acercar al elector con sus representantes debido a que al ser menor las opciones pueden informarse mejor sobre cada una de ellas.

V. CONCLUSIONES

De lo analizado podemos concluir que salvo para la elección de 1990, en las demás elecciones generales al menos uno de los elementos del sistema electoral fue modificado. La mayoría de los cambios se han producido en el sistema de elección de parlamentarios, siendo los cambios más recurrentes el tamaño y tipo de circunscripciones y la forma de candidatura.

Los años en que hubo más cambios fueron para las elecciones de 1985, 1995 y 2001. En el primer caso debido a la aplicación de todas las disposiciones de la Constitución de 1979 y en los dos últimos casos por cambios en la distribución del poder. Los demás cambios han tenido objetivos focalizados, como la exigencia de cuotas de género a partir de la elección del año 2000, para mejorar la representación, o la instauración de la barrera legal en las elecciones de 2006, para mejorar la gobernabilidad limitando el acceso al Congreso de los partidos políticos pequeños. Finalmente, la reforma de cara a las elecciones de 2011 contempló el incremento del tamaño del Parlamento, de cara a una mejor representación, la introducción de una nueva circunscripción y, por *vacatiolegis,* el aumento de la barrera legal.

No obstante, un elemento común de las reformas electorales mencionadas ha sido que las mismas han respondido siempre a coyunturas políticas, en el afán de adquirir más poder por parte del gobierno de turo o, al contrario, de limitar el de los oponentes al sistema o ante sucesos que pusieron en peligro la forma democrática de gobierno en nuestro país.

Las reformas electorales que en la actualidad se vienen debatiendo, son producto de la iniciativa de dos órganos constitucionales independientes, el JNE y la ONPE, cuyas propuestas han sido las únicas que responden a una idea de cambio organizado y sistemático del sistema electoral. No obstante, estas propuestas si bien tienen objetivos alejados del simple oportunismo político, no están sustentadas en datos empíricos de forma que pueda afirmarse con relativa certeza que los efectos buscados en dichas reformas van a ser reflejados en la realidad.

Finalmente, muchas de las propuestas de los últimos años han buscado fortalecer principalmente el sistema de partidos y el sistema político actualmente débil, para lo cual han debilitado la representación y la participación del electorado (establecimiento de barreras electorales alta, circunscripciones pequeñas, reducida magnitud del Congreso, estableciendo la lista cerrada y bloqueada, eliminando el voto preferencial), sin que los reformadores se hayan detenido a comprobar si aún con sus propuestas, todas ellas propias de un sistema que tiende a la mayoría, se puede seguir afirmando que nuestro sistema

electoral responde al principio de representación proporcional tal como lo ordena la Constitución.

Bibliografía:

AFP-EFE. (21 de Noviembre de 1992). *El Tiempo.* Recuperado el 18 de Octubre de 2012, de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-244712

AFP-EFE. (2 de Septiembre de 1993). *El Tiempo.* Recuperado el 18 de Octubre de 2012, de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-212521

Anduiza, E., & Bosch, A. (2004). *Comportamiento político* y *electoral.Barcelona:* Ariel.

Boix, C. (1999). Setting the rules of the game: The choice of electoral systems in advanced democracies. *American Political Science Review,* 609-624.

Buquet, D. (2007). Entre la legitimidad y la eficiencia: Reformas en los sistemas de elección en América Latina . *Revista Uruguaya de Ciencia Política,* 35-49.

Diaz, D. (22 de Agosto de 2005). *Diario La República.* Recuperado el 18 de Octubre de 2012, de http://www.larepublica.pe/22-08-2005/bancadas-grandes-y-pequenas-divididas-por-valla-del-5

Farrer, D. (2011). *Electoral Systems. A comparative introduction.New* York: Palgrave MacMilan.

Freidenberg, F. (2009). Oportunistas, idealistas y adversarios en el proceso de reforma electoral en México (2007/2008). En M. Alcántara& E. Hernández, *México, el nuevo escenario político ante el bicentenario.Salamanca:* Universidad de Salamanca.

Gallagher, M. (1991). Proportionality, Disproportionality and Electoral Systems. *Electoral Studies,* 33-51.

Gallagher, M., & Mitchell, P. (2006). Introduction to electoral systems. En M. Gallagher, & P. Mitchell, *The politics of electoral systems* (págs. 3-23). Oxford: Oxford University Press.

García Diez, F. (2001). *The emergence of electoral reforms in contemporary Latin America.*Barcelona: Institut de Ciénces Polítiques i Socials.

García Diez, F. (2006). Preferencias institucionales y reforma electoral en América Latina. Los actores y su contexto desde una perspectiva multinivel. *Documentos CIBOD,* Vol. 14.

Kats, R. (2006). Why are there so many (or so few) electoral reforms? En M. Gallagher, & P. Mitchell, *The politics of electoral systems* (págs. 57-76). Oxford: Oxford University Press.

Lijphart, A. (1994). *Electoral systems and panty systems. A study of twenty-seven democracies, 1945-1990.0xford:* Oxford University Press.

Mc Clintock, C. (1999). ¿Es autoritario el gobienmo de Fujimori? En F. Tuesta, *El juego político. Fujimori, la oposición y las reglas* (págs. 65-96). Lima: Fundación

Friedrich Ebert.

Meléndez, C. (2007). Partidos y sistema de partidos en el Perú. En R. Roncagliolo & C. Melendez,La *política por dentro cambios y continuidades en las organizaciones políticas de los países andinos.* (págs. 213-271). Lima: IDEA, Asociación Civil Transparencia.

Negretto, G. (2010). La reforma política en América Latina. Reglas electorales y distribución del poder entre Presidente y Congreso. *Desarrollo Económico,* 197-221.

Nohlen, D. (1981). *Sistemas electorales del miundo.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Norris, P. (2004). *Electoral Engineering. Voting rules and political behavior.* Cambridge: Cambridge University Press.

Onpe. (2005). *Los procesos electorales en el Perú: 1978-1986. Problemas y lecciones.* Lima: Onpe.

Onpe. (2012). *Proyecto de Ley que propone la aprobación del Código Electoral.* Lima.

PAP. (2010). *Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución.* Lima: Congreso de la República.

Rae, D. (1975). *The political consequiences of electoral laws.* New Haven and London: Yale University Press.

Revista Caretas. (14 de Junio de 2001). *Revista Caretas.* Recuperado el 18 de Octubre de 2012, de http://www.caretas.com.pe/2001/1674/secciones/marfon.phtml

Sartori, G. (2004). *Ingeniería constitucional comparada: Una investigación de estructuras, incentivos y resultados.* México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Schmidt. (1996). Fujimori's 1990 Upset Victory in Perú: Electoral Rules, Contingencies and Adaptive Strategies. *Comparative Politics,* 321-354.

Shugart, M. (2006). Comparative Electoral Systems REsearch: The maturation of a field and new challenges ahead. En M. Gallagher, & P. Mitchell, *The Politics of Electoral Systems* (págs. 25-55). Oxford: Oxford University Press.

Taagepera, R., & Shugart, M. (1989). *Seats and votes: The effects and determinats of electoral systems .Michigan:* Yale University Press.

Tanaka, M. (1999). Consolidación democrática y competencia política en América Latina: Lecciones desde la experiencia peruana. En F. Tuesta, *El juego político. Fujimori, la oposición y las reglas* (págs. 43-64). Lima: Fundación Friedrich Ebert

Tuesta, F. (2005). *Representación política: las reglas también cuentan.* Lima: PUCP-Fundación Friedrich Ebert.

MISCELÁNEA

EL JUEZ COMO GARANTE DE LOS DERECHOS Y EL PAPEL DE LA ÉTICA EN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES

«El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que deber ser objeto del cuidado de todos». /Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil).

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVAM

SUMARIO: *Presentación. I. Cómo se entiende la ética desde una perspectiva constitucional. II. La ética en la función judicial.* ***HL*** *A modo de reflexión final: la ética en la esfera personal del juez.*

PRESENTACIÓN

En este trabajo me propongo examinar la función y el significado que adquiere la dimensión de la ética en la función de la judicatura y en el marco de las democracias constitucionales. La premisa que se perfila afirma que la ética refiere las razones más poderosas de la indemnidad requerida en el quehacer público, es decir, las razones que hacen posible legitimar las decisiones y la actuación de quienes ejercen una función pública.

Una segunda consideración esencial en el enfoque propuesto es que la ética adquiere una relevancia notoria cuando se trata de la función judicial. Los jueces deciden sobre intereses *y* garantizan los derechos. Sus juicios son legítimos en la medida que se sostienen en una práctica fundamental: la justificación basada en el derecho. Y lo cierto es que la indemnidad ética de los jueces hace posible en gran medida la democracia, pues ésta radica en la necesidad de garantizar los derechos.

En lo que sigue intentaré proponer algunas líneas de argumentación para justificar las dos consideraciones que se postulan.

---

[1] Juez de la Corte Suprema de Justicia de la República.
Actualmente de licencia para ejercer la función de Presidente del Jurado Nacional de Elecciones.

I. CÓMO SE ENTIENDE LA ÉTICA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

La pregunta que surge de manera nítida al enfrentar este problema contrasta con las dificultades conceptuales que la idea de la ética trae consigo a lo largo de la historia. Estas dificultades han estado presentes tanto en el pensamiento filosófico como en las teorías jurídicas.

Me propongo alcanzar algunas consideraciones que contribuyan a esclarecer este problema.

Podríamos comenzar por preguntarnos cómo se entiende la ética desde una perspectiva constitucional.

Al respecto, la ética puede ser definida desde mi punto de vista como un esfuerzo que busca justificar racionalmente los actos a partir de valores que son compartidos socialmente, pero que siempre son valorados individualmente. No será extraño que se produzca un conflicto entre ambos puntos de vista, entre la perspectiva individual y la social, pero ésta es la línea que permite construir las razones del actuar correcto; es decir, el actuar ético en contextos específicos.

La ética, es bueno decirlo, se separa aparentemente de la moral que refiere básicamente las prácticas y su consenso en un momento y en una comunidad determinada. Sin embargo, la ética y la moral están en una misma esfera. Ambas se refieren a actos humanos; a las prácticas de los individuos en contextos determinados; es decir, a la toma de decisiones respecto de los intereses y posiciones de individuos o grupos de individuos en la sociedad.

La multiplicidad de intereses y su controversia como testimonio de la diversidad que marca la vida de las sociedades contemporáneas, exigen que ciertos conflictos sean resueltos simplemente en la esfera de la moral, en tanto en otros casos, debido a su complejidad, requieren para su solución de un tipo de respuesta que proviene de estructuras igualmente complejas, y este es el caso del derecho.

Incluso en el contexto de este tipo de estructuras decisionales complejas, como las que se desarrollan en el contexto del Derecho, el conflicto ético está muy presente. Para enfrentarlo se hace indispensable precisar los criterios conceptuales sobre los cuales será posible resolver el conflicto y producir respuestas que sean sostenibles a la luz del ordenamiento jurídico constitucional.

Dos ideas permiten explicar este planteamiento. Ambas se sitúan en la necesaria relación que supone la impartición de justicia entre la ética y el derecho. El punto de referencia en los dos casos es la Constitución:

1.1. La ética refiere la justificación de los actos en el sentido de su vinculación con los valores de la Constitución

En efecto, en una democracia constitucional, la vida social está permanentemente ordenada por los valores que derivan de la Constitución. El ejercicio del poder político, pero también la acción cotidiana del poder entre las personas de a pie, dentro y fuera de los espacios familiares, reclama un dosis de legitimidad. Es decir, razones autónomas que, en los términos de Carlos Santiago Nino[2] son a fin de cuentas, principios morales. En otras palabras, razones que justifiquen la obediencia y la sujeción de los comportamientos en general.

Las razones que permiten decidir sobre la legitimidad de cualquiera de estos supuestos están necesariamente relacionadas con los valores de la Constitución. Éstos son la expresión de acuerdos de orden moral; más aún, reflejan compromisos históricos respecto del modo de ser institucional de cada realidad.

En efecto, las instituciones públicas tanto como las prácticas individuales que hacen posible la convivencia social, la satisfacción de las necesidades y la generación de condiciones para que los individuos puedan buscar su felicidad, son el resultado de estos compromisos históricos que se proyectan a través de los valores de la Constitución.

La ética como justificación de los actos legítimos en una democracia constitucional, es entonces un ejercicio indispensable que busca releer y actualizar las razones que vertebran los valores que forman el plexo constitucional. Estos valores son visibles cuando hablamos de derechos fundamentales, pero están presentes como vigas del diseño institucional de todo el Estado.

No sobra recordar que las normas que integran el derecho son los principios y las reglas. Los primeros se encaman en los derechos fundamentales y los segundos en las definiciones que establecen mandatos que pueden estar en la Constitución o en otras normas. Los principios están profundamente comprometidos con valores del sistema como conjunto. Libertad, igualdad, democracia, honor, intimidad, autonomía, dignidad son valores morales reconocibles como principios en el derecho, son por eso mandatos que sirven para optimizar el ejercicio de los derechos en los casos concretos. Los principios y la carga moral que implican, proveen razones para decidir en los conflictos, en otras palabras, determinan el campo de acción de las reglas jurídicas y permiten establecer razones justificativas para construir la solución de los conflictos.

En este extremo, cuando se debe tomar la decisión, surge la pregunta acerca de la justificación o legitimidad del comportamiento o la acción. En este punto,

[2] NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa.* Editorial Gedisa, Barcelona, 1997. P. 70.

se refleja la exigencia de responder desde la autonomía individual, sobre el sentido de los valores implicados o en conflicto. En este proceso, la reflexión que no puede ser sino de carácter ético, se tiene como coordenadas en última instancia los valores de la Constitución.

Todo lo expuesto permite sostener que en las decisiones sobre asuntos relacionados con derechos y libertades, por ejemplo, el conflicto entre libertad de expresión y el honor, es posible que surja una tensión que deberá ser canalizada en el espacio de los principios jurídicos a través de la ponderación. Sin embargo, esta perspectiva no puede soslayar la existencia de una carga de orden moral que pesa sobre la esfera de lo jurídico. La definición que se produzca al respecto, compromete en forma inevitable la valoración individual del sujeto responsable de la decisión, es por eso una decisión de factura ética. Y no parece sostenible, conforme a lo dicho, que una respuesta ética como la reclamada, se construya ajena a la Constitución política.

Tampoco parece sostenible que una valoración puramente moral, que implique dilemas de carácter ético, en el ámbito de la función pública, pueda evadir una respuesta proveniente de los valores constitucionales. Se afirma de esta manera la tesis de que la ética refiere la justificación de los actos en el sentido de su vinculación con los valores de la Constitución.

1.2. La ética tiene una representación vasta y en expansión permanente como la Constitución

Si la Constitución es entendida más allá de su consideración formal, como un espacio cultural en el que se realizan los derechos y libertades —como ha dicho el profesor Háberle[3]-, es posible identificar la relación entre los valores que la conforman y articulan con la perspectiva moral que las comunidades perciben como fundamento de sus vidas cotidianas.

Este enfoque de la Constitución permite ver que la reflexión moral es parte de un proceso histórico de carácter cultural. Los valores morales están previstos para servir de referentes en el tiempo, pero no por encima de la historia. Adquieren sentido y recíprocamente influyen en la realidad. Los valores morales no son entidades metafísicas con existencia absoluta, más bien son acuerdos sobre objetos de la máxima importancia para la sociedad —como ha dicho Alexy[41-, cuyo significado es atribuido en términos culturales, por ello, evoluciona en el tiempo.

[3] Véase HÁBERLE, Peter. *El Estado Constitucional.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM — PUCP, 2003, pp 3 y sgtes.

[4] ALEXY, Robert. *Derecho* y *razón práctica.* México: Ediciones Fontamara, 1993, p. 14 y sgtes.

Este carácter hace posible que la reflexión sobre los derechos constitucionales y la respuesta a los conflictos en los que éstos se encuentren, implique necesariamente apelar a los valores morales que, en términos históricos, permiten justificar racionalmente cualquier decisión en este plano.

Resulta evidente por ello que la definición de quien tiene la responsabilidad de tomar decisiones sobre derechos y libertades responde a determinados valores morales. Valores que están íntimamente relacionados con los principios constitucionales y que, por ello, están siempre abiertos a las demandas de la historia.

La reflexión ética individual para definir una posición respecto de los valores morales en controversia, está comprometida con la dinámica cultural, con su evolución histórica y su significado contextual. Se mueve invariablemente en esta dimensión.

La reflexión ética debe robustecerse si pretende enfrentar los retos y las crisis del devenir histórico, incluso las que se producen en los espacios individuales. Se trata de responder al reto de producir respuestas aptas para que los principios constitucionales mantengan su vigencia en todos los planos de la cultura. Esta es una garantía para la convivencia sobre la base del respeto a la dignidad del ser humano como eje central de los derechos y libertades. Sólo de esta forma será posible asegurar la legitimidad de las instituciones y del derecho en el Estado constitucional.

II. LA ÉTICA EN LA FUNCIÓN JUDICIAL

2.1. La ética está reflejada en la posición institucional del juez (independencia e imparcialidad)

Si entendemos la ética como el esfuerzo de justificación racional de las conductas para predicar la legitimidad de las mismas, en el ámbito de la función judicial ésta se verifica con nitidez a través del sentido que adquieren la independencia y la imparcialidad.

a) Ética e independencia judicial

La independencia judicial es un principio constitucional propio de la función de adjudicación de derechos a cargo de los jueces. En términos normativos ofrece una textura abierta en su configuración, pues esa es la condición de todo principio jurídico, y de ese modo hace posible su vocación dinámica frente a los valores comprometidos en los casos concretos. A partir de este postulado se identifica el lugar de la ética ya que toda ponderación de valores implica una postura que emerge de la autonomía individual.

La ética está en la base de la independencia. La posición del juez frente al derecho en los casos concretos revela en primer término una definición personal, ética respecto de la responsabilidad pública y también respecto del impacto de las propias decisiones en los casos concretos.

No hay que olvidar que la independencia judicial como principio comporta un mandato para optimizar los derechos ciudadanos. Por esa razón, su identidad radica en vincular los derechos con las adjudicaciones. La independencia supone que las adjudicaciones derivan su legitimidad de su mayor o menor conformidad con el derecho entendido desde una perspectiva argumentativa a partir de los hechos y los valores que esta relación supone.

En consecuencia la función judicial sujeta a parámetros externos o ajenos al derecho, implica una postura individual que revela un tipo de razonamiento injustificado o indebidamente justificado, también desde el plano de la autonomía individual que corresponde al terreno de la reflexión ética.

La vinculación con el derecho *y* los valores que éste encarna, es la clave que delimita el sentido de la independencia. Por esa misma consideración, la independencia se debilita o desaparece cuando los valores referidos no son debidamente ponderados desde la ética del juzgador.

Esta posibilidad traerá como consecuencia el quebrantamiento del propio deber constitucional *y* ético del juez respecto de actuar sustraído de cualquier tipo de injerencia externa -influencia política por ejemplo- como coordenada de sus decisiones.

De nada sirven las condiciones materiales (garantías institucionales, tales como la inamovilidad y otras) que inciden en la actuación judicial e incrementan la posible *ratio* de independencia, si es que el juez no es capaz de llevar adelante una reflexión comprometida con los valores constitucionales.

b) Ética e imparcialidad judicial

Así como la reflexión ética resulta indispensable para que el juez actúe con independencia, es decir, para que sus decisiones sólo provengan de su vínculo con el derecho y no de injerencias externas, también resulta indispensable que la valoración ética contribuya a que los juicios respondan al derecho y no se produzcan con interferencias o sesgos injustificados derivados del proceso o las partes.

La reflexión ética cumple un papel central en este plano e incide en la desmitificación de la "neutralidad" judicial, que por lo demás sólo podría ser atribuible desde una visión religiosa o ideológicam.

[5] Véase sobre el particular GONZALES MANTILLA, Gorki. *Los Jueces. Carrera Judicial y Cultura Jurídica.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. — Palestra Editores, 2009, p. 120 *y* sgtes.

Los jueces deben asumir una posición que responda al derecho que requiere ser garantizado y en ese contexto, su actitud no es neutral, por el contrario, deben mantener una actitud comprometida al extremo de que sus juicios no son necesariamente el punto medio de los intereses en cuestión. Esta perspectiva tiene un fundamento ético relacionado, por cierto, con los valores constitucionales.

2.2. La ética y la argumentación judicial

La ética está presente en el deber del juez a la hora de argumentar: en principio debe argumentar, esto implica una postura ética respecto de la vinculación con los valores en juego.

El Estado constitucional muestra como uno de sus rasgos más significativos el deber de los jueces de argumentar — justificar sus decisiones. Este modelo se justifica a por la necesidad de garantizar los derechos y proscribir la arbitrariedad. En consecuencia, estamos frente a un sistema institucional que exige la formulación de razones para definir el sentido de los derechos y las libertades.

Está claro que los valores comprometidos en este espacio refieren un contenido moral y en esa medida, pueden requerir de un compromiso ético en su definición. No parece sostenible la idea de desarrollar un esquema válido de argumentación sobre asuntos de índole moral y constitucional, que no cuente con una postura ética definida y orientada por los valores que sostienen el ejercicio de la función judicial[61].

III. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: LA ÉTICA EN LA ESFERA PERSONAL DEL JUEZ

Por encima de los códigos e instrumentos normativos sobre deontología y ética profesional, la figura del juez no puede ser escindida. No creemos que se pueda separar la ética en la función judicial de la ética personal, pues se trata de una unidad: la reflexión individual en pos de justificar racionalmente la legitimidad de los actos. El juez, como persona, no puede desprenderse de este rasgo esencial de la condición humana.

Sin embargo, es verdad que la reflexión ética tiene que ser contextual y en ese sentido deberá perfilarse como apta para definir las diversas elecciones que el juez, en tanto ser humano, puede asumir.

También es verdad que el juez como persona lleva sobre sí un encargo trascendente en el ordenamiento de una democracia constitucional. Los jueces

[6] DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel Editorial, 1989, p. 303.

garantizan los derechos y éstos son la razón más importante de la democracia. Por lo tanto, ser juez implica ostentar una posición carácter político y al mismo tiempo un compromiso ético como garante de los valores que la democracia supone.

Quien ostente el título de juez tiene una responsabilidad que marca su comportamiento en la vida social, incluso en sus actos personales. No se trata de una vinculación con parámetros moralistas o prejuicios. Se trata más bien de un férreo y personal compromiso con el significado que la función judicial encarna en la democracia constitucional.

Este compromiso ético supone obrar con consciencia de las implicancias de sus actos personales. El descrédito de la persona no sólo afecta al sujeto, trasciende y afecta la legitimidad e indemnidad del sistema judicial y la democracia como un todo. Ahí radica la trascendencia del razonamiento práctico de orden ético en la democracia contemporánea y en el Estado constitucional.

Santiago de Surco, 25 de septiembre de 2013.

LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA REINVINDICA UNA CATEGORÍA OLVIDADA. LA TRABAJADORA SEXUAL COMO *"SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN"*.

POR MARTHA C. PAZ*[1]

SUMARIO: 1. Prolegómeno. II. Standares internacionales y de derecho comparado III. En el marco del derecho internacional. IV El tema de la prostitución en la primera etapa de la jurisprudencia constitucional colombiana. V Conclusión.

I. PROLEGÓMENO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo, condenó en el año 2012 al Estado de España a indemnizar con 30 000 euros a una prostituta nigeriana que denunció malos tratos e insultos por parte de la Policía en dos ocasiones en que fue detenida en la vía pública en Palma de Mallorca. Los hechos de este caso se remontan a julio de 2005, cuando Beauty Solomon, mujer de origen nigeriano y con residencia en España,

[1] La doctora Martha Cecilia Paz es Magistrada Auxiliar (Letrada) de la Corte Constitucional Colombiana y docente en la Universidad del Rosario en Bogotá en el área de Hermenéutica Constitucional. Abogada, con estudios de Maestría en Filosofía de la Universidad Javeriana de Bogotá; Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes (Bogotá); Diplomada en Derecho Médico, Universidad del Bosque (Bogotá); Master en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid (España); Especializada en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca (España), Especializada en Derecho Americano de la Universidad de la Florida(USA); Egresada del programa PIL de la Universidad de Harvard (Boston,Mass. USA); Diplomada en "Argumentación jurídica con perspectiva de género" del Instituto Flacso de México y Especialista en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa (Italia). Es promotora en su país de las redes de diálogos interinstitucionales del poder judicial habiendo hecho estancias judiciales de investigación *in situ* en el Tribunal Constitucional Español, La Suprema Corte de Justicia de México y la Corte Suprema Argentina. Autora de artículos en materia constitucional y filosofía del derecho.

fue agredida por agentes de la policía nacional de Palma de Mallorca mientras ejercía la prostitución. Cuando la golpeaban, los agentes le gritaron "puta negra" entre otros insultos discriminatorios, bajo el pretexto de realizar controles de identidad. Tras haber agotado todas las instancias nacionales y sin que ningún tribunal investigara los hechos, Women's Link Worldwide denunció el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el año 2008.

El 24 de julio de 2012 el Tribunal Europeo condenó al Estado Español por vulnerar el derecho de Beauty Solomon a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, al no cumplir con su obligación de realizar una investigación efectiva de los actos de violencia policial sexistas y racistas denunciados. Esta sentencia fue la primera dictada por el Tribunal Europeo reconociendo la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres prostitutas y negras en España. El Tribunal condenó la actitud discriminatoria tanto por parte de la policía que la agredió e insultó, como de los diferentes tribunales en España que no realizaron una investigación efectiva de todas las denuncias que interpuso Beauty Solomon. El Tribunal Europeo consideró que hubo en este caso una violación del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que prohíbe la discriminación, aduciendo además, que las investigaciones llevadas a cabo sobre estas irregularidades en los arrestos "no fueron suficientemente profundas y efectivas" para cumplir las exigencias que invoca el artículo 3 de la Convención, que prohíbe el trato inhumano o degradante.

Es este uno de los pasos, con origen en un tribunal internacional de justicia, para empezar a reconocer los derechos de una población que ha sido históricamente desestimada, discriminada y sometida a la indignidad de no merecer la protección del Estado. Colombia se ha ido alineando a través de su jurisprudencia a las previsiones internacionales en la lucha contra la discriminación y el amparo a los derechos de las minorías sexuales, raciales y culturales. Podría decirse que la lucha por los derechos de las mujeres en Colombia comenzó a cosechar frutos con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, pero es a partir de la entrada en vigor de esa Constitución, cuando las conquistas obtenidas hasta ese momento se elevan a rango constitucional. Toda la Constitución Colombiana de 1991 garantiza a las mujeres el pleno disfrute de los derechos y en especial, su derecho a estar libres de cualquier tipo de discriminación. El artículo 1° establece que *"Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, partici pativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."*

El respeto por la dignidad humana es el eje de todo el ordenamiento constitucional colombiano y exige reconocer en las mujeres igual dignidad a la que durante mucho tiempo sólo se reconoció a los hombres. Este reconocimiento expreso en el texto constitucional constituye un paso enorme, ante todo, cuando se piensa que la calidad de "persona" y de "ciudadana" de las mujeres fue puesta en duda por muchos siglos. De otra parte, el rasgo pluralista de la definición de democracia participativa contenido en el artículo 1° de la Constitución adquiere también mucha importancia. *El pluralismo* se convierte junto con el *principio de igualdad* en un hilo conductor que recorre de manera trasversal todos los preceptos constitucionales colombianos, superándose con ello la visión patriarcal masculina, impuesta de modo excluyente durante tantos años en Colombia. La Constitución de 1991 abrió la puerta a un conjunto de grupos sobre los cuales se había tendido un grueso manto de indiferencia o a quienes se había ignorado y condenado a la sumisión, a la dependencia, a la inactividad y a la invisibilidad: las etnias, las mujeres, los ancianos, las personas con limitaciones físicas o psíquicas, aquellas cuyas preferencias sexuales no coinciden con la heterosexualidad, las niñas y los niños.

En el artículo 13° [2] de la Constitución Colombiana se consigna el *derecho a la igualdad* en sus varias facetas, esto es, como igualdad formal ante la ley, como derecho a no ser discriminados de manera injusta, como igualdad material, es decir, como exigencia para equilibrar las oportunidades vitales de las personas y evitar situaciones extremas de desprotección y desamparo.

El artículo 43° igualmente prescribe que *"fija mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades.*"Y agrega de manera contundente: *"fijamujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación."*. Esta prohibición se extiende a todos los campos en los que puedan surgir medidas, actuaciones, definiciones y en general, políticas con contenidos discriminatorios para las mujeres. La Corte Constitucional ha emitido una amplia jurisprudencia[3] en

---

[2] "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica." El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

[3] Ver Sentencias C-588 de 1992, T-484 de 1993, T-098 de 1994, C-410 de 1994, T-145 de 1995, T-202 de 1995, T-214 de 1995, T-326 de 1995, T-026 de 1996, C-309 de 1996, C-410 de 1996, C-622 de 1997, C-623 de 1998, C-082 de 1999, C-112 de 2000, C-371 de 2000, C-007 de 2001, T-1153 de 2001, T-500 de 2002, T-530 de 2002, T-610 fr 2002, C-184 de 2003, C-964 de 2003, C-044 de 2004, C-507 de 2004, C-722 de 2004, C-101 de 2005.

relación con este asunto y ha hecho valer en múltiples ocasiones la prohibición de someter a las mujeres a cualquier tipo de discriminación, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 43 superior.

Así entonces, a partir del rol de las mujeres en la sociedad colombiana actual, no tienen cabida disposiciones que establezcan tratos discriminatorios aun cuando se trate de regulaciones dirigidas supuestamente a protegerlas, pero que al estar inspiradas en estereotipos sociales y culturales machistas perpetúan la desigualdad. La Corte Constitucional se ha ocupado de este fenómeno en repetidas oportunidades y lo ha encasillado en la llamada *"discriminación indirecta",* razón por la cual este tipo de enunciados normativos han sido declarados inconstitucionales[4]. Sin embargo, no todo trato diferenciado a favor de las mujeres está constitucionalmente prohibido y en esa medida las acciones afirmativas a su favor, implementadas con el propósito de reparar las desigualdades históricas han significado un avance importante en la ruta por la construcción de la igualdad.

En los últimos años, las conquistas de las mujeres en Colombia se han ampliado *y* profundizado. A manera de ejemplo, la sentencia C-355 de 2006 sobre la opción del *aborto de supuestos o por indicaciones,* ha significado un hito importante en el reconocimiento a la mujer de los derechos sexuales y reproductivos. En esa oportunidad le correspondió a la Corte Constitucional pronunciarse respecto de si la penalización del aborto en todo caso y bajo toda circunstancia era compatible con las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados *y* ratificados por Colombia. La Corte resolvió que penalizar a la mujer que abortara en determinadas circunstancias — cuando el embarazo es producto de una violación; en el evento en que de llevarse a término el embarazo corra peligro la vida de la madre; cuando se presenten serias malformaciones del feto incompatibles con la vida extrauterina; en caso de incesto - significaba imponerles una una carga desproporcionada y no razonable que no armonizaba ni con los derechos constitucionales fundamentales ni con lo dispuesto en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Estado colombiano.

En esa misma sentencia se pronunció la Corporación sobre algunos de los avances más destacados en materia de garantía de los derechos de las mujeres como lo son, la protección reforzada de la mujer embarazada y la preservación de su estabilidad laboral; las medidas afirmativas dirigidas a obtener su igualdad real, en especial, aquellas decisiones aprobadas para amparar a las madres cabeza de familia; la garantía del derecho de las mujeres a desarrollar

[4] Ver sentencias T-026 de 1996, C-622 de 1997, C-534 de 2005.

su personalidad, libre de imposiciones y presiones injustificadas; el derecho a gozar de las mismas oportunidades de las que gozan los hombres y el amparo de sus derechos sexuales y reproductivos[151].

Puede concluirse que el ordenamiento constitucional colombiano en su conjunto está diseñado para acoger a la mujer como persona y ciudadana digna, merecedora del mismo respeto y de la misma consideración que se prodiga a los hombres, con plena capacidad para ejercer la gama de derechos que de modo amplio se consigna en la Constitución de 1991.

En este artículo se recrea lo expuesto por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T- 629 de 2010, un *leading case* que promueve un vistoso avance en la labor proteccionista de esa Corporación, al reconocer a la prostitución como una actividad económica lícita, cuyos límites aparecen impuestos por la Constitución, la ley y los reglamentos. Hace eco el fallo de que las trabajadoras sexuales son despreciadas por unos, apetecidas por otros, pero tradicionalmente olvidadas por la mayoría de Estados que por primera vez comienzan a aceptar que ellas existen y tienen derechos. Al mismo tiempo, se va ajustando la jurisprudencia colombiana con los dictados sociales que buscan evitar caer en el error **de dejar a los colectivos marginales como -presidiarios, prostitutas, inmigrantes, etc.- fuera de la legalidad que ampara los derechos del resto de la ciudadanía, sea en materia de salud, de trabajo o de seguridad social.**

Se precisarán inicialmente los standares internacionales y de derecho comparado en tomo al fenómeno de la prostitución, para luego abordar una nutrida línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que cierra con la sentencia mencionada, constituyendo el precedente vigente en tomo a la protección constitucional de las personas que ejercen la prostitución.

II. STANDARES INTERNACIONALES Y DE DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado no hay consenso en relación a las distintas facetas susceptibles de protección o de abolición de la prostitución: i) en general, no hay sanción legal para la conducta o ejercicio individual de la prostitución (i0 el modelo abolicionista pareciera dominar, lo que no implica que exista consenso sobre la necesidad de reconocer a la prostitución como un trabajo;(iii) exceptuando los casos de Alemania, Holanda y Nueva Zelanda, la prostitución se mantiene al margen de la ley, haciendo parte de la economía subrepticia

[5] Ver sentencias T-028 de 2003, T- 771 de 2000, T-900 de 2004, T- 161 de 2002 y T -653 de 1999. También sentencias T- 1084 de 2002, T- 1062 de 2004, T- 375 de 2000, C- 722 de 2004, C- 507 de 2004, T- 606 de 1995, T-656 de 1998, T- 943 de 1999, T- 624 de 1995, C- 112 de 2000, C- 371 de 2000, C- 1039 de 2003.

y negando a quienes la ejercen asistencia social completa; (iv) el producto económico de la prostitución en la mayoría de los países se somete a tributación, ya que el hecho generador del impuesto es independiente de la legalidad de la actividad y (v) universalmente, se persigue y sanciona la prostitución forzada de menores de edad y el tráfico de personas para la prostitución.

Con detalle la situación de cada país es la siguiente:

En Estados Unidos, a excepción del Estado de Nevada[6], se sigue un modelo prohibicionista, esto es, se persiguen y sancionan las conductas de los trabajadores y trabajadoras sexuales y de quienes viven de la explotación económica de la prostitución, sin sancionar a los clientes quienes se consideran víctimas del tráfico sexual.

El neo-prohibicionismo funciona en Suecia, donde sí se sanciona al usuario de la prostitución, existiendo al respecto una Ley desde el año 1999. Sin embargo, dicha no se ha logrado mejorar la condición de discriminación de las personas prostituidas, y por el contrario, las expone más a la explotación y violación de sus derechos fundamentales, por la manera subrepticia de llevarse la actividad a fin de evadir sanciones legales.

Inglaterra se decanta por un modelo abolicionista que desconoce el fenómeno de la prostitución desde el punto de vista jurídico, y por tanto, le niega regulación normativa. Sin embargo, sí se persigue y sanciona la organización de negocios cuyo objeto sea la prostitución y la inducción a la misma, más no la actividad individual. En Italia y Francia, el ejercicio de la prostitución no está prohibido, pero sí se condena el establecimiento de negocios dedicados a la prostitución, al igual que el proxenetismo.

En España se persigue desde la explotación sexual de un tercero para su propio beneficio económico, incluso bajo el consentimiento del explotado (lo que se ha llamado rufianismo), hasta las formas de explotación en las que medie la fuerza, presión o engaño. Por su parte las comunidades autónomas tienen competencias para crear medidas urbanísticas y de salubridad que influyen de forma directa sobre los establecimientos comerciales dedicados a la prostitución.

En un punto más avanzado se encuentran países como Alemania, Holanda y Nueva Zelanda, que acogen al modelo reglamentista, con el que se reconoce a la prostitución como un mal social que debe ser regulado con el fin de evitar efectos nocivos en la salud pública, el orden social, la convivencia y buenas costumbres. Dicha regulación incluye el reconocimiento de garantías y derechos para quienes ejercen la prostitución. Esto último ha implicado que se introduzca un nuevo modelo denominado *laboral,* en el cual la prostitución se considera

[6] En este Estado, se permite que cada Condado decida si prohibe o permite la práctica de la prostitución.

como un trabajo más, al cual también se deben aplicar los mecanismos legales que protegen a los trabajadores de abusos y violación de sus derechos.

En el caso de Holanda, el dueño del establecimiento comercial dedicado a la prostitución debe suscribir un acuerdo laboral, en donde garantice condiciones de salubridad para su ejercicio. Las instalaciones del establecimiento deben contar con oficinas para presentar quejas y reclamos contra la administración del negocio. A pesar de esta amplia regulación, se ha incrementado la clandestinidad en razón a que las contribuciones que debe asumir el empresario y trabajador son mucho mayores, lo cual hace que a corto plazo los ingresos de ambos se vean en gran medida reducidos sustancialmente.

En Alemania, igualmente la actividad de los(as) trabajadores(as) sexuales cuenta con garantías desde el punto de vista legal, pero tiene una mayor cobertura social, ya sea como trabajo por cuenta ajena o de forma independiente. Se reconocen límites al poder de subordinación patronal, pues en este tipo de actividad debe primar la voluntad de quien la ejerce directamente; únicamente se permiten exigencias en cuanto al cumplimiento de horario y lugar de trabajo. Tienen derecho a prestaciones sociales, atención médica en la sanidad pública, seguro de desempleo y pensión de jubilaciónm.

En Nueva Zelanda desde el 2003, se exige tanto a quienes ejercen la prostitución, como a los que sacan provecho de ella, que cumplan con requerimientos de salubridad, seguridad y de orden público. A los trabajadores y trabajadoras sexuales se les reconoce derechos referentes al acceso a beneficios propios del empresario. En general a los establecimientos dedicados al negocio de la prostitución se les exige licencia de funcionamiento, excepto si se trata de microempresas. Finalmente, en ese mismo año, se creó un comité nacional encargado de examinar la realidad, las leyes y las políticas públicas relacionadas con la prostitución y a presentarle un informe a la Cámara de Representantes del Parlamento, con el fin de que éste último adopte medidas más adecuadas para proteger los intereses particulares y públicos comprometidos con el ejercicio de la prostitución[18].

[7] Tomado de S.R. Laskowski. "The New German Prostitution Act.An Important Step To A More Rational View of Prostitution as an Ordinary Profession in Accordance With European Community Law". En *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, vol 18, No. 4, 2002,* pp. 479-491. Citado en la sentencia *T-*

[8] Tomado de Catherine Healy. "Descriminalizar nuestras vidas y nuestro trabajo: el modelo neozelandés". En José Luis Solana y Estefanía Acién (eds.). *Los retos de la prostitución, op.cit.,* pp. 191-196.

III. EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL

En el ámbito del derecho internacional se ha reconocido la prostitución como una acción dañina sobre la persona sometida, muy vinculada a otros delitos, pero también con consecuencias para la salud pública (proliferación de enfermedades venéreas), para la familia y la sociedad (deterioro de la integridad familiar y de las condiciones de vida). En este sentido las normas que la regulan oscilan entre el modelo prohibicionista y el abolicionista, estableciendo condenas a quienes promueven la prostitución ajena como un negocio, e imponiendo a los Estados el deber de adoptar medidas preventivas y rehabilitadoras. Algunos tratados y normas internacionales que persiguen, condenan y sancionan el delito de trata de personas [9], son los siguientes:

1. Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1949, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
2. Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres del 18 de diciembre de 1979 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada mediante resolución 34/180.
3. Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, suscrito en el 2000 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este protocolo complementó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
4. Resolución 2118 de 2005 de la Organización de las Naciones Unidas, aprobada en la Cuarta sesión plenaria celebrada el 7 de junio de 2005.
5. Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso aprobado en Ginebra en 1957 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
6. Convenio No. 182 de 1999 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, en el art. 3 b.), se encuentra la prostitución como una de las peores formas de trabajo infantil. También los convenios 29 y 102 y las recomendaciones 135 y 136, en los que se hace referencia al trabajo forzoso vinculado con la trata de personas, que tiene entre sus objetos la prostitución.

[9] Sentencia C-636 de 2009..

IV. EL TEMA DE LA PROSTITUCIÓN EN LA PRIMERA ETAPA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

4.1. Primer caso. Un oficio indigno, un "mal menor". La sentencia T- 620 de 1995

La Prostitución ha sido un tema álgido al interior de la Corte Constitucional Colombiana y claramente su desarrollo ha dependido de las tendencias *y* balances en punto al *clima moral* o al pulso constitucional que ha mostrado la Corporación desde su creación. La Corte Constitucional Colombiana como todos los tribunales constitucionales, se mide con sus fallos y se delata con sus decisiones y este tópico de la prostitución no ha sido la excepción.

La sentencia que inaugura el tema, [11131] dictada por la primera Corte Constitucional cuyo periodo cubrió los años 1992 a 2000, corresponde a la T-620 de 1995[1111] que se ubica claramente dentro de un modelo prohibicionista ajeno a la protección constitucional de este colectivo. Esa Corporación en sus tempranos pronunciamientos, consideró ciertamente a la prostitución como una actividad inmoral, contraria a la dignidad humana que no merecía protección constitucional.

Sostuvo esa primera sentencia, dictada a solo 4 años de promulgada la Constitución de 1991, que el Estado no podía sancionar ni perseguir el ejercicio de la prostitución por dos razones : (i) porque materialmente resultaba imposible y (i) porque en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad el Estado debía respetar la opción de vida que las personas escogieran cuando se dedicaban a este oficio. Sin embargo, precisó la sentencia, que el Estado debía procurar controlar, limitar y desestimular el ejercicio de la prostitución

[10] Las decisiones de la Corte Constitucional son básicamente de dos tipos: las sentencias de constitucionalidad, o de control abstracto de las leyes, cuya numeración se inicia con una "C", y las decisiones de tutela, el nombre que se ha asignado en Colombia al recurso de amparo o de protección, que son aquéllas que se inician con una "T". Las sentencias de constitucionalidad son pronunciadas por la Sala Plena de la Corporación, integrada por 9 magistrados, mientras que, por lo regular, las sentencias de tutela son expedidas por las distintas Salas de Revisión existentes, integradas cada una de ellas por 3 magistrados, salvo cuando se decide unificar la doctrina constitucional en tutela, caso en el cual conoce también la Sala Plena. En esos eventos, las sentencias se denominan "SU". Las sentencias de esta Corte Constitucional se identifican entonces por tres elementos: el encabezado, ("C", "T" o "SU") que indica el tipo de proceso y decisión; un primer número, que corresponde al orden secuencial en un año determinado; y un segundo número, que especifica el año. Así, la sentencia T-002/92 es la segunda sentencia emitida por la Corte en 1992, y corresponde a una tutela, decidida en una Sala de Revisión de tres magistrados.

[11] Sentencia T-620 del 14 de diciembre de 1995. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Ref.: Expediente T-52600..

con medidas de tipo policivo y urbanístico. Consideró la Corte en ese primer acercamiento al tema, que se trataba de una actividad indeseable dentro del Estado Social de Derecho, que atentaba contra la dignidad humana, por ser inmoral y por ende indigna de amparo.

Los hechos del caso que generaron tal doctrina fueron los siguientes: el señor Aristóteles [12] vivía con su familia cerca a una de *zona de tolerancia.* Tanto él como sus hijas menores de edad, se veían expuestos a situaciones de inseguridad derivadas de las constantes riñas callejeras, escándalos públicos y robos que diariamente se presentaban por la presencia de los prostíbulos. Debido a esta situación, solicitó el amparo a sus derechos fundamentales a la tranquilidad, la intimidad y a la seguridad para que se ordenara el cierre definitivo de estos establecimientos que atentaban, según su opinión, contra la moral y las buenas costumbres.

La Corte abordó el tema desde la perspectiva de la moral social, los derechos fundamentales de los niños, la intimidad familiar, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo que protege la Constitución en Colombia y la existencia de las zonas de tolerancia en centros urbanos. La *moral social* la encauzó como un componente del orden público, un valor de interés general que propende por el mantenimiento de una conducta ajustada a principios éticos y orientada al logro de una convivencia armónica. En esa medida, dentro del *caso concreto,* evidenció cómo las hijas del accionante estaban expuestas a escándalos públicos por conductas obscenas y por tanto eran víctimas de *violencia moral.*

El derecho a la intimidad lo definió como el dominio exclusivo y reservado que la persona tiene de su fuero interno, compatible sólo con aquellos que la autonomía de su voluntad designe, y en algunos casos con quienes naturalmente, están ligados a ella por vínculos de familia, pero en una medida no absoluta, sino razonable[m. Añadió que la intimidad comprende la dimensión familiar, ya que la familia necesita desarrollarse en su propio entorno de reflexión, compresión, colaboración y amor. La familia es considerada la célula básica de la sociedad, porque allí se da el ambiente adecuado para iniciar la educación de los niños. Es por esto que la familia debe ser protegida contra toda influencia nociva que afecte e invada la intimidad familiar, y no puede prevalecer derecho alguno contra ella, ya que se atentaría contra el fundamento mismo de la sociedad.

[12] Nombre adaptado a este artículo para preservar el derecho a la intimidad de la accionante; en las sentencias publicadas por la Corte en casos similares tampoco se hace mención al nombre real de los peticionarios siguiendo reiterada costumbre de esa Corporación en los casos en los cuales se tratan temas sensibles relacionados con datos de la vida privada de los peticionarios.

[13] Página 13 sentencia analizada.

Respecto a las *zonas de tolerancia,* el Tribunal Constitucional humildemente reconoce que según la realidad histórica y sociológica, la prostitución no puede ser eliminada de manera total, porque se concibe como un fenómeno común a todas las civilizaciones del mundo, originado por múltiples causas de tipo social, cultural, económico, síquico, etc. Ante la imposibilidad de eliminarla , el Estado ha decidido controlar y limitar su campo de acción, a través de las llamadas "zonas de tolerancia", cuya finalidad se concreta en evitar que los establecimientos de comercio dedicados a la prostitución se propaguen indiscriminadamente hacia zonas residenciales. Concluyó esa decisión que en el Estado Social de derecho la prostitución no es deseable, por considerarse contrario a la dignidad humana el hecho de comerciar con el propio cuerpo. Sin embargo, aclaró que en tanto sería un esfuerzo inútil perseguirla y erradicarla, se aceptaba como un *"mal menor",* es decir, se consideró una *"conducta no ejemplar ni deseable, pero que es preferible tolerar y controlar, a que se esparza clandestina e indiscriminadamente en la sociedad, dañando sobre todo a la niñez y a la juventud"*[14]

En virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad, estimó que los individuos pueden optar entonces por la prostitución como forma de vida, *"pero al hacerlo no pueden ir en contra de los derechos prevalentes de los niños, ni contra la intimidad familiar, ni contra el derecho de los demás a convivir en paz en el lugar de su residencia."*[15]*"]*

Las anteriores razones llevaron a concluir que la prostitución no podía considerarse un trabajo honesto, en tanto su esencia era la de una actividad evidentemente inmoral. Por tanto, debía permanecer al margen de una protección constitucional, que por el contrario sí se predicaba del trabajo honesto, considerado como una actividad ética que propendía por la producción de bienes y la realización personal. En suma, en esta primera decisión, la Corte concluyó que el trabajo que protegía la Constitución Colombiana sólo podía ser el trabajo honesto, y por tanto, es este tipo de actividad sobre la cual se funda el Estado Colombiano, *contrario sensu,* la prostitución, no estaba protegida ni promocionada por la Constitución.

4.2. Sentencia SU-476 de 1997[16]. Es deber de las autoridades del Estado rehabilitar a quienes ejercen la prostitución.

Un habitante de la ciudad de Bogotá solicitó la protección a sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad e intimidad personal *y* familiar;

[14] Páginas 12 y 13 sentencia analizada.
[15] Página 14 sentencia analizada
[16] Sentencia SU-476 del 25 de septiembre de 1997. Sala Plena de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: Expediente T-127.634.

a la vivienda digna, al del medio ambiente sano, a la paz y de petición, que consideraba vulnerados por la presencia de establecimientos de comercio dedicados a la prostitución, al desnudismo *y* venta de licores, lo cual a su vez generaba actos de violencia, atracos, drogadicción y escándalos públicos.

En este caso la Corte concedió el amparo de los derechos a la intimidad, a la integridad personal y familiar, a la tranquilidad, a la seguridad, al libre desarrollo de la personalidad y a vivir en condiciones dignas del peticionario, debido a que si bien la ley no podía sancionar la prostitución como tal, en virtud del respeto al libre desarrollo de la personalidad, las autoridades debían *"utilizar los medios de protección social que tuvieran a su alcance para prevenirla y para facilitar la rehabilitación de quienes se dedicaran a este oficio. Incluso, la ley facultaba a la Nación, los departamentos y los municipios, para organizar instituciones donde las personas que ejerzan la prostitución encuentren medios gratuitos y eficaces para rehabilitarse""*

4.3. Sentencia C-507 de 1999: La prostitución, una opción de vida

En el año 1999, aún bajo la misma composición de la llamada primera Corte Constitucional, pero con un giro más maduro en la argumentación, se precisó sobre la imposibilidad de sancionar y perseguir la prostitución como actividad, en tanto se trataba de una decisión que correspondía al fuero interno de cada persona y una opción de vida que debía respetarse, sin discriminar a las personas que la ejercían.

Se demandaba en esa ocasión, la inconstitucionalidad de algunos apartes del artículo 184 del Decreto 85 de 1989 relativo al régimen disciplinario para las Fuerzas Militares Colombianas. La norma cuestionada decía lo siguiente: *"Cometen falta contra el honor militan los oficiales y suboficiales en servicio activo que incurran en hechos o situaciones que afecten el honor del cuerpo de oficiales o suboficiales o la dignidad de la institución castrense, tanto en actividades del servicio como fuera de ellas." A su vez señalaba que eran faltan al honor militar entre otras ejecutar actos de homosexualismo o practicar o propiciar la prostitución".*

Alegaba el demandante, que la norma establecía una discriminación con base en la condición sexual del individuo, incurriendo en violación directa de los artículos 13 (principio y derecho a la igualdad), 15 (derecho a la intimidad), 16 (derecho al libre desarrollo de la personalidad), 21 (derecho a la honra), 42 (protección a la familia constituida por vínculos naturales), de la Constitución Política Colombiana y también de disposiciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[17] Sentencia analizada.

En el escenario constitucional mencionado, debía resolver la Corte si los principios y derechos reconocidos por la Constitución Política permitían sancionar disciplinariamente a los militares en servicio activo que incurriesen en la practica de la prostitución o si penalizar tales comportamientos afectaría a la familia como núcleo esencial de la sociedad, así como los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad.

El honor militar [[18]] estaba definido en el ámbito de las fuerzas militares como *"el conjunto de cualidades morales y profesionales que sustentan las virtudes castrenses del valor; lealtad, rectitud* y *decoro y que colocan al oficial y suboficial en condiciones de aprecio dentro de la institución y la sociedad a la que pertenece."* Su justificación era claramente proteger la reputación de las instituciones de las fuerzas armadas y de sus miembros, por lo cual se estimaba necesario exigirles adoptar los comportamientos sexuales que la comunidad consideraba correctos, e imponer sanciones penales a aquellas conductas reprochables por la sociedad

Bajo el predicado del amplio margen que la Constitución Colombiana prodiga a la defensa del fuero interno de las personas a través de la consagración y reconocimiento de derechos tales como al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y al buen nombre, la Corte entendió que las personas pueden autodeterminarse libremente sin ninguna injerencia por parte de las instituciones públicas, siempre y cuando sus decisiones en materia personal no afecten el orden público y la organización social.

Aplicando la técnica de la interpretación por *armonización concreta,* la Corte consideró que los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y al buen nombre, hacen parte esencial de la personalidad del ser humano, porque permiten su reconocimiento e individualización por parte de la sociedad. Por tanto, las limitaciones que se impongan a estos derechos deben obedecer a superiores intereses constitucionales, sin que afecten su núcleo esencial, que en el tema de la sexualidad, se concreta en el proceso de autodeterminación en cuanto a preferencias o inclinaciones sexuales. Igualmente consideró que se viola el principio de igualdad material cuando la ley crea límites al ejercicio de la libertad sexual con medidas o sanciones, basadas en razones referentes al sexo o a las preferencias sexuales que determinada persona puede tener.

Añadió que la sexualidad es un elemento consustancial a la persona, por lo que hace parte del fuero interno más íntimo de la misma y es una manifestación de su libertad y autonomía. Por tanto, el Estado no puede interferir en el proceso de formación de una identidad sexual, ya que las razones de una política estatal pueden prevalecer o estar por encima de la persona misma. Por tales

[18] Artículo 183° del Decreto 85 de 1989.

fundamentos, la Corte consideró que no era razonable calificar de *"antisociales"* a las prostitutas porque son personas que han optado por ese tipo o forma de vida sexual, que obedece factores de orden personalísimo, y por tanto, no pueden ser tachados como tales.

La Corte señaló que tanto la prostitución como la homosexualidad *"eran opciones sexuales válidas dentro del Estado de derecho colombiano, razón por la cual, aquellos que las han asumido como forma de vida, sin afectar derechos ajenos, no pueden ser objeto de discriminación alguna. Por el contrario, según las voces de la propia Constitución Política, su condición de personas libres y autónomas debe ser plenamente garantizada y reconocida por el orden jurídico, en igualdad de condiciones a los demás miembros de la comunidad"* . En consecuencia, determinó que la norma acusada de inconstitucional sí estaba contrariando las normas constitucionales al establecer sanciones para la conducta descrita en el literal c) del artículo 184, por lo cual no podía aceptarse como causal de sanción disciplinaria, excepto si se daba el caso de asociación con fines ilícitos.

4.4. Sentencia C-636 de 2009[119]: la inducción a la prostitución es violatoria de derechos fundamentales

Se estudiaba para este caso una norma del Código Penal Colombiano referida a la inducción a la prostitución *y* la consecuente sanción con pena privativa de la libertad de diez a veintidós años y multa de sesenta y seis a setecientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, a quien *"con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona."*

La prostitución no se puede perseguir ni sancionar penalmente, pero la tipificación penal de la inducción a la prostitución resulta legítima en la medida en que se protege la dignidad humana de la persona prostituida, y se pretende desalentar o desestimular el tráfico y explotación sexual, fue la decisión adoptada por la Corte para ese caso.

Se demandaba la inconstitucionalidad del artículo 213 (inducción a la prostitución) de la Ley 599 de 2000 Código Penal y a juicio de quien demandaba se vulneraba la dignidad humana, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de escoger profesión u oficio, puesto que la norma atentaba contra el fuero interno de la persona y no le permite autodeterminarse y escoger su opción de vida. Debía resolverse como problema jurídico si la tipificación del delito de inducción a la prostitución es violatoria del principio de

[19] Sentencia C-636 del 16 de septiembre de 2009. Sala Plena de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Referencia: expediente D-7586.

proporcionalidad, entre el derecho a la libertad y los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libre escogencia de profesión u oficio.

La denominada segunda Corte Constitucional, años 2000 a 2008, asumió el estudio de esta demanda, afirmando que el legislador se encuentra legitimado para establecer sanciones penales, en este caso, a las conductas dirigidas a promover, estimular y patrocinar la explotación sexual del ser humano, en virtud de la Cláusula general de competencia que en la Constitución Colombiana surge del artículo 150 numerales 1 y 2, de la Constitución Política).

En virtud de la cláusula general de competencia, el legislador también tiene un amplio margen de configuración en materia penal. Dicho margen, sin embargo, encuentra límites en los derechos a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de escoger profesión y oficio. Igualmente, no puede contrariar principios rectores del sistema punitivo como lo son la razonabilidad y la proporcionalidad, que se derivan del derecho al debido proceso.

En una argumentación más sofisticada que la realizada en los casos ya relacionados, la Corte se adentra en un decantado juicio de proporcionalidad para establecer, si la sanción penal impuesta a la conducta de inducción a la prostitución desbordaba los límites de la configuración legislativa, en tanto vulneraba el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la libertad a escoger profesión y oficio, o si por el contrario, la medida resultaba proporcional a los fines y valores de la Constitución Colombiana

En la línea de análisis, la Corte sostuvo que la prostitución como la ha entendido la jurisprudencia (precisamente en los casos que en este artículo se mencionaron) vulnera la dignidad humana que es un principio fundamental dentro del Estado social de derecho, y fundante del ordenamiento jurídico, por lo cual el legislador, a través del artículo 213 que sanciona penalmente la conducta de inducción a la prostitución, está persiguiendo un *fin constitucionalmente válido* y *legítimo,* pues a pesar de que la prostitución es jurídicamente tolerada, la Corte reconoce que la misma comporta graves consecuencias para la integridad de la dignidad de las personas, por lo cual es *"legítimo que el Estado dirija sus esfuerzos a desestimularla, a reducir sus efectos e, incluso a erradicarla"["].* El primer criterio del test de proporcionalidad acepta que el fin de norma es constitucionalmente válido.

Encuentra así que la sanción penal de la conducta de inducción a la prostitución *es necesaria,* porque produce un verdadero daño social e implica una amenaza para los derechos de otras personas y de la comunidad entera, y es *legítima* en tanto el legislador tiene competencia para establecer que comportamientos atentan contra

[20] Sentencia analizada. Pagina 21

la integridad sexual de las personas y que merecen sanción penal en razón al daño antijurídico que infringen a la persona y a la sociedad.

Si bien la Corte aceptó que en virtud de la autodeterminación sexual, una persona es libre de ejercer la prostitución, estimó que es legítimo que el legislador persiga y sancione la conducta del tercero que mediante sugestiones, insinuaciones u otro tipo de recursos, obtenga provecho económico de la explotación sexual de una persona. Para la sentencia, dicha conducta punible escapa del ámbito estricto de la autodeterminación personal para ingresar en el de la explotación de la persona humana. Aclara la sentencia, que el objetivo perseguido por la norma demandada es la lucha contra el negocio de la prostitución, más allá de la opción autónoma de las personas de ejercerla, con mayor razón si se tiene en cuenta, que la sanción se impone a aquel que promueve el ingreso a esta actividad para satisfacer a otros y obtener con ello un provecho específico.

En cuanto a la forma desproporcionada en que, según el accionante, la sanción impuesta por el artículo 213 del Código Penal restringe los derechos a la autodeterminación y a escoger libremente un oficio o una profesión, la Corte concluyó que la norma se justifica en razón a la necesidad de combatir efectivamente la prostitución, por razón de los efectos nocivos que produce y por las causas que la generan. Además, en consideración a la prevalencia del interés general y el respeto de los derechos ajenos, resulta totalmente ilegítima la conducta de aquel que incita a que otra persona a prostituirse y así obtener beneficios, no solo económicos si no para su provecho personal. En conclusión, consideró, que la norma demandada no restringía de manera desproporcionada los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a escoger profesión u oficio, así como tampoco vulneraba el principio de lesividad, pues el fin de la norma es la protección de la dignidad humana, así como los intereses colectivos afectados por los efectos colaterales de la prostitución. Por lo anterior, la Corte mantuvo en el ordenamiento legal el artículo 213 de la Ley 599 de 2000, declarando su constitucionalidad.

4.5. Sentencia T-629 DE 2010[21]: una actividad económica lícita, reconocida por el Derecho.

En este último caso, debía resolver la Corte si una persona que se dedica a la prostitución, en particular cuando se trata de una mujer embarazada, tiene la misma protección constitucional que otro tipo de trabajadoras, para efectos de su estabilidad laboral, derechos a la seguridad social y en definitiva, para la salvaguarda del mínimo vital suyo y del hijo que está por nacer.

[21] Sentencia T-629 del 13 de agosto de 2010. Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Referencia: expediente T-2384611

En esta sentencia se decide la acción de tutela interpuesta por LAIS[22], quien se desempeñó por más de 11 meses (desde el 9 de febrero de 2008 hasta el 16 de enero de 2009) como trabajadora sexual en un bar-discoteca. El primero de diciembre de 2008 la accionante supo que se encontraba en estado de embarazo, y ese mismo día se lo comunicó a su empleador.

El 14 de enero de 2009 el médico tratante informó a la peticionaria que su embarazo era de gemelos y por lo tanto, de alto riesgo, razón por la cual el empleador decidió cambiarle el turno y el sueldo, asignándole labores de aseo y administrativas. Desde el 22 de febrero hasta el 23 de marzo, la tutelante trabajó de nuevo en el horario de 3: 00 p.m. a 3:00 a.m. El 24 y 25 de marzo le fue negada la entrada al sitio de trabajo y finalmente el 26 de marzo fue despedida en razón a su estado de embarazo de alto riesgo.

Ante esta situación, la señora LAIS decidió interponer acción de tutela (amparo constitucional) contra el establecimiento donde trabajaba buscando protección a sus derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, el debido proceso, la salud, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital, los cuales consideró vulnerados al ser despedida mientras estaba en estado de embarazo y siendo madre cabeza de familia.

La Corte constitucional en una decisión sin precedentes dentro de su jurisprudencia, remoza el concepto de igualdad y a partir de él construye un extenso *holding* para la decisión. Frente a la igualdad formal, asume el fallo, que el Estado debe cumplir con un *mandato de abstención,* es decir, abstenerse de incurrir en prácticas que generen algún tipo de discriminación que resulte injustificada, desproporcionada e irrazonable. Respecto de la igualdad de trato, lo que también la jurisprudencia ha llamado *mandato de intervención,* estima igualmente que el Estado debe procurar una igualdad real y efectiva a través de actuaciones positivas o de intervención.

La Corte consideró que los trabajadores y trabajadoras sexuales constituyen un grupo tradicionalmente discriminado y que por tanto merecen especial protección. En consecuencia, cuando sean afectados o disminuidos los derechos de dichos grupos con la adopción de tratos diferenciados respecto de otros grupos sociales en situaciones similares, ya sea a través de la expedición de normas jurídicas por parte del legislador o se produzcan decisiones dentro de un proceso judicial o se ejecuten medidas o programas por parte de la administración, existe de manera preliminar una presunción de discriminación[23] por utilizar *criterios*

[22] Este es un nombre ficticio asignado por la Corte para proteger la identidad de la accionante.

[23] Esta presunción de inconstitucionalidad, implica que el juez realice un test estricto de igualdad. Véase por ejemplo las sentencias C-093 de 2001 y C-671 de 2001.

sospechosos[24], que contrarían la prohibición de discriminación contenida en la Constitución Colombiana. Así, las autoridades tendrán la carga de probar que no han violado la prohibición de discriminación para exonerarse de su responsabilidad.

Contrario a la jurisprudencia de origen, en esta ocasión la Corte no deja duda sobre la calificación de la prostitución como una *actividad lícita,* en tanto se trata de un fenómeno imposible de eliminar, y aunque genere gran conflicto a nivel moral y axiológico, es innegable que existe en el mercado; que es una actividad de la que muchas personas obtienen el sustento económico para su vida; que ha sido tolerada a nivel social, y que está reconocida y regulada en muchos ordenamientos jurídicos con medidas de control, prevención y rehabilitación. Por tanto, las relaciones que surgen entre quienes ejercen la prostitución, quienes demandan el servicio y los dueños de los establecimientos de comercio, se podrán considerar y entender lícitas en la medida en que: i) respeten la libertad y dignidad humanas, así como los derechos ajenos; ii) respeten los límites más severos previstos en los tipos penales del título IV, capítulo cuarto del Código Penal, a más de cualquier otro delito y iii) Den cumplimiento a las normas de carácter policivo existentes, relacionadas como el uso del suelo, la salubridad y de comportamiento social.

El reconocimiento de la *licitud,* es mirado desde los pactos internacionales que obligan al estado colombiano a través del seguimiento al bloque de constitucionalidad, constituyendo en la sentencia una forma de hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el cual los Estados Partes reconocen el derecho a trabajar, el cual comprende el derecho de toda persona a ganarse la vida, mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, se comprometen a tomar medidas para garantizar este derecho. También se desarrolla el artículo 6° del Protocolo de San Salvador a la Convención Americana de DD.HH, en donde se reconoce el derecho al trabajo como el que "incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada".

A la luz del principio y *derecho a la igualdad formal,* para la Corte, la prostitución dentro del marco impuesto por el Derecho, constituye una actividad económica que hace parte de los mercados de servicios existentes, sometido a sus propias reglas de oferta y demanda *y* en la que un cierto número de actores procuran alcanzar un beneficio económico para subsistir, proveerse el mínimo vital, ganarse la vida o desarrollarse económicamente. Es decir que

[24] La Corte ha reiterado que dichos criterios o categorías sospechosas deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos, y "su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vgr. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros" (sentencia C-371 de 2000).

a través suyo, guste o no, se ejercen libertades económicas, que en el marco del principio de igualdad formal, de trato, de prohibición de la discriminación sin causas legítimas que lo justifiquen, están llamadas a arrojar las consecuencias que se espera de las mismas.

Fue enfática la sentencia en sostener que en todas las modalidades en las que una persona puede ejercer la prostitución, se deben respetar el derecho a la libertad, el derecho y el deber de trabajo, la libertad de escoger profesión y oficio y la autonomía privada. Por otro lado, la persona que ejerce la prostitución debe asumir las cargas y riesgos que supone su actividad, a cambio de la expectativa legítima de que obtendrá una contraprestación económica por los servicios que presta. Además, esta actividad realiza uno de los fundamentos del Estado, como es el trabajo, y cumple con el mandato constitucional que reconoce al trabajo como derecho y deber dirigido a satisfacer las necesidades y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

La protección al trabajador y trabajadora sexual no resulta contraria a la Constitución, ya que en ella no se encuentra disposición que autorice una discriminación negativa para las personas que ejercen el oficio. Por el contrario, se considera que la protección que el Estado debe brindar a estos trabajadores desarrolla el principio de igualdad y las cláusulas de diferenciación subjetiva (artículos 53, 13, 43 y 44 constitucionales), en la medida en que se intenta hacer un reparto equitativo de derechos, obligaciones y responsabilidades, lo cual no sería posible sin el previo reconocimiento de una relación y contrato laboral, que beneficie los intereses y proteja los derechos de quien presta los servicios sexuales de forma personal. Es decir, con el reconocimiento y regulación del contrato laboral entre la persona que ejerce la prostitución y el dueño del local o establecimiento comercial, se cumple el propósito fundamental de evitar que el ejercicio de la prostitución genere consecuencias excesivamente gravosas para quien la ejerce, y que beneficie exclusivamente al empresario.

La Corte aplica su doctrina sobre el *contrato realidad,* y afirma que en el caso de la prostitución existen todos los elementos de los contratos laborales (horarios, salarios y subordinación) razón adicional para no dejar su amparo a la deriva. En palabras de la propia sentencia *"el desarrollo o ejercicio de la prostitución como trabajo, y por tanto, como forma de ganarse la vida, merece reconocimiento* y *protección por parte del derecho en el sentido de garantizar que todas aquellas obligaciones contraídas por el empleador y que no fueron canceladas por él mismo durante el tiempo en que la relación de trabajo estaba vigente, serán exigibles por parte de los trabajadores y trabajadoras sexuales."*

Sin embargo, un *pero* asalta la argumentación de la sentencia: la Corte advirtió que dadas las especiales características del trabajo sexual, que en muchos aspectos afectan la dignidad humana y que en ese sentido, al igual que el elemento de subordinación es precario o muy limitado en este tipo de contrato laboral, también los derechos del trabajador a la estabilidad laboral y a ser restituido en caso de

despido injusto también se configuran como derechos precarios o restringidos. Es decir, los trabajadores y trabajadoras sexuales no podrán acudir ante los juzgados y tribunales de justicia laboral para reclamar dichos derechos, ya que estás instancias judiciales no pueden defender ni promover la prostitución.

Por esta razón, pese a que la sentencia ordena la protección del derecho a la igualdad, trabajo, dignidad y seguridad social ordenando una indemnización salarial y el pago a la trabajadora de la semanas correspondientes a descanso remunerado y la vinculación a la Seguridad Social, la Corte niega la pretensión de reintegro, tras considerar que ese recurso laboral está excluido de las garantías laborales de quien trabaja por cuenta ajena como prostituta o prostituto, dada la especificidad de la prestación que se ejecuta en este tipo de contrato, y por la forma en que dicha prestación riñe con los ideales liberales, racionales y de la dignidad humana del constitucionalismo nacional y con los deberes dispuestos en el derecho internacional.

V. CONCLUSIÓN

La Corte resolvió en este caso paradigmático, la tensión entre los derechos y bienes jurídicos que se relacionan con el ejercicio de la prostitución, y de paso protegió la situación de los trabajadores y trabajadoras sexuales atenuando un poco las condiciones de discriminación que siempre han vivido. Se decantó el fallo por un imperativo constitucional que demanda del Estado el reconocimiento de garantías mínimas que les permitan a los trabajadores y las trabajadoras sexuales desempeñar su oficio en condiciones dignas y de igualdad; "permitiéndoles ser vinculadas no solo a un sistema policivo de protección en salud y cuidado propio, sino también el ingreso al sistema general de seguridad social, a poder percibir prestaciones sociales, así como ahorrar para la jubilación y cesantías"[25].

La línea de la jurisprudencia se cierra con este caso, que reconoce la violación de derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, la igualdad, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital. La Corte concluye que en estos casos se configura un contrato realidad en razón a que las trabajadoras sexuales desarrollan una actividad personal sujeta a las reglas de subordinación y dependencia admisibles en cuanto a los servicios sexuales, todo ello a cambio de una retribución económica.

[25] Sentencia analizada. Página 97.

DERECHO DE LA INTEGRACIÓN Y SOBERANÍA

ANOTACIONES INTERRELACIONALES (*)

ABRAHAM GARCÍA CHÁVARRI (**)

SUMARIO: ***I.*** *Derecho de la Integración: una noción desde la globalización. II. La soberanía: alcances conceptuales y revisión de sus características fundamentales.* ***HL*** *Los alcances de la soberanía desde el Derecho de la Integración: una propuesta.*

I. DERECHO DE LA INTEGRACIÓN: UNA NOCIÓN DESDE LA GLOBALIZACIÓN.

El Derecho de la Integración está conformado por las normas o los principios que regulan los procesos de interrelación entre los Estados. Estos procesos de integración tienen principalmente un carácter económico y, excepcionalmente, los hay de contenido político. Esta disciplina comprende, entonces, acuerdos entre los Estados, tanto dentro del Derecho Internacional, cuanto aquellos que dan origen al Derecho Comunitario. La finalidad es la integración económica y, en algunos casos, puede ser también de carácter territorial[111].

Aunque se pueden encontrar antecedentes referenciales en el Imperio Romano y en otras realidades histórico-políticasm, es el fenómeno de la

(*) Este artículo, publicado en la Revista Jurídica del Perú (2005) y actualizado para la Revista de Derecho de la Universidad César Vallejo (2013), ahora se presenta en una versión ampliada.

(**) Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), el Posgrado de la Universidad Nacional de Piura y en la Academia de la Magistratura. Abogado y Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP.

[1] Como anota además Pizzolo (2002: 86), el Derecho de la Integración "contiene aquellas normas jurídicas que tienen por objeto la cooperación y asociación entre Estados utilizando, con este fin, como *medio* al Derecho Internacional general. En este último sentido, la matriz normativa originaria al igual que la variante Derecho comunitario son la expresión pura de la *racionalidad* perteneciente a la acción comunitaria que construyen los partícipes de las relaciones sociales secundarias en el espacio superior de la integración".

[2] La unión aduanera de Gran Bretaña con Escocia en el siglo XVII, la unión aduanera alemana, los Estados Unidos de Norteamérica, la Confederación Suiza o la unificación italiana son también buenos ejemplos de iniciales formas de integración.

globalización el que exige de modo indiscutible a los Estados adoptar medidas jurídico-financieras para desarrollar sus políticas económicas en consonancia con este nuevo orden mundial imperante. De allí que los Estados se vean requeridos de coordinar acuerdos y mecanismos de integración económica para no quedar excluidos de este nuevo esquema mundial bastante monocorde (Espinosa-Saldaña Barrera 2004: 31-39).

Sin embargo, la globalización es una noción no del todo precisa. Tiene que ver con un conjunto muy variado de procesos sociales y tecnológicos de magnitud universal, que tiende a poner en cuestión, desde el exterior, la autonomía o la cohesión de los Estados nacionales (Giusti 1999: 223). En un primer sentido, globalización se entiende como el proceso de implantación de relaciones estructurales de carácter económico, tecnológico, burocrático, en el plano internacional, que "obedecen a una lógica instrumental propia de cada una de esas esferas y que escapan al control que individuos o países puedan pretender sobre ellas. (...) La globalización crea, sí, redes universales multidimensionales, vigentes para todos los individuos independientemente de su nacionalidad o de su pertenencia cultural, pero no crea redes solidarias o consensualmente aceptadas" (Giusti 1999: 224).

La globalización, expuesta muy sucintamente, tiene además otra dimensión, acaso más importante y vital. Es también el "proceso de instauración de nuevas relaciones virtuales o nuevas formas de comunicación reales entre individuos o grupos a nivel internacional, con prescindencia igualmente de su nacionalidad, de su ubicación geográfica o de sus orígenes culturales" (Giusti 1999: 224). En este segundo modo de aprehender este fenómeno contemporáneo, las relaciones interpersonales son elegidas con libertad, se refuerzan los vínculos comunitarios y se promueve el consenso.

Como puede ser fácilmente observable, los procesos de integración económica propios de la globalización colisionan (o por lo menos se confrontan) con el concepto teórico de soberanía y con la idea misma de Estados nacionales. Presentado el escenario actual de modo muy breve, podrían plantearse dos hipótesis.

Los procesos de integración entre los Estados ponen en entredicho el antiguo y fundamental concepto de soberanía nacional, o suponen, en menor medida, su nueva reformulación. E inclusive se podría decir, siguiendo a cierta posición doctrinaria que se desarrollará más adelante, que en realidad la noción de soberanía ha sido mal entendida casi desde sus orígenes, por lo que conviene situarla debidamente en sus causes teóricos apropiados.

La segunda idea tiene que ver con la globalización: pareciera que el fenómeno de la globalización pone en cuestión la idea de los Estados nacionales, su autonomía y cohesión. La noción del Estado Liberal, mínimo,

encargado principalmente de garantizar la seguridad exterior, el orden interno y la impartición de justicia, erigido fundamentalmente en una lógica de autarquía respecto de las demás realidades estatales, y de las que necesariamente se distanciaba para afirmar su naturaleza independiente, plena y soberana, queda, por lo menos, cuestionada por la integración económica, política y cultural que supone la globalización.

El propósito del presente trabajo es detenerse en la primera de estas consideraciones. Busca responder la interrogante de si la idea de soberanía es incompatible con el proceso de integración actual o, más bien, si deben replantearse sus postulados teóricos; y cuáles deben ser, en todo caso, las notas esenciales de éstos.

II. LA SOBERANÍA: ALCANCES CONCEPTUALES Y REVISIÓN DE SUS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES.

Hay consenso en señalar que la soberanía estatal es un concepto teórico vinculado al poder político. Expresa que la autoridad que goza de ella tiene el mayor poder dentro de su ámbito, y carece, en consecuencia, de otro poder superior (Blancas, Landa y Rubio 1999: 203). La paternidad de este concepto recae en el filósofo político del siglo XVI Jean Bodin (Touchard 2001: 227 y ss.), nacido en 1529 o 1530 y muerto en 1596, quien extrajo la noción de poder soberano del ámbito teológico para reformularla dentro del campo de las ideas políticas (Naranjo 2000: 232). Para este autor, en el capítulo octavo de su célebre *Los seis libros de la República,* "La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república". Como puede apreciarse, dos serian las características básicas de la soberanía: la perpetuidad y el poderío absoluto.

El concepto de soberanía, en un primer estadio histórico, tiene claras connotaciones personales. Soberano era el monarca absoluto que triunfa bélicamente sobre los señores feudales y logra imponer, de ese modo, su dominio centralizado. Así se constituye propiamente el Estado (Blancas, Landa *y* Rubio 1999: 203).

Es fácil apreciar que la noción de soberanía ha surgido en el campo político. Elaborada principalmente por Bodin, ha servido para dotar de cualidades a las nuevas entidades territoriales que, como Francia en el siglo XVI, consolidaban y afianzaban, fuera del imperio y de la Iglesia -y frecuentemente contra ellos-, su plena independencia (Battaglia 1966: 125 y ss).

Con el surgimiento de las ideas liberales y democráticas, y el paralelo cuestionamiento de las monarquías absolutas europeas, se trasladó el concepto

de soberanía a la titularidad del pueblo. La noción de "pueblo soberano" (Kriele 1980: 315-320) tiene como propulsor al filósofo Jean Jacques Rousseau a mediados del siglo XVIII[3]. Por su parte, tras la aparición de las corrientes representativas de la democracia, la soberanía cambió nuevamente de titularidad y pasó ahora a ser asumida por los gobernantes, sobre la base del mandato de los gobernados (Blancas, Landa y Rubio 1999: 203). En este tránsito, se consideró que la soberanía residía en el Congreso, el Gobierno y la Judicatura[4].

Siguiendo la tesis de Bodin, el Estado es el único ente con las características propias de la soberanía: perpetuidad y superioridad absolutas. Solamente es el Estado el que puede decidir sin referencia a ningún orden ajeno a él, y actuar con carácter vinculante respecto de su población. La presunción de validez de los dictados estatales es consecuencia necesaria de la noción de soberanía (Borea 1994: 395). Soberanía es pues "la capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de la cooperación social-territorial" (Heller 1987: 271).

La supremacía como carácter distintivo formal de la soberanía significaba que un poder soberano era, en primer lugar, un poder supremo, que no puede aceptar otro por encima de él; así mismo, dentro de su ámbito en el que se ejerce, tampoco puede consentir otro poder como él. La soberanía es pues una, y consiste en la cualidad de ser el primero y el más importante de los "poderes" de una sociedad (Borea 1994: 396-397).

De esta manera, la evolución histórica del concepto de soberanía evidenciaría que ella implicó, como no podía ser de otro modo, la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder. Poder soberano del Estado es, por consiguiente, aquel que no reconoce ningún otro superior a sí; es un poder supremo e independiente (Jellinek 1981: 357 y ss.).

Vista de este modo la soberanía, se le atribuye un sentido negativo y uno positivo a su concepto. Soberanía, en su cariz negativo, tiene que ver con el hecho de que ningún otro poder pueda actuar o ejercer decisión sobre un Estado determinado. Por su parte, el sentido positivo de soberanía implica que las decisiones tomadas a su amparo tienen carácter definitivo en su propio ámbito. La noción de soberanía negativa está vinculada con el Estado desde su relación con el exterior, con los otros Estados; mientras que la acepción de soberanía en

[3] La noción de soberanía luego recaería, como se sabe, en la titularidad de la nación. Sobre el tránsito de la soberanía popular roussoniana a la soberanía nacional propia de la Revolución Francesa, conviene observar Naranjo (2000: 235 y ss.).

[4] 0 sea, en lo que tradicional e impropiamente se conoce como los tres poderes del Estado. El reparo a esta denominación radica en la idea de que el poder del Estado no puede estar dividido, sino que es sólo uno. Lo que existe más bien es una distribución de competencias, atribuciones y funciones entre organismos constitucionalmente autónomos.

su matiz positiva tiene que ver con las relaciones internas que se dan dentro de cada entidad estatal.

La soberanía tiene, como ya se ha anotado en los párrafos precedentes, otra característica distintiva, y sin duda es la más discutida en la doctrina; su condición de absoluta, de ilimitada. Esto significa que un Estado soberano puede dentro de la sociedad que dirige ordenar cualquier tipo de comportamiento. No hay lugar que le resulte restringido; tiene el poder de decidirlo todo. De allí que ella pueda implicar la posibilidad de desconocer o violentar el ordenamiento jurídico establecido y vigente. Así el esquema, ni el compromiso en un sentido determinado realizado por el propio Estado en el pasado es, se sostendrá como ejemplo, límite formal a su desarrollo (Borea 1994: 397 y ss.).

Matizada la característica anterior, la soberanía designa un poder ilimitado e ilimitable que habría de ser absoluto, pues nadie podría limitarlo, ni siquiera ella misma. Si existiesen limitaciones para el Estado, éstas siempre serían reales o de naturaleza moral, pero jamás de carácter jurídico (Jellinek 1981: 358 y ss.).

En este punto, hay una corriente doctrinaria de la mayor relevancia que cuestiona esta ilimitabilidad de la soberanía (Jellinek 1981: 358 y ss.). Prefiere, en todo caso, señalar que ella debe entenderse como la facultad de determinarse por sí misma de modo exclusivo. Lo que significa la autolimitación del poder estatal, en tanto no obligado jurídicamente por poderes extraños, para configurar un orden determinado sobre la base del cual sólo la decisión del Estado adquiere un carácter jurídico. En otros términos, la soberanía es la propiedad del poder del Estado según la cual le corresponde de manera exclusiva la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse, en consecuencia, a sí mismo.

En este punto es necesario no olvidar que la soberanía es un concepto jurídico. De allí que resulte tan solo limitada por causas extrajurídicas como, por anotar unos casos, el correlato de fuerzas o la hegemonía internacional de determinadas potencias (Del Prado 2004: 214-217). En este mismo sentido, la soberanía viene limitada también por la realidad social de los pueblos, por su cultura y forma de ser. Como sostiene calificada doctrina, el Estado soberano puede presionar mediante leyes y demás formas jurídicas (clara expresión de esa soberanía), pero hasta cierto punto, pues traspasado el límite de estimación aceptado se quiebra la estructura y la desobediencia o el enfrentamiento social cunden (Borea 1994: 399).

Por ello, soberanía no significa arbitrariedad ni voluntarismo puros. No es simple derecho subjetivo al gusto de su titular. Por el contrario, la soberanía es la manera de ser de un Estado, su cualidad intrínseca y esencial, y por lo tanto, depende de su naturaleza y de sus fines. De allí que el bien público temporal le señale límites objetivos, independientes de la voluntad de los gobernantes. Por su parte, le corresponde al legislador dar forma normativa, obligatoria, que esos

grandes principios que la limitan desde dentro, institucionalmente (Gonzáles Uribe, citado por Borea 1994: 400).

Como puede observarse, este concepto (jurídico) de soberanía no admite límites formales (o sea, límites desde el Derecho), pero tanto las relaciones internacionales como las situaciones sociales internas le significan claras limitaciones. De allí que cuando se caracterice a la soberanía como un poder absoluto, ilimitado y no autolimitable debe entenderse desde su conecto sentido jurídico, y no más allá.

La soberanía como poder absoluto e ilimitado se entendía mejor en el esquema en el que nació: el monarca, que personalizaba y centralizaba todo el poder. Hechos como el principio de separación de poderes (Xifra Heras, citado por Borea 1994: 401), que destruye la esencia unitaria e indivisible de la soberanía; o la personificación jurídica del Estado, que difunde el poder entre sus órganos, constituyen un serio revés y cuestionamiento a la soberanía en su configuración suprema y absoluta.

El ser fuente de la ley es otra nota distintiva del concepto jurídico de soberanía. La soberanía autoriza por sí misma la dación de leyes. El hecho de no tener dependencia formal de nadie (mas no real) y el gozar de autoridad sobre la población de un territorio respecto del cual se ejerce —soberanía en su sentido positivo- dan cuenta de su carácter de fuente u origen del ordenamiento jurídico. El poder de legislar es la soberanía misma (Borea 1994: 401-402).

La soberanía tiene en la indivisibilidad otra de sus características. En el supuesto de que la soberanía se dividiera, ninguna de las partes producto de esa escisión seria soberana. La soberanía es atributo exclusivo del poder del Estado y no se puede pretender tenerla o ejercerla en fracciones (Gonzáles Uribe, Pérez Serrano y Pinto Ferreira, citados por Borea 1994: 402).

Acogida en el ámbito jurídico, la soberanía se ha convertido en un elemento constitutivo del Estado, pero como concepto estrictamente jurídico, válido dentro de los términos del derecho. De este modo, la soberanía es una cualificación del querer jurídico del Estado, siempre inherente a éste, cualquiera que pueda ser su contenido substancial (Battaglia 1966: 127 y ss).

En breve síntesis de todo lo anterior, son pues características del concepto (jurídico) de soberanía su perpetuidad y superioridad absoluta, su condición de poder ilimitado e ilimitable, su naturaleza indivisible y su especial condición de origen justificante del ordenamiento jurídico. La soberanía nació con el monarca y la configuración del Estado, y sirvió de sustento teórico para la plena constitución de esta última entidad. La soberanía tiene, asimismo, un sentido negativo enlazado con las relaciones del Estado con el exterior, y uno positivo, dentro de su propio orden interno. La soberanía tiene mucha relación con el poder político, pero no debe confundirse con aquél.

Sin embargo, como ya se adelantó en el párrafo precedente, la soberanía es, además de un concepto jurídico, una categoría histórica. Por lo tanto, está sujeta a las revisiones y cuestionamientos que el curso temporal le asigne (Rodotá 1996: 33-56). Autores como Pablo Lucas Verdú (1994: 132) llegan a la conclusión de que "el concepto clásico de soberanía está en crisis. Solamente las grandes superpotencias son políticamente soberanas, y aún éstas están condicionadas por países de mucho menor fuste (...) Si desde el punto de vista jurídico los pequeños, los medianos y los grandes Estados, todos son soberanos, desde el ángulo de mira político las cosas varían. (...) El tiempo de la soberanía clásica, coincidencia entre su alcance jurídico y político ha pasado".

En este orden de ideas, hay posturas doctrinarias que incluso llegan a negar radicalmente la noción de soberanía. Son tres los argumentos que se ofrecen para tal propósito: a) la soberanía es un residuo moderno, concurrente al origen de la modernidad jurídica y con ella, en todo, virtualmente opuesta; b) la soberanía interna desaparece en presencia de los Estados constitucionales (sometidos a un texto constitucional que es código político y norma jurídica de obligatorio cumplimiento, y respecto del cual no cabe un desconocimiento amparado en la noción de soberanía); la soberanía externa termina también atenuada con el Derecho Internacional; y c) existe una irreductible antinomia entre soberanía y derecho, lo que anula la legitimidad conceptual de la primera, pues el último se presenta como un tejido racional y sistema autónomo dotado de lógicas propias e independientes (Palomuela 1999: 97 y ss.).

Se puede rescatar el segundo de los argumentos contra la noción de soberanía. En su aspecto externo (negativo, de no interferencia), la soberanía entra en cuestión con el surgimiento y vigor del Derecho Internacional. En mayor medida, o más particularmente, el Derecho de la Integración replantea —acogiendo esta última postura teórica esbozada- y atenúa casi hasta la extinción el concepto de soberanía.

De allí que la soberanía entendida como supremacía absoluta e ilimitada sólo tenga sentido de seguir siendo planteada, quizá, en su aspecto jurídico, pero no en el político. Como ya se había adelantado líneas arriba, la soberanía en el campo internacional o en su concepción externa (lado negativo de la soberanía) se encuentra en entredicho[5]. Antes bien, la actual interdependencia hace que las decisiones que se toman en un país (hegemónico) sirvan cada vez más como necesarios puntos de referencia para las actuaciones de los demás más débiles (Borea 1994: 411-412).

[5] Una muy interesante aproximación a la idea de soberanía desde el punto de vista de la intervención militar con fines de la defensa de los derechos humanos se encuentra en Ruiz Miguel (1996: 57-71).

Para terminar con este apartado teórico dedicado a la soberanía, conviene distinguirla de la noción de poder político. Como es de conocimiento general, el poder político tiene que ver con la capacidad de influir en la conducta de los demás con ocasión de decisiones de mayor importancia o relevancia social. De allí que la soberanía, cuyas características ya se han reseñado párrafos arriba, esté presente en la idea de poder político, pero en una relación más bien inclusiva.

Como se sabe, pueblo, territorio y poder político son los elementos esenciales y constitutivos todo Estado (Rodríguez Carrión 1994: 80). De tal manera que, siguiendo a Jellinek (1981: 366 y ss.), "la soberanía no es nota esencial del poder del Estado", ya que —según este autor- no lo ha sido en la época medieval ni en la del florecimiento del dogma del derecho natural, así como tampoco lo es actualmente a causa de la situación real de los Estados.

III. Los ALCANCES DE LA SOBERANÍA DESDE EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN: UNA PROPUESTA.

La soberanía, luego de su breve revisión teórica en el apartado anterior, supone Estados autárquicos, totalmente independientes unos de otros. Supone también Estados que fijan su ordenamiento jurídico y ejercen gobierno aisladamente de los demás. Y esto, como es de fácil observancia, es contradicho con lo que ocurre en la actualidad, donde la pauta de referencia es la cada vez más creciente interrelación entre los diferentes países. Los acuerdos de integración económica, la Organización de Naciones Unidas (habida cuenta de las instancias internacionales de carácter regional como la Unión Europea o la Organización de los Estados Americanos), los códigos y normativas unificadas no evidencian sino procesos de creciente dependencia de los diferentes Estados entre sí (Blancas, Landa y Rubio 1999: 203-204).

Como anota Pizzolo (2002: 198), las primeras manifestaciones de la globalización, sobre todo en el campo de la economía, comienzan a rasgar el velo sagrado y consagrado de la soberanía nacional, y reclaman la transformación radical de sus ritos y costumbres[6].

Es así como, tras la Primera Guerra Mundial, aparecen conceptos flexibles de poder soberano. Se llega a sostener inclusive que la noción de soberanía es incompatible con la primacía del Derecho Internacional y el establecimiento de un orden jurídico internacional (Kelsen 1965: 97 y ss.).

[6] También son de mucho interés para este punto Uribe (1990: 43 y ss.), Comunidad Andina (2001: 234), Brewer Carías (2003: 101 y ss.), Cairoli Martínez (2003: 451 y ss).

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, autores como Zuppi (1992: 861 y ss.) afirmaron que la trascendencia del derecho de la cooperación (o sea, el Derecho Internacional) sumado a la creciente importancia adquirida por las organizaciones internacionales y supranacionales trajeron como consecuencia el inicio de un proceso erosivo del concepto de soberanía individual a favor de una comunidad organizada. Y esto queda corroborado, si cabe alguna duda, con lo señalado en la Conferencia de La Haya de 1949. Allí se indica que "ha llegado la hora de que las naciones de Europa transfieran algunos de sus derechos soberanos, para ejercerlos en adelante conjuntamente con vistas a la coordinación y desarrollo de sus recursos (...)".

Como puede observarse, es dato de la realidad que el Derecho Internacional (yen particular el Derecho de la Integración, e inclusive el Derecho Comunitario) cuestiona la tesis de la soberanía nacional como suprema, absoluta e ilimitada. Y también hay consenso en señalar que es positiva la internacionalización de los Estados, entendiéndose aquello como el proceso de integración normativa y económica, la adopción de mecanismos a través de los cuales se propugne la defensa de los derechos humanos y, por último, el brindar los medios adecuados para el desarrollo económico (o para apuntar a él) por parte de los países del orbe.

La integración económica es pues una situación querida por los Estados con el fin de incrementar o mejorar sus capacidades económicas o, en todo caso, también puede ser estimada como una necesidad para no quedar excluidos del nuevo orden económico mundial (que haría las veces de situaciones parecidas a la de los apátridas).

Si esto es así, no cabe duda de que los Estados deban armonizar sus ordenamientos e integrarse. Y ello supone, obviamente, la revisión del concepto de soberanía.

Sin embargo, la noción de soberanía es polisémica, es decir, tiene varios significados, según las preferencias doctrinarias y los estadios históricos en los que se sitúe y desarrolle. Por ello, convendría, en primer lugar, establecer (o elegir) una idea de soberanía que se adecue con este nuevo requerimiento contemporáneo.

Si se entiende soberanía como una condición de supremacía o superioridad absoluta, ilimitada e indivisible; entonces no queda sino postular la colisión de tal concepto con los principios del Derecho de la Integración. Sin embargo, si entendemos que soberanía es una categoría histórica, se puede propiciar un mejor y más actual concepto.

La noción de soberanía como categoría jurídica tiene sin dudas mayores ventajas. La supremacía e ilimitabilidad absolutas se circunscriben a un plano formal. Es decir, si cada Estado configura su propio ordenamiento jurídico, luego

no habría un ente superior a éste, y la entidad estatal terminaría determinando finalmente cualquier situación a su interior con carácter definitivo. El Estado soberano es ilimitado, pero en un plano formal jurídico, en tanto que elabora y aprueba el Derecho que lo rige.

Quedarse con un concepto jurídico de soberanía es ciertamente flexibilizar su otrora carácter absoluto, máxime cuando es fácil observar la existencia de Estados hegemónicos y de fuertes radios de influencia en el plano internacional. Así el escenario actual, es más que difícil sostener que todos y cada uno de los diferentes Estados que componen el orbe son soberanos en términos reales. Más situado, y menos ingenuo, es anotar que el orden mundial tiene características ya establecidas, grupos de poder con gran influencia, donde el margen efectivo de acción de cada país (en especial de los más débiles) es casi inexistente.

Sin que este panorama final se torne demasiado desalentador para aquellos Estados que estén en condición tan disminuida, se puede compatibilizar un criterio de soberanía formal o jurídica acorde con las nuevas exigencias de la integración económica. Esta soberanía formal estaría dada en el hecho de que el Estado, por propia voluntad, acuerda establecer relaciones con otros países, y adecua, por ello, en lo que sea necesario, su ordenamiento interno (desde el ámbito constitucional hasta el grado más básico) con estos nuevos requerimientos.

De tal manera que un Estado es soberano (en el sentido jurídico de autodeterminarse desde el Derecho y decidir en última instancia) al momento de resolver incorporarse a acuerdos internacionales que impliquen la modificación de sus prescripciones normativas. Un ejemplo en contrario sería el de aquel país que decide de modo soberano —formal- el no alinearse a la política de otro Estado preponderante, con todos los perjuicios que ello le puede significar. En este caso, no se puede decir con facilidad que éste sea un país plenamente soberano en los términos históricos del concepto, pero sí que tiene cierto margen de acción al decidir adherirse o no a la política y economía dominantes.

Las modificaciones constitucionales, anteriores o posteriores a los acuerdos de integración entre los países, serían entendidas como decisiones indirectas -por así denominarlas- de los Estados soberanos, consentidas por ellos al determinar su participación en el nuevo orden mundial. En conclusión, una lectura formal-jurídica de la soberanía es perfectamente compatible con la integración económica, vista además la situación actual de los correlatos de fuerzas y hegemonías.

Bibliografía citada

BATTAGLIA, Felice

1966 *Estudios de Teoría del Estado.* Madrid: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; LANDAARROYO, César y RUBIO CORREA, Marcial

1999 *Derecho Constitucional General. Selección de lecturas de Derecho Constitucional.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo I.

BOREA ODRÍA, Alberto

1994 *Tratado de Derecho Constitucional.* Lima: Centro Interdisciplinario para proyectos de desarrollo y Centro de estudios legislativos, económicos y sociales.

BREWER CARÍAS, Allan.

2003 "Implicancias constitucionales del proceso de integración en la Comunidad Andina". En: AAVV. *Derecho Comunitario Andino.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CAIROLI MARTÍNEZ, Milton.

2003 "Derecho Constitucional y procesos de integración (con especial referencia al Mercosur)". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.* Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.

COMUNIDAD ANDINA

2001 *Integración y supranacionalidad: soberanía y derecho comunitario en los países andinos.* Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy

2004 "Constitución peruana e integración económica: ¿es necesario cambiar el texto de 1993 para que la integración progrese?". *Revista Jurídica del Perú.* Trujillo, año LIV, número 57.

DEL PRADO CHÁVEZ-HERRERA, Josefina.

2005 "Lo nuevo en el orden mundial". *e-Foro Jurídico. Boletín electrónico editado por Foro Académico, asociación de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.* Lima, número 2.

2004 "Las relaciones internacionales en la posguerra fría". *Foro Jurídico.* Lima, número 3.

GIUSTI HUNSDKOPF, Miguel

1999 "La globalización y el multiculturalismo". En su libro: *Alas y raíces. Ensayos sobre ética y modernidad.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

HELLER, Hermann

1987 *Teoría del Estado.* México: Fondo de Cultura Económica.

JELLINEK, Georg

1981 *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatros.

KELSEN, Hans

1965 *Principios de derecho internacional público*. Buenos Aires: El Ateneo.

KRIELE, Martin

1980 *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires: De Palma.

LUCAS VERDÚ, Pablo

1994 *Curso de Derecho Político*. Madrid: Tecnos, tomo II.

NARANJO, Vladimiro

2000 *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.

PALOMUELA, Gianluigi

1999 *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional.* Granada: Comares.

PIZZOLO, Calogero

2002 *Globalización e Integración. Ensayo de una teoría general.* Buenos Aires: Ediar.

RODOTÁ, Stefano

1996 "La soberanía en el tiempo de la tecnopolítica". En: BERGALI, Roberto y Eligio RESTA (compiladores). *Soberanía: un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*. Barcelona: Paidós.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro

1994 *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Tercera edición. Madrid: Tecnos.

RUIZ MIGUEL, Alfonso.

1996 "Soberanía e intervención bélica humanitaria". En: BERGALI, Roberto y Eligio RESTA (compiladores). *Soberanía: un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*. Barcelona: Paidós.

TOUCHARD, Jean

2001 *Historia de las ideas políticas*. Quinta edición. Madrid: Tecnos.

URIBE RESTREPO, Fernando

1990 *El Derecho de Integración en el Grupo Andino*. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

ZUPPI, Alberto.

1992 "El derecho imperativo ("ius cogens") en el nuevo orden internacional". *El Derecho*. Buenos Aires, tomo 147.

"BREVE ANÁLISIS DEL CONTEXTO SOCIO-HISTÓRICO-POLÍTICO-JURÍDICO PARA EL SURGIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA VERDAD:

¿ES VIABLE SU NORMATIVIZACIÓN POSITIVA CONSTITUCIONAL"

SERGIO BOBADILLA CENTURION

SUMARIO: I. El decreto noche-niebla. II. El legado del decreto noche-niebla en el mundo. III. La desaparición forzada de personas. IV La desaparición forzada de personas en américa latina. V El derecho a la verdad en el marco internacional. VI. Varias causas del surgimiento jurisprudencia) del derecho a la verdad. VII. El derecho a la verdad en el perú. VIII. A manera de reflexiones finales.

A través de la historia de la humanidad, los conflictos armados con o sin carácter internacional se han originado, en última instancia, bajo un factor y basamento pecuniario obviamente con sus diferentes condiciones subjetivas, relaciones inter personales, coyunturas, aristas y matices de una sociedad determinada en un momento histórico dado. Ante ello, se desencadena el quebramiento político jurídico no solo de un Estado determinado, sino también de los estamentos sico-sociofamiliares en luchas cruentas y en penosas segmentaciones entre padres e hijos (as).

Así, en este contexto *"por desgracia cada cierto tiempo se pone de manifiesto los intereses y valores en conflicto. Los discursos antagónicos han expresado las visiones contradictorias, las metas opuestas y divergentes sobre la patria que han transformado los conflictos en irreconciliables, derivando rupturas profundas y crueles, ensangrentando a cada patria"*[2].

He aquí, pues, que se plasma la lucha antagónica encarnizada de las clases sociales por detentar el poder económico-político de cada Estado determinado que a lo largo del transcurso de la humanidad ha alcanzado diferentes matices y contextos, dependiendo de cada sociedad donde se haya desarrollado.

---

[1] Socio Fundador **BOBADILLA & CENTURION ABOGADOS —** TRUJILLO, PERÚ.

[2] VerenLIRA,ElizabethyLovemanBrian."ALGUNOSDILEMASDELARECONCILIACIÓN POLÍTICA EN CHILE 1814-1999". En INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SALUD MENTAL Y DERECHOS HUMANOS. Año I, Volumen I, Segundo Semestre de 1999. Santiago de Chile; pp. 45-53.

I. EL DECRETO NOCHE-NIEBLA

En pleno desarrollo de la burguesía, a comienzos del siglo XX, surgió una de las ideologías más atroces: el fascismo, que por su afán del poder geo-económico-político en el segundo conflicto armado internacional mundial suscribió el 7 de diciembre de 1941 las directivas conocidas por el nombre eufemístico de "DECRETO NOCHE Y NIEBLA" o "Decreto Nachtund Nebel" o también "Decreto NN", en referencia a su particular operatividad y en la aplicación de prácticas de desaparición forzada de personas que entre sus características preponderantes permitían la aplicación secreta de la pena sin dejar testimonio o pruebas sobre las circunstancias y término de la misma, entre otras.

El texto del decreto - secreto fue reconstruido por el Tribunal de Nuremberg y alcanzaba 40 páginas de detalladas instrucciones operativas. Estas directivas denotan el pensamiento fascista que pretendía que los actos de resistencia de la población civil en los países ocupados fueran juzgados por una corte marcial: a) cuando hubiera certeza de que se aplicaría la pena de muerte ("al menos al actor principal") y, b) cuando la sentencia se pronunciase "en un plazo de tiempo muy breve". Así, el resto de los opositores debían ser detenidos durante "la noche y la niebla" y llevados clandestinamente a Alemania. En el caso de que las autoridades alemanas o extranjeras se interesaran por tales prisioneros se debería contestar que habían sido arrestados pero que los procedimientos no permitían más información.

Entre los fundamentos del decreto se explica que el efecto de disuasión de estas medidas radica en que: a) permite la desaparición de los acusados sin dejar rastro y, b) que ninguna información puede ser difundida acerca de su paradero o destino". "Es una intimidación efectiva y duradera solo se logra por penas de muerte o por medidas que mantengan a los familiares y a la población en la incertidumbre sobre la suerte del reo" y "por la misma razón, la entrega del cuerpo para su entierro en su lugar de origen, no es aconsejable, porque el lugar del entierro podrá ser utilizado para manifestaciones[51]... A través de la diseminación de tal terror toda disposición de resistencia entre el pueblo, será eliminada".

[3] En Chile, cuando fue sepultado el presidente Salvador Allende en 1973, solamente se le permitió asistir al sepelio a su viuda, hermana y algunas sobrinas, impidiéndosele a sus hijas. Se negó a su viuda la visión del cadáver y al pueblo participar de un sepelio con los rituales propios de un Presidente. Todo esto obviamente estaba dirigido y enfocado por la influencia ideológica del decreto nazi noche-niebla en aras de que en las hijas y familiares todos no surgiera el remordimiento psicosocial contra el régimen fascista chileno.

En detalle, el texto reconstruido necesita que una intimidación efectiva y duradera sólo es lograda por penas de muerte o por medidas que mantengan las familiares y la población en la incertidumbre sobre la suerte del reo" y "por la misma razón, la entrega del cuerpo para su entierro en su lugar de origen, no es aconsejable, porque el lugar del entierro podrá ser utilizado para manifestaciones. A través de la diseminación de tal terror toda disposición de resistencia entre el pueblo, será eliminada.

De este modo, los prisioneros tomados en aplicación de este decreto, eran deportados de manera oculta, sin que se conservase testimonio o registro de los hechos y sus circunstancias, a campos de concentración específicos como el de Struthof-Natzweiler, en la Alsacia anexionada, o el de Gross-Roden, en Alemania, donde eran identificados en sus ropas con las letras NN y conocidos como prisioneros NN.

Según los ideólogos del nazismo, el Decreto tenía una especial importancia pues implicaba una "innovación básica" del Estado: la organización de un sistema de desapariciones forzadas.

En este sentido, después de la derrota del imperio nazi, obviamente los brazos legales de los vencedores tenían que salir a brote. Por ende, la justicia penal se ejercitó a través del Tribunal Internacional Militar de Núremberg —(por el cual se permitió el conocimiento público la existencia de los prisioneros NN y de los crímenes asociados al decreto) que declaró un acto de crimen de guerra al sangriento decreto. Luego, este Tribunal condenó al mariscal de la Wehrmacht, firmante del mismo, Wilhelm Keitel y a varios jueces, fiscales y otros altos funcionarios alemanes del sistema de justicia del Reich que fueron juzgados por el Tribunal Militar de los Estados Unidos en el proceso de Núremberg conocido como Juicio de los Jueces.

II. EL LEGADO DEL DECRETO NOCHE-NIEBLA EN EL MUNDO

De este modo, después de la segunda guerra mundial y el reparto geopolítico-económico mundial, la forma de gobierno prevalente e idóneo para el sistema económico capitalista, expresado en su fase globalizada, se reduce a la democracia representativa y sus excepciones en su propio desarrollo han sido y son los golpes de Estado, las dictaduras constitucionales o militares.

Así, debido al surgimiento de gobiernos de facto en el desarrollo de la democracia representativa han devenido también operaciones bélicas, intervenciones militares, conflictos armados internos y otros casos similares que han repercutido para que sobrevengan atroces y execrables delitos de lesa humanidad contra niños, niñas, mujeres embarazadas, varones con o sin

participación en movimientos de oposición política con influencia o apoyo logístico militar de terceros Estados.

En otras palabras, a pesar de que fue aplacado y derrotado militarmente el nazismo, su práctica militar y procedimientos disuasivos contra opositores de cualquier sigue vigente para muchas coyunturas y contextos socioculturales, pero con sus distintas diferencias y matices. Por ende, a causa de los intereses del sistema imperante su legado ha sido adoptado, refinado o variado esta práctica genocida a distintos lugares de nuestra región latinoamericana donde las convulsiones políticas-sociales se han desarrollado de una manera u otra.

Estos hechos, entre varias razones, giran en torno para salvaguardar los intereses económicos, políticos, sociales e ideológicos del sistema imperante que sacuden a nuestra sociedad latinoamericana como en todos los pueblos del mundo excluidos y direccionados por la avaricia y leonina economía globalizante capitalista ergo los conflictos sociales-militares que se desarrollan en el mundo árabe en la actualidad.

Del mismo modo, en casi todos lugares donde hubo violaciones contra los derechos humanos se enraizó un concepto como trauma político. Tal fue la represión política que ponía en riesgo la posibilidad de transitar hacia una democracia estable y, como consecuencia existió la fractura y ruptura de cualquier sociedad donde pendía como efecto coadyuvante la promoción del objetivo político de la reconciliación para resolver los problemas de la fragmentación social. Esto implicaba construir una verdad compartida socialmente que fue plasmada en cada Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación (CVR) de cada país donde acaeció estas violaciones a los derechos humanos.

Por otro lado, como defensa de los perpetradores surgió un lema perdón y olvido (como si este tipo de procesos pudiesen implantarse por decreto en la conciencia de las personas), desconociendo que la verdad de las violaciones de derechos humanos significó depositar en la sociedad un conjunto de hechos graves de gran violencia que vinculaban de un modo traumático la participación política con el dolor y la muerte. Por ello, la verdad quedó atrapada como la memoria del horror negado.

Por tanto, el sufrimiento causado -cuyo origen se encuentra en conflictos sociopolíticos no resueltos que aún permanece subyacente- y; el terror empleado en la tortura y desapariciones forzadas ocupan un lugar prioritario[4].

En otras palabras, volviendo al punto, la práctica del decreto noche y niebla siguen en boga, con sus diferencias, similitudes y aristas en aras de aplacar cualquier acto de resistencia u hostilidad de índole política social interna o

[4] Ver INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SALUD MENTAL Y DERECHOS HUMANOS. «Entre la memoria y el olvido: Violaciones de derechos humanos y reparación social». Año I, Volumen I, Segundo Semestre de 1999. Santiago de Chile; pp. 7-12).

externa y es considerado el precedente moderno del delito de lesa humanidad en la modalidad de desaparición forzada de personas que se colige en términos de efecto sustantivo y enmarca los parámetros de la presente investigación. Es decir, que este decreto nazi es considerado como uno de los precedentes históricos, en materia de violación de los derechos humanos, por parte de diversos regímenes de la segunda mitad del siglo XX, tipificados como crímenes de desaparición forzada.

III. LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

En este sentido, tenemos que la desaparición consagra de modo visible, el poder omnímodo de una dictadura sobre la vida de los gobernados y con ello establece el tenor y la parálisis o la prescindencia de los ciudadanos como método de gobierno ganas de gritar que la desaparición es un crimen monstruoso y abyecto. Que no se puede olvidar, ni callar ni minimizar. Ni perdonar a los que no piden perdón. No sólo por la desmesurada crueldad del acto, en general precedido por la tortura y el martirio. No solo por la soledad inconmensurable de un tránsito hacia la muerte sin testigo condolido, que con su estar acompaña y alivia ese tránsito, sino, en las antípodas, con la presencia de un testigo monstruoso y arrogante que en lo opuesto de condolerse, celebra su crueldad triunfante.

La desaparición es un crimen que se hace al abrigo del silencio clandestino. Lo que tiene como efecto ineludible de que todo se sepa y todo pueda negarse de que se borren los límites entre la realidad y la alucinación y, lleven la fantasmagoría del honor al estatuto de experiencia cotidiana, que asedia como presencia intrusiva, minuto a minuto. Terror que borra los límites entre experiencia consciente y onírica y produce un pensar obtuso, anonadado.

La desaparición es, además, un crimen que consigna su autoría en nombre de las instituciones que la civilización ha consagrado, la nación y el estado, los mismos que nos otorgan nuestros documentos de identidad y pasaporte. Ataque pues a la sociedad en su conjunto tanto como a la víctima. Omnipotencia sin límites del sistema frente a la víctima solidaria que luego se redobla socialmente, en el espacio público, provocando la sumisión y la parálisis.

Silenciar o minimizar los efectos de la desaparición y la tortura, comporta renegar el legado freudiano y volvernos alegremente conductistas: Olvidemos para volver empezar. Si miras hacia atrás será estatua de sal, como dice la maldición bíblica.

No se trata entonces sólo de refutar la mentira intencional de una minoría, sino de restablecer la naturaleza de lo acontecido; no solo con sus efectos de verdad histórica, sino de reinscripción simbólica.

Solamente si se restablece una veracidad posible —es con ella que se habilitan y abren nuevas secuencias de sentido— la restitución de memorias que anudan esa recuperación del pasado vuelve a poner en movimiento —movimiento incesante e interminable que es propio de la vida activa psíquica y de la vida social— lo que la amnesia activa por el miedo (un miedo las más de las veces no reconocido) había transformado el en agujero negro de la omisión significante[5].

IV. LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN AMÉRICA LATINA

El término "desaparecido" hizo su entrada en el vocabulario de los derechos humanos en Guatemala en 1966, cuando el gobierno empezó, en secreto, a librarse de la oposición política. Esta práctica se adoptó posteriormente en varios países de América Latina y, como una plaga espantosa, al poco tiempo había infectado otros continentes.

En Guatemala, las "desapariciones" continuaron en una enorme escala durante más de 20 años. Se calcula que, a partir de 1966, durante la primera década del terror oficial, 20.000 personas fueron víctimas de homicidios políticos y "desapariciones" llevadas a cabo por los "escuadrones de la muerte" clandestinos y respaldados por el ejército, aunque también participaron la policía y las fuerzas civiles paramilitares."

Con respecto a una definición sobre el concepto de desaparición forzada de personas en relación a la problemática de América Latina, en su informe anual (1986-1987), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA expresa que la desaparición forzada puede definirse: "[...] como la detención de una persona por agentes del Estado o con la aquiescencia de éste, sin orden de autoridad competente, y en la cual su detención es negada sin que existan informaciones sobre el destino o paradero del detenido".

- EL CASO GUATEMALA.- En 1964, durante el régimen del coronel Enrique Peralta Azurdia, se produce la primera desaparición masiva de 28 dirigentes sindicales y políticos, los que fueron secuestrados y lanzados al mar desde aviones militares. Los autores son agentes del Estado y "escuadrones de la muerte" (grupos paramilitares).

[5] Ver MARCELO N. VIÑAR en INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SALUD MENTAL Y DERECHOS HUMANOS. Chile: Entre la Memoria y el Olvido. Año I, Volumen I, Segundo Semestre de 1999. Santiago de Chile; pp. 21-23.

LA OPERACIÓN CÓNDOR, entre otras más, fue una transnacional del terror organizado que radicaba en la conspiración político-militar[6] entre los servicios de inteligencia de Chile (Pinochet 1973-1990); Argentina (José Rafael Videla 1976-1981); Uruguay (Aparicio Méndez 1976-1981); Brasilm (Ernesto Geisel 1974-1979); Bolivia (Hugo Banzer 1971-1978) y, por supuesto nuestro pueblo peruano soportando el embate militar del General Francisco Morales Bermúdez y antecesores. Esta operación tuvo como finalidad las detenciones masivas seguidas de la tortura y la desaparición forzada de los militantes de la oposición política de cada país.

En el país sureño de Chile sucedió el caso más emblemático dentro de la vida democrática latinoamericana. Esto acaeció cuando asesinaron en el propio Palacio de la Moneda al presidente Salvador Allende el 11 de septiembre de 1973, quien confió en el General Pinochet como su jefe de las fuerzas armadas, y quien a la postre fue el formal traidor de la justa democrática y condenado -por lo menos- socialmente como genocida.

EL CASO ARGENTINO.- De tal manera, las técnicas nazis del terrorismo de Estado, procesadas a través de la doctrina de la contra-insurgencia fueron aprendidas por los militares argentinos en primer lugar a través de la escuela francesa que estaba instalada como cuerpo docente permanente de la Escuela Superior de Guerra de la Argentina, desde fines de la década de 1950 e inmediatamente de la Escuela de Américas.

Por ello, uno de los propulsores en el país gaucho era el extinto general Videla quien argumentaba en un reportaje: "No, no se podía fusilar. Coloquemos un número, pongamos cinco mil. La sociedad argentina, traidora, no habría apoyado los fusilamientos: ayer dos en Buenos Aires, hoy seis en Córdoba, mañana cuatro en Rosario, y así hasta cinco mil, 10 mil, 30 mil. No había otra manera. Había que desaparecerlos. Es lo que enseñaban los manuales de la represión en Argelia, en el Vietnam. Estuvimos todos de acuerdo. Dar a conocer dónde están los restos? Pero que es lo que podíamos señalar? El mar, el Río de la Plata, el Regato? Se pensó, en su momento, hacer a conocer las listas. Pero después se concibió: si se dan por muertos, de seguida vienen las preguntas que

[6] Hecho que desencadenó que los gobernantes militares y colaboradores se envilezcan y enquisten en el poder como en Paraguay con el General Alfredo Stroessner 1954-1989, en Argentina con Leopoldo Galtieri en 1981-1982 y en Uruguay desde 1971-1976 con Juan María Bordaberry, entre los casos más emblemáticos.

[7] Brasil fue el primer país sudamericano donde se puso en marcha y en práctica el decreto noche-niebla para combatir y repeler las revueltas y actos de protestas sociales.

no pueden ser respondidas: quién mató, donde, como. Decía el general Videla en la televisión norteamericana el 14 de septiembre de 1977: "Debemos aceptar como una realidad que en la Argentina hay personas desaparecidas. El problema no está en asegurar o negar esa realidad, sino en saber las razones por las cuales estas personas desaparecieron. Hay varias razones esenciales: desaparecieron por pasar a la clandestinidad y sumarse a la subversión; desaparecieron porque la subversión las eliminó por considerarlas traidoras a su causa; desaparecieron porque en un enfrentamiento, donde hube incendios y explosiones, el cadáver fue mutilado hasta resultar irreconocible. Y acepto que puede haber desaparecidos por excesos cometidos durante la represión. Esta es nuestra responsabilidad; las otras alternativas no las gobernamos nosotros. Y es por esta última por la cual nos hacemos responsables: el gobierno puso su mayor esfuerzo para evitar que esos casos puedan ocurrir nuevamente".

Existe también una histórica declaración de Videla, transcrita por Clarín a 14 de Diciembre de 1979: "Qué es un desaparecido? Mientras este como tal, es una incógnita el desaparecido. Si reaparece, tendría un tratamiento X, y si la desaparición hacerse en la certeza de su fallecimiento tendría un tratamiento Z. Pero mientras sea desaparecido no puede tener ningún tratamiento especial, es una incógnita, es un desaparecido, no tiene entidad, no está, ni muerto ni vivo, está desaparecido" m.

En otras palabras, en Argentina la evocación de la niebla es recordada por el testimonio de uno de los testigos directos de los vuelos de la muerte, donde la metodología NN fue integrada a través de la doctrina de la contrainsurgenciam, presente en la instrucción de los militares, testigo que declaró que al preguntar a un militar sobre el destino de los cadáveres que traía, éste respondió: "Van a la niebla de ninguna parte"[m.

Por otro lado, a nivel doctrinario el especialista Martín ABREGU expresa que *"las discusiones que se originaron en Argentina y Uruguay ya que los familiares de los desaparecidos exigían una respuesta inmediata del gobierno, amparada únicamente en el derecho subjetivo de la verdad que consistía en pedir una reconstrucción del pasado para conocer el paradero de sus familiares desaparecidos, quiénes fueron los responsables* y *quiénes los encubrieron" ["*[11].

[8] Ver en htpp://www.paginal2.com.ar

[9] Toda situación antagónica socio-económica en un determinado momento crea condiciones de todo tipo para que se configure una manifestación insurgente que a su vez confluye la apertura para un camino constitucional hacia el ejercicio del clásico derecho *iusresistendi.* Ver más en "El Derecho de Insurgencia". BOBADILLA CENTURION, Sergio. Revista Jurídica IURA. N° 2 U.P.A.O. Editorial GRAFICART S.R.L.; Trujillo- Perú, 2004; pp. 233-250.

[10] Ver en http://es.wikipedia.org/wiki/Decreto_Nacht_und Nebel" (03.12.2010).

[11] ABREGU, Martín. "La Tutela Judicial del Derecho a la Verdad". En Revista I.I.D.H. N° 01, San José, Costa Rica: El Instituto; 1995; pp. 11-49.

Estos hechos fácticos confluyeron para que en instancias internacionales se determinase el surgimiento en el ínterin jurisprudencial del derecho a la verdad.

V. EL DERECHO A LA VERDAD EN EL MARCO INTERNACIONAL

A nivel internacional, y principalmente mediante la adopción de múltiples tratados internacionales de carácter universal" o regional", los Estados se comprometen a cumplir ciertas obligaciones para con las personas sujetas a su jurisdicción, principalmente, reafirman su intención de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en dichos acuerdos internacionales.

En general, el Derecho Internacional a fin de asegurar el ejercicio de los derechos humanos, impone a los Estados un "deber de abstención" hacia la vulneración (por acción o por omisión) de estos derechos, es decir, existe entonces para los Estados la imposibilidad de que agentes del mismo cometan violaciones a los derechos humanos, o incluso que el Estado tolere la comisión de las mismas por particulares.

De otro lado, también existe el "deber de garantía" para los Estados de prevenir las violaciones a los derechos humanos cometidas en su jurisdicción, investigarlas, procesar y sancionar los autores de las mismas, así como reparar los daños ocasionados por estas. De esta manera, el Estado se coloca en una posición de garante de los derechos humanos, de la cual emergen obligaciones esenciales para la protección y salvaguardia de los mismos.

Es así que a nivel interamericano, algunos Estados se han comprometido (mediante la ratificación) a aceptar las obligaciones generales establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[14] (en adelante CADH). El mismo que al ser analizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, ha recordado que los Estados Partes han contraído la obligación

[12] Entre los más importantes: la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[13] Podemos mencionar como tratados de alcance general, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

[14] La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Mediante el Decreto Ley N° 22231, de fecha 11 de julio de 1978, el Estado peruano aprobó la misma, y realizó el depósito de la ratificación el 28 de julio de 1978, fecha a partir de la cual entró en vigencia para el Estado peruano. Actualmente son 25 los Estados parte de la citada Convención.

general de proteger, respetar y de garantizar cada uno de los derechos establecidos en la CADH, de tal modo que *"todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención"*.[153]

En ese sentido, y en virtud del citado artículo 1.1 de la CADH, la primera obligación asumida por los Estados Partes, es *"respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención",* lo cual implica el deber de los Estados de asegurar la vigencia, el goce y disfrute de los derechos humanos mediante un sistema jurídico, político e institucional adecuado.

El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los Derechos Humanos son atributos inherentes a la dignidad humana (superiores al poder del Estado) que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público, en tal sentido, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

La segunda obligación de los Estados Partes según la CADH es *"garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna",* en virtud de la cual, los Estados deben de asegurar el ejercicio de los derechos humanos procurando los medios jurídicos adecuados de protección.

Como bien lo ha reiterado la Corte IDH: *"Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"*.[16]

Para cumplir satisfactoriamente tal obligación, los Estados se encuentran obligados a prevenir razonablemente las situaciones en las cuales se cometan violaciones de los derechos humanos, y en caso estas se hayan cometido, deberá de investigar (seriamente y con los medios a su alcance) las violaciones existentes dentro del ámbito de su jurisdicción con la finalidad de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes, así como asegurar a la víctima una adecuada reparación.

Obligación que no se agota con la existencia de un orden normativo interno, sino que es necesaria también, una conducta por parte del Estado que asegure la existencia de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. En ese sentido, el Estado se encuentra obligado a tomar las

[15] Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de Fondo del 29 de julio de 1988. Serie C. N° 4, párr. 164.

[16] Ib., párr. 166.

medidas adecuadas e idóneas, incluso debiendo remover los obstáculos (físicos o jurídicos) existentes para que las personas sujetas a su jurisdicción puedan disfrutar de sus derechos humanos, a fin de evitar que en caso se corneta tal violación, esta no quede impune.

Ambas obligaciones generales van de la mano con el deber que tienen los Estados según el artículo 2 de la CADH de adoptar las disposiciones necesarias en el derecho interno para hacer efectivos tales derechos humanos y libertades fundamentales, en caso el ejercicio de los mismos no se encuentre garantizado de manera satisfactoria.

De otro lado, de ambas obligaciones generales derivan ciertas obligaciones específicas de los Estados, entre las cuales podemos mencionar la obligación de prevenir las violaciones de los derechos humanos; la obligación de investigar seriamente las violaciones cometidas en su ámbito de jurisdicción; la obligación de identificar, procesar y sancionar a los responsables de las mismas; la obligación de reparar los daños producidos por la violación de los derechos humanos, así como procurar el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado; y la obligación de establecer la verdad de los hechos.

Estas obligaciones específicas son independientes y autónomas, de naturaleza complementaria, no siendo alternativas ni sustitutivas; en tal sentido, el Estado debe de cumplir todas y cada una de ellas, es inadmisible que realice una elección sobre las mismas.

Si bien todas las obligaciones específicas antes mencionadas son fundamentales para el cabal respeto y garantía de los derechos humanos, así como para su correcta protección y la lucha contra la impunidad, como parte del presente trabajo de investigación sólo vamos a analizar la obligación de investigar y la obligación de establecer la verdad sobre los hechos, la cual ha venido a configurar el derecho a la verdad, el mismo que como ya lo mencionáramos antes, no es una obligación alternativa a las demás obligaciones del Estado antes expuestas, no significa que si se establece la verdad de los hechos las demás obligaciones puedan dejar de ser cumplidas obligatoriamente por el Estado.

- Obligación de investigar

El Estado se encuentra obligado a realizar investigaciones prontas, diligentes, serias, exhaustivas, imparciales e independientes frente a toda violación de los derechos humanos que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción. Mediante este deber de investigar, el Estado se encuentra obligado a desplegar *motu proprio* las actividades necesarias para esclarecer los hechos y las circunstancias que los rodearon, pues a fin de cuentas se trata de una obligación jurídica y no de una mera gestión de intereses particulares. En ese sentido, se configura como una obligación de medio o comportamiento

que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio.

Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez, en donde manifestó que dicha obligación de investigar *"debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad".*[1171]

Precisando un poco más el contenido de dicha obligación, la Corte IDH ha señalado en la misma sentencia que: El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.u[183]

Esta obligación del Estado de investigar es indelegable e irrenunciable, en el sentido de que es necesario que se realice ineludiblemente como medio idóneo para combatir la impunidad de la violación a los derechos humanos, pues si la misma queda impune y no se restablece a la víctima la plenitud de sus derechos vulnerados, se ha incumplido una obligación general de los Estados (el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción), incluso esta obligación es incumplida, si se tolera que particulares actúen libre o impunemente vulnerando derechos humanos.

Obligación de establecer la verdad de los hechos

América Latina vivió durante décadas atrás situaciones muy violentas que desencadenaron violaciones masivas y sistemáticas de múltiples derechos humanos. En dicho escenario detener arbitrariamente, restringir ilegalmente derechos, realizar torturas, ejecuciones extrajudiciales, así como desapariciones forzadas, eran práctica común, incluso, las 3 últimas por la magnitud y crueldad de los hechos, han venido a ser catalogadas con posterioridad por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como graves violaciones a los derechos humanos de carácter inderogable.

---

[17] Ib., párr. 177.
[18] Ib., párr. 181.

En ese sentido, las transiciones de la dictadura a la democracia por las que tuvieron que pasar varios Estados no han sido en lo absoluto pacíficas, las sociedades americanas han tenido que enfrentarse al problema del inmenso legado de violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado, sobre las cuales nunca les fue revelada la historia real, impidiéndoseles conocer la verdad de los hechos en la medida en que la gran mayoría de los responsables de tales violaciones eran agentes del Estado, a los cuales el gobierno protegía.

Por eso mismo, el gobierno impedía las investigaciones, ocultaba los resultados de las muy pocas investigaciones que pudieron efectuarse, o incluso promulgaba leyes de amnistía para proteger a los responsables, incentivando la impunidad de los hechos y de los autores, sin darse cuenta que le negaba también a la sociedad el derecho a conocer su historia.

Es en este contexto, que surge en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, principalmente en el Sistema Interamericano, un principio emergenteD[9] que sostiene que frente a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, el Estado se encuentra obligado a investigar los hechos ocurridos con la finalidad de revelar la verdad sobre los hechos y circunstancias en las cuales se cometieron dichas violaciones.

Por su parte, el derecho a la verdad en el ordenamiento jurídico peruano es un principio implícito, en el sentido de que, pese a no encontrarse recogido expresamente en una norma jurídica, se lo deduce del derecho a la justicia y del derecho a la información. Recordemos que el hecho de que sea un principio no le resta respaldo jurídico.

En ese sentido, para Juan Méndezl"], en la medida en que para él, *"el derecho a la verdad es inseparable del derecho a la justicia de un contenido más general y que implica obligaciones por parte del Estado".*

- El contenido del derecho a la verdad

El derecho a la verdad en un primer momento estuvo vinculado al Derecho Internacional Humanitario, en la medida en que se reconocía el derecho de los familiares a conocer la suerte corrida por sus familiares víctimas de desaparición

[19] Como lo explica Juan Méndez: "Hablamos de un principio emergente porque reconocemos que no se trata de una norma claramente descrita en un tratado internacional y cuya vigencia fuera, por ello, incuestionable (...) el hecho de que se trate de un principio emergente y no de normas convencionales claras no les resta eficacia como normas vinculantes". MÉNDEZ, Juan. "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos". En: *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales.* Buenos Aires: CELS, 1997, p.526.

[20] MÉNDEZ, Juan. *Op.cit.,* p. 527.

en tiempos de conflictos armados[121]. Esto fue empleado por la doctrina y la jurisprudencia internacional como el punto de partida y sustento de tal derecho.

Progresivamente, el derecho a la verdad se reconocería primero, respecto de las víctimas de desapariciones forzadas (en donde la víctima es detenida arbitrariamente, para posteriormente ocultase la suerte o el paradero de la misma a los familiares como a la sociedad en general), para luego ampliarse a toda víctima de graves violaciones a los derechos humanos.

La Corte IDH, en un primer momento reconoció la existencia del derecho que le asiste a los familiares de víctimas de desaparición forzada de conocer el destino o suerte corrida por el desaparecido,[22] pero no ha limitado este derecho a los casos de desapariciones forzadas. En la sentencia sobre reparaciones del caso el Caracazo (en donde numerosas personas fueron ejecutadas por las FFAA y los cuerpos de seguridad del Estado Venezolano), la Corte afirmó que *"los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados, para que la sociedad venezolana conozca la verdad"*[231].

Pese a que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no hace referencia expresa al derecho a la verdad, el Comité de Derechos Humanos, ha reconocido también *"la obligación de los Estados de garantizar que las víctimas de violaciones a los derechos humanos conozcan la verdad respecto a los hechos cometidos"*. En posteriores ocasiones, ha reconocido expresamente la existencia del derecho a la verdad de los familiares de víctimas de desaparición forzada.

Para Carlos Chipoco[1241], la búsqueda de la verdad es importante, por un deber moral hacia las víctimas, los familiares y los deudos, para descubrir y sancionar a los culpables, para afirmar la democracia y el control ciudadano de las instituciones públicas y para evitar que las violaciones se repitan. Además, el respeto del derecho a la verdad es importante para abrir la posibilidad del perdón y la reconciliación, y para cumplir con el Derecho Internacional.

En similar medida, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) ha manifestado que *"El derecho a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a las graves violaciones de los derechos humanos que ocurrieron (...), así como el derecho a conocer la identidad de*

[21] El artículo 32 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra es la primera norma convencional que explícitamente reconoce tal derecho a la verdad. Si bien es cierto que el concepto de desaparición en el Derecho Internacional Humanitario es más amplio, cubre todas aquellas situaciones en las que la suerte o paradero de una persona es desconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

[22] Para tal efecto, véanse los casos Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Castillo Páez entre otros.

[23] Corte I.D.H., Caso del Caracazo. Sentencia sobre Reparaciones de 29 de agosto de 2002. Serie C. N° 95, párr. 118.

[24] CHIPOCO, Carlos. "El derecho a la verdad". En *Paz,* Nro. 28. marzo de 1994. pp. 83- 106.

quienes participaron en ellos, constituye una obligación que el Estado debe satisfacer respecto de las familias de las víctimas y a la sociedad en general[1251].

El alcance y contenido del derecho a la verdad ha ido ampliándose en la medida en que se ha fundamentado tal principio en diversos niveles internacionales como nacionales. En un primer momento, fue definido como el derecho a conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las cuales estas violaciones llegaron a cometerse.

En la actualidad se acepta que el derecho a la verdad implica conocer la verdad íntegra *y* completa sobre los hechos ocurridos, así como conocer las circunstancias específicas en las que se cometieron y quiénes participaron en ellos. En virtud de la jurisprudencia y la práctica nacional como internacional, la doctrina, resoluciones de determinados organismos u organizaciones internacionales, así como opiniones de diversos relatores especiales sobre el tema, se puede afirmar que el derecho a la verdad constituye en la actualidad, una norma del derecho internacional consuetudinario.

Ante la pregunta de si la obligación del Estado de dar a conocer la verdad de los hechos generadores de violaciones a los derechos humanos tiene un carácter imprescriptible o no, podemos formular que por la gravedad que implica el incumplimiento de esta obligación frente a los familiares de la víctima como de la sociedad en general, por la importancia que posee el derecho a la verdad para combatir la impunidad, así como por los efectos devastadores que su incumplimiento generaría en la sociedad, consideramos que puede configurarse como un derecho imprescriptible, en tal sentido, subsistirá mientras exista la incertidumbre sobre los hechos o las violaciones.[26]

Relación con otros derechos humanos

El derecho a la verdad nace muy ligado a otros derechos humanos como el derecho a la protección legal, el derecho a las garantías judiciales, el derecho a la protección judicial y el derecho a la información. En ese sentido, se podría afirmar que el derecho a la verdad proviene de desagregar una serie de obligaciones impuestas a los Estados en los casos de violaciones a los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción.

La Corte IDH en el caso Blake,[121] ha realizado un profundo análisis sobre esta relación intrínseca del derecho a la verdad con otros derechos contemplados

[25] Informe Nro. 136/99, de fecha 22 de diciembre de 1999, Caso Ignacio Ellacría y otros, párr. 221.

[26] Es precisamente por eso que la desaparición forzada de personas es definida a nivel internacional como un delito continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

[27] Corte I.D.H., Caso Blake. Sentencia de Fondo del 24 de enero de 1998. Serie C. N° 36, párr. 97 y 103.

en la CADH, estableciendo que el derecho a las garantías judiciales (art. 8 de la CADH) comprende el derecho de los familiares de la víctima a que la desaparición y muerte de sus seres queridos sea efectivamente investigada.

En el mismo caso, dicho Tribunal Internacional manifestó que en virtud del derecho a la protección judicial (art. 25 de la CADH) es deber del Estado proveer los recursos internos eficaces para determinar el paradero de las personas privadas de libertad y prevenir las desapariciones en toda circunstancia.

En el caso de la promulgación principalmente en América Latina de leyes de amnistía o autoamnistía[28]], de punto final u obediencia debida, se puede afirmar que las mismas, al impedir toda investigación o sanción a los responsables, privan a las víctimas de su derecho a conocer la verdad.

De otro lado, el conocimiento de la verdad puede considerarse como una forma de reparación hacia las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, en la medida en que se les da a conocer las circunstancias en la cuales se cometieron las violaciones a los derechos humanos. En este sentido, se puede considerar que el derecho a la verdad es en cierta medida una forma de reparación, bajo la modalidad de la satisfacción que implica la verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad.

Así lo ha entendido la CIDH en uno de sus últimos informes, en el cual expresa que *"el derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad integra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos, forma parte del derecho a reparación por violaciones de los derechos humanos, en modalidad de satisfacción y garantías de no repetición".[*[291]

La titularidad del derecho a la verdad

Así como el alcance del derecho a la verdad se ha ido ampliando, lo mismo ha sucedido con la cuestión de los titulares de este derecho. Sin lugar a dudas, la persona víctima de violación de sus derechos humanos posee este derecho si es que aún se encuentra con vida. De igual manera, el derecho a conocer la suerte, el destino o paradero de la persona, así como la verdad de los hechos, también lo poseen los familiares de ésta persona.

[28] Es el caso de las leyes de amnistía peruanas (26479 y 26492) promulgadas en junio de 1995,1as cuales concedían *"amnistía general al personal militar, policial o civil cualquiera que fuese su situaron militar o policial o funcional que se encuentre o no denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los fueros común o privativo militar; por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudiesen haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación"*

[29] Informe Nro. 37/00 de fecha 13 de abril de 2000. Caso 11.481. Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galíndez — El Salvador, párr. 148.

Por otro lado, la gravedad y crueldad de la práctica de desaparición forzada de personas, seguida del carácter masivo y sistemático de la misma, han ayudado a que se consolide la idea de que la sociedad en si misma es también poseedora del derecho a la verdad. El establecimiento de Comisiones de la Verdad en distintos países comprueba la necesidad de que la sociedad conozca la verdad de lo acontecido.

Esto ha sido reafirmado por la CIDH al considerar que *"toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de que esos hechos no vuelvan a ocurrir en el futuro"*.[30]

Años después, y reafirmando su posición inicial, la misma CIDH ha considerado que: *"el derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a la información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación"*.[311

VI. VARIAS CAUSAS DEL SURGIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA VERDAD

En este punto es menester abordar varios temas relacionados *ergo* la verdad y la justicia son valores esenciales de la democratización y de la demanda ética existente en la sociedad haciendo cada más dificil la paz social sin asumir esa demanda ética.

La MEMORIA es la facultad de conservar y recordar estados de conciencia pasados y todo aquello que se encuentra asociado a ellos, o en otros términos como el conjunto de funciones psíquicas gracias a las cuales podemos representamos el pasado como tal[32].

Los políticos se fueron haciendo expertos en correr el velo del olvido y en la construcción del perdón jurídico mediante amnistías e indultos. Aplicaron, además, varias otras medidas políticas para sanar el cuerpo social.

Por ejemplo, en Chile, cuando le preguntan al cineasta chileno Patricio Guzmán sobre su documental que consta de tres partes referidas al período de la Unidad Popular y al Golpe Militar: "¿Has pensado en la función social que cumpliría su difusión masiva?. Responde: Yo lo pensé como algo que había que

[30] Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1985-1986. p.205.

[31] Informe Nro. 136/99. *Op.cit.,* párr. 224.

[32] Ver INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SALUD MENTAL Y DERECHOS HUMANOS. «Entre la memoria y el olvido: Violaciones de derechos humanos *y* reparación social ». Año I, Volumen I, Segundo Semestre de 1999. Santiago de Chile; p. 10.

hacer para dejarlo como un testimonio, un documento que quede para que otros puedan estudiar estos hechos y su contexto"[33].

Las autoridades democráticas y la sociedad que las eligió, se han visto así frente a un dilema entre el mandato entre el mandato ético —de establecer la verdad y hacer justicia-, por una parte, y la exigencia política -de asegurar niveles aceptables de gobernabilidad-, por la otra.

Es evidente, que los observadores internacionales, tienen un punto de vista privilegiados-, que tanto a nivel individual como social, nos movemos en el interior de nuestros países entre el reconocimiento de la verdad y la asunción de sus consecuencias, por un lado, y los mecanismos de defensa en contra de tal reconocimiento, por el otro. Estos son la amnesia —que dice aquello no sucedió o lo que sucedió no es importante-, la convulsión alucinatoria —que sigue considerando lo sucedido como presente traumático, impidiendo así que el pasado se constituya como tal-, y el acostumbramiento —que conduce a la trivalización y a la anestesia-. Durante estos años, la fuerza de estas distintas soluciones sintomáticas pareciera variar en intensidad: hay períodos en que prima la amnesia, otros en que el terror a la repetición actúa como amenaza paralizante y aún otros en que la conciencia psicosocial, alimentada por el consumismo y la euforia de políticas económicas exitosas, se adormece en la ilusión de que el tiempo irá borrando las huelas atroces y mitigando el dolor de las víctimas. Es claro que esto último no sucede, en especial en el caso de las desapariciones, que han dejado una huella sin sepultura que deambula como muertos vivos por las calles de nuestras ciudades interiores. Bienvenida sea la controversia, pues sabemos que los traumas que no son integrados y permanecen disociados siguen activos y detienen el desarrollo; también sabemos que todo proceso de elaboración pasa por la confrontación dolorosa con la realidad de nosotros mismos.

De este modo, cuando se proyectó este docudrama en el Congreso Mundial de Psicoanálisis y Derechos Humanos en Chile, hubo un silencio largo, luego intervenciones en voz baja, un par de personas abandonaron la sala llorando antes que termine el video. La gente no sabe si aplaudir o dar el pésame. Reacción social diferente a lo que sucedió cuando se proyectó en Francia muchas personas para hablar con nosotros sobre este tema.

Esto podría permitir tal vez llegar a un acuerdo como sociedad para que esto que hemos vivido no vuelva a repetirse. Que tanto civiles como militares se comprometan en el pleno respeto del derecho a la vida, que eso sea garantizado mediante de la normativización que efectivamente impidan que cualquier

[33] Op. cit; p. 45.

gobierno pueda volver a recurrir a esos métodos, para que ningún oficial de las fuerzas armadas, obedezca órdenes que contradigan su concienciaín.

De tal manera, ante los delitos de desapariciones forzadas quedan las interrogantes: ¿Qué ocurrió con los desaparecidos desde el momento de su detención hasta su muerte? ¿Quiénes la detuvieron? ¿Quiénes la torturaron? ¿Quiénes la asesinaron?¿Quiénes la arrojaron al mar? ¿Cuántos otros fueron arrojados con ella y sus cuerpos se hundieron en el rio? ¿Quiénes dieron la orden superior de esta operación? ¿Por qué no se realizó una investigación acerca de cómo fue posible que desaparezca el cadáver de esa mujer?¿Puede un caso como éste, en que han de haber intervenido varias personas, calificarse como un exceso individual?

¿Habrá nacido su hijo o hija? Si nació ¿quién atendió el parto de cada una de esas mujeres?, ¿recibieron la ayuda correspondiente? ¿Quién responde por el destino de esos bebés? ¿Dónde está? Si murió con su madre, ¿cómo murió?, ¿quiénes la detuvieron?, ¿quiénes supieron y callaron?, ¿pueden los familiares, al cabo de años, aceptar como un hecho consumado su desaparición sin que nadie responda por ello, no obstante haber sido detenida por agentes del Estado, en recintos que las autoridades destinaron para este tipo de prisioneros? ¿Quiénes dieron la orden para desaparecerla?

Ante ello, una reconciliación de estas características no solamente busca prevenir que se destruya la viabilidad de la nación, sino reconfirma la naturaleza de la nación, sus valores, sus límites morales y políticos, constituyéndose en la validación y reafirmación de la derrota de los rebeldes y al mismo tiempo en la victoria del poder vigente. Esta modalidad implica también la negación de la inmoralidad y de la impunidad jurídica eventual por cualquier acto amnistiado. Es un triunfo de la verdad sobre el error. La necesidad de justicia y verdad es irrenunciable.

Se requiere tomar en cuenta la dimensión histórica, política y simbólica que conforman el pasado y presente traumático de las violaciones contra los derechos humanos. En este sentido, se han ido transformando los desafíos éticos y culturales orientados a generar propositivamente una dimensión constructiva que posibilite sacar lecciones más globales en relación al sistema político y al tipo de relaciones sociales que aquél produce; que posibilite elaborar el miedo; que encare críticamente al seducción o la pasividad frente a los modelos autoritarios de poder, situándolos como eje de una cultura democrática.

[34] Ver ELIZABETH LIRA en "La familia chilena y las violaciones de derechos humanos". En INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SALUD MENTAL Y DERECHOS HUMANOS. Chile: Entre la Memoria y el Olvido. Año I, Volumen I, Segundo Semestre de 1999. Santiago de Chile; p.32 y 34.

La formulación psicoanalítica de recordar y elaborar para no repetir requiere ser traducida a categorías sociales y culturales que posibiliten procesar la experiencia vivida, a través de un tiempo social que incorporará nuevos protagonistas individuales y colectivos. La civilidad y los estamentos políticos ya no pueden eludir la confrontación con los problemas señalados, pero a la vez requieren reconocer el valor ético y reparatorio que representa el hecho de no convertir el olvido en consigna universal.

En otras palabras, el olvido jurídico (amnistía) y olvido subjetivo (amnesia) no son sinónimos, sin embargo, las argumentaciones políticas esgrimidas a favor del olvido intentan suprimir sus diferencias. Más aún, cuando se trata de una historia en que las condiciones de opresión y la represión política se encuentran estrechamente unidad, las medidas limitadas a la impunidad de la represión resultan completamente insuficiente desde la percepción de abuso e injusticia de los sectores más afectados. De esta manera, ante la proposición de olvido surge la apelación a la memoria. Esta apelación enfatiza por una parte no olvidar el pasado de opresión y por otra no olvidar el proyecto de sociedad por el cual se luchaba.

Es decir que, memoria y verdad constituyen dimensiones psicosociales y éticas que surgen desde diferentes sectores de la sociedad y que, muchas veces, intentan contrarrestar la impunidad jurídica que es inherente a las amnistías, buscando una discriminación de las responsabilidades políticas. Las violaciones de derechos humanos son la expresión más concreta de la naturaleza del conflicto anterior, en cada uno de los países donde esto ha ocurrido. Como herencia política y social representa uno de los mayores desafíos éticos y políticos. En la mayoría de los países latinoamericanos este conflicto ha seguido un padrón semejante. Una parte de la sociedad fue definida como enemigos de la patria. Quienes eran identificados como tales fueron perseguidos y sufrieron los efectos de la política represiva. En varios países se han formado comisiones de verdad al finalizar los regímenes dictatoriales con el fin de producir la verdad sobre ese pasado de tal modo que fuera conocido responsablemente por esa sociedad. El conjunto de esos informes da cuenta de una historia reciente de terror, tortura y muerte que recorrió América Latina en la segunda mitad del siglo. Las transiciones políticas adoptaron algunas medidas sobre ese legado que reconocían estas situaciones y que, en algunos casos, han permitido encauzar el problema en el ámbito político, asumiendo el significado que ello tiene para el desarrollo de la convivencia democrática[35].

[35] Véase en INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SALUD MENTAL Y DERECHOS HUMANOS; Op. cit; pp. 30-37.

VII. EL DERECHO A LA VERDAD EN EL PERÚ

En el caso peruano se afrontó un conflicto armado interno entre los años 1980-2000[1361]. Esta convulsión social, política y militar arrojó una cifra estimada de más de 70,000 personas fallecidas entre las identificadas y no identificadas provenientes del trabajo de la CVR. Su informe en el Perú, como en cada país que afrontó este tipo de conflictos internos, sentó la primera angular para evitar de cierta manera la impunidad y, sobre todo, para poner en conocimiento a la sociedad en general de estos delitos perpetrados por agentes subversivos y las fuerzas militares estatales cuya judicialización se encuentra en desarrollo y en ejecución con su máxima expresión en el caso Fujimori.

De esta manera en nuestros pueblos, estas trágicas coyunturas y otras más, han bañado de sangre y llanto las mentes de nuestros pueblos, padres, madres e hijas (os) que han transmitido sus tristezas, recuerdos y pensamientos de generación en generación. Todo ello, a fin de que puedan darle el entierro conforme a sus creencias y costumbres pero sobre todo se busca saber la verdad ¿qué pasó?, ¿quiénes fueron los perpetradores?, que no se olvide jamás y no haya impunidad contra estas violaciones contra los derechos humanos aspirando a que no se vuelva a repetir nunca más.

Un distinguido intelectual peruano refiere al respecto: "Toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro", señaló en 1985 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Es esa búsqueda por hallar una explicación a las épocas de violencia política, con sus consecuencias de barbarie y de crímenes de lesa humanidad, se crearon las comisiones de la verdad"[37].

Por otro lado, bajo un análisis de índole colectivo e individual derivados de los organismos por Derechos Humanos como es el caso de la Defensoría del Pueblo del Perú[1381] en su obra titulada INFORME N° 55, que contiene la desaparición forzada de personas en el Perú entre 1980-2000, en donde se abarca

[36] Sobre este punto vale recalcar que los movimientos subversivos que se originaron en Perú no alcanzaron el estatus de beligerancia de *jure* ni de *facto* en concordancia y vinculación con los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. Ver más en BOBADILLA CENTURION, Sergio. "La Beligerancia y los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales de 1977". REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ". AÑO LV, N° 60, EDITORIAL NORMAS LEGALES S.A., TRUJILLO, ENERO - FEBRERO, 2005; PP. 193-215.

[37] http://www.larepublica.pe/al-margen/29/08/2010/1a-comision-de-la-verdad-siete-anos.

[38] DEFENSORIA DEL PUEBLO: "La Desaparición Forzada de Personas en el Perú". Defensoría del Pueblo del Perú y A.S.D.I.; Lima- Perú; pp.567.

al derecho a la verdad de manera superficial, cuando todavía en nuestro país no tenía fortaleza y respaldo a nivel jurisprudencial netamente con un basamento bajo un contexto de derechos humanos.

Así, es en el campo del desarrollo jurisprudencial internacional donde surge este derecho constitucional, el cual se denota mediante la sentencia de la Corte Americana de Derechos Humanos en el caso del estudiante Ernesto Castillo Páez[39].

Sobre este basamento jurisprudencial internacional coherentemente el Tribunal Constitucional Peruano, el 18 de junio del 2004, reconoció al derecho a la verdad como un nuevo derecho fundamental **derivado del principio de la dignidad humana, del estado democrático-social de Derecho y de la forma republicana de gobierno,** a través del Expediente N° 2488-2002-HC-TC (caso Genaro Villegas Namuche). Siendo estas causas determinantes para el nacimiento del derecho a la verdad a nivel del desarrollo jurisprudencial. A través de la interposición de un hábeas corpus que agotó la vía interna, se procedió a incoar a la instancia internacional pertinente. Es decir, un derecho fundamental y a la vez un derecho humano.

Sobre el particular, es menester citar al jurista peruano LANDAARROYOwl quien esboza en relación entre los derechos fundamentales y los derechos humanos esta "Orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales, la que más han avanzado en plantear la defensa y el desarrollo de los derechos humanos como la principales barreras a los excesos o prácticas autoritarias de los poderes públicos y privados; lo cual le permite superar la comprensión de los derechos fundamentales desde una fundamentación exclusivamente técnico-jurídica, sino incorporándola a una concepción de Estado y de Constitución". Aquí se encuadra el derecho a la verdad.

También, es fundamental señalar lo establecido por la Corte IDH en el caso Barrios Altos (en donde miembros del "Grupo Colina" ingresaron de manera violenta a un inmueble abriendo fuego indiscriminado contra las personas que allí se encontraban, asesinando a 15 e hiriendo de gravedad a otras 4), en donde estableció que *"son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción* y *el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas,*

[39] Ver en: *www.corteidh.orcr/docs/supervisiones/castillo_27-11-02.doc).*

[40] Ver LANDA ARROYO, César. Teoría de los Derechos Fundamentales En: http://www.caipe.org.pe/guia/teo.htm.

todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".[41]

Una vez que tenemos clara la existencia del derecho a la verdad, así como las consecuencias que implica reconocerlo, es necesario ponerlo en práctica e intentar su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos nacionales a fin de convertirse en un instrumento de lucha contra la impunidad, más aún, en la medida en que esta tiende a convertirse en un medio de encubrimiento de las violaciones de derechos humanos.

La impunidad hace posible la violación de los derechos humanos, y en un gran sentido la facilita, puesto que el autor de tales hechos no será declarado penalmente responsable. En ese sentido, existe un claro vínculo entre la comisión de violaciones graves, masivas o sistemáticas de derechos humanos y la impunidad, en caso contrario, es decir, si los autores de las violaciones son sancionados, se demuestra que no se está dispuesto a tolerar las mismas.

Los mecanismos de impunidad son múltiples, y dentro de ellos podemos mencionar la impunidad mediante leyes, a través de la legislación que exime la persecución de los perpetradores de abusos de derechos humanos. Sin embargo, la impunidad también se origina con los problemas relacionados con el funcionamiento del órgano judicial, particularmente relacionados con su independencia e imparcialidad. Existe también la impunidad práctica, en la cual, no obstante la existencia de leyes que prevén la persecución a los violadores de derechos humanos, las amenazas y la intimidación dirigida en contra de las victimas de violaciones de derechos humanos, de sus familiares que denuncian tales violaciones y/o de los testigos, hacen peligrar la investigación.

El elevado nivel de impunidad en América Latina refuerza la violencia así como las violaciones de los derechos humanos, debilita también, la legitimidad del gobierno, el sistema democrático, así como incrementa la desconfianza de los particulares hacia los agentes del Estado y hacia el Estado por tolerar la misma.

Para acabar con la impunidad, para que lo ocurrido no vuelva a suceder, no solo se debe de buscar la verdad sino también la justicia, esto implica aplicar las sanciones previstas por el ordenamiento jurídico respectivo a los responsables de las violaciones a los derechos humanos. La justicia es un derecho de la sociedad, y por lo tanto el Estado tiene el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos.

No se puede dejar de lado la obligación de investigar tales violaciones y de juzgar y sancionar a los responsables, eso sí, respetando el debido proceso, porque sino caeríamos en un círculo vicioso en el cual, en la búsqueda de la

[41] Corte I.D.H., Caso Barrios Altos. Sentencia de Fondo de 14 de marzo de 2001. Serie C. N° 75, párr. 41.

protección de los derechos humanos, cometiéramos también violaciones a otros derechos humanos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone a los Estados que frente a una violación de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, se encuentran obligados a otorgarle a todos y cada una de las víctimas, la posibilidad real de obtener justicia, más aún en los Estados en donde se busca restablecer la democracia y el estado de derecho, como el Perú.

Que en el Estado peruano se reconozca el derecho a la verdad de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, significa que el gobierno debe permitir y promover la investigación exhaustiva de tales actos violatorios de derechos humanos. En ese sentido, es muy importante analizar lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Peruano como el supremo intérprete de la Constitución (TC en adelante), el cual en una reciente sentencia sobre desapariciones forzadas[42], ha reconocido que *"la nación tiene el derecho a conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable".*

De otro lado, el TC confirmando lo ya afirmado anteriormente, ha ido un poco más allá en lo que respecta a la titularidad del derecho a la verdad, afirmando que *"al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados".*

En dicha sentencia, el TC deriva el derecho a la verdad no sólo de las obligaciones internacionales contraídos por el Estado peruano en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, sino también de la propia Constitución, la cual en su artículo 44 establece la obligación del Estado de cautelar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, en especial los que afecten la dignidad del hombre.

Para los fines de la presente investigación, la Construcción que el TC realiza del derecho a la verdad es muy importante y fundamental, en la medida que manifiesta que aunque dicho derecho no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución, es un derecho plenamente protegido, derivándolo de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 139.3 de la Constitución. Inclusive le reconoce rango constitucional al derecho a la verdad, al considerarlo una expresión

[42] Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de marzo de 2004. Exp. Nro. 2488-2002-HC/TC.

concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno.

El derecho a la verdad se ampara en las demandas de justicia de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, que a fin de cuentas importa a toda la sociedad; en la protección de la dignidad humana; el derecho a la tutela judicial efectiva; así como en el respeto, promoción y garantía de los derechos humanos.

De otro lado, al analizar el problema de la colisión existente en la aplicación del derecho a la verdad con otros principios tanto constitucionales como internacionales, observamos que al investigar la verdad, y con la finalidad de procesar y sancionar a los responsables por la violaciones a los derechos humanos, se puede llegar al conflicto con el principio de seguridad jurídica y de cosa juzgada.

En especial, al momento de investigar sobre la verdad de los hechos y procesar a los responsables de los mismos, ocurriría una grave confrontación con el principio del *non bis in idem* que se configura en materia penal como una de las expresiones de la cosa juzgada. Dicho principio universalmente aceptado ampara la imposibilidad de juzgar a una misma persona dos veces por un mismo hecho, independientemente de si ella fue condenada o absuelta.

El principio de cosa juzgada en el estado de derecho tiene un papel fundamental, en la medida en que brinda a las decisiones judiciales carácter definitivo, inmutable, intangible y coercible. La firmeza de las decisiones judiciales es condición necesaria para que exista seguridad jurídica, la cual tiene dos funciones, la negativa que es prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto; como la función positiva que es brindar seguridad a las relaciones y al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, pese a la importancia que brinda la seguridad jurídica, dicho principio no es absoluto, esto no significa que la revisión de sentencias judiciales sea la regla, no hay que confundirse, la revisión de sentencias sigue siendo la excepción. En ese sentido, se justifica la medida en los casos en los cuales se puede percibir la existencia de una evidente injusticia en los procesos judiciales como en la Resoluciones de las mismas, de esta manera, se permite que pueda repetirse el proceso con la finalidad de llegarse a una decisión acorde al ordenamiento jurídico, que tiene como principio básico la búsqueda de la justicia.

En los casos de violaciones a los derechos humanos cometidos en un contexto de impunidad, sistematicidad y violencia generalizada, el deber del Estado de investigar tales violaciones es mayor que en los casos de simples delitos. No por algo los primeros se insertan en lo que la doctrina internacional conoce como las graves violaciones a los derechos humanos, que en algunos casos, llegan a

configurar un crimen internacional como bien lo señala el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En este contexto, los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, el derecho de la sociedad a conocer la verdad sobre los mismos, las demandas de verdad y justicia, la necesidad de evitar la impunidad de los responsables de tales violaciones, poseen tal importancia que no sólo autorizan sino que incluso exigen una limitación del principio del *non bis in ídem.*

En el mismo caso, la Corte IDH ha considerado que *"las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente"*[43].

En un caso anterior, pero fundamental para la comprensión de este tipo de conflictos relativos a la aplicación del derecho a la verdad, la Corte IDH ha manifestado en el caso Velásquez Rodríguez que el:

> *"Deber de investigar hechos de este género (se refiere a las desapariciones forzadas) subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance"* [44]

Visto lo anterior, es clara la tendencia del derecho internacional de limitar el principio del *non bis in ídem* en los casos de violaciones graves a los derechos humanos, lo cual nos da un fuerte indicio para tomar posteriormente una posición al respecto.

La Corte Constitucional colombiana ha realizado un profundo análisis sobre este tipo de conflictos entre principios, y ha llegado a manifestar que *"esta obligación estatal de investigar y sancionar es tanto más intensa cuanto más daño social haya ocasionado el hecho punible. Y por ello ese deber estatal adquiere particular fuerza en los casos de violaciones de derechos humanos"*.[45]

[43] Corte I.D.H., Caso Barrios Altos. *Op. cit.,* párr. 43.
[44] Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. *Op. cit.,* párr. 181.
[45] Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-004/03 del 20 de enero de 2003.

Las violaciones graves de los derechos humanos como las desapariciones forzadas, configuran aquellos comportamientos que más intensamente desconocen la dignidad de las personas, a la vez que provocan a las víctimas y a los familiares mayor dolor y angustia por no conocer cuál fue la suerte o el paradero de sus familiares. Por esos motivos, el derecho que poseen a la investigación de los hechos como a la determinación de la verdad, ameritan la más intensa protección, y en tal sentido, el deber del Estado de investigar y sancionar estos comportamientos adquiere mayor entidad.

Y es que la seguridad jurídica en una sociedad democrática y en un estado de derecho, que tiene como eje central o la dignidad humana, no puede estar edificada sobre la base de silenciar el dolor y los reclamos de justicia de las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Ante la importancia de tales principios, la seguridad jurídica, la cosa juzgada o el *non bis in ídem,* deben ser limitadas, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones.

VIII. A MANERA DE REFLEXIONES FINALES:

A través de las investigaciones judiciales sobre violaciones contra los derechos humanos ante instancias internacionales y nacionales, se ha delimitado que las desapariciones forzadas que tienen como precedente moderno al decreto noche-niebla ideado por los nazis, han desencadenado el surgimiento del derecho a la verdad. Derecho fundamental que ha surgido del desarrollo jurisprudencial latinoamericano y por consecuencia, en el Perú a través del Tribunal Constitucional.

En este marco conceptual jurisprudencial se desarrolla este nuevo derecho surgido del sufrimiento humano, precisándose que a nivel comparado no existe ninguna constitución que haya normativizado positivamente el derecho a la verdad. De esta manera, el derecho a la verdad, surgido del desarrollo jurisprudencial comparado y del Tribunal Constitucional peruano que se respalda en la Constitución Política del Perú de 1993, Artículo 3°.

Al respecto, bajo el basamento de la ESCRITURA que se germinó COMO UN REMEDIO PARA EL OLVIDO, el derecho a la verdad debe normativizarse para que sirva como ejemplo para todos los gobernantes, sociedad civil y población en general, a fin de que no se vuelvan repetir u olvidar estos delitos de lesa humanidad

Además, no basta que se reconozca jurisprudencialmente, sino que en nuestra sociedad peruana donde rápidamente se olvidan los hechos y sucesos contra las los más desposeídos y olvidados, es menester que se normativice constitucionalmente el derecho a la verdad.

En este orden de ideas, decimos que NO PO SITIVAR, NO NORMATIVIZAR el derecho a la verdad, ES UNA FORMA DE IMPUNIDAD. Por ello, en aplicación, garantía y protección en un futuro mediato del principio de la dignidad humana, del estado democrático-social de Derecho y de la forma republicana de gobierno, bajo una concientización política, es imperativo que se positivice el derecho a la verdad en una futura reforma constitucional.

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA

PAOLA BRUNET ORDOÑEZ ROSALES (*)

SUMARIO: 1. Introducción. II. El Estado Constitucional Multicultural y los derechos fundamentales. II. La Tutela Constitucional de los Pueblos Indígenas en el caso peruano. HL Derechos Indígenas en la Jurisprudencia Constitucional Peruana. IV Conclusiones.

I. INTRODUCCION

En la actualidad nuestro país enfrenta una serie de conflictos sociales entre las comunidades campesinas y/o nativas, las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales (minerales, especies acuáticas, hidrocarburos, árboles, etc.) y el Estado. Estos enfrentamientos exigen respuestas desde las distintas disciplinas, siendo la jurídica tal vez no la más importante pero si la típicamente eficaz para resolver dichos problemas. Esta postura propositiva, si bien no la única, constituye el aliciente principal del presente artículo.

Los reclamos sociales "indígenas" son común denominador de los Estados latinoamericanos (véase, por ejemplo, el reclamo de los Wichi en Argentina, de la comunidad de Cañaris en Perú, de los indígenas de Mato Grosso do Sul por sus territorios ancestrales, etc.). Así, también es usual que la mayoría de constituciones sudamericanas (Guatemala, Ecuador, Perú, Venezuela, Colombia y Bolivia), tomando como norte el marco constitucional, y comprendiendo el transfondo de los reclamos indígenas hayan otorgado un reconocimiento al tema materia de investigación: *los derechos de los pueblos indígenas* recurriendo para ello a categorías tradicionalmente propias de las ciencias sociales como son: *el multiculturalismo, pluralismo* e *interculturalidad.*

Es más, como consecuencia de ello, y a modo de complemento, los órganos jurisdiccionales, como el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, como se presenta en el caso peruano, también han complementado a modo de interpretación, promoción y reafirmación, el valor y la importancia que reviste en la región sudamericana el reconocimiento de los *derechos de los pueblos indígenas sudamericanos.* Ello responde a que en América Latina se concentra una gran cantidad de grupos, cada uno con rasgos culturales propios, que la

hacen extraordinariamente diversa; en Latinoamérica se habla cerca de medio millar de idiomas indígenas u originarios.

Los numerosos conflictos sociales entre, por un lado, el Estado y las empresas extractivas y, por otro lado, los pueblos indígenas, que en la actualidad afrontamos, tienen su origen en el reconocimiento de la diversidad, que dichos pueblos reclaman, toda vez que la consideran relevante a fin de desarrollar sus proyectos de vida, que no es otra cosa que el derecho a la vida, en su aspecto material. Es decir pretenden no sólo un ambiente de tolerancia, sino que aspiran a un espacio *multicultural,* en el cual puedan desarrollar sus modos de vida, diversos a los del grupo mayoritario.

La naturaleza de las diferencias que hoy son reivindicadas, pueden ser culturales, étnicas, lingüísticas, religiosas, modos de vida, etc. En lo que concierne a la **diversidad cultural,** que como afirma el profesor Parekh Bhikku[1] es la presencia en un determinado espacio geográfico de diversos grupos culturales; existen subtipos, como son: *a) la diversidad subcultural,* en la que los miembros comparten una cultura en sentido amplio y algunos de ellos, o bien defienden creencias y prácticas distintas en ciertos ámbitos de la vida (gays lesbianas, transexuales), o bien crean por su cuenta modos de vida relativamente diferentes (artistas, pescadores, etc.). *b) la diversidad de perspectiva,* en la que algunos miembros cuestionan ciertos principios o valores de la cultura predominante; ejemplo de ello son las feministas, quienes atacan el prejuicio patriarcal, o los ecologistas que critican el prejuicio antropocéntrico y buscan reconfigurar la cultura existente; y ***e) la diversidad Comunal,*** se presente en algunas sociedades que tienen en su territorio comunidades reservadas más o menos organizadas que viven con arreglo a sus propios sistemas de creencias y prácticas (inmigrantes, pueblos indígenas, los vascos en España, los catalanes, etc.). Si bien son diferentes entre sí los grupos que reclaman el reconocimiento de sus diferencias, como para poder compartir una agenda filosófica o política común, todos ellos se sienten unidos en la medida en que se resisten a aceptar la *homogeneización y asimilación en sociedades más amplias".*[121]

Pero este reclamo de reconocimiento de la diversidad de grupos, ¿qué relación tiene con la Teoría del Estado, con la ***Teoría general de los derechos fundamentales, etc.?*** con el derecho procesal constitucional. Efectivamente, son numerosas las interrogantes y escasas las respuestas.

Comenzaremos afirmando que el reclamo social de los grupos culturales diferenciados encuentra explicación en lo que la academia ha denominado

[1] Parekh Bhikhu: *Repensando el Multiculturalismo — Diversidad Multicultural y Teoría Política* Madrid: Istmo 2005, págs. 16.

[2] Vid. Parekh, Bhikhu: *Repensando el Multiculturalismo-Diversidad Multicultural y Teoría Política,* Madrid, Istmo, 2005, p. 13.

multiculturalismo, concepto que proviene de las ciencias sociales. El *multiculturalismo* es la convivencia de diversas culturas.[3] Otros, como Bhikhu Parekh, sostendrán que el *multiculturalismo* no se refiere a la diferencia y a la identidad *per se,* sino a aquellas que se subsumen en una cultura y son sostenidas por ésta.m Así el *multiculturalismo* trata de la diversidad cultural o de las diferencias culturales, puesto que existen otros tipos de diferencias.[5] De lo manifestado, entendemos que el *multiculturalismo* está vinculado a las diferencias culturales presentes en una sociedad.

En doctrina están quienes a este fenómeno de convivencia de grupos culturales diferenciados lo identifican con un concepto familiar para los juristas, este es, *el pluralismo.* En el ámbito jurídico, *el pluralismo* es un principio del Estado constitucional. La Constitución peruana vigente reconoce *el pluralismo política*[6] *,* por ello promueve la libre participación en los asuntos públicos (artículo 30°), así como un *pluralismo económico,* optando por una economía social de mercado (artículo 58°).

Durante el "Primer Encuentro de Docentes de Derecho Constitucional" celebrado en agosto de 2012,[7] algunas voces autorizadas refirieron que los conflictos sociales en los que se encuentran involucrados los pueblos indígenas peruanos, tienen en la *interculturalidad* un mecanismos de solución eficaz. La interculturalidad involucra no sólo el reconocimiento de las diferencias *(multiculturalismo),* sino que adicionalmente se mantiene el objetivo de seguir integrados *(pluralismo),* pero dicha integración debe ser dialogada; esto es, debe darse espacio al reconocimiento mutuo y al aprendizaje recíproco (culturas diferentes a la mayoritariamente presente en la sociedad). *La interculturalidad* es un proceso que contribuye a la superación de las desigualdades, no de las diferencias; y en el que se pueden identificar varios pasos sucesivos pero interconectados: *i) énfasis en lo propio, ii) apertura a otros conocimientos*

[3] Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española,* Vigésima Segunda Edición, Lima, 2005.

[4] Parekh, Bhikhu, *Repensando el Multiculturalismo-Diversidad Multicultural y Teoría Política, op. cit.,* p. 15.

[5] Ídem, p. 16.

[6] El pluralismo político tiene como actores principales a los partidos políticos, entendido éstos como una versión superada de las facciones políticas, ya que estas sólo buscan meros intereses económicos de grupo. Algunos estudiosos refieren que es recomendable este término en lugar de multiculturalismo, toda vez que sobre el pluralismo existe mayor concordancia y no presenta tantas objeciones a los conceptos base del constitucionalismo.

[7] Primeras Jornadas de Docentes de Derecho Constitucional, organizado por el Tribunal Constitucional y la Academia de la Magistratura Constitucional, celebrado del 20 al 22 de agosto de 2012 en Lima, Perú, ponencia del Dr. Rolando Luque Mogrovejo, adjunto para la prevención de conflictos y la gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo sobre Multiculturalismo y Constitución.

y experiencias, y, in) interacciód[8] . De lo expuesto podemos concluir que la interculturalidad si bien otorga espacio al reconocimiento mutuo y al aprendizaje recíproco. Ello a su vez genera la construcción de relaciones de cooperación.

II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL MULTICULTURAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el Estado moderno, Estado Nación, las instituciones que conforman el Estado no se identifican con las personas que ocupan el poder, así también es peculiar de este tipo de Estado la adopción de funciones en beneficio de la colectividad. En este sentido, se puede indicar como características del actual Estado moderno, al cual se lo identifica como Estado Nación, a las siguientes *1)* tiene una base territorial, única fuente de soberanía y goza de autoridad legal ilimitada dentro de sus fronteras; *2)* se funda en una serie única de principios constitucionales y muestra una identidad única, singular y nada ambigua; 3) los ciudadanos de un Estado deberían gozar de los mismos derechos. Y puesto que no se tiene en cuenta las diferencias sociales, culturales, etc. que pueda haber entre ellos, *«los mismos derechos» tiende a significar derechos idénticos o uniformes; 4)* la ciudadanía constituye una forma de relación unitaria, no mediada y homogénea entre el individuo y el Estado. Puesto que se ignoran las identidades culturales, étnicas, etc., de manera que las gentes se consideran únicamente miembros de un Estado, todos los ciudadanos mantienen una relación directa e idéntica con el Estado; *5)* los miembros del Estado conforman un único pueblo unido; y, *6)* si el Estado es federal (u ostenta un grado de descentralización) sus unidades de base deberían contar, *grosso modo,* con los mismos derechos y potestades, porque si no se estarían violando los principios de igualdad de la ciudadanía y de un espacio legalmente homogéneo[191].

Después de la Segunda Guerra Mundial aparece en Europa el Estado Constitucional, el cual también garantiza el cumplimiento de los derechos sociales consagrados en una Constitución, pero añade a ello un rol transcendental de la Constitución, ya no sólo como norma de normas, sino también como fuente de derecho. El Estado Constitucional tiene las siguientes características: *"O a) El reconocimiento de que el poder de la mayoría parlamentaria no es absoluto sino relativo en tanto no puede desconocer las competencias y los*

[8] Fidel Tubino y otros: "Introducción al V Congreso latinoamericano de educación intercultural bilingüe", en AA.VV.: Actas del V Congreso latinoamericano de educación intercultural bilingüe, Roberto Zariquiey (edit). Lima: Ministerio de Educación, 2003, pág. 36.

[9] Parekh, Bhikhu, op. cit., págs. 274-275.

límites materiales y formales establecidos en la Constitución; b) La aplicación de la regla de la mayoría, en virtud de la cual para que las decisiones políticas adoptadas sean legítimas se debe permitir la participación de las minorías en la elaboración, aprobación y aplicación de las respectivas políticas; y c) Si bien se exige mayor participación de los ciudadanos en el Estado, también se exige mayor libertad frente al Estado"m.

Dentro del contexto descrito el alto Tribunal Peruano ha referido que en el marco del Estado Constitucional, *"el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir tanto del propio Estado —eficacia vertical— como de los particulares —eficacia horizontal"; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual "dimensión subjetiva—, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora —dimensión objetiva— O "ni]*

En el Estado Constitucional Multicultural al rol transcendental de la Constitución en la vida cotidiana de los ciudadanos así como al respeto irrestricto de los derechos inherentes al ser humano, entendido este como ser único e indivisible, se añade el **reconocimiento de la diversidad;** esto significa que el nuevo Estado constitucional debe tener una Constitución en la que se consagre el carácter multicultural de la mayoría de las poblaciones del mundo. Con este agregado en la actualidad se habla del componente multicultural de todas las Constituciones, pero nosotros preferimos hablar de Estado constitucional multicultural, porque en sociedades como la peruana resulta urgente y necesario nombres llamativos a fin de iniciar una cultura de respeto a la diversidad.

El reconocimiento del componente multicultural en los textos constitucionales importa un replanteo de muchos conceptos de la teoría general de los derechos fundamentales, hasta hoy sagrados, como *sujeto de derechos, la titularidad y la legitimidad de los derechos fundamentales.*

De lo expresado podemos colegir que el reclamo indígenas requiere de un nuevo Estado o una respuesta diferente de éste. Un Estado en el cual se reconozcan los derechos fundamentales de todos los miembros de la comunidad estatal, atendiendo las particulares exigencias (culturales, religiosas, lingüísticos, nacionales, etc.) que puedan requerir algunos miembros del colectivo.

Los atributos esenciales que los grupos indígenas reclaman en la actualidad, entre otros, son: a la libre determinación del desarrollo, a la participación, a la consulta previa, a los derechos lingüísticos, a la autonomía comunitaria pudiendo ser regional, departamental, distrital etc., al ejercicio de la justicia

[10] Tribunal Constitucional, STC N° 0005-2007-Al, Fundamentos 14 -24. http://www.tc.gob.pe/
[11] Tribunal Constitucional, STC N° 04063-2007-AI, Fundamento 9. http://www.tc.gob.pe/

propia dentro de su jurisdicción,n[21] a la educación intercultural bilingüe y demás afines; los cuales forman parte de un *corpus de derechos* en su mayoría *colectivos* enmarcados en nuevos principios de relación entre los Estados y las minorías culturales, nacionales, lingüísticas, religiosas, etc.

El corpus de derechos que le son inherentes a los pueblos indígenas, ha quedado establecido, y tiene fuerza vinculante, a partir de la ratificación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y de la promulgación de numerosas constituciones latinoamericanas en la década de los noventa hacia adelante. El citado corpus de derechos en el caso peruano se ha enriquecido y desarrollado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las decisiones del Tribunal Constitucional y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.

El conjunto de derechos de pueblo indígenas exige que en Estado constitucional, en tanto instrumento para que todas las personas gocen de sus prerrogativas en la mayor medida posible, no sólo se reconozca atributos esenciales individuales, sino también aquellas prerrogativas de índole colectiva, siendo indispensable un diálogo intercultural como principal pauta metodológica al momento de establecer políticas públicas.

El Estado constitucional que reconoce el componente multicultural de su sociedad deja atrás las políticas de asimilación, integración forzosa e, incluso, de desaparición física y desculturalización que caracterizaron la era pasada. Por el contrario, acepta que no basta con atribuir los mismos derechos a todos, sin atender las particularidades de determinados grupos, porque admite que el derecho a la igualdad ante la ley, tal como lo entendemos hoy, era una ficción, adicionalmente reconoce y vela porque se reconozcan derechos complementarios a las minorías, pudiendo ser éstos de índole individual o colectiva. Sin embargo, este Estado establece condiciones mínimos o estándares mínimos tradicionales exigidos por los grupos minoritarios sean coherentes con los derechos fundamentales, como los comentaremos páginas adelante.

Lo álgido del Estado constitucional multicultural es el referente a la naturaleza de los derechos reclamados por los pueblos indígenas, específicamente los de índole colectiva, como son: a la consulta previa, a la autodeterminación, al ejercicio de justicia propia, a la propiedad comunal por citar algunos. Para los que resultan insuficientes las teorías absoluta y relativa de los derechos fundamentales, ya que han sido elaboradas pensando únicamente en los atributos de ejercicio individual.

El Convenio N° 169 de la OIT y la Constitución peruana constituyen el marco jurídico a fin de otorgar respuesta a la dificil interrogante ¿quién es titular del corpus de derechos reconocido en el citado convenio y la Constitución?. La

[12] Entiéndase indígena, comunal andino o comunal amazónico.

citada norma internacional manda que se identifique a los pueblos indígenas por dos tipos de elementos: los objetivos y el subjetivo. *Los elementos objetivos se refieren a un hecho histórico y a un hecho actual. El elemento subjetivo es la autoconciencia de la identidad, la que vincula ambos hechos (el histórico y el actualf"- I*.

El elemento objetivo ordena que serán pueblos indígenas aquellos que descienden de pueblos que pre-existen a los Estados actuales *y* que hoy conservan en todo o en parte sus instituciones sociales, políticas, culturales, o modos de vida. Resulta oportuno referir que la exigencia de conservación de las instituciones sociales políticas culturales o modos de vida es de naturaleza parcial, no total, ello explica porque en Perú muchas comunidades campesinas, pese a que han perdido el idioma propio (quechua, aymara, etc.) y mantienen a las Rondas campesinas afirman ser titulares de los derechos consagrados en el Convenio 169° y en la Constitución vigente.

El criterio subjetivo se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena, esto es, que descienden de pueblos originarios y que tienen instituciones propias. Este criterio suele ser determinante en el caso peruano, toda vez que la opresión y el estigma social creado alrededor de lo indígena generó que muchos peruanos negaran dicha condición; sin embargo, afortunadamente en la actualidad la auto identificación como indígena, sea andino, amazónico, rural o urbano esta incrementando.

Dentro del contexto descrito resta señalar que las diferencias culturales, lingüísticas, étnicas obligan a que el contenido de los derechos esenciales, fundamentales, humanos sea replanteado a fin de que responda a las necesidades de las sociedades multiculturales; por ejemplo, pensemos en lo que nosotros conocemos como derechos de género, el rol de la mujer en el mundo occidental difiere de aquel que desarrolla en el islámico, así como de aquel que tiene en las diversas comunidades campesinas o amazónicas de América Latina. Así, una denuncia por maltrato familiar debe ser atendida considerando las diferencias culturales, claro está, respetando la coherencia mínima del núcleo esencial que toda sociedad civilizada debe conservar.

En relación a este núcleo esencial, en el caso peruano ha sido la Corte Suprema, la que a través del Acuerdo Plenario N° 1-2009-/CJ-116, ha señalado que ante la existencia del pluralismo jurídico reconocido en nuestra Constitución (artículo 149°) resulta indispensable señalar los mínimos jurídicos que deben ser respetados por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

---

[13] *Cfr.* Yrigoyen Fajardo, Raquel: *De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento,* Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS, Lima, 2009, p. 2.

III. LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CASO PERUANO

Los derechos inherentes a los *pueblos indígenas* como asunto con relevancia constitucional son de reciente fecha. Teniendo como objetivo un acercamiento al componente multicultural de la Constitución peruana esto es a la determinación de su contenido, a los mecanismos de tutela consagrados en el texto constitucional, resulta oportuno hacer una concisa referencia a la historia de la consagración de los pueblos indígenas en nuestros textos constitucionales.

Antes de iniciar el recuentro del tratamiento constitucional otorgado a los pueblos indígenas en el Perú, es indispensable señalar que en nuestra normativa los pueblos indígenas serán las comunidades campesinas y nativas, pero en esta década se prefiere denominarlos *pueblos originarios.* A lo largo de nuestra historia constitucional las *comunidades indígenas* en un inicio, luego *comunidades campesinas y nativas* (desde la Reforma Agraria, específicamente con el decreto Ley N° 17716, del 24 de junio de 1969), recién obtienen un reconocimiento constitucional en el siglo XX.

Convenimos con el profesor Domingo García Belaunde[14] cuando sostiene que la historia constitucional peruana no sólo es aquella que se inicia con nuestra vida republicana, sino también la que se desarrolló entre 1780 y 1820, denominada *Pre historia Constitucional,* periodo en el que suceden dos hechos relevantes: *a)* La dación de la Constitución de Bayona (1808) *y b)* La Carta de Cádiz (1812). Asimismo, sabemos que en 1820 se inicia nuestra historia constitucional en estricto sentido, la que es dividida en 4 (cuatro) períodos: Primer periodo 1820-1860; Segundo periodo 1860-1920; Tercer periodo 1920-1979 y Cuarto período 1979-1993[15].

El Perú a inicios del siglo XX da los primeros pasos para abandonar el afán de ciudadanizar a su población dentro de un proyecto mono-cultural; ello sucede en lo que el profesor Domingo García denomina tercer periodo de nuestra historia constitucional, específicamente el 18 de enero de 1920 con la promulgación de la Constitución de 1920, que contiene el primer reconocimiento constitucional de las comunidades indígenas. Dicha Carta en su artículo 58[0][16] reconocía a las

[14] García Belaunde, Domingo: "Bases para la Historia Constitucional del Perú", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* Nueva serie, año XXXIII, núm 98, mayo —agosto, México: 2000, págs. 568 -570.

[15] Ibídem.

[16] "El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden", Constitución de 1920,

comunidades indígenas como sujeto colectivoll'i , claro está dentro de la lógica de un Estado que se sustentaba en la ficción de la homogeneidad cultural. Como lo hemos afirmado, antes de esta elevación constitucional, se identificaba nación con la idea de un sólo pueblo con una sola cultura, religión, idioma e identidad, el cual debía estar regido por una sola ley y sistema de justicia.

Posteriormente, el legislador de 1933, con fecha 19 de marzo de dicho año, decidió otorgar a las comunidades de indígenas todo un título[m. De una lectura de los artículos correspondientes se advierte que el Estado peruano continuó con la negación de la pluralidad cultural en nuestro país y su regulación se circunscribió al aspecto económico (tierras, expropiación).

La Constitución de 1979, surgida en un momento de transición democrática, mantiene algunos elementos del régimen anterior en temas indígenas como el *monismo legal,* desconociendo el derecho consuetudinario[19] de los pueblos indígenas, esencial para desarrollar su proyecto de vida en concordancia con sus normas. Pese a la concertación política lograda para la emisión de la Carta de 1979, dicho consenso político fue ciego a nuestra realidad nacional, tal vez

---

citado en Gregor Barié, Cletus: *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: Un panorama.* México, D.F.: INT (Instituto Nacional Indigenista). III (Instituto Indigenista Interamericano), 2000, pág. 457.

[17] Yrigoyen Fajardo, Raquel: *Tratamiento Judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú.* Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Antropología Jurídica y Derecho Consuetudinario, organizado por la Asociación Internacional de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal y por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU). Arica, 13-17 de marzo, 2000. Consultado en http://www.alertanet.org, el 15 de octubre de 2012.

[18] "Título XI Comunidades Indígenas. Artículo 207.- Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica.

Artículo 208.- El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizará el catastro correspondiente.

Artículo 209.- La propiedad de las comunidades es imprescriptible en inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable.

Artículo 210.- Los Concejos Municipales ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación ni en la administración de las rentas y bienes de las comunidades.

Artículo 211.- El Estado procurará de preferencia adjudicar tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, y podrá expropiar, con tal propósito, las tierras de propiedad privada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 29.

Artículo 212.- El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen".

[19] Entendemos por derecho consuetudinario el sistema de normas, valores y principios que permite a los pueblos y comunidades regular su vida social, resolver conflictos y organizar el orden en el marco de su cultura y necesidades sociales. Tal derecho incluye pautas antiguas o nuevas, propias o adoptadas, pero correspondientes al sistema cultural de sus usuarios y percibidas como propias. También incluye las reglas para crear o cambiar reglas.

porque, a decir de Víctor Raúl Haya de la Torreím, si bien el campesinado, indígena en su mayoría era vasto, también era ignaro y no tenía consciencia de clase.

En la Constitución de 1979[21] continúa la sobrevaloración de la cultura predominante como superior, avanzada, civilizada, y si bien reconocía algunos aspectos de otras culturas, lo hacía bajo una mirada paternalista. Ello se evidencia en el último párrafo de su artículo 161°, que prescribe que: "() *el Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades campesinas y nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes".* La precitada Constitución, como sus antecesoras, no reconoció el carácter multicultural de nuestra sociedad.

Si bien la Carta de 1979 hizo novedosamente mención a algunos temas como la propiedad comunal, creemos que el Estado Peruano decidió tutelar la *propiedad de las comunidades nativas y/o campesinas* con el interés soterrado de tener poder sobre algo que antes no reconocía y que por conveniencia tuvo que aceptar. Es menester anotar que la Carta del 79 divide a las comunidades indígenas en *campesinas y nativas,* dicha diferenciación no tiene relevancia alguna en la determinación de la aplicación del Convenio 169° de la OIT; sin embargo, reconocemos que la comunidad campesina, originaria en los andes del Perú, debido a la fuerte opresión, ha perdido varias de sus instituciones sociales (el idioma). Ello explica porque la ausencia de identidad indígena de dichas comunidades, no obstante recordar que "() *son las sucesoras de los ayllus incaicos y de las comunidades indígenas coloniales y republicanas, 0,1221* En lo que respecta a la comunidad nativa, advertimos que si bien estas han mantenido sus instituciones sociales ello ha sido a costa de encabezar la lista de grupos en situación de extrema pobreza.

---

[20] Germaná, César: "La polémica Haya de la Torre — Mariátegui, reforma o revolución en el Perú", en *Análisis* —N° 2-3. Lima: 1977, pág. 153.

[21] "Capítulo VIII. De las comunidades campesinas y nativas: Artículo 161.- La Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece. El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes.

Artículo 162.- El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomentan las empresas comunales y cooperativas.

Artículo 163.- Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de ésta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad".

[22] Pareja Paz Soldán, José, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979,* Tercera Edición, Lima: 1984, pág. 534.

La Constitución de 1993 es resultado de lo decido por el Congreso Constituyente Democrático de 1992, que elaboró la Carta fundamental en un ambiente de autoritarismo, ya que el Presidente de la República hasta dicha fecha tenía un origen democrático, pero en abril de 1992 disolvió el Parlamento buscando otorgarse una Ley fundamental que se ajuste a sus ambiciones políticas. Si bien es conocido que la Constitución del 1993 fue elaborada a medida de Fujimori, no podemos negar los avances jurídicos que ella trajo consigo, siendo uno de ellos la consagración por vez primera de los derechos indígenas a nivel constitucional

En nuestra Constitución vigente observamos el reconocimiento *del pluralismo cultural* existente en nuestra sociedad, *el derecho individual a la identidad diferenciada y del derecho colectivo de las diferentes culturas y grupos étnicos* a recibir respeto y protección por parte del Estado. En este marco del reconocimiento de la diversidad cultural, el Estado Peruano en su texto constitucionalwi consagra derechos específicos a las comunidades campesinas y nativas como son derecho a la identidad cultural, a la educación respetando la cultura, a una educación intercultural bilingüe, al uso del idioma propio, a la existencia legal propia y al ejercicio de funciones jurisdiccionales; los mismos que en su mayoría han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional.

IV. Los DERECHOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA

Siendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) en el Perú un referente obligatorio para todo trabajo de investigación en temas constitucionales, resulta importante señalar que a la fecha son más de una decena de resoluciones emitidas[[24]Ipor el máximo colegiado concernientes a los derechos de los pueblos indígenas peruanos.

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída Exp. N° 0042-2004-A1, *Caso Toros,* publicado el 12 de agosto de 2005, desarrolló el componente **cultural** de la Constitución peruana, determinó las disposiciones constitucionales que conforman la Constitución Cultural Peruana, las cuales son: el artículo 1° la

[23] El artículo 2° inciso 19), el artículo 15°, el artículo 17°, el artículo 48°, el artículo 88°, artículo 89° y el artículo 149°.

[24] Exp N° 00872-199-AA, Exp. N° 0042-2004-AI Caso Toros, Exp. N° 0020-2005-PI y 0021-2005-I Caso Hoja de coca, Exp. N° 4719-2007-HC, Exp. N° 0028-2009-PI, Exp. N° 04611-2007-AA, Exp. N° 00022-2009-PI, Exp. N° 06316-2008-AA, Exp. N° 05427-2009-PC, Exp. N° 00023-2009-PI, Exp. N° 00025-2009-PI, Exp. N° 00024-2009-PI, Exp. N° 01126-2011-HC Caso Tres Islas y Exp. N° 0001-2012-PI

Constitución de 1993, artículo 2° incisos 8), 17), 19), artículo 14°, artículo 18°, artículo 21°. También señaló que el Estado, en relación con la Constitución Cultural tiene un deber que se manifiesta en tres aspectos:

a) El Estado debe respetar, por mandato constitucional, todas aquellas manifestaciones culturales de los individuos o de grupos de ellos que constituyan la expresión de su derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, artículo 2°, inciso 8) de la Constitución; además de respetar la propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus conocimientos colectivos, de medicina tradicional y salud, de valores genéticos y de su biodiversidad, de conformidad con los artículos 88°, 89° y 149° de la Constitución.
b) El Estado tiene la obligación de promover todos aquellos actos que atiendan al interés general, a desarrollar un conjunto de conocimientos que permitan el desarrollo del juicio crítico *y* de las artes, así como a la integración y fortalecimiento de las manifestaciones que contribuyen a la identidad cultural de la Nación.
c) El Estado asume también el deber de no promover aquellos actos o actividades que pudiendo ser manifestaciones culturales o encubiertos por lo "cultural" —como las actividades o fiestas que inciten al consumo de drogas, fomenten la violencia, realicen actos antinaturales o crueles contra los animales, causen un grave daño al medio ambiente, lleven a cabo la caza furtiva de especies en peligro de extinción— pongan en cuestión, por un lado, derechos fundamentales como el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida (artículo 2, inciso 22 de la Constitución).

4.1. Derecho a la Identidad Cultural artículo 2° inciso 19) de la Constitución

En lo relacionado al derecho a la identidad cultural el Tribunal Constitucional por primera vez en la resolución emitida en el Exp N° 00872-199-AA, refirió: *Que el derecho a la identidad cultural está contenido el artículo 2° inciso 19) de la Constitución Política del Estado, el mismo que establece que toda persona tiene derecho a "[...J su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación 1...] ", concordada tal disposición con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se reconoce el derecho de las personas a tener su propia vida, y cultura, con todas sus manifestaciones, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a cultivarlos procurando la coexistencia de diversas culturas y el desarrollo de los pueblos en forma pacífica.*

Posteriormente en el Exp. N° 0006-2008-PI conocido como caso Hoja de coca de Puno, publicado el 7 de agosto de 2008, el Tribunal Constitucional sostiene que el derecho a la identidad cultural fue introducido como *"novedad"* en la actual Constitución y que el artículo 2°, inciso 19), de la Ley Suprema consagra el derecho de toda persona: *"19) A su identidad étnica y cultural. ()"*.

Refirió también el Tribunal que la Constitución reconoce, el derecho tanto a la identidad cultural como a la identidad étnica, expresando que: *"Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general.* ***Por un lado*** *se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de" (...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico;* y, ***por otro,*** *de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie.*

Adicionalmente el máximo Colegiado constitucional sostiene que *La identidad cultural,* como elemento de integración de la sociedad en el marco del pluralismo que profesa el Estado Democrático y Constitucional, también es concebida *como un conjunto de manifestaciones y rasgos culturales de diversa índole, que cumple las funciones simultáneas de caracterizar a una sociedad o un grupo social, es decir, de imprimirle cualidades que posibiliten su propio reconocimiento como grupo que vive e interactúa en un contexto y tiempo determinado, así como de identificar las diferencias frente a los demás grupos sociales,* por la constatación de que no comparten de modo total o parcial dichas manifestaciones o rasgos culturales.

En la sentencia emitida en el Exp. N° 03343-2007-AA/TC el Tribunal Constitucional reiteró que el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural: *"Derecho a la identidad étnica aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho "supone 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".*

4.2. Derecho al uso del idioma propio artículo 2° inciso 19)

El Tribunal Constitucional en el Exp. 04719-2007-HC, publicado el 23 de julio de 2008 refirió que los derechos lingüísticos,: "(...) *se proclaman como derechos individuales, pero no puede desconocerse la dimensión colectiva que se asocia a la mayoría de ellos, puesto que el uso de una lengua no tiene sentido individualmente y porque la lengua no sólo es una forma de comunicarse sino que también es una forma de expresar una identidad y un sentir colectivo".*

El Tribunal recordó que en el artículo 2°, inciso 19) la Constitución reconoce que *"Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad"*. Y precisamente lo establece para asegurar el respeto de los derechos culturales y las garantías mínimas de los procesados a fin de que puedan ejercer sus derechos fundamentales, como es el caso del derecho de defensa.

4.3. Derecho a la Educación Intercultural Bilingüe (EIB)

La EIB en una sociedad con diversidad cultural, lingüística y étnica es un derecho de primer orden, ya que es una herramienta eficaz para alcanzar la integridad nacional y para el desarrollo, por tanto la tarea del Estado no debe limitarse, a *fomentar* la EIB, sino que debe estar orientada a brindar un servicio educativo adecuado a los peruanos culturalmente diferenciados, en atención a los mandatos constitucionales como son la dignidad de la persona, el derecho a la igualdad y a la diversidad cultural. Creemos que un razonamiento diverso quiebra la unidad que una Ley base debe mantener.

La EIB es un derecho fundamental inherente a las comunidades campesinas y nativas (pueblos indígenas), toda vez que el lenguaje o lengua autóctona es vital para preservar, fomentar y difundir la cultura de una comunidad determinada es tal. En este sentido, si uno de los contenidos principales o manifestaciones esenciales de la identidad cultural es el lenguaje autóctono de la comunidad, la educación que han de recibir los integrantes de una comunidad nativa y/o campesina y, la forma como han de transmitir sus conocimientos ancestrales y tradiciones se ha de hacer respetando la lengua madre. Y este derecho se consigue por intermedio de una EIB, la misma que si bien no tiene un reconocimiento expreso en nuestra Constitución, dicho derecho se desprende o se fundamenta a partir del derecho a la identidad cultural consagrada expresamente en la Constitución, y a través de la figura de los derechos no enumerados *(númerus apertus)* consagrado en el artículo 3° de la Constitución peruana de 1993, así como de una interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 19, artículo **17°,** in fine, y artículo 48° de la Constitución.

Si bien a la fecha sobre el derecho a la EIB el máximo Tribunal Constitucional peruano no ha emitido pronunciamiento alguno, sin embargo es pertinente referir que un Recurso de Queja[1251] ante la denegatoria de un recurso de agravio constitucional (RAC) fue presentado por la Unidad de Gestión Educativa de San Ignacio invocando derechos indígenas específicamente el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe, sin embargo, por no encontrarse vigente el RAC a favor del precedente, el Tribunal, fiel a su líena jurisprudencial, decidió desestimar el recurso de queja, haciendo hincapié en que la citada unidad de gestión educativa tiene en el *amparo vs. amparo* el cauce procesal adecuado para impugnar la resolución de vista que ha sido emitida lesionando derechos constitucionales.

En el fundamento jurídico núm. 7 del citado Recurso de Queja el Tribunal Constitucional de forma clara ha sostenido, que es procedente el Amparo, ya que "... ***El uso de dicha opción procesal resulta por lo demás plenamente legítima, tratándose como en efecto ocurre de un reclamo sustentado en la aparente vulneración de diversos contenidos de la denominada "Constitución Multicultural"*** *tema de capital importancia como este Tribunal lo ha sostenido en más de una oportunidad"[*[26 1]*.*

El Tribunal dejó claro que los pueblos indígenas peruanos tienen el mecanismo procesal del amparo para tutelar el Derecho a la Educación Intercultural Bilingüe, a donde pueden acudir de forma directa como sujetos procesal activo y requerir al Estado peruano para que respete el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe o haga eficaz los mandatos y obligaciones que se desprenden del artículo 2°, inciso 19), artículo 17° *in fine,* y artículo 48° de la Constitución, que reconocen y regulan el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe, en el marco de la cláusula de *numerus apertus* establecido en el artículo 3° de la Constitución.

4.4. Oficialidad de los idiomas originarios artículo 48° de la Constitución

El alto Tribunal en la resolución recaída en el Exp. 03343-2007-AA, caso Cordillera Escalera 20 de febrero de 2009 ha expresado que en el artículo 48° de la Constitución, se reconoce como idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen.

Así también refiere el máximo Tribunal que el artículo 191° de la Constitución manda que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas *y* nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con

[25] Recurso regulado en el artículo 119° del Código Procesal Constitucional, nos estamos refiriendo al Exp N° 113-2011-Q/TC

[26] Tribunal Constitucional, STC N° 113-2011-Q/TC, Fundamento 7. http://ww.tc.gob.pe

ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión *(Weltanschauung).*

4.5. Propiedad Comunal, tierras y territorio indígena, artículo 88° de la Constitución

En la resolución emitida en el Exp. 03343-2007-AA, caso Cordillera Escalera, el Tribunal Constitucional sostiene que *sobre los derechos indígenas se debe disponer una tutela adecuada a su contexto y necesidades. Por ejemplo, en materia de propiedad recuerda que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra difiere de la nuestra (eminentemente patrimonial, posesión. Ya que éstos mantienen con aquella un vínculo es espiritual).*

> *El Tribunal en la citada resolución también* explica porque el artículo 13° del Convenio N° 169 de la OIT establece que el término "tierras", para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de "territorio". Para ello hace referencia a pronunciamiento de la Corte Interamericana (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni *vs.* Nicaragua): "Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo *y* su comunidad. (...)".

Luego en la resolución emitida en el Exp. N° 00023-2009-PI, publicada el 19 de octubre de 2010 el Tribunal Constitucional señaló que *el artículo 66° de la Constitución prescribe que los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la Nación, siendo el Estado soberano de su aprovechamiento.* Añade que *el artículo 15 del Convenio N.° 169 de la OIT, prevé el caso en que los recursos naturales sean propiedad del Estado. Inclusive aquellos que están en los territorios indígenas. En tal sentido, el propio Convenio N.° 169 establece la posibilidad de que los recursos naturales puedan pertenecer al Estado, motivo por lo cual no existe contradicción alguna entre la Constitución y el Convenio N.° 169 y entre el principio de dominio eminencial y el Convenio N.° 169, que más bien contempla tal posibilidad.*

4.6. La Personería Jurídica de las comunidades campesinas y nativas, artículo 89° de la Constitución

El Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el EXP N° 0042-2004-AI estableció que *la Constitución reconoce la existencia legal, personería jurídica, de las comunidades campesinas y nativas y que la Constitución impone al Estado la obligación de respetar su identidad cultural.*

En la sentencia expedida en el caso Cordillera Escalera el Tribunal Constitucional afirma que el artículo 89° de la Norma Fundamental *reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas,* así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural.

En el año 2010, en la sentencia emitida en el Exp. 04611-2007-AA el Tribunal Constitucional desarrollo un análisis de la figura de la *legitimidad con especial referencia a las comunidades nativas.* Para tal examen consideró *que los fines* del proceso constitucional son garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales *y que, la Constitución* reconoce a las comunidades campesinas y nativas existencia legal y personería jurídica sin someter su existencia a inscripción o formalidad alguna (artículo 89°).

Reitero que dentro *del Estado social y democrático de derecho, las personas jurídicas en general son titulares de derechos fundamentales en la medida que su naturaleza permita su ejercicio, naturaleza tanto del derecho como de la persona jurídica. La referencia preferente de titularidad, según la propia Constitución recae en las personas naturales a través de la vinculación subjetiva de forma individual, pero sin necesidad de entrar a definir el concepto de persona jurídica, lo cual corresponde al ordenamiento infraconstitucional. Es posible constatar que su presencia, en la casi totalidad de oportunidades, responde al ejercicio de un derecho atribuible a toda persona natural.*

Entiende el Tribunal que, *en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defienden sus intereses, esto es, actúen en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de estas últimas se extienden a las personas jurídicas. En este sentido, cabe diferenciar entre personas jurídicas de substrato propiamente personalista, representado por una colectividad de individuos (universitates personarum), y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del substrato patrimonial (universitates bonorum).*

Refirió también el Tribunal Constitucional *que la Constitución, en forma excepcional y privilegiada, ha otorgado a las comunidades campesinas y nativas personería jurídica erga omnes en forma directa, sin la necesidad de realizar la inscripción previa en algún registro para afirmar su existencia, al representar una forma de universitates personarum. El acto administrativo de inscripción es entonces, a diferencia de lo que ocurre con las personas jurídicas de derecho privado, declarativo y no constitutivo.*

Adicionalmente estableció el Tribunal *que una inscripción en el registro sería útil para acreditar la existencia de la personería. La falta de inscripción registral no puede desvirtuar su personería jurídica, pero sí es relevante como prueba a efectos de ejercer su capacidad procesal. Pero si la comunidad está*

inscrita, está obligada a presentar su registro. En caso de estarlo, bastaría con mostrar medios probatorios que fehacientemente prueben su existencia fáctica. No es posible que se pueda colocar a la comunidad en una situación de indefensión tal que, por temas netamente formales (incumplimiento de acto administrativo declarativo), terminen desconfigurando lo señalado en la Constitución, en concordancia válidamente aceptada con el Convenio N.° 169.

En el caso materia de comentario, el Tribunal Constitucional expreso que la comunidad inscrita constituye una persona jurídica de derecho privado. Tomando en cuenta la informalidad o aformalismo de los procesos constitucionales y el principio *pro actione,* aun cuando la inscripción no fuese validada, o no se haya realizado, una comunidad nativa o campesina tendría la legitimidad para plantear la demanda, toda vez que la exigencia constitucional de considerarse como persona jurídica no requiere necesariamente la existencia de un registro.

Sobre la titularidad colectiva *en el caso de las comunidades nativas nuestro Tribunal Constitucional les reconoció una legitimación colectiva para interponer la demanda de amparo, advirtiendo que si bien la Constitución omite referirse a ella, el Código Procesal Constitucional sí lo hace estableciendo que el afectado ostenta tal legitimidad. Por tanto, la afectación a la comunidad en su buen nombre por ejemplo podría generar sentimientos de afectación, por ser parte del grupo social (universitates personarum) por ello corresponde reconocer, la legitimidad activa (seria caso por caso) a cualquiera de sus miembros en tanto se vean afectados.*

4.7. Derecho al ejercicio de funciones jurisdiccionales regulado en el artículo 149° de la Constitución

Una *manifestación de la autonomía organizativa, económica y administrativa referida será la posibilidad de que estas comunidades puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen derechos fundamentales (artículo 1499*[27]

El artículo 149° de la Constitución reconoce un pluralismo jurídico[28]de tipo igualitario, debemos recordar que existen estos pluralismos jurídicos, donde los sistemas jurídicos diversos al de la cultura hegemónica tienen igual valor —es decir lo suyo vale tanto como lo mío y, los pluralismos jurídicos unitarios en los que el sistema jurídico diverso al "oficial" es aquel que prevalecerá sobre los otros— yo valoro lo suyo en la medida que sea parecido a lo mío.

[27] Exp N° 03343-2007-AA/TC

[28] Entendido como la situación en la que dos o más sistemas jurídicos coexisten (o, mejor dicho, colisionan, se contraponen y hasta compiten) en el mismo espacio social (véase ANTONIO PEÑA JUMPA: *La otra justicia.• a propósito del articulo 149° de la Constitución peruana.* En Desfaciendo Entuertos, Boletín N° 3-4, Octubre 1994, IPRECON, página 11

En el caso peruano la Corte Suprema de Justicia de la República a través del Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 se ha pronunciado en relación a los derechos fundamentales que no pueden ser vulnerados en el ejercicio de la justicia en el *'fuero especial comunal"*. Dicho pronunciamiento responde a la presencia cada vez más frecuente de casos difíciles en los que el desconocimiento de los mecanismos de sanción utilizados por las rondas campesinas como el chicotazo, baño con agua helada, caminar descalzo, generaron que los ronderos fueran acusados por el Ministerio Público por la supuesta comisión de delitos contras el cuerpo y la salud.

En el precitado Acuerdo la Suprema reconoce al fuero especial comunal, en atención al mandato constitucional regulado e el artículo 149° de nuestra Ley base, y reconociendo la necesidad de entablar un diálogo con las Rondas campesinas a fin de poder establecer los mínimos jurídicos a ser respetados, es decir la justicia penal ordinaria entendió que no se puede jugar ajedrez con las reglas de damas chinas; por ejemplo en los andes de Cajamarca el que roba o hurta debe recibir chicotazos.

El pluralismo jurídico también nos invita a reflexionar en torno a que la cultura no es solo lo que vemos, por ejemplo en nuestro real existe una madre virgen, pero nos cuesta aceptar que existe una pachamma a la que le debemos todo aquello que poseemos para nuestra subsistencia. Retomando los mínimos jurídicos o como lo denominan la Corte Suprema Peruana en el citado Acuerdo[1291] determinó que el núcleo esencial de los derechos fundamentales a considerarse son la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la

[29] (....) El segundo, el factor de congruencia, exige que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales —se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural-, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción. La premisa es que los derechos fundamentales vinculados a la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes, en este caso el derecho a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial, nunca se reconocen de manera absoluta, y que existen otros derechos individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse los derechos fundamentales antes citados [RENÉ PAUL AMRY: *Defensa cultural* y *pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate.* En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 95]-. Entre los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, es de citar, enunciativamente, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud *y* de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas —bajo la noción básica de „previsibilidad" para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349, del 8 de agosto de 1996)-. Estos derechos, en todo caso, han de ser interpretados, desde luego, de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia.

esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas —bajo la noción básica de "previsibilidad" para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural.

Sin embargo, restan situaciones aun por definir, pensemos en la división de competencias por materias, esto es, que delitos serán sancionados por el *fuero especial comunal* y cuales por la justicia penal ordinaria. Una situación particular de relevancia se presenta en la Selva Peruana, donde algunas comunidades nativas sancionan con la muerte a los miembros acusados de practicar *la brujería.* Aquí surgen algunas interrogantes; ¿resulta posible aceptar que en pro del pluralismo jurídico reconocido en el artículo 149° de la Constitución el Estado Peruano admita una nueva situación de aplicación de la pena de muerte?. Es más pensemos, en aquella situación donde algunos miembros de determinada comunidad en ejercicio de su derecho individual a la libertad religiosa deciden convertirse al evangelismo, el cual manda que abonen un diezmo mensual, que sean propietarios de sus tierras y que no realicen labores comunales los días sábados. Situaciones que son advertidas por las autoridades de su comunidad, los que deciden imponerles una sanción (chicotazos, baños de agua fría, etc); la misma que es cuestionada por los conversos ante autoridades nacionales. Aquí son varias las interrogantes a ser atendidas, que debe prevalecer el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de algunos miembros de una comunidad o el derecho a la comunidad de practicar en su jurisdicción la religión que sea acorde con sus instituciones sociales, organizativas, etc.

Otro aspecto relevante para el pluralismo jurídico reconocido en nuestro ordenamiento tiene que ver con establecer la institución que determinara ¿quiénes son autoridades indígenas?. En algunas comunidades campesinas como la de Cañaris la máxima autoridad es la asamblea.

4.8. El derecho a la libre Autodeterminación

El Tribunal Constitucional sostiene[30] que en nuestro ordenamiento se encuentra reconocido el derecho de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas. Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse juntamente con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43° y 54° de la Constitución).

Conceptualiza el Tribunal que la libre autodeterminación *es la capacidad pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos*

[30] Exp. 03343-2007-AA denominado Cordillera Escalera.

al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales. Establece el Tribunal que la *libre determinación,* juntamente con la concepción que los pueblos indígenas tienen sobre la tierra, sirve de base para la configuración y sustento del derecho a la consulta previa.

4.9. El derecho a la consulta Previa

La consulta previa en términos del Tribunal Constitucional es una concretización del artículo 2° inciso 17) de la Constitución[31], y se encuentra explícitamente recogido en los artículos 6 y 7 del Convenio N.° 169. El artículo 6, literal a), indica que cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, el Gobierno tendrá que consultar previamente y mediante los procedimientos apropiados e instituciones representativas. Tales consultas deberán efectuarse de buena fe y de forma apropiada a las circunstancias del caso, con la finalidad de llegar a un acuerdo y lograr el consentimiento de las medidas propuestas.

El Tribunal Recuerda que el artículo 7° del Convenio N° 169 expone que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, debiendo participar en la formulación, "aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente". El Tribunal reitera[32] el valor constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas. Ya sea como una concretización del derecho a la participación, reconocido en el artículo 2° inciso 17) de la Constitución [STC 3343-2007-PA/TC], o ya en su condición de un derecho fundamental específico, derivado de su reconocimiento en un tratado con rango constitucional, como el Convenio 169° de la OIT [STC 6316-2008-PA/TC y STC 5427-2009-PC/TC].

Estableció[33] que el derecho a la consulta tiene un ámbito protegido. El que se encuentra constituido por una serie de posiciones iusfundamentales, entre las cuales el Tribunal Constitucional ha identificado:

(a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo;

[31] EXP 3343-2007-PA/TC
[32] Exp. 00025-2009-PI publicado el 17 de marzo de 2011
[33] Exp 0022-2009-PI/TC, FJ. N° 37]:

(b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y

(c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta, lo que coloquialmente se ha venido en denominar "derecho al veto".

V. CONCLUSIONES

1. Los diversos conflictos sociales que operan tanto a nivel del Estado como de las empresas extractivas y las minorías culturales, nacionales, étnicas, lingüísticas, tienen como punto de partida en común el reconocimiento de la diversidad, la cual es reclamada por diversos grupos, reivindicando que la misma es relevante a fin de desarrollar sus proyectos de vida, materializando de esta forma el derecho humano a la vida.
2. En este contexto surge la noción de multiculturalismo, concepto de las ciencias sociales que ha sido estudiado desde diversas perspectivas. De forma análoga, también se ha acuñado el concepto de pluralismo, el cual ostenta sus propios principios, e implica que se aceptan las diferencias, no busca eliminarlas, teniendo como meta la integración.
3. Recientemente se ha venido proponiendo que para el caso latinoamericano y sobre todo peruano, es más propicio emplear el término interculturalidad cuando se aborden temas sobre los derechos de las comunidades campesinas y comunidades amazónicas. Este concepto involucra no sólo el reconocimiento a las diferencias (multiculturalismo), sino que adicionalmente se mantiene el objetivo de seguir integrados (pluralismo), pero dicha integración debe ser dialogada; esto es, debe darse espacio al reconocimiento mutuo y al aprendizaje recíproco (culturas diferentes a la mayoritariamente presente en la sociedad).
5. [redacted]udamérica, los reclamos de reconocimiento de la diversidad cultural, étnica, etc., son ubicuos en las minorías indígenas y pueblos autóctonos. Debido a ello es relevante señalar que el corpus de derechos que le es inherente a dichos pueblos ha quedado establecido, y tiene fuerza vinculante a partir de la ratificación del Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en 1989, así como en las constituciones políticas de los países de la región promulgadas en la década de los noventa en adelante. El contenido esencial de los derechos se ha enriquecido y desarrollado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.

6. Los derechos fundamentales son, sin duda alguna, la base del Estado constitucional. Es deber del Estado asumir una posición de fomento y respeto a la multiculturalidad, que tenga en el diálogo intercultural su principal pauta metodológica al momento de establecer políticas públicas. Ello no está exento de dificultades, como desarrollar los derechos de los pueblos indígenas: consulta previa, autodeterminación, ejercicio de justicia comunitaria por citar algunos, los cuales tienen un carácter colectivo, lo que colisiona con la dogmática limitada de los atributos de ejercicio individual, por lo que es impostergable una propuesta de replanteamiento de los derechos fundamentales, procurando que se respeten estos derechos colectivos.

7. Los problemas que se afrontan bajo estas condiciones pueden resumirse en las siguientes interrogantes: ¿quién es titular del corpus de derechos reconocido en el Convenio 169 de la OIT? y ¿cómo resolver la tensión entre el universalismo de los derechos fundamentales con el multiculturalismo?

Bibliografía

Ardito Vega, Wilfredo: *Derechos colectivos de los pueblos indígenas: El caso peruano. 2'.* edición. Cuzco: CEBEM, IEE, CBC, APRODEH, 2010.

Boyen, Theodor C. van: "Criterios distintivos de los derechos humanos", en VV.AA., *Ensayos sobre derechos humanos. "Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos",* Karel Vasak (editor), vol. I, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.

Fernández Rodríguez, José Julio y Jacqueline Arguello Lemus: "Aspectos constitucionales de multiculturalismo en América Latina: el caso de los pueblos indígenas", en: Revista *Pensamiento Constitucional,* Año XVI, N° 16, Lima, febrero 2012.

García Belaunde, Domingo: "Bases para la Historia Constitucional del Perú", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* Nueva serie, año XXXIII, núm 98, mayo —agosto, México: 2000

Gutiérrez, Ignacio: *Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural,* Trotta, Madrid, 2007.

Jiménez, Pablo: "El Amparo Colectivo", en: AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional,* Pablo Luis Manili (Coordinador), Editorial Universidad, S.R.L., Buenos Aires, 2005.

Maiorano, Jorge L.: "Amparo colectivo, legitimación del defensor del pueblo", en VV.AA., *Derecho Procesal Constitucional,* Mario Masciotra (Director) y Enrique

Antonio Carelli (Coordinador), AD-HOC S.R.L, Buenos Aires, 2006.

Parekh Bhikhu: *Repensando el Multiculturalismo- Diversidad Multicultural y Teoría Política,* Madrid, Istmo 2005.

Pareja Paz Soldán, José, *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979,* Tercera Edición, Lima: 1984, pág. 534.

Peña Jumpa, Antonio: *Multiculturalidad y Constitución: El caso de la Justicia Comunal Aguaruna en el Alto Marañón.* Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2009.

Pérez Lurio, Antonio-Enrique: *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho, 4a.* edición, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2005.

Primeras Jornadas de Docentes de Derecho Constitucional, organizado por el Tribunal Constitucional y la Academia de la Magistratura Constitucional, celebrado del 20 al 22 de agosto 2012, ponencia del Dr. Rolando Luque Mogrovejo, adjunto para la prevención de conflictos y la gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo sobre Multiculturalismo y Constitución.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española,* Vigésima Segunda Edición, Lima: Publicada por *El Comercio* en 2005.

Robert Alexy: *Tres Escritos sobre derechos fundamentales,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Sartori, Giovanni: *La Sociedad Multiétnica (Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros),* traducción del italiano de Miguel Ángel Ruiz de Azúa. Santa Fe de Bogotá, Editorial Grupo Santillana, 2001.

Vasak, Karel: "Los derechos humanos como realidad legal", en: VV.AA., *Ensayos sobre derechos humanos. "Las dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos",* Karel Vasak (editor), Vol. I, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.

Tubino Fidel y otros: "Introducción al V Congreso latinoamericano de educación intercultural bilingüe", en AA.VV.: Actas del V Congreso latinoamericano de educación intercultural bilingüe, Roberto Zariquiey (edit). Lima: Ministerio de Educación, 2003.

Yrigoyen Fajardo, Raquel: *De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento,* Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS, Lima,

Will Kymilicka: *Ciudadanía multicultural,* Barcelona, Editorial Paidós, 1996.

Jurisprudencia constitucional

- Exp. 0872-1999-AA
- Exp. 4232-2004-AA
- Exp. 0042-2004-A1 Toros
- Exp. 0020-2005-PI y 0021-2005-1 hoja de coca
- Exp. 4719-2007-HC Derechos lingüísticos
- Exp. 4611-2007-AA
- Exp. 3343-2007-AA
- Exp. 6316-2008-AA
- Exp. 0006-2008-PI
- Exp. 0022-2009-PI
- Exp. 0023-2009-PI
- Exp. 0025-2009-PI
- Exp. 0028-2009-AI
- Exp. 5427-2009-PC

LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL JUEZ EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO:

EL DEBATE RESPECTO A LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

ALDO BLUME ROCHA [*]

SUMARIO: 1. Introducción. II. La posición del juez en el Estado Constitucional de Derecho. HL El problema de la dificultad contramayoritaria. IV Respuestas desde el constitucionalismo contemporáneo. V Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos distintivos del Estado Constitucional de Derecho es el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución y el consecuente establecimiento de mecanismos de garantía para asegurar su supremacía jurídica y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, siendo el control de constitucionalidad de las leyes a cargo de los jueces, ya sea en su modalidad concentrada o en su modalidad difusa, una herramienta clave para la consecución de tales fines.

Sin embargo, existen cuestionamientos respecto a si dicho control de constitucionalidad de las leyes resulta realmente compatible con la democracia, en la medida en que a través de tal mecanismo los jueces tienen la potestad de invalidar lo decidido por el legislador, el cual es concebido como el representante de la voluntad popular. Esto es lo que se ha venido denominar, en término acuñado por Alexander Bickelm, como la dificultad contramayoritaria, la cual puede a su vez ser traducida como la siguiente pregunta: ¿Cómo es

---

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Ex adjunto de docencia del curso Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[1] BICKEL, Alexander. "The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics". New Haven: Yale University Press, 1962, p. 16.

posible permitir que los jueces, que no han sido elegidos por el pueblo, estén en capacidad de ir en contra de lo dispuesto por los representantes de la voluntad popular amparados en la interpretación que realizan de la Constitución?

En ese sentido, el propósito del presente trabajo es realizar un recuento de los principales argumentos que se han planteado en este debate y, a partir de ello, verificar que la tutela de la Constitución por parte de los jueces tiene un costo democrático que no puede ser obviado, y que, en aras de que tal costo sea compensado y que las decisiones judiciales sean legítimas desde el punto de vista democrático, debe ser un punto a tomar en cuenta en el ejercicio del control de constitucionalidad.

Adelantamos nuestra opinión respecto a que es posible considerar como legítimo democráticamente el control de constitucionalidad por parte de los jueces. Sin embargo, esta es una cuestión que debe ser adecuadamente matizada teniendo en cuenta el contexto particular de cada comunidad jurídica, sobre todo en lo que respecta a la interpretación última de la norma constitucional.

Asimismo, plantearemos que la legitimidad democrática de los jueces en el marco del Estado Constitucional de Derecho no solamente se encuentra justificada por la necesidad de garantizar la fuerza normativa de la Constitución frente a los embates de la mayoría y las precondiciones del proceso democrático, sino por el ejercicio mismo de la función jurisdiccional en consonancia con la defensa de la Constitución y con la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. En otras palabras, la dificultad contramayoritaria es una cuestión a la que corresponde hacer frente a los jueces en su quehacer cotidiano. La legitimidad democrática de los jueces en el marco del Estado Constitucional de Derecho es una legitimidad entonces que depende en buena cuenta del adecuado desempeño de la función jurisdiccional, dentro del cual juega un elemento clave la argumentación jurídica en la elaboración de resoluciones debidamente motivadas.

II. LA POSICIÓN DEL JUEZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

A efectos de comprender adecuadamente el debate respecto a la dificultad contramayoritaria es preciso analizar primero el contexto en el cual esta tiene lugar, en la medida en que esta representa en buena cuenta una objeción a la exigente labor que corresponde realizar a los jueces dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho. Esta forma de Estado, también denominada como

neoconstitucionalismo[2], se caracteriza, a decir de Pietro Sanchís[3] por ser una síntesis de las tradiciones constitucionales norteamericana y francesa en la medida en que reúne elementos característicos de ambas tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. Dicho resultado puede resumirse en "una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces"H.

Dos elementos caracterizan entonces al Estado Constitucional[151]:

a) La fuerte "rematerialización" constitucional, lo cual implica el establecimiento de límites y parámetros para el legislador, tanto en lo que respecta al modo de producción del Derecho como a la predeterminación de amplias esferas de regulación jurídica, en la medida en que la norma constitucional establece un conjunto de valores y principios que corresponden ser desarrollados por el legislador.
b) El desbordamiento constitucional, es decir, la inmersión de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico como una norma suprema que es de acceso directo para todos los operadores jurídicos.

Cabe resaltar, siguiendo la terminología empleada por Comanducci[6], que para efectos del presente trabajo, asociamos el contexto de un constitucionalismo en sentido fuerte, es decir, aquel en el cual se requiere una Constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal.

En ese sentido, la concepción de Constitución que está detrás de este modelo de Estado, es decir, la Constitución entendida como norma suprema del ordenamiento jurídico que contiene principios y valores cuyos efectos irradian todos los ámbitos de dicho ordenamiento, trae aparejada un reforzamiento del rol del juez dentro de la organización estatal por cuanto es a este a quien le corresponderá interpretar los alcances de la Constitución a fin de hacerla valer como norma jurídica vinculante frente a todos los poderes públicos, incluyendo el propio legislador. A diferencia del clásico Estado de Derecho, donde la ley tenía el papel preponderante y correspondía únicamente al juez aplicarla; en

[2] Reconocemos que este último término, conforme a lo señalado por el profesor Miguel Carbonell, puede ser considerado desde diversas acepciones, tanto como una teoría del Derecho (neoconstitucionalismo teórico), como una ideología (neoconstitucionalismo ideológico) *y* como una metodología (neoconstitucionalismo metodológico). Ver: COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta teórico". En: Carbonell, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2009, pp. 75 y ss.

[3] PRIETO SANCHÍS, Luis. "Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial". Lima: Palestra, 2002, pp. 114-115.

[4] Ibíd.

[5] Ibíd.

[6] Ver: COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta teórico". En: Carbonell, Miguel (editor). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trotta, 2009, p.77.

el Estado Constitucional de Derecho es la Constitución la que pasa a tener ese papel preponderante y los jueces se convierten en su primera línea de defensa.

De acuerdo con Pozzolom, lo que al parecer caracteriza de modo peculiar el Estado constitucionalizado respecto de lo que habitualmente se llama "Estado de Derecho" es precisamente el papel del juez. El papel de la jurisdicción ya no es meramente mecanicista sino que tiene a ejercer una labor interpretativa que tiene por finalidad concretizar los principios establecidos en la Constitución. Se trata de una transformación del papel de la jurisdicción que se ha desarrollado con el paso del tiempo y, en cierto modo, de forma espontánea, una especie de adecuación a los cambios de la política y de la sociedad contemporáneam.

Así, el juez se configura entonces como el protagonista sobre la escena del Estado constitucional democrático contemporáneo; en efecto, la naturaleza del objeto que interpreta (la Constitución), la explicación de funciones particulares (establecer la escala de valores considerada justa), las específicas consecuencias de su actividad interpretativa (su particular impacto jurídico-político), hacen de él uno de los principales órganos políticos de la moderna organización estatal, transformándolo contemporáneamente en el gestor del constitucionalismo modernom.

Sin embargo, como bien lo pone de relieve Zagrebelsky[l'i, el juez dentro del Estado Constitucional de Derecho debe actuar de manera sumamente prudente, ejerciendo una función modesta y no agresiva, reconociendo determinado margen de acción al legislador como intérprete auténtico de las concepciones éticas y políticas de la comunidad. Así, "cuando están en juego dos apreciaciones discrecionales, además de los principios y las convicciones, debe considerarse con pragmatismo también la calidad de los efectos sociales, económicos y políticos de las decisiones"[''].

[7] POZZOLO, Susanna. "La concepción neoconstitucionalista de la Constitución". En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional.* Madrid, Trotta, 2010

[8] Ibíd.

[9] POZZOLO, Susanna. "Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico". Lima: Palestra, 2011, p. 169.

[10] ZAGREBLESKY, Gustavo. "Jueces constitucionales". En: Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo.* Madrid: Trotta, 2007, p. 100.

[11] Ibíd.

III. EL PROBLEMA DE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

Frente a este importante rol que el modelo de Estado Constitucional de Derecho le asigna al juez, al otorgarle la responsabilidad de defender la primacía jurídica de la Constitución interpretando los alcances de la norma constitucional en cada caso concreto que es sujeto a su conocimiento, surge la interrogante acerca de la compatibilidad del ejercicio de este control de constitucionalidad con el principio democrático de la regla de la mayoría, en la medida en que un juez, funcionario no elegido por el pueblo, tendría la facultad de dejar sin efecto una norma expedida por los representantes de la voluntad popular. Esto es lo que hemos convenido en denominar, en término acuñado por Alexander Bickel[12], conforme a lo indicado líneas arriba, como la dificultad contramayoritaria.

Antes de pasar a revisar con detalle los argumentos que la justifican, creemos que es importante apuntar, conforme a lo apuntado por Bayón[13], que esta objeción debe ser entendida en términos relativos pues su mayor o menor fuerza depende de los siguientes factores:

a) El modo en el que se establezcan en la Constitución las restricciones a la capacidad de decisión del legislador democrático y la práctica interpretativa seguida de hecho por los jueces constitucionales. A mayor indeterminación en los enunciados de la Constitución y a mayor ambigüedad y controversia en cuanto a sus alcances, habrá mayor margen de discrecionalidad para los jueces y, por tanto, mayor poder para ellos.
b) Los jueces tienen una legitimidad democrática de origen menor a la del Parlamento y son elegidos por tiempo limitado. Este es un factor que limita el poder de los jueces.
c) El grado de rigidez de la Constitución, en la medida en que los jueces tendrán mayor poder en caso haya mayor dificultad para realizar una enmienda constitucional que permite revertir los efectos de la interpretación de la Constitución realizada por los jueces.

Cabe precisar, respecto a este último punto, que hay autores, como es el caso de Alfonso Ruiz Miguel[14], que sostienen que el problema no radica tanto en la legitimidad del control de constitucionalidad por cuanto este en sí mismo no

[12] BICKEL, Alexander. "The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1962, p. 16.

[13] BAYÓN, Juan Carlos. "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del neoconstitucionalismo". En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neo constitucional.* Madrid: Trotta, 2010, pp. 289-291.

[14] RUIZ MIGUEL, Alfonso. "Constitucionalismo *y* democracia". En: *lsonomía.* Número 21— Octubre 2004. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), 2004, pp. 62-63.

tiene por qué suscitar objeción contramayoritaria alguna si no va acompañado de una Constitución rígida. En ese sentido, el problema radicaría entonces en los procedimientos de reforma constitucional especialmente rígidos antes que en los controles externos de constitucionalidad.

Como elementos centrales de la dificultad contramayoritaria podemos identificar los siguientes[1151]:

a) Una mayoría de la sociedad dispuesta a implementar cierta política por medio de una ley que considera constitucional.
b) Su impugnación ante la justicia, independiente y no elegida mediante el voto popular, la que debe decidir contemporáneamente sobre su validez.
c) Una discrepancia aguda en la interpretación de la Constitución.
d) Una Constitución dificil de reformar.

Como puede observarse a partir de estos elementos, la dificultad contramayoritaria es el fiel reflejo de una tensión que trasciende toda la estructura del Estado Constitucional, la tensión entre el principio de soberanía popular y el principio de supremacía jurídica de la Constitución. Consideramos que ello es así en la medida en que lo que se encuentra en debate es cuál debe ser el órgano o instancia encargado de interpretar la Constitución y si dicha interpretación debe ser considerada como la última palabra respecto a los alcances de la norma constitucional. Ello resulta especialmente delicado teniendo en cuenta que en dicha norma se apunta a regular los alcances de los derechos de los ciudadanos.

En ese sentido, otra de las formas en las que se presenta la dificultad contramayoritaria apunta a un cuestionamiento de la labor interpretativa del juez respecto a la norma constitucional, el cual puede ser traducido en los siguientes argumentos: i) La justicia constitucional se atribuye a una élite no representativa ni responsable ante los ciudadanos que termina imponiendo su propia ideología a través de sus interpretaciones de la Constitución; y ii) A través de la justicia constitucional se propugna la sobreprotección en mayor o menor medida de los criterios éticos y políticos de la mayoría de un determinado momento histórico a expensas de las generaciones sucesivas[16].

Como principales expositores de los argumentos que sustentan la validez de la dificultad contramayoritaria podemos citar a John Ely, Richard Bellamy y Jeremy Waldron, si bien cada una de sus posiciones tiene matices que es preciso tener en cuenta, y que explicaremos a continuación

[15] González Bertomeu, Juan F. "Cómo aprendía a odiar (y a amar) la discusión sobre el control judicial". En: Campos Bernal, Heber Joel. *Control Constitucional y Activismo Judicial.* Lima: Ara Editores, 2012, p. 168.

[16] RUIZ MIGUEL, Alfonso. Op. Cit., pp. 66-70.

En el caso del jurista estadounidense John Ely[07], no estamos ante una postura que rechace por completo la posibilidad de la revisión judicial sino, más bien, ante una postura moderada que matiza sus alcances pues circunscribe la legitimidad de dicha práctica a aquellos casos en los cuales se haya restringido derechos fundamentales de orden procedimental, es decir, derechos con incidencia en el proceso político democrático, como es el caso del derecho al voto o la libertad de expresión. En otras palabras, para este autor la dificultad contramayoritaria solamente sería superada por razones de tipo procedimental, en la medida en que solamente sería justificable restringir el principio democrático de la regla de la mayoría en aras de preservar las condiciones que hacen posible el propio proceso democrático, como es el caso de los derechos civiles y políticos. Para tal efecto, esgrime como argumentos los siguientesm:

a) La Constitución de Estados Unidos se ocupa fundamentalmente de procedimientos antes que de valores.
b) El control judicial resulta compatible con la democracia representativa en aras de preservar precondiciones democráticas.
c) Los jueces están en mejor posición que las asambleas legislativas para identificar y corregir los defectos 'procesales del sistema democrático pues en su condición de instituciones externas al debate democrático están mejor situadas para detectar el problema y buscar una solución pues no tienen tanto interés en mantener el *statu quo.*

Desde nuestro punto de vista, este alcance limitado que propone Ely respecto a la revisión judicial no resulta pertinente, pues en buena cuenta supone reconocer que no todos los derechos fundamentales cuentan con igual protección constitucional y reduce la Constitución a su valor meramente procedimental, desconociendo el carácter de norma jurídica suprema que contiene principios y valores que irradian todo el ordenamiento jurídico.

En el caso del profesor Bellamy, en cambio, sí hay un rechazo hacia el control judicial por cuanto considera que la asamblea legislativa es un espacio más propicio para interpretar la Constitución y los alcances de los derechos fundamentales que los tribunales. Para ello aduce las siguientes razonesP[91]:

a) Los tribunales, si bien resuelven casos entre individuos, crean políticas públicas. Los efectos de las sentencias no se agotan en el caso, sino que

[17] ELY, John. "Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review". Cambridge : Harvard University Press, 1980. Citado por: FERRERES COMELLA, Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática.* En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional.* Madrid: Trona, 2010, pp. 369-371.

[18] Ibid.

[19] BELLAMY, Richard. "El constitucionalismo político". Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 46-56.

generan precedentes e incluso acciones positivas por parte del Estado. Esto es peligroso, pues el diseñar una política pública a partir de un único caso puede generar distorsiones en perjuicio del bienestar colectivo. Al respecto, la legislación tiende a operar con mayor eficiencia, pues tiene la ventaja de los números, en lo judicial no pueden intervenir todas las partes interesadas o afectadas respecto a una materia discutida de alcances generales, por lo que los jueces no pueden estimar de la misma forma que sí puede un político los alcances sociales de una decisión.

b) La independencia de los jueces a la política o su supuesta dependencia a la razón y la ley para decidir un caso son elementos problemáticos. El autor nos propone a Gran Bretaña y Estados Unidos como ejemplos de casos en los cuales las iniciativas populares que habían sido rechazadas por los tribunales fueron respaldadas posteriormente por los legisladores, de lo cual concluye que el debate legislativo puede ser incluso más favorable que el judicial en la protección de los derechos. Asimismo, considera también que la seguridad jurídica de los procedimientos legalistas es mayor a la judicial, dada la dificultad que representa el modificar o derogar una ley, frente a la posibilidad de cambiar o apartarse de un precedente judicial.

c) Considera dudoso que los tribunales sean una mayor garantía al criterio contramayoritario frente al Parlamento por cuanto los jueces también, al momento de tomar sus decisiones, son susceptibles de caer en el fenómeno conocido como ciclos de votación (A vence a B, B vence a C, pero C vence a A), según el cual, habiendo más de dos opciones, ninguna alternativa es capaz de vencer a todas las restantes en comparaciones binarias. El autor sostiene que en los tribunales finalmente, al igual que en las asambleas legislativas, se llega a la decisión por la sumatoria de votos antes que por la deliberación respecto a la mejor solución del caso.

Desde nuestro punto de vista, la crítica de Bellamy, si bien puede resultar válida dentro del contexto norteamericano, cuyos niveles de representación y de cultura política justificarían aparentemente una mayor confianza en el legislador, no resulta aplicable de modo universal pues la evaluación del comportamiento tanto de los jueces como de los legisladores respecto al control de constitucionalidad y a la interpretación constitucional es una cuestión que depende del contexto particular de cada ordenamiento jurídico. En ese sentido, a nuestro parecer, la posición planteada por Bellamy, a efectos de ser aplicada, supone una actuación de los legisladores como verdaderos representantes de la voluntad popular, factor que no se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, en el que, ante la pereza y/o incapacidad del legislador

para entrar a regular determinadas cuestiones de las cuales dependen derechos fundamentales, es el juez constitucional, a través de sus sentencias, el que finalmente termina zanjando el asunto.

Por último en lo que respecta al profesor Jeremy Waldron, se trata de una posición mucho más radical puesto que este autor antepone el derecho de participación en condiciones de igualdad de todos los individuos para efectos de la toma de decisiones colectivas, lo cual incluye desde luego la toma de decisiones respecto al contenido y alcance de los derechos, de modo tal que no resulta admisible que dicha decisión sea tomada por los jueces. En otras palabras, la revisión judicial o control de constitucionalidad no resulta compatible con el respeto a nuestra capacidad epistémica como individuos, conforme a la cual, "si nos consideramos titulares de derechos deberíamos considerarnos capaces de tomar decisiones razonables sobre nuestros derechos", ni con el derecho a la deliberación pues en cuanto titulares de derechos todos tenemos derecho a participar en términos de igualdad en las controversias sobre derechos[20].

Tan importante es para este autor el derecho de participación que lo concibe inclusive como el derecho de los derechos, en la medida en que través de él es que tendrá lugar la discusión acerca de los contenidos de las decisiones colectivas de la comunidad (teoría de la justicia) así como la discusión acerca del procedimiento para tomar tales decisiones (teoría de la autoridad). La tesis del control judicial, a criterio del autor, estaría obviando la discusión respecto al procedimiento, la teoría de la autoridad, para encargar la delimitación del contenido y alcance de los derechos ciudadanos a los jueces[21].

Desde nuestro punto de vista, la tesis de Waldron es la que presenta tal vez de manera más radical y directa la tensión entre constitucionalismo y democracia que se encuentra detrás de la dificultad contramayoritaria. Sin embargo, no consideramos, como lo hace el autor, que la resolución a dicha tensión sea inclinarse por la solución democrática sin tener en cuenta la defensa de los derechos fundamentales y la garantía del orden constitucional que propugna el constitucionalismo. La evidencia de tal tensión nos debe llevar a la reflexión sobre cuáles serían las alternativas de solución para procurar estabilizar dicha tensión.

A manera de conclusión del presente acápite, debemos tener en cuenta también la concepción que presenta Bayón, en base a los postulados de John Rawls, sobre la dificultad contramayoritaria, por cuanto esta presenta una

[20] WALDRON, Jeremy. "Law and Disagreement". Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 243-249. Citado por: BAYÓN, Juan Carlos. "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del neoconstitucionalismo". En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neo constitucional*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 306-307.

[21] Ibíd.

visión intermedia entre las posiciones de Ely y Waldron que es susceptible de ser compatibilizada con el rol que el constitucionalismo contemporáneo otorga a los jueces. De acuerdo a este autor, siguiendo la idea de Rawls de que la participación ciudadana en términos de igualdad no es solamente un medio sino que tiene un valor intrínseco en sí misma, plantea que la dificultad contramayoritaria puede ser concebida como un conflicto de derechos entre, de un lado, el derecho de igual participación o principio e autogobierno, y la mejor protección del resto de derechos[l]m.

Siguiendo este planteamiento, los instrumentos del constitucionalismo contemporáneo constituyen una limitación al derecho de igualdad en la participación política y se hallan justificados siempre y cuando ostenten una ventaja instrumental para proteger el resto de derechos fundamentales.

IV RESPUESTAS DESDE EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Planteada la problemática en torno a la dificultad contramayoritaria, pasaremos a revisar cuál ha sido la respuesta que el constitucionalismo contemporáneo ha brindado, para lo cual debemos recordar cuál es la legitimación conceptual que en principio permitiría superar la dificultad contramayoritaria.

Conforme a lo descrito líneas arriba, el constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo, en el marco del cual se concibe a la Constitución como norma jurídica suprema y conjunto de valores y principios que irradian todo el ordenamiento jurídico, otorga un papel preponderante a los jueces como garantes del orden constitucional, permitiéndole un amplio margen de interpretación del contenido y alcances de la Constitución frente al legislador. En este contexto, a entender de Ruiz Miguel[123], las principales funciones que se han atribuido al constitucionalismo son dos:

a) Garantizar que el poder político jurídico sea ejercido dentro de los límites establecidos. Dicha limitación del poder incluye al poder democrático. Desde esta perspectiva se plantea la existencia de proteger los derechos individuales frente a la tiranía de la mayoría, los cuales se constituyen en un coto vedado o esfera de lo indecidible fuera de la negociación política.
b) Permitir y facilitar ciertas acciones a largo plazo, es decir, las normas constitucionales no son solamente limitadoras sino capacitadoras y

[22] BAYÓN, Juan Carlos. "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del neoconstitucionalismo". En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neo constitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 331.
[23] RUIZ MIGUEL, Alfonso. Op. Cit., pp. 63-66.

permisivas del poder políticos. Los instrumentos del constitucionalismo contemporáneo, como es el caso de la revisión judicial, tendrían como objetivo salvaguardar el propio sistema democrático en su conjunto, el cual se asume como parte integrante de la norma constitucional.

Como puede observarse, la respuesta apriorística del constitucionalismo contemporáneo frente a la tensión con la democracia que le plantea la dificultad contramayoritaria radica en negar dicha tensión y soslayarla, aduciendo que en la medida en que la labor del juez dentro de dicho esquema coadyuva finalmente a asegurar las precondiciones de la democracia y, por ende, a garantizar su buen funcionamiento, no hace más que fortalecer el régimen democrático. En esa medida, Dworkin[24] afirmará que el control judicial no representa un coste democrático pues sirve para garantizar las condiciones básicas de la democracia. Por su parte, Ackerman sostendrá que la Constitución es la verdadera expresión de la voluntad popular, de modo tal que lo que hacen los tribunales cuando invalidan una ley es preservar los principios adoptados por el pueblo en momentos extraordinarios de deliberación democrática[251].

Otro argumento apriorístico empleado desde el constitucionalismo contemporáneo para hacer frente a la dificultad contramayoritaria y a su consecuente tensión con el principio democrático es el argumento del precompromiso, que se ejemplifica con la alusión empleada por el jurista noruego Jon Elster sobre Ulises y las sirenas, aquella antigua historia según la cual el mítico héroe griego, consciente de que su debilidad por los cánticos de las sirenas podía llevarlo a perder el rumbo y quedar preso con ellas, ordena a su tripulación que lo ate a un mástil con objeto de verse imposibilitado de caer en la tentación. De la misma forma, el pueblo, al momento de dictar la Constitución, consciente de los momentos de pasión que pueden venir después y que pueden llevarlo a perder el rumbo, crea determinados mecanismos establecidos en la Constitución con el objeto de asegurar el cumplimiento de lo ordenado en la Carta Magna.

[24] DWOR1UN, Ronald. "Freedom's Law". Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 24-26. Citado por: Citado por: FERRERES COMELLA, Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática.* En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional.* Madrid: Trotta, 2010, pp. 359-360.

[25] ACKERMAN, Bruce. "We the People. Foundation". Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 262. Citado por: FERRERES COMELLA, Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática.* En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional.* Madrid: Trotta, 2010, p. 362.

No obstante, este último ejemplo es criticado por el propio Elsner en su obra "Ulises desatado" por cuanto a su juicio dicho ejemplo incurría en imprecisiones y ahora utiliza como ejemplo de la idea de precompromiso el relato de un noble que, ad portas de adquirir unas cuantiosas tierras herencia, se compromete, en atención a sus ideales socialistas, a repartir dichas tierras entre los campesinos. Para tal efecto, firma un documento en virtud del cual donará automáticamente la tierra, el cual solamente puede ser revocado con el consentimiento de su esposa, a quien instruye a no dar tal consentimiento incluso en caso él posteriormente cambie de opinión. La idea detrás de metáforas como estas es la dotar de racionalidad a través del tiempo a las decisiones respecto a la Constitución[1263].

Sin embargo, dichas respuestas apriorísticas por parte del constitucionalismo contemporáneo resultan insuficientes, desde nuestro punto de vista, para hacer frente a la dificultad contramayoritaria, en la medida en que tienden a soslayar el coste democrático o a negar la tensión entre constitucionalismo y democracia que dicho problema pone en evidencia. En efecto, tanto la teoría del coto vedado como la teoría del precompromiso, así como la teoría de las precondiciones de la democracia, pretenden en buena cuenta subordinar lo político a la justicia. No obstante, a efectos de determinar previamente que es lo justo se ha tenido que recurrir primero al proceso democrático, en el marco del cual debería de haber sido posible evaluar cuál es el mecanismo procedimental que lleva a una mejor garantía de los derechos fundamentales.

En ese sentido, sin desmedro de la importante posición que en el Estado Constitucional tienen los jueces, considero que la dificulta contramayoritaria es una cuestión que no puede ser soslayada a priori y que requiere, a efectos de ser resuelta satisfactoriamente, propugnar un argumento instrumental de los jueces frente al legislador como órganos con mejores capacidades y en mejor posición para garantizar los derechos fundamentales y la primacía jurídica de la Constitución. En ese sentido, concordamos con Ferreres Comella, en que los jueces hacen frente a la dificultad contramayoritaria presentando los puntos a favor que ostentan frente al legislador en lo que respecta a la protección de los principios constitucionales. Tales factores son los siguientes[271]:

a) Factor tiempo: El ejercicio del control de constitucionalidad supone atribuir una determinada responsabilidad a una institución en particular, lo cual implica que esta goza de un tiempo disponible para reflexionar

[26] ELSTER, Jon. "Ulises Desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones". Barcelona: Gedisa, 2002, p. 68.

[27] FERRERES COMELLA, Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática.* En: Carbonell, Miguel; y García Jaramillo, Leonardo (editores). *El canon neoconstitucional.* Madrid: Trotta, 2010, pp. 376-377.

acerca de esta delicada materia con mayor detenimiento que los propios políticos.

b) Factor valorativo: Existe mayor predisposición institucional a tomarse en serio los valores constitucionales. La judicatura hace las veces de inspector de calidad del producto normativo elaborado por el legislador.

c) Factor argumentativo: Los tribunales tienen que decidir conforme a principios. Tienen que ofrecer razones para justificar sus decisiones, y estas razones tienen que ser de orden general, pues deben valer, no sólo para el caso concreto, sino también para casos futuros. En la medida en que los jueces no pueden saber con precisión quiénes resultarán beneficiados o perjudicados el día de mañana por las reglas jurisprudenciales que hoy formulan, tienen un fuerte incentivo para actuar de manera objetiva.

Asimismo, siguiendo a Lawrence Sager, debemos tener en cuenta las siguientes virtudes estructurales del proceso judicial [281]:

- Nadie debe ser juez de su propia causa. La tarea de contrastar un acto político democrático con los principios constitutivos de la justicia política no debería corresponder a la misma institución que emitió ese acto.
- Los jueces son considerablemente más independientes frente a la presión de la opinión pública que las autoridades públicas elegidas.
- Los jueces ostentan una tendencia natural a la generalidad y a la abstracción de los argumentos en la medida en que las decisiones que toman deben ser consistentes con sus decisiones futuras.

  Los jueces están obligados a ofrecer las razones que fundamentan sus decisiones a los demás jueces y al público en general, y estas razones son de un tipo especial, a saber: son accesibles públicamente y defendibles públicamente (ejemplo de razón pública). Este rasgo se refuerza con la naturaleza colegial y deliberativa de los tribunales.

  La función de los jueces es especializada y está dirigida a evaluar la conducta gubernamental a la luz de la Constitución (inspector de calidad).

Como último complemento a este esquema argumentativo que tiende a justificar, aunque sea de manera instrumental, la superación de la dificultad contramayoritaria y la consecuente legitimidad democrática de los jueces, debemos tener presente que esta no se trata, conforme lo hemos podido observar a lo largo del presente trabajo, un tema que deba ser tomado en cuenta meramente

[28] SAGER, Lawrence G. "Juez y democracia: Una teoría de la práctica constitucional norteamericana". Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 91-107.

de soslayo por parte de los jueces en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho.

En ese sentido, planteamos que la legitimidad democrática de los jueces no solamente debe ser evaluada en función al rol que le corresponde ocupar a la judicatura en el ordenamiento constitucional sino, además, como una legitimidad de ejercicio, es decir, una legitimidad que los jueces van ganando conforme van cumpliendo con las funciones que les han sido encargadas por la Constitución.

Una herramienta clave para la consecución de dicho objetivo es la teoría de la argumentación jurídica, para lo cual podemos tomar como referencia los seis criterios enunciados por Bernal Pulido para evaluar la racionalidad de una decisión judicial [29]:

1. Primer criterio: Claridad y consistencia conceptual
   Las resoluciones judiciales deben expresar los argumentos en los cuales se fundamentan de manera clara y precisa, de modo tal que estos puedan ser comprendidos por las partes. Asimismo, no puede haber contradicción entre tales argumentos ni atribuir significados distintos a los términos empleados para sustentar el fallo.
2. Segundo criterio: Consistencia normativa
   Los jueces deben asignar los mismos resultados a hechos análogos. Las diferencias de criterio deben ser justificadas.
3. Tercer criterio: Saturación
   La resolución judicial debe contener todas las premisas que sirven de sustento para arribar al fallo expresado en ella.
4. Cuarto criterio: Respeto de la lógica deductiva
5. Quinto criterio: Respeto de las cargas de argumentación
6. Sexto criterio: Consistencia argumentativa y coherencia
   No puede haber contradicción entre los argumentos que sustentan el fallo judicial. Los argumentos deben estar sustentados en reglas, valores comunes o principios generales.

Siguiendo esta línea de pensamiento, cabe considerar también herramientas técnicas tales como el test de ponderación y el principio o examen de proporcionalidad, las cuales, si bien no logran excluir una posible interferencia de los valores subjetivos del juzgador en el caso en concreto, permiten circunscribir un marco en el cual este debe fundamentar sus decisiones.

En la medida en que, conforme fue señalado líneas arriba, la Constitución está conformada en su mayoría por normas de principio, las cuales se encuentran referidas en mayor parte a los derechos fundamentales, la ponderación se

[29] BERNAL PULIDO, Carlos. "El Derecho de los derechos". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

constituye en un mecanismo a través del cual se interpreta el contenido y alcances de los derechos fundamentales a partir de la resolución de los conflictos que se susciten entre ellos.

La ponderación, como mecanismo de resolución de conflicto entre principios, se encuentra estructurada en las siguientes partes[30]:

a) La ley de la ponderación

El presente mecanismo tiene como máxima la siguiente: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de no afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"[31]. En otras palabras, la restricción de un principio en beneficio de otro solamente será admisible en caso que la satisfacción de este último principio compense el menoscabo efectuado al otro principio en conflicto.

Esta ley supone entonces la realización de tres pasos elementales: la identificación del grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios enfrentados, la identificación del grado de satisfacción de otro principio, y determinar si ese grado de satisfacción de uno de los principios compensa o justifica la restricción o afectación del otro.

b) La fórmula del peso

A efectos de determinar si la satisfacción de uno de los principios en conflicto justifica la afectación del otro, se deben tener en cuenta las siguientes variables:

El grado de afectación de los principios en el caso concreto, tanto en lo que respecta a la satisfacción de uno como a la afectación o no satisfacción del otro.

El peso abstracto de los principios en conflicto, el cual depende en buena cuenta de la posición en la que se encuentren ubicados dentro de las fuentes del Derecho y de la concepción de los valores predominantes en la sociedad.

La seguridad de las apreciaciones empíricas

La determinación del grado de cada uno de estas variables se expresa a través de una escala triádica o de tres intensidades. Así, el grado de afectación de los principios, tanto en sentido abstracto como en sentido concreto, puede ser intenso, medio o leve; mientras que las apreciaciones empíricas pueden ser seguras, plausibles o falsas.

[30] BERNAL PULIDO, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación". En: *Doxa.* Número 26, 2003, pp. 225-238.

[31] ALEXY, Robert. "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales". Traducción de Carlos Bernal Pulido. En: *Revista Española de Derecho Constitucional.* Número 66, 2002, p.32. Citado por: BERNAL PULIDO, Carlos. Op. Cit., p. 227.

Tales variables se relacionan a través de la siguiente fórmula:

Peso relativo = Peso concreto . Peso abstracto . Seguridad (Principio 1)
Peso concreto . Peso abstracto . Seguridad (Principio 2)

Escala triádica
- Peso concreto: leve (1), medio (2), e intenso (4)
- Peso abstracto: leve (1), medio (2), e intenso (4)
- Seguridad: seguro (1), plausible (2), falso (4)

El propósito de esta fórmula es expresar el peso relativo de un principio respecto de otro principio en conflicto. Prevalece el principio cuyo peso relativo es menor.

a) Las cargas argumentativas

En caso la fórmula del peso lleve a un empate entre los principios en conflicto, existen dos criterios a optar a efectos de resolver el conflicto, los cuales se encuentran referidos a las cargas argumentativas requeridas para que un principio supere al otro. Tales criterios son los siguientes:

- *In dubio pro libertate*
  La carga argumentativa se encuentra a favor de la libertad y la igualdad jurídica. Es decir, ningún principio opuesto a ellas prevalece a menos que se aduzcan razones más fuertes.
- *In dubio pro legislatore*
  Se debe favorecer el acto enjuiciado, el cual aparece como medida no desproporcionada, en atención al principio democrático, en virtud del cual las leyes dictadas por los representantes de la voluntad popular son en principio legítimas.

Como puede observarse, la ponderación implica todo un íter procedimental que debe seguir el juzgador a efectos de resolver el conflicto entre principios que se somete a su conocimiento. Dicho conflicto puede producirse tanto entre derechos fundamentales entre sí como entre derechos fundamentales y bienes de relevancia constitucional, de ahí que puede sostenerse que la ponderación es un mecanismo a través del cual se resuelve un conflicto entre derechos fundamentales.

No obstante, conforme lo señala Bernal Pulido[32], si bien en principio aparenta ser una fórmula completamente racional, en realidad no lo es tanto pues la determinación de las variables que intervienen en la fórmula del peso (el peso abstracto, el peso concreto y la seguridad de las apreciaciones empíricas) no

[32] Ibíd.

puede ser realizada en base a parámetros objetivos sino que depende en última instancia de las apreciaciones discrecionales del juez. En el caso de la seguridad de las apreciaciones empíricas, se trata además de una variable condicionada por los conocimientos empíricos limitados del juzgador y por la dificultad en la evaluación de factores como la rapidez, la probabilidad, el alcance y la duración de la medida sometida a juzgamiento.

Sin embargo, ello no quiere decir que este mecanismo carezca por completo de racionalidad y que no valga la pena su utilización como herramienta de resolución de conflictos entre derechos fundamentales. La búsqueda de tal grado de racionalidad es imposible e implica finalmente caer en un hiperracionalismo que desconoce que la racionalidad tiene límites y que es imposible apartar por completo las apreciaciones subjetivas[[331].

Antes que una fórmula algorítimica que proporciona una única respuesta correcta, la virtud de la ponderación constituye en ser un mecanismo estandarizado a través del cual los jueces pueden expresar ampliamente sus argumentos respecto al contenido y alcance de los derechos fundamentales en términos que pueden ser conocidos y debatidos por todos los operadores del Derecho.

En ese sentido, la fórmula del peso hace explícitos todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta. En la práctica jurídica, estas decisiones judiciales conforman una red de precedentes que permite la aplicación consistente y coherente de los principios y la predicción de los resultados de las ponderaciones futuras[34].

De otro lado, el principio o examen de proporcionalidad es aquel mecanismo que permite determinar si la medida sometida a conocimiento del juzgador puede ser reputada como una restricción ilegítima de algún derecho fundamental. Está constituida por los siguientes subprincipios[[35]]:

- Idoneidad: Según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. Supone la identificación y precisión en la mayor medida posible del fin o de los fines estatales legítimos, la individualización del medio implementado y la limitación del (o los) derecho(s) afectado(s) por la limitación que se ataca de excesiva. Después, se evalúa la relación de fomento entre medio y fin. Esta última

[33] BERNAL PULIDO, Carlos. "La racionalidad de la ponderación". En: Carbonell, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional.* Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 44.
[34] Ibíd.
[35] BERNAL PULIDO, Carlos. Op. Cit., pp. 66-68.

relación es entendida en sentido débil pues no se requiere la satisfacción del fin en todo sentido sino que basta que este sea realizado aunque sea en parte.

Necesidad: Según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido. El medio es necesario cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. En este caso la comparación es doble: los medios alternativos se comparan con el implementado en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto a la idoneidad) y en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limita el derecho).

Proporcionalidad en sentido estricto: Según este subprincipio, la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.

Respecto a este último concepto, cabe destacar también el desarrollo que ha realizado al respecto Laura Clérico, quien sostiene que el examen de proporcionalidad no solamente debe ser realizado teniendo como objeto una medida que se considera lesiva de algún derecho fundamental (exceso de restricción) sino también aquella omisión o acción insuficiente que imposibilite injustificadamente el ejercicio del derecho fundamental invocado[36].

En conclusión, una de las virtudes de herramientas como la ponderación que se condice con el principio democrático, es el hecho de que permite al juez explicitar las razones por las cuales resuelve en determinado sentido, sobre todo en lo que respecta al contenido y alcances de los derechos fundamentales. Bajo el esquema de la ponderación, los argumentos de los jueces pueden ser conocidos por todos los ciudadanos y ser sometidos al escrutinio público. Así, a decir de Barberis[37], la ponderación es una técnica básicamente destinada a explicitar,

[36] CLÉRICO, Laura. "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto". En: Carbonell, Miguel. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 125-173.

[37] BARBERIS, Mauro. "Interpretar, aplicar, ponderar. Nueve pequeñas diferencias entre la teoría genovesa y la mía". Ponencia presentada en el *Master* en argumentación jurídica de la Universidad de Alicante el 6 de junio de 2011, p. 550.

no a ocultar las pautas éticas, políticas y económicas que la interpretación constitucional necesariamente conlleva.

En ese sentido, no se trata de que la ponderación sea un procedimiento eminentemente racional que tiene por finalidad servir de parámetro al juez para llegar a la respuesta correcta. La virtud de la ponderación radica, antes que en el resultado, en el método, que permite conocer las consideraciones, inclusive las meramente subjetivas, que se encuentran detrás de la decisión tomada por el juez. Este método resulta siendo mucho más razonable que el mero ocultamiento del conflicto bajo la pretendida solución al amparo de un solo principio.

En la misma línea, cabe apuntar que "todos los autores del derecho —el constituyente, el legislador e incluso los jueces- ponderan valores, no pueden no hacerlo, y, si es así, mejor que lo hagan explícitamente. Si los jueces constitucionales quieren aplicar (toda) la Constitución, entonces no pueden dejar de lado ninguno de los principios relevantes: ellos deben tomarlos en cuenta todos, resolver sus conflictos y especificar las reglas abstractas que puedan ser aplicadas en sentido estricto"["].

Entones, la ponderación es un mecanismo que resulta compatible con la democracia en la medida en que, al explicitar los términos de los conflictos subyacentes entre los distintos principios establecidos en la Constitución, permite el diálogo y el establecimiento de equilibrios y compromisos entre las diferentes pautas éticas y políticas presentes en la sociedad.[39]

Asimismo, como lo señala Bernal Pulido, "la concepción de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante la ponderación logra ligar de la mejor manera posible dos dimensiones que son relevantes en la aplicación de los derechos fundamentales: la dimensión institucional y la dimensión de la corrección. Desde el punto de vista institucional, debe reconocerse que en el ámbito de los significados implícitos de los derechos fundamentales, allí en donde no es claro si la Constitución ordena o prohíbe algo, el Tribunal Constitucional disfruta de un margen de deliberación. Por su parte, desde la perspectiva de la corrección, en estos casos el Tribunal Constitucional debe respetar los márgenes de acción del legislador y de la jurisdicción ordinaria. La única respuesta correcta es que en estos casos, los derechos fundamentales no ofrecen ninguna respuesta correcta"[40].

[38] Ibíd.

[39] Ibíd.

[40] BERNAL PULIDO, Carlos. "¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España". En: Sieckmarm, Jan-R. *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.* Madrid: Marcial Pons, 2011, p. .241.

Dicho autor pone de relieve también la importancia de la ponderación para la formulación de decisiones judiciales que conformen una red de precedentes que permitan otorgar seguridad jurídica respecto al contenido y alcances de los derechos fundamentales. La fórmula del peso hace explícitos todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta. En la práctica jurídica, estas decisiones judiciales conforman una red de precedentes que permite la aplicación consistente y coherente de los principios y la predicción de los resultados de las ponderaciones futuras[[41]].

Por tanto, dado que la ponderación permite una mejor explicitación de las razones que se encuentran detrás de las decisiones de los jueces, sobre todo en lo que respecta al contenido y alcances de los derechos fundamentales, y que el ejercicio de dicho mecanismo contribuye también al asentamiento de precedentes que otorgan predictibilidad respecto a las futuras decisiones judiciales, consideramos que el ejercicio de la ponderación por parte de los jueces permite la legitimación de su función en el contexto de un régimen democrático. Se trata de una legitimación de ejercicio antes que de origen, cuyo menor o mayor grado dependerá de la calidad de sus resoluciones y del buen uso de la técnica de la ponderación.

Cabe advertir, en ese sentido, ciertos matices que son indispensables tener en cuenta a efectos de que la ponderación cumpla ese papel legitimador del accionar de los jueces. El primero de ellos estriba en que la ponderación, dado su carácter instrumental, depende finalmente, para la consecución de tal finalidad legitimadora, de un uso prudente por parte de los jueces, que tenga en cuenta también los márgenes de acción propios del legislador y el alcance de sus competencias. El desconocimiento de este factor puede hacer que la ponderación pierda las virtudes que por naturaleza la hacen compatibles con el principio democrático y que sea reducida nuevamente a su visión disminuida como juicio subjetivo y arbitrario.

Bernal Pulido propone justamente como matiz a la definición de norma principio otorgada por Alexy que dicha norma debe definirse como un mandato de optimización que, a efectos de ser realizado en la mayor medida posible, tenga en cuenta no solamente las posibilidades jurídicas y fácticas existentes sino también las posibilidades epistémicas, entendidas estas como el margen legislativo para la toma de decisiones políticas y el margen de la jurisdicción ordinaria para la interpretación del derecho ordinario y la valoración de pruebas[[421]].

[41] Ibíd.
[42] BERNAL PULIDO, Carlos. Op. Cit., p. 239.

Como segundo matiz es importante apuntar también que la ponderación, como toda construcción teórica, supone un ideal de racionalidad que no necesariamente es posible de realizar en todos sus términos en la práctica. No obstante, teniendo en cuenta tales limitaciones debemos procurar alcanzar el logro de dicho ideal en la medida de lo posible.

V. CONCLUSIONES

Dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho, a los jueces se les ha asignado la responsabilidad de ser los garantes de la primacía jurídica de la Constitución y de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, para lo cual cuentan con la facultad de interpretar las leyes en función a la Constitución y determinar la incompatibilidad del producto normativo del legislador respecto a la norma constitucional.

- Dentro de tal contexto, tal labor de revisión judicial revela una tensión entre constitucionalismo y democracia, la cual se denomina como dificultad contramayoritaria. Se plantea la interrogante sobre la legitimidad que faculta al juez para dejar de lado decisiones adoptadas por los legisladores, los representantes de la voluntad popular.
- Tal dificultad contramayoritaria no puede ser contestada únicamente a través de argumentos apriorísticos tendientes a soslayar o negar la tensión que dicho fenómeno evidencia entre constitucionalismo y democracia. Dichos argumentos resultan insuficientes y deben ser complementados con la enunciación de las características instrumentales que hacen que los jueces se encuentren en mejor posición que el legislador en lo que respecta a la interpretación constitucional y a verificar que la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales sea acorde con la Constitución.
- Tal argumento instrumental debe ir de la mano con una consideración permanente por parte de la judicatura de hacer frente a dicha dificultad contramayoritaria. Por ello, se plantea la construcción de una legitimidad de ejercicio basada en una adecuada motivación de las decisiones judiciales basada en la teoría de la argumentación jurídica y en el empleo de herramientas técnicas tales como el test de ponderación y el examen de proporcionalidad.
- El ejercicio de la ponderación por parte de las jueces, en la medida en que le permite tener la capacidad para dejar de lado las normas emitidas por el legislador como representante de la voluntad popular, parece implicar que es una situación que resulta incompatible con el principio democrático.

A esta situación, que revela la tensión entre constitucionalismo y democracia, se le denomina dificultad contramayoritaria.

- Tal presunción de incompatibilidad se deriva únicamente de una concepción minimizada de la ponderación, la cual la asume simplemente como una estratagema que esconde meramente la decisión arbitraria de los jueces basada meramente en sus apreciaciones subjetivas.
- Por el contrario, la virtud de la ponderación radica, antes que en el resultado, en el método, que permite conocer las consideraciones, inclusive las meramente subjetivas, que se encuentran detrás de la decisión tomada por el juez. Este método resulta siendo mucho más razonable que el mero ocultamiento del conflicto bajo la pretendida solución al amparo de un solo principio. En ese sentido, al permitir delimitar el ámbito de discrecionalidad de los jueces, es posible conocer con mayor detalle los argumentos detrás de sus decisiones, con la consecuente posibilidad de que la actuación judicial pueda ser ampliamente conocida y debatida por la comunidad. Ello es una virtud que la hace compatible con el principio democrático.
- Tal compatibilidad permite la construcción de legitimidad de ejercicio por parte de los jueces en el contexto de un régimen democrático. Sin embargo, a efectos de que dicha legitimidad sea consolidada, es indispensable que los jueces ejerzan con prudencia la ponderación y tengan en cuenta las consecuencias de sus decisiones. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, si bien un ejercicio conforme en todo punto con el ideal de la ponderación no siempre es posible, representa un ideal al que hay que apuntar.

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 68° DE LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO - ALCANCES DEL HOY DENOMINADO ARBITRAJE OBLIGATORIO

CARMEN ORTEGA CHICO

SUMARIO: I. *Introducción.* ***H.*** *¿Cómo surge la institucion del arbitraje? - Historia. III. El arbitraje obligatorio según la OIT IV Regulación en la legislación nacional. V Naturaleja Juridica del Procedimiento Administrativo* y *Actos emitidos por la AAT, al amparo del art. 68° de la LRCT. VI. Alcances del articulo 68 del tuo de la LRCT. VII. Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto económico en el que se desarrolla el país, con frecuencia surgen conflictos entre dos sectores importantes delaevolución de nuestra economía, esto es entre trabajadores y empleadores. Los primeros buscan una mejora en sus condiciones de trabajo que se vea traducida en mayores beneficios económicos y mejor calidad de vida, y los empleadores buscan el incremento de sus ganancias para así continuar con la viabilidad de sus negocios.

Bajo este escenario, como principio esencial y natural de la resolución de conflictos, surgen distintas alternativas, algunas de carácter autónomo que promueven el arreglo directo entre las partes, sin embargo cuando esta alternativa no es suficiente, las partes en conflicto tienen la necesidad de recurrir a terceros para que mediante su intervención se logre dar solución a la controversia, pudiendo distinguirse en la intervención de este tercero, ajeno a las partes, si su designación se ha efectuado por un procedimiento obligatorio (disposición de la ley) o por un procedimiento voluntario (acuerdo de las partes). Es precisamente a la intervención de este tercer elemento al que se le denomina soluciones heterónomas.

En materia laboral pueden identificarse tres clase de arbitraje, i) el voluntario o facultativo, ii) el potestativo y iii) el obligatorio. Es así como se define al arbitraje voluntario como la voluntad de las partes de someter su conflicto a la decisión de un tercero, el cual al ser elegido por las partes de manera voluntaria, tiene plena legitimidad para dirimir el conflicto. El arbitraje potestativo, se

origina a petición de una de las partes, quedando la otra sometida al arbitraje; esto ocurre cuando frustrada la negociación directa, se opta por someter el conflicto a la voluntad de unan tercero "arbitro" y no hacer el uso legítimo de la huelga. Finalmente, "el arbitraje obligatorio, es aquel que se realiza prescindiendo de la voluntad de las partes —e, incluso contra esta-, pues una vez producido el desacuerdo definitivo de las partes en la negociación colectiva, el conflicto es sometido ex lege al arbitraje, normalmente a cargo de una autoridad pública o de un órgano arbitral público prestablecido"[1]

Debe existir una verdadera voluntad de las partes por someter su diferendo a la calificación de un tercero ya que finalmente son estas las que le están otorgando el poder de decisión frente a un hecho concreto, debiendo acatar lo que se resuelva. Sin embargo, existe un supuesto en el que no son precisamente las partes (trabajadores — empleador) quienes de propia voluntad e iniciativa deciden que la solución de su conflicto sea resuelto por un tercero, quien además ostenta un poder especial y mantiene una situación de ventaja en su calidad de autoridad. Pues ahí la situación puede volverse más complicada aún, ya que las partes pierden todo tipo de control respecto a la solución de su conflicto y se ven sometidas a la voluntad de un tercero ajeno a ellas, como en este caso concreto es el estado mediante la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT)

Mediante este artículo intentaremos entender la naturaleza jurídica de la intervención estatal, plasmada en el artículo 68° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), así como sus alcances y el producto emanado de esta intervención.

II. ¿CÓMO SURGE LA INSTITUCION DEL ARBITRAJE? - HISTORIA

La capacidad de poder resolver sus conflictos la tienen las partes, son ellas quienes de manera libre y voluntaria, recurren a diferentes técnicas de negociación a fin de ver satisfechas sus pretensiones. Sin embargo existe un momento en que el nivel de negociación parece haberse agotado y frente a esa circunstancia es que surge la necesidad de conferir nuestro poder negociador a una tercera persona, quien a nuestro criterio podrá resolver el conflicto de una mejor manera.

Las pautas de negociación entre las partes surgen del carácter libre y voluntario de las negociaciones, se aboga por la menor injerencia posible de las autoridades públicas en los acuerdos bipartitos y dan primacía a los empleadores

[1] Blancas Bustamante, Carlos. "La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva". Soluciones Laborales N° 46 /Octubre 2011, Pág. 14.

y sus organizaciones, así como a las organizaciones sindicales, como sujetos de la negociación.

"La historia del surgimiento del arbitraje encuentra sus inicios en el Derecho Romano, sistema que acuerda confiar el arbitraje a hombres considerados rectos y buenos. La Ley de las 12 Tablas y el Derecho Pretoriano, contenían normas sobre arbitraje iniciando una etapa en la formación jurídica y orgánica del arbitraje, mediante regulaciones en las funciones del árbitro y sus responsabilidades, así como el carácter del laudo arbitral y diversos aspectos elementales sobre el compromiso. En la Edad Media el arbitraje se convierte en una de las instituciones más recurridas por parte de la clase comercial, artesanal, quienes a través de los gremios y corporaciones van a profundizar y ampliar la práctica de esta forma heterocompositiva para la búsqueda de justicia designando para tal efecto como árbitros a los Señores Feudales o al mismo Rey. En la etapa moderna y contemporánea, el arbitraje se ha convertido en una institución que ha roto las barreras del ejercicio privado y se ha ido ampliando su ejercicio en variados espacios de interrelación humana donde se configuran conflictos (contratos, familia, personas, seguro, salud, contrataciones con el Estado, etc.). Tanto que ha merecido el reconocimiento constitucional como es en nuestro caso." [2]

III. EL ARBITRAJE OBLIGATORIO SEGÚN LA OIT

De acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[13]], recoge el principio de la negociación libre y voluntaria, según el cual para que la negociación colectiva sea eficaz, debe tener carácter voluntario y no estar mediado por medidas de coacción que alterarían el carácter voluntario de la negociación.

"De este modo, en virtud de este principio, el Estado no puede ni debe imponer, coercitivamente, un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención estatal que claramente atentaría no sólo contra el principio de la negociación libre y voluntaria, sino también contra los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva. No obstante ello, no

[2] Chamané Orbe — Verástegui Gastelú. "Arbitraje y Constitución" Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Pág. 94. Palestra Editores. 2012.

[3] Artículo 4° Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

impide que el estado pueda prever legislativamente mecanismos de auxilio a la negociación, tales como la conciliación, la mediación o el arbitraje, ni órganos de control que tengan por finalidad facilitar las negociaciones.

En buena cuenta, el principio de negociación libre y voluntaria incluye a) la libertad para negociar, entendida como la libertad de elegir entre acudir o no a negociar con una o con otra organización sindical, y b) la libertad para convenir, entendida como la libertad para ponerse de acuerdo durante la negociación."[41]

Conforme lo señala la OIT, una de las formas más radicales de intervención de las autoridades en la negociación colectiva, sea mediante la legislación, sea a través de una decisión administrativa, es la imposición del arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo o cuando transcurre un cierto número de días de huelga

El arbitraje obligatorio puede provenir también de una sola de las partes; pero siempre se opone al carácter voluntario de la negociación porque la solución que impone no emana de la voluntad de ambas partes, sino de un tercero al que no han concurrido conjuntamente.

Los órganos de control de la OIT admiten el arbitraje obligatorio por iniciativa de las autoridades o de una sola de las partes o por mandato directo de la legislación en los siguientes supuestos: *i)* en caso de crisis nacional aguda, *ii)* en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios que trabajan en la administración del Estado (ya que pueden ser excluidos del derecho de negociación colectiva en virtud del Convenio núm.98) o *iii)* en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, es decir los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o seguridad de las personas o en toda o parte de la población.

Por otro lado, el arbitraje obligatorio es admisible si está previsto en el convenio colectivo como mecanismo de resolución de conflictos. Asimismo es aceptable, cuando tras negociaciones prolongadas e infructuosas, es obvio que las negociaciones no saldrán del estancamiento sin una iniciativa de las autoridades.

IV. REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL:

El artículo 28° de la Constitución Política del Estado, garantiza el derecho de negociación colectiva, imponiéndole al Estado el deber de fomentar y promover

[4] Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de agosto de 2009 en el Expediente N 03561-2009-PA/TC Callao — Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (SUTRAMPORC). Considerando 13, Pág. 10.

la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

En ese sentido, es que el Estado con el afán de promover la solución de un conflicto cuando las partes no han sido capaces de resolverlos de manera directa y cuando de por medio existen circunstancias excepcionales que así lo ameritan, conforme lo desarrollaremos más adelante, es que plantea los supuestos de su intervención en el contenido del artículo 68 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, señalando textualmente lo siguiente: *"Cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias, la autoridad administrativa promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del conflicto. De fracasar ésta, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá en forma definitiva".*

Posteriormente, el estado ha emitido distintas normas y directivas que han permitido delimitar de alguna manera los alcances y efectos de la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo en los supuestos, excepcionales, antes indicados.

Es así como se emite el Decreto Supremo N° 014-2011-TR del 16 de setiembre del 2011 por el cual se delimita las competencias de las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, en los supuestos establecidos en el referido artículo 68°, salvo que el conflicto generado tenga un efecto o dimensión supra regional o nacional, en el que será necesario la intervención, en forma exclusiva y excluyente, de la Dirección General de Trabajo y Promoción del Empleo, con sede en Lima. Asimismo, el 5 de marzo del 2012 se aprueba por Resolución Ministerial N° 076-2012-TR, la Directiva General N° 005-2012-MTPE/2/14 "Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos:los llamados "extraprocesos", la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional", la misma que recopila varios aspectos importantes y necesarios para la certidumbre jurídica de las partes que incurren en conflicto y son intervenidas por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Finalmente cabe precisar que la directiva antes indicada realiza una definición expresa del arbitraje potestativo y del arbitraje obligatorio, señalando lo siguiente:

Arbitraje potestativo: Llamado tambien unilateral o voluntario vinculante. Se conoce así al mecanismo extrajudicial, mediante el que, en función de una prerrogativa normativa-inspirada en la jurisprudencia constitucional, las partes se encuentran faculatades para someter la solución del conflicto a la decisión de un tercero, ajenos a ella, con competencia para resolverlo a través de un laudo o fallo arbitral, quedando obligada la otra parte a dicho sometimiento y decisión.

Arbitraje obligatorio: Es el que por mandato del Art. 68 de la LRCT, la intervención resolutiva de la AAT se produce dentro de supuestos excepcionales y en calidad de árbitro obligatorio, por lo que se desarrolla en instancia única, siendo inimpugnables los actos emitidos, salvo en los supuestos de impugnación de laudos arbitrales ante el Poder Judicial.

y. NATURALEJA JURIDICA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y ACTOS EMITIDOS POR LA AAT, AL AMPARO DEL ART. 68° DE LA LRCT

Como lo hemos venido señalando la negociación colectiva resulta por excelencia el cauce natural a través del cual las organizaciones sindicales y los empleadores tratan de solucionar sus diferencias derivadas de la relación existente entre estas, siendo el producto de esta negociación lo que conocemos como convenio colectivo. De esta primera premisa podemos extraer las siguientes conclusiones: i)los trabajadores y empleadores son los titulares directos de la negociación y no la AAT. esta titularidad les permite ser parte y participar en un procedimiento de negociación colectiva que concluye con un producto (convenio colectivo) el cual tiene naturaleza de norma jurídica. */fi)* la solución autónoma (entre partes) debe ser privilegiada por la legislación y promovida por las autoridades, siendo la solución heterónoma (intervención de tercero) la forma excepcional de resolver un conflicto entre trabajadores y empleadores.

Es la intervención del estado, mediante la AAT, la que nos interesa entender en su real dimensión debido a que su intervención en un conflicto de esta naturaleza puede resultar limitante al principio básico de la negociación colectiva y además la intervención indiscriminada de este, puede constituir un atentado contra la libertad negociadora de las partes y la estabilidad jurídica del país.

La Resolución Vice Ministerial N° 002-2011-TR/DWMT del 14 de octubre del 2011[5] realiza la distinción en relación a que si el poder de intervención conferido al estado en el artículo 68° se trata de un arbitraje obligatorio o por el contrario se trata de una intervención en posición del iusimperium, para ello realiza un análisis desde tres enfoques, los cuales detallamos a continuación.

Desde el producto negocial	Función administrativa	Produce un acto administrativo. Acto no normativo (de aplicación personal, concreta y singular). Acto administrativo no crea derecho, no resuelve conflictos económicos, sino que aplica a cada caso concreto una norma preexistente.
	Negociación colectiva (autónomo o heterónomo)	Normativo (general, personal y abstracto) Norma jurídica creada precisamente desde la negociación colectiva para resolver conflicto económico entre las partes.
Procedimiento para producir la norma	Soluciones autónomas	Convenio Colectivo
	Soluciones heterónomas	Laudo
Medios de control de legalidad	Norma	Control de mecanismo establecido para todas las normas.
	Laudo	Procedimiento establecido en el TUO de la LRCT

Este primer análisis permite deslizar las conclusiones preliminares de que la intervención del estado en los supuestos contemplados en el artículo 68° no está referida a la emisión de una norma que regule un conflicto especifico, sino por el contrario, la intervención estatal, debe estar orientada a la emisión de un laudo arbitral, conforme la misma normatividad lo reconoce. Es así como el artículo 4° del Decreto Supremo N° 014-2011-TR de manera declarativa, señala que las resoluciones producidas al amparo del precitado artículo 68° tienen naturaleza de laudos arbitrales en el marco de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Asimismo, el artículo 70° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, les reconoce la naturaleza normativa señalando que (...) "los laudos arbitrales y la resolución de la autoridad administrativa de trabajo tienen la misma naturaleza y surten idénticos efectos que las convenciones adoptadas en negociación directa"

[5] Resolución Vice Ministerial N 002-2011-TR/DWMT del 14 de octubre de 2011 emitida por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo por la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la empresa Shougang Hierro Perú S.A.A contra la Resolución Directoral General N 014-2011/MTPE/2/14.

Una segunda conclusión que podemos extraer del análisis efectuado de la Resolución Vice Ministerial N° 002-2011-TR/DVMT está referida a lassimilitudes existentes entre el producto emanado de las soluciones heterónomas y el producto expedido por la AAT, es así como se identifican tres tipos de identidades:

Primer identidad	———	Productos resueltos heteronomamente	Arbitraje voluntario y potestivo LAUDO Arbitraje obligatorio RESOLUCIÓN
Segunda identidad	———	AAT Realiza la función de árbitro	Se somete a las reglas del arbitraje
Tercera identidad	———	Producto de soluciones autónomas y heteronomas	Ambos son normas jurídicas y no actos administrativas

Lo expuesto hasta el momento nos lleva a la conclusión de que lo resuelto por la AAT, al amparo de lo dispuesto en el art. 68° del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, tiene la condición de un laudo arbitral y por ende su cuestionamiento o impugnación deberá efectuarse bajo las reglas relativas al arbitraje. Es así como lo reconoce el artículo 4 del Decreto Supremo N° 014-2011-TR al indicar que "Las resoluciones administrativas, de primera y segunda instancia, que se expidan al amparo del artículo 68° del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, tienen naturaleza de laudo arbitral, siéndoles aplicables los artículos 65° y 66° del referido TUO".

El tener claridad respecto a la naturaleza jurídica del producto emanado por la AAT en aplicación del artículo 68° resulta muy importante en la medida que nos permite conocer cuál es el mecanismo correcto frente a la impugnación de esta decisión final. Si estamos frente a la conclusión de que el producto que emita la AAT tiene naturaleza de laudo arbitral, entonces el mismo deberá ser impugnado judicialmente (impugnación de laudo arbitral), resultando las Salas Laborales de las Cortes Superiores las competentes para conocer la impugnación en primera instancia y la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en segunda instancia, conforme

lo estipulado en el artículo 3, numeral 3 y artículo 4, numeral 4.1, literal b) de la Nueva Ley Procesal del Trabajo — Ley N° 29497.

VI. ALCANCES DEL ARTICULO 68 DEL TUO DE LA LRCT

La intervención resolutiva de la AAT bajo el alcance de lo estipulado en el artículo 68° de la LRCT se produce dentro de supuestos excepcionales, por lo que requiere de una motivación específica. Para ello se establece la intervención de las distintas Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo y de la Dirección Regional de Trabajo, cuando por la magnitud del conflicto así lo requiera.m

Es preciso detenernos en este extremo para referirnos a la competencia territorial y material de la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos Laborales y Responsabilidad Social Empresarial Laboral de la Dirección General de Trabajo, ya que su intervención es excepcional, y sólo procede cuando los conflictos colectivos tengan un alcance supra regional o nacional, los cuales se presentan en los siguientes supuestos: i) cuando los efectos del conflicto comprendan un sector o subsector de actividad que exceda en cualquier forma, el ámbito de la región. *ii)* cuando comprenda a trabajadores que prestan servicios en empresas o centros de trabajo ubicados en una región pero que se encuentre en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo de carácter sectorial o nacional y de la resolución del conflicto o incertidumbre jurídica puedan derivarse consecuencias para empresas y centros de trabajo ubicados en otras regiones, y cuando se trate de paralizaciones intempestivas de cuya materialización se puedan derivar consecuencias que trasciendan el ámbito de una región.

La Directiva General N° 005-2012-MTPE/2/14 realiza un minucioso análisis de los supuestos de aplicación del artículo 68[0171], señalando lo siguiente:

[6] Decreto Supremo N° 014-2011-TR de fecha 16 de setiembre de 2011: Artículo 3.- (...) "debe interpretarse como competencia de las direcciones regionales de trabajo y promoción del empleo, con la excepción transitoria de la jurisdicción de Lima Metropolitana. No obstante ello cundo los supuestos establecidos en el referido artículo 68 tengan un efecto o dimensión supra regional o nacional, la competencia resolutiva recae, de forma exclusiva y excluyente, en la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo"

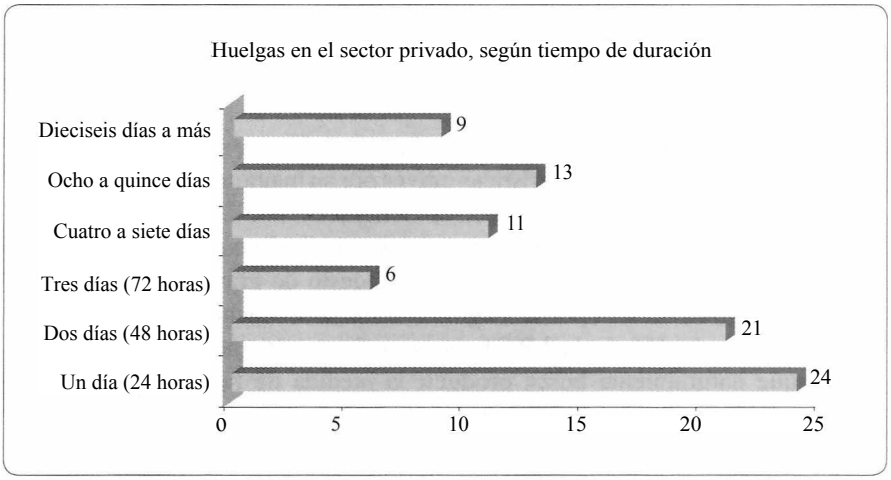
[7] Artículo 68°. "Cuando la huelga se prolongue excesivamente en el tiempo comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo o derive en actos de violencia, o de cualquier manera asuma características graves por su magnitud o consecuencias, la Autoridad Administrativa de Trabajo promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del conflicto. De fracasar esta, el MTPE resolverá en forma definitiva"

- **Primer supuesto:** "Cuando la huelga se prolongue excesivamente en el tiempo y comprometa gravemente a una empresa o sector"
  En este primer supuesto se debe tener en cuenta dos aspectosi) el tiempo de duración de la huelga y *ii)* la incidencia de la misma en la empresa o sector.
  Para la aplicación de este primer supuesto, se requiere de una evaluación minuciosa y estricta en la medida que estamos frente a un derecho fundamental como es el caso de la "huelga", y su alusión deberá ser debidamente motivada. Siendo la huelga un mecanismo real y efectivo de autotutela en el cual las organizaciones sindicales, que se consideran en desventaja, causan un daño efectivo a su empleador al suspender la prestación de sus labores y por ende el normal funcionamiento económico de la empresa (ingresos, utilidades, etc.), todo ello con el propósito de ejercer presión, en forma legítima, y de esta forma lograr sus pretensiones.
  Es así como lo reconoce el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 008-2005-PUTC, fundamento 40, "la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender legítimos intereses de los trabajadores". En esa misma línea, la doctrina admite unánimemente que el perjuicio económico que pueda sufrir una empresa, como incidencia directa de una huelga, es un riesgo que se encuentra implícito en ella y es admitido por el derecho. Es por ello que la intervención estatal en virtud al citado artículo 68° debe ser analizado de manera restrictiva, con una motivación específica y haciendo prevalecer el interés público. Realizar una interpretación contraria a la expuesta resultaría inconstitucional.
  El ejercicio de cualquier derecho, no es irrestricto, teniendo siempre un límite claro, que no es otro que la prohibición de su ejercicio abusivo, eventualmente desmedido o perjudicial. Es dentro de este marco interpretativo que se encuentra el supuesto de intervención estatal previsto en el artículo 68° de la LRCT. Pues es normal y legítimo que exista una puja de intereses entre las partes que intervienen en toda Negociación Colectiva, entender lo contrario, facultando siempre la intervención del Estado, conllevaría a entender que todo procedimiento de negociación colectiva debería concluir aceptando los reclamos planteados por una organización sindical, dejando de lado **la** autonomía de las pates, o facultad autocompositiva que a ellas alcanza en lo que respecta a la mejor forma de solucionar la confrontación de sus intereses.
  En relación al tiempo excesivo señalado por la norma debemos indicar que la misma no establece o prevé un plazo máximo para la duración

de una huelga, pues se entiende que son las partes en conflicto las que deben llegar a solucionar el mismo en algún punto de su desarrollo, apelandoa las capacidades con las que cuenten (trabajadores — empleador) respecto a lo que cada una de estas se encuentre dispuesta a "sacrificar" para conseguir sus objetivos en la negociación.

Sin embargo la AAT, ha emitido algunos pronunciamientos respecto a lo que se considera tiempo "excesivo" de una huelga. Es así como en el Informe N° 12-2012-MTPE/2/14 de fechal2 de abril de 2012 (ShougangHierroPerú S.A. y Sindicato de Obreros Mineros de Shougang Hierro Perú)[8], señaló que el plazo de 32 días de huelga, calificaba como una huelga prolongada en el tiempo. Asimismo, en la Resolución Directoral General N° 017-2011/MTPE/2/14 de fecha 13 de octubre de 2011, solitud presentada por el Sindicato de la empresa Cerro Verde, indicó que el plazo de 11 días de huelga no resultaba excesivo, haciendo expresa referencia al ordenamiento jurídico colombiano en el que la autoridad administrativa puede intervenir en supuestos similares cuando transcurra recién 60 días.

La AAT en el año 2011 desarrolló un estudio[9] en el cual se medía la duración de la huelga, y cuantas huelgas se registraban en cada segmento de tiempo, el cual compartimos a continuación:



[8] http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/DGT/opinion/INFORME 12 2012 MTPE.pdf

[9] Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones, "Las Huelgas en el Perú. 2011", Lima: 2012 - http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/huelgas/2011/huelgas2011.pdf

Para la aplicación de este primer supuesto, la condición que deberá verificarse es que los dos elementos copulativos que integran el supuesto examinado (duración excesiva de la huelga y que se produzca una grave lesión a la empresa o sector productivo) generen un impacto de ámbito supra regional o nacional. La especial gravedad de la huelga, a que se refiere la norma, debe afectar claramente el interés social; o cuando menos debe demostrarse que los efectos que tendrá la huelga sobre la cadena productiva de ámbito supra regional tendrá una temporalidad que resultará irrazonable y desproporcionada en relación con los objetivos perseguidos por quienes ejerzan el derecho de huelga. Es decir, las simples pérdidas económicas, como producto de la huelga, que no lleguen a comprometer el interés social, no justifican por sí misma la intervención resolutoria de la autoridad administrativa de trabajo.

- **Segundo supuesto:** "Cuando la huelga se prolongue excesivamente en el tiempo y derive en hechos de violencia"
  Al respecto debemos indicar que los actos de violencia al que hace referencia este segundo supuesto, están referidos a situaciones de violencia extrema, que excedan el control de las autoridades locales y que pongan en riesgo a personas y/o bienes. Para ello la AAT buscará apoyo en los informes que emitan los órganos competentes como puede ser el Ministerio del Interior, la Defensoría del Pueblo, u otras entidades públicas competentes. Tales opiniones sectoriales serán tomadas en cuenta como insumos que sirvan para motivar la alegación de este segundo supuesto.
- **Tercer supuesto:** "Cuando la huelga se prolongue excesivamente en el tiempo y asuma características graves por su magnitud o consecuencias"
  Conforme lo señala la Directiva General N° 005-2012-MTPE/2/14 en el numeral 6.5. de este documento, "la condición que deberá verificarse para que se entienda cumplido el supuesto de gravedad de huelga de duración excesiva por la magnitud o sus consecuencias a que se refiere el artículo 68° de la LRCT, no se refiere a las pérdidas económicas que naturalmente busca producir la medida de fuerza legítimamente adoptada. Toda autoridad administrativa de trabajo, deberá interpretar que este supuesto se refiere necesariamente a supuestos especiales que deben motivarse en forma específica en cada oportunidad"[10].
  Bajo el contexto expuesto, nuevamente se reitera la característica de la excepcionalidad, interpretación restrictiva y motivación suficiente

[10] Directiva General N° 005-2012-MTPE/2/14 de fecha 05 de marzo de 2012, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 076-2012-TR.

para que la AAT pueda justificar su intervención alegando un supuesto como el indicado líneas arriba. Para ello, la AAT deberá tener en cuenta las opiniones sectoriales que puedan emitir otros entes públicos en relación a la magnitud o graves consecuencias que haya desarrollado la huelga, además de los siguientes criterios objetivos: *i)* el grado de afectación a nivel nacional que la huelga tenga sobre la producción de determinado bien a nivel nacional, ii)las exportaciones totales de dicho bien, *iii)* el carácter público de los servicios interrumpidos y su alcance, *iv)* la producción nacional de otros bienes que formen parte de la cadena productiva del bien o las actividades económicas vinculadas de manera indirecta a la producción del bien, entre otro.

VII. CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que arribamos luego de haber desarrollado este análisis son las siguientes:

- La intervención de la AAT en el supuesto contemplado en el artículo 68° de la LRCT, debe ser siempre excepcional y su intervención en cada caso concreto debe estar debidamente motivada.
- Que la naturaleza jurídica del producto emitido por la AAT bajo el alcance del artículo 68°, es el de un laudo arbitral y por ende es norma entre las partes y su impugnación deberá efectuarse en la vía judicial.
- Para que la AAT pueda intervenir en un conflicto entre partes es obligatorio que medie copulativamente, el primer requisito de la "huelga excesiva en el tiempo" y alguno de los otros supuesto contemplados en la norma.

JURISPRUDENCIA COMPARADA

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL N.° 120/1990

ALIMENTACIÓN FORZOSA DE INTERNOS EN CASOS DE PELIGRO DE MUERTE

Por: Gonzalo Carlos Muñoz Hernández
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú

En noviembre de 1989, en protesta por la política penitenciaria de dispersión aplicada por el Gobierno Español de aquél entonces, la gran mayoría de los presos de la agrupación terrorista "Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre" (GRAPO), que se encontraban recluidos en cárceles españolas, se declararon en huelga de hambre a fin de presionar al Gobierno de turno y lograr, entre otras cosas, su tan ansiada reunificación.

A pesar de que don José Manuel Sevillano, junto con otros reclusos, fueron derivados a un centro hospitalario a fin de aminorar el deterioro en su salud producido por dicha medida de fuerza, el 25 de mayo de 1990 falleció tras permanecer 175 días en "ayuno voluntario".

Para impedir que otros presidiarios también fallezcan pues éstos continuaron negándose a consumir alimentos y a recibir cualquier tipo de atención médica tendiente a salvaguardar su vida, el Poder Ejecutivo decidió alimentar al resto de reclusos contra su voluntad, para lo cual, se solicitaron autorizaciones judiciales, las mismas que fueron concedidas.

Los presos huelguistas, entre ellos don Sebastián Rodríguez Veloso, don Leoncio Calcerrada Fornielles y don Luis Cabeza Mato, cuestionaron tal decisión ante el Tribunal Constitucional solicitando el cese de la alimentación forzosa por considerar que tal situación vulneró su derecho a la autonomía de la libertad, a un trato digno así como su intimidad.

Sin embargo, mediante Sentencia N.° 120/1990 de fecha 27 de junio de 1990 (con dos votos discrepantes) convalidó la resolución judicial que autorizó la alimentación forzosa de los huelguistas por vía parenteral cuando de acuerdo con los conocimientos médicos, esa alimentación sea necesaria para impedir el riesgo de muerte.

En buena cuenta, el *caso constitucional* radicó en determinar si la libre determinación de los presidiarios debía ser respetada hasta el extremo de no impedir que lleven su media hasta ocasionar su propia muerte o si, por

el contrario, la Administración Penitenciara se encontraba en la ineludible obligación de velar la integridad de los internos a su cargo.

A criterio de dicho Tribunal, la resolución judicial cuestionada ha ponderado adecuadamente los bienes jurídicos comprometidos tomando en consideración la relación de especial sujeción del recluido respecto de la Administración Penitenciaria, según la cual, ésta última se encuentra obligada a velar por la vida, integridad y salud del internom.

Tal como se desprende de dicha sentencia, la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo de carácter fundamental. Asimismo se precisó que contrariamente a lo aducido por los demandantes, el Estado tiene la inexcusable obligación de proteger sus vidas.

En tales circunstancias, la coacción terapéutica destinada a salvaguardar la vida del interno resulta constitucionalmente admisible. Y es que, como resulta obvio, los efectos de prolongar en demasía una huelga de hambre acarrean inexorablemente en el huelguista un deterioro en su salud que, de no recibir atención médica, le ocasionará la muerte.

De ahí que, la asistencia médica obligatoria es un medio indispensable para salvaguardar la vida de los reclusos sometidos a su custodia.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional Español concluye que la resolución judicial cuestionada se ha limitado a autorizar la intervención médica mínima indispensable para impedir otro fallecimiento y que tal proceder no menoscaba, en modo alguno, la dignidad de los reclusos, ni supone un trato humillante o degradante por cuanto dicha medida no tiene por objeto la provocación de un sufrimiento al interno. Tampoco tiene por objeto impedir el mantenimiento de la huelga sino que va encaminada exclusivamente a defender la vida de los reclusos en huelga, al margen de todo propósito de impedir que éstos continúen en su actitud reivindicativa.

[1] Nótese que en la referida sentencia, dicho magno Colegiado se cuidó de no fijar una doctrina capaz de aplicarse a otros supuestos de atención médica forzada que no se enmarquen en una relación de recluso/Administración Penitenciaria, esto es, en una relación de sujeción.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA N.° 48/2003

SOBRE LA ILEGALIZACIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS

Por Alberto Neira López w

1. *Materias constitucionalmente relevantes*

En la sentencia bajo comentario se identificaron como temas constitucionalmente relevantes, principalmente, los siguientes: *(i)* límites constitucionales del derecho de asociación en relación a la actividad de los partidos políticos; *(h)* modelo de democracia; *(iii)* derecho a la legalidad sancionadora; (iv) libertades ideológicas, de expresión e información de los partidos políticos; (y) derechos individuales de asociación y de participación política; *(vi)* ley singular; y *(vii)* alcance del control por la Administración de la inscripción de los partidos en el Registro de Partidos Políticos.

2. *Contexto histórico - político de la sentencia*

Desde tiempos de la dictadura franquista, España ha sufrido la violencia de la organización terrorista *Euskadi Ta Askatasuna* -País Vasco y Libertad- (en adelante, ETA), fundada en 1958. Esta organización es originaria del País Vasco, región situada en el norte de España y colindante con Francia; persigue la creación de un Estado-nación independiente de España y Francia denominado *Euskadi o Euskal Herria* -País del Euskera-, integrado por los territorios de las actuales Comunidades Autónomas españolas de País Vasco y de Navarra, y parte del sur de Francia (el País Vasco francés).

En democracia se constituyó el partido político *Herri Batasuna* -Unidad Popular-, cuyos dirigentes siempre negaron tener vínculos con ETA a pesar de compartir la misma ideología y proyecto político, y negarse a condenar las acciones terroristas. Durante años, los diferentes esfuerzos por impedir la actividad de este partido fueron infructuosos. Por ejemplo, en el año 1984 se intentó evitar su inscripción en el Registro de Partidos Políticos, pero el Tribunal Supremo de España ordenó su inscripción en aplicación de la interpretación

[1] Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Beca de formación en doctrina y jurisprudencia constitucional por el Tribunal Constitucional de España. Especialista en derecho administrativo y contratación pública por la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid.

constitucional favorable a la libre constitución de partidos políticos. Posteriormente, en 1997, el Tribunal Supremo condenó a los miembros de su Mesa Nacional -el órgano directivo del partido- por la comisión del delito de colaboración con banda armada al ceder su espacio electoral para la emisión de un video propagandístico de ETA, pero la condena fue anulada por el Tribunal Constitucional de España (en adelante, TCE) mediante Sentencia 136/1999, de 20 de julio.

A principios del año 2000 se intensificó la actividad terrorista de ETA, lo que coincidió con el final de la tregua decretada en el año 1998 y el fracaso de las negociaciones de paz con el Primer Gobierno del Partido Popular (1996-2000). Paralelamente, los dos principales partidos políticos españoles, el Partido Popular (PP) y el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), firmaron el "Pacto por las Libertades y contra el Terrorismo" para crear un frente común en la lucha contra ETA y su entorno. En consecuencia, el Segundo Gobierno del Partido Popular (2000-2004), presidido nuevamente por D. José María Aznar López, centró su atención en la actividad de *Herri Batasuna,* y promovió una nueva regulación legal de los partidos políticos que contemplaba la ilegalización de aquellos que amparasen o apoyasen las actividades terroristas. Así, con fecha 28 de junio de 2002 se publicó, en el BOE, la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos (en adelante, LOPP), que sustituyó a las Leyes 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos, y 21/1976, de 14 de junio, sobre el Derecho de Asociación Política, que eran anteriores a la aprobación de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE).

La nueva legislación, además de actualizar el régimen jurídico, establece en su artículo 10.2 que puede acordarse la disolución de un partido político, en los siguientes casos: *"a) Cuando incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal. b) Cuando vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna* y *un funcionamiento democráticos, conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la presente Ley Orgánica. c) Cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9".*

Cabe precisar que para la disolución de un partido por la tercera causa (vulnerar los principios democráticos), éste debe realizar alguna de las conductas generales que menciona el artículo 9.2 LOPP, y que son: *"a) Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual. b) Fomentan propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución*

de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas. c) Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y *la intimidación generada por la misma".* Por su parte, el artículo 9.3 LOPP enumera una serie de conductas concretas que, acumuladas *y* repetidas, permiten considerar que concurren las conductas del artículo 9.2 LOPP.

En cuanto al procedimiento para apreciar cada una de las causas de disolución del artículo 10.2 LOPP, debemos distinguir entre la primera causa (incurrir en supuestos tipificados como asociación ilícita), para la que se sigue el procedimiento penal ante los órganos de la jurisdicción penalt[21]; y las causas segunda (tener un funcionamiento interno no democrático) *y* tercera (vulnerar los principios democráticos) para las que se sigue el procedimiento específico regulado en los artículos 11 y 12 LOPP. Este segundo procedimiento lo interponen el Gobierno y/o el Ministerio Fiscal, y lo resuelve una Sala Especial del Tribunal Supremo -art. 61 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)- formada por su Presidente, los Presidentes de cada una de sus cinco Salas (civil, penal, contencioso-administrativa, social, y militar) y los Magistrados más antiguo *y* más reciente de cada sala (en total, 16 magistrados).

Con fecha 27 de septiembre de 2002, el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante, Gobierno Vasco), entonces en poder de un partido de ideología nacionalista vasca, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la LOPP. El TCE resolvió mediante Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, que declaró la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas.

Con base en la LOPP, la Sala Especial del Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de marzo de 2003, declaró ilegal a *Herri Batasuna* y ordenó su disolución por su apoyo al grupo terrorista ETA. Contra la misma se interpuso recurso de amparo que resolvió el TCE mediante Sentencia 5/2004, de 16 de enero, avalando la disolución del partido. En los años posteriores, se decretó la disolución de numerosos partidos y agrupaciones de electores que pretendían suceder o continuar la actividad del partido ilegalizado.

[2] Esta fue la vía utilizada, en julio de 2006, por la Sala Penal de la Audiencia Nacional para ordenar la disolución del Partido Comunista de España Reconstituido o PCE(r) por ser un instrumento de la organización terrorista de extrema izquierda Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO).

3. Análisis

El Gobierno Vasco, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra varias disposiciones de la LOPP -arts. 1.1, 2.1, 3.2, 4.2 y 3, 5.1, 6 y 9, el Capítulo III (arts. 10 a 12) y la Disposición Transitoria Única, apartado 2-, por la supuesta vulneración de los derechos de asociación, legalidad penal, libertades ideológicas, de expresión e información, y participación en los asuntos públicos, y de los principios de legalidad e interdicción de la retroactividad. El TCE se pronunció, por unanimidad, en sentencia de Pleno del 12 de marzo de 2003, y declaró la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas.

A continuación, analizaremos las cuestiones de relevancia constitucional identificadas en el punto primero de este comentario.

La primera cuestión que aborda el TCE en la sentencia son los *(i)* límites constitucionales del derecho de asociación en relación a la actividad de los partidos políticos. Sobre el particular, el demandante cuestionó que la LOPP estableció una regulación específica para los partidos al contemplar una nueva causa de disolución -la del art. 10.2, letra c)- y que con ello se modificó, de manera sustancial, el régimen jurídico de los partidos políticos, hasta entonces basado en la libre creación (art. 6, inciso segundo CE), y cuya disolución, como la del resto de asociaciones, sólo podía ser por causa de su ilicitud penal (art. 22.4 CE) o, en vía civil, por la inobservancia del deber de organización interna y funcionamiento democrático (art. 6, inciso tercero CE).

Al respecto, el TCE señaló que si bien los partidos políticos son entes asociativos privados, y constituyen una manifestación del derecho general de asociación (art. 22 CE), también cumplen una función constitucional: la de servir de cauce para la formación y expresión de la voluntad popular, y ser un instrumento principal de participación política (art. 6, inciso primero CE), de la que no puede apartarse ni desvirtuarla. Por lo tanto, está justificado que el legislador promueva una regulación destinada a su efectivo cumplimiento, incluida la sanción de su disolución si fuera necesario.

El Gobierno Vasco imputó a la LOPP la adopción de un nuevo *(ii)* modelo de democracia, el denominado "democracia militante", que consiste en imponer a los partidos políticos la adhesión positiva al ordenamiento jurídico y sobre todo a la Constitución. Adujo que este modelo es impropio de España, porque ninguno de los artículos de su Constitución son irreformables, a diferencia de lo que ocurre en países como Francia o Alemania. En ese sentido, consideró que la nueva causa de disolución del artículo 10.2, letra c) podría ser utilizada para proscribir a partidos que propugnen determinados cambios constitucionales.

El TCE rechazó que la LOPP implique la adopción de una "democracia militante", pues tal como se aprecia en su Exposición de Motivos, la ley distingue entre ideas o fines proclamados por un partido, de un lado, y sus actividades,

de otro, destacando que *"los únicos fines explícitamente vetados son aquellos que incurren en el ilícito penal",* de suerte que *"cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos".* Asimismo, el TCE recordó que, en anterior jurisprudencia, ha declarado que la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo (STCE 11/1981, de 8 de abril). Por tanto, es el uso de medios ilegítimos, que atentan contra los principios democráticos y los derechos fundamentales, y no los fines, programas o ideologías de los partidos, lo que se proscribe con esta nueva regulación.

Otro grupo de objeciones a la LOPP giran sobre la vulneración del *(114* derecho a la legalidad sancionadora (art. 25 CE).

A entender del demandante se infringió el principio de *non bis in idem* con la creación de un nuevo procedimiento de disolución de partidos, que se sobrepone con el procedimiento contemplado en la vía penal. El TCE recordó que este principio sólo se incumple cuando el mismo sujeto resulta penado dos veces o sometido por dos veces a un procedimiento penal, por los mismos hechos y desde la misma perspectiva jurídica. En ese sentido, manifestó que tales procedimientos no se dirigen contra el mismo sujeto, pues en el caso del procedimiento de la LOPP, la demandada es la persona jurídica (el partido), con absoluta independencia de las personas que la componen, mientras que en la vía penal los acusados serán las personas físicas (afiliados, dirigentes). El TCE rechazó que la causa de disolución de las letras b) y c) del artículo 10.2 LOPP sea una sanción de carácter penal, pues carece de un fin retributivo, siendo una sanción reparadora o de restablecimiento de la legalidad, en tanto busca garantizar que la actuación de los partidos respete su condición definitoria como asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones, a las cuales el Código penal expresamente les niega el carácter de penas (art. 34 CP).

Por otra parte, el Gobierno Vasco consideró que la generalidad e imprevisibilidad de algunas conductas concretas tipificadas en el artículo 9.3 LOPP, dificultaba que los partidos políticos pudieran conocer si habían incurrido en ellas. En concreto, se refirió a los supuestos de colaboración con grupos que colaboran sistemáticamente con el terrorismo -letra D-, y de apoyo desde las instituciones en las que gobiernen con medidas administrativas, económicas o de otro tipo a estos grupos -letra g)-. Si bien el TCE reconoció que la generalidad de estos preceptos podría ser poco escrupulosa con el derecho a la legalidad sancionadora; al realizar una interpretación sistemática del artículo 9 LOPP, precisó que el primero de los supuestos cuestionados debe interpretarse no como una colaboración genérica del partido, sino como aquella colaboración

específica dirigida a apoyar la colaboración con el terrorismo de estas organizaciones *(la colaboración en la colaboración).* Respecto del segundo, debe interpretarse como un apoyo desde las instituciones representativas no a cualquier organización sino solo a aquellas que, directa o indirectamente, apoyan al terrorismo.

Asimismo, se alegó la vulneración del principio de proporcionalidad de las penas o sanciones, porque la disolución resultaría una sanción muy grave en relación a la gravedad de algunas de las conductas tipificadas. El TCE coincidió con el recurrente en que la disolución es una sanción grave, con importantes consecuencias para militantes, dirigentes y votantes de los partidos afectados; sin embargo, enfatizó que la propia LOPP aclara que no basta la realización de uno solo de los comportamientos descritos en la Ley, debiendo serlo *"de forma reiterada y grave"* -art. 9.2- o por *"repetición o acumulación"* -art. 9.3-; e incluso abunda en la idea de continuidad en el tiempo, así, el art. 9.2.a) habla de *"vulnerar sistemáticamente",* y el art. 9.3.c) de *"incluir regularmente".* En resumen, esta insistencia en la reiteración en las conductas impide hablar de desproporción de la sanción de disolución.

También se adujo una vulneración del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras (art. 25 CE en conexión con el art. 9.3 CE) por parte de la Disposición Transitoria Única, apartado 2, de la LOPP, que declara como fraude de ley la constitución, en fecha inmediatamente anterior o posterior a la entrada en vigor de la ley de un partido político, que continúe o suceda la actividad de otro con la intención de evitar la ilegalización. El demandante entendió que este precepto introduce una "presunción de fraude" en la inscripción de un nuevo partido en los momentos cercanos a la entrada en vigor de la ley, que tendría efectos retroactivos. El TCE, en cambio, no lo vio así, en la medida que se deja a la libre apreciación del órgano judicial tanto el hecho de que un partido sea o no continuador o sucesor de otro, como la existencia o no de intención de defraudar, lo que impide interpretar este precepto en términos de "presunción de fraude". Asimismo, se cuestionó el carácter retroactivo de la posibilidad que esta disposición reconoce al órgano judicial para valorar la trayectoria del partido sucedido, a efectos de determinar el sentido de los actos que realice el nuevo partido una vez entre en vigor la norma. Para el TCE, la disposición tiene un carácter interpretativo y en ningún caso se habilita para utilizar la trayectoria del partido sucedido como causa directa de ilegalización del nuevo partido.

De otro lado, el Gobierno Vasco expuso en su recurso que la tipificación de algunas conductas del artículo 9.3 LOPP podría conllevar la lesión de las *(iv)* libertades ideológicas, de expresión e información de los partidos políticos.

En primer lugar, consideró la inclusión en la conducta tipificada en su letra a) del "apoyo tácito al terrorismo", puesto que no se puede extraer una

consecuencia jurídica de un silencio, ni nadie está obligado a expresar sus ideas, ni puede sufrir sanción por ello. Sin embargo, el TCE opinó que la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y vulnerador de los derechos fundamentales, puede llevarse a cabo de modo implícito, lo que nunca podría ampararse en el derecho a la libertad de expresión. No obstante, el TCE evitó pronunciarse sobre si la mera ausencia de condena de los actos terroristas puede bastar por si misma para valorar que existe un apoyo implícito al terrorismom.

En segundo lugar, la inclusión en la conducta de la letra d) de los "mensajes que se identifiquen con el terrorismo", puesto que con ello se interferiría con la libertad ideológica, de expresión e información de los partidos políticos. Para el TCE no puede ampararse en estos derechos aquellos mensajes que, aun sin hallarse incursos en alguno de los tipos penales de amenazas o coacciones, puedan considerarse intimidatorios, porque explícita o implícitamente quepa esperar de ellos, de forma creíble, la producción de algún mal grave o la realización o no realización de determinada conducta por parte del destinatario.

Otras impugnaciones resueltas en la sentencia están relacionadas con la posible limitación a los (y) derechos individuales de asociación y de participación política. Así, el demandante consideró que la conducta tipificada en el artículo 9.3.letra c) LOPP *(Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas)* importa en la práctica la creación de un nuevo supuesto de inelegibilidad para los cargos públicos. El TCE señaló que ese precepto únicamente trae consecuencias para el partido que repita este hecho con regularidad, pues puede suponer la expresión de solidaridad del partido político con los métodos del terror que cause su disolución, pero en ningún caso supone un límite al derecho de sufragio pasivo del candidato. Además, que sólo afectaría a aquellos candidatos condenados por terrorismo que no se hubieran rehabilitado al no haber rechazado públicamente los fines y medios terroristas.

También se cuestionó la conducta tipificada en el mismo artículo y letra relativa a *"mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento,*

[3] La "no condena del terrorismo" ha sido un tema constante de debate en los concretos procesos de ilegalización de partidos que se han llevado a cabo, inclinándose el TCE por la necesaria concurrencia de otros datos para valorar que existe un apoyo implícito al terrorismo. Otras conductas similares que han planteado dudas sobre si constituyen un apoyo implícito al terrorismo son: la "condena genérica de todo tipo de violencia" (incluyendo como tal no sólo la violencia terrorista, sino también la represión policial y/o militar ejercida por el Estado); o la "condena en falso" (en la que faltaría una verdadera voluntad de rechazo de la violencia y del terrorismo).

salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión". Para el TCE, que se exija el distanciamiento del partido de estos militantes mediante la adopción de medidas disciplinarias de expulsión, ni constituye una intervención ilegítima en el funcionamiento interno de los partidos ni tampoco una vulneración del derecho individual a afiliarse a un partido (derivado del derecho de asociación) o a la participación política de esos militantes. Asimismo, destacó que sólo se afecta con este supuesto a aquellos militantes condenados por delitos de terrorismo que no se hayan rehabilitado.

Por otro lado, el demandante cuestionó la prohibición de creación de partidos políticos que se establece en el artículo 2.1 LOPP para las personas condenadas por delitos de terrorismo, pues en su opinión vulneraba el derecho individual de asociación (art. 22 CE). El TCE declaró que no se trata de una inhabilitación de estas personas para el ejercicio de su derecho individual de asociación, lo que sólo podría caber mediante sentencia judicial penal, sino ante una falta de capacidad para crear partidos políticos mientras no se hayan rehabilitado rechazando públicamente el terrorismo. Esta prohibición, añadió el TCE, no impide a estas personas disfrutar con plenitud de sus derechos de sufragio activo y pasivo.

Una nueva denuncia del demandante, que afectó con carácter general a la constitucionalidad de toda la LOPP, fue la de calificarla como una *(vi)* ley singular o de caso único. Estas son leyes dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y aislado, no comunicable con ningún otro, y que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador para ese caso. En España la doctrina constitucional ha considerado que las leyes singulares pueden atentar contra el principio de generalidad de la ley y el derecho a la igualdad de los ciudadanos.

El TCE coincidió con el Gobierno Vasco en que durante la aprobación de la LOPP se tuvo en mente su aplicación a un determinado partido político (no lo menciona pero sabemos que se refiere a *Herri Batasuna).* Sin embargo, no basta para concluir que se esté ante una ley singular, puesto que los términos en que fue redactada resultan aplicables a la multitud de partidos existentes o futuros, y cabrá su disolución en tanto cometan las conductas tipificadas para ello. Abunda el TCE en la constitucionalidad de la nueva regulación al referir que la misma es fruto de la maduración del régimen constitucional español, que ya no se preocupa tanto del establecimiento y consolidación de los partidos políticos, como de garantizar el régimen plural de partidos frente a grupos y asociaciones que pretendan desvirtuarlo utilizando medios violentos y al margen de la legalidad, dotándose de los instrumentos legales necesarios para luchar contra ellos.

También manifestó el Gobierno Vasco la singularidad de la ley en la elección del órgano judicial competente para decretar la disolución de partidos por incurrir en las causas de las letras b) y c) del artículo 10.2 LOPP. El TCE no apreció que exista singularidad alguna, ya que la Sala Especial del Tribunal Supremo existía con anterioridad a la aprobación de la nueva ley de partidos y ésta se limita a dotarle de una nueva competencia.

Hubo un último reproche en términos de ley singular, por la asignación al Gobierno y al Ministerio Fiscal de la iniciativa para promover la ilegalización de partidos, y por la habilitación a las Cámaras (Congreso y Senado) para instar a los anteriores a iniciar el procedimiento de ilegalización. El TCE opinó que, por muy novedosa u original que esta regulación sea en el ordenamiento constitucional español -en particular, el otorgar un papel a las Cámaras representativas, donde moran los representantes de los partidos políticos- no puede afirmarse que la LOPP revista un carácter de ley singular.

Para finalizar este comentario de la sentencia, y en relación con el *(vil)* alcance del control por la Administración de la inscripción de los partidos en el Registro de Partidos Políticos, analizaremos el cuestionamiento que el demandante hizo del artículo 12.3 LOPP que otorgó al Ministerio del Interior la facultad para promover el incidente de sucesión de partidos ilegalizados. Este incidente busca impedir la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro de Partidos Políticos, en tanto aquel continúe o suceda la actividad de un partido declarado ilegal y ya disuelto. En su opinión, este precepto contradijo la doctrina constitucional consolidada de que a la Administración únicamente le corresponde en el momento del registro un control de legalidad consistente en la verificación del cumplimiento por los partidos de los requisitos formales para su constitución, no pudiendo rechazarse la inscripción si éstos se cumplen. Cualquier otro tipo de control material corresponde exclusivamente a los órganos judiciales. Lo mismo puede decirse para el caso de si estamos ante un partido ya inscrito del que se presume es continuador de otro ya disuelto.

El TCE no compartió este argumento del Gobierno Vasco, puesto que en última instancia la Administración solo tiene un poder para iniciar el incidente sobre sucesión de partido ilegalizado, y quien realmente decretará si existe o no tal sucesión y negará la inscripción del partido en el Registro, o procederá a ilegalizar el que ya estuviera inscrito, es el órgano judicial que fue competente en la ilegalización del partido que se pretende suceder, rechazándose así también este último motivo de inconstitucionalidad alegado por el recurrente.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

COMENTARIO A LA STC 0014-2002-AI/TC DE 21 DE ENERO DE 2002

SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Por Nadia Paola Iriarte Pamo
Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes

En la sentencia bajo comentario se identificaron como materias constitucionalmente relevantes, principalmente, las siguientes: *(i)* la fuente legal competente para autorizar el estudio de un proyecto de reforma total de la Constitución; *(ii)* el retiro de la firma del ex - presidente Alberto Fujimori de la Constitución; *(iii)* la reforma total de la Constitución; y *(iv)* la reforma como medio para elaborar una nueva Constitución.

2. Contexto histórico - político de la sentencia

A finales del año 2000, Alberto Fujimori renunció a la Presidencia de la República. Mediante Resolución Legislativa N.° 009-2000-CR, se declaró su permanente incapacidad moral, según lo establecido en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución; y, la vacancia de la Presidencia de la República. En aplicación del artículo 115° de la Constitución y habiéndose producido las renuncias sucesivas del Primer y Segundo Vicepresidentes de la República, el entonces Presidente del Congreso, Valentín Paniagua Corazao, asumió la Presidencia.

El Gobierno Transitorio (noviembre 2000 - julio 2001) tuvo entre sus objetivos la reconstrucción del Estado de Derecho, la lucha contra la corrupción y la plena vigencia de los derechos constitucionales; desarrolló una agenda democratizadora para superar aquel período autoritario. En este contexto, consideró necesario garantizar que un eventual proceso de reforma constitucional se asiente sobre el estudio especializado de expertos del más alto nivel académico y moral. Así, mediante Decreto Supremo N.° 018-2001-JUS se creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú con la finalidad de que, sobre la base del estudio de las normas de la Constitución vigente, proponga las normas constitucionales que podrían ser reformadas, las opciones sobre el contenido de las reformas y el procedimiento a proponerse para desarrollarlas.

Centrándonos en el tema del procedimiento para la reforma constitucional, ponemos de relieve que la Comisión planteó tres alternativasm:

Primera Alternativa

a) El Congreso de la República debe declarar la nulidad de la Constitución de 1993, y declarar la vigencia de la Carta de 1979.
b) En el mismo acto deben declararse convalidadas todas las acciones, nombramientos, compromisos, etc., que hayan sido hechos bajo su imperio, incluyendo aspectos tributarios, financieros, administrativos, judiciales, etc., con independencia de su revisión futura, en los casos que el tiempo transcurrido y las leyes correspondientes así lo configuren y posibiliten.

Segunda Alternativa

Utilizar los mecanismos que la actual Constitución de 1993 prevé para la reforma constitucional, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) Introducir una reforma total incorporando la Constitución de 1979, aprobando esta decisión en dos legislaturas ordinarias sucesivas o en una y ulterior ratificación en referéndum.
b) Simultáneamente, introducir las reformas de actualización a la Carta de 1979, con las correspondientes disposiciones transitorias, estableciendo los plazos correspondientes.

Tercera Alternativa

a) Aprobar una ley de referéndum para consultar al pueblo si quiere retomar a la Constitución de 1979 y, si es así, convocar a una Asamblea Constituyente para que reforme, actualice y ponga en práctica dicha Constitución.
b) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si quiere que se apruebe una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello.

El tema de la reforma constitucional centró el interés de diversos sectores de la sociedad; se generó un ambiente de debate; se efectuaron diversos talleres, foros, conferencias; diversas instituciones públicas y privadas (universidades, colegios de abogados, municipalidades, etc.) y personas remitieron sus propuestas.

Posteriormente, durante el gobierno de Alejandro Toledo (2001-2006) se prosiguió con la discusión sobre la reforma constitucional, o, en buena cuenta,

[1] Cfr. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, Ministerio de Justicia, Lima, 2001.

qué hacer con la Constitución de 1993. Así, el 16 de diciembre de 2001, se publicó la Ley N.° 27600, Ley que suprime la firma de Alberto Fujimori del texto de la Constitución de 1993 y establece el proceso de reforma constitucional. Contra dicha norma, el Colegio de Abogados del Cusco interpuso acción de inconstitucionalidad (Exp. N.° 014-2002-AI/TC). En este contexto de debate e interés de la sociedad sobre dicha temática, el Tribunal Constitucional (en adelante Tribunal, Colegiado) se pronunció declarando infundada la demanda.

3. *Análisis*

En el presente ítem, abordaremos aquellas materias constitucionalmente relevantes, identificadas en párrafos precedentes. En lo que respecta a *(i)* la fuente legal competente para autorizar el estudio de un proyecto de reforma total de la Constitución, destacamos que el primer cuestionamiento a la validez constitucional de la Ley N.° 27600 se refiere a eventuales vicios de procedimiento en su aprobación. El demandante alegaba que se transgredió el segundo párrafo del artículo 106° de la Constitución, que establece que los proyectos de ley orgánica "se tramitan como cualquier ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso"; en tanto, la norma cuestionada se aprobó con una votación favorable de 53 congresistas. En suma, manifestaba que no se cumplió con los requisitos establecidos para una ley orgánica.

Cabe recalcar que el citado artículo 106° precisa los requisitos para este tipo de leyes: a) requisito material referido a las materias que serán objeto de regulación exclusiva y excluyente por parte de las leyes orgánicas; y b) requisito formal, concerniente al número de votos necesario para su aprobación. Asimismo, destacamos que dicha norma especifica los rubros que deben regularse por ley orgánica; así: a) la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas por la Constitución, las cuales comprenden aquellas con mención expresa (Artículos 82°, 84°, 143°, 150°, 161° y 198° de la Carta Magna), y aquellas que, debido a su relevancia constitucional, también gozan de tal calidad; y b) las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución (Artículos 31°, 66° y 200° de la Carta Magna).

En el caso concreto, de manera acertada, el Tribunal consideró que no se infringió tal disposición, pues mediante Ley N.° 27600 el Congreso de la República sólo encargó a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales proponer un proyecto de reforma total de la Constitución, mas no reguló alguna de las materias sujetas a reserva de ley orgánica.

Sobre el aspecto referido a *(II)* el retiro de la firma del ex - presidente Alberto Fujimori de la Constitución, el demandante adujo que el artículo 1° de la Ley N.° 27600 "despromulga" la Constitución de 1993, al haber retirado

la firma del Presidente de la República que la promulgó. Para abordar esta problemática, en forma pertinente el Colegiado hizo importantes precisiones en tomo a la promulgación de la Constitución de 1993, la promulgación de la ley, y el valor del acto de la promulgación. Así, enfatizó que la promulgación de una Carta Magna, por su propia naturaleza, sólo puede ser realizada por el poder constituyente; y que, en tal línea, cuando dicho poder ordena que la promulgación de la nueva Constitución la realice un poder constituido, este mandato tiene un valor simbólico, que no afecta en nada a su obra. En esta línea de argumentación, concluyó que la promulgación de la Constitución de 1993, por Alberto Fujimori, jurídicamente es irrelevante, pues éste no tenía, en diciembre de 1993, la condición formal de Presidente "Constitucional" de la República. En consecuencia, la supresión de su firma del texto de la Constitución de 1993, constituye un acto jurídico lícito que no tiene el efecto de "despromulgarla".

En relación al asunto concerniente a *(iii)* la reforma total de la Constitución, es adecuado tener a la vista lo prescrito por el artículo 2° de la Ley N.° 27600, que señala: *"La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. De ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993"*. Sobre el particular, el recurrente alegaba que dicha disposición al autorizar la reforma total de la Constitución, infringió la Carta Magna, pues ésta sólo autorizaría la reforma parcial.

A juicio del Colegiado, el mencionado artículo 2° no pretende plantear como problema si la reforma puede tener alcances totales o parciales, ya que dicho dispositivo no aprueba reforma constitucional alguna, pues sólo se limita a autorizar a dicha comisión proponer un proyecto de reforma total de la Carta Magna. Bajo esta línea de análisis, la autorización para que una de las Comisiones del Congreso se dedique al estudio y diseño de un proyecto de ley no es un asunto vedado por la Norma Suprema.

Al abordar esta problemática, el Tribunal desarrolló una amplia base teórica que se erige como un importante aporte de esta sentencia. De este modo, tomando en consideración la expectativa de la sociedad con relación al tema de la reforma constitucional, y en el marco de su función de pacificación de conflictos jurídico-políticos y ejercicio de una labor de orientación a los órganos del Estado sobre lo que deben hacer u omitir, el Colegiado se pronunció sobre diversos asuntos que plantea esta temática.

En ese sentido, abordó el tema de la reforma constitucional en la historia republicana del Perú, destacando como dato común de nuestra experiencia constitucional en materia de cambios de Constituciones que la convocatoria a

un Poder Constituyente para que elabore una nueva Carta Magna siempre ha sido una salida política frente a la instauración de un régimen de facto.

Asimismo, el Tribunal aclaró los alcances de conceptos tales como poder constituyente, poderes constituidos, constitución, reforma constitucional. En relación al poder constituyente, puso énfasis en sus características: único, extraordinario e ilimitado. Es único, en tanto ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Es extraordinario, toda vez que la responsabilidad por él ejercida es excepcional, dado que sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas. Es ilimitado, ya que asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las directamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes.

Sobre los poderes constituidos, se precisó que estos deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la obra del poder constituyente, esto es, a la Constitución. En el supuesto de que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones conferidas por la Carta Magna, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que el Poder Constituyente no pueda ser desconocido por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que la Norma Fundamental haya establecido sobre aquellos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites.

En esta línea, puso de relieve que el Poder de Reforma Constitucional es un poder limitado. Así, mientras que el poder creador carece de referentes objetivos y en el último de los casos, sólo puede condicionarse por las valoraciones sociales dominantes, el poder creado para reformar tiene en sí mismo diversas restricciones, todas ellas nacidas de la Constitución.

A nuestro parecer, otro de los aportes significativos de esta sentencia es el tratamiento de la temática de los límites del Poder de Reforma Constitucional. Así, se precisaron sus límites formales y materiales. Los límites formales se refieren a los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere; por ejemplo, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria, describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, establece si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, entre otras cuestiones. Los límites materiales aluden a aquellos valores y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional. Estos, pueden ser de dos clases: a) límites

materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquellos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma; b) límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Carta Magna contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados (dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno, etc.), aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma.

Esta amplia base teórica permitió al Tribunal pronunciarse sobre el asunto de la reforma total de la Constitución. Así, hizo hincapié en que el artículo 32° de la Constitución prevé que la reforma pueda ser total, mientras que su artículo 206° alude a la reforma parcial. A criterio del Colegiado, una reforma total será aquella que modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro a la Constitución de 1993.

Asimismo, especificó que si bien el artículo 32°, inciso 1), de la Constitución, ha constitucionalizado la función constituyente, al señalar que puede practicarse una reforma total de la Constitución, no ha previsto quién la pueda ejercer.

Sobre el particular, el Tribunal precisó que el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, *per se,* no puede aprobar una Constitución distinta, pues sólo el Poder Constituyente está autorizado para llevar a cabo el ejercicio de una función semejante. Por otra parte, puso de relieve que el Congreso tiene facultades, según el artículo 206° de la Constitución, para reformarla "parcialmente", pero no para sustituirla por otra completamente distinta.

En relación al caso concreto, aclaró que una cosa es que el Congreso, en cuanto poder constituido, no pueda ejercer la función constituyente y, por lo tanto, se encuentre impedido de aprobar *per se* una Constitución, sustituyendo a la que le atribuye sus propias competencias; y otra cosa muy distinta es que, en cuanto órgano de representación de la voluntad general, pueda proponer un "proyecto" de Constitución, para que sea el Poder Constituyente quien decida, en cuanto fuente originaria del poder, si la acepta o rechaza.

Finalmente, en relación a *(iv)* la reforma como medio para elaborar una nueva Constitución, el demandante aducía que con la excusa de reformar la actual Carta Magna, el Congreso de la República pretendió dictar una nueva Constitución.

A efecto de esclarecer este asunto, el Tribunal desarrolló algunos conceptos. Así, definió que el término "nuevo" es algo concurrentemente "distinto y posterior" en el tiempo, pero que presupone algo que anteriormente estuvo vigente. En esta línea, precisó que "otra" Constitución no puede ser completamente diferente, pues ya no sería "nueva", ya que este calificativo

presupone una anterior. En consecuencia, concluyó que Constitución nueva quiere decir una Constitución posterior en el tiempo, algo distinta, pero basada en la anterior.

Sobre el caso concreto, el Tribunal observó que el artículo 2° de la Ley N.° 27600, dispone, por un lado, la "reforma total" de la Constitución -vale decir, su sustitución *in integrum,* incluyendo su núcleo duro- y por el otro, ordena tomar en cuenta la Constitución histórica y la Constitución de 1979.

A juicio del Colegiado, esta aparente incongruencia sólo puede explicarse como que el legislador entendió "reforma total" como sinónimo de Constitución "nueva", o, en otras palabras, permitió el inicio de un proceso de reforma parcial de la Norma Fundamental -parcial porque respeta su Constitución histórica- que culminaría, previa aprobación por el Congreso y posterior referéndum, en una Constitución "nueva".

En efecto, hizo notar que el recurrente aceptaba que el Congreso tiene facultades, según el artículo 206° de la Carta Magna, para reformarla "parcialmente", pero no para sustituirla por otra completamente distinta, criterio que el Tribunal compartía. El demandado, por otro lado, coincidía en que se realizará una reforma parcial de la Constitución, en el sentido de que no se modificará la Constitución histórica.

En conclusión, esta sentencia del Tribunal Constitucional se erige como un aporte significativo en cuanto al desarrollo de diversos conceptos, lineamientos y criterios sobre la reforma constitucional; asimismo, destacamos que en tanto se desestimó la acción de inconstitucionalidad, se continuó con el proceso de reforma.

COMENTARIO A LA STC 014-2003-AI/TC, DE 18 DE DICIEMBRE DE 2003

¿INCONSTITUCIONALIDAD DE LA `CONSTITUCIÓN'?

Por Evelyn Chilo Gutiérrez
Asistente del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes

La sentencia materia de cuestionamiento puede ser presentada a través del siguiente cuadro:

Expediente	**014-2003-AI/TC**
Proceso	Inconstitucionalidad
Emisión	**18** de diciembre de 2003
Emisor	Pleno jurisdiccional (magistrados a favor de la improcedencia, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma; con un voto singular a favor de la nulidad de todo lo actuado, del magistrado Aguirre Roca)
Demandantes	**Más de 5,000 ciudadanos representados por Alberto Borea Odría**
Demandados	Ministerio de Energía y Minas (MEM)
Normas impugnadas	**"Documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el** título de Constitución Política del Perú de 1993"

Bajo este marco, los temas principales que son revisados por la sentencia y que corresponden ser analizados en este comentario son los siguientes:

1.1 La concepción de la *Constitución* como norma jurídico-política

1.2. Sobre las impugnaciones referidas a la carencia de legitimidad de la Constitución de 1993

a) ¿Cómo se define la 'legitimidad'?

b) ¿Es posible medir la legitimidad de la Norma Fundamental? ¿en qué consiste la denominada 'legitimidad por procedimiento'?

c) ¿La ausencia de legitimidad de origen de la Constitución acarrea *per se* su falta de vigencia o nulidad?

1.3. Sobre las impugnaciones que cuestionan la validez y vigencia del "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993".
   (a) ¿Qué se entiende por 'validez' como 'vigor de la norma'?
   (b) ¿Qué implica la 'validez' como 'fuerza vinculante'?
   (c) ¿Qué es la validez formal?
   (d) ¿Qué es la validez material?
   (e) ¿El "documento de 1993" podría ser objeto de control en el proceso de inconstitucionalidad?
   (f) ¿Cuál ha de ser el parámetro con el que se debe juzgar la validez/invalidez del "documento de 1993"?
   (g) ¿Qué paradojas devendrían del control de validez de la Constitución de 1993?

2. Contexto histórico-político de la Sentencia

El caos y la corrupción, la falta de identificación con los grandes intereses nacionales de algunas instituciones como el Poder Legislativo y el Poder Judicial, y la actitud obstruccionista contra los esfuerzos del gobierno por parte de las cúpulas partidarias, que dificultaban la implementación de la política económica y la lucha antiterrorista, fueron —a decir del entonces presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori— algunas de las causas que tornaron necesario el autogolpe de Estado del domingo 5 de abril de 1992, que contó con el respaldo de las Fuerzas Armadas.

Algunas de las medidas establecidas a consecuencia del autogolpe fueron: La disolución del Congreso de la República, la intervención del Poder Judicial, la suspensión de una parte de la Constitución de 1979, así como la persecución de algunos miembros de la oposición; medidas que fueron amparadas en el 'marco normativo' de de la Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional.

La Constitución de 1993 fue precisamente consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, por lo que su origen se vio evidentemente opacado por el uso arbitrario, hegemónico y pernicioso del poder que se constituyó en agravio del sistema democrático. Es por ello que, tras la caída de dicho régimen, y una vez reconstituida la institucionalidad democrática en el país, se decidió constituir una Comisión para el Estudio de Bases para la Reforma Constitucional del Perú, creada por Decreto Supremo 018-2001-JUS, del 25 de mayo de 2001, la misma que estuvo integrada por distinguidos juristas, entre ellos el representante de los demandantes, don Alberto Borea Odría. Dicha Comisión planteó hasta tres alternativas para resolver la cuestión derivada de la abrogación de la Constitución Política de 1979: i) Que el Congreso de la República declare la nulidad de la Constitución de 1993, y la puesta en vigencia de la Carta de 1979;

ii) Utilizar los mecanismos de la actual Constitución de 1993 para introducir en ella una reforma total que sea aprobada bajo el procedimiento del artículo 206 de la Constitución de 1993; o iii) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si se aprueba una nueva Constitución. Es en este delicado contexto histórico-político para la vida republicana del país, que el Tribunal Constitucional emite la sentencia materia de análisis.

3. *Análisis*

La demanda planteada en el presente caso solicita que el Tribunal Constitucional: i) declare la inconstitucionalidad y consecuente nulidad del denominado "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993"; y i0 restablezca la vigencia de la Constitución de 1979 con las normas transitorias que defina el propio Tribunal o el Congreso de la República.

Para abordar tan compleja cuestión, como lo es planteamiento de *la inconstitucionalidad de la Norma Fundamental,* el Tribunal parte por establecer el carácter de norma jurídico-política *sui generis* de la Constitución. Norma política, en tanto crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico (expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo). Norma jurídica, en cuanto constituye el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella, dado su *status* de Poder Constituyente.

Establecida esta doble naturaleza, clasifica las impugnaciones que pesan sobre la Constitución de 1993 en dos grupos: i) aquellas referidas a su carencia de legitimidad, lo cual atañe a la naturaleza política de la Ley Suprema; ii) aquellas que cuestionan su validez y vigencia como norma jurídica.

Respecto del primer grupo de cuestionamientos, el Colegiado entiende que la *legitimidad* es "aquella promesa de que la búsqueda de nuestro valor resultará compatible con la búsqueda o el disfrute de otros valores". En tal sentido, analiza el grado de legitimidad de la norma impugnada bajo el enfoque de la denominada `legitimidad por procedimiento', esto es, teniendo en cuenta la forma `cómo alguien llega al poder'. En esa lógica, ratifica la convicción manifestada anteriormente en el sentido que "la Constitución de 1993 fue consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico y pernicioso del poder, y se constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose la voluntad de los ciudadanos" (Fundamento 53 de la STC 0014-2002-AFTC).

Para tal efecto, tiene en cuenta algunas cifras como: i) Que la elección del Congreso Constituyente Democrático se produjo con tan sólo 6'237,682 votos válidos de un total de 8'191,846 ciudadanos votantes y un universo electoral de 11'245,463 ciudadanos, siendo que por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva

Mayoría votaron únicamente 3'075,422, lo que representó el 36.56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral. Con esa votación, obtenida con coacción y con visos de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del Proyecto de Constitución de 1993; y ii) Que sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos que supuestamente votaron por el SÍ (o sea aprobando la Constitución) fueron 3' 895,763, y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3'548,334, de un total de 8'178,742 ciudadanos votantes y un universo electoral de 11'518,669. Cifras que aunadas a la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, hacían 'dudoso' —por lo menos— el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y cuestionable en consecuencia el origen de la Constitución de 1993.

Sin embargo, para el Colegiado, esta ausencia de legitimidad de origen de la Constitución no determina, *per se,* su falta de vigencia o, en caso extremo, su nulidad. En ese sentido, destaca que nueve de los doce textos constitucionales que ha tenido el Perú en su historia republicana, fueron promulgados por militares, es decir, adolecieron de un déficit de legitimidad de origen, no obstante lo cual, algunas tuvieron varios lustros de vigencia. Aclara que si bien esto no pretende justificar ni validar la falta de legitimidad de origen de la Constitución de 1993, sí permite diferenciar las categorías de 'legitimidad' y 'validez o vigencia' de una *Norma Fundamental.*

Siendo así, en cuanto al segundo grupo de impugnaciones, el Tribunal Constitucional analiza la norma impugnada bajo la perspectiva de hasta tres posibles sentidos de 'validez'. En primer lugar, uno que la entiende como 'vigor de la norma' (que sea observada y usada por sus destinatarios y los órganos encargados de su aplicación), indicando que si bien en un inicio se trató de una Constitución que no tuvo vocación de regir plenamente (entre 1993 y noviembre de 2000), no puede soslayarse que desde la instauración del gobierno transitorio de don Valentín Paniagua Corazao (21 de noviembre de 2000), hasta la fecha, la independencia y separación de poderes se encuentra plenamente garantizada, así como los derechos y libertades ciudadanas.

Un segundo sentido asimila el término 'validez' a su 'fuerza vinculante' (la obligatoriedad de una norma depende de su pertenencia al ordenamiento jurídico), cuestión que evidentemente no hace ya referencia a un problema de legalidad, sino de 'legitimidad', tema abordado precedentemente.

En tercer lugar, se entiende por validez, aquella 'relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango'; aquí aparecen —a su vez— la *validez formal,* referida a la creación por el ente competente y conforme al íter procedimental,

y la *validez material,* referida a la compatibilidad que debe tener con los principios *y* valores expresados en normas jerárquicamente superiores; sin embargo, teniendo en cuenta que este criterio resulta aplicable básicamente a las normas infraconstitucionales, el Tribunal entiende que no puede ser trasladado acríticamente al caso de la Constitución, pues ello implicaría desconocer su carácter de norma suprema del ordenamiento jurídico (artículo 51 de la Constitución), así como las peculiaridades de los procedimientos para su elaboración, los cuales implican un proceso constituyente democrático, sujeto a reglas extrañas al orden normativo preexistente.

Ahora bien, descartada la posibilidad de analizar la 'validez' de la *Norma Fundamental* en un proceso de inconstitucionalidad, el Colegiado precisa que ello no significa que cualquier documento pueda ser considerado como una Constitución, pues ésta debe ser obra del Poder Constituyente y, en su texto, como expresa el artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre *y* del Ciudadano, debe mínimamente reconocerse y garantizarse los derechos esenciales del hombre, así como la separación de poderes, que son los valores primarios del Estado Constitucional.

Complementando lo hasta ahora indicado, el Tribunal Constitucional señala que de ser posible el control constitucional de la Constitución de 1993, ello implicaría algunas paradojas, tales como: i) que el objeto de control, es decir, el "documento de 1993" *y* el parámetro de ese control, terminen identificándose; ii) que el Tribunal Constitucional juzgue la validez del "documento de 1993" conforme a la Constitución de 1979, que no sólo no está vigente, sino que incluso no preveía a este Tribunal Constitucional de la manera en que actualmente se encuentra establecido *y* operando; iii) evaluar la constitucionalidad del denominado "documento" a partir de un parámetro o criterio no objetivable (criterios subjetivos de los integrantes del Colegiado); iv) declarar la inconstitucionalidad del texto que crea y establece la estructura, organización y funcionamiento del Estado peruano; y) declarar la inconstitucionalidad del texto que regula a este proceso, entre otras.

En tal contexto, el Colegiado advierte que el hecho incontrovertible de que la anulación del texto de 1993 es improbable, no resuelve, sin embargo, el problema de fondo que consistiría en los justos reparos morales que el oscuro origen de tal Constitución produce en buena parte de la ciudadanía. Es por ello, que ante la indecisión permanente del Parlamento *y* las señales contradictorias de los distintos agentes políticos en tomo al futuro de la Constitución de 1993, exhorta al Congreso de la República, para que opte por alguna de las posiciones planteadas por la Comisión para el Estudio de Bases para la Reforma Constitucional del Perú, creada por el Decreto Supremo 018-2001-JUS (25 de mayo de 2001) que considere conveniente al interés de la Nación, sin perder

de vista la importancia que tendría la creación de una nueva Constitución que represente la simbólica liquidación de un pasado nefasto para la convivencia democrática, y que se estatuya como la plataforma institucional de una sociedad cuya autopercepción sea la de una Nación libre *y* justa, y cuya vocación sea la del progreso y bienestar.

De otro lado, se advierte un voto singular del magistrado Aguirre Roca, para el cual correspondía declarar la nulidad de todo lo actuado y la inadmisibilidad de la demanda, toda vez que: i) el Tribunal carecía de competencia para resolver una demanda que solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de la *Norma Fundamental* que lo creó con la misión específica de defender su imperio y vigencia; ii) la Constitución de 1993 carece del rango legal exigido en el artículo 200.4 de la Constitución; iii) la admisión de la demanda conduciría a una serie de antinomias, aporías o contradicciones y absurdos, como determinar quién es el autor de la norma impugnada, a fin de efectuar el traslado de la demanda (¿al pueblo o a la asamblea constituyente?), o que el declarar fundada la demanda, acarrearía la nulidad de todo lo actuado en el proceso.

En conclusión, la presente sentencia rechaza la posibilidad de que la Norma Fundamental sea sometida al control constitucional, y es que si bien el Tribunal Constitucional admite que las leyes de 'reforma constitucional' son susceptibles de control de validez, aunque excepcionalmente y debiendo valorar si se está afectando o no el 'contenido fundamental' de la configuración normativa de la *Norma Suprema* política y jurídica del Estado (Fundamentos 7 y 34 de la RTC 0050-2004-PI/TC y *otros);* distinto es el supuesto de buscar controlar la misma Constitución.

COMENTARIO A LA STC 00013-2009-PFTC DE 4 DE ENERO DE 2010.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RESOLUCIÓN LEGISLATIVA N° 008-2007/CR EN LA PARTE QUE MODIFICA EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 25° DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA.

Por: Miriam Handa Vargas
Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional.

Los temas constitucionales que fueron abordados en el pronunciamiento son los siguientes:

La modificatoria del artículo 25° del Reglamento del Congreso de la República, referida al reemplazo de un congresista suspendido, por un accesitario por las causas que la norma específica, en base a la voluntad de la mayoría calificada, frente a lo establecido por el artículo 90° de la Constitución que establece el número legal de congresistas elegidos por mandato de la Constitución a una decisión política.

La vía procedimental de inconstitucionalidad, la reserva de Ley Orgánica (articulo 106° de la Constitución) y Reglamento del Congreso de la República.

El mandato representativo parlamentario, el juicio político como capacidad sancionadora del Congreso.

- Suspensión temporal y las facultades del parlamento.
- El sistema electoral, el principio de representación y la representación nacional.

2. Contexto histórico de la Sentencia.

El proceso de inconstitucionalidad materia de análisis se interpone contra la Resolución Legislativa N°.008-2007-CR, que modifica el segundo párrafo

del articulo 25° del Reglamento del Congreso, lo cual sucedió durante un periodo en el que existían congresistas suspendidos (Elsa Canchaya Sánchez y Tula Benítez Vásquez) y en ambos casos se llamaron a los accesitarios para que los reemplacen. Posteriormente se declaró la vacancia del Ex congresista Javier Diez Canseco Cisneros, y el Poder Legislativo dispuso oficiar al Jurado Nacional de Elecciones (JNE) para que, de conformidad al artículo 25 del reglamento interno del Congreso, emita la credencial correspondiente del accesitario a Manuel Dammert.

3. *Análisis*

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, estableció que en relación al Reglamento del Congreso de la República y su reconocimiento como fuente normativa; resulta competente para controlar la constitucionalidad de dicha norma. *(Exp. N° 0006-2003-AI/TC, fundamento 1).*

En dicho contexto es necesario resaltar que en el análisis de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional contaba con una línea jurisprudencial en materia de **"Infracciones constitucionales por la forma o por el fondo".** *(cfr. Exps. 00020-2005-PI/TC y 00021-2005-PI/TC, fundamento 22).*

Por otro lado un aspecto de relevante importancia contenido en la sentencia es la facultad del antejuicio político en el Congreso, la cual permite la suspensión de los congresistas y el posible reemplazo temporal por el accesitario; lo cual no estaba regulado en el antiguo artículo 25° del Congreso de la República.

En este caso se discutió básicamente si era constitucional la modificación que se realizaba al artículo 25° del Reglamento del Congreso, que regula el reemplazo del congresista suspendido por el accesitario, previo acuerdo de la mitad más uno del número de miembros del Congreso.

Para el correcto análisis de la STC 0013-2009-PUTC, es importante establecer un breve recuento cronológico de las sentencias que ha expedido el Tribunal Constitucional relativas al control de las normas (Ley Orgánica) y el mandato representativo.

- Exp. 0006-2003-PI/TC (Se declaro infundada la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República, referente a la inmunidad parlamentaria, sus limites y la competencia de controlar la inconstitucionalidad del reglamento del Congreso por el Tribunal Constitucional).

  Exp. 0022-2004-PYTC (Se declaro infundada la acción de inconstitucionalidad contra la Ley de la Policía Nacional del Perú, N.° 28078, fundamento 23, que hace referencia al congreso el cual se regula por su reglamento, que tiene fuerza de ley, constituyendo este hecho

una excepción a la regla de que los Poderes del Estado se regulan por Ley Orgánica).

- Exp. 0026-2006-PI/TC (Se declaro infundada la acción de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 16.° y literal d) del artículo 20.° del Reglamento del Congreso, el cual regula el procedimiento para el levantamiento de prerrogativas de la inmunidad parlamentaria, el mandato legislativo en atención a los derechos y deberes de los congresistas así como las garantías para el ejercicio de la función de representación tanto en la dimensión personal como desde la dimensión funcional institucional).

Es preciso señalar que el artículo 106° de la Constitución Política del Perú dispone dos requisitos especiales para que una fuente del derecho expedida por el Congreso de la República pueda ser considerada una Ley Orgánica, la cual en su modo de producción debe cumplir con requisitos formales y materiales.

Con relación a los requisitos formales dicho artículo dispone:

"Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquier proyecto de ley y *para su aprobación o modificación se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".*

Sobre los requisitos materiales el mismo artículo 106° prescribe:

"Mediante 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 relación a los Exps. 00020-2005-PI/TC y 00021-2005-PUTC, en los que este Colegiado ha señalado que cuando una Ley Ordinaria regule determinadas materias de competencia de una Ley Orgánica será declarada Inconstitucional.

Por otro lado las materias reservadas a Leyes Orgánicas también obedecen a criterios de taxatividad expresa en la Constitución Política. Por lo que en relación al Reglamento del Congreso de la República y su reconocimiento como fuente normativa, el Tribunal Constitucional refiriéndose al artículo 94° de la Constitución estableció que tiene competencia para controlar la constitucionalidad del Reglamento del Congreso (Exp. 0006-2003-PI/TC).

Una parte muy importante en el análisis de esta sentencia es la referencia al Exp. 0022-2004-PFTC, respecto al Reglamento del Congreso al indicar que este no solo tiene fuerza de Ley sino también naturaleza de Ley Orgánica. Asimismo respecto de las normas contenidas en el Reglamento o todas aquellas que el legislador considere incorporar tienen o tendrían la naturaleza de Ley Orgánica, sino solo aquellas que regulen su estructura y funcionamiento. En este sentido el

procedimiento de reemplazo temporal de los congresistas suspendidos también temporalmente no atañe ni a la organización ni a las funciones del Congreso.

El Tribunal Constitucional señala que el mecanismo de reemplazo mediante el artículo 25° del Congreso de la República involucra a la representación política y su proporcionalidad, así como el derecho a elegir y ser elegido, en ese sentido tratándose de una normativa que involucra a la función legislativa del Congreso vinculada con derechos fundamentales, ello no significa que la ley llamada a precisar ciertas delimitaciones se encuentre exenta de un control de constitucionalidad, debiéndose tener en cuenta que la regulación por el legislador de los derechos o bienes de configuración legal no puede ser discrecional.

Sin embargo desde el aspecto formal de la producción legislativa de la norma impugnada esta regula el procedimiento para el reemplazo de un congresista suspendido, cuya regulación tiene relación directa con las condiciones previstas en la Constitución en los artículos 90 y 93° relacionados a ocupar un escaño en el Congreso, los cuales agotan las limitaciones tal como se resolvió en el Exp. 00030-2005-PUTC.

Considerando que la elección es pluripersonal, además de ser un modo de institucionalizar la democracia representativa, el acceso al cargo está condicionado por el principio de representación proporcional, previsto en el artículo 187° de la Constitución. En dicho contexto se entiende que la norma impugnada vulnera la Constitución no solo porque dicha norma debe regularse dentro del marco normativo referido a la Ley Orgánica y las elecciones, tal como lo exige taxativamente el articulo 31° de la Constitución, sino también porque su aprobación no se ha realizado con el numero de votos que exige el segundo párrafo del artículo 106° de la Carta Magna, ya que la Resolución Legislativa N° 0008-2007-CR, en su extremo impugnado fue aprobada por 57 votos a favor, 42 en contra y 5 abstenciones.

Adicionalmente a ello el Tribunal Constitucional también señalo que con respecto al mandato representativo parlamentario y la responsabilidad, debe tenerse en cuenta que las prerrogativas instituidas a los congresistas (inviolabilidad, inmunidad, antejuicio) tuvieron como fundamento la necesidad de consolidar el principio de soberanía en manos del parlamento, encontrandose subordinado al principio de interdicción de la arbitrariedad y a la judiciabilidad de todos los actos de él emanados, de manera que las prerrogativas parlamentarias sólo se conciben conjugándolas con la integridad del marco constitucional, vale decir con la democracia (artículo 3°), con la configuración del Estado social y democrático de derecho (artículo 43°) y con el poder constitucional y democrático (artículo 45°).

Así tenemos que en la sentencia Exp. 00026-206 PI /TC el Tribunal se pronunció por el procedimiento para el levantamiento de la prerrogativa de la

inmunidad parlamentaria teniéndose en cuenta los deberes y derechos como garantías para el ejercicio de la función de representación, toda vez que dentro del marco del ejercicio del mandato representativo los altos funcionarios, están protegidos ante cualquier tipo de ataques injustificados que puedan hacerlos desatender sus principales cometidos funcionales (inmunidad e inviolabilidad: artículo 93°) y la acusación constitucional por delitos de función o infracción constitucional (antejuicio y juicio político: artículos 99° y 100°).

El Tribunal consideró pertinente recalcar en las diferencias constitucionales de los institutos de la inmunidad, el antejuicio y el juicio político, pues el artículo 25 del Reglamento del Congreso los involucra.

De este modo al analizar el artículo 93° de la Constitución que reconoce la inviolabilidad de votos y opiniones, en el sentido de que: (...) No son responsables (los congresistas) ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones (...). Se entiende que los parlamentarios pueden expresarse libremente y sin inhibiciones, se extiende más allá de las opiniones vertidas hacia el voto que no es otra cosa que la materialización formal de las posiciones expuestas mediante la opinión. Pero ello sólo tendrá validez cuando el parlamentario ejerza sus funciones, es decir en ámbitos ajenos a dicho ejercicio la prerrogativa se desvanece. Siendo así las declaraciones ante los medios de comunicación respecto a temas de la realidad nacional, no podrá tener protección, pues se restringe a las expresiones hechas en el ejercicio de la función parlamentaria, de modo que la inviolabilidad referida no se constituya en indemnidad en perjuicio del derecho a la tutela procesal efectiva de terceros.

Con referencia a la inmunidad parlamentaria ya el Tribunal definió en su oportunidad la inmunidad parlamentaria en el Expediente N.° 0006-2003-A1/TC como una garantía procesal penal de carácter político de la que son titulares los cuerpos legislativos de un Estado a favor de sus miembros, de forma tal que estos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente sin la aprobación previa del Parlamento. Así la inmunidad parlamentaria opera tan sólo respecto de delitos comunes, de modo tal que la inmunidad parlamentaria como las inmunidades de arresto y proceso, son posible entenderlas, entonces, como una garantía que busca proteger la libertad personal de los parlamentarios contra detenciones y procesos judiciales con aparente contenido penal relacionado con delitos comunes que tienen una evidente motivación y finalidad política. Por ello, corresponde al Poder Legislativo efectuar la valoración de los móviles políticos que puedan existir a través del procedimiento de levantamiento de la inmunidad parlamentaria. En dicho contexto entonces la inmunidad no puede considerarse como un derecho o una prerrogativa individual de los congresistas, sino como una garantía institucional del Parlamento que protege la función congresal. Sin

embargo, los ámbitos de protección de estos privilegios encuentran límites y condicionamientos en la propia Constitución, precisándose que la inmunidad parlamentaria solamente rige para los procesos penales y para el arresto (salvo en el caso de delito flagrante).

Con respecto al Antejuicio el Tribunal reitera que en anterior oportunidad ha considerado que se requiere de una acusación constitucional para que el Ministerio Público pueda realizar diligencias preliminares de investigación a los altos funcionarios comprendidos en el artículo 99° de la Constitución por la supuesta comisión de delitos, sin embargo con la sentencia emitida aclara que la prerrogativa del antejuicio no es de recibo en esta etapa preliminar a cargo del Ministerio Público, pues tal como lo establece el artículo 159° de la Constitución tal entidad conduce la investigación del delito y, dado el caso, presentar la denuncia constitucional contra los altos funcionarios del Estado tal como se establece el artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República. Es decir, será en el procedimiento de la apreciación de la denuncia constitucional interpuesta por el Ministerio Público al amparo del artículo 89° que el Parlamento determinará la verosimilitud de los hechos materia de la denuncia, así como la subsunción de ellos en los tipos penales establecidos legalmente, descartando aquellas que estuvieran sustentadas en móviles políticos.

Por último respecto al juicio político el Tribunal Constitucional consideró que la función congresal sancionadora, no se limita a aquellos casos en los que exista una sentencia condenatoria, por los delitos funcionales en que incurran los funcionarios previstos en su artículo 99°, sino que se extiende a los casos en que, a juicio del Pleno del Congreso, se configuren responsabilidades eminentemente políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito de por medio. En el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas a la Constitución única y estrictamente políticas. Claro está que la sanción y, en su caso, la inhabilitación, deberá estar enmarcada dentro de los cánones constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad, por ello el Tribunal consideró exhortar al Congreso a fin de que disponga las medidas de reforma normativas pertinentes que regulen un procedimiento abreviado y sumario en el que se faculte al Tribunal Constitucional, a pedido de parte, revisar la constitucionalidad de la medida adoptada, sobre todo si esta contiene como sanción accesoria una inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos del alto funcionario considerado como infractor de la Constitución en un juicio político, acto que de ser arbitrario sería nulo conforme lo establece el artículo 31 de la Constitución Política del Perú.

Con las consideraciones antes descritas se tiene que la suspensión temporal de un congresista de la República ha sido regulada por el vigente artículo 25

del Reglamento del Congreso de la República (RCR) para los casos de proceso penal instalado, si el congresista ha sido suspendido en antejuicio político, o de proceso penal con imposición de mandato de detención, previo levantamiento de la inmunidad parlamentaria. De este modo el Tribunal consideró que la suspensión temporal y provisional para el ejercicio de las funciones congresales por el hecho de estar incurso en un proceso judicial por delito doloso con mandato de detención en el que se pida el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, y ésta haya sido concedida, o por el hecho de estar incurso en proceso penal a propósito de la declaración de "ha lugar a la formación de causa" en antejuicio político, no vulnera en abstracto el principio derecho de presunción de inocencia (artículo 2°, inciso 24, literal e de la Constitución), pues la finalidad constitucional es legítima en la medida en que el mandato representativo implica el ejercicio de funciones que comprenden grandes y graves responsabilidades frente a la nación en general. Por lo que, el ejercicio discrecional de si se suspende temporalmente o no al Congresista sometido a proceso penal, no escapa al análisis de proporcionalidad y razonabilidad. Así también es importante considerar que una suspensión temporal deja de ser tal si se convierte en una suspensión que, sujeta al tiempo que puede durar el proceso judicial, pueda, por su paso y duración, convertirse en una verdadera sanción, por lo que en ese sentido el Tribunal Constitucional exhortó al Congreso de la República a que regule el tiempo máximo que puede durar la referida suspensión, atendiendo a criterios de proporcionalidad y teniendo en cuenta que aquella que se impone como sanción, conforme lo establece el artículo 95° de la Constitución Política del Perú, no puede exceder de 120 días de legislatura.

El condicionamiento de la mayoría para reemplazo temporal de un congresista suspendido importa distinguir entre el *principio de la mayoría,* (que postula que en ausencia de unanimidad el criterio que debe guiar la adopción de las políticas y las decisiones es el de la mayoría de los participantes), y la *regla de la mayoría,* (que exige el reconocimiento de la necesidad y legitimidad de la existencia de minorías, y sus derechos), lo que implica ciertamente la participación de las minorías en la elaboración, aprobación y aplicación de las respectivas políticas, todo ello concordante con el respeto al principio democrático, donde si bien se exige el respeto a las decisiones de las mayorías, también se exige que tales decisiones no desconozcan los derechos de las minorías.

En cuanto al sistema electoral, y el principio de representación proporcional y la representación nacional, el Tribunal señaló que en un Estado inclusivo y tolerante que se asienta en el pluralismo político, propio de la democracia, no se puede sustituir la voluntad del pueblo que se ejerce a través del derecho al sufragio (dimensión activa y pasiva) y desarticular la composición de las

fuerzas políticas que, conforme a la configuración constitucional y legal, han llegado a convertirse en una voz que puede deliberar y en votos en torno a los asuntos que sean sometidos a decisión. De modo tal que constreñir el número de congresistas asignado a una "fuerza" parlamentaria por el pueblo a la decisión de una mayoría coyuntural expresada en el Congreso, vulnera por el fondo el artículo 176° de la Constitución. Por lo que resulta inconstitucional la frase "previo acuerdo de la mitad más uno del número de miembros del Congreso" contenida en el segundo párrafo del artículo 25° del Reglamento del Congreso de la República, toda vez 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.

Cabe recalcar que el sistema de representación asumido por el constituyente es el proporcional, conforme lo establece el artículo 187° de la Constitución Política que dispone que "En las elecciones pluripersonales hay representación proporcional, conforme al sistema que establece la ley" Así, la adjudicación de escaños resulta del porcentaje de votos que obtienen los distintos partidos, procurando, proporcionalmente, la representación de diversas fuerzas sociales y grupos políticos en el Parlamento. De este modo, para este Tribunal la inconstitucionalidad del artículo 25° de la Ley cuestionada (modificado por la Resolución Legislativa N.° 0089-2007-CR) se verifica en la medida que se supedita a la mayoría del Congreso la disposición de decidir el reemplazo o no de un congresista suspendido temporalmente, mientras dure el proceso judicial en el cual se encuentra comprendido, circunstancia que no se encuentra en el ámbito de competencia de la mayoría del Congreso, pues la representación nacional, con vista al principio de representación proporcional, se encuentra prevista en el artículo 187° y en la Ley Orgánica de Elecciones; en todo caso correspondería al Jurado Nacional de Elecciones apreciar las particularidades y los factores que en el caso concreto se presentaran siempre teniendo como principio orientador el de la proporcionalidad.

COMENTARIO A LA STC 0050-2004-AI/TC, DE 29 DE JUNIO DE 2005.

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY N° 28389, DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE RÉGIMEN PENSIONARIO, Y CONTRA LA LEY N° 28449, DE APLICACIÓN DE NUEVAS REGLAS PENSIONARIAS PREVISTAS EN EL DECRETO LEY N° 20530.

Por: Miriam Handa Vargas
Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú

1. *Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional*

En la sentencia bajo comentario se abordaran las materias relevantes tales como: i) La posibilidad de control de una ley de reforma constitucional ii) Parámetros básicos de las modificaciones al régimen pensionario: a. El régimen pensionario de la 20530. b. La garantía institucional de la seguridad social y los principios pensionarios. iii) El análisis de la afectación al derecho a la pensión a. La pensión y su reconocimiento como derecho fundamental y b. La pensión y los nuevos elementos del régimen. i. Nivelación. ii. Viudez. iii. Orfandad. y c) La pensión y la protección de su contenido.

2. *Contexto Histórico Político de la Sentencia*

En el Perú el sistema pensionario funciona, mediante entidades públicas, y privadas, el sistema privado se centra en empresas conocidas como administradoras de fondos de pensiones (AFP), y tiene como carácter peculiar la utilización de la lógica de capitalización de aportes. A su vez el sistema público, está basado en un esquema redistributivo y se sustenta en los aportes realizados por los trabajadores adscritos en dos regímenes pensionarios. El primero es el del Decreto Ley 19990, del cual se puede decir que es el clásico régimen estatal de los fondos de pensión; el segundo es el del Decreto Ley 20530, el cual surgió como un plan especial de jubilación y cesantía, que incluye la llamada la 'cédula viva', es decir, lograr que el pensionista tuviese el mismo sueldo y beneficios que uno que seguía laborando activamente. El régimen de la Ley 20530 sufrió

modificaciones legislativas (leyes 28389[1] y 28449) puesto que era inmanejable por el gasto que acarreaba al Estado, y contra estas leyes es contra las que se plantearon cinco demandas de inconstitucionalidad.

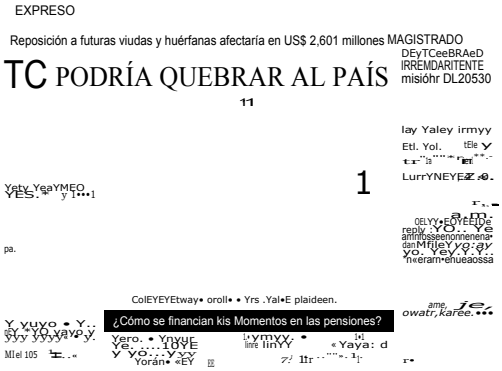
A raíz de lo pedido, el Tribunal Constitucional, en junio del año 2005, emitió la sentencia recaída sobre los Expedientes 0050-2004-Al/TC, 0051-2004-Al/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC, la misma que realiza un pronunciamiento sólido jurídicamente y consistente en términos sociales. A través de dicha sentencia, se dilucidan los cuestionamientos dirigidos contra ambas leyes, referidos a que si las nuevas reglas pensionarias adoptadas afectaban el derecho fundamental a la pensión. En su decisión, el Supremo Intérprete de la Constitución fue muy tajante, al señalar que no había afectación alguna al derecho, aunque sí se reconoció la necesidad de realizar algunos ajustes respecto a las recientes condiciones que fueron introducidas. Esto significó que, con relación a la Ley 28389, las demandas fueran declaradas infundadas, tanto por la forma como por el fondo; y, con relación a la Ley 28449, las demandas fueran declaradas fundadas en parte.

[1] Dicha norma señalaba hasta antes de la reforma lo siguiente: "Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias".

Ahora, lo que expresa es totalmente diferente: "Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional: 1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530. 2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones. Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria. La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria. El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación. Autorícese a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito".

Es importante resaltar, la presión mediática que se suscitó, lo que conllevó al Tribunal Constitucional a reiterar el compromiso público con la honestidad, la justicia y el Derecho. El órgano constitucional se mantuvo independiente, inclusive con respecto a los medios de comunicación social, quienes se esmeraban por desinformar abiertamente o informar a medias a la población, mezclando noticia con opinión, y tratando de guiar el curso de la opinión pública.

Es así como se pudo observar la forma en que algunos medios llegaron a apoyar el mantenimiento de la reforma constitucional producida, alegando que en caso de que el Tribunal Constitucional sentenciase a favor de la inconstitucionalidad, se podría afectar gravemente la economía del país. Ésta fue la posición básicamente de los diarios y sectores del gobierno central más liberales. Veamos dos ejemplos de ello.

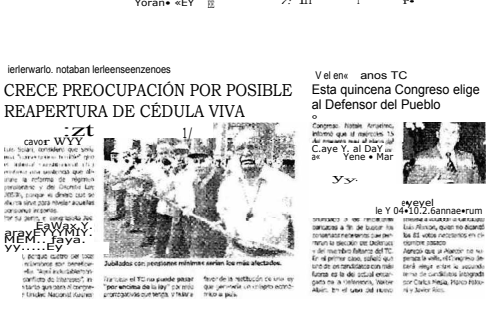

EXPRESO

Reposición a futuras viudas y huérfanas afectaría en US$ 2,601 millones MAGISTRADO

TC PODRÍA QUEBRAR AL PAÍS

DEyTCeeBRAeD IRREMDARITENTE misióhr DL20530

¿Cómo se financian kis Momentos en las pensiones?


Advierte Ministerio de Economía y Finanzas

"Si Tribunal Constitucional no ratifica reforma de 20530, situación sería insostenible"

CRECE PREOCUPACIÓN POR POSIBLE REAPERTURA DE CÉDULA VIVA

Esta quincena Congreso elige al Defensor del Pueblo

Frente a esta posición, otros se inclinaron básicamente por la inconstitucionalidad de las normas impugnadas. Asumían que en caso contrario, se daría una gran afectación la situación económica de miles de jubilados que pertenecían al régimen de la 20530. Representaron esta posición algunos

congresistas que eran beneficiarios de este régimen, los representantes de trabajadores y pensionistas y el grupo conservador de la prensa nacional. Pero pese a ello, la sentencia sólo reflejó argumentos jurídicos, alejándose de forma palmaria de los condicionamientos mediáticos que se acaban de exponer.

Jubilados reanudan sus vigilias en sede del TC

Desde hoy martes 31 de mayo. a las 7 de le manara, se reanudan en el frontis del Tribunal Constudonal les vigibas de protesta, la misma que contará con la presencia de cerca de 200 jubilados y pensionistas. Los jubilados denunciaron las presiones que cenen ejerciendo ante ellecutivo ye/ Congreso, así como algunos medios de comunicación. publicando une serie de informes sobre la inviabilidad de la inconstitucionalidad de la Ley, con una serle de análisis económicos alarmistas que no se ajustan a la realidad.

Juan Pena Figueroa, presidente de la Asociado° Nacional Ce Ex Servidor. del Instituto Peruano da Seguridad Social (ASEIPSS) y presidente Celegiko de la Confederación Nasnal Unitaria de Pensionistas del Perú (CONUPEP), informó que su pecado ese respaldado por la Conahlución Politica del Perú y los tratados Internacionales, los cuales velan por el derecho adquirido por parte de los pensionistas_

QUIEREN MANIPULAR AL TC

'Nuestro pedido es que se errile una sentencia o regiomentaeón Esclava por la cual la presente reforme constitucional no puede *ser* apinable a los Pensionistas que *ya* ganaron ese derecho. Sin embargo, sabernos que los magistrados del Tribunal Consliliucional están recibiendo presiones para fallar contra los jubilados' apuntó.

De ser favorable el fallo de TC los pensionistas, los dere-Mos adquiridos serian devuel-:os a los jubilados, y segundo e entapa a las potenciales y actuales viudas, huélanos y dscapadtados al 100% de su pensión y no el 50% como actualmente se encuentra estables do.

elliarloc &país

fintes·37 mayo 2:

TC Perú tiene en sus manos hacer justicia a favor de más de 700 mil pensionistas

Latludadaitia **Mí** *la* erpeclat ve solen lel lie posará sets Mear. 4 orando el Tribunal Comalarelonal daserá ser-~ arene h inconsltziOatfidad de ia iidurmi se !a Ley 2(1530. Senalersua mil pessiOniable eretau con soleta ora onarego, ciarniento de eta imeaxien a la <mal lo rorre~ heme :osada a losjullael.e. se rho esnoccsark: I iveaudwis ceda mode ~ el reto de condes. haciéndoles Islote. pues en noma ea sabida winese todos los

eliaan GeritidelOS efirm eliuga, eternales, el re:~ signii caria pelee*/ les derechos humos. de no he noMi-Ya le sentencia los jubinekstienen las inane das islernesionalcs.eqUkinas no se &befa n, Lett para hacer hunda, pa que de plano esta rtedlincalentsinesnaitecieulyestóan manotee los secrobrosdel TC Imperiunizia.

Coto u desameinfinto pilad e% la Lep]8349-Ley de Moren Conencelen nsodilltd los gutienles lin y idii a PrionaDitperidan Piará y hamaca* dP la C.onsd ración Polhiackfi dem Le oteo tent retama renttituounel en melena mudo` **ria**

Ford Eppstme ha lfea`sch N,1s a lagene. saldad de les *decena* Pseuisjonales puliese u visados sino que Mena el &minar los derechos artgiiald., ilei sedo Gentiticrenal posadita: enhr`a.nes turco Fascia ɜmem atabal edadeu bele hecho (105C• le Mda Uní* ere L2 red:Madi, carnero-adahe da pan d ~x raer ere: sana) de la Le, 2C5.-M. Sir ~yo atraen atuses los ekreehos hurones, ex:,, es y latarades:: h~dictad delseifi

***wrculo** °05 a* da L Cone laxen repule esmere: iinttladm e tr.eulicausel" *la ley en el :ierne., tersitica a sone enlen im enancaba:e etraudinkkat. inebaCalt; dad, uhamiehtd. :Modes anguindet. he cho; cionplia..itreellos eigeol *ata, etc,* laq cualea, censal,. erotobkignont cr el Jm. bi= Waren. desooncsrrardnnighps que raen debatiendo de,le I,ni:ddy, u cuya liecusán aun 12 1,1 definido loa tonteo o ~as semi.,, seer e! ... **Id** para Merendar se de«ho edg.!.. ah, kea, PedoeurnplLo. Ea r.fio pe considera que ld assete, m me. lit* de Lmas I e COrreiedak 42krir a ur leer.

tarde 1:.Corkinadt, 1179 nena la. de 1993 ht.a.hq**rm:.ciAgnnlaa la** radi **b**aib riumeoetNidad onterb dr ajas, ea de te *leven* ei ttellaX. ',lin tomar garrida Pe< una haoie *Pu ce..nytu* alas ir dm;hus adeatrdosl. de;an al <Ya 4r. Ove ta ukplaidOn <onceno:. !Maulle nen pesa desposicidet tetera en la Consta... .é,.

en a, atas int tu sabina de las dos Perras. Nnobstante hay lesas yutes:mes en escale lo naturaleza defecaseś paccEpraureineque h &ludeprotocaninheronte d Dereolo. Mhz, eneendes, *que* la Caeruinxide mderle POr tal la ese eeaiaderm :Med, adquirido. Meat0 a'n0ded.Pors■Re ausecasos enseeterdiem *do* el relevo anteia**1,31** (de aplicaosdr: los Pecinal Pmpluirn,

n decir, tu Coranh.cide ope por un pare riente planea~ de Ami:lisiad, asa le bel dr rdivim: conaltuelmal grisprudenientwite randlifid ti de salita, olleros, ere hay casca en que la Creturian Jilroda de punta apresa e donada achunigin. Tal lar eteriplo el PIM* Wisdraa,2y 3 a **l**:e te inmunda. tended da loa ~en lebtele; beconocidos en a f.m.Wged.r: y ea le ler PI sal ab <O mero los conigionlef:

desecho eel p**eded; la** dho.L--.reinen -:-- 'Y ~:11 de p-sslar., et Para reme mamey c a dad as eiasmin mesa .30 melones, veamos laque daort. el croma se In del :hl:: !Mi Mal:MOS*. Caed: anne dp II - a ep se olic> **d la:m:tinen**:in de lis rela Oled:es ineitinu norte.

• Ilie+Pe ni recto 1.Plve los ce. rePOlNIES Arduas nar 1. r ón rehnce de! Podo, In un casemelles riV.3 eso calca gl udiaedr..' ' i tC del nerocuerpolt,n9,1 rotlé. ...inizolo 11210. A .rtir do su itera,» las dilFapir borles de eran risiTaa, .1.ple.acur e. duele a le nonsayeas Une. le *aleen« y silleooneujuTidlioa:AitUr

ser escurre, do menea upar ent.reee coman ken, er atanlo 2123? C.:Mac:C.!. la -.lime: ,animal* 212(1- SP limo *for* **l** , enislarior arteras ksdrnmz.hm niridac. re-*SW: ella, ce* hCel"os realizados is.pn a **rqn** no. orces este Cia! nuoncizza Cono .sierra **z-** *a tulio, q4* 1. **oil** sr a**w**0,1.tpO- 10 leoría *de* loa ho dios camal dee' la OUIreple oxtaci acion con la !nulo ole tns derecho, >tundes *qua* apuras,, eglkslo217.19derecaos ahquigalo:: se mofvarragaunceniennmse **le** siguiese 514 dando !a materia masa ces lie-

Ud, reimatuamente por el (.61104e ra en va rodedia norrednureme re.' nuevo COOdo 119e41, es:ahanos teaciln encepó:ad de quo fati. **e■'**.1c-Coa *Subl-* deo al se apl. ɜa leonado os dsclule adata: Jara v pe. dela la aplicad:do *mit.* dada de al non del !ldsgto de 193e. El !AH el steterte• rpoeifidtancoostauciond nom granie aUccomeleConnimuión no wreegra eso seenetuulleas011esregieseplIcebies o. electos de ás recrea en el tiempo, la otos. noenülivoadonkUORIO Cante:11d imeinretdones: .1.a coeSde **dr** las henil e:molidas yialtania de les dor thos arda ndoe. Ceso te admiten des illetreaci no so *be m'Altear el articulo 103a pa* inr.gmoral la nein n ine techos quapilid en ~ *meona ranstitacional a* fin ele que nenas en muerta aerrionaria se aPhill- de inmediato a lea ataste r pensionieal d RégenendN Decreto Ley Pata, lig **sesgo** gua astas remeras ugaeldn significar uno si, ladón al cden~**ional.511:41**,,,pt Ja dMEF Por L.g.1.,,kringn Ir. a bah **aso ■21114■0a ¡Migra! 41;eidalg** Pura, si te irderfireatiát que se viene *ardo* protege las dertillos sociales es Snd..1.1.:.rnimarpna.aiiist Ltalonngeec imnretadan canta cual so a enr1 Cr *des* chei.5:Pdatteratr,...ides. Eh elad.,,e re ta de la ninere Caan dl a,aul, • es lado 1ton ecba,

le.: el Mg men di Decreto Ley 20U ad. ar. **aUd! abldi: dildd1.5rbea** del cafai tecle 0-..y8r.,pe pa te:aro:e I,**roma** ined da re Arndt tiensnure.' recalase les le pu aleph Ea derechos de imadosts, Ca locial.:orioah hotel. ree.,ocrnu ca' savieberda. Pe: Ultimo, le onessldn de *ene* /use :in F **7111051Vert.g.gll,,Fl, g** el lecho!~ xincipsi s la wherdbilice -ontura M In arca dd Esa& v d dan eiállts, hecho gua es ...,,:e.beer aire 10114 falsola ex a :Km, topaua **ithien fi,** *murar* VSPA 110M, 50 e sobliaio di'eeira uresicnerq re hrecatar re 31 *.2pIWlca,* a 'al .11 atoen., en: bercial eledoal transito relCidar c Zit y cimn, les peisadr do as. osas ot, alo. I a nue re tretende es neregai al Jrte-io 21de te Ler N° .18119,quenushruy le some r !dad-• aria -.in UN de la Corsd14111·

refli,1111b1VEXIC el tero rienal nema, Hocepesmmm31 rasero oPpri 01.03 **MCON.d. nr ■JJ.57C COMIWCilio** ea Sr dederPclonas intanicienales **ne,efts f9.1.31105.**

'AP.

3. Análisis

3.1. La posibilidad de control de una ley de reforma constitucional

Como primer asunto el Tribunal Constitucional tuvo que decidir si se podía entrar a controlar una ley de reforma constitucional toda vez que es la Constitución el marco de actuación de la institución[2]. Al final, decretó que sí era posible realizar el examen constitucional de una reforma, pero siempre basándose en criterios que poco a poco fue definiendo.

Se ha considerado que la Constitución tiene un *contenido fundamental* que debe ser respetado por el resto de normas que la conforman. Utilizando el principio político de la soberanía popular y el principio jurídico de la supremacía constitucional, se estipuló que "si a través de una ley de reforma constitucional se vulnera la esencia misma de la Constitución, y siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, se encuentra legitimado para intervenir excepcionalmente como un ente competente para analizar la norma constitucional impugnada, pero única y exclusivamente sobre la base del 'contenido fundamental' protegido implícitamente en la Constitución"[3]. Asimismo, no podría dejar de usarse la Constitución (o su contenido fundamental) como parámetro toda vez que lo contrario llevaría al absurdo de utilizar, como bien lo señalan los propios magistrados constitucionales, "los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado"[4]. Por ello es imprescindible remitirnos a los límites que el procedimiento de reforma constitucional siempre cuenta, pues en caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones conferidas por la Constitución, en el fondo lo que se estaría haciendo es desconocer la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas[5].

Entonces, lo que debe quedar claro además es que se ha partido de un principio de presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de las leyes, aunque en el caso concreto de la de reforma constitucional se ha de señalar dos cosas. En primer lugar, y en referencia a la Ley 28389, no se pudo recurrir como parámetro a la Constitución antes de ser modificada, pues ésta ya desapareció del ordenamiento. De otro lado, tampoco se pudo usar la norma constitucional modificada, porque justamente ella es materia de la controversia constitucional. Por lo tanto, el parámetro que se utilizó para determinar la constitucionalidad

[2] Artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ("Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica).

[3] Fundamento 4 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AUTC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC.

[4] Fundamento 22 de la Sentencia del Expediente N° 014-2003-AI/TC.

[5] Fundamento 62 de la Sentencia del Expediente N° 014-2002-AI/TC.

de la ley de reforma impugnada es la Constitución pero sin tomar en cuenta las normas sujetas a control.

En dicho contexto debe señalarse que cualquier acto de reforma constitucional posee dos límites: unos formales y otros materiales, los mismos que pueden ser objeto de control por parte del Tribunal Constitucional. Con respecto a los primeros, se debía determinar si a lo largo del proceso de elaboración de la ley de reforma del régimen pensionario se ha vulnerado el procedimiento exigido constitucionalmentem. En la sentencia, se determinó que ley 28389 fue promulgada según el procedimiento establecido, motivo por lo cual se declaró infundada la demanda en este extremo.

3.2 Parámetros básicos de las modificaciones al régimen pensionario

a. El régimen pensionario de la 20530

Con respecto al régimen pensionario del Decreto Ley 20530, es importante conocer su evolución para poder comprender su naturalezan Como referente más antiguo se encuentra la Ley de Goces de 1850, la misma que instituyó el estatuto pensionario de los servidores públicos, y que tuvo vigencia hasta que se promulgó el Decreto Supremo que introdujo adiciones a la Ley 13724 -Ley del Seguro Social del Empleado-, quedando incorporados a dicho sistema pensionario, los empleados públicos nombrados con posterioridad a esa fecha. En 1974, es cuando se emite el Decreto Ley 20530 con el fin de perfeccionar el régimen de cesantía, jubilación y montepío, como forma de régimen cerrado. Sin embargo, posteriormente se amplió su alcance, como lo sucedido a través del Decreto Ley 22150, de 1978 (para los diplomáticos), la Ley 24029, de 1984 (para profesores), la Ley 24366, de 1985 (para los de siete años o más de aportaciones a 1974), la Ley 25273, de 1990 (para los trabajadores que en ese año se encontraran trabajando en toda empresa estatal). De otro lado, la nivelación nunca fue parte constituyente ni de la ley de goces ni del Decreto Ley 20530,

[6] Artículo 206 de la Constitución: "Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral".

[7] Desarrollo a lo largo de la Sentencia del Expediente 0189-2002-AA/TC.

sino que fue incorporado tangencialmente por la Constitución de 1979E[8] pero que recién fue efectivizado a través de una ley posterior.

De hecho, la materia principal de las demandas se encuentra relacionada con el cierre definitivo del régimen pensionario destacado en la Constitución[9]. Ahora bien, y tal como se ha ido manifestando, lo que el Tribunal Constitucional debe procurar es la protección de un derecho fundamental. Es decir, se debe analizar si la reforma constitucional ha variado o no el derecho fundamental a la pensión, y no si simplemente si ha variado un régimen para su ejercicio, que ni siquiera está previsto en el cuerpo normativo de la Constitución, al ser una disposición final y transitoria. A partir de esta diferenciación, queda claro que "la reforma constitucional no degrada la jerarquía normativa del derecho fundamental a la pensión, puesto que su contenido esencial se mantiene irreductible y sujeto a las garantías de protección procesal en la vía constitucional, propias de este derecho. No se produce una pérdida de su carácter de derecho fundamental, ni la supresión del mismo, en la medida que el constituyente continúa brindando la cobertura constitucional a su contenido esencial, reservando al legislador ordinario la competencia de configurar y desarrollar el contenido no esencial y adicional del referido derecho. El texto de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución contiene un supuesto de legitimidad por el sujeto. El legislador ordinario no determina el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión; ello corresponderá a la voluntad constituyente instituida en el proceso de reforma constitucionarm.

Esta diferenciación la tuvo en claro el Tribunal a la hora de resolver. Por ende, inclusive llegó a proponer que era imperativo que los subsistemas pensionarios deban buscar unificarse[11], pues sólo así se podría proteger adecuadamente el derecho fundamental a la

[8] Octava Disposición Final de la Constitución de 1979.

[9] Claramente señalado en la Primera Disposición Final y Transitoria ya reformada.

[10] Fundamento 77 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-A1/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PUTC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC ("por ello, en el presente proceso de inconstitucionalidad, para ejercer un control de constitucionalidad acorde con las instituciones consagradas por la Constitución, este Tribunal, en cumplimiento de su función de supremo intérprete de la Constitución, considera necesario enfatizar que esta actividad legislativa de regulación o restricción está siempre sometida a la limitación del contenido esencial del derecho fundamental, porque cuando éste queda sometido a restricciones que lo hacen impracticable y lo despojan de protección constitucional, se produce un supuesto de vaciamiento, que es prohibido por nuestra Constitución, aspecto coherente con los límites a la reforma constitucional").

[11] Artículo 11 de la Constitución: se reconoce el derecho a la pensión "a través de entidades públicas, privadas o mixtas".

pensión (y dentro del público, también los dos regímenes deben buscar asimilarse). Con este marco, "si bien es cierto que la variedad de los regímenes pensionarios existentes en nuestra legislación impide que exista un tratamiento objetivamente uniforme para todas las personas pertenecientes al sistema de seguridad social (aunque, por el principio de igualdad la legislación debe procurar que tienda a unificarse), también lo es que, constitucionalmente, sí se puede establecer una homologación interna. Esto, desde luego, no implica que todos los pensionistas de determinado régimen sean titulares de un monto de pensión único, pues éste depende, entre otros factores, del aporte individual que cada persona efectúa al sistema, pero exige que no exista una distancia marcadamente inequitativa entre dichos montos, que esté desprovista de razonabilidad y proporcionalidad"[12].

En consecuencia, con las modificaciones introducidas con las dos leyes impugnadas, de este nuevo esquema pensionario se derivan las siguientes consecuencias generales previstas por la propia norma: están prohibidas las incorporaciones o reincorporaciones al régimen del Decreto Ley 20530; los trabajadores que perteneciendo a dicho régimen no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar por el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones; las nuevas reglas pensionarias son de aplicación inmediata tanto a trabajadores como pensionistas de los regímenes pensionarios según corresponda, estableciéndose una reserva de ley para tal efecto e incluso eliminándose la posibilidad que la norma emitida por el Congreso pueda prever las nivelación de las pensiones con las nivelaciones o que se reduzca el importe de aquellas que son inferiores a una UIT; por otro lado, aquellas pensiones que sean mayores a una UIT podrán ser objeto de topes progresivos conforme lo regule la ley pertinente; el ahorro presupuestal derivado de la aplicación de las medidas anteriores, será destinado a incrementar las pensiones más bajas conforme a ley; y, las modificaciones que se realicen a los regímenes pensionarios actuales y los nuevos regímenes que se

[12] Fundamento 59 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AFTC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PYTC y 0009-2005-PFTC.

Asimismo, "el Tribunal Constitucional considera que, en tanto que todos los regímenes previsionales administrados por el Estado comparten el objeto de proveer a los pensionistas o a sus sobrevivientes de los recursos necesarios para su mantenimiento o sustento, la reforma implementada debe ser tomada como un primer paso para su unificación progresiva. Dicha unificación implicaría la consolidación de los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, inherentes al sistema de seguridad social, según reza el artículo 10 de la Constitución" [Fundamento 163].

establezcan en el futuro, deben regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.

b. La garantía institucional de la seguridad social y los principios pensionarios

En todas las demandas planteadas se alega que uno de los derechos afectados es el de la seguridad social[13], aseveración que sustenta toda la argumentación jurídica desarrollada. A su entender, "la seguridad social es considerada no sólo un componente esencial de los Sistemas de Protección Social Integral de la persona humana, sino un derecho humano fundamental. Así lo reconocen varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los mismos que han sido formalmente ratificados por el Perú"[14], y como tal, ha terminado siendo afectada a través del cierre del régimen pensionario previsto en el Decreto Ley 20530.

Sin embargo, se deja de lado que el derecho que tiene relación con el régimen pensionario es, con toda naturalidad, el derecho a la pensión. Ahora bien, tampoco se puede negar que este derecho tiene una correspondencia directa con la seguridad social, pues ésta aparece como la garantía institucional que posibilita a aquélla. Así, se exhibe como "la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado -por imperio del artículo 10 de la Constitución- al amparo de la 'doctrina de la contingencia' y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado de necesidad"[15], motivo por lo cual en el pasado había sido considerada como "un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad"[16].

Asimismo, el Tribunal Constitucional había señalado, con respecto a una garantía institucional, que ésta era "un instituto constitucionalmente protegido que, por su propia naturaleza, impide que el legislador pueda desconocerla, vaciarla de contenido o suprimirla; protege a la

[13] Artículo 10 de la Constitución: "el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida".

[14] Demanda de inconstitucionalidad 007-2005-PI, pág. 33.

[15] Fundamento 54 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PFTC.

[16] Fundamento 14 de la Sentencia del Expediente 0011-2002-AI/TC.

institución de los excesos que pudieran cometerse en el ejercicio de la función legislativa, y persigue asegurar que, en su tratamiento jurídico, sus rasgos básicos o su identidad no sean trastocados de forma que la conviertan en impracticable o irreconocible"[17], es decir, tal garantía viene a significar una protección contra cualquier tipo de supresión legislativa. Sólo así la seguridad social aparece como el marco real en el que se debió analizar la constitucionalidad o no de las leyes 28389 y 28449.

Sobre la base de esta conjunción de conceptos (de derecho y de garantía), la sentencia ha asumido diversos principios que deben guiar la configuración constitucional del derecho fundamental a la pensión. Son principios no sólo la dignidad humana, la igualdad y la progresividad (no pueden ser vistos de manera aislada como a veces han querido observar los pensionistas), sino también la solidaridad y el equilibrio presupuestal. Estos cinco principios analizados conjuntamente darán el marco adecuado de la pensión, lo cual trae como consecuencia, retomando el marco del Estado social y democrático de derecho y la Economía social de mercado, un nuevo sentido del derecho fundamental a la pensión, uno que no permita condiciones de inequidad en los diversos regímenes pensionarios. Por tanto, "el contenido social de la Constitución económica no puede justificar, en aras de cubrir altos montos pensionables de un número de personas objetivamente no representativas de la comunidad adscrita al régimen del Decreto Ley N° 20530, que exista un desembolso considerable y constante de recursos presupuestales que deberían dirigirse tanto para reajustar las pensiones de los menos favorecidos, y así evitar iniquidades también para el futuro del sistema pensionario, como para desarrollar actividades estatales tendentes a la seguridad social"[18].

Este fundamento de la equidad pensionaria obliga que se promueva "el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o tratamientos más favorables, su finalidad no es otra que compensar jurídicamente a los pensionistas de menores ingresos, así como a sus viudas y huérfanos. La reforma constitucional procura que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado"[19]. De esta manera,

[17] Fundamento 4 de la Sentencia del Expedientes 010-2001-AI/TC.

[18] Fundamento 44 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-A1/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PUTC y 0009-2005-PUTC.

[19] Fundamento 68 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PUTC, 0007-2005-PUTC y 0009-2005-P1/TC.

la reforma constitucional asume una función social y económica trascendente, con una clara protección de la pensión, con la garantía institucional de la seguridad social que la protege.

3.3. El análisis de la afectación al derecho a la pensión

De esta forma, el estudio específico se centrara en determinar si las nuevas reglas establecidas llegan a ser afectantes de la configuración constitucional del derecho a la pensión.

a. La **pensión y su reconocimiento como derecho fundamental**

Como premisa básica, el Supremo Intérprete de la Constitución debió fijarse en el contenido del mismísimo derecho a la pensión. Cuando se le presenta como fundamental es que se encuentra garantizado por el ordenamiento positivo, dentro de una normatividad constitucional y que gozan de una sólida y preeminente protección, siendo portadores de la coexistencia de ideologías heterogéneas, y que a la vez, garantizados dentro de las normas nacionales y limitados (tiempo—espacio). Cuando se le presenta como derecho humano es que, con independencia de las circunstancias sociales y de las diferencias entre las personas, se perfilan como bienes que portan todos los seres humanos por su condición de tales.

Pero la diferencia formal y a la vez esencial entre ambos estriba en el ámbito de su reconocimiento: el derecho fundamental está plasmado en la Constitución; el humano en los instrumentos internacionales. Por tanto, al solicitarse la intervención del Tribunal Constitucional en esta materia, el parámetro de constitucionalidad a utilizarse debía ser estrictamente la Norma Fundamental, y sólo podría asumirse la vigencia de los tratados internacionales en tanto guíen las normas constitucionales, y en el caso concreto, el artículo 11 de la Constitución[20]. A partir de estos conceptos, el Tribunal ha buscado asumir una posición de coordinación: "considera que estos principios propios de los derechos humanos deben integrarse a la luz de los derechos fundamentales, planteados en la Constitución como resultante de las exigencias de los valores que coexisten en una sociedad política organizada con su plasmación normativa en derecho positivo.

[20] Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú" (formulación similar en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Cabe preguntarse ahora si la evolución normativa básicamente de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución ha podido haber afectado lo que se ha reconocido expresamente en el artículo 11 de la Constitución. No hay que olvidar que "el derecho fundamental a la pensión, como expresión del valor de igualdad, utiliza la técnica de la equiparación, desde el punto de vista de los objetivos, y de la diferenciación, desde el punto de vista de los medios empleados, es decir, tratar desigualmente a los desiguales, en base a un test de la razonabilidad. Tiene por finalidad equiparar al resto de los hombres y ciudadanos, que no están concernidos y no son titulares de este derecho porque no lo necesitan"[21]. Esto viene a significar que los principios que sustentan el derecho fundamental a la pensión -revisados someramente supra- debe estar en completa coincidencia con los cambios realizados a través de la reforma constitucional.

b. La pensión y los nuevos elementos del régimen

A partir de estas cuestiones generales, se abre la posibilidad de analizar algunos de los nuevos elementos introducidos por las Leyes 28389 y 28449. Se consideró que las reformadas reglas del Decreto Ley 20530 no son desfavorables a los pensionistas, sino que, dentro de un canon de justicia redistributiva, aparecen como válidamente propicias para la mayoría de ellos, sobre todo retomando la existencia de un reajuste pensionario (apartado i); y, la mejora en la situación de los viudos (apartado ii) y de los huérfanos (apartado iii). Dentro de un Estado social y democrático de derecho, la pensión debe ser lo más justa y equitativa posible (se incluye el concepto de 'equidad pensionaria') respecto a la generalidad de personas, pero con mucha más fuerza respecto a los pensionistas del Decreto Ley 20530.

i. **Nivelación**

Tras la reforma, el reajuste de las pensiones no ha desaparecido; lo que ha sucedido es que simplemente ha variado su manifestación. Ahora, se prevé un tipo de reajuste según la edad del causante o beneficiario, siendo éste el elemento diferenciador del trato[22]. Los

[21] Fundamento 74 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AFTC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PUTC, 0007-2005-PUTC y 0009-2005-PUTC.

[22] Según los artículos 4.a y 4.b de la Ley 28449, "las pensiones percibidas por beneficiarios que hayan cumplido sesenta y cinco (65) años o más de edad y cuyo valor no exceda el importe de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias vigentes en cada oportunidad, serán reajustadas al inicio de cada año mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado" y "las pensiones

que superan los sesenticinco años tienen obligatoriamente un reajuste anual, y los menores solamente uno periódico. En tal sentido, "en tanto que el número de años de edad es inversamente proporcional a los años de expectativa de vida, este Colegiado considera que ésta constituye un factor de distinción razonable entre aquellos a quienes corresponde un reajuste pensionario 'anual' y aquellos que tienen derecho a un reajuste `periódico'"[231]. La utilización de un criterio como el mostrado fue entendida por el Tribunal Constitucional como razonable en la aplicación de las nuevas reglas impuestas, y, por ende, compatibles con la Constitución. De otro lado, tampoco se puede desconocer el hecho que inclusive los trabajadores en actividad tampoco tengan asegurado un reajuste obligatorio, como sí lo están teniendo los pensionistas, y que el incremento establecido legalmente posibilite el respeto de la dignidad de las personas.

Pero si bien se está reconociendo un tipo de reajuste pensionario, se deja de lado la nivelación pensionaria (ésta le dotaba del carácter de `cedula viva' al régimen pensionario del Decreto Ley 20530). Tras la reforma constitucional, la Constitución enuncia la inexistencia de nivelación[24], opción que ha sido arduamente criticada por sus detractores. Sin embargo, la nivelación no es elemento configurador de la pensión en el Decreto Ley 20530, y menos aún de la Ley de

---

percibidas por beneficiarios menores de sesenta y cinco (65) años de edad se ajustarán periódicamente, teniendo en cuenta las previsiones presupuéstales y las posibilidades de la economía nacional".

[23] Fundamento 139 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-Al/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PYTC ("máxime si se tiene en cuenta que, si bien es cierto que en un inicio la Organización Mundial de la Salud consideró adultos mayores a las personas de más de sesenta años que viven en los países en vías de desarrollo y de sesenticinco años o más a las que viven en países desarrollados, también lo es que, en el año 1994, la Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud, atendiendo a la considerable elevación de la esperanza de vida producida en las últimas tres décadas, fijó en sesenticinco años o más la edad del adulto mayor")

Justamente, y por este motivo, "este Colegiado se mantendrá atento a que la periodicidad de este reajuste sea interpretada en el sentido antes referido; esto es, como una real obligación y no como una facultad arbitraria que daría lugar a inconstitucionalidades sobrevinientes que, desde luego, serían sancionables por este Tribunal, adoptando las medidas pertinentes que resulten acordes con sus funciones de valoración, ordenación y pacificación" [Fundamento 141 de la Sentencia].

[24] Primera Disposición y Final y Transitoria reformada: "Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria".

Goces, sino que apareció recién en finales de los años setenta[251]. Por tanto, es una potestad del constituyente derivado determinar las fórmulas de reajustes más convenientes con los parámetros de equidad pensionaria: mientras que la intervención en el contenido no esencial sea racional, la eliminación de la nivelación es posible. Es más, se asume que la nivelación "ha permitido ensanchar las diferencias entre las pensiones de este régimen, convirtiendo a cada pensionista, en base a la regla de la justicia conmutativa, en una célula aislada del sistema y dependiente de una condición externa, harto ventajosa para él, pero inequitativa para el resto: la remuneración del trabajador activo en el puesto en que cesó el pensionista"[126], razón por la cual se afirma que su ansiada utilización por parte de los favorecidos puede llegar a configurar una forma de abuso de derecho, proscrita por el propio ordenamiento constitucional[1271].

ii. Viudez

Uno de los temas más discutibles con respecto a los beneficiarios de la pensión está referido a la situación de los viudos. Así, según la Ley 28449, la pensión "se otorgará al varón sólo cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social"[28]. Pero, una regla de este tipo podría representar una discriminación con respecto a la situación de la viuda a la cual no se exige condición alguna, así lo entendió el Tribunal Constitucional pues consideró, que bastaba observar la inconstitucionalidad del conectivo `y', reemplazándolo por el 'o', haciendo de esta manera que las cargas impuestas al varón para recibir una pensión como beneficiario viudo, no sean tan gravosas como las expuestas originariamente. En este sentido, la sentencia se convirtió en una clásica manipulativa.

Es más, se consideró desproporcionado el tratamiento inicial en virtud de que "una situación de incapacidad para subsistir por medios propios, entendida como una incapacidad de naturaleza material, distinta,

[25] Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979: "Las pensiones de los cesantes con más de veinte años de servicios y de los jubilados de la administración publica, no sometidas al régimen del Seguro Social del Perú o a otros regímenes especiales, se nivelan progresivamente con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, durante el término de diez ejercicios, a partir del 1 de Enero de 1980. Deben consignarse en el Presupuesto de la República las partidas consiguientes".

[26] Fundamento 64 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AUTC, 0051-2004-AUTC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PIITC.

[27] Artículo 103 in fine de la Constitución: "la Constitución no ampara el abuso del derecho".

[28] Artículo 32.c del Decreto Ley 20530, modificado por el artículo 7 de la Ley 28449.

en principio, de la incapacidad civil que da lugar a la declaración de interdicción o al nombramiento de un curador, puede presentarse a pesar de contar con rentas superiores al monto de la pensión de la causante y, ciertamente, también a pesar de encontrarse amparado por algún sistema de seguridad social. Por ello, exigir que estas condiciones se presenten copulativamente resulta manifiestamente innecesario, produciéndose una afectación del derecho a la pensión del viudo. El único elemento determinante que obliga a que la pensión de viudez sea otorgada, es la existencia de una situación de incapacidad que impida subsistir por propios medios; esto es, que tal incapacidad impida, desde un punto de vista objetivo, que el beneficiado pueda sostenerse y proveerse por sí de determinadas prestaciones como alimentación, vivienda, vestido y salud"[29]. Entonces, partiendo del derecho fundamental a la igualdad[30], se está manteniendo la posición de las mujeres como grupo vulnerable, a diferencia de los hombres, a quienes tampoco se les debe exigir demasiado condiciones, como las que la ley preveía.

iii. Orfandad

Conjuntamente con el tema de los viudos, aparece el de los hijos. El Tribunal Constitucional consideró que la norma que señalaba que "el monto máximo de la pensión de orfandad de cada hijo es igual al veinte por ciento (20%) del monto de la pensión de invalidez o cesantía que percibía o hubiera podido percibir el causante, observándose lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Ley N° 20530"[31] era inconstitucional. Haciendo uso de sus capacidades interpretativas y manipulativas, se llegó a asimilar la situación de los huérfanos a la de la viuda, por lo que del 20% se pasa al 50% tomando en consideración diversos argumentos, los mismos que también fueron utilizados para declarar por conexidad la inconstitucionalidad de la norma correspondiente al Decreto Ley 19990. El Supremo Intérprete de la Constitución llega a estas conclusiones asumiendo lo siguiente: "si se tiene en cuenta que, salvo reducidas excepciones

[29] Fundamento 147 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-Al/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC.

"En todo caso, la carga de la prueba corresponde a la autoridad administrativa, quien será la encargada de acreditar que el pensionista no se encuentra incapacitado materialmente, y que, por lo tanto, no le corresponde acceder a la pensión de viudez" [Fundamento 148 de la Sentencia].

[30] Artículo 2 inciso 2 de la Constitución.

[31] Artículo 7 de la Ley 28449, que modifica el artículo 35 primer párrafo del Decreto Ley 20530.

previstas en el Decreto Ley N° 20530 (v.g. los artículos 8, 9 y 10), la pensión de jubilación o cesantía es el único ingreso percibido por el pensionista, y que en el común de los casos, los hijos menores de edad y los mayores de edad que siguen estudios básicos o superiores, no se encuentran en capacidad plena para subsistir por sus propios medios, debe presumirse que en dichos supuestos la pensión representa un ingreso indispensable para su subsistencia; el legislador se encuentra obligado a considerar que dicha presunción es *iure et de jure,* pues el artículo 6 de la Constitución, reconoce el derecho y el deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos; la norma permite que al fallecimiento del padre y/o la madre se sume un perjuicio adicional al hijo"[32]. Conjugando estos criterios se considera pertinente elevar las pensiones de los hijos huérfanos en 30%, favoreciendo básicamente a las familias con uno o dos hijos.

De otro lado, había también un tema que no favorecía la situación de los hijos huérfanos. Se señalaba en la Ley 28449 que "solamente tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del trabajador con derecho a pensión o del titular de la pensión de cesantía o invalidez que hubiera fallecido. Cumplida esta edad, subsiste la pensión de orfandad únicamente en los siguientes casos: Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o universitario, hasta que cumplan los veintiún (21) años" 1331 Sobre la base de dos dispositivos constitucionales[34], se declaró la inconstitucionalidad de ciertas partes de la norma, a fin de que se pueda pagar pensión no sólo hasta los veintiún años, sino hasta

[32] Fundamento 150 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AUTC, 0004-2005-PUTC, 0007-2005-PUTC y 0009-2005-PUTC ("la reducción sustancial del monto económico que resulta indispensable para su manutención, lo que implica una afectación manifiesta del derecho fundamental a la pensión, pues lejos de 'elevar la calidad de vida' del sobreviviente -artículo 10 de la Constitución-, lo condena a ver seriamente mellada su capacidad económica de subsistencia; la disposición da lugar a un grave atentado contra el derecho del padre de tener la certeza de que, incluso después de su muerte, su pensión podrá coadyuvar en la educación, alimento y seguridad de sus hijos -artículo 6 de la Constitución-; el primer párrafo del artículo 35 permite que la pensión de orfandad sea menor a la pensión de viudez, sin que exista base razonable y objetiva que permita presumir que los hijos sobrevivientes quedan en menor grado de necesidad que la viuda(o), tras el fallecimiento del causante; y, el primer párrafo del artículo 35 incurre en una inconstitucionalidad por omisión al no prever expresamente un tope mínimo por debajo del cual no podría situarse el monto de la pensión de orfandad").

[33] Artículo 7 de la Ley 28449, que modifica el artículo 34.a del Decreto Ley 20530.

[34] Artículos 6 y 14 de la Constitución.

que los hijos concluyan sus estudios superiores satisfactoriamente, y esto viene a significar que no sólo se considerará los estudios universitarios sino también los técnicosm. Al igual que en el caso anterior, también se declaró la inconstitucionalidad de la norma conexa del Decreto Ley 19990.

c. La pensión y la protección de su contenido

Determinada la validez -o variación mínima- de algunas nuevas reglas pensionarias, corresponde revisar cuál es el contenido del derecho fundamental a la pensión, a entender del Tribunal Constitucional.

El reconocimiento del derecho a la pensión en la Constitución posee un grado tal de fundamentalidad tal que posibilita una protección super reforzada dentro del ordenamiento jurídico. Un derecho fundamental es aquél conveniente para la concepción del Estado y las bases ideológicas de éste, que son considerados por el constituyente (de manera explícita o implícita) como fundamentales, con un plus de protección que el resto de derechos constitucionales. Y tal como se ha podido observar, los cambios pensionarios no pueden ser alegados como fórmulas de afectación de este derecho.

La pensión posee un contenido tripartito, que posibilita la protección gradual, según los tres elementos diferenciados que lo componen, según desarrollo doctrinal de la materia. Por ende, cabría distinguir, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que se establezcan a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados; un contenido esencial, absolutamente intangible; y, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que buscar ser impulsados

[35] Fundamento 153 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-Al/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC ("sucede que la medida que el legislador ha adoptado para alcanzar ese fin no resulta idónea, pues no se toma como referencia para el decaimiento de la pensión el momento en el que el hijo culmina sus estudios, sino la fecha en la que cumple veintiún años. En tanto es evidente que en la gran mayoría de casos a la edad de veintiún años aún no se han culminado los estudios superiores, la disposición no resulta idónea para la consecución del fin que persigue, y en consecuencia, resulta desproporcionada en este aspecto", además de que "en tanto que el artículo supedita la vigencia de la pensión al hecho de proseguir estudios 'universitarios', corresponde declarar la inconstitucionalidad de esta última palabra, por excluir, sin que exista un fundamento objetivo y razonable que lo justifique, a las personas que siguen estudios superiores distintos de los universitarios, tales como carreras técnicas, estudios en centros de educación ocupacional, en institutos militares, entre otros. En este aspecto, la disposición no sólo resulta discriminatoria y, por ende, contraria al inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, sino que también resulta incompatible con el derecho fundamental a la educación -artículo 14 de la Constitución- que inspira la finalidad de la disposición").

por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales. En esta línea, se debe mantener inmutable el contenido esencial, mientras que los contenidos no esencial y adicional se deben ir delineando según las necesidades de protección. Con ello se busca que la pensión pueda tener la mayor eficacia posible, y no desestabilice un país.

Ya entrando al caso materia de la inconstitucionalidad, el Tribunal ha explicado qué elementos componen cada ámbito existente en el derecho a la pensión. Por ende, el contenido esencial incluye la posibilidad de acceder y no ser privado de una pensión, pero siempre respecto a un monto mínimo inamovible. El no esencial permite el reajuste pensionario y la existencia de un tope máximo El adicional incluye a los beneficiarios del derecho: las pensiones de los viudos, los huérfanos y los ascendientes.

Es importante determinar, por ende, respecto al contenido adicional, quiénes son los verdaderos titulares del derecho fundamental a la pensión. A entender del Tribunal Constitucional, sólo adquieren este carácter quienes fueron los aportantes. Sin embargo, a partir de las normas de protección de la familia[36], "y en lo que a la cuestión previsional se refiere, se ha estatuido que los beneficiarios deben gozar de, por lo menos una parte, de los derechos pensionarios que el causante titular percibía. La situación sui generis de los beneficiarios del Decreto Ley N° 20530 ha hecho que la reforma constitucional y la ley de nuevas reglas pensionarias establezcan algunas condiciones para su ejercicio [illegible]. Por tanto, el tratamiento entre titular y beneficiario debe ser distinta[1381].

En la búsqueda de asegurar de mejor manera el derecho fundamental a la pensión, el Tribunal Constitucional aseveró que la existencia de una pensión mínima sobre la base de un monto preestablecido puede terminar afectando el derecho de los pensionistas a tener una pensión digna ante los avatares políticos o económicos, los cuales pueden desfigurarla. Así, el monto de cuatrocientos quince nuevos soles puede tener, en el futuro, un valor real mucho menor del existente en la realidad. Por tanto, tratando de proteger este contenido esencial,

[36] Básicamente, artículo 4 de la Constitución.

[37] Fundamento 82 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-Al/TC, 0051-2004-AUTC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PUTC y 0009-2005-PI/TC.

[38] Se entiende por 'beneficiarios titular de pensión' a "todos los pensionistas por derecho propio, sean de cesantía o invalidez"; y, por 'pensionista' a "todas las personas que perciben una pensión por derecho propio, (cesantía o invalidez) o derivado (sobrevivencia)" [artículo 1 del Decreto Supremo 017-2005-EF].

el cual es absolutamente intangible para el legislador, el Tribunal Constitucional ha llegado a desarrollar la cuestión. Basándose en los principios de justicia y equidad pensionaria, se consideró conveniente, basarse en una teoría valorista y no nominalista, a efectos de que el monto mínimo vital esté plenamente garantizado frente a eventuales fenómenos económicos -por ejemplo, índices inflacionarios altos- que podrían terminar por vaciar de contenido el derecho fundamental a la pensión"[39]. Únicamente de esta manera, la protección de los ingresos de pensionistas podrá quedar asegurar.

En esencia, la protección del triple contenido del derecho fundamental a la pensión ha sido detenidamente observada por el Tribunal Constitucional. En estricto, se ha creído conveniente dotar de correcta promoción normativa, sobre todo de los hijos y el viudo, todo esto en pos de la búsqueda de la justicia y la seguridad de toda la población. Así, se debe señalar que el derecho fundamental a la pensión no ha sido vulnerado, e inclusive ha sido promovido, en cierta forma, con la reforma constitucional para el grupo más necesitado. Es más, con el fin de lograr el equilibrio presupuestal que siempre requiere el Estado, era necesario que el Tribunal reafirme la constitucionalización de la reforma realizada. La protección no sólo de un grupo de pensionistas ha sido asegurado, sino el derecho a una vida digna de la mayoría de peruano 0°[l].

[39] Fundamento 136 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PUTC.

[40] Así, "la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28449 establece que los recursos que se ahorren como consecuencia de la aplicación de topes a las pensiones, serán transferidos bajo responsabilidad al Fondo para la Asistencia Previsional para financiar los incrementos detallados en dicha disposición. Por su parte, el cuarto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, al regular el ahorro presupuestal, señala que aquel será destinado a incrementar las pensiones más bajas. Si bien esta última disposición no puede ser interpretada en el sentido de que la totalidad de dicho ahorro se destine especificamente a elevar las pensiones (aunque sí su parte más significativa), en la medida que la razón fundamental de la reforma constitucional consiste en optimizar el derecho a la pensión, lo que sí resulta imperativo es que la totalidad de dichos fondos se destine a mejorar el sistema de seguridad social, lo cual implica, entre otros muchos aspectos, gastos en infraestructura y logística de salud, compra de más y mejores medicamentos, capacitación del personal de salud y mejora de sus honorarios, etc. La interpretación del cuarto párrafo de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución reseñada, resulta vinculante para todos los poderes públicos, de manera tal que será inconstitucional todo acto mediante el cual se destine parte de los recursos que provengan de la aplicación de las nuevas reglas pensionarias, a asuntos que no se encuentren directamente relacionados con la optimización del sistema de seguridad social del Estado" [Fundamento 159 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-Al/TC, 0051-2004-AFTC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC].

> Como ya se mencionara, a partir de la sentencia objeto de estudio, el Colegiado consideró de raíz que la jurisprudencia vertida con anterioridad a las Leyes 28389 y 28449 sólo podría ser válida en la medida que no colisione con los nuevos conceptos emitidos por la reforma constitucional. Precisa que los parámetros constitucionales para resolver el caso vienen determinados por los 'contenidos fundamentales' que la propia Constitución invoca, y no por las normas ahora ya derogadas. Es así como debe quedar claro que se ha partido de un principio de presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de las leyes. De esta forma, se asume un criterio de 'validez relativa' de la jurisprudencia emitida en el pasado.
> Ahora bien, con la reforma constitucional establecida por la Ley 28389 y su desarrollo en la Ley 28449, el tratamiento de los derechos legalmente obtenidos ha cambiado sustancialmente, puesto que si bien antes existía un régimen de excepción en materia de derechos adquiridos en materia previsional respecto de los regímenes correspondientes al Decreto Ley 20530[14]¶3, en la actualidad dicho tratamiento ha desaparecido. Es más, la Primera Disposición Final y Transitoria ahora en vigencia, expresamente ha regulado que el régimen del Decreto Ley 20530 se encuentra definitivamente cerrado.

Conclusiones

El derecho fundamental a la pensión establecido en el artículo 11 de la Constitución no ha sido vulnerado en lo referido a su contenido esencial, tras la modificatoria del régimen pensionario del Decreto Ley 20530. No se ha afectado el ingreso ni la no-privación de la pensión, y se ha consolidado el derecho a la pensión mínima Igualmente, razonablemente se han modificado las reglas de la nivelación pensionaria y del tope máximo, y se han variado las condiciones para el caso de los viudos y huérfanos. Por ende, la sentencia recoge plenamente los postulados propios de una reforma constitucional, es decir, que ha terminado respetando el 'contenido fundamental' de la Constitución.

Entonces, el Tribunal Constitucional peruano, tomando en consideración que la persona humana es el fin supremo de la protección de la Norma Fundamental, consideró que "es de esta forma como el derecho fundamental a la pensión permite alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad de los pensionistas. De ello, se deriva su carácter de derecho fundamental específico, que supera las posiciones liberales que no aceptan un concepto de igualdad como diferenciación, pero que tampoco suponen privilegios medievales que tengan por objeto un trato diferenciado estático a determinado colectivo para

[41] De igual forma sucede con el Decreto Ley 19990.

conseguir y mantener la desigualdad"[42]. De esta forma, el ámbito pensionario de la Constitución (básicamente del régimen de la 20530) no se ha visto trastocado con el cambio de la normatividad, confirmada en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional. Es más, con el fallo emitido, el ahorro presupuestario de la modificación realizada incluirá un beneficio a la gran mayoría de personas, especialmente al mayor grupo de los pensionistas adscritos al régimen de la 20530, como también a los que se encuentran en el régimen de la 19990.

[42] Fundamento 76 de la Sentencia de los Expedientes 0050-2004-Al/TC, 0051-2004-AFTC, 0004-2005-PI/TC, 0007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC.

COMENTARIO A LA STC 0002-2011-CC/TC DE 27 DE AGOSTO DE 2011

SOBRE LA COMPETENCIA DE LA OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES PARA REGULAR LA FRANJA ELECTORAL, CONTROLAR LA ACTIVIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA DE LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS Y LA ATRIBUCIÓN FISCALIZADORA DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

Por Carolina Parra Decheco
Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. *Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional*
   - *1.1. Establecer la competencia para regular todo lo relativo a la franja electoral y supervisar los fondos y recursos de las organizaciones políticas.*
   - *1.2. Establecer la competencia supervisora en el ámbito administrativo sobre los demás órganos del sistema electoral.*
2. *Contexto histórico-político de la sentencia*

El presente caso puso en evidencia la pugna sobre atribuciones y competencias existente entre dos órganos del sistema electoral: el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) y la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), que tuvo lugar en pleno ambiente electoral durante las elecciones generales del 2011, llevadas a cabo en nuestro país precisamente en el discurrir de este proceso de conflicto de competencia.

Vale mencionar que el proceso competencial se interpone en un momento social y políticamente álgido para la sociedad peruana, lo que tomó este litigio en un tema aún más delicado de lo que por su propia naturaleza es, por implicar la delimitación de competencias constitucionales.

Viene al caso recordar en cuanto al tema específico de la franja electoral, materia sólo conexa en la sentencia objeto de comentario, que el Tribunal Constitucional anteriormente se pronunció en la STC 00003-2006-AI/TC,

declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 37 de la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos.

3. *Análisis*

El 11 de febrero de 2011, la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) interpuso demanda de conflicto de competencia contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), reclamando como atribución propia la regulación: a) de todo lo relativo a la franja electoral prevista en la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos; y que en consecuencia, se declare la nulidad de la Resolución 031-2011-JNE, que aprueba el Reglamento de Franja Electoral para las elecciones generales 2011; y, b) la supervisión de los fondos y recursos de las organizaciones políticas; y que se declare la nulidad de la Resolución 032-2011-JNE, que aprueba el Reglamento de la Supervisión del Cumplimiento de las Normas sobre Financiamiento de las Organizaciones Políticas. Alega que dicha norma encomienda al JNE una tarea fiscalizadora administrativa sobre competencias asignadas exclusivamente a la ONPE.

Como temas de relevancia constitucional abordados en la sentencia en comentario, debe citarse, en primer término, el referido a la determinación de cuándo una fuente del derecho expedida por el Parlamento puede ser considerada una ley orgánica, que por antonomasia y de acuerdo al artículo 106 de la Constitución, "regula la estructura y competencias de las entidades del Estado previstas en la Constitución", lo que implica, como ya ha sido establecido en jurisprudencia anterior, que debe reunir dos requisitos especiales; uno de orden material, vinculado a la exigencia de que se ocupe de la materia que le ha sido constitucionalmente reservada; y el otro, referido al número de votos necesarios para su aprobación. Por ello, más allá del *nomen iuris* de "orgánica", lo que realmente califica a una ley como tal es el cumplimiento de las dos condiciones antes mencionadas. En esa línea, el Tribunal Constitucional puntualiza que los artículos 34 y 38 de la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos (LPP), en tanto reconocen competencias a la ONPE (materia reservada a ley orgánica) y fueron aprobadas por una mayoría calificada, son normas orgánicas.

De este modo, el artículo 34 de la LPP se encuentra vinculado a la competencia exclusiva de la ONPE de verificar y controlar externamente la actividad económico-financiera de los partidos políticos, los movimientos de alcance regional o departamental y las organizaciones políticas de alcance provincial y distrital a través de su Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios. El artículo 38 de la acotada norma, por su parte, desarrolla lo relacionado con la duración y frecuencia de la franja electoral, señalando que en dos momentos hace referencia a las competencias de la ONPE en materia de regulación de la franja electoral, primero, cuando dispone que le corresponde a la Gerencia de Supervisión de los Fondos Partidarios de esta entidad la

determinación del tiempo disponible para cada partido político, así como la reglamentación respectiva; y el segundo, cuando dispone que corresponde a la ONPE determinar los espacios de tiempo de la franja electoral no utilizados por los partidos políticos y que serán destinados a la difusión de educación electoral.

En lo que atañe a la franja electoral establecida en el artículo 37 de la LPP, se puntualiza que la regulación de sus características no es un asunto reservado a la ley orgánica y que el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en la STC 0003-2006-AI/TC, expresando: "Como resulta evidente, tal materia no se encuentra entre las que han sido expresamente reservadas a la ley orgánica por la Constitución. En efecto, más allá de la relación que la materia tiene con el proceso electoral, el asunto en modo alguno podría considerarse vinculado con el establecimiento de las condiciones y el procedimiento para el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo (materia reservada a ley orgánica por el artículo 31 de la Constitución). Tampoco, por cierto, tiene alguna vinculación con el establecimiento de las condiciones en que debe ser utilizado o concedido en uso el espectro radioeléctrico a los medios de comunicación (...)". Asimismo, con relación a la franja electoral, tiene establecido lo siguiente: "La franja electoral puede ser definida como el espacio en estaciones de radio y de televisión de propiedad privada y del Estado, al que tienen acceso de manera gratuita y proporcional, todos los partidos políticos o alianzas que participan en un proceso electoral, y que opera desde los 30 días anteriores a la realización de los comicios, hasta los 2 días previos al acto electoral, con una duración de entre 10 y 30 minutos diarios" (artículos 37 y 38 de la LPP). Por lo tanto, la franja electoral constituye un elemento consubstancial en la organización y realización del proceso electoral, sin dejar de anotar que, como ha sido establecido por el Tribunal Constitucional, es una fórmula de financiamiento público indirecto de los partidos políticos por parte del Estado (STC 0003-2006-PI/TC).

Sobre el particular, importa mencionar que el Tribunal finalmente estableció la derogación implícita del artículo 194 de la Ley Orgánica de Elecciones (LOE) por los artículos 37 y 38 de la LPP, salvo determinados fragmentos del citado artículo 194 de la LOE, que dispone: "en caso de una segunda vuelta, las franjas aquí mencionadas se regularán por las mismas normas", disposición que cobra vigor ante la omisión de este tema en los artículos 37 y 38 de la LPP, la cual según el Tribunal Constitucional debe ser interpretada en el sentido de que la regulación de la franja electoral realizada por los citados artículos de la LPP, en lo que resulte aplicable, es extensible a la referida segunda vuelta.

En segundo término, se debe destacar la precisión que hace el Tribunal Constitucional respecto a que si bien el JNE ejerce funciones principalmente jurisdiccionales, también tiene competencia constitucional para el desempeño de funciones administrativas predominantemente supervisoras, las cuales

se extienden al funcionamiento del sistema electoral en su conjunto, con la finalidad última de coadyuvar a su unidad y a la acción coordinada de sus órganos conformantes, lo que coloca al JNE como ente de control del adecuado desenvolvimiento del sistema electoral peruano, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 178 de la Constitución. A estas competencias constitucionales cabe agregar lo previsto en el artículo 184 de la Constitución, el artículo 5 de la Ley 26486, Ley Orgánica del JNE, así como aquellas competencias que se establezcan a través de la ley orgánica.

En esta línea de análisis, conviene recordar que el Tribunal ha subrayado que tanto la ONPE como el RENIEC, en su calidad de órganos constitucionales gozan de independencia estructural y autonomía administrativa; y que, por lo tanto, no será posible derivar del ejercicio de las competencias administrativas supervisoras del JNE la adopción de decisiones coercitivas dirigidas a los demás órganos integrantes del sistema electoral; sin dejar de enfatizar que ambos tienen la obligación constitucional de adoptar todas las medidas necesarias a fin de que el JNE pueda ejercer debidamente sus funciones administrativas. Distinto es lo referido a las competencias jurisdiccionales ejercidas por el JNE, a las que con toda propiedad acompaña el rasgo de la *coertio.*

Por lo que respecta a la ONPE, de conformidad con lo previsto por el artículo 182 de la Constitución a esta institución le compete "organizar todos los procesos electorales, de referéndum y los de otros tipos de consulta popular, incluido su presupuesto, así como la elaboración y el diseño de la cédula de sufragio", "la entrega de actas y demás material necesario para los escrutinios y la difusión de sus resultados", y brindar "información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio en las mesas de sufragio", además de las funciones que el legislador establezca a través de ley orgánica, como las que menciona el artículo 5 de la Ley 26487, Ley Orgánica de la ONPE.

Así las cosas, a juicio del Tribunal Constitucional, la forma como se encuentra regulado el tema de la franja electoral, que alude a una relación necesaria e indisoluble con la realización y ejecución de un proceso electoral, lleva a interpretar que, de conformidad con el artículo 182 de la Constitución, todo aspecto vinculado a su regulación y ejecución es competencia de la ONPE, lo que se ve confirmado con lo previsto en el artículo 5, inciso c), de la Ley Orgánica de la citada entidad, que le confiere competencia para "planificar, preparar y ejecutar todas las acciones necesarias para el desarrollo de los procesos a su cargo en cumplimiento estricto de la normatividad vigente". Por ende, la franja electoral es una materia que se encuentra intrínsecamente ligada al proceso electoral y, en ese sentido, surge y se agota en el marco de los procesos electorales que deben ser organizados y preparados por la Oficina Nacional de Procesos Electorales como órgano constitucional especializado y

competente para ello. A criterio del Tribunal, nada impide que en el marco de la implementación y ejecución de la franja electoral por parte de la ONPE, el JNE ejerza las correspondientes competencias administrativas supervisoras y jurisdiccionales que la Constitución y las leyes orgánicas le confieren. La ONPE tiene la obligación constitucional de reconocer tales competencias y contribuir con el JNE para su debido ejercicio, en cumplimiento de las relaciones de coordinación que deben existir entre tales órganos tal como exige el artículo 177 de la Constitución.

De otro lado, el Tribunal Constitucional estima que la competencia para la verificación y el control externo de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, los movimientos de alcance regional o departamental y las organizaciones políticas de alcance provincial y distrital corresponde exclusivamente a la ONPE a través de su Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios, conforme expresamente dispone el artículo 34 de la LPP, que, como ya se comentó, es una norma orgánica. En cuanto al JNE, determina que es competente para supervisar permanentemente a la ONPE, por ineludible mandato constitucional (artículo 178 de la Norma Fundamental), y que lo que no cabe realizar, porque estaría violentando esta competencia, es ejercer un control directo de la actividad económico-financiera de tales organizaciones políticas.

Respecto a la Resolución 031-2011-JNE, que aprueba el Reglamento de Franja Electoral para las elecciones Generales 2011, opina que aunque ha cesado su vigencia por haber concluido el mencionado proceso electoral, ello no es óbice para que el Tribunal precise que, de haber continuado vigente el citado Reglamento, sus artículos 6, 7 , 8, último párrafo de su artículo 9, 10, 12, 13,14, 16, 17, 19, así como su Primera Disposición Final habrían sido declarados nulos, al igual que el artículo segundo de la precitada resolución, por afectar competencias de la ONPE en materia de regulación de la franja electoral; y que habría sido reconocida la validez del artículo 18 de este Reglamento.

En cuanto a la Resolución 032-2011-JNE, que aprobó el Reglamento de Fiscalización de la Supervisión del Cumplimiento de las Normas sobre el Financiamiento de las Organizaciones Políticas, el Tribunal Constitucional declaró nulo el artículo 14, literal g), por cuanto a través de esta norma, el JNE procedió a controlar directamente el financiamiento de las organizaciones políticas, competencias que la legislación orgánica reserva exclusivamente a la ONPE.

Finalmente en orden a las consideraciones expuestas, el Tribunal declaró fundada, en parte la demanda, y estableció dentro del marco constitucional y legal que corresponde a la ONPE la competencia para regular todos los aspectos de la franja electoral. Por su parte, al JNE conforme al artículo 178 de la Constitución,

las competencias fiscalizadoras, supervisoras y jurisdiccionales. Así también determinó que es competencia del JNE, el ejercicio de la competencia de control externo de la actividad económico-financiera de las organizaciones políticas ejercida por la ONPE (fiscalizar y supervisar), con la obligación constitucional por parte de esta entidad de remitir los informes y documentos que el JNE le requiera para el debido ejercicio de tal supervisión.

Llegados a este punto, debemos mencionar que consideramos atinado que el Tribunal Constitucional procediera a resolver este proceso competencial una vez concluido el proceso electoral, en procura de la paz social, la estabilidad y la gobernabilidad del país, puesto que hubiera resultado inconveniente cualquier variación de las reglas en materia electoral en pleno desarrollo de la campaña política por las elecciones generales del 2011.

De igual manera, consideramos que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, además de pacificar las tensiones surgidas entre dos órganos constitucionales como son la ONPE y el JNE, de cara a las próximas elecciones, aporta esencialmente al fortalecimiento del sistema democrático en el país y fundamenta el Estado social y democrático de derecho.

COMENTARIO A LA STC 0003-2006-PI/TC DE 19 DE SETIEMBRE DE 2006

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA FRANJA ELECTORAL

Por: Nora Luzmila Fernandez Lazo
Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes

En la sentencia materia de comentario, hemos identificado como materias constitucionalmente relevantes las siguientes: i) la superioridad jerárquica de las leyes orgánicas sobre las leyes ordinarias; fi) la afectación de los derechos fundamentales a la libertad de trabajo, de empresa, de información y de expresión; iii) la afectación de los derechos fundamentales a la igualdad y de propiedad.

2.- Contexto histórico — político de la sentencia

Luego de culminado el Gobierno Transitorio del entonces Presidente del Congreso, Valentín Paniagua Corazao (noviembre 2000 - julio 2001), asumió la Presidencia de la República Alejandro Toledo Manrique (2001-2006), cuyo gobierno se planteó entre otros objetivos la reconstrucción del Estado de Derecho, la lucha contra la corrupción y la plena vigencia de los derechos constitucionales; asimismo, puso énfasis en el desarrollo de una agenda democratizadora para superar algunas recurrencias nocivas del régimen autoritario del expresidente Alberto Fujimori.

La institucionalización de la democracia y particularmente la vigencia efectiva de los derechos políticos y sociales fueron la temática preponderante de esta agenda. Empero, el pluralismo y la participación de los ciudadanos en la vida política del país, sea de manera individual o colectiva, requerían no solo regular las instituciones participantes, sino también la formación de la ciudadanía, todo ello en un escenario nacional con evidentes secuelas de control de los medios de comunicación (prensa hablada, escrita, televisiva).[1]]

En este contexto, se consideró necesario garantizar la vigencia y defensa del sistema democrático mediante la participación individual o colectiva de

[1] Actualmente se procesa a Alberto Fujimori exp. Judicial N° ...

quienes representan a la ciudadanía, e indispensable para tal fin, la canalización de la opinión pública, mediante la información y formación de la expresión ciudadana. Así, mediante la Ley de Partidos Políticos (LPP) N.° 280094, cuya finalidad es garantizar el pluralismo democrático y el respeto absoluto por la voluntad popular, se reguló la participación ciudadana en la vida política, sus instituciones, su organización y su rol constitucional, como mecanismos canalizadores de la voluntad popular, desde la perspectiva de concretización de la Norma Fundamental y desde la materialización de la vigencia efectiva de los derechos sociales y políticos del ciudadano. Se establecieron, así, los requisitos y formas de adquirir la condición de afiliados dentro de las citadas organizaciones, así como la observancia de la democracia interna. [2]

Centrándonos en la citada Ley de Partidos Políticos, podemos destacar que, respecto a las organizaciones políticas, se estatuyó que podían constituirse partidos, movimientos o alianzas. Asimismo, se reconoció a los partidos políticos como instituciones fundamentales que constituyen la base del sistema democrático. No sólo porque expresan el pluralismo que caracteriza a todo Estado constitucional y democrático de derecho, sino también porque forman las manifestaciones de la voluntad popular y, fundamentalmente, porque son indispensables para participar por medios lícitos, democráticamente, en los asuntos públicos del país. Se estableció su necesaria inscripción en un Registro de Agrupaciones y el inicio de sus actividades a partir de un Acta de Fundación. Finalmente, se reguló su forma de financiamiento, prescribiéndose la obligatoria transparencia y publicidad respecto a aportes y financistas, entre otros.

El artículo 37.°, que es materia de cuestionamiento, integra el Título VI de la Ley N. ° 280094, denominado del Financiamiento de los Partidos Políticos, y está referido a la franja electoral, fijando su fecha de inicio, su vigencia, la gratuidad de su acceso independientemente de la naturaleza privada o pública de los medios en que se propague y las obligaciones del Estado respecto a quienes la difunden. Señalaba expresamente:

> "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

[2] Cfr. Artículos 4° y 6° de la Ley de Partidos Políticos N.° 280084.

televisión para la producción de los espacios que son difundidos a través de la franja electoral."[3]

Finalmente, es de destacar que la Ley de Partidos Políticos N° 280094 se promulgó el 12 de octubre de 2003: consecuentemente, como toda norma pública, su aplicación resultaba de obligatorio cumplimiento para las elecciones generales del año 2006. En este contexto de debate e interés de la sociedad respecto a un escenario político diferente, con nuevas instituciones, reglamentación de organizaciones y nuevas exigencias, el 16 de enero de 2006, un grupo de más de 5000 ciudadanos con firmas comprobadas, interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37° de la Ley N.° 28094 —Ley de Partidos Políticos (LPP). El Tribunal Constitucional (en adelante Tribunal, Colegiado), mediante sentencia expedida con fecha 19 de setiembre de 2006, se pronunció declarando Infundada la demanda de inconstitucionalidad.

3.- *Análisis*

En el presente ítem, haremos una somera evaluación de las materias constitucionalmente relevantes, que hemos identificado anteriormente. En lo que respecta a i) la alegada superioridad jerárquica de las leyes orgánicas sobre las leyes ordinarias, los demandantes acusaban la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, alegando su disconformidad con el artículo 194° de la Ley Orgánica de Elecciones (LOE). Así, aducían que:

> "...el artículo 194° de la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859, es una ley vigente y de mayor jerarquía que el artículo 37° de la Ley de Partidos Políticos, por tratarse justamente de una ley orgánica que regula la estructura y funcionamiento de una entidad del Estado prevista en la Constitución, según el artículo 106° de la Constitución Política del Estado.
>
> Consecuentemente, el artículo 37° de la Ley de Partidos Políticos es inconstitucional también por la forma, porque contraviene expresamente un artículo de una ley orgánica..."[4]

El Tribunal estimó que el artículo 37° de la LPP se encarga de establecer el acceso gratuito de los partidos políticos a los medios de radiodifusión, de propiedad privada y del Estado, en una franja electoral, y la reducción proporcional del canon en compensación a los medios de comunicación por el uso del espectro electromagnético que realizan los partidos políticos. Por otra parte, destacó que el hecho de que la LOE haya recibido el *nomen iuris* de "Orgánica", no significa que todas y cada una de sus disposiciones adopten ese carácter, puesto que habiendo sido aprobada con más de la mitad del número

[3] Texto expreso del articulado 37.° de la Ley de Partidos Políticos.
[4] Cfr. Argumentos tomados del escrito de demanda.

legal de miembros del Congreso, sólo aquellas que se ocupen de una materia reservada a ley orgánica, adoptarán este carácter.

Aún más, precisó, enfáticamente, que:

> "... No es ese el caso del artículo 194° de la LOE, dado que, como fue expuesto, dicho artículo, al igual que parte del artículo 37° de la LPP, se ocupa de la regulación de la franja electoral, materia propia de la ley ordinaria...".
>
> "...En consecuencia, y en definitiva, tanto el artículo 194° de la LOE, como el artículo 37° de la LPP, en atención a la materia de la que se ocupan, carecen de carácter orgánico. Por tanto, no tiene sustento alegar que la disposición incoada ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad al ocuparse de una materia reservada a ley orgánica por la Constitución; y menos aún puede sostenerse que su supuesto vicio de invalidez constitucional reside en ser incompatible con el mandato del artículo 194° de la LOE que versa sobre materia ordinaria..."[5]

Respecto al punto *ii),* sobre la afectación de libertades y derechos fundamentales, se alegaba que la norma observada contravenía expresamente el artículo 35° de la Constitución Política del Perú, al imponer la obligación a los medios de comunicación privados de difundir publicidad de los partidos políticos de forma gratuita durante períodos electorales, y de igual manera los artículos 2° 4, 2° 16, 23°, 59° y 70°. Asimismo, que el vicio de inconstitucionalidad afectaba a todos los preceptos a los que deba extenderse por conexión o consecuencia. Así, afirmaban que la norma observada generaba."... negativas consecuencias para el ejercicio de la libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento consagrado en el artículo segundo de la Constitución, más aún cuando lo que se requiere son medios sólidos e independientes para que no se repitan los deplorables hechos de la década pasada". [6]

Por su parte, el Congreso de la República contestó la demanda afirmando la constitucionalidad de la norma cuestionada, y las razones que justifican su dictado, destacando los objetivos que se pretende conseguir y las finalidades asignadas. Así, sostuvo que:

> "..el artículo 37° de la Ley de Partidos Políticos dispone que el Estado para proporcionar la franja electoral en los medios de comunicación privados, procede a contratar dichos espacios. Con tal motivo procede a compensar a los medios de comunicación a través de la reducción proporcional en el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico. Pero, de ningún modo

[5] Fundamentos jurídicos 10' y 11' de la sentencia en comentario
[6] Cfr. Argumentos tomados del escrito de demanda

puede entenderse que los espacios de franja electoral que se contraten serán retribuidos exclusivamente con cargo al canon por el empleo del espectro radioeléctrico. (...).

Precisando, en relación a la alegada afectación a las libertades de expresión e información atribuida a la difusión de la franja electoral, que:

"...permite ejercer el derecho a la libertad de expresión de todos aquellos partidos políticos y ciudadanos candidatos en contienda electoral, cumpliendo el deber del Estado de proporcionar los medios para que puedan ejercer su derecho de participación política, y se cumple y promueve el derecho de opinión y el derecho de información de las personas, ya que por intermedio de la franja electoral podrán precisamente los ciudadanos estar correctamente informados respecto del proceso electoral a fin de tener la capacidad de ejercer el derecho de sufragio estando informados."[7]

El Tribunal discrepó, por distintas razones con la posición de los demandantes; tales razones estaban vinculadas con la función de los partidos políticos, el deber de garantizar el pluralismo democrático en igualdad, la naturaleza y configuración de la franja electoral, el contenido constitucionalmente protegido de las libertades de información expresión, y la función social de los medios de comunicación.

En el caso concreto, de manera acertada, el Tribunal expuso que una franja electoral que sólo toma entre 10 y 30 minutos de emisión durante 28 días del año, y que no se difunde todos los años, no puede poner en riesgo financiero a las empresas radiodifusoras, de modo que se trataba de un argumento que carecía de todo sustento, y que sólo podía encontrar asidero en una perspectiva netamente utilitarista, ajena (aisladamente considerada) a la función social que los medios de comunicación deben cumplir en un Estado social y democrático de derecho como el peruano (artículo 43° de la Constitución). El Tribunal concluyó destacando que la norma cuestionada tampoco afecta la libertad de empresa, reconocida en el artículo 59° de la Constitución, dado que no restringe el inicio ni el mantenimiento de la actividad empresarial

Por otro lado, la sentencia bajo comentario puso énfasis en que el artículo 2°, incisos 17 y 30 al 35 de la Constitución, reconoce el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica; y también de los derechos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2°, inciso

[7] Cfr. Escrito de contestación de la demanda.

4), de acceso a la información pública (artículo 2°, inciso 5), de reunión (artículo 2°, inciso 12) y de asociación (artículo 2°, inciso 13).

Ello, porque en opinión del Tribunal, tal como expresa el artículo 35° de la Constitución, los partidos políticos concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, toda vez que representan el tránsito de una concepción individualista a una idea comunitaria y social de la representación. De ahí que son el pilar fundamental como expresión del pluralismo político y democrático organizado y también, como expresa el artículo 1° de la LPP, instituciones fundamentales para la participación política y base del sistema democrático.

De ahí que, según el Tribunal, constituya un deber constitucional que, en tiempos de elecciones, el Estado adopte las medidas razonables para que los medios de radiodifusión coadyuven en difundir las propuestas democráticas de las fuerzas partidarias

Finalmente, debemos destacar que el Tribunal resaltó con acierto el rol de los partidos políticos, como expresión del **pluralismo democrático, subrayando los fines que en tal sentido cumple la franja electoral,** instrumento imprescindible para la difusión de sus propuestas en los medios de comunicación de señal abierta, pues resulta de vital importancia para que el pluralismo político e informativo se concrete y permita el ejercicio de un derecho de voto (artículo 31° de la Constitución) informado, razonado y, por ende, responsable. Más aún, argumentaba el Tribunal, su difusión contribuye a aminorar las desigualdades "naturales" con las que los partidos políticos pueden ingresar a la campaña electoral, pues es un mecanismo que permite a todos —*bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad*— ingresar en contacto con el electorado, concretizando el principio-derecho de igualdad reconocido en el artículo 2° 2 de la Constitución.

Respecto, al punto iii) se alegaba la afectación de los derechos fundamentales a la igualdad y de propiedad.

En conclusión, esta sentencia del Tribunal Constitucional es un aporte que discierne con claridad el tema de la formación y manifestación de la voluntad popular, y pone de relieve la vigencia efectiva de los derechos de participar en la vida política del país, en general, y del derecho a elegir y ser elegido, en particular.

COMENTARIO A LA RTC 0022-1996-PI,
DE 16 DE JULIO DE 2013

LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA SOBRE LA CANCELACIÓN DE LOS BONOS AGRARIOS

Por: Jaime de la Puente Parodi
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. *Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional*

   1.1. La competencia del Tribunal Constitucional en materia de ejecución de una sentencia expedida en un proceso de inconstitucionalidad.

   1.2. Los principios de *previsión de consecuencias y* de *concordancia práctica* en la determinación de la valoración, cancelación actualizada y el procedimiento de pago de la deuda de los bonos agrarios.

2. *Contexto histórico-político de la sentencia*

Cuando el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional emitió la sentencia recaída en el expediente N.° 022-96-I/TC el 15 de marzo de 2001[1], en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Ingenieros del Perú contra los artículos 1.°, 2.° y la Primera Disposición Final de la Ley N.° 26597 y el artículo 1.° de la Ley N.° 26599 es poco probable que los magistrados que lo conformaron hayan imaginado que luego de doce años la controversia constitucional seguiría discutiéndose en la jurisdicción nacional.

Si bien el debate actual que origina la resolución que es materia de comentario está relacionado con la ejecución de la sentencia no puede negarse que el eje central "desde la perspectiva jurídica", sigue siendo el mismo que llevó al Tribunal a decretar la inconstitucionalidad de los dispositivos precitados, vale decir que la expropiación sin justiprecio o con pago meramente nominal, al dejar sin efecto los criterios de valorización y cancelación actualizada de las

[1] La vista de la causa se llevó a cabo el 11 de enero de 2001 luego de la reincorporación de los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano de conformidad con la Resolución Legislativa N.° 007-2000-CR.

tierras expropiadas, se contradice con un elemental sentido de justicia, acorde con el artículo 70.° de la Constitución, situación a partir de la cual se origina el pedido para que se inicie el procedimiento de actualización de acreencias derivadas de los procesos de la reforma agraria y su posterior pago.[2]

Punto aparte merece la revisión del escenario político en el que se expide el pronunciamiento. Por un lado, el pedido del Presidente de la República 011anta Humala Tasso para que el Tribunal Constitucional se abstenga de emitir una resolución en el caso de los bonos de la reforma agraria debido a que seis de sus siete magistrados serían relevados y que por ello deben dejar un tema sensible para la siguiente conformación[3]; y por otro, la respuesta del Presidente del Tribunal Constitucional Oscar Urviola Hani en el sentido que el Tribunal como institución autónoma está obligado a administrar justicia constitucional, precisando que el hecho de que haya un proceso de selección no impide que los actuales magistrados estén en la obligación de emitir fallos, como lo está haciendo y como tendrá que hacer hasta que tomen posesión los nuevos magistrados[4]. Como se observa el pronunciamiento del Colegiado ve la luz en un ambiente de tensión, resistencia, enfrentamiento y opiniones en diversos sentidos, algunas emitidas desde un punto de vista jurídico y otras desde una perspectiva económica, situación que permite recordar algunas de las sentencias que se han expedido en la última década ocupando "sin merecerlo " primeras planas, casi siempre alarmistas, por la materia que desarrollan directa o indirectamente, y que tienen impacto en las finanzas del Gobierno Central como por ejemplo la STC 033-2004-AI/TC que declaró inconstitucional la norma que creó el Anticipo Adicional al Impuesto a la Renta, o las decisiones relacionadas al Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) recaídas en las SSTC 01078-2007-PA/TC y 03283-2007-PA/TC que abrieron la puerta al referéndum nacional para la aprobación del "Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo "; o las que incidieron en la economía de un Gobierno Local como es el caso de la STC 0041-2004-AFTC que declaró la inconstitucionalidad de diversas ordenanzas expedidas por la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco que fijaron arbitrios municipales y otras de la misma naturaleza para el caso de distintas comunas.

[2] Pedido del Colegio de Ingenieros del Perú de fecha 5 de octubre de 2011.

[3] http://www.rpp.com.pe/2013-07-09-humala-pide-al-tc-abstenerse-de-fallar-sobre-bonos-de-reforma-agraria-noticia_611733.html.

[4] http://peru21.pe/politica/tribunal-constitucional-rechaza-injerencia-ollanta-humala-2139606.

A pesar de lo indicado luego de dos meses de emitida la RTC 00022-1996-PI/TC las agitadas aguas que dejó el indicado pronunciamiento se han serenado y el análisis económico que hoy se realiza sobre los bonos agrarios apunta a que la decisión tendrá un impacto mínimo en la calificación del riesgo crediticio del Perú puesto que el nivel de endeudamiento es muy bajo por lo que sería manejable[5]. Y si bien esta noticia apacigua a un gran sector de la ciudadanía, hay otro "el que revisa, estudia y critica los pronunciamientos del Tribunal ", que tendrá en esta resolución una herramienta para analizar aspectos procesales relacionados con la ejecución de las sentencias en procesos de inconstitucionalidad y también la habilitación del Tribunal para el cumplimiento de las sentencias constitucionales, lo que convierte un inicial escenario complejo en una oportunidad para que la decisión del Tribunal sea aprovechada académicamente por diversos foros como ha ocurrido en otras ocasiones.

3. *Análisis*

Lo primero que deja en claro la resolución materia de comentario es que no es la primera vez que el Tribunal se pronuncia por un pedido de ejecución de una sentencia dictada en un proceso de inconstitucionalidad pues ya lo había hecho en las RRTC 0023-2007-PUTC y 0031-2008-PI/TC (ambas del año 2010). En efecto, en los indicados pronunciamientos al igual que el presente caso el sustento que habilita la competencia del Tribunal reposa en la necesidad de vigilar y garantizar el cumplimiento definitivo del mandato contenido en una sentencia, remarcando que en el proceso de instancia única como es el caso del proceso de inconstitucionalidad es el Tribunal Constitucional a quien le corresponde mantener su competencia en el ámbito de la jurisdicción constitucional con el objeto de emitir las órdenes y mandatos para que las decisiones no se vean vaciadas de contenido, en atención a lo establecido en el artículo 204.° de la Constitución, y precisado por el artículo 84.° del Código Procesal Constitucional que establece la autoridad de cosa juzgada de la sentencias de inconstitucionalidad que queden firmes, situación que genera la vinculación de lo resuelto en ella a todos los poderes públicos.

Es importante la puntualización respecto a los atributos y las garantías que al Tribunal le corresponde por su naturaleza de órgano que imparte justicia constitucional y que emanan de la propia Constitución y se irradia a toda decisión jurisdiccional, más aún cuando se trata de una que se ha pronunciado por la inconstitucionalidad de una ley, o de ser el caso, una norma con rango

[5] http://gestion.pe/economia/pago-bonos-agrarios-tendra-impacto-minimo-riesgo-crediticio-peru-2071485.

legal. El sustento de tal razonamiento se encuentra en el artículo 139.°, inciso 2 de la Constitución por el cual, además de prohibirse que cualquier autoridad se avoque a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional o interfiera en el ejercicio de sus funciones, tampoco se puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

La tesis de la competencia busca puntos de apoyo en dos situaciones que emanan de la dimensión objetiva del principio de ejecutoriedad de las resoluciones judiciales. Por la primera se busca mantener la constitucionalidad del sistema jurídico, a partir de que lo decidido en una sentencia constitucional solo puede discurrir hacia el orden jurídico constitucional cuando los fallos son cumplidos en sus propios términos De este modo, y en palabras sencillas, solo se mantendrá la constitucionalidad del orden jurídico cuando lo resuelto en una sentencia transite al plano fáctico con toda la fuerza imperativa del mandato recaído en la decisión constitucional. Por la segunda, se evita que se genere un mensaje desalentador del modelo de Estado Constitucional de Derecho ante la renuencia por parte de los poderes públicos para acatar los fallos del Tribunal, en el supuesto que éste se encuentre privado de la competencia para imponer el cumplimiento de sus decisiones.

En este punto es conveniente traer a colación la STC 0030-2004-AUTCm mediante la cual se declaró fundada la demanda y se propuso al Congreso de la República, a través de una *vacatio sententiae,* que dentro de un plazo razonable y breve —en aquél momento antes de agosto de 2006 (luego de seis meses de expedida la sentencia)—, reemplace legislativamente el criterio establecido en el artículo 1 de la Ley N.° 28407 —declarado inconstitucional—, por un criterio de porcentaje de aportación escalonado. Es el caso que hasta la fecha el Congreso no ha cumplido con la propuesta efectuada por el Tribunal Constitucional en la parte resolutiva de su sentencia y se ha generado un vacío legislativo en lo concerniente al porcentaje al que se encuentra afecto el aporte que realiza un trabajador adscrito al régimen previsional del Decreto Ley N.° 20530, dejando a los órganos técnicos de las diferentes entidades estatales que gestionan el recurso humano la aplicación discrecional de un porcentaje sobre la remuneración, normalmente es el 13% debido a que ese porcentaje se aplicó hasta antes que se expida la sentencia.

[6] Con fecha 2 de diciembre de 2005 se dictó la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N.° 28047, Ley que actualiza el porcentaje de aporte destinado al Fondo de Pensiones de los Trabajadores del Sector Público Nacional y regula las nivelaciones de las Pensiones del Régimen del Decreto Ley N.° 20530

Como puede observarse el caso descrito evidencia la necesidad de que el cumplimiento de las sentencias dictadas en procesos de inconstitucionalidad sea materia de seguimiento por parte del Tribunal, debiendo dejarse sentado que si bien el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad, en términos generales, es expulsar la norma del ordenamiento jurídico, ello no necesariamente comporta su ejecución, pues como se advierte del caso citado la falta de una nueva disposición legal que regule la materia afecta el plano de la realidad fáctica constitucional en lo que se refiere al sistema de seguridad social, a pesar de que al dictarse la sentencia se cumplió con la forma jurídico-constitucional.

En la resolución de ejecución se formulan dos argumentos para reforzar la postura de la competencia. Uno que muestra como el propio legislador ha considerado dentro de la normativa procesal constitucional diversos institutos para darle mayor grado de cumplimiento a las sentencias constitucionales y de este modo proteger su ejecutoriedad, lo que no solo se advierte de los artículos 22.° y 59.° del Código Procesal Constitucional que se ocupan de los apremios para actuar las sentencias y la forma de su ejecución, respectivamente, sino también de la represión de los actos lesivos homogéneos prevista en el artículo 60.° del citado código adjetivo y la actuación inmediata de las sentencias estimatorias de primer grado que emana del ya citado artículo 22.°, y que además de su previsión legal han merecido desarrollo jurisprudencial que ha consolidado las mencionadas instituciones procesalesm.

Un último punto que apuntala la fundamentación es el que se refiere a la habilitación por vía jurisprudencial que el Tribunal ha realizado respecto del recurso de agravio constitucional con el objeto de verificar el correcto cumplimiento de las sentencias constitucionales, sea las dictadas por el propio órgano de control constitucional como lo ha previsto en la RTC 168-2007-Q/TC, o las que emanen del Poder Judicial conforme a la RTC 0201-2007-Q/TC, y también del recurso de apelación por salto establecido en la STC 0004-2009-PA/TC, en virtud del cual el cuestionamiento derivado de una presunta ejecución defectuosa de una sentencia del Tribunal Constitucional no debe transitar por la segunda instancia judicial, sino que es de conocimiento del Tribunal directamente.

En cuanto a los alcances del pedido de ejecución, el Colegiado precisa que éste se encuadra en el establecimiento del criterio de valoración y

[7] En la RTC 5033-2006-PA/TC se trazan por vez primera algunas características de la institución de la represión de actos homogéneos y en la STC 00607-2009-PA/TC se desarrolla la actuación inmediata de sentencias estimatorias.

cancelación actualizada de la deuda, así como el procedimiento que deberá seguirse para hacer efectivas ambas acciones, destacando que para fijar estos puntos tendrá presente en su análisis los *principios de previsión de consecuencias y de concordancia práctica.* Respecto al primero es pertinente recordar que en atención a dicho principio el Tribunal *tiene el deber de prever las consecuencias de sus decisiones [...],*[8] vale decir la toma de una decisión se articula con un deber de ver más allá de lo que pueda resolverse respecto al pedido de ejecución y de la medición de las consecuencias del fallo. Como fluye de la resolución, el principio en mención está directamente relacionado con el principio presupuestario de equilibrio financiero esto por la consecuencia que podría acarrear la decisión en el Tesoro Público, lo que debe conllevar a una evaluación de todas las aristas que pudiesen presentarse en la dilucidación de los extremos de la ejecución.

Un segundo principio que el Tribunal tiene en consideración para delimitar su pronunciamiento es el de concordancia práctica por el cual *"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 (artículo 1° de la Constitución)"*.[9] En esta ocasión se relaciona la finalidad del principio de concordancia practica, es decir diluir la supuesta tensión sin sacrificar ninguno de los valores o derechos en juego, con el mecanismo del cual se vale para lograr su objeto, vale decir con la ponderación entre la obligación relativa al pago de la deuda agraria y las demás obligaciones constitucionales que deben ser asumidas por el Estado para la plena eficacia de otros derechos fundamentales, así como del deber que en él recae conforme al artículo 44.° de la Constitución por el cual se busca promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

A partir de los mencionados principios el Tribunal plasma en la decisión el criterio de valoración y cancelación actualizada de la deuda evaluando previamente diversas metodologías que en alguna oportunidad pretendieron ser adoptadas por el Estado peruano, como son: a) la actualización de la

[8] STC 0030-2004-A1/TC (fundamento jurídico 13).
[9] STC 5854-2005-PA/TC (fundamento jurídico 12).

deuda mediante la conversión de los bonos a dólares americanos al tipo de cambio oficial vigente a la fecha de emisión, aplicándose sobre el monto resultante una tasa de interés de 7.5 % anual hasta el mes inmediato anterior en que se efectúe el cálculo, capitalizable anualmente; formula que se plasmó en el Decreto de Urgencia N.° 088-2000[10]; b) actualización mediante la utilización del Índice de Precios al Consumidor ajustado, cuyo antecedente, según se consigna en la resolución, se encuentra en el Decreto Supremo N.° 148-2001-EF[11]; y, c) actualización mediante la indexación de la totalidad de las obligaciones existentes a su equivalente en moneda extranjera.

Luego analizar cada uno de los métodos descritos contrastándolos con nuestra actual realidad económica y otros posibles escenarios menos favorables, el Tribunal considera que la mejor opción es aquella que permite la actualización de la deuda a través de la conversión del monto adeudado a dólares americanos, desde la fecha en que se dejó de pagar, más la tasa de interés de los bonos del Tesoro americano. Sustenta su decisión, primero, en que existe base legal para usar el método de conversión a dólares americanos (Decreto de Urgencia N.° 088-2000); y en segundo lugar, porque los otros métodos "supondrían graves impactos en el Presupuesto de la República, al punto de hacer impracticable la cancelación misma de la deuda ".

A la par del criterio de actualización de la deuda, se implementa el procedimiento para su pago el cual debe estar a cargo del Poder Ejecutivo, instrumentalizándolo en un decreto supremo que reglamente el procedimiento de registro, actualización y forma de pago en un plazo de seis meses de emitida la resolución de ejecución. Seguidamente se recogen los puntos más significativos relacionados con la forma en que se deberá efectuar el pago y que el Tribunal consigna como guías o pautas, que —se entiende— deben ser complementadas en la vía reglamentaria para una correcta ejecución de la sentencia constitucional. Es pertinente señalar que las reglas desarrolladas encuentran soporte constitucional en los principios de equilibrio presupuestal, sostenibilidad financiera y progresividad previstos en los artículos 77, 78 y la Undécima Disposición Transitoria y Final de la Constitución, así como en el artículo 4 de la Norma Fundamental

[10] Mediante el cual se establece procedimiento para la acreditación y pago de deudas a favor de propietarios o expropietarios de tierras que fueron afectados o expropiados durante la Reforma Agraria (promulgado el 9 de octubre de 2000).

[11] Por el cual se dispone constituir una comisión que proponga medidas para el cumplimiento de sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucionales los Arts. 1 y 2 de la Ley N.° 26597 (promulgado el 14 de julio de 2001).

relacionado con los sujetos de especial protección constitucional. Así las cosas, las directrices que asienta el Tribunal son:

1. Estipular un procedimiento para identificar y registrar a los tenedores de bonos de la deuda agraria, determinando con carácter oficial las personas naturales o jurídicas, que tengan la calidad de expropiados originales, herederos, sucesores, adjudicatarios o cesionarios.
2. Verificar la autenticidad de los títulos y la identidad de los tenedores.
3. Cuantificar la deuda según la metodología adoptada por el Tribunal, precisando que el proceso de cuantificación debe concluir en un plazo de dos años de dictado el decreto supremo, con la expedición de una resolución administrativa que consigne el monto actualizado de la deuda más los intereses generados.
4. Determinar la forma de pago de la deuda ya reconocida administrativamente.
5. Establecer que los tenedores pueden acordar con el Estado otras fórmulas de pago, conforme a la normatividad vigente, en estos casos se deberá expedir una resolución. Estas fórmulas deben equivaler a bienes o beneficios de naturaleza semejante (por ejemplo, realizar la entrega de tierras de libre disponibilidad o una nueva emisión de bonos, libremente transferibles y con una tasa de interés igual a la que actualmente viene utilizando el Estado).
6. Diferir el pago en varios ejercicios presupuestales cuando este deba realizarse en efectivo, en cuotas o armadas, que no exceda el plazo de ocho años.
7. Considerar criterios de prelación para el cumplimiento del pago como por ejemplo personas naturales antes que las personas jurídicas y dentro de los primeros, tenedores originarios teniendo en cuenta además a quienes legalmente se les considera adultos mayores.
8. Fijar un plazo que no deberá exceder a cinco años para acogerse al procedimiento que, tal como se ha señalado, se inicia con la identificación y registro de los acreedores.

Con la fijación de los criterios precitados el Tribunal Constitucional intenta poner fin a una discusión jurídica de más de doce años y de este modo pacificar una cuestión que a pesar de la sentencia de inconstitucionalidad dictada en el año 2001 y de varios intentos realizados por el Estado peruano mediante la expedición de normativa ad hoc no encontró solución, haciendo que en búsqueda de tutela jurisdiccional efectiva los ciudadanos hayan recurrido a un proceso judicial para el cobro del justiprecio por la expropiación. Es por tal motivo que la resolución ordena que se utilice el

método de actualización de la deuda a los tenedores de bonos pendientes de pago e inclusive a aquellos que tienen procesos judiciales en trámite.

Finalmente solo resta mencionar que si bien el pronunciamiento del Tribunal al pedido de ejecución de sentencia se orienta desde donde se le observe a reducir el impacto que va a tener la decisión en el plano económico, y principalmente en el fisco, se satisface la obligación de orden moral que tiene el Estado cuando se trata de honrar sus deudas y poner fin a una situación que no debe prolongarse mas en un Estado Social y Democrático de Derecho al tener el adeudo por los bonos agrarios la naturaleza de una deuda pública interna que debió ser cancelada oportunamente y en las condiciones previstas en la normativa sobre la materia.

COMENTARIO A LA SENTENCIA 01969-2011-PHC/TC

LA DETERMINACIÓN DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (CASO "EL FRONTÓN')

Por: Carlos Luis Quispe Astoquilca

1. Materias constitucionalmente relevantes

Las cuestiones de fondo que pueden ser consideradas relevantes en la sentencia bajo comentario son las siguientes:

La competencia de la jurisdicción constitucional para calificar un hecho como delito de lesa humanidad.

La calificación de los hechos del caso El Frontón como constitutivos del delito de lesa humanidad.

La imprescriptibilidad de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos y que no reúnen la condición de delito de lesa humanidad.

2. Contexto histórico-político de la sentencia

La sentencia en su mayor parte constituye la reiteración y consolidación de la doctrina del Tribunal en materia de crímenes de derecho internacional penal, concretamente en lo que se refiere al delito de lesa humanidad y sus consecuencias. No obstante, parte de ella expone una novedad, y es que se trata de la primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional realiza el control sobre la subsunción de los hechos en el tipo penal de lesa humanidad, lo que en el fondo implica un análisis por el juez constitucional de cada uno de los elementos que caracterizan a este delito. La sentencia cobra todavía mayor relevancia, pues se trata del análisis en relación al delito de lesa humanidad de hechos ocurridos hace más de 25 años en el establecimiento penal San Juan Bautista (El Frontón).

3. Análisis

A través de la demanda de hábeas corpus, don José Santiago Bryson de la Barra y otros cuestionan la validez constitucional del inicio del proceso penal en su contra por la presunta comisión del delito de asesinato, previsto y penado por el artículo 152 del Código Penal de 1924 aplicable al caso. El argumento central de la demanda se refiere a que los hechos que dieron origen al proceso penal consistentes en el asesinato de internos en el establecimiento penal San Juan Bautista (El Frontón) ocurrieron el 19 de junio de 1986, por lo que la acción

penal por el delito imputado al momento de la interposición de la demanda (14 de junio de 2013) ya había prescrito. En el caso, el plazo de prescripción de la acción penal era 20 años.

En la justificación de la decisión el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que el amotinamiento de los internos, la toma de policías como rehenes y el apoderamiento de las armas requería de la intervención del Estado en los tres penales en que se produjeron los motines, concretamente en el establecimiento penal San Juan Bautista a fin de garantizar la seguridad y mantener el orden al interior de los mismos. Asimismo, y teniendo en cuenta lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluye que las fuerzas de la Marina al proceder a la demolición del Pabellón Azul de dicho penal actuaron haciendo un uso desproporcionado de la fuerza en relación con el peligro que entrañaba el motín, lo que motivó que muchos de los detenidos murieran por aplastamiento.

Analizando una de las materias propuestas como relevantes, la referida a *la competencia de la jurisdicción constitucional para calificar un hecho como delito de lesa humanidad o no,* el Tribunal reitera su jurisprudencia en el sentido de que si bien la dilucidación de si un hecho configura delito de lesa humanidad es en esencia una labor del juez penal, también es competencia de la jurisdicción constitucional ejercer el control sobre la subsunción de los hechos en el tipo penal de lesa humanidad. Esta afirmación resulta acertada y deja sentado que la jurisdicción constitucional también puede determinar si los hechos considerados en el proceso penal se condicen o no con los elementos que caracterizan a un crimen como lesa humanidad.

Admitida la tesis de que el juez constitucional puede realizar control constitucional sobre la subsunción de los hechos en el tipo penal lesa humanidad inmediatamente surge la cuestión que tiene que ver con la oportunidad en que se puede efectuar dicho control. Esta cuestión resulta relevante porque en la sentencia bajo comentario se señala que *"además, en el auto de apertura de instrucción no se cita ningún medio probatorio de la existencia de un plan previo para acabar con la vida de los internos a través de un uso excesivo de la fuerza y de ejecuciones extrajudiciales, por lo que este Tribunal no puede avalar la calificación del presente caso como crimen de lesa humanidad".* Desde luego no parece oportuno que se realice —con el propósito descrito— el control constitucional de la investigación preliminar del delito o del inicio del proceso penal, toda vez que ni el juez constitucional puede actuar pruebas con consecuencias jurídico penales ni existe etapa probatoria en los procesos constitucionales. Más bien, parece aconsejable que el control constitucional debería tener lugar únicamente cuando se haya realizado la fase de actuación de las pruebas en el proceso penal, pues sólo a partir de dicha actuación probatoria el juez constitucional podría verificar de manera objetiva el cumplimiento o no de los elementos que caracterizan al delito de lesa humanidad.

En cuanto a *la calificación de los hechos del caso El Frontón como constitutivos del delito de lesa humanidad,* a efectos de analizar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de lesa humanidad el Tribunal se apoya en una sentencia anterior que señala que un acto constituye delito de lesa humanidad: "a) cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad; b) cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático; c) cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado; y, d) cuando se dirige contra población civil. Siendo que estas condiciones deben presentarse copulativamente" (Exp. 0024-2010-PUTC, FJ 49). De lo expuesto, resulta discutible considerar como requisito el que el ataque generalizado o sistemático responda a una política promovida o consentida por el Estado. Al respecto, cada vez más en la literatura jurídica especializada se lee que la política no es un elemento autónomo en la definición del crimen de lesa humanidad, tampoco es necesario para probar la existencia del ataque.

El Tribunal deja constancia que según el auto de apertura de instrucción los hechos materia de investigación (asesinato con ferocidad de un número cuantioso de internos que se habían rendido) habrían sido parte de un ataque sistemático en virtud de que en la misma época se cometieron otros actos violatorios de los derechos de las personas en el marco de la lucha contra la subversión. Al respecto, concluye que no se puede derivar de manera automática que en dicho contexto todo acto de violencia cometido desde el poder estatal se convierta per *se* en expresión de un ataque sistemático, limitándose a señalar que debe existir un nexo entre el acto estatal y el ataque sistemático dirigido contra la población civil.

La decisión del Tribunal en los términos expuestos no resulta del todo convincente, pues no justifica de manera adecuada por qué no existe un nexo entre los actos concretos realizados por el Estado en la isla El Frontón el 19 de junio de 1986 y el ataque sistemático contra los internos del establecimiento penal San Juan Bautista. No hay que olvidar que el elemento *"sistemático"* a diferencia del *"generalizado"* es de naturaleza cualitativa que se refiere a la naturaleza organizada del acto de violencia que es lo que lo separa de un hecho aislado o causal, y por tanto, nada tienen que ver los posibles actos realizados por el Estado en la época, pues lo que correspondía era analizar el carácter sistemático del acto concreto realizado por el Estado en la isla El Frontón. Un solo acto incluso contra una sola víctima cometido dentro del contexto sistemático puede constituir delito de lesa humanidad.

La justificación que brinda el Tribunal es que los hechos ocurridos el 19 de junio de 1986 no fueron organizados por el Estado o algunas de sus dependencias, sino por los internos del centro de reclusión, quienes se amotinaron, motivando la reacción del Estado, tratando de justificar así la actuación del Estado.

Esta afirmación sin embargo no resulta coherente con lo dicho por el mismo Tribunal en el sentido de que por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos nada justifica el uso desproporcionado de la fuerza cometido por parte del Estado.

Asumido por el Tribunal que los hechos del caso El Frontón no constituyen delito de lesa humanidad se omite aplicar *la imprescriptibilidad de las graves violaciones a los derechos humanos,* es decir, respecto de aquellos hechos graves que no reúnen la condición de delito de lesa humanidad. Lo que lo diferencia a un delito que violenta gravemente a los derechos humanos del delito de lesa humanidad es que este último debe ser cometido en el contexto generalizado o sistemático. La posibilidad de que los delitos graves de violación a los derechos humanos sean imprescriptibles no es un tema ajeno al Tribunal, pues desde muy temprano señaló que "El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos *y,* en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible" (STC 2488-2002-HC/TC, FJ 9). En la misma línea argumentativa, señaló que "corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adoptación de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos"(STC 2488-2002-HC/TC, FJ 23).

Finalmente, el Tribunal Constitucional señala que debe proseguirse con la investigación de los hechos investigados y concluir mediante sentencia firme, sin posibilidad de nuevos procesamientos. Si bien parece razonable el mandato en el sentido de que se defina el caso mediante sentencia firme, resulta discutible la incorporación de la expresión *sin posibilidad de nuevos procesamientos,* pues por ejemplo impediría una investigación posterior sobre la base de nuevos medios probatorios precisamente en cumplimiento de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, siendo obligación del Estado el investigar, procesar y sancionar a los responsables de estos hechos, dicha obligación ha de ser efectuada observando un plazo razonable a fin de no perjudicar a la parte agraviada y a los procesados. No obstante, al evaluar el plazo razonable no ha de incluirse el plazo en la que el Estado inicialmente encubrió o impidió la investigación de los hechos. En efecto, el propio Tribunal ha señalado que "una interpretación conforme a la Constitución de las normas de prescripción de la acción penal implica dejar de contabilizar todo el lapso en que se sustrajeron los hechos de una efectiva investigación, a través de órganos judiciales incompetentes y leyes de amnistía inconstitucionales" (Exp. 0218-2009-PHC/TC, FJ 17; Exp. 3693-2008-PHC/TC, FJ 17).

COMENTARIO A LA STC 00001-2013-PI.P (EXP. N.° 00013-2012-PI/TC), DE 27 DE MAYO DE 2013

CASO REFORMA DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES 1

Por: Clementina del Carmen Rodríguez Fuentes
Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. *Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional*

Más allá de la novedad de que con esta sentencia el Tribunal Constitucional empieza a numerar sus decisiones, distinguiéndola de aquella numeración de tramitación del expediente, se desarrollan en ésta, de modo importante,el contenido normativo del derecho a la libertad de contratación, derecho a la pensión, garantía institucional de la intangibilidad de los fondos de seguridad social, derecho a la libre competencia, la defensa del interés de los consumidores y usuarios, derecho de propiedad y principio de solidaridad, entre otros bienes de relevancia constitucional

2. *Contexto histórico-político de la Sentencia*

El sistema previsional en nuestro país ha sufrido numerosos cambios desde su creación. Así, en un primer momento este sistema estuvo a cargo del Estado quien era el responsable de administrar los fondos previsionales de los empleados que laboraban tanto bajo el régimen de la actividad pública (Decreto Ley 20530), como de la actividad privada (Decreto Ley 19990), hasta que en el año 1992 a través de la Ley 25897 se creó el Sistema Privado de Pensiones (SPP), a través del cual se dispuso que las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), sean quienes administren los fondos de aquellos trabajadores que optaran por afiliarse a una determinada AFP.

La ley otorgó a los trabajadores la posibilidad de destinar los aportes efectuados durante su actividad laboral ya sea al denominado Sistema Nacional de Pensiones (SNP) administrado por la ONP, o de lo contrario afiliarse a la AFP de su elección a través de la firma de un contrato de afiliación, mediante el cual se obligaban a aportar mensualmente a una cuenta individual. Cabe precisar que la principal distinción entre ambos sistemas previsionales radica en que el primero de ellos se fundamenta en el principio de solidaridad pues los

trabajadores aportan a un fondo común del que se distribuyen las pensiones a cada uno de los asegurados al momento en que se jubilan; mientras que en el segundo de ellos los aportes de los afiliados se destinan al fondo individual de cada uno de ellos.

En ese contexto, el SPP surgía como una nueva y atractiva alternativa para los trabajadores quienes tenían la seguridad de que las aportaciones que efectuaban redundarían en su propio beneficio, incluyendo las ganancias obtenidas de la inversión de los fondos efectuada por la AFP. Sin embargo, la realidad demostró que la ley con que se incorporó dicho sistema previsional en nuestro ordenamiento jurídico necesitaba ser complementada a efectos de lograr una mejora en el funcionamiento de las AFP. Una de las últimas modificaciones a la ley que regula el SPP es la Ley 29903, cuyo artículo 2 fue materia del proceso de inconstitucionalidad en estudio.

3. Análisis

En el presente caso los demandantes (25% de los congresistas de la República) cuestionanel artículo 2 de la Ley 29903, de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, en la parte que incorpora los artículos 7-A, 14-A, 14-B y 24.d al Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, por considerar que dichos dispositivos legales incorporaban modificaciones contrarias a la Constitución.

El Tribunal Constitucional abordó el problema analizando la controversia desde tres grandes tópicos. Así, en primer lugar se examinó el tema referido a la afiliación obligatoria a una AFP de los nuevos afiliados (Artículo 7-A del TUO). En este extremo, se cuestionó que se establezca que aquellos trabajadores que se incorporen al SPP estén obligados a afiliarse a una determinada AFP por el término de dos años (la que gane la licitación por ofrecer la comisión de administración más baja), sin poder hacer uso de su libertad para afiliarse a la AFP de su elección, vulnerándose de esta manera el derecho al libre acceso a la pensión. Asimismo, en este punto se evidenció la necesidad de precisar el bien constitucional vulnerado, pues por un lado la parte demandante alegaba que era el derecho al libre acceso a la pensión, mientras que para la parte demandada era el derecho a la libre contratación. Al respecto, el Tribunal Constitucional consideró que dicha medida de la afiliación obligatoria no tenía incidencia en la libertad de contratación sino en la libertad de acceso a la pensión, pues ya en la STC 1776-2004-AA/TC se había establecido que el libre acceso a la pensión también incluye la posibilidad de que el trabajador pueda optar entre el SNP y el SPP, sino también de decidir en qué AFP afiliarse.

En tal sentido, se advierte que al establecer la afiliación obligatoria a una AFP de los nuevos afiliados, se produce una intervención en la libertad de acceso a la pensión del asegurado, sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, dicha medida se justifica en cuanto tiene dos válidas finalidades: aumentar la competencia entre las AFP y mejorar las condiciones para los usuarios.

En cuanto a la primera finalidad, la norma impugnada admitió el ingreso al mercado de una nueva AFP que, al ofrecer la comisión de administración más baja, ganaría la licitación para encargarse de administrar los fondos de los nuevos afiliados. En ese sentido, teniendo en cuenta que en el mercado de las AFP la competencia era reducida, puesto que siempre han existido únicamente cuatro AFP que concentraban a todos los afiliados generándose así una especie de oligopolio, resultaba necesario dinamizar el mercado pensionario, motivo por el cual el TC consideró admisible validar el aumento de competencia con el ingreso de una nueva AFP al mercado.Con relación a la segunda finalidad, se determinó que el principal objetivo de la afiliación obligatoria era buscar menores comisiones y mayor rentabilidad para los asegurados. En efecto, luego de una serie de estudios realizados se llegó a la conclusión de que no existía una relación proporcional entre las ganancias de las AFP y la rentabilidad de los fondos de los afiliados, es decir, aun cuando las AFP habían incrementado el cobro de sus comisiones ello no repercutía en ganancias para los asegurados, motivo por el cual tenía justificación el ingreso de una nueva AFP que cobrara bajas comisiones y se comprometiera a su vez en lograr una mayor rentabilidad para los asegurados.

En ese orden de ideas, el TC consideró que la afiliación obligatoria constituía una medida de interferencia limitada, pues si bien es cierto que contemplaba la intervención del estado al establecer dicha forma de afiliación, también lo es que para que dicha intervención sea válida era necesario cumplir mínimamente diversos objetivos, como son aumentar el nivel de cobertura, lograr un monto adecuado de pensiones a través de un buen rendimiento del fondo, distribuir el ingreso de los pensionistas, procurar que el sistema no tenga déficit de funcionamiento y posibilitar que haya la mayor cantidad de afiliados, en virtud al principio de promoción del ahorro por parte del Estado. Asimismo, debe precisarse que la intervención es temporal y de intensidad media, toda vez que la norma ha establecido que los nuevos afiliados únicamente estarán obligados a permanecer en la AFP que gane la licitación por el término de 24 meses y de otro lado, la obligatoriedad queda sin efecto en el caso de que la rentabilidad de la AFP que gana la licitación sea inferior al promedio del mercado, lo cual resulta una medida razonable. En consecuencia, el TCdispuso que se debe interpretar los artículos 1 y 2 de la Ley 29903, en la parte que modifica los artículos 6 y 7-A del TUO, en el sentido de que la afiliación será obligatoria para los nuevos trabajadores afiliados por el plazo de 2 años, siempre y cuando la AFP que gane la licitación no obtenga una rentabilidad neta de comisión por tipo de fondo menor al comparativo del mercado de acuerdo a la información brindada por la SBS.

Otro punto controvertido es el referido al establecimiento de la comisión por saldo. Así, en el artículo 24.d del TUO, incorporado por el artículo 2 de la Ley 29903, se establece que en el caso de los nuevos afiliados las AFP cobrarán, en un primer momento, una comisión mixta, integrada por la comisión por flujo (calculada sobre la remuneración asegurable del afiliado) y por una comisión por saldo (que se calculará del fondo administrado por los nuevos aportes). Al término del plazo de 2 años de la afiliación obligatoria la comisión que se cobrará será la comisión por saldo, mientras que para los afiliados existentes se plantea la elección entre una comisión mixta y continuar en la comisión por flujo. En tal sentido, el cuestionamiento estaba orientado a alegar que la comisión por saldo atenta contra la intangibilidad de los fondos ya que las ganancias para las AFP serán tomadas de las cuentas de cada afiliado, las mismas que únicamente deberían servir para fines previsionales. Asimismo, se impugnaba que al establecer una nueva comisión se estaban cambiando las reglas que sirvieron de base para la suscripción del contrato de afiliación.

A juicio del TC, la medida impugnada se justifica en el hecho de que se busca una mejora sustancial en la situación del afiliado, puesto que en vista de que la comisión de la AFP dependerá de la cuenta individual del afiliado, aquella se esforzará por lograr una mejor gestión de los fondos y una mayor ganancia para el asegurado, logrando de esta manera un equilibrio entre los intereses de la AFP y del trabajador. Asimismo, se pretende que el trabajador tenga una mayor disponibilidad de su remuneración, cosa que no ocurre en el caso de la comisión por flujo.

Tal como se señaló anteriormente, los demandantes sostienen que se vulnera la garantía institucional de la intangibilidad de los fondos pensionarios al establecer una comisión por saldo. Al respecto,en la sentencia bajo comentario se precisó que dicha comisión constituye la retribución a la AFP por la administración de los fondos previsionales, con el fin de obtener una pensión adecuada para el afiliado. Asimismo, al haberse cuestionado que a través del establecimiento de una comisión por saldo se vulnera el derecho a la propiedad, se precisó que si bien es cierto que la pensión forma parte del patrimonio del asegurado, no es una forma de propiedad en la medida en que no goza de los atributos de la propiedad como derecho, toda vez que no puede ser materia de compraventa, permuta, donación, entre otros actos de disposición.

En tal sentido, el TC determinó que el cobro de una comisión por saldo por parte de las AFP no resulta inconstitucional, pues es solo una forma en que estas cobran la retribución por administrar los fondos de los afiliados, precisándose que esta forma de cobro constituye un incentivo para la AFP quien desplegará sus mayores esfuerzos para lograr un crecimiento adecuado del fondo del asegurado, ya que de este modo también obtendrá una mayor comisión. Con respecto al principio de solidaridad, aun cuando los demandantesseñalan que

este se ve vulnerado a través del establecimiento de una comisión por saldo y por otro lado la parte demandada aduce que dicho principio se ve reforzado a través de dicha comisión, el TC concluyó que no existe conexión entre el mencionado principio y la comisión por saldo.

Con relación a la elección de la comisión por parte de los afiliados, se señaló que era de vital importancia la información que brinden las AFP y la SBS respecto de las características de cada esquema de comisiones, a efectos de que los trabajadores puedan manifestar su decisión de manera informada y consciente.

Si bien es cierto que el TC optó por validar el esquema de la comisión por saldo, resulta pertinente mencionar que este es un punto muy discutido pues de alguna manera se está aceptando que el legislador modifique libremente un contrato suscrito previamente entre los afiliados y las AFP, según el cual el asegurado se comprometía a pagar a la AFP una retribución que sería descontada de su remuneración, y no de su cuenta individual. Sin embargo, como ya se ha explicado, aun cuando el establecimiento de una comisión mixta (que incluye la comisión por saldo) supone un cambio en las reglas de juego, la ventaja de la misma es que el trabajador tendrá una mayor disponibilidad de su remuneración y sobre todo que la AFP estará incentivada a administrar mejor los fondos de los afiliados y se promoverá el principio del ahorro.

El tercer punto controvertido abordado por el TC es el referido a la centralización de los procesos operativos, contenido en los artículos 14-A y 14-B del TUO, incorporados por el artículo 2 de la Ley 29903. Sobre el particular, en las disposiciones cuestionadas se estableció que las AFP debían elegir a una entidad centralizadora, ya sea privada o pública, encargada de los operativos internos como son la recaudación, conciliación, acreditación, cobranza y cálculo y pago de las prestaciones. En el caso de que se opte por una entidad pública, esta podrá ser la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), quien además de las funciones mencionadas tendrá a su cargo el registro, recepción y procesamiento de declaraciones, conciliación bancaria, fiscalización, determinación de la deuda, control de cumplimiento, recaudación, ejecución coactiva, resolución de procedimientos contenciosos y no contenciosos, administración de infracciones y sanciones.

En este caso, el cuestionamiento estaba dirigido a señalar que al establecerse una entidad centralizadora se cambian las condiciones iniciales con las que las AFP emprendieron sus funciones en el Perú, y de otro lado, al disponer que la Sunat sea la entidad centralizadora se legitima la existencia de un monopolio en una institución pública, lo que conlleva a la vulneración del derecho a la libre competencia.

El TC consideró que dichas medidas se justificaban pues estaban orientadas a cumplir dos objetivos principales: i) conseguir un sistema privado pensionario

más eficaz, a través de la extracción de las funciones de recaudación, conciliación, acreditación, cobranza y cálculo y pago de las prestaciones, pues de esta manera las AFP se podrán avocar a la inversión del fondo y al mantenimiento de las cuentas individuales, así como a las labores de información y orientación pre-pensionaria al afiliado; y ii) mejorar el nivel de vida de los afiliados, pues a través de la centralización de operaciones se podría lograr una disminución de las comisiones que se cobran a los afiliados por la administración de los fondos y de esta manera alcanzar un SPP más eficaz.

Con relación a la supuesta vulneración de la libertad de contratación, el TC manifestó que las disposiciones legales cuestionadas no afectaban dicha libertad en el sentido de un contrato previamente establecido por parte del Estado y las AFP. Asimismo, se precisó que el grado de intervención en la libertad de contratación era de intensidad media, puesto que si bien existe la obligación de contratar una entidad centralizadora, es la AFP quien decidirá qué tipo de entidad contratará, y por otro lado, el plazo de los contratos no podrá ser superior a los 24 meses.

Sobreel cuestionamiento referido a que la entidad centralizadora sea la Sunat, se precisó que ello no suponía el establecimiento de un monopolio, por que inicialmente todas las empresas que estuvieran interesadas podrían aspirar a ser escogidas por las AFP y competir en condiciones de igualdad, puesto que la norma no contempla situaciones de privilegio que desnaturalicen la competencia en el marco de una economía social de mercado. Así, se entiende que el legislador no está imponiendo a las AFP la participación de la Sunat como entidad centralizadora, sino que propone la libre elección entre empresas privadas o una entidad pública como la Sunat para desarrollar determinadas actividades, precisándose que esta retendrá un monto por las actividades que realice. En tal sentido, a juicio del TC, no se está constituyendo una entidad centralizadora para competir en el mercado con las empresas privadas que desarrollen dicha actividad, es decir no se está autorizando a la Sunat a realizar actividad empresarial, motivo por el cual la disposición cuestionada es constitucional.

Finalmente, de la revisión del pronunciamiento del Tribunal Constitucional,se puede advertir que más allá de haber respondido a cada uno de los cuestionamientos expuestos por los demandantes, dicho órgano ha interpretado el contenido esencial de cada uno de los derechos involucrados siempre desde la perspectiva de lograr un mejor funcionamiento del Sistema Privado de Administración del Fondo de Pensiones, lo que definitivamente optimizará el objetivo constitucional de otorgar pensiones dignas que sirvan para brindar una calidad de vida adecuada a los jubilados de nuestro país.

COMENTARIO A LA STC 04147-2012-PA/TC, DEL 06 DE DICIEMBRE DE 2012. *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL MULTA A ABOGADO POR UTILIZAR EXPRESIONES RACISTAS Y SEXISTAS*

Por: Claudia Orbegoso Gamarra
Asistenta Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú

I. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

1.1. Deberes de las partes, abogados y apoderados en un proceso constitucional.
1.2. El principio de Igualdad y Dignidad humana.
1.3.E1 derecho a la Libertad de Expresión.

Artículo 109° del Código Procesal Civil, aplicado supletoriamente por mandato del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece que son deberes de las partes, abogados y apoderados:
"1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso; 2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales; 3. Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones; 4. Guardas el debido respeto al Juez, a las partes y a los auxiliares de justicia; (...)

2. Contexto Histórico Jurisprudencia! y la libertad de expresión

En este caso se sancionó a un abogado por las expresiones utilizadas en el proceso, ya que tal como se ha citado la norma, deben abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes; y en este caso las expresiones eran discriminatorias por razón de raza y sexo. El Tribunal Constitucional en esta sentencia manifestó que, "(...) *Si bien es cierto que al calor del debate judicial puede esperarse afirmaciones que pueden llegar a ser altisonantes (...)".* El Ilustre Colegiado, al decir esto, se podría analizar que se hace una alusión tácita a los límites del derecho a la libertad de expresión, ya que en un proceso se emiten alegatos (escritos o discursos) que gozan de dicho derecho, pero está

claro que el mismo, tiene limitaciones. Así en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Brandenburg vs Ohio de 1969, en el que la corte tuvo que decidir si merecía protección constitucional un militante del Ku-Klux-Klan, que es la conocida organización racista que defiende la supremacía de la raza blanca, que había abogado por la violencia política y que había sido condenado por ella; la Corte en su sentencia distingue entre las *fighting words* o palabras provocadoras, que no tendrían protección constitucional y la *general advocacy of ideas* o defensa general de las ideas. Así también lo manifestó en el Caso R.V.A vs City St. Paul de 1992, en ella la Corte reconoce el derecho del Gobierno a regular las *fighting words,* limitando de esa manera un discurso con base a la hostilidad[1].

Así también el Tribunal Constitucional del Perú, ya ha tenido jurisprudencia en la que se ha desarrollado respecto al uso de expresiones descomedidas, agraviantes o fuera de lugar. Así en la STC Nro. 02620-2003-HC/TC, donde se expresó que muchas de las frases utilizadas por el recurrente merecían testarse por su carácter grotesco o irreverente, ya que del propio tenor de sus escritos evidentemente no viene haciendo uso de ningún derecho constitucional, sino simplemente ofendiendo la dignidad de las personas. Ya que tal como manifestó, "(...) *Una cosa es expresar las ideas y otra, totalmente distinta, instrumentalizar la práctica de las mismas para ofender ex profeso la honra, como ha ocurrido en el presente caso"* (Fundamento 2).

3. Análisis

En esta sentencia lo que es importante precisar es que el Tribunal Constitucional multó a un abogado por las expresiones racistas y sexistas al haberse referido a mujeres, sus demandadas: *" [.] como son féminas en su mayoría, hacían causa común para fastidiarme y hacerme la vida imposible, pues estas son chismosas reveceras, cuentistas, habladoras, burlonas, cachozas, además de ser unas envidiosas, hijas de mala madre, denotando así su mala crianza, caracterizándose también por ser flojas, ociosas, feas, horribles, cholas igualadas, indias pata rajadas, burras e incompetentes"* (sic). Palabras que tal como fue precisado por el Colegiado denotan una clara carga negativa y denigratoria, siendo totalmente innecesarias para el fin de cualquier un proceso constitucional o cualquier proceso ordinario, ya que se está atentando directamente a los principios de igualdad y dignidad de las personas. Así también se menciona en la sentencia que el racismo en sus diversas formas tiene como propósito la exclusión de ciertos grupos poblaciones. De igual manera expresa que: "La "otredad" o distinción de tales grupos racializados es determinada

[1] CARBONELL, Miguel. Artículo: "La Libertad de Expresión en la Constitución Mexicana". Derecho Comparado de la Información número 3, enero — julio 2004, México. Pp. 53 — 54.

por la población dominante con el objetivo de achacar a los miembros de tales grupos, actitudes y características supuestamente inherentes, tales como las de ser mentirosos, flojos, incompetentes, desconfiados y sectarios, entre otros. Evidentemente, ello es parte de una construcción social que no tiene base científica ni constitucional alguna".

Al imponer entonces esta sanción ante una conducta ofensiva y claramente racista y sexista, el Tribunal Constitucional nos ha dejado un importante hito de los límites a nuestro lenguaje, en uso de nuestra libertad de expresión pero teniendo como base primigenia el respeto a los derechos de igualdad y dignidad de las personas, consagrado en el artículo 2° inciso 2) de nuestra Constitución Política del Perú que establece, *"(...)nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".*

Impreso en los talleres gráficos de
Servicios Gráficos JMD
José Gálvez 1549 - Lince Telf.: 470-6420 / 472-8273
en el mes de noviembre de 2013.