



IURA

REVISTA JURÍDICA

REVISTA ANUAL

2015

ISSN N° 2312-1645



REVISTA ANUAL
2015
ISSN N° 3212-1645



IURA

REVISTA JURÍDICA

*Revista Oficial de Investigación Científica de la
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la
Universidad Privada Antenor Orrego*

DIRECTOR

DR. VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENA

COMITÉ EDITORIAL

DR. CARLOS ANGULO ESPINO

DR. RAÚL YVÁN LOZANO PERALTA

DR. VÍCTOR HUGO CHANDUVÍ CORNEJO

DR. DOMINGO VARAS LOLI

DR. CARLOS CASTEÑADA CUBAS

COMITÉ CONSULTIVO

DR. JOSÉ PALOMINO MANCHEGO

DR. EDUARDO PAZ ESQUERRE

DR. SANIEL LOZANO ALVARADO

IURA REVISTA JURÍDICA

© Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la
Universidad Privada Antenor Orrego

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional
del Perú, N° 2014 - 05941

ISBN : 2312-1645

Edición anual, año 2015

Editado por

© UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

Av. América Sur N° 3145

Urb. Monserrate, Trujillo, Perú

Teléfono (51) 44 604444, anexos 125, 140, 114

www.upao.edu.pe

Impreso en

—

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
PRIMERA PARTE	9
Francisco Fernández Segado	11
Domingo García Belaunde	45
Humberto Henríquez Franco	51
Víctor Julio Ortecho Villena	75
Raúl Iván Lozano Peralta	83
Victor Hugo Chanduví Cornejo	91
José F. Palomino Manchego y Dante Paiva Goyburu	99
Félix Chira Vargas Machuca	113
SEGUNDA PARTE	117
PONENCIAS	119
Marisel Cárdenas Vásquez	119

PRESENTACIÓN

Como ya es conocido en el ambiente jurídico universitario de la región La Libertad y las demás regiones del Norte del país, así como de Lima, la revista jurídica IURA es la vocera de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego. Esta revista cumple dos fines de la educación universitaria: la investigación científica y la proyección social.

Esta publicación académica también contribuye al alcance de la meta de la acreditación de la Facultad de Derecho, iniciada hace dos años y que ha culminado este año 2015. Solo falta que la CONEAU expida la correspondiente certificación. El entusiasta impulsor de esta tarea ha sido el director de la Escuela de Derecho, Raúl Yván Lozano Peralta, quien bajo la dirección de un equipo de profesores y profesoras ha realizado primero la correspondiente autoevaluación y después todo el proceso para la acreditación. Por cierto también han estado implicados los docentes, estudiantes y servidores administrativos, además de instituciones y centros de interés de la ciudad de Trujillo. La Facultad de Derecho de la UPAO se convertirá de esta manera en la primera Facultad de Derecho del país en obtener su acreditación, lo que constituye una garantía de la calidad en la enseñanza.

En esta edición publicamos importantes artículos de investigación jurídica de destacados colaboradores nacionales y extranjeros, entre ellos el prestigioso jurista español Francisco Fernández Segado, el constitucionalista peruano de mayor trayectoria Domingo García Belaunde y el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Marcos José Palomino Manchego, activo constitucionalista que promueve el constante contacto entre constitucionalistas latinoamericanos y europeos.

Los demás artículos que contienen la presente edición de IURA pertenecen a profesores de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad, quienes difunden sus investigaciones en diversas materias jurídicas.

Al publicar esta edición agradecemos a todos los colaboradores y nos comprometemos a seguir difundiendo las producciones intelectuales porque creemos que la razón de ser de la universidad es la creación de conocimientos para solucionar álgidos problemas de la realidad. De esta manera contribuiremos a que la universidad cumpla su rol y cierre la brecha que por mucho tiempo la mantuvo de espaldas a la sociedad.

PRIMERA PARTE

JAMES OTIS Y EL *WRITS OF ASSISTANCE CASE* (1761)

Francisco Fernández Segado (*)

SUMARIO

1.— INTRODUCCIÓN: BREVE APROXIMACIÓN AL *DICTUM DEL BONHAM'S CASE*. 2.—EL FUERTE IMPACTO SOBRE EL PENSAMIENTO JURÍDICO COLONIAL AMERICANO DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL JUEZ EDWARD COKE EN EL *BONHAM'S CASE*. 3.— APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE JAMES OTIS Y A LA DE ALGÚN OTRO PERSONAJE DEL CASO. 4.— EL *WRITS OF ASSISTANCE CASE* (1761): A) El instituto del *writ of assistance*. B) Los hechos del caso. C) La brillante argumentación de Otis. D) Suspensión del proceso y ulterior decisión del Tribunal (noviembre de 1761). 5.— LA TRAYECTORIA POSTERIOR DE JAMES OTIS.

RESUMEN

El célebre *dictum* del juez Edward Coke formulado en el *Bonham's case* enunciaba la teoría constitucional de la revisión judicial de la legislación. Aunque el significado último del *dictum* de Coke ha sido objeto de una acalorada discusión, el profesor Plucknett fue el primero en defender que “la solución que Coke encontró residía en la idea de un derecho fundamental que limitaba a la Corona y al Parlamento indistintamente”.

El pensamiento jurídico de Coke tendría un notable impacto en las colonias americanas. Los hombres de la Revolución americana se nutrieron intelectualmente de los escritos de Lord Coke, en particular de sus *Institutes*. Y su *dictum* se convirtió en la doctrina según la cual, un tribunal podía considerar nula una ley promulgada por una asamblea legislativa limitada por un derecho fundamental cuando el tribunal considerara que la ley había transgredido sus límites.

James Otis, en el famoso caso de los *writs of assistance* (1761) iba a sostener en

(*) Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Doctor *honoris causa* por la *Università degli Studi di Messina* (Italia) y por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con sede en Lima. Autor de una treintena de libros y de más de medio millar de artículos publicados en obras colectivas y revistas científicas de más de una veintena de países de Europa y Latinoamérica.

las colonias la doctrina del juez Coke. El abogado bostoniano adujo que los *writs* tenían la naturaleza de mandamientos generales que, aunque antiguamente existía la práctica de conceder mandamientos generales para buscar mercancías robadas, sin embargo, desde hacía muchos años, esta práctica había sido alterada, y los jueces de paz solo concedían mandamientos especiales, para buscar en lugares enunciados en los mandamientos y, por lo tanto, el *writ* era contrario a los principios fundamentales del Derecho; particularmente, se oponía al privilegio de la casa, porque “un hombre que está tranquilo, está tan seguro en su casa como un príncipe en su castillo, no obstante todas sus deudas y los procesos civiles de cualquier tipo”. Por último, Otis calificará el mandamiento de búsqueda general como “el peor instrumento de poder arbitrario, el más destructivo de la libertad inglesa y de los principios fundamentales del Derecho que nunca se haya encontrado en la jurisprudencia inglesa”.

Palabras clave: John Adams, caso de Bonham, Edward Coke, Derecho fundamental, mandamiento de asistencia, James Otis, provincia de la Bahía de Massachusetts, revisión judicial de la legislación, Emmerich Vattel.

ABSTRACT

The famous Edward Coke Judge’s *dictum* formulated in the Bonham’s case did enunciate the constitutional theory of the judicial review of legislation. Even if the final meaning of the Coke’s *dictum* has been the object of a heated discussion, the Professor Plucknett was the first in upholding that “the solution which Coke found was in the idea of a fundamental law which limited Crown and Parliament indifferently”.

The juridical thought of Coke would have a remarkable impact upon the American colonies. The men of the American Revolution were intellectually nourished for the Lord Coke’s writings, particularly for his *Institutes*. And his *dictum* was converted in the doctrine according which, a court could consider void an act promulgated by a legislative assembly limited by a fundamental law when the court would consider that the act had transgressed his boundaries.

In the famous *writs of assistance case* (1761), James Otis should uphold in the colonies the Judge Coke’s doctrine. The Bostonian lawyer argued that the writs were of the nature of general warrants; that although formerly it was the practice to issue general warrants to search for stolen goods, yet, for many years, this practice had been altered, and the justices of the peace issued special warrants only for searching in places set forth in the warrants, and therefore, the writ was against the fundamental principles of law, it was particularly opposed to the privilege of house, because “a man, who is quiet, is as secure in his house, as a prince in his castle, notwithstanding all his debts, & civil processes of any kind”. Finally, Otis shall label the general search warrant as “the worst instrument of arbitrary power, the most destructive

of English liberty and the fundamental principles of law, that ever was found in an England law-book”.

Key words: John Adams, Bonham’s case, Edward Coke, Fundamental law, Judicial review of legislation, Massachusetts-Bay Province, James Otis, Emmerich Vattel, Writ of assistance.

1. Introducción: breve aproximación al *dictum* del Bonham’s case

El celeberrimo *dictum* sentado por el no menos famoso Juez Edward Coke en el *Bonham’s case* (1610) es tan conocido por cualquier mínimo estudioso de la justicia constitucional como para que nos sintamos exentos de la obligación de entrar en la exposición del caso, algo que, por lo demás, no constituye el objeto de este trabajo. Ello no obstante, sí queremos recordar mínimamente la reflexión en la que Coke va a formular la teoría constitucional de la *judicial review*, aunque no falten autores que no han visto en el *dictum* del juez inglés sino la mera enunciación de una máxima de la interpretación constitucional, polémica en la que tampoco podemos entrar aquí¹.

El argumento más recordado, aunque sea tan solo uno de los cinco en los que Coke va a apoyar su decisión, es, simplificándolo al máximo, el de que los censores del Royal College of Physicians de Londres que iban a sancionar a Thomas Bonham (que, no se olvide, había obtenido el grado de la licenciatura en Medicina por la Universidad de Cambridge) por ejercer la medicina en la ciudad de Londres con vulneración de lo previsto en los estatutos que regían el citado College, al no haber sido autorizado por el mismo para dicho ejercicio, actuaban al unísono como juez y parte, y ello era claramente contrario al *common law*.

Quizá convenga recordar que el Royal College of Physicians había sido fundado en 1518, siendo canciller el famoso cardenal Wolsey. Una ley del Parlamento confirmó su *charter*, que había sido aprobada durante el reinado de Enrique VIII; de conformidad con la misma, el College obtuvo el derecho a actuar como un tribunal en orden a enjuiciar a todos los que practicaban la medicina en Londres, lo que se traducía en la admisión como miembros del College (quedando por lo mismo habilitados para el ejercicio de la práctica médica) de quienes los censores del Colegio consideraran académicamente cualificados, en la concesión de licencias a quienes, sin una cualificación académica, hubieren demostrado su experiencia práctica, y en el castigo de quienes ejerciesen la medicina deficientemente y sin su autorización. El Colegio de médicos londinense estaba legalmente habilitado no solo para la imposición de multas, sino (tras una ley del primer Parlamento de la reina María) también para decidir la prisión de quienes ejerciesen la medicina deficientemente y sin su autorización. Los dignatarios del Colegio podían mantener en prisión a tales personas a su voluntad. Es de notar la particularidad de que el montante de las multas impuestas

1. Nos hemos adentrado en esta polémica en otro lugar. Cfr. al respecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Editorial Dykinson, 2013, pp. 111 y ss.

por los censores (así se les conocía) del College se repartía a partes iguales entre el rey y el propio Royal College. Y también es un dato que recuerda Cook², que con tales previsiones la autoridad jurídica del Colegio se alzaba frente a la pretensión del *common law* de que para practicar la medicina uno no necesitaba más que el consentimiento del paciente. Todo ello, al margen ya de que las competencias del College para autorizar la práctica de la medicina se superponían con las de los obispos, de otorgar licencia a los médicos y cirujanos (“physicians and surgeons”), y con la obvia capacidad de las universidades de emitir títulos que habilitaban para la práctica de la medicina y cirugía.

En su decisión, suscitada por una demanda de Thomas Bonham en cuyos detalles no vamos a entrar, Coke iba a argumentar que los censores no podían ser jueces, secretarios y partes (“the Censors cannot be Judges, Ministers, and parties”); jueces para dictar sentencia, secretarios para hacer requerimientos y partes para tener la mitad de la multa o confiscación, “*quia aliquis non debet esse Iudex in propria causa, imo iniquum est aliquem sui rei esse iudicem*” (porque nadie debe ser juez en su propia causa, es una injusticia para cualquiera ser el juez de su propia propiedad), y uno no puede ser juez y fiscal para cualquiera de las partes (“and one cannot be Judge and Attorney for any of the parties”).

La idea de que debía haber, al menos, tres personas, el demandante, el demandado y el juez, para que pudiera existir un caso judicial y alcanzarse una sentencia, e implícita en ella, la de que la decisión no podía alcanzarse adecuadamente a menos que las tres personas de la trinidad fueran distintas, estaba perfectamente asumida desde tiempo atrás³. Henry de Bracton, en el siglo XIII (aunque la obra no se publicaría hasta 1569) en su importante libro *De legibus et consuetudinibus angliae* escribiría que un juez sería descalificado con base en fundamentos tales como el parentesco, la enemistad o la amistad con una de las partes, o a causa de que estuviere subordinado en su “status” a una de las partes, o hubiere actuado como su abogado. Si bien parece que Bracton tomó prestada esta consideración del Derecho canónico, y no cabe olvidar que mientras los tribunales eclesiásticos aplicaban claramente estas reglas para la recusación del *suspectus iudex*, no parece que ese fuera el caso en los tribunales ingleses o, por lo menos, no se menciona ningún caso en que análogas reglas hubieren sido aplicadas en los *Year Books*⁴.

Justamente tras la reflexión precedentemente expuesta, Coke añadía la celeberrima reflexión que connota su sentencia:

“And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth

2. Harold J. COOK: “Against Common Right and Reason: *The College of Physicians v. Dr. Thomas Bonham*”, en *Law, Liberty and Parliament* (Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke), edited by Allen D. Boyer, Indianapolis (Indiana), Liberty Fund, 2004, pp. 127 y ss.; en concreto, p. 130.

3. Ya Fleta había escrito al respecto: “Est autem iudicium trinus actus trium personarum ad minus, actoris, iudicis et rei, sine quibus legitime consistere non potest”. *Apud* D. E. C. YALE: “*Iudex in propria causa: An Historical Excursus*”, en *Cambridge Law Journal* (Cambridge L. J.), Vol. 33, 1974, pp. 80 y ss.; en concreto, p. 80.

4. D. E. C. YALE: “*Iudex in propria causa...*”, *op. cit.*, p. 81.

controll Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void”⁵. (Y aparece en nuestros libros, que en muchos casos el *common law* controla (tiene autoridad sobre) las leyes del Parlamento, y a veces debe declararlas nulas, pues cuando una ley del Parlamento es contraria al Derecho común y la razón, contradictoria, o imposible de ser cumplida, el *common law* debe tener autoridad sobre ella y declarar que tal ley es nula).

Este conocido pasaje ha venido siendo considerado por un buen número de autores, desde tiempo atrás, como el acta de nacimiento de la doctrina de la revisión judicial de la legislación. Plucknett fue el primero en pronunciarse con meridiana claridad al respecto, en un artículo que sigue siendo un verdadero clásico de la literatura jurídico-constitucional norteamericana. Para el eminente profesor de Harvard, “the solution which Coke found was in the idea of a fundamental law which limited Crown and Parliament indifferently”⁶. Bien distinta a la de Plucknett iba a ser la interpretación de la decisión dada por Thorne⁷, que en pocas palabras podría compendiarse en ver en el pasaje de Coke una máxima de la interpretación estatutaria.

Tan solo añadiremos para zanjar la controvertida cuestión que, con independencia de cuál fuera la pretensión última de Edward Coke, lo cierto y verdad será que la interpretación que a su *dictum* se dio en las colonias americanas, a las que llegó a través de los *Digests y Abridgments* de su época, se iba a incardinar dentro de la teoría constitucional de la *judicial review*. Y de ahí que Sherry haya podido escribir: “It seems to be fairly widely accepted that Edward Coke was one of the primary sources of the American institution of judicial review”⁸. Y Schwartz haya subrayado asimismo la fundamental contribución de Coke al constitucionalismo norteamericano, por cuanto al sostener la supremacía del Derecho, su doctrina fue de gran importancia para los *Founders* de la República. “When they spoke of a government of laws and not of men, they were not indulging in mere rhetorical flourish”⁹. Ciertamente, no se puede olvidar la harto diferente coyuntura política de las colonias, bien reticentes frente al Parlamento británico, considerado, no sin buenas razones, como un órgano opresor, lo que rápidamente posibilitó que el *dictum* de Coke, interpretado en el sentido expuesto, pronto se incorporara al arsenal de armas utilizadas frente al Par-

5. *Apud The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, edited by Steve SHEPPARD, Indianapolis (Indiana), Liberty Fund, 2003, Vol. One, p. 275. Hemos respetado el texto transcrito en un inglés antiguo, a salvo el término que figura en el mismo “sometmes”, que hemos cambiado por “sometimes”, por parecernos que se trata más bien de un error tipográfico.

6. Theodore F. T. PLUCKNETT: “Bonham’s Case and Judicial Review”, en *Harvard Law Review (Harv. L. Rev.)*, Vol. XL, 1926-1927, pp. 30 y ss.; en concreto, p. 31. Este trabajo está publicado asimismo en *Law, Liberty and Parliament (Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke)*, edited by Allen D. Boyer, Indianapolis (Indiana), Liberty Fund, 2004, pp. 150 y ss.

7. Samuel E. THORNE: “Dr. Bonham’s Case”, en *Law Quarterly Review (L. Q. Rev.)*, Vol. 54, 1938, pp. 543 y ss.

8. Suzanna SHERRY: “Natural Law in the States”, en *University of Cincinnati Law Review (U. Cin. L. Rev.)*, Vol. 61, 1992-1993, pp. 171 y ss.; en concreto, p. 174.

9. Bernard SCHWARTZ: *A History of the Supreme Court*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 5.

lamento inglés. Desde este punto de vista, el *Writ of Assistance Case* y la figura de James Otis son paradigmáticas.

2. El fuerte impacto sobre el pensamiento jurídico colonial americano de la doctrina establecida por el juez Edward Coke en el *Bonham's Case*

I. El pensamiento jurídico de Coke iba a tener un notabilísimo impacto en las colonias, un impacto que aunque tendemos a centrarlo en la doctrina de la *judicial review*, desbordó con creces ese ámbito. Los hombres de la Revolución americana se nutrieron intelectualmente de los escritos de Coke, particularmente de sus *Institutes*. Para ellos, Coke era el “coloso contemporáneo del Derecho”. John Adams lo calificó como “our juvenile oracle”. No ha de extrañar que así fuera por cuanto en la figura de Edward Coke se vio un gran juez, un profundo comentarista del Derecho y el paladín parlamentario frente a la tiranía regia. Coadyuvó también en la acentuación de esta admiración la enorme erudición de nuestro personaje, una de cuyas manifestaciones más evidentes era su conocimiento del Derecho antiguo, por así llamarlo, hasta el punto de que fuera considerado en este orden de cosas como un verdadero anticuario¹⁰, que además contribuyó enormemente a la apertura de nuevos campos del saber, siempre enfocados desde la óptica propia de un auténtico defensor del *rule of law*.

Por lo demás, su *dictum*, como antes anticipábamos, era muy fácilmente accesible, puesto que aparecía recogido en los *Abridgments*¹¹, verdaderas enciclopedias del Derecho inglés, muy manejados y estudiados por los abogados de las colonias. El *dictum* del *Bonham's Case* se repitió en los *Abridgments* de Viner, Bacon y Comyns, y como dice Goebel¹², en los litigios ante los tribunales americanos de esa época Coke tuvo un lugar preeminente en el “stock” usado por los abogados en los *common law cases*. Y todo ello sin contar con que muchos de esos abogados coloniales se habían educado en Inglaterra¹³. A este respecto, recuerda Mullett que al famoso abogado y político Patrick Henry le bastaron seis semanas dedicado al estudio de Coke para que fuera admitido en el prestigioso Colegio de Abogados de Virginia, lo que explica que el mencionado autor visualice a Coke en esa época como “la lámpara a cuyo través los jóvenes Aladinos del Derecho aseguraban sus tesoros jurídicos” (“the lamp by

10. Mullet se refiere a la erudición de Coke en estos términos: “(H)is learning, antiquarian to the core, opened up vistas and past crises as history scarcely could”. Charles F. MULLETT: “Coke and the American Revolution”, en *Economica* (The London School of Economics and Political Science), No. 38, November, 1932, pp. 457 y ss.; en concreto, p. 471.

11. La doctrina suele concordar en que los tres *Abridgments* más importantes fueron los de Bacon (1736), Viner (1741-1756) y el *Digest* de Comyn (1762). Así, por ejemplo, Dudley Odell McGOVNEY: “The British Origin of Judicial Review of Legislation”, en *University of Pennsylvania Law Review* (U. Pa. L. Rev.), Vol. 93, 1944-1945, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 7.

12. Julius GOEBEL, Jr.: “Ex Parte Clio” (Book Review), en *Columbia Law Review* (Colum. L. Rev.), Vol. LIV, 1954, pp. 450 y ss.; en concreto, p. 455.

13. Hubo un tiempo, escribe Kramer, en que era popular leer la sentencia de Sir Edward Coke en el *Dr. Bonham's Case* y sus *Reports* de los debates en *Prohibitions del Roy* y en las Proclamations, como un temprano, aunque fracaso, esfuerzo para establecer algo sobre las líneas de la *judicial review*. Larry D. KRAMER: “We the Court” (The Supreme Court 2000 Term. Foreword), en *Harvard Law Review* (Harv. L. Rev.), Vol. 115, 2001-2002, pp. 5 y ss.; en concreto, pp. 24-25.

which young Aladdins of the law secured their juristic treasures”¹⁴.

Son múltiples los ejemplos que podrían aportarse acerca de su influencia sobre relevantes políticos y abogados. Aludiremos tan solo a algunos de ellos. Refiriéndose al famoso *Commentary upon Littleton* de Coke, Jefferson dijo de él que era “el libro elemental universal para los estudiantes de Derecho”, y que “nunca un más competente *Whig*, ni de más profunda erudición sobre las doctrinas ortodoxas, escribió sobre las libertades británicas”¹⁵. También John Adams, al que antes hemos aludido, tuvo un gran respeto a Coke. De él, dirá Mullet¹⁶, sacó la creencia de que el *common law* era *common right* y el mejor patrimonio del súbdito, y sin él no había Derecho. John Rutledge, de Carolina del Sur, un importante personaje de la época revolucionaria, escribió que los *Institutes* de Coke “parecen ser casi los fundamentos de nuestro Derecho”. En fin, James Wilson, de Pennsylvania, posiblemente la mejor cabeza jurídica de la época, miembro desde 1789 de la Supreme Court, acaso el más profundo estudioso en la América pre-revolucionaria del pensamiento de Coke, derivó del *Calvin’s case* su defensa general de algunas de las pretensiones coloniales, especialmente la de que las colonias no se hallaban vinculadas por el Derecho estatutario inglés.

Y si nos centramos ahora en el *dictum* del *Bonham’s case*, su significado en la América colonial fue inequívoco. El pensamiento germinal que Coke expresara en 1610 había evolucionado y se había convertido en la doctrina de que un tribunal podría considerar nulo un texto legal, promulgado por una asamblea legislativa limitada por un *fundamental law*, cuando el tribunal considerara que la ley en cuestión había transgredido sus límites. Hall ha ido aún más lejos en la apreciación de la trascendencia de la doctrina de Coke, lo que deja meridianamente claro cuando escribe¹⁷ que en el siglo XVIII los líderes de la incipiente Revolución americana extrajeron una importante lección de la sentencia de Coke. Ellos vinieron a sostener que un Derecho superior judicialmente aplicable (“a judicially enforceable higher law”) limitaba la autoridad del señor imperial, lo que a su vez tenía unas importantes consecuencias prácticas para la *judicial review*, porque significaba que los jueces podían legítimamente reivindicar “a policy-making role” sin necesidad de un directo apoyo popular. En fin, en 1915, en un informe de un comité de la *New York Bar Association*, se podía leer lo que sigue: “En resumen, la Revolución americana fue una revolución de abogados para aplicar la teoría de Lord Coke de la nulidad de las leyes del Parlamento que deroguen el *common right* y los derechos de los ingleses”¹⁸. Y aunque

14. Charles F. MULLETT: “Coke and the American Revolution”, *op. cit.*, p. 458.

15. Apud Bernard SCHWARTZ: *A History of the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 5.

16. Charles F. MULLETT: “Coke and the American Revolution”, *op. cit.*, pp. 469-470.

17. Kermit L. HALL: *The Supreme Court and Judicial Review in American History* (Bicentennial Essays on the Constitution), Washington D. C., American Historical Association, 1985, p. 4.

18. De ello se hace eco George P. SMITH, II: “Dr. Bonham’s Case and the Modern Significance of Lord Coke’s Influence”, en *University of Washington Law Review* (*Wash. L. Rev.*), (School of Law. University of Washington. Seattle, Washington), Vol. 41, 1966, pp. 297 y ss.; en concreto, p. 313. Y también Louis B. BOUDIN: “Lord Coke and the American Doctrine of Judicial Power”, en *New York University Law Review* (*N. Y. U. L. Rev.*), Vol. 6, 1928-1929, pp. 223 y ss.; en concreto, p. 223. La única discrepancia entre ambos autores es la de que mientras Boudin da como fecha

es obvio que se trata de una afirmación un tanto exagerada, es con todo sintomática del peso específico de las doctrinas de Coke en esos trascendentales momentos de la historia americana.

II. La doctrina sentada en el *Bonham's case*, o por lo menos la interpretación que de la misma se iba a extraer en las colonias inglesas surgidas al otro lado del Atlántico, encontraría en ellas un marco idóneo para su reviviscencia. La supremacía de un *fundamental law*, que no necesariamente había de encerrarse dentro del *common law* inglés, iba a encontrar entre los colonos de allende el Atlántico unos muy fieles seguidores. Según Corwin¹⁹, la doctrina en cuestión se correspondió exactamente con las necesidades contemporáneas de muchas de las colonias en los primitivos días de su existencia, lo que explica que la misma representara “the teaching of the highest of all legal authorities before Blackstone appeared on the scene”. Desde luego, la teoría de la supremacía legislativa tan ardientemente defendida por Blackstone, y con la que tan identificados se sentirían los *Whigs*, no significó en su origen que las asambleas legislativas existieran para elaborar las leyes, determinar la política a seguir o integrar los diversos intereses de una sociedad cada vez más mercantilizada, sino que su objetivo primigenio era otro. En la *Glorious Revolution*, con el dogma de la supremacía parlamentaria sobre la Corona no se pretendía tanto que el buen pueblo de Inglaterra promulgara las leyes que deseara, cuanto impedir a un monarca arbitrario que decidiera en su propio nombre y sin consentimiento parlamentario. Trasladada esta doctrina a las colonias, su significado aún se hacía más patente: prevenirse frente a las actuaciones unilaterales de un ejecutivo, el Gobernador británico, nombrado desde Londres, a fin de garantizar que fuera la expresión del consentimiento popular lo que verdaderamente diera su legitimidad a la ley. De otro lado, el Parlamento británico se hallaba muy alejado de ser el héroe idealizado de los colonos, que lejos de ello lo iban a contemplar como un cuerpo distante y falto de comprensión, en cuyas deliberaciones, además, no tenían parte. Así, la arraigada idea de la existencia de un *fundamental law*, el rechazo frente a las arbitrariedades del Parlamento y también un cierto temor ante los abusos de las asambleas legislativas coloniales, iban a ser determinantes para que el mundo jurídico colonial volviera la vista hacia Coke y su doctrina de la *judicial review*. Más aún, los colonos iban a acudir al gran juez inglés para fundamentar su credo de que ese *fundamental law* garantizaba derechos tales como el de “no taxation without representation” o el de “trial by jury”.

Coke había hablado de algo situado más allá de la invención humana (“of

del informe del comité el año 1915, Smith lo data en 1917. A la vista de los datos que ofrecen ambos autores, la fecha correcta nos parece la de 1915, pues el Comité especial que aprobó ese informe lo hizo a instancias de una resolución adoptada en la reunión anual de 1914 de la *New York Bar Association*, que instó al presidente de la Asociación a nombrar un comité especial de cinco miembros “to examine and report upon the historical aspect of the right and duty of the United States Supreme Court to declare laws in excess or in contravention of the federal constitution to be null and void”.

19. Edward S. CORWIN: “The Progress of Constitutional Theory Between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention”, en *The American Historical Review* (*Am. Hist. Rev.*), Vol. 30, No. 3, April, 1925, pp. 511 y ss.; en concreto, p. 515.

something beyond human invention”); Blackstone, por el contrario, no conocía tal límite sobre los legisladores (“knew of no such limit on human lawmakers”)²⁰. Los abogados americanos, fervorosos seguidores desde tiempo atrás de Coke, se vieron así confrontados con las tesis de Blackstone. En la resolución de esta opción entre uno y otro resultó determinante el rechazo colonial de la opresión parlamentaria británica. Sin con ello querer dar a entender que la influencia de Blackstone fuera fugaz, lo que en absoluto fue así, los colonos depositaron su confianza en la doctrina de Coke²¹. Ello tenía una lógica aplastante si se piensa que durante el siglo XVIII casi todos los ingleses de ambos lados del Atlántico habían reconocido algo que identificaban como un *fundamental law* que, como dice Wood²², era una guía para la rectitud moral (“a guide to the moral rightness”) y para la constitucionalidad del Derecho ordinario y de la política. Para darnos una idea de lo arraigada que en la mentalidad jurídica inglesa se hallaba esa noción de un *fundamental law* nos bastará con recordar, que aún un tan reconocido déspota como Cromwell pudo decir siglo y medio antes de *Marbury v. Madison* que: “In every government there must be something fundamental, somewhat like a *Magna Charta* which would be inalterable”. Y en lo que hace a los colonos del otro lado del Atlántico, encontraron atractivas las ideas de Coke en cuanto que las mismas sintonizaban con su idea de lo que había de ser el Derecho.

No ha de extrañar por todo ello que durante la etapa de la guerra revolucionaria, las bases teóricas para la *judicial review* fueran asentadas en las constantes apelaciones de los colonos a un *higher law* para sostener que determinadas leyes del Parlamento británico o disposiciones del Rey eran nulas. De esta forma, el sistema norteamericano de la *judicial review* ---del que en realidad podría decirse con Grant²³ que “is nothing more than the absence of any special system”--- se iba a presentar estrechamente conectado con la experiencia colonial, anterior pues a la Independencia.

A ello seguiría la recepción de las grandes construcciones dogmáticas de Vattel, Burlamaqui o Pufendorf, por citar tan sólo a algunos de los más significativos autores que coincidían cercanamente con los menos refinados, pero igualmente fructíferos *dicta* del *Chief Justice* Edward Coke. Vale la pena, haciendo un breve *excursus*, recordar el posicionamiento adoptado por Emmerich de Vattel (1714-1767) en su

20. Barbara Aronstein BLACK: “An Astonishing Political Innovation: the Origins of Judicial Review”, en *University of Pittsburgh Law Review* (U. Pitt. L. Rev.), Vol. 49, 1987-1988, pp. 691 y ss.; en concreto, p. 694.

21. No se muestra muy de acuerdo con esta posición Hamburger, quien, sosteniendo una tesis que no compartimos, aunque admite, como no podía ser de otro modo, que en los años 1760 algunos abogados mencionaron el *Bonham’s* case en sus argumentos constitucionales contra los *writs of assistance* y la *Stamp Act*, cree que en la medida en que el *Bonham’s* case aludía a la posibilidad del *judiciary* de declarar nulas las leyes del Parlamento, bien de conformidad con el Derecho natural (*natural law*) o con el common law, rápidamente cayó en desprestigio, y cuando los abogados americanos aprendieron de los *Commentaries* de Blackstone, lo abandonaron considerablemente como un precedente. Philip HAMBURGER: “Law and Judicial Duty”, en *George Washington Law Review* (Geo. Wash. L. Rev.), Vol. 72, 2003-2004, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 6.

22. Gordon S. WOOD: “The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less”, en *Washington and Lee Law Review* (Wash. & Lee L. Rev.), Vol. 56, 1999, pp. 787 y ss.; en concreto, p. 794.

23. James Allan C. GRANT: “Judicial Control of Legislation”, en *The American Journal of Comparative Law* (Am. J. Comp. L.), Vol. III, number 2, Spring, 1954, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 189.

obra clave, publicada en 1758, año en que justamente fue llamado por el Elector de Dresde para el ejercicio de funciones propias de un consejero. Nos referimos a su obra *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle, Appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souveraines*. En el capítulo III del Libro 1 de su libro Emmerich de Vattel trata “la Constitución y los deberes y derechos de las naciones a este respecto”²⁴. Es la parte clave de la obra en lo que ahora interesa.

En esta obra capital se contiene la primera e inequívoca declaración de que una constitución es una ley fundamental que limita el poder de los cuerpos legislativos. Según Vattel, la legislación no estaba tan solo limitada por el Derecho natural, sino por cualesquiera normas que el pueblo optara por incluir en su constitución. Para el pensador suizo, el respeto a la constitución es decisivo, como también es de la mayor relevancia el respeto a la ley (“The constitution of a State ---escribe Vattel--- and its laws are the foundation of public peace, the firm support of political authority, and the security for the liberty of the citizens. But this constitution is a mere dead letter, and the best laws are useless if they be not sacredly observed. It is therefore the duty of a Nation to be ever on the watch that the laws be equally respected, both by those who govern and by the people who are to be ruled by them”). El autor suizo acuña la idea de que la constitución escrita es el fundamento de toda autoridad pública, a la par que deja meridianamente clara la distinción entre la ley fundamental y las leyes ordinarias. Y en relación a la cuestión que venimos abordando, esto es, hasta dónde alcanza la capacidad del poder legislativo en relación a la constitución: ¿Alcanza a modificar la constitución o, por el contrario, esta no puede ser alterada por ese poder?, la respuesta de Vattel es de una asombrosa modernidad, no obstante haber sido escrita hace más de un cuarto de milenio. Hela aquí:

“The question arises whether their power extends to the fundamental laws, whether they (the legislative power) can change the constitution of the State. The principles we have laid down lead us to decide definitely that the authority of these legislators does not go that far, and that the fundamental laws must be sacred to them, unless they are expressly empowered by the nation to change them; for the constitution of a State should possess stability; and since the Nation established it in the first place, and afterwards confided the legislative power to certain persons, the fundamental laws are excepted from their authority. It is clear that the society had only in view to provide that the State should be furnished with laws enacted for special occasions, and with that object it gave to the legislators the power to repeal existing civil laws, and such public ones as were not fundamental, and to make new ones. Nothing leads us to think that it wished to subject the constitution itself to their will. In a word, it is from the constitution that the legislators derive their power; how, then, could they change it without destroying the source of their authority?”

(“La cuestión que se plantea es la de si su poder ---el de los legisladores o poder legislativo--- se extiende a las leyes fundamentales, si ellos pueden cambiar la constitución del Estado. Los principios que hemos establecido nos conducen a

24. E. DE VATTEL: *The Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, (translation of the edition of 1758 by Charles G. Fenwick), New York/London, Oceana Publications Inc./Wildy & Sons Ltd., reprinted, 1964; el capítulo III del Libro 1º en pp. 17-19.

decidir definitivamente que la autoridad de estos legisladores no va tan lejos, y que las leyes fundamentales deben ser sagradas para ellos, a menos que sean expresamente facultados por la nación para cambiarlas, pues la constitución de un Estado debe poseer estabilidad, y ya que la nación la estableció en primer lugar y después confió el poder legislativo a ciertas personas, las leyes fundamentales están exceptuadas de su autoridad. Es claro que la sociedad tenía solamente en consideración disponer que el Estado fuera equipado con leyes promulgadas para ocasiones especiales, y con ese objetivo dio a los legisladores la facultad de derogar las leyes civiles existentes y las públicas que no fueran fundamentales, y hacer nuevas leyes. Nada nos lleva a pensar que deseara sujetar la misma constitución a su voluntad. En una palabra, es de la constitución de donde los legisladores derivan su poder; ¿cómo, entonces, podrían cambiarla sin destrozar la fuente de su autoridad?”).

La argumentación de Vattel nos parece impecable. Su reflexión final de que la modificación por el legislativo de la constitución equivaldría a destrozar la fuente de autoridad en que aquel se apoya es incontrovertible, y deja manifiestamente puesta de relieve la idea de una constitución superior a las leyes y limitadora de la actuación del poder legislativo, idea que Alexander Hamilton desarrollará en el núm. LXXVIII de los *Federalist Papers*.

La trascendencia que todo ello iba a tener sería enorme, pues como concluye el espléndido ensayo de Plucknett²⁵ fue con base no sólo en las doctrinas de Vattel y otros acerca de la existencia de un *fundamental law*, sino también en la firme fe de que “what my Lord Coke says in *Bonham’s Case* is far from any extravagance”, por lo que iban los americanos a establecer el audaz experimento de hacer una Constitución escrita que tendría a los jueces y a un tribunal (la *Supreme Court*) como sus guardianes.

3. Aproximación a la figura de James Otis y a la de algún otro personaje del caso

I. Nacido en 1725 en West Barnstable, James Otis iba a asistir entre 1739 y 1743 al Harvard College. En 1748 comenzó el ejercicio de la actividad forense en Plymouth, en la parte sur de la provincia en la que su padre había tenido una importante presencia como abogado. Tres años después, la Superior Court del circuito de Bristol le nombraba “Attorney for the Lord King”. En los nueve o diez primeros años de ejercicio de la abogacía en Boston, Otis tuvo una escasa presencia en los asuntos públicos. Aunque fue nombrado juez de paz en el condado de Suffolk, este nombramiento era tan sólo una prueba de su progresivo reconocimiento social.

En 1757 era nombrado gobernador de la provincia de Massachusetts Bay Thomas Powell; con él mantendría Otis unas muy cercanas relaciones, si bien es posible que las mismas no tuvieran otra razón que el común interés sentido por el estudio de los clásicos, por los que Otis siempre se mostró un seguidor apasionado, en lo que

25. Theodore F. T. PLUCKNETT: “Bonham’s Case and Judicial Review”, *op. cit.*, p. 70.

ciertamente coincidiría con otros personajes públicos de la época, sin ir más lejos con Jefferson y Hamilton. Cabe recordar al respecto, que en 1760 Otis publicó *The Rudiments of Latin Prosody with a Dissertation on Letters and the Principles of Harmony in Poetic and Prosaic Composition*. Algo más de un siglo después, Tyler consideraba la obra como “a book which shows that its author’s natural aptitude for eloquence, oral and written, had been developed in connection with the most careful technical study of details. No one would guess.... that it was written by perhaps the busiest lawyer in New England”²⁶. Poco antes de cesar en el cargo, en el otoño de 1760, el gobernador Pownall iba a habilitar a James Otis para que actuara como *Advocate general* de la provincia, curiosamente el cargo más directamente relacionado con los intereses de la Aduana en la Vice-admiralty Court. Otis ejerció como tal en el período de la administración provisional de Thomas Hutchinson, que, siendo vicegobernador, actuó como gobernador en funciones hasta tanto llegó a Boston el nuevo gobernador, Bernard.

Con la rápida sucesión de los acontecimientos, antes de la primavera de 1761, Otis había experimentado un giro radical situándose frontalmente enfrentado con el gobernador y las aduanas, y en la posición de llevar a cabo el más violento asalto a la Vice-admiralty Court sufrido por este tribunal en los últimos treinta años. En mayo de 1761, el antes apolítico abogado se convertía en miembro de la House of Representatives de la provincia. Aunque no se conoce la fecha exacta de su cese en el cargo gubernamental que ocupaba, al tener el mismo relación directa con el caso de que nos estamos ocupando, parece razonable suponer que su dimisión no debió ser posterior al 24 de diciembre de 1760, pues ese mismo día Otis era el portavoz de una petición formulada ante la Asamblea de representantes acerca de la ilegalidad de los honorarios a pagar ante la Vice-admiralty Court, frente a la que ya se situaba en abierto conflicto. Relatando cómo se le pidió, en función de su cargo gubernamental, que interviniera en favor del *writ of assistance*, Otis se refería a su cese como abogado general de la provincia aduciendo:

“I was solicited to argue this cause as Advocate-General, and because I would not, I have been charged with a desertion of my office; to this charge I can give a very sufficient answer, I renounced that office, and I argue this cause from the same principle; and I argue it with the greater pleasure as it is in favour of British liberty....”²⁷.

Estas palabras transmiten la impresión de que es a causa del problema jurídico desencadenado por el *writ of assistance* por lo que Otis abandona su relevante cargo de abogado general; incluso, que él lo deja con vistas a poder intervenir en la posición contrapuesta, esto es, en contra de la solicitud de tales *writs*. Siendo esto verdad, aunque, dicho sea al margen, no dejan de existir todavía hoy dudas al respecto, se incrementa la importancia histórica de la controversia jurídica acerca de la figura de

26. M. C. TYLER: *The Literary History of the American Revolution 1763-1783*, Vol. I, New York, 1987, p. 37. Cit. por Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, Berkeley/Los Angeles/London, University of California Press, 1978, p. 314.

27. *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 323.

los *writs of assistance*.

II. Vale la pena recordar a continuación algo sobre Hutchinson, un personaje muy relevante en el caso y también en la historia de Massachusetts. Hutchinson estaba destinado a ser el último gobernador civil de la provincia de Massachusetts. Nacido en 1711, tras graduarse en el Harvard College, dedicó los primeros años de su vida profesional a los negocios comerciales de su familia, comenzando en 1737 su carrera pública, siendo elegido poco después miembro de la House of Representatives de la provincia. En 1740 viajó a Inglaterra para defender la petición de Massachusetts en una disputa sobre límites territoriales con New Hampshire. De regreso en 1742 a Boston, retornó a la Cámara de Representantes, de la que poco después sería elegido Speaker. Nombrado en 1750 miembro del Council, un órgano legislativo del General Court, dos años más tarde Hutchinson accedió al cargo de juez. La muerte de su esposa en 1753 acentuó la dedicación de Hutchinson a la vida pública, hasta el extremo de acusársele de tener una auténtica voracidad por los cargos públicos a partir de esa época²⁸.

Hutchinson mantendría una relación de cordial amistad con Charles Paxton, quien daría también su nombre al caso que nos ocupa, que se suele identificar asimismo como el *Paxton's Case*, lo que se explica por ser Paxton el oficial de justicia (marshall) de la Vice-admiralty Court de la ciudad de Boston, y tener como tal un especial protagonismo en los *writs of assistance* desencadenantes del caso. Hutchinson, ya Chief Justice de Massachusetts, presidiría el tribunal que conocería del célebre caso. Al final de sus años, Hutchinson escribió una importante obra, *The History of the Colony and Province of Massachusetts-Bay*, cuyos tres volúmenes se publicarían sucesivamente en 1764, 1767 y 1828, ofreciendo en ellos un testimonio de primera mano del desarrollo del *Paxton's Case*.

4. El *Writs of Assistance Case* (1761)

Será en este célebre caso que la doctrina sentada por Coke alcanza el cenit de su influjo, pudiendo verse incluso como un aspecto crucial en el desarrollo del conflicto entre Inglaterra y las colonias. No en vano Coke, como vamos a ver a continuación, recurrirá en su argumentación ante la Massachusetts Superior Court a la autoridad del gran Chief Justice inglés. El *Writs of assistance Case*, también conocido como el *Paxton's Case*, y asimismo como *Petition of Lechmere*, constituye por lo demás un hito histórico de la mayor trascendencia en el proceso histórico revolucionario que habrá de culminar en la independencia de los Estados Unidos.

A) El instituto del *writ of assistance*

La mejor comprensión del caso exige comenzar la exposición del mismo refiriéndonos, a título previo, al importante instituto de la época conocido con la

28. Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, op. cit., pp. 98-99.

denominación de *writ of assistance*. De conformidad con el *common law* las únicas cosas que podían dar lugar al otorgamiento a la autoridad de un poder de búsqueda (“a power of search”) eran las cosas robadas. Para la concesión de un poder de tal naturaleza para cualquier otra cosa era necesaria una norma aprobada en sede parlamentaria. La legislación para la búsqueda de mercancías de contrabando en Inglaterra ya se hallaba legalmente contemplada en este país a través de dos leyes, una de 1660 (*Act to prevent Frauds and Concealments of his Majesty’s Customs*) y la otra de 1662 (*Act of Frauds*), cuando el Parlamento inglés buscó establecerla asimismo para el régimen aduanero en las colonias en 1696. La Ley de 1660, con la finalidad de localizar mercancías que se hubieran desembarcado o transportado fuera sin que el aduanero recaudador formalizase su debida entrada (o salida), y respecto de las cuales se debiera el pago de los derechos de aduanas, subsidios u otros aranceles, ya preveía la emisión de un mandamiento u orden a cualquier persona o personas, facultándoles a través de ella “with the assistance of a Sheriff, Justice of Peace or Constable, to enter into any House in the Day-time where such Goods are suspected to be concealed”. Como fácilmente se atisba, de esta previsión derivó el nombre de *writ of assistance*.

Las poco complacientes actitudes frente a las facultades de las autoridades de entrada y búsqueda (“entry and search”) tenían que ver con la preocupación desde antiguo del *common law* por el mantenimiento de la paz, pues pocas cosas podían causar mayores disturbios que la intromisión de alguien en la casa y en la familia de un particular. De ahí que en los años 1660 las exigencias del *common law* se traducían no sólo en la aprobación en debida forma de una específica norma legal habilitante de esa facultad, ese “power of entry and search”, sino también en una regulación determinada, algo que se ponía de manifiesto de modo muy particular en la legislación aduanera (“the legislation for customs search”) para perseguir el contrabando. A este respecto, la *Act of Frauds* de 1662, desarrollando lo ya establecido por la Ley de 1660, prescribía en su Sección 5 (2):

“And it shall be lawful to or for any Person or Persons, authorized by Writ of Assistance under the Seal of his Majesty’s Court of Exchequer, to take a Constable, Headborough or other Public Officer inhabiting near unto the Place, and in the Day-time to enter, and go into any House, Shop, Cellar, Warehouse or Room, or other Place, and in Case of Resistance, to break open Doors, Chests, Trunks and other Package, there to seize, and from thence to bring, any Kind of Goods or Merchandize whatsoever, prohibited and uncustomed, and to put and secure the same in his Majesty’s Storehouse, in the Port next to the Place where such Seizure shall be made”.

Particularmente significativa era la limitación de que la entrada en el domicilio, almacén o bodega de un particular se llevara a cabo a la luz del día, exigencia que no derivaba tanto de la doctrina establecida por el *common law* cuanto de la posición sustentada en su día por una de las grandes figuras del Derecho de aquella época, que se ha equiparado incluso a Coke, Sir Matthew Hale, quien en su *History of the Pleas of the Crown* trató con cierto detalle las disposiciones del *common law* acerca de ese

“power of entry” para la búsqueda de mercancías robadas (“the common law search warrant for stolen goods”)²⁹. Cabe asimismo destacar que esta disposición ampliaba las mercancías cuya búsqueda podía requerir un *writ of assistance* a las “prohibited and uncustomed”, esto es, no sólo a aquellas por las que no se hubiesen pagado los correspondientes derechos aduaneros, sino también a aquellas otras que estuviesen prohibidas.

Recuerda Smith³⁰ que los documentos llamados *writs or warrants of assistance* se conocían en las colonias mucho antes de que surgiera en Massachusetts la controversia que nos ocupa. Sin embargo, aunque la disposición para la entrada y búsqueda de mercancías con el auxilio de un *writ of assistance* ---la ya transcrita Sección 5 (2) de la *Act of Frauds* de 1662--- pudo haber molestado a las autoridades aduaneras coloniales, propiciando sus intentos de burlar tal disposición, la realidad es que ni siquiera ello era necesario por cuanto en América no se aplicaba la mencionada Ley de 1662. Como antes se dijo, no fue hasta la aprobación de la *Act of Frauds* de 1696 cuando esas previsiones comenzaron a aplicarse también en América³¹.

En Massachusetts, los comerciantes tenían la inveterada costumbre de tratar con un arrogante desdén las exigencias contempladas por la legislación relativa a la navegación y a las aduanas. Este hábito de desobediencia a la ley se conocía habitualmente como smuggling (contrabando). Frente a esta actuación ilegal operaba lógicamente el *writ of assistance* que, particularmente en esta etapa prerrevolucionaria, venía a entrañar el efecto del embargo de la mercancía. Como es obvio, la utilidad de la orden de búsqueda de mercancías radicaba en la existencia de un medio para conseguir una decisión confiscatoria de las mismas. Se comprende por ello mismo que no fuera a los tribunales provinciales de *common law* a quienes correspondiera, en su caso, adoptar tal decisión; su adopción siempre habría chocado con el jurado; consiguientemente, la jurisdicción a la que se encomendó en Boston la adopción de tales decisiones iba a ser la Court of Vice-admiralty, cuyo origen se remontaba justamente a los tribunales coloniales del Vicealmirantazgo, que hicieron acto de presencia poco después de la *Act of Frauds* de 1662.

29. En uno de sus comentarios al respecto, Hale escribía: “It is fit that such warrants to search do express, that search be made in the day-time, and tho I will not say they are unlawful without such restriction, yet they are very inconvenient without it, for many times under pretense of searches made in the night robberies and burglaries have been committed, and at best it causes great disturbance”. *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 26.

30. Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 95.

31. La Sección 6ª de la *Act of Frauds* de 1696 comenzaba estableciendo lo que sigue: “And for the more effectual preventing of Frauds, and regulating Abuses in the Plantation Trade in America, be it further enacted by the Authority aforesaid, That all Ships coming into, or going out of, any of the said Plantations, and lading or unlading any Goods or Commodities, whether the same be His Majesty’s Ships of War, or Merchants Ships, and the Masters and Commanders thereof, and their Ladings, shall be subject and liable to the same Rules, Visitations, Searches, Penalties and Forfeitures, as to the entring, lading or discharging their respective Ships and Ladings, as Ships and their Ladings, and the Commanders and Masters of Ships, are subject and liable unto in this Kingdom, by virtue of an Act of Parliament made in the fourteenth Year of the Reign of King Charles the Second, intituled, *An Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in His Majesty’s Customs*”.

B) Los hechos del caso

I. Una sucinta descripción de los hechos de este caso³² exige comenzar recordando que, en 1759, el general Amherst anunciaba a las autoridades británicas de Massachusetts la conquista de Montreal y la subsiguiente aniquilación del gobierno francés en América. De inmediato, esas mismas autoridades concebían el proyecto de someter las colonias inglesas en esos territorios del Norte a la autoridad ilimitada del Parlamento británico, lo que hacía ineludible la recaudación de fondos económicos adicionales. Con tal intención, las autoridades inglesas de Boston cursaban órdenes a Charles Paxton, recaudador de aduanas de la ciudad, para que instara a la autoridad judicial la concesión de *writs of assistance* a fin de permitir a los funcionarios de aduanas que pudieran ordenar a todos los *sheriffs* y miembros de la policía que les ayudaran en la apertura y allanamiento de casas, almacenes, tiendas, bodegas, barcos, fardos, baúles y embalajes de todo tipo para buscar mercancías y objetos que hubieran sido importados en contra de las prohibiciones existentes o sin el preceptivo pago de los impuestos aduaneros establecidos por ciertas leyes del Parlamento, las denominadas *Acts of Trade*. Para justificar tan excepcional medida se adujo que las órdenes de registro específico se habían mostrado ineficaces para combatir el contrabando y la evasión de impuestos.

Según parece, con anterioridad a la fecha mencionada, ya la Superior Court of Massachusetts había concedido varios *writs* de esta naturaleza. En marzo de 1760, el tribunal otorgó dos *writs of assistance*, uno en Boston y otro en Salem, sin que aparentemente se produjera incidente o protesta alguna. A las necesidades económicas derivadas del hecho antes referido se iba a añadir otra circunstancia: tras la muerte del Rey Jorge II (acaecida el 25 de octubre de 1760) se hacía necesaria la solicitud a la Superior Court de Massachusetts de la concesión de nuevos *writs of assistance*, emitidos ahora en nombre de Jorge III, el nuevo Rey, pues, como recuerda la doctrina³³, los viejos *writs* perdían su vigencia seis meses después del fallecimiento del monarca. Como se acaba de decir, tales *writs* otorgaban a las personas a las que se concedían una autoridad general muy amplia, aplastante incluso, para la búsqueda de mercancías introducidas de contrabando, suponiendo por lo mismo un eficaz instrumento recaudatorio. Aunque en marzo de 1760 la concesión de los dos *writs* mencionados no suscitara rechazo público, algo ciertamente extraño, diez meses después la situación era harto diferente y el rechazo popular que suscitó la concesión de nuevos *writs* se convirtió en masivo y clamoroso.

En estas circunstancias, el Sr. Paxton debió pensar que no era prudente comenzar sus actividades de búsqueda y confiscación en Boston, por lo que iba a dar instrucciones

32. Para una exposición más detallada, cfr. F. W. GRINNELL: "The Constitutional History of the Supreme Judicial Court of Massachusetts from the Revolution to 1813", chapter IV ("The Anti-Slavery Decisions of 1781 and 1783 and the History of the Duty of the Court in Regard to Unconstitutional Legislation"), en *Massachusetts Law Quarterly* (Mass. L. Q.), Vol. II, Number 5, May, 1917, pp. 437 y ss.; en concreto, pp. 443 y ss.

33. Andrew C. McLAUGHLIN: *A Constitutional History of the United States*, New York/London, D. Appleton-Century Company, 1935, p. 25.

a su recaudador adjunto en Salem, el Sr. Cockle, para que solicitara a la Superior Court, entonces actuando en esa misma pequeña ciudad, los *writs of assistance*. Stephen Sewall, en ese momento (noviembre de 1760) Chief Justice del Tribunal, iba a expresar grandes dudas acerca de la legalidad de tales *writs* y de la autoridad del Tribunal para otorgarlos. Más aún, según parece, ninguno de los miembros de la mencionada Corte dijo una palabra en favor de tal concesión. Sin embargo, al tratarse de una petición de la Corona la misma debía ser objeto de una vista y de la subsiguiente decisión, a cuyo efecto se fijó el siguiente período de sesiones de febrero de 1761 en la ciudad de Boston.

La alarma se extendió entre todos los comerciantes de Salem y de Boston, pues nada era más incompatible con la concepción de la libertad que tenían los colonos que los registros generales (*general searches*), que violaban su apreciada máxima de que “a man’s house is his castle”. Así, de inmediato buscaron oponerse jurídicamente a la concesión de tales *writs of assistance*. Al efecto, buscaron un abogado que llevara el caso; tras la renuncia de un primer letrado, pidieron a Otis y a Thacher su defensa ante el Tribunal. James Otis se hallaba tan resueltamente opuesto a la concesión de estas órdenes generales de registro que, como ya hemos señalado, no sólo rehusó llevar el caso en nombre de la administración de aduanas, como hubiera sido su obligación como abogado del rey (*Advocate general*) en la provincia, sino que, tras su cese en ese cargo y rehusando cualquier honorario, se prestó a la defensa de los comerciantes conjuntamente con el otro abogado, el Sr. Thacher, quien desempeñó un rol muy secundario en el litigio.

En febrero de 1761 comenzó la vista pública del caso. Describiendo el desarrollo de la misma ante él y los restantes miembros del Tribunal, Hutchinson, quien, recordémoslo, presidió la Corte, en su *History of Massachusetts-Bay* pondría de relieve que la objeción principal a la concesión de los *writs* tenía que ver con su peculiar naturaleza: “the nature of general warrants”. Aunque se admitió la existencia de precedentes de este tipo de *writs*, se afirmó ante el Tribunal (según Hutchinson, sin prueba, aunque lo cierto es que el propio presidente del Tribunal recogió en una nota a pie de página de su escrito, que se había presentado como prueba un extracto de un ejemplar del *London Magazine* de marzo de 1760, que hay que presuponer que no se admitió como prueba válida), “that the late practice in England was otherwise, and that such writs issued upon special information only”³⁴. Y es de interés recordar que en esa publicación se abordaba frontalmente la cuestión, informándose acerca de una petición formulada por varios comerciantes londinenses ante la House of Commons para interpretar la legislación relativa al “power of searching and seizing”, contemplada por la ley en términos muy generales. Se trataba de que un *writ of assistance* del *Exchequer* nunca sea concedido sin una información, expresada bajo juramento, de que la persona que lo solicita tiene razones para sospechar que las mercancías prohibidas o introducidas de contrabando se hallan ocultas en la casa o

34. Apud Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, op. cit., p. 132.

lugar respecto del cual solicita un poder de búsqueda; y en cuanto al otorgamiento por el juez del mandato de búsqueda, se pedía que la autoridad judicial, antes de otorgarlo, debiera tener tal información; más aún, esa información debía ser enunciada sobre la base de los fundamentos de sospecha del denunciante, “and if those grounds appear to be groundless, no such warrant ought be granted”³⁵. No debe extrañar la referencia hecha por Hutchinson, pues la cuestión que realmente suscitó la acre controversia judicial no era otra sino si a los funcionarios de aduanas británicos se les podía facilitar unos mandatos generales de registro (*general search warrants*) que les facultara llevar a cabo una búsqueda de mercancías introducidas de contrabando.

II. A modo de circunstancia un tanto colateral a la vista, es de interés recordar que John Adams, entonces un jovencísimo abogado de Boston, recién nombrado (junto a Samuel Quincy) *barrister*, esto es, habilitado como abogado para defender causas ante los tribunales superiores británicos, estuvo presente a lo largo de todo la vista judicial, recogiendo posteriormente sus impresiones acerca de su desarrollo³⁶, uniéndose con ello a Thomas Hutchinson, quien, como ya se ha dicho, en su *History* se ocupó del proceso con algún detenimiento. “The council chamber ---escribió Adams--- was as respectable an apartment as the House of Commons or the House of Lords in Great Britain.... In this chamber, round a great fire, were seated five Judges, with Lieutenant Governor Hutchinson at their head, as Chief Justice, all arrayed in their new, fresh, rich robes of scarlet English broadcloth; in their large cambric bands, and immense judicial wigs”³⁷. El enorme impacto que tuvo el caso no sólo en Massachusetts sino en la totalidad de las colonias es deudor en gran medida de lo que John Adams dejó escrito.

Más allá de ello, el dramático ataque jurídico de Otis contra las arbitrarias órdenes de registro inspiró profundamente a John Adams. Otis se convirtió en su amigo e instructor en la vida política, y la gran capacidad de Adams pronto le otorgó una relevancia equiparable a la de su maestro. No ha de extrañar que Adams liderara la oposición a la *Stamp Act* de 1765, manteniéndose después siempre beligerante frente a aquellas actuaciones británicas que él consideraba que iban en perjuicio de las libertades de los colonos. A lo largo de su vida, quien había de ser el segundo presidente de los Estados Unidos recordó con frecuencia el caso como el verdadero punto de partida en el movimiento de América hacia la Independencia. Son célebres las palabras que escribió al respecto, expresando el sentimiento que experimentó tras oír la brillante intervención de Otis ante el Tribunal: el discurso de Otis “breathed into this nation the breath of life” (daba a esta nación un aliento

35. El “extract” del *London Magazine* de marzo de 1760 puede verse en Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, op. cit., pp. 537-539.

36. Smith recoge en un Apéndice de su libro (*Appendix I*) las notas escritas por John Adams, bajo el rótulo de “John Adams’s contemporaneous notes of the writs of assistance hearing in February 1761”. Cfr. al respecto, Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, op. cit., pp. 543-547. Como “Appendix J” de la misma obra figura lo que Smith rotula como “John Adams’s Abstract”. Puede verse en pp. 548-555.

37. *Apud* Bernard SCHWARTZ: *A History of the Supreme Court*, op. cit., pp. 5-6.

de vida), para añadir de inmediato que “then and there the child Independence was born” (entonces y allí nació el niño Independencia). Y como añadiría casi siglo y medio después Corwin³⁸, John Adams habría podido muy bien escribir que “then and there American constitutional theory was born”. Y ello a su vez por cuanto, como escribiría en sus Notas a los *Quincy’s reports* el Juez Horace Gray, “Otis denied that (Parliament) was the final arbiter of the justice and constitutionality of his own acts; and (...) contended that the validity of statutes must be judged by the courts of justice; and thus foreshadowed the principle of American constitutional law, that it is the duty of the judiciary to declare unconstitutional statutes void”³⁹ (Otis negaba que el Parlamento fuera el árbitro último de la justicia y constitucionalidad de sus propias leyes, y sostenía que la validez de las leyes ha de ser enjuiciada por los tribunales de justicia, prefigurando así el principio del Derecho constitucional americano de que es deber del poder judicial declarar nulas las leyes inconstitucionales).

C) La brillante argumentación de Otis

- I. El núcleo del problema al que Otis se iba a enfrentar en el caso iba a ser el alcance o, si así se prefiere, el sentido en que la idea de constitución, esto es, la idea de un *higher law*, podía ser concebida en cuanto limitación al poder de los cuerpos colegisladores. Y lo iba a hacer en una época en que la doctrina de la supremacía legislativa seguía siendo dominante, por lo menos en Inglaterra, aunque la misma se había transmitido a las colonias (el impacto fundamental de tal doctrina se debería a la obra de Blackstone, que no comenzaría sin embargo a publicarse hasta 1765, cuatro años después del caso que nos ocupa). Esta doctrina apenas reflejaba la realidad de la visión jurídica colonial, mucho más proclive a la idea de la existencia de un *higher law* exigible judicialmente. En cualquier caso, el predominio entre los órganos de extracción inglesa de la doctrina de la soberanía parlamentaria, unido a la misma composición del Tribunal de Massachusetts, explican que no resultara ninguna sorpresa que Otis perdiera el litigio. Pero ello es por entero irrelevante considerando los efectos que nos ocupan.

En nombre de la Corona, intervino Jeremiah Gridley, quien, como queda reflejado en las *Notas* de John Adams, sostuvo como argumento principal que la facultad de conceder estos *writs* podía inferirse de la necesidad del caso⁴⁰, apoyándose asimismo, aunque sin insistir tanto en ello, en que la concesión se hallaba amparada por normas estatutarias.

38. Edward S. CORWIN: “The Establishment of Judicial Review” (I), en *Michigan Law Review* (*Mich. L. Rev.*), Vol. IX, 1910-1911, pp. 102 y ss.; en concreto, p. 106.

39. *Apud* Bernard SCHWARTZ: *A History of the Supreme Court*, *op. cit.*, p. 6

40. “The Constables ---puede leerse en las Notas de John Adams en relación a la posición sostenida por Gridley--- distraining for Rates, more inconsistent with Eng. Rts. & liberties than Writs of assistance. And Necessity, authorizes both”. *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 543.

James Otis comenzó su intervención ante el Tribunal admitiendo la legalidad de cierto tipo de *writs*, particularmente, los *special writs*. Su posición es perfectamente visible en esta reflexión:

“I will proceed to the subject of the writ. In the first, may it please yours Honours, I will admit, that writs of one kind, may be legal, that is, special writs, directed to special officers, and to search certain houses & c. especially set forth in the writ, may be granted by the Court of Exchequer at home, upon oath made before the Lord Treasurer by the person, who asks, that he suspects such goods to be concealed in those very places he desires to search”⁴¹. (Pasaré al tema del *writ*. Primeramente, y esto puede agradar a sus Señorías, admitiré que los *writs* de un cierto tipo pueden ser legales, esto es, los *writs* especiales, dirigidos a funcionarios particulares para registrar determinadas casas.... especialmente enunciadas en el *writ*, pueden ser concedidos por el Tribunal del Tesoro dentro del país, con base en el juramento prestado ante el Lord del Tesoro por la persona que lo pide, que sospecha que tales mercancías están ocultas en aquellos mismos lugares que desea registrar).

A continuación, Otis objetó ante el Tribunal que los *writs* que habían suscitado la controversia judicial no se acomodaban al tipo de los precedentemente mencionados, pues se trataba de *writs* de naturaleza general, y estos debían sujetarse a ciertas condiciones que no se daban en los que se discutían en sede judicial. En su *History of Massachusetts-Bay*, Hutchinson relata del siguiente modo esta parte de la intervención del abogado bostoniano:

“It was objected to the writs, that they were of the nature of general warrants; that, although formerly it was the practice to issue general warrants to search for stolen goods, yet, for many years, this practice had been altered, and special warrants only were issued by justices of the peace, to search in places set forth in the warrants; that it was equally reasonable to alter these writs, to which there would be no objection, if the place where the search was to be made should be specifically mentioned, and information given upon oath. The form of a writ of assistance was, it is true, to be found in some registers, which was general, but it was affirmed, without proof, that the late practice in England was otherwise, and that such writs issued upon special information only”⁴². (Se objetó a los *writs* que tenían la naturaleza de los mandamientos (o mandatos) generales, que aunque antiguamente existía la práctica de conceder mandamientos generales para buscar mercancías robadas, sin embargo, desde hacía muchos años esta práctica había sido alterada, y los jueces de paz sólo concedían mandamientos especiales, para buscar en los lugares expuestos en los mandamientos, que era igualmente razonable alterar estos *writs*, a lo que no habría objeción si el lugar donde el registro tuviera que hacerse fuera específicamente mencionado y la información, dada bajo juramento. La figura de un *writ of assistance*, ciertamente, tenía que encontrarse en algunos registros, lo que era algo general, pero se afirmó sin prueba que la última práctica en Inglaterra era de otro modo, y que tales *writs* se concedían solamente con base en una información especial).

Ya nos hemos referido precedentemente al apoyo que buscó Otis con su referencia al *London Magazine*, prueba que, como claramente revela la exposición de Hutchinson,

41. *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, op. cit., p. 331.

42. *Apud* Maurice H. SMITH, en *Ibidem*, p. 332.

no se admitió como tal. El abogado bostoniano puso un especial énfasis en que solo los mandamientos especiales (*special warrants*) eran legales, lo que, a la inversa, se traducían en la ilegalidad de un mandamiento judicial general, como era el caso. Es significativo que se mostrara dispuesto a avenirse a admitir los *writs of assistance* cuestionados si eran modificados, transformándose en mandamientos especiales.

Otis iba inmediatamente después a tratar de justificar el porqué de la ilegalidad de un *writ* de naturaleza general. Acudiendo de nuevo a las Notas tomadas por John Adams, puede leerse en ellas lo que sigue:

“This Writ is against the fundamental Principles of Law. – The Priviledge of House. A Man, who is quiet, is as secure in his House, as a Prince in his Castle – notwithstanding all his Debts, & civil processes of any Kind”⁴³. (Este *writ* es contrario a principios fundamentales del Derecho. El privilegio de la casa. Un hombre que está tranquilo, se halla tan seguro en su casa como un príncipe en su castillo, no obstante todas sus deudas y los procesos civiles de cualquier tipo)⁴⁴.

Otis aducirá a continuación cuatro denuncias de las que, a su juicio, se infiere la ilegalidad de los pretendidos *writs of assistance*. La primera de ellas es que se trata de un *writ* universal, esto es, dirigido a todos los jueces, *sheriffs*, policías y cualesquiera otros funcionarios, “so that in short it directed to every subject in the king’s dominions; every one with this writ may be a tyrant”. La segunda es que se trata de un *writ* perpetuo; es un *writ* sin retorno, y por ello, con él, “every man may reign secure in his petty tyranny, and spread terror and desolation around him”. La tercera es que genera la más absoluta arbitrariedad, pues con tal *writ* una persona, a las horas del día, puede entrar en cualquier casa o tienda a su voluntad (“at will”) y ordenar a todos que le asistan. En fin, con este *writ* no solo a los habilitados por el mismo, sino incluso a sus criados y sirvientes les es permitido tratarnos despóticamente (“to lord it over us”). No debe extrañar a la vista de la argumentación expuesta que Otis tildara el *general search warrant* como “the worst instrument of arbitrary power; the most destructive of English liberty and the fundamental principles of law, that ever was found in an English law-book”⁴⁵.

43. *Apud* Maurice H. SMITH, en *Ibidem*, p. 339. Asimismo, en p. 544. Al párrafo transcrito sigue este otro del siguiente tenor: “But For flagrant Crimes, and in Cases of great public Necessity, the Priviledge may be (encroached ?) on. – For Felonies an officer may break, upon Process, and oath. – i. e. by a Special Warrant to search such an House, sworn to be suspected, and good Grounds of suspicion appearing”.

44. Smith ha transcrito otro texto de Otis que recoge una más amplia perspectiva constitucional del mismo tema, que no parece que lo utilizara ante el Tribunal, sino, según el propio autor, en el “coffee house”. Creemos que tiene algún interés transcribirlo:

“Now one of the most essential branches of English liberty, is the freedom of one’s house. A man’s house is his castle; and while he is quiet, he is as well guarded as the prince in his castle. – This writ, if it should be declared legal, would totally annihilate this privilege. Custom house officers may enter our houses when they please – we are commanded to permit their entry – their menial servants may enter – may break locks, bars and every thing in their way – and whether they break through malice or revenge, no man, no court can inquire – bare suspicion without oath is sufficient”. *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 344.

45. *Apud* Charles Grove HAINES: *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, Berkeley (California), University of California Press, 2nd edition, 1932, p. 59.

II. En su defensa de los comerciantes frente a las autoridades aduaneras inglesas, siglo y medio después del *Bonham's case*, y en su ataque contra los *general writs of assistance*, Otis invocó finalmente el célebre fallo de Coke, al que había accedido a través de los *Abridgments* de Bacon y de Viner. Antes de referirnos a ello, quizá convenga recordar a título previo una idea a la que ya hemos aludido: la relevancia del *common law* en esta etapa prerrevolucionaria. Bailyn lo manifestó con toda claridad cuando escribió que “the common law was manifestly influential in shaping the awareness of the Revolutionary generation”⁴⁶. Y ya nos hemos hecho eco del extraordinario protagonismo que tuvo Coke en la difusión y conocimiento del *common law*. Bien podría decirse, pues, que la influencia del *common law* suponía la extraordinaria relevancia del pensamiento de Edward Coke, si bien no es menos cierto que no todos los abogados y juristas de esta etapa interpretaron a Coke del mismo modo. Las diferentes interpretaciones de Otis y Hutchinson podrían servir como ejemplo paradigmático.

En el resumen que John Adams hizo de la posición crucial de Otis se puede leer: “As to acts of Parliament. An act against the Constitution is void: an act against natural Equity is void: and if an act of Parliament should be made, in the very words of the petition, it would be void. The Executive Courts must pass such Acts into desuse.— 8. Rep. 118, from Viner”⁴⁷. Este deber de los tribunales de declarar las leyes que acabamos de mencionar en desuso, en definitiva, de inaplicarlas, tenía como punto de apoyo la consideración de que “la razón del *common law* controla toda ley del Parlamento”, que no era sino lo que ya Coke había señalado. En su razonamiento, el abogado bostoniano, como el propio Adams comentaba medio siglo después, sostenía que “the writ is against the fundamental principles of law (....) the privilege of house”⁴⁸.

Otis, desde luego, no utilizó los términos literales del *dictum* de Coke. Aunque su referencia a la “reason of the common law to control an Act of Parliament”, como se acaba de señalar, corresponde claramente al mencionado *dictum* (recordémoslo: “When an Act of Parliament is against common right and reason.... the common law will controul it”), no son exactamente los mismos términos, lo que, según Smith⁴⁹, sugiere una dualidad de focos de influencia, que tendría como epicentros no sólo el célebre *dictum* sino también el *Report* de Coke sobre las *Prohibitions del Roy*. En cualquier caso, de la argumentación de Otis de que todo *writ of assistance search* debía ir precedido por una específica decisión judicial podría inferirse que en cuanto la peculiar naturaleza de un *general writ*, este impedía tal proceso judicial previo por

46. Bernard BAILYN: *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge (Massachusetts), The Belknap Press of Harvard University Press, 13th printing, 1976, p. 31.

47. *Apud* Edward S. CORWIN: “The <Higher Law> Background of American Constitutional Law” (I y II), en *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*), Vol. XLII, 1928-1929, pp. 149 y ss. y pp. 365 y ss., respectivamente; en concreto, en II, p. 398.

48. Carta de John Adams a William Tudor, fechada el 29 de marzo de 1817. De ella se hace eco F. W. GRINNELL: “The Constitutional History of the Supreme Judicial Court of Massachusetts from the Revolution to 1813”, chapter IV (“The Anti-Slavery Decisions...”), *op. cit.*, pp. 446-447.

49. Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 359.

lo que estos *writs* generales estaban convirtiendo a los funcionarios aduaneros en *judex in propria causa*.

Llegados aquí cabe formular una interrogante: ¿Qué era la Constitución que una ley del Parlamento no podía infringir? ¿No era ---se iba a interrogar Bailyn⁵⁰--- sino un conjunto de principios y reglas establecidos, distinguibles de antecedentes a y más fundamentales que?, y concibiéndose de tal modo estaban llamados a controlar el funcionamiento de las instituciones de gobierno, hallándose destinados por lo tanto a ser operativos en cuanto limitaciones constitucionales, frente a la actuación del Parlamento. Y siendo así, el propio autor se pronunciaba críticamente frente a la ambigua respuesta dada por Otis, para quien la principal autoridad en que se iba a apoyar iba a ser la de Coke, siendo discutible, por lo menos según Thorne, si Coke tenía en mente la existencia de principios superiores de Derecho y justicia que el Parlamento no pudiera contravenir. Frente a tal consideración, hay que decir que Otis no parece, desde luego, que se circunscribiera a la autoridad de Coke, pues se halla fuera de toda duda que también pareció tener en mente otro no menos familiar *dictum*, el de Lord Hobart en el igualmente famoso caso *Day v. Savadge*: “Even an act of Parliament made against natural equity, as to make a man judge in his own case, is void in itself”⁵¹. La entrada en juego del canon de la *natural equity*, que Otis vincula inextricablemente con el Derecho natural y con los principios inmutables de la razón y la justicia, no deja lugar alguno a la duda acerca de esta última influencia, pues el *Justice* Hobart convirtió el principio de que “nadie puede ser juez de su propia causa” (*nemo judex in propria causa*) en canon de la *natural equity*, y ésta, a su vez, en *standard* a través del cual juzgar si una ley del Parlamento era respetuosa con esos principios de Derecho y justicia arraigados en el *common law* que encarnaban ese *fundamental law*.

Aún convendría añadir algo más. Cuando Otis sostuvo que el *writ* era contrario a “fundamental principles of law”, frente a lo que aduce Bailyn, nos parece bastante evidente que lo que estaba expresando es que las leyes del Parlamento se hallaban limitadas por tales principios, principios que, como tiempo atrás expresara McLaughlin⁵², presumiblemente eran los “fundamental principles of British freedom”. Dicho de otro modo, Otis se halla lejos de limitarse a traer a la memoria el *dictum* de Coke, al apelar fervientemente a los sagrados derechos de los ingleses, que consideraba vulnerados con la aprobación de estos *writs*; de esta forma, el abogado bostoniano estaba visualizando la Constitución inglesa como algo real y tangible, claramente tajante y concluyente en sus limitaciones. La conclusión lógica de su razonamiento era que una ley inconstitucional no era necesariamente una ley mala o

50. Bernard BAILYN: *The Ideological Origins of the American Revolution*, op. cit., pp. 176-177.

51. Adicionalmente, James Otis aludió a otro no menos conocido posicionamiento jurisprudencial, el de Lord Holt en el caso *City of London v. Wood* (1702): “What my Lord Coke says in Dr. Bonham’s case in his 8 Rep. is far from any extravagancy, for it is a very reasonable and true saying, That if an act of Parliament should ordain that the same person should be party and judge, or what is the same thing, judge in his own cause, it would be a void act of Parliament”.

52. Andrew C. McLAUGHLIN: *A Constitutional History of the United States*, op. cit., p. 26.

inadecuada; que una ley que navegaba en contra de tradiciones muy queridas por los ingleses no era en absoluto ley o Derecho, pues era un texto nulo y cualquier tribunal debía declararlo así. Desde esta óptica, el argumento de Otis era verdaderamente profético del sistema constitucional que iba a arraigar en Norteamérica con el paso del tiempo. A su vez, bien puede decirse que la doctrina de Coke fue tan precoz como profética, aunque hundiera sus raíces en el pensamiento medieval inglés reverdecido por Lord Coke y por otros en el siglo XVII.

No faltan autores que traslucen una posición crítica. Tal es el caso, por ejemplo, de Bowen, una de las biógrafas de Coke⁵³, para quien el Juez inglés se habría asombrado al ver el empleo que de su *dictum* hizo Otis y por quienes siguieron sus pasos, reflexión harto discutible, dicho sea al margen. Incluso admitiendo que el abogado bostoniano hubiera ido mucho más allá de lo que pretendía Sir Edward Coke, no cabe ignorar que, en el fondo, Otis estaba haciendo algo similar a lo que Coke expresaba con esta gráfica frase: “Let us now peruse our ancient authors, for out of the old fields must come the new corne”⁵⁴. No otra cosa hacían Otis y quienes le siguieron al utilizar a Edward Coke como el fundamento de todo el edificio constitucional.

Pero es que además, frente a la crítica expuesta, no puede dejar de ponerse de relieve la importancia que en aquel preciso momento tuvo ese acercamiento de Otis a las posiciones de Coke, en unas circunstancias que parecían idóneas para atraer la atención popular. No cabe la más mínima duda acerca del impacto de su posición. A raíz de la invocación por James Otis se ha dicho⁵⁵ que la doctrina de Coke se convirtió en un “rallying cry” (un grito de adhesión, de unión) para los americanos. El 12 de septiembre de 1765, el gobernador Hutchinson, refiriéndose a la oposición generalizada de los colonos a la *Stamp Act*, escribía: “The prevailing reason at this time is, that the act of Parliament is against Magna Carta, and the natural rights of Englishmen, and therefore, according to Lord Coke, null and void”⁵⁶, para añadir a renglón seguido: “This, taken in the latitude the people are often enough disposed to take it, must be fatal to all government, and it seems to have determined great part of the colony to oppose the execution of the act with force”⁵⁷. Y en lo que a la *judicial review* se refiere, el *Writs of assistance case* se ha considerado como la corneta de llamada en favor de la *judicial review* (“a clarion call for judicial review”) y un claro desafío a la entonces dominante doctrina de la supremacía legislativa⁵⁸.

53. Catherine Drinker BOWEN: *The Lion and the Throne* (The Life and Times of Sir Edward Coke. 1552-1634), London, Hamish Hamilton, 1957.

54. Bernard SCHWARTZ: *A History of the Supreme Court*, op. cit., p. 6.

55. Raoul BERGER: *Congress v. the Supreme Court*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2nd printing, 1974, p. 25. “Sound or not ---escribe Berger--- Coke’s statement became a rallying cry for Americans in 1761 when it was resoundingly invoked by James Otis. If an Act of Parliament had the effect claimed for it, he argued in the *Writs of Assistance case*, it would be <against the Constitution> and therefore void, an argument that John Adams, with Otis concurring, repeated in 1765 in opposition to the Stamp Act”.

56. *Apud* Edward S. CORWIN: “The Establishment of Judicial Review” (I), op. cit., p. 106.

57. *Apud* Theodore F. T. PLUCKNETT: “Bonham’s Case and Judicial Review”, op. cit., p. 63.

58. William E. NELSON: *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence (Kansas), University Press of Kansas, 2000, p. 36.

Al margen ya de todo lo anterior, la argumentación de Otis se convirtió en la principal prueba de la reivindicación del *Bonham's case* como una fuente muy significativa del pensamiento colonial acerca de la *judicial review* y como un importante elemento para su ulterior desarrollo, pues la reivindicación de la interpretación llevada a cabo por Coke iba a permitir a los jueces tomar en cuenta la idea de un *fundamental law*, lo que, a juicio de Kramer, contrasta con la aparición tan sólo ocasional del *Bonham's case* en los *cases law* y en la literatura jurídica de los años 1770 y 1780, lo que lleva a este autor a relativizar el peso específico de la decisión de Coke en el desarrollo de una argumentación en favor de la *judicial review*, no obstante que admita que con posterioridad el *Bonham's case* se convirtió en parte de la “American judicial mythology”⁵⁹.

La reviviscencia del *dictum* de Coke así interpretado suscitó además adhesiones de la mayor relevancia en el pensamiento jurídico-político norteamericano de la época. Ya nos hemos referido al entusiasmo que la doctrina de James Otis desencadenó en John Adams, quien se mostró desde el primer momento un decidido defensor de las tesis sustentadas por el abogado bostoniano⁶⁰. Adams, como es bien sabido, tendría junto a Jefferson un muy relevante rol en la preparación de la Declaración de Independencia y de los documentos y manifiestos más importantes de la época. Parece lógico suponer que, entre las bases del Derecho constitucional norteamericano, tratara de establecer el punto de vista de Lord Coke, revivido en Boston por James Otis. William Cushing, uno de los primeros *Associate Justices* de la futura *Supreme Court*, en 1776, en los mismos momentos iniciales del estallido de la guerra revolucionaria, se dirigía a un jurado de Massachusetts instándole a ignorar determinadas leyes del Parlamento londinense, al considerarlas nulas y, por lo mismo, inaplicables. La declaración de Otis se repetiría con frecuencia en el curso de los debates políticos y jurídicos prerrevolucionarios, de lo que ilustra el hecho de que en 1773 un periódico de Boston reprodujera el célebre *dictum*. El caso creó un estado de opinión que tendría con posterioridad un reflejo concreto en el Estado independiente de Massachusetts, cuya Constitución, en el art. XIV del *Massachusetts Bill of Rights*, adoptó una disposición específica contra los registros irrazonables (“unreasonable searches”).

D) Suspensión del proceso y ulterior decisión del Tribunal (noviembre de 1761)

Retornando al desarrollo del proceso, tras la intervención de Otis en el tribunal, según la versión dada por Hutchinson, su propio presidente, en su *History of Massachusetts-*

59. Larry D. KRAMER: “We the Court”, op. cit., p. 31, nota 105 in fine.

60. En una carta escrita en 1776 por John Adams al Justice Cushing, quien sería uno de los primeros miembros de la Supreme Court, a la que accedió en 1790, puede leerse lo que sigue: “Usted tiene mi sincero acuerdo al hablar al jurado sobre la nulidad de las leyes del Parlamento (“the nullity of acts of Parliament”). Estoy decidido a morir por esa opinión (“I am determined to die of that opinion”)...”. *Apud* Charles B. ELLIOTT: “The Legislatures and the Courts: the Power to Declare Statutes Unconstitutional”, en *Political Science Quarterly* (Pol. Sci. Q.), Vol. 5, No. 2, June 1890, pp. 224 y ss.; en concreto, p. 232.

Bay, se manifestaron fundadas dudas. El tribunal se hallaba convencido de que un *writ* o *warrant* emitido tan solo en aquellos casos en que se hubiera dado bajo juramento una información especial, raramente, si es que en alguna ocasión, sería aplicado en cuanto ningún informador se expondría a la furia del pueblo. Ello no obstante, algunos jueces, ante la duda acerca de si tales *general writs* estaban todavía en uso en Inglaterra, parecieron mostrarse a favor de la excepción, y como admite Hutchinson “if judgment had been then, it is uncertain on which side would have been”⁶¹. Así las cosas, el *Chief Justice* expresó su deseo de obtener información de la práctica seguida en Inglaterra sobre esos *writs*, por lo que el juicio fue suspendido.

El 5 de marzo de 1761, Hutchinson escribió a William Bollan, en ese momento residente en Londres como agente de la provincia de Massachusetts en Gran Bretaña, quien a su vez le contestó el 13 de junio, enviándole una copia de un reciente *writ* que demostraba la aplicabilidad en Inglaterra de los *general writs*. Finalmente, el 14 de noviembre de 1761 la Corte se reunía para decidir el caso en cuestión, y la consideración de que la práctica judicial inglesa mostraba que el *Exchequer* seguía concediendo *general writs*, fue suficiente para admitir la misma práctica en la colonia de Massachusetts. James Otis podía haberse equivocado en su apreciación empírica, pero ello en modo alguno suponía un debilitamiento de su impecable argumentación jurídica.

Josiah Quincy redactó un resumen del desarrollo de la vista celebrada ante la *Superior Court* el 18 de noviembre de 1761⁶². Es interesante recordar algunos pasajes de determinadas intervenciones. El *Chief Justice* Hutchinson recordó en su intervención que los funcionarios aduaneros habían apelado con frecuencia al gobernador en solicitud de este tipo de *writs*, que además se les habían otorgado y, por lo mismo, aunque careciera de competencia para otorgarlo, esta circunstancia eliminaba el argumento de la falta de empleo del *writ*. Jeremiah Gridley, quien como ya se ha dicho actuó en nombre de la Corona, iba a tratar de minimizar el efecto de este tipo de *writs* al sostener que en realidad no se trataba de *writs of assistance* sino de *writs of assistants*, pues con tales instrumentos procesales no se otorgaba a los funcionarios aduaneros un mayor poder, sino que más bien se establecía un control sobre ellos, por cuanto no podían entrar en ninguna casa, tienda o almacén sin la presencia del *sheriff* o de una autoridad civil. Frente a tales posicionamientos James Otis se iba a reafirmar en su posición acerca de la ilegalidad de este tipo de *writs*, aduciendo al respecto lo siguiente:

“It is worthy Consideration whether this Writ was constitutional even in England; and I think it plainly appears it was not; much less here, since it was not there invented till after our Constitution and Settlement. Such a Writ is generally illegal”. (Es digno de consideración si este *writ* era constitucional incluso en Inglaterra; yo creo que parece

61. *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 387.

62. “Report of the resumed writs of assistance hearing, 18 November 1761, by Josiah Quincy junior”. Puede verse en Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, pp. 556-558.

claramente que no lo era; mucho menos lo podía ser aquí, ya que allí no fue inventado hasta después de nuestra constitución y establecimiento. Tal *writ* es por lo general ilegal).

La vista concluyó con la decisión unánime de los jueces de que el *writ* podía ser concedido, y algún tiempo después, efectivamente, fue otorgado.

Innecesario es aludir a la insatisfacción política que desencadenó la decisión del tribunal en Massachusetts, que encontró su manifestación en la propia Legislatura provincial unas semanas después. El 20 de febrero de 1762, el *Council* envió un proyecto de ley a la *House of Representatives* con ánimo de lograr su apoyo “for the better enabling the Officers of his Majesty’s Customs to carry the Acts of Trade in Execution”. En el texto, el *general writ of assistance* recientemente afirmado y concedido por la *Superior Court* era desplazado por un “writ or warrant of assistance good for the one sworn occasion only”, lo que era tanto como desplazar los *general writs* por los *special writs*, que presuponían un juramento previo a su concesión.

El *writs of assistance bill* no se convirtió finalmente en ley, y ello no porque no fuera aprobado por la legislatura, sino porque, tras serlo el gobernador Bernard lo vetó el 6 de marzo de 1762, en una sesión de la Asamblea provincial que previamente vio prorrogadas sus funciones. En su intervención ante la Asamblea el gobernador declaró que el *bill* era “so plainly repugnant and contrary to the Laws of England (...) that if I could overlook it, it is impossible it should escape the penetration of the Lords of Trade...”⁶³. El gobernador asoció claramente el *bill* con el conflicto de los comerciantes de la provincia con la administración aduanera, lo que lógicamente en nada debía sorprender.

5. La trayectoria posterior de James Otis

I. La popularidad ulterior de James Otis no tuvo límites. En mayo de 1761 fue elegido miembro de la *House of Representatives* con un apoyo casi unánime. Pero lo que aún interesa ahora más, entre 1761 y el inicio de la Revolución, el abogado bostoniano publicó una serie de escritos de entre los que es de destacar su *Vindication of the Conduct of the House of Representatives* y, sobre todo, *The Rights of the British Colonies Asserted and Proved*, un panfleto este último publicado en 1764, a modo de respuesta frente a la aprobación por el Parlamento británico de la *Sugar Act*, obra que en su día alcanzó una extraordinaria popularidad. En ella, Otis expuso ideas que eran tributarias de Locke, Rousseau, Grocio, Pufendorf e incluso Vattel, cuyas citas entrecomillaba con todo detalle⁶⁴. El abogado bostoniano combinaba de este modo la tradición inglesa de un *fundamental law* con las doctrinas provenientes de la teoría del Derecho público del pensamiento europeo de la Ilustración.

63. *Apud* Maurice H. SMITH: *The Writs of Assistance Case*, *op. cit.*, p. 426.

64. De ello se hace eco Bernard BAILYN, en *The Ideological Origins...*, *op. cit.*, p. 27.

Otis parte de la existencia de un *fundamental law* que asegura a todos los hombres los derechos naturales, muy particularmente, la vida, la libertad y la propiedad. Refiriéndose justamente a los derechos naturales, en el texto de Otis se refiere un notable pasaje entresacado de Vattel, cuya influencia sobre el posterior desarrollo del Derecho norteamericano hemos puesto ya de relieve:

“It is here demanded whether, if their power (legislative power) extends so far as to the fundamental laws, they may change the constitution of the state? The principles we have laid down lead us to decide this point with certainty, that the authority of these legislators does not extend so far, and that they ought to consider the fundamental laws as sacred, if the nation has not in very express terms given them the power to change them. For the constitution of the state ought be fixed”⁶⁵. (Se requiere aquí si sus competencias ---las del poder legislativo--- se extienden hasta las leyes fundamentales, ¿puede este poder cambiar la constitución del Estado? Los principios que hemos establecido nos llevan a decidir esta cuestión con seguridad, que la autoridad de los legisladores no llega tan lejos, y que deben considerar las leyes fundamentales como sagradas, si la nación no les ha dado en términos expresos la facultad de cambiarlas. Pues la constitución del Estado debe estar fija).

El carácter sagrado que Otis atribuye a las leyes fundamentales ya presupone que sobre el legislador recaen límites insoslayables. Otis enfatiza así que el poder legislativo se halla limitado por la constitución, de la que deriva su autoridad. El relevante abogado bostoniano deja muy claro este aspecto, sobre el que se pronuncia en los siguientes términos:

“.... (I)t will not be considered as a new doctrine that even the authority of the Parliament of Great Britain is circumscribed by certain bounds which if exceeded their acts become those of mere power without right, and consequently void. The judges of England have declared in favour of these sentiments when they expressly declare that acts of Parliament against natural equity are void. That acts against the fundamental principles of the British constitution are void”⁶⁶. (No se considerará como una nueva doctrina que incluso la autoridad del Parlamento de Gran Bretaña está circunscrita por ciertos límites que si se sobrepasaran, sus leyes se convertirían en las de un mero poder sin derecho, y consecuentemente en nulas. Los jueces de Inglaterra han declarado en favor de estas opiniones cuando proclaman expresamente que las leyes del Parlamento contrarias a la equidad natural son nulas. Que las contrarias a los principios fundamentales de la Constitución británica son nulas).

Esta idea, en el fondo, era tributaria de la creencia de Otis en la primacía del *natural law* y de los principios inmutables de la razón y la justicia, o lo que es igual en la primacía de un *higher law*; de ahí que, como ya había señalado en el *writ of assistance case*, y ahora reitera, toda ley que contradiga la *natural equity* deba ser considerada nula. El *natural law* proporcionaba a Otis los estándares morales con los que enjuiciar la actuación de las autoridades públicas. Análoga trascendencia otorgaría Otis a la *reason of the common law*, tras la que latían aquellos principios

65. *Apud* Andrew C. McLAUGHLIN: *A Constitutional History of the United States*, op. cit., p. 33.

66. *Apud* Thomas C. GREY: “Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought”, en *Stanford Law Review* (*Stan. L. Rev.*), Vol. 30, 1977-1978, pp. 843 y ss.; en concreto, p. 865.

fundamentales que se supone que han sido establecidos por el constitucionalismo británico, justamente los que en el pasaje transcrito identifica como “fundamental principles of the British constitution”. Este pensamiento no era por entero nuevo; es bien significativo que el propio Otis aluda a que no está formulando una doctrina nueva, pues aunque es verdad que en la etapa colonial prerrevolucionaria no hubo un debate profundo sobre cuestiones propias de la teoría constitucional, los pronunciamientos habidos tenían un poso común que provenía, como ya se ha dicho, del pensamiento iuspublicista de la Ilustración. Hay, pues, un claro común denominador doctrinal; de ahí que no deba extrañar que algunas de las ideas de Otis, compartidas por otros muchos, se vieran reflejadas posteriormente en la Declaración de Independencia y, más tarde, en la Constitución de Massachusetts.

II. Particular interés presentan asimismo algunas de las reflexiones vertidas por Otis en su obra *The Rights of the British Colonies* en relación al ejercicio de la libertad de expresión, y consiguientemente de crítica respecto de la legislación aprobada o pendiente de aprobación por el órgano legislativo. Estas son algunas de sus consideraciones:

“Cada sujeto ---escribe Otis--- tiene un derecho a comunicar sus opiniones al público (“a right to give his sentiments to the public”) acerca de la utilidad o inutilidad de toda ley, cualquiera que fuere, aun después de que sea aprobada, lo mismo que cuando esté pendiente de serlo. La equidad y la justicia de un proyecto pueden ser cuestionadas con perfecto sometimiento al órgano legislativo. Pueden darse razones de por qué una ley debe ser derogada; sin embargo, debe obedecerse hasta que tenga lugar la abrogación. Si los argumentos que pueden darse contra una ley son tales como para demostrar claramente que es contraria a la equidad natural (“is against natural equity”) los tribunales declararán tal ley nula (“will adjudge such act void”). Puede cuestionarse por algunos de ellos, no tengo duda de ello, si no están obligados por sus juramentos a declarar tal ley nula. Si no hay un derecho a ejercer un juicio personal que alcance al menos a la petición de abrogación (“petition for a repeal”) o a decidir la oportunidad de arriesgar un proceso jurídico, el Parlamento podría convertirse él mismo en arbitrario, lo que no puede ser imaginado por la Constitución. Creo que todo hombre tiene un derecho a examinar libremente la procedencia, fuente y fundamento de cada poder y medida en una comunidad, como parte de una curiosa maquinaria o de un notable fenómeno de la naturaleza, y que no debe ofender más decir que el Parlamento ha errado o se ha equivocado en una cuestión de hecho o de derecho, que decirlo de un hombre particular”⁶⁷.

James Otis, por supuesto, reconoce que el Parlamento británico, suprema legislatura del reino, tiene derecho a elaborar leyes para el bienestar general, incluyendo entre quienes se hallan vinculados a su cumplimiento a los colonos, al igual que a los restantes súbditos del reino. Ahora bien, dicho esto, el abogado bostoniano precisa que ninguna autoridad asume un derecho de actuar con arbitrariedad, ni ningún poder supremo puede “to take from any man part of his property, without his consent in person, or by representation”, lo que entrañaba una reivindicación del ejercicio de los principios de representación en todo el imperio. Otis estaba condenando

67. *Apud* F. W. GRINNELL: “The Constitutional History of the Supreme Judicial Court of Massachusetts from the Revolution to 1813”, chapter IV (“The Anti-Slavery Decisions...”), *op. cit.*, pp. 448-449.

categoricamente el establecimiento de impuestos al margen de la representación popular, esto es, la “taxation without representation”, considerándola como una violación de “the law of God and nature” del *common law* y de los derechos de propiedad, que ningún hombre o cuerpo de hombres, no exceptuando en ello ni siquiera al Parlamento, puede coherentemente sustraer con la constitución. En otro lugar de la misma obra, Otis insistió en una idea que tenía muy arraigada: la de que si una ley del Parlamento vulnerara “natural laws”, “which are immutably true”, estaría violando por eso mismo “eternal truth, equity and justice”, por lo que tal ley sería consecuentemente nula, “porque el supremo poder de un Estado es solamente *jus dicere*, mientras que el *jus dare*, estrictamente hablando, pertenece tan sólo a Dios”. Otis nos estaba diciendo que una ley del Parlamento sólo podía ser ley si se acomodaba a los principios superiores de la razón universal y de la justicia; consiguientemente, cuando una ley se opusiera a cualquiera de estos principios del Derecho natural, que eran verdades inmutables, no podía ser sino nula.

III. Otis mostró, sin embargo, un flanco oscuro puesto de de manifiesto en una argumentación inequívocamente contradictoria con buena parte de lo que se ha expuesto hasta ahora acerca de su pensamiento. En el mismo libro que venimos comentando, el célebre abogado bostoniano señalaba que los americanos tenían un deber de obedecer una ley inconstitucional del Parlamento británico si este insistía en ello:

“The power of Parliament ---escribe Otis--- is uncontrollable but by themselves, and we must obey.... There would be an end of all government if one or a number of subjects.... should take upon them so far to judge of the justice of an act of Parliament as to refuse obedience to it.... Therefore, let the Parliament lay what burdens they please on us, we must, it is our duty to submit and patiently bear them till they will be pleased to relieve us”⁶⁸. (El poder del Parlamento es incontrolable salvo por él mismo y nosotros debemos obedecer.... Habría una destrucción de todo gobierno si un súbdito o un grupo de ellos fueran tan lejos como para juzgar la justicia de una ley del Parlamento en cuanto a rehusar la obediencia a la misma.... Por lo tanto, dejemos al Parlamento establecer las cargas que deseen sobre nosotros; debemos, es nuestro deber, someternos y aguantarlas pacientemente hasta que les complazca liberarnos).

La resistencia de los colonos, según el pensamiento de Otis, tan solo parecía hallarse justificada cuando hubiesen apreciado la intención inconfundible del Parlamento de esclavizarlos, lo que como es evidente resultaba algo difícilmente constatable. Así las cosas, lo que tenían que hacer los colonos era convencer al Parlamento de lo inadecuado de su legislación, en cuanto vulneradora de los principios propios del *natural law* y de la Constitución británica.

La yuxtaposición de las reflexiones que preceden con la declaración de Otis sobre la nulidad de los impuestos no aprobados por la representación del pueblo iba a presentarse como hartamente contradictoria. Bailyn lo ha enjuiciado con cierta dureza,

68. *Apud* Thomas C. GREY: “Origins of the Unwritten Constitution...”, *op. cit.*, pp. 871-872.

al considerar que, al llevar el lenguaje del Derecho del siglo XVII a la lucha constitucional del siglo XVIII, Otis viró hacia unas posiciones que él no estaba ni intelectual ni políticamente preparado para aceptar⁶⁹. Otros autores, como Mullet, lisa y llanamente lo han tachado de contradictorio. Ferguson cree, por su parte⁷⁰, que la confusión intelectual de Otis podría verse como una tensión entre, de un lado, sus ideas avanzadas, y de otro, sus puntos de vista tradicionales, tensión que se habría suscitado de resultados de las dos principales fuentes conformadoras de su pensamiento: la doctrina del *natural law* y el concepto de soberanía.

No faltan, desde luego, quienes como Grey⁷¹ creen que Otis no fue ni incoherente ni anacrónico. Frente a la acusación de incoherencia, el profesor de Stanford no ve contradicción lógica entre la propuesta de que el Parlamento está legalmente sujeto a un *fundamental law* y la consideración de que, no obstante lo anterior, al órgano legislativo le corresponde la última palabra para decidir el significado de ese derecho fundamental, y ello, siempre según Grey, porque una constitución vinculante no necesita ser judicialmente aplicable, pues una legislatura, lo mismo que un tribunal, puede disponer de la autoridad final para interpretar una constitución escrita o no escrita. No podemos mostrarnos en absoluto de acuerdo con este planteamiento. El propio Grey trata de buscar una explicación armónica frente a la aducida incongruencia de Otis. Si este creía que el Parlamento era, en último término, supremo en su interpretación de la constitución, ¿en qué sentido pensaba que los tribunales podían declarar la nulidad de las leyes parlamentarias? Otis, esgrime el Profesor de Stanford⁷², pudo considerar que los tribunales poseían una facultad inicial de anular los estatutos inconstitucionales, aunque creyendo que si el Parlamento persistía en su apoyo al estatuto declarado inconstitucional, el órgano legislativo tendría la última palabra. En cualquier caso, las observaciones de Otis sobre la supremacía parlamentaria las hizo no en el contexto de un debate sobre la *judicial review*, sino como un consejo frente a la desobediencia popular ante impuestos supuestamente inconstitucionales. Por lo demás, esta posición táctica encontró bastantes adeptos entre los oradores de su tiempo (Grey se refiere a que la misma “was quite general among Americans spokesmen in 1764”), pues la *Stamp Act* aún no se había promulgado y los colonos todavía creían posible persuadir al Parlamento británico para que no llevara a cabo la aprobación de esa ley.

En 1765, una vez que las noticias acerca de la aprobación de la *Stamp Act* habían llegado a las colonias, desatando numerosas intervenciones en favor de una resistencia activa, Otis publicaba un nuevo folleto *Brief Remarks on the Defence of the Halifax Libel*. Atisbando con claridad, y también con temor, la posibilidad de desórdenes civiles, Otis giraba instintivamente hacia la autoridad establecida. En su nueva publicación ya no insistía en ningún argumento para lograr una verdadera

69. Bernard BAILYN: *The Ideological Origins...*, *op. cit.*, p. 178.

70. James R. FERGUSON: “Reason in Madness: The Political Thought of James Otis”, en *The William and Mary Quarterly* (Wm. & Mary Q.), Third Series, Vol. 36, No. 2, April, 1979, pp. 194 y ss.; en concreto, p. 195.

71. Thomas C. GREY: “Origins of the Unwritten Constitution...”, *op. cit.*, p. 872.

72. *Ibidem*, p. 873.

representación de los colonos en el Parlamento británico; en lugar de ello enfatizaba la competencia y autoridad del Parlamento “to bind the colonies by all acts wherein they are named”. El gran abogado bostoniano se decantó por un punto de vista de los asuntos imperiales que fácilmente compartirían los propios ministros británicos, visión que bien podría compendiarse en la consideración de que el poder absoluto del Parlamento de Londres demandaba “a meek and patient acquiescence in their determinations”⁷³.

La confusión de James Otis se manifestó de nuevo cinco meses más tarde con una nueva publicación, *Considerations on Behalf of the Colonists*, folleto en el que siguió sosteniendo el incuestionable poder soberano del Parlamento y la necesidad de preservar los vínculos de las colonias con Gran Bretaña. Aunque no dejara de mostrarse crítico con la actitud del Parlamento, lo cierto es que su idea acerca de los derechos naturales de los colonos parecía haber quedado postergada, mientras que su proclividad hacia el derecho del Parlamento británico a establecer impuestos sobre los colonos permaneció incuestionada. Otis reconocía que negar la lógica de la representación virtual equivalía a cuestionar la legitimidad de la autoridad parlamentaria sobre las colonias; quizá por ello escribía que “the supreme legislative, in fact as well as in law, represent(s) and act(s) for the realm, and all the dominions”⁷⁴. Pero paradójicamente, aunque el Parlamento representara de hecho a todo el reino, lo cierto es que en él no tenían representación alguna los colonos.

La reacción frente a los nuevos posicionamientos de Otis por parte de un sector de los bostonianos no se iba a hacer esperar mucho tiempo. El 5 de mayo de 1766 el *Boston Evening Post* publicaba un artículo firmado por “A Friend to Liberty” en el que, airadamente, se denunciaban las incoherencias y equívocas posiciones de James Otis. La carta parecía hacerse eco de un punto de vista ampliamente compartido por los bostonianos, que se mostraban de acuerdo en que Otis había traicionado la causa de la *American liberty*, justamente por las contradicciones que se acaban de exponer. John Adams recordaría apenadamente en sus escritos que “He (Otis) was called a reprobate, an apostate, and a traitor, in every street in Boston”⁷⁵. Otis, que era plenamente consciente de las duras acusaciones acerca de su contradictoria actitud, siempre rechazó las críticas, insistiendo en que él había actuado de modo “positively consistent”.

Una explicación adicional se ha dado, y tiene que ver con la inestabilidad mental que Otis supuestamente experimentó a partir del año 1765. “As early as 1765 ---escribe de nuevo Ferguson⁷⁶--- his mental instability was clearly evident in his confused and erratic behavior, and in what John Adams called his “great inequalities of temper””.

73. James R. FERGUSON: “Reason in Madness: The Political Thought of James Otis”, *op. cit.*, p. 208.

74. *Ibidem*, p. 212.

75. *Apud* James R. FERGUSON: “Reason in Madness...”, *op. cit.*, p. 194.

76. *Ibidem*, pp. 194-195.

IV. James Otis fracasó ciertamente en sus intentos de resolver los problemas intelectuales planteados por la crisis revolucionaria; su rechazo a cuestionar la legitimidad de las instituciones británicas resultó determinante en su fracaso final ante la comunidad bostoniana. Pero ello, siendo lamentable, no puede conducir al olvido de sus extraordinarias aportaciones al desarrollo del pensamiento revolucionario. Otis, en cierto modo, fue la chispa que encendió la mecha de la revolución; esa chispa finalmente se eclipsó, quizá por la propia inestabilidad mental de quien había desencadenado el fuego, pero la deuda del movimiento revolucionario americano hacia las posiciones defendidas inicialmente por este patriota no puede considerarse amortizada por las tristes circunstancias que se presentaron al final de su vida.

Los acontecimientos posteriores, que se suceden de modo vertiginoso en la decena o poco más de años inmediatamente anteriores a la Revolución americana, van a revelar desde diferentes perspectivas la vivacidad de la doctrina inicialmente expuesta por Otis en el *Writ of assistance case*, pues desde muy diversos foros no solo se presupuso la existencia de un *fundamental law*, dentro del cual los derechos de los colonos van a ocupar un lugar preeminente, sino que se postuló que cualquier ley que contrarie ese *higher law* debe ser fiscalizada en sede judicial y declarada *null and void*. En esos años, a los ojos de muchos americanos, como sería el caso de John Adams, la Revolución se había completado, y ello acaecía mucho antes de que se iniciase la lucha armada contra los ingleses. Y es que la “verdadera Revolución” iba a tener lugar no en los campos de batalla sino en la mentalidad de la población, que iba a experimentar un cambio radical en sus opiniones, afectos y sentimientos. Y el pensamiento jurídico no era ajeno, más bien todo lo contrario, a ese cambio revolucionario.

En 1770, John Quincy, de Massachusetts, sostuvo que los tribunales se limitaban a impartir justicia de conformidad con el Derecho, “which was thought to be ‘‘founded in principles that are permanent, uniform and universal’’”⁷⁷. En sintonía con esta idea, absolutamente compartida en la época, se iba a considerar que los tribunales, al impartir justicia, lejos de ir contra el pueblo no hacían otra cosa sino trabajar armónicamente junto a él a fin de proteger y hacer efectivos los principios y valores que la mayoría de la comunidad consideraba como propios. En similar dirección, John Adams creía que todo posible caso judicial debía decidirse en conformidad con el precedente, de forma tal que no dejase resquicio alguno a la “uninformed reason of prince or judge”. Todo ello casaba a la perfección con el pensamiento magistralmente expuesto en su primera etapa de vida pública por James Otis, un verdadero abanderado del pensamiento jurídico de los años prerrevolucionarios.

77. *Apud* William E. NELSON: “*Marbury v. Madison* and the Establishment of Judicial Autonomy”, en *Journal of Supreme Court History* (J. Sup. Ct. Hist.), Vol. 27, Issue 3, 2002, pp. 240 y ss.; en concreto, p. 241.

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UTILIDAD Y LÍMITES

Domingo García Belaunde (*)

En el Perú de los últimos años se ha visto reflejado como en un espejo, lo que pasa en otros lares. Y que fue vislumbreado en las décadas finales del siglo XX por el constitucionalista francés Louis Favoreu como un fenómeno que denominó “constitucionalización del Derecho”. Y esto ha merecido largos ensayos de parte de otros juristas franceses, italianos, españoles y latinoamericanos – sobre todo brasileños. Con esto se quiere decir varias cosas: en primer lugar, que la ley ha perdido el carácter predominante que antes tenía, cuando era un referente único y decisivo. Y en segundo lugar, que dentro de grandes lineamientos, la legislación procesal, penal, civil, tributaria, mercantil, etc. debe observar los principios y normas que trae la dogmática constitucional. Es evidente que siempre hay que partir de las “normas”, pero esto solo como una primera aproximación, pues es preciso ir a los principios que las inspiran y los valores o fines que se persiguen. En fin, hablamos de “normas” al referirnos al derecho positivo y “principios” a determinadas ideas-fuerza o valores que se encuentran en la raíz de la tradición constitucional europea, de la que en cierto sentido somos herederos.

Por cierto, al decir “constitucionalización” estamos hablando en términos

muy generales, ya que cada normativa tiene un amplio campo de acción. Así, en el campo penal, por ejemplo, las penas oscilan entre mínimos y máximos... en materia tributaria las tasas igualmente varían...y este juego de extremos obedece a determinadas políticas – tributarias o penales – y nada más. Y lo mismo sucede en determinadas figuras que crean ilícitos o infracciones. Existen situaciones en las cuales puede existir el abuso o un exceso, pero en sustancia la legislación en los aspectos centrales se puede mover con bastante libertad, teniendo en cuenta que los parámetros constitucionales siendo importantes, son relativamente escasos y muchas veces elásticos como para permitir que el legislador y por cierto el juez, tengan un apreciable marco de posibilidades.

Pero esto que en realidad es simple, es en rigor reciente. Y como quiera que tenemos detrás de ello una legislación frondosa, ha habido casos en los cuales adecuar las parcelas de nuestro copioso ordenamiento jurídico a la Constitución, ha sido lento y laborioso. Y no siempre muy acertado.

Lo que ha hecho que haya cobrado gran vigor la jurisprudencia constitucional, sea la que emite el Poder Judicial

(*) Doctor en Derecho. Profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

pero sobre todo la del Tribunal Constitucional. Esta última, sin lugar a dudas de gran trascendencia, pero que afecta solo aspectos puntuales del ordenamiento. Si bien algunos muy importantes.

De esta manera, se ha reforzado en el Perú el análisis y el estudio de la jurisprudencia que venía desde antes, pero en forma más acentuada. Se suceden así las publicaciones dedicadas al análisis de la jurisprudencia, que crecen de continuo y a una velocidad de vértigo.

En los países de la Europa continental esto se aprecia muy claramente, pues la Constitución se ha convertido en un cuerpo vivo, en donde el Derecho se manifiesta en forma transparente. Esto se ve incluso en las revistas de doctrina, en donde se dedica un buen espacio a comentar fallos o sentencias trascendentes y en donde tenemos incluso libros y fo-

lletos dedicados a los pronunciamientos en materia constitucional.

Ahora bien, ¿para qué sirve esta jurisprudencia que se da en el ámbito, sobre todo, de los tribunales constitucionales y también en países con cortes supremas que hacen las veces de tales? (como México, Brasil y Argentina).

El fin fundamental de una jurisprudencia es apuntar hacia donde van las cosas o hacia donde deben ir, crear predictibilidad, actualizar lo existente, resolver un conflicto o declarar un derecho y, por cierto, brindar seguridad jurídica. Obviamente, no de todo el orden jurídico, sino solo de algunas de sus parcelas o de las más importantes, si bien puede tener una gran proyección. Y además, con un fin fundamentalmente práctico, que sirve sobre todo a los operadores del Derecho. Y a la larga a todos los justiciables.

Pero, ¿qué es lo que ha pasado entre nosotros últimamente? Pues obviamente se ha tomado nota de la jurisprudencia existente, sobre todo de aquella que es la más relevante o que tiene un alcance mayor. Y sobre ella se ha lanzado una legión de escritores o aprendices de escritores para escribir largamente. Es decir, ha venido desarrollándose sobre la jurisprudencia toneladas de escritos que no son más que glosa y posglosa de lo que ella dice. Y generalmente, sin doctrina alguna de respaldo. O sea, se escribe comentarios de buen talante a base de lo que dice tal o cual sentencia. Con la pretensión de que a partir de ahí, se considere al autor como un consagrado juspubli-

cista, cuando en realidad no es más que autor de una amena crónica periodística, que pronto caerá en el olvido. Las excepciones, por cierto, son escasísimas.

Ahora bien, ¿es válido comentar una jurisprudencia? Por cierto que es válido y útil. El problema es que en materia jurídica nuestros pueblos latinoamericanos no son creadores, sino glosadores o comentaristas. Y por tanto, para comentar jurisprudencia hay que tener una cultura de base que la mayoría de estos glosadores no tienen, con lo cual terminan haciendo unas cuartillas sobre un fallo del cual no entienden mucho o saben poco. En Europa, cuando esto se hace, el en-

foque es distinto, pues los que proceden así están premunidos de ciertas categorías conceptuales que les permiten ver las cosas, ya que nuestras ideas, como decía Alain, son nuestros anteojos. Por tanto, ese esfuerzo gigantesco de hacer comentarios de jurisprudencia animados por un buen talante, una buena salud y un contagioso sentido del humor, apoyado por la lectura de algún periódico del día, a la larga no sirve para nada. Y quedará solo como algo de carácter informativo que durará pocos días. O sea,

como datos que sirven para el mundo de la práctica y nada más. Y si no se quiere caer en esto, pues hay que leer más antes de escribir alegremente sobre todo, como se ha vuelto hoy costumbre entre nosotros, agravado por las redes sociales y por lo que en forma desenfadada se inserta en ellas. Y mientras esto no mejore, creo que solo cabe un camino intermedio. Limitarse a hacer notas sencillas, de mera información sobre casos recientes y sin mayores pretensiones.

Un tema conexo con esto es el aparente carácter pedagógico de esta jurisprudencia. Y lo sentí o me di cuenta de ello a raíz de cierta experiencia académica. Y es la siguiente: hace algunos años, un apreciado colega mío entregaba a sus alumnos como material de lectura obligada una larga sentencia de habeas corpus emitida por el Tribunal Constitucional, en donde se hacía un desarrollo doctrinario de esta institución, así como de sus clases y alcances. Me dio curiosidad de verla y pude comprobar que lo que había hecho esta sentencia era glosar burdamente un largo texto de Sagüés sin citarlo siquiera, lo cual me desconcertó. Es decir, el alumno se iba a enfrentar a un adoctrinamiento sobre el habeas corpus, tomando como referencia una glosa jurisprudencial de segunda mano. Lo recomendable en este caso era entregar el texto de Sagüés para que aprendiese directamente lo que era el habeas corpus de una buena fuente y luego testarla o confrontarla con un caso, de manera tal que se tenía por un lado a la doctrina y por otro a un caso concreto resuelto al

más alto nivel. Y de esa manera se podía entender mejor lo que se tenía al frente. Pero esto es lo que lamentablemente no se hace. Y que al parecer tiene mucho predicamento.

Siempre pensé que este sistema de aprender únicamente de la jurisprudencia constitucional, era un error. Y esto se vio hace unos años, cuando numerosas sentencias eran inmensas y resumían doctrinas a través de fichas, que venían de tercera mano. El 80% de las sentencias son del trajín diario y muy pocas son realmente aleccionadoras y dignas de estudio. Y esto por cuanto en nuestros países, la jurisprudencia tiene fines prácticos y son factor de orden social y de solución de conflictos, pero no deben ni pueden reemplazar a la enseñanza universitaria ni a la doctrina, pues los tribunales no son para eso. La lectura de las sentencias es para saber cómo resuelven los tribunales, no para aprender de ellas ni menos para olvidarse de analizarlas a la luz de la sana doctrina.

Esta fue siempre la idea que tuve en mente sobre lo cual hablé y escribí en diversa oportunidad, pero naturalmente nadie me hizo caso. Con esto en mente, recuerdo haber hablado hace un par de años en Lima con nuestro buen amigo

Lucio Pegoraro, ordinario de Bologna, quien con mucha serenidad me dijo que no solo no leía la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, sino que de ella jamás aprendió nada. Y creo que en lo básico tiene razón.

Vinculado con lo anterior pero no necesariamente unido a lo que antes he señalado, existe lo que podríamos llamar “doctrina jurisprudencial”. A fin de entender mejor esto, creo que podríamos hacer el siguiente deslinde. En primer lugar existe una “doctrina general”, aquella que surge de los autores clásicos y de los autores contemporáneos, y que generalmente se forma por un proceso de sedimentación que se produce en esa mixtura de lecturas, intuiciones, experiencia vivida, hechos históricos, conductas personales e institucionales. Cuando se llega a una altura muy grande, entonces quienes la formulan no solo se elevan sobre sus contemporáneos, sino que contribuyen a la formación de los hechos, opiniones y conceptos de los que les siguen en el tiempo. Autores como Jellinek, Duguit, Kelsen, Heller, Lasky, Smend, Schmitt, tienen un nivel que siempre los hace necesarios para cualquier investigación. Por cierto que tendremos no solamente en cuenta los grandes panoramas, sino además aquellos otros que investigan temas puntuales y que marcan derroteros. Pero los clásicos no son todo lo que es necesario. Están también los contemporáneos, los que viven con nosotros –años más años menos– y que se enfrentan a los problemas que conocemos en el día a día. A ellos los podemos encontrar en nuestro entorno y muchas veces los ubi-

camos o hemos conocido. Sin ánimo de agotar la lista y limitándonos a nuestro mundo latinoamericano, diremos que autores como Carlos Sánchez Viamonte y Germán J. Bidart Campos son esos clásicos contemporáneos – por así decirlo – que nos obligan a pensar. En el caso del Brasil, por ejemplo, tenemos a Pontes de Miranda y a Luiz Pinto Ferreira. También hay otros que van a temas puntuales y que nos dicen o señalan aspectos de sumo interés y actualidad. Me detengo solo en quienes han fallecido, pues incursionar con nombres de distinguidos colegas que aun viven es siempre complicado.

Al lado de la “doctrina general” existe la que por comodidad hemos sindicado como “doctrina jurisprudencial”, que es la que nace del trájín de los tribunales, sean los ordinarios, los especializados o los extraordinarios. En puridad, la llamada justicia ordinaria o Poder Judicial y órganos especializados, como son los tribunales constitucionales. Ellos tienen una serie de pronunciamientos y aplicaciones que constituyen el “derecho vivo”, o sea, el que se aplica y tiene vigencia en un determinado contexto humano y que deben saber los justiciables y por cierto los operadores del Derecho. En especial, los abogados.

Un problema aparte es cómo se forma esa “doctrina jurisprudencial”, la que puede constituirse de muchas maneras. Lo más frecuente en nuestra cultura romanista es que lo sea por el método de la subsunción, es decir, encajar los hechos dentro de determinadas normas. Pero la ponderación, la analogía y otros criterios similares pueden también ser muy útiles y se han vuelto de uso frecuente en los últimos tiempos. Pero como en todo, los frutos de la actividad tribunalicia pueden ser muy variados y además acertados o desacertados o tremendamente erróneos. Y esto se ve con frecuencia en todos los ámbitos.

Ahora bien, ¿cuál es la relación entre la “doctrina jurisprudencial” y la “doctrina general”? Pues puede ser muy variada, sea de seguimiento, de aceptación, de replanteos, etc. No entramos ahora aquí en este tema y más bien vayamos a lo nuestro.

He dicho anteriormente que existe una tendencia a la glosa y posglosa de la jurisprudencia constitucional en el Perú, muchas veces en forma servil. Y que por lo general se hace simplemente de oídas y con mucho entusiasmo, pero con poca información. Y esto se agrava cuando sobre la base de esta “doctrina

jurisprudencial” se pretende levantar un edificio doctrinal, algo así como una “teoría constitucional” o “procesal constitucional” sin más elementos de juicio que la propia “doctrina jurisprudencial” y en forma acrítica. Ahora bien, nuestra “doctrina jurisprudencial” ha tenido muchos aciertos, pero ha incurrido, como se sabe, en notables dislates y en más de un estropicio. Con lo cual, levantar una “doctrina” constitucional o procesal constitucional tan solo orientados por la jurisprudencia, es un riesgo evidente y hasta peligroso. A veces, la jurisprudencia constitucional actúa como palos de ciego, acertando unas veces, pero golpeando en exceso a la cosa o persona equivocada. Es decir, si partimos - en nuestro sistema - de hacer grandes digresiones sin más referencia que la “doctrina jurisprudencial” vamos, sin lugar a dudas, al más completo fracaso. Y esto es lo que lamentablemente ha empezado a aparecer entre nosotros. Y en efecto, una cosa es resumir y presentar una ruta jurisprudencial, y muy otra es tomarla a pie juntillas y levantar a partir de allí un edificio “sistémico”. Lo cual demuestra, además, que el hábito de la lectura y del estudio no es precisamente el lado fuerte de estos escritores. Contra eso precisamente hay que estar advertidos y ser consciente de ello.

Problema aparte es la experiencia de los países que pertenecen al mundo del *common law*, sobre todo de los Estados Unidos de América. Allí, por la estructura del sistema, por su desarrollo histórico, por la preeminencia dada

al juez y por su innato pragmatismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido modélica y creadora, mucho antes incluso de que llegasen los doctrinarios europeos a decir con palabras rebuscadas lo que la jurisprudencia norteameri-

cana había descubierto décadas atrás y había expresado en forma más simple. Pero aun así, esta jurisprudencia es objeto de reconstrucciones teóricas, de replanteos, de análisis doctrinarios y a veces de desarrollo legislativo. Esto que es valioso, ha sido descubierto en Europa hace pocos años, pues vivió

mirándose el ombligo durante siglos. Y que puede servirnos de aliciente a quienes damos recién nuestros primeros pasos, para distinguir el grano de la paja.

EL INDULTO COMO GRACIA PRESIDENCIAL

Humberto Henríquez Franco (*)

SUMARIO: I. Resumen ejecutivo II. Introducción III El Derecho de Gracia en la doctrina: 3.1 El indulto 3.2 Diferencia con la amnistía 3.3 Diferencia con la conmutación de las penas 3.4 Naturaleza del indulto IV. El indulto en el derecho comparado V. El indulto en el constitucionalismo histórico del Perú VI. El indulto en la Constitución de 1993 VII. El indulto según el Tribunal Constitucional VIII. Conclusiones

I. RESUMEN EJECUTIVO

El derecho de gracia es una de las pocas instituciones que han logrado sobrevivir al paso de la monarquía al Estado de derecho. Las fórmulas más comunes de esta institución son la amnistía, generalmente a cargo del Congreso, y el indulto, como una atribución del Poder Ejecutivo.

Junto al indulto existen otras instituciones como la conmutación de penas y el derecho de gracia, las mismas que en conjunto son conocidas como las gracias presidenciales.

De todas estas clases de gracias presidenciales la más controvertida, en estos últimos tiempos, ha sido el indulto que ha dado lugar, incluso, a la formación de una comisión investigadora con la finalidad de investigar el otorgamiento de más de cinco mil indultos, entre ellos a muchas personas condenadas por delitos de narcotráfico, producidos durante el pasado gobierno del ex presidente Alan García Pérez.

El debate suscitado no solamente entre los integrantes del Parlamento sino además por los medios de comunicación social acerca de la procedencia o no del otorgamiento de indultos masivos hace necesario el estudio de esta institución de manera exhaustiva a fin de contribuir a su mejor comprensión y entendimiento, según lo establecido en la doctrina y el derecho comparado.

II. INTRODUCCIÓN

El derecho de gracia es una institución que, aunque sus orígenes pueden remontarse a épocas anteriores, está muy relacionada con la monarquía absoluta, en donde el rey, en su calidad de *legibus solutus*, así como tenía el derecho de castigar ejercía también la potestad de perdonar las penas impuestas. Así lo refiere el doctor Bernalles Ballesteros, al sostener que “desde tiempos pretéritos, el derecho de gracia ha

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Privada Antenor Orrego.

sido considerado como atributo de la soberanía del Estado y como la capacidad de éste para ejercer una doble función: por un lado, sancionar a quienes infringen la ley; y por otro, olvidar y perdonar ciertos delitos bajo condiciones especiales”¹.

Lo cierto es que esta institución ha sobrevivido a las circunstancias a las que debe su origen, que en puridad están relacionadas con la idea de la justicia como venganza o las penas dadas con demasiada crueldad. Era lógico entonces que aparezca el derecho de gracia como una forma de perdón o de misericordia que quedaba en manos del monarca debido a que los delitos eran considerados como una ofensa al Rey. En consecuencia, el derecho de gracia sirvió al soberano para aparecer como un ser misericordioso, cuyo poder era expresión de la voluntad divina, a la vez que para elevar su popularidad.

A pesar de que el derecho de gracia se apoya en una falsa concepción de la justicia, puesto que ella no puede ser sinónimo de venganza, y de las duras críticas de los filósofos de la ilustración como Beccaria y Kant, quienes pugnaban por acabar con las facultades discrecionales de los monarcas, esta institución encuentra justificación dentro del Estado constitucional de derecho, aunque, naturalmente, ajustado a los principios que lo sustentan, tal como lo señala García Mahamut² cuando afirma que “la discusión sobre el sentido de la prerrogativa de gracia en el estado moderno no resulta, ni mucho menos, agotada. ... tratándose de institutos de rancia tradición histórica que cobraban especial virtualidad en un Estado no Democrático de Derecho, hoy necesitan de nuevos engarces jurídicos, que, guiados y homologados bajo los principios constitucionales y los valores superiores del ordenamiento jurídico que informan al Estado constitucional social y democrático de Derecho, respondan en términos netos a los fines que guían a la propia comunidad política y que no son otros que la búsqueda y protección de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo”.

En efecto, en un Estado Constitucional de derecho, donde la Constitución es la norma suprema, el derecho de gracia solo puede encontrar justificación en concordancia con los valores democráticos y constitucionales y en situaciones excepcionales, como la de reconciliar a un país o corregir injusticias cometidas por los jueces que aún deben lealtad a la ley sobre la propia Constitución.

III. EL DERECHO DE GRACIA

El derecho de gracia ha sido definido por la Enciclopedia Jurídica³ como “la potestad de perdonar una pena o de conmutarla por otra menor que el ordenamiento atribuye

1. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*. RAO Editorial. Quinta Edición, Lima-Perú, 1999. Pág. 572.

2. GARCÍA MAHAMUT, R. *El indulto, un análisis jurídico constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 22), citado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 18 de diciembre de 2007 recaída en el Esp. 4053-2007-PHC/TC.

3. Enciclopedia Jurídica. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-de-gracia/derecho-de-gracia.htm>

normalmente al jefe de Estado”. Esta definición guarda relación más propiamente con una de las figuras jurídicas que comprende el derecho de gracia: el indulto. De ahí que mucho mejor conceptualizado lo encontramos en los profesores Rodríguez y Serrano⁴, quienes consideran al derecho de gracia como “el derecho del Estado, como único titular del derecho a castigar, a renunciar a todo o en parte a la imposición de la pena o, si ya ha sido impuesta por los tribunales, a exigir su cumplimiento”.

Como puede verse, el derecho de gracia es una expresión amplia que abarca muchos más aspectos que el indulto, con el que se tiende a confundir. Dorado⁵, al respecto sostiene que el vocablo “gracia” tiene un sentido general que abarca la amnistía, el indulto y aún la rehabilitación; aunque otras veces “gracia” implica una serie de indultos particulares, de los que estaría exceptuada la amnistía.

En el Perú, el derecho de gracia comprende la gracia presidencial que es la atribución que la Constitución Política, en el artículo 118 inciso 21), concede al presidente de la República para indultar, conmutar penas u otorgar el derecho de gracia, propiamente dicho, en beneficio de los condenados o procesados, respectivamente, y la amnistía, como atribución del Congreso de la República (Art. 102 inciso 6).

De manera que en sentido estricto solo es posible hablar de gracias presidenciales a las atribuciones conferidas al jefe de Estado y en la que resalta con nitidez el indulto como la figura más paradigmática, la misma que, en el Perú, es motivo de preocupación en los últimos tiempos debido a su aplicación masiva que, incluso, ha dado paso a la formación de una comisión investigadora en el Congreso de la República, razón por la que vamos a intentar, desde un punto de vista académico, los alcances, la importancia y la aplicación de esta institución.

3.1 El indulto

El indulto, como expresión del derecho de gracia, es una institución ancestral que se mantiene vigente en el Estado constitucional de derecho, al haber sido consagrado en las constituciones de los países democráticos que nutren sus raíces en los principios del liberalismo.

La Enciclopedia Jurídica Omeba, en sentido amplio, define al indulto como “la remisión o perdón, total o parcial, de las penas judicialmente impuestas, por acto del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo. Si se refiere a uno o más delincuentes determinados el indulto es particular; si se refiere a todos los delincuentes existentes en un momento dado –con o sin excepciones- es general. Ordinariamente, el primero es atribuido al Poder Ejecutivo y el segundo al Poder Legislativo”⁶.

4. RODRÍGUEZ, José y SERRANO, Alfonso. *Derecho Penal Español*. Parte General. 17ª Edición. Editorial Dykinson, Madrid, 1993, pp. 670-671. Citado por BERNALES B. Enrique. Op. Cit. Pág. 572.

5. DORADO. *El Derecho Protector de los Criminales*. Tomo II. Madrid, 1916. Pág. 407. Citado por BERNALES B. Enrique. Op. Cit. Pág. 572.

6. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Buenos Aires, Tomo XV. Pág. 589

La Enciclopedia Jurídica⁷, por su parte, lo define “como una medida de gracia que el poder otorga a los condenados con sentencia firme, remitiéndoles toda pena que se les hubiera impuesto o parte de ella, conmutándose por otra más suave”.

Esta definición es la más aceptada por la doctrina y el derecho comparado, pues circunscribe a esta institución a una potestad del Poder Ejecutivo para perdonar o conmutar penas a quienes cuenten con sentencia consentida o ejecutoriada y que además estén en pleno cumplimiento de la misma.

Enrique Linde Paniagua⁸, por ejemplo, concibe al indulto como “el acto mediante el que se atenúa o extingue la pena o sanción impuesta y otros efectos, sin que ello implique modificación alguna del ordenamiento sancionador que se aplicó al sancionado, ni se rectifique por circunstancia alguna la calificación que merecieron las acciones u omisiones que determinaron la imposición de la correspondiente sanción... “.

El indulto es considerado como una expresión del derecho de gracia, fórmula genérica que comprende otras instituciones, lo que ha generado cierta confusión, debido a que, en puridad, no es un derecho porque, como dice Marcial Rubio, no puede decirse “que los órganos públicos tienen derechos, porque lo que les corresponde como instituciones de poder es ejercitar atribuciones de manera discrecional”⁹; pero además porque quienes lo invocan no pueden recurrir a los órganos jurisdiccionales a exigir su concesión, en caso les fuere denegado por la autoridad competente. En este sentido, dice Quispe Correa, “sólo se le debe entender como concesión voluntaria del gobierno, como acto de caridad en el más estricto sentido cristiano del término”¹⁰.

Como figura jurídica, el indulto significa el perdón de la pena mas no del delito, razón por la que su aplicación solo puede servir para extinguir la responsabilidad penal o disminuir la pena de aquellas personas que cuenten con sentencia firme y que estén cumpliéndola de manera efectiva.

3.2 Diferencia con la amnistía

La amnistía, al igual que el indulto, es una institución comprendida dentro del derecho de gracia. Sin embargo, a diferencia del indulto con el que se perdona o atenúa la pena, la amnistía, en los países que la tienen estipulada en sus textos constitucionales, está prevista para el perdón del delito, considerándose a los beneficiados como si no lo hubiesen cometido y dispensándoseles del pago de la reparación civil.

7. ENCICLOPEDIA JURÍDICA. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/indulto/indulto.htm>

8. LINDE PANIAGUA, Enrique. *Amnistía e Indulto en la Constitución Española de 1978*. Pág. 65 <http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:DerechoPolitico-1978-1979-2-13150/PDF>

9. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, tomo 4, 1999. Pág. 172.

10. QUISPE CORREA, Alfredo. *Indulto: Acto de Gobierno*. Rentería Editores. Lima, 2005. Pág. 27

Esta es la diferencia fundamental y sobre la cual existe unanimidad en la doctrina y el derecho comparado, tal como lo refiere el doctor Quispe Correa al afirmar que la amnistía “significa olvido del delito y perdón de la pena, con lo cual se establece una clara diferencia con los actos de gobierno que corresponden al presidente de la República y que se limitan al perdón de la sanción, como en el caso del indulto”¹¹.

En cuanto a la competencia para otorgar amnistías o indultos, la moderna doctrina confiere al Poder Legislativo la atribución de dar amnistías y al Poder Ejecutivo la facultad de conceder indultos. Este reparto de competencias encuentra su fundamento en la clásica división de poderes que atribuye al Poder Legislativo la potestad de dar leyes, y dentro de ellas las que aprueban las figuras delictivas contenidas en el Código Penal y las leyes especiales, mientras que al Poder Ejecutivo le compete reglamentarlas, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. Consecuentemente, tiene lógica que el órgano que aprueba, modifica o deroga leyes, sea el mismo que conceda amnistías, puesto que, como dice Marcial Rubio, con ella “el poder del Estado, graciosamente, olvida el delito cometido y, por tanto, borra todo rastro y consecuencia del mismo, devolviendo a quien lo cometió la condición de ciudadano sin penas, sanciones ni antecedentes penales”¹².

La doctrina distingue la amnistía del indulto en el sentido de que mientras aquella se otorga a personas que han cometido delitos políticos o delitos comunes con implicancias políticas, el indulto está dirigido al perdón de la pena de todo tipo de delitos.

Cabe precisar que, aunque la doctrina acepta la clasificación entre indultos generales y particulares, lo cierto es que los indultos generales están prohibidos constitucionalmente o han caído en desuso por la costumbre. De donde se desprende que en tanto el indulto tiene carácter particular, la amnistía tiene un carácter general.

Finalmente, como afirma el doctor Bernalles Ballesteros “la amnistía es una medida de carácter objetivo que tiene en cuenta la infracción, en tanto que el indulto se aplica en consideración a la persona y valora criterios subjetivos”¹³.

3.3 Diferencia con la conmutación de las penas

La conmutación de la pena es una figura que faculta al Poder Ejecutivo a variar la pena impuesta por el Poder Judicial a un delincuente, por una sanción menos rigurosa. Marcial Rubio, al respecto, afirma que “la conmutación de la pena consiste en la gracia de convertir una pena más grave en una menos grave”¹⁴.

El artículo 1 de la Resolución Ministerial N° 0009-2008-JUS define a la conmuta-

11. QUISPE CORREA, Alfredo. Op. Cit. Pp. 28 y 29.

12. RUBIO CORREA, MARCIAL. Op. Cit. Pág. 171

13. BERNALLES BALLESTEROS, Enrique. Op. Cit. Pág. 573

14. RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. Pág. 373.

ción de la pena como la gracia presidencial que consiste en la reducción de la pena privativa de la libertad impuesta o su reemplazo por una de prestación de servicios a la comunidad.

Respecto a las modalidades la norma en referencia establece que mediante la conmutación de la pena se podrá a) reducir prudencialmente el tiempo de duración de la pena privativa de libertad impuesta, en concordancia con la normatividad vigente; b) sustituir una pena privativa de libertad impuesta, no mayor de cuatro años por otra de prestación de servicios a la comunidad, aplicando la equivalencia establecida en el artículo 52 del Código Penal.

Como puede verse, la diferencia entre el indulto y la conmutación de la pena radica en que mientras con el primero se perdona o atenúa la pena, con el segundo se varía la pena impuesta por otra de menor gravedad.

Al igual que el indulto, la conmutación de la pena no es un derecho sino una potestad discrecional del jefe de Estado. El doctor Rubio Correa refiriéndose a este punto dice que “tampoco hay quien adquiera el derecho a la conmutación de penas y el Poder no está obligado a hacerlo en ningún caso, al menos jurídicamente hablando. Sin embargo, como hemos visto inmediatamente antes, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos otorgan a las personas el derecho a solicitar conmutación de pena cuando han sido condenadas a muerte”¹⁵.

3.4. Naturaleza del indulto

Uno de los temas que mayor interés ha concitado entre los estudiosos del constitucionalismo y acerca de los cuales aún no existe consenso, es el referido a la determinación de la naturaleza del indulto. La posibilidad de que con esta institución resulten beneficiadas personas que no lo merecen ha avivado el debate obligando a los académicos a profundizar sus investigaciones en orden a dar mayores luces sobre su naturaleza dentro de un Estado constitucional de derecho.

La postura doctrinaria de mayor aceptación es la que fundamentan autores de la talla de Rafael Bielsa y Carré de Malberg, quienes sostienen que el indulto es un acto de gobierno. En su libro titulado *Compendio de Derecho Público*, Bielsa afirma que “«el indulto no es desde luego, un acto judicial, pues no puede hablarse de atribución judicial ante el principio del artículo 90 de la Constitución» (equivalente al artículo 118 inciso 21 de la Constitución Peruana). «Tampoco el indulto es un acto administrativo... El indulto es un acto singular (que) puede estar entre los actos de gobierno»”¹⁶.

15. RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. Pág. 373.

16. BIELSA, RAFAEL. *Compendio de Derecho Público*. Citado por QUISPE CORREA, Alfredo. Op. Cit. Pág. 31

Esta teoría se funda en el carácter discrecional, no obligatorio, del acto que toman las autoridades legitimadas para otorgarlo. Es, pues, una atribución que el gobernante recibe de la propia Constitución Política que no puede ser revisado por órgano jurisdiccional alguno. Valle Riestra, al respecto dice que “el indulto es discrecional, en el sentido de que no obedece a un derecho de los condenados para obtener la gracia, y menos para exigirla judicialmente”¹⁷.

Lo que caracteriza a un acto de gobierno, según Carré de Malberg, “es precisamente el hecho que, a diferencia de los actos de administración, se encuentra libre de la necesidad de habilitaciones legislativas y se cumple por la autoridad administrativa con un poder de libre iniciativa, en virtud de una potestad que le es propia y que procede de un origen distinto de las leyes, de modo que el gobierno puede calificarse, al menos en este sentido, como actividad independiente de las leyes”¹⁸.

Sin refutar la naturaleza de acto de gobierno del indulto, Prèlot¹⁹, a partir de la relación práctica que existe entre el acto de gracia con el acto de gobierno, sostiene que debería imponerse la consagración de la naturaleza administrativa del poder de otorgar la gracia, lo que respondería a la preocupación práctica de abrir un recurso al condenado excluido irregularmente del beneficio de la gracia; lo que combinado con la idea de que el jefe de Estado es constitucionalmente dueño de la decisión final haría que “el carácter incondicional del poder de otorgar la gracia que deriva de las disposiciones de la propia Constitución constriñe un control eventual a los elementos de competencia y de forma (...) un control más profundo podría aplicarse a las operaciones de instrucción de las peticiones de gracia efectuadas por los servicios del Ministerio de Justicia”.

Resulta claro que Prèlot se está refiriendo al procedimiento para el otorgamiento de la gracia, mas no al acto discrecional del jefe de Estado, cuya naturaleza no puede ser considerada administrativa, sino de gobierno, tal como lo advierte Linde Paniagua, a propósito de su comentario al Art. 106 de la Constitución española, cuando afirma que, si bien de su lectura, no puede considerarse actividad administrativa al no estar sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativo, “no cabe duda de que, al menos, los actos administrativos que contienen un expediente de indulto pueden ser objeto de impugnación, aunque no lo fuere el acto mismo de concesión”²⁰.

17. VALLE RIESTRA, JAVIER. *Textos Fundamentales*. Fondo Editorial del Congreso de la República. Pág. 406

18. CARRÉ DE MALBERG. *Teoría General del Estado*. Fondo de la Cultura Económica de México, 1988.

Citado por QUISPE CORREA, Alfredo. Op Cit. Pág. 33.

19. PRELOT, x. En *Le Pouvoir de Faire Grace, Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, núm.6, 1983, pp. 1530 y ss. Citado por GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. *El Control Jurisdiccional del Indulto Particular*. Tesis Doctoral. Facultad de Ciencias Jurídicas de la ULPGC. Departamento de Derecho Público. Las Palmas de Gran Canaria. 2006. Pág. 61. <http://acceda.ulpgc.es/bitstream/10553/1997/1/3075.pdf>

20. LINDE PANIAGUA, Enrique. *El indulto como acto de Administración de Justicia y su Judicialización, Problemas, Límites y Consecuencias*. Pág. 169. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/5/est/est7.pdf>

Considerar al procedimiento que conduce a la toma de decisión para el otorgamiento de un indulto como un acto administrativo, parece lógico; sobre todo, si se tiene en cuenta que este contiene un conjunto de requisitos debidamente reglados o normados, los que al ser cumplidos por el solicitante le da derecho a que su expediente llegue a las manos del gobernante, no para que lo obligue a concederlo sino para que, al menos, pueda ser considerado.

Esta postura abona en favor de los solicitantes, puesto que su incumplimiento podría causar perjuicio; y, en tal caso, nada impide recurrir a los órganos jurisdiccionales correspondientes en busca de amparo.

Visto desde esta perspectiva, la naturaleza de acto de gobierno, de carácter discrecional, parece abrirse paso dentro de la doctrina constitucional y es así como ha sido establecido en las constituciones de prácticamente la totalidad de países democráticos. Sin embargo, el hecho de que en un Estado constitucional de derecho, el indulto mantenga el carácter discrecional no significa que el gobernante esté facultado para hacer uso indiscriminado y abusivo del mismo, puesto que la arbitrariedad está reñida con los principios que lo fundamentan. Por el contrario, la concesión exige la mayor responsabilidad a fin de que esta institución pueda seguir viéndose como una institución beneficosa para la realización última de la justicia que, como señala Linde Paniagua, “debe ser una de las causas tipificadas necesariamente como determinante de la concesión”²¹.

El indulto, pues, como advierte Realí²² “no puede revestir otra función que la de servir de extremo remedio a los imprevisibles efectos perversos del sistema penal que los institutos vigentes, como lo es por ejemplo, el juicio de revisión, no consiguen evitar, asegurando así la justicia al caso concreto”. Opinión que, en similares términos es compartida por García San Martín²³ cuando dice que a su juicio, “únicamente cuando la ley penal y la aplicación de la misma al caso concreto, por los jueces y tribunales, no haya alcanzado la realización de la justicia al referido supuesto concreto, es cuando encuentra fundamentación y deviene operativo el instituto del indulto”.

Los países que cuentan con regímenes parlamentarios, semiparlamentarios o mixtos, en donde el jefe de Estado está exento de responsabilidad política, han consagrado en sus constituciones, como una especie de control intraorgánico, la figura jurídica de la refrendación ministerial, según la cual los actos del jefe de Estado para su validez, necesariamente, deben ser ratificados por los ministros de Estado. De esta manera, la responsabilidad política será asumida por quienes con su firma avalan dichos actos. Esto no sucede en los Estados Unidos de América, en donde, al tener

²¹ LINDE PANIAGUA, Enrique. Ibidem. Amnistía e Indulto en la Constitución de 1978. Pág. 66

<http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:DerechoPolitico-1978-1979-2-13150/PDF>

²² REALI, R. En “*Grazia (Dir. Pen)*”, Enciclopedia Giuridica, XV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, Treccani, 1989, p. 4. Citado por GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. Op. Cit. Op. Cit. Pág. 106.

²³ GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. Op. Cit. Pág. 68.

un régimen presidencial puro y no contar con ministros sino con secretarios, la responsabilidad la asume el presidente de la República.

No obstante esto, respecto a si los ministros son responsables por la concesión del indulto, teniendo en cuenta su carácter discrecional, la doctrina no es homogénea y ofrece opiniones, de alguna manera, discrepantes. El doctor Quispe Correa, por ejemplo, afirma que en caso de que la decisión se hubiese adoptado en violación de una ley que lo prohibiese de manera expresa, “corresponde al propio gobierno o la instancia correspondiente (porque no puede provenir del Congreso la decisión...) dejar sin efecto la norma en la parte pertinente y, si la decisión se origina en el Ejecutivo, cabría responsabilidad política del Ministro del Sector (Justicia), que puede ser interpelado y hasta censurado y obligado a renunciar. Como se trata de actos de gobierno responde, políticamente, el Ministro. No el Presidente de la República”.

No obstante esto, respecto a si los ministros son responsables por la concesión del indulto, teniendo en cuenta su carácter discrecional, la doctrina no es homogénea y ofrece opiniones, de alguna manera, discrepantes. El doctor Quispe Correa, por ejemplo, afirma que en caso de que la decisión se hubiese adoptado en violación de una ley que lo prohibiese de manera expresa, “corresponde al propio gobierno o la instancia correspondiente (porque no puede provenir del Congreso la decisión...) dejar sin efecto la norma en la parte pertinente y, si la decisión se origina en el Ejecutivo, cabría responsabilidad política del Ministro del Sector (Justicia), que puede ser interpelado y hasta censurado y obligado a renunciar. Como se trata de actos de gobierno responde, políticamente, el Ministro. No el Presidente de la República”²⁴.

En la doctrina peruana, esta opinión es respaldada por el doctor Javier Valle Riestra, destacado constitucionalista y parlamentario, quien afirma que “si existe alguna irregularidad, la responsabilidad recae sobre el Ministro de Justicia, por el refrendo, y hasta sobre el jefe de Estado que puede ser sometido a *impeachment* o antejuicio conforme a los artículos 99 y 100 de la Constitución”²⁵.

En la doctrina extranjera, por su parte, se puede citar a García San Martín²⁶, quien al referirse al sistema español afirma que el derecho de gracia “es una acto regio refrendado (por el presidente del Gobierno o el ministro de Justicia) y, por consiguiente, de la exclusiva responsabilidad del refrendante, que es quien determina el contenido del acto

La doctrina francesa, de otro lado, es contraria a atribuir responsabilidad a los ministros por la refrendación del acto presidencial que concede el indulto, pues si bien constitucionalmente están obligados a ello, no pueden impedir la concesión, debido a que esta es una atribución exclusiva del presidente de la República que no puede

²⁴ QUISPE CORREA, Alfredo. Op. Cit. Pág. 28.

²⁵ VALLE RIESTRA, Javier. Op. Cit. Pág. 411.

²⁶ GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. Op. Cit. Pág. 88.

ser limitado, tal como lo advierte García Mahamut²⁷ al sostener que “el ejercicio personalísimo del jefe de Estado en esta materia prohíbe todo cuestionamiento de naturaleza política o partidaria en el ejercicio de la gracia. La justificación, en opinión de Renoux, TS y De Villiers, M²⁸, parece residir en el hecho de que el Primer Ministro y el Ministro refrendante no pueden rechazar el refrendo, por lo que en consecuencia, el Parlamento no puede, materialmente, pedir explicaciones a quienes no condicionan la voluntad del jefe del Estado. Por esta razón, el derecho de gracia no se incluye entre las competencias compartidas entre el Presidente y el Gobierno”. “Queda descartado control jurídico, e incluso político, alguno sobre la decisión graciosa, imponiéndose así el “acto de conciencia” del presidente de la República”²⁹.

IV. EL INDULTO EN EL DERECHO COMPARADO

4.1 Estados Unidos de América

La Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, aprobada en 1787, otorga al presidente de la República la potestad de indultar. El artículo II, Sección 2, primer párrafo, establece:

“El presidente... tendrá facultad para suspender la ejecución de sentencias y para conceder indultos por delitos contra los Estados Unidos, salvo en casos de residencia”³⁰.

En los Estados Unidos, el indulto es una institución que comprende el perdón de la pena impuesta por sentencia ejecutoriada (indulto propiamente dicho), la conmutación de la pena y el perdón por las ofensas a las leyes de los Estados Unidos. El poder del presidente de perdonar o indultar, sin embargo, es solamente por delitos considerados en la ley federal.

4.2. España

El inciso i) del artículo 62 de la Constitución Política española de 1978 otorga al Rey la potestad de “Ejercer el derecho de gracia con arreglo a ley, que no podrá alcanzar indultos generales”³¹.

²⁷ GARCÍA MAHAMUT, R. En *El Indulto: Un análisis Jurídico Constitucional*. Ed. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, SA. Madrid, 2004. Pág. 103. Citado por GARCÍA SAN MARTÍN, Op. Cit. Pág. 59.

²⁸ RENOUX, TS y DE VILLIERS, M. En artículo 17º, *Code Constitutionnel (commenté et annoté)*, Paris, Litec, 1994, p. 276. Citado por GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. Op. Cit. Pág. 60.

²⁹ GARCÍA MAHAMUT, R. En *El Indulto: Un análisis Jurídico Constitucional*. Citado por GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. Op. Cit. Pp. 59.

³⁰ CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Versión en español.
<http://www.lexjuris.com/lexuscon.htm>

³¹ Constitución Española. http://www.la-moncloa.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf

Este artículo constitucional es desarrollado mediante Ley 1/1988 del 14 de enero, que modifica la Ley 175/1870, del 18 de junio de 1870, Ley provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto³², que establece el indulto para los reos de toda clase de delitos, con excepción de aquellos que no cuenten con una sentencia firme o no se encuentren a disposición del tribunal sentenciador para el cumplimiento de la sentencia o que sean reincidentes en el mismo o cualquier otro delito por el cual hubiesen sido condenados con sentencia firme.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la referida ley, el indulto podrá ser total o parcial. Será total la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente; y será parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas o de parte de todas en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido el delincuente. Se reputa también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves.

El indulto de la pena principal, a tenor del artículo 6, llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, con excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a vigilancia de la autoridad, las cuales no se tendrán por comprendidas si de ellas no se hubiese hecho mención especial en la concesión. En ningún caso, el indulto se extenderá a las costas procesales (Art. 9).

Conforme al artículo 15, serán condiciones tácitas de todo indulto: 1) Que no cause perjuicio a tercera persona o no lastime sus derechos. 2) Que haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito por que hubiese sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte.

Finalmente, resulta importante señalar que en este país la concesión del indulto es irrevocable con arreglo a las cláusulas con que hubiese sido otorgado (Art. 18).

4. 3 Francia

La potestad de conceder indultos en el ordenamiento jurídico francés, a tenor de lo dispuesto por el artículo 17 de la Constitución de 1958³³, corresponde al presidente de la República. Este acto presidencial, según el artículo 19, deberá ser refrendado por el primer Ministro y el ministro de Justicia y por otro ministro que, de alguna manera, esté implicado en la consideración del caso. Así lo precisa el Decreto N° 95-152 del 7 de febrero de 1995 que a la letra dice: “Le décret de grace, signé par le Président de la République est contresigné par le ministre de la justice et, les cas échéant, le ou les ministres ayant procédé à l’examen préalable du recours”³⁴. (El de-

³² LEY PROVISIONAL ESTABLECIENDO REGLAS PARA EL EJERCICIO DE LA GRACIA DEL INDULTO. 175/1870, modificada por ley 1/1988. <http://www.judicatura.com/Legislacion/0671.pdf>

³³ CONSTITUCIÓN FRANCESA DEL 4 DE OCTUBRE DE 1958. <http://personal.us.es/urias/francesa.doc>

³⁴ GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. Op. Cit. Pp. 58 y 59.

creto que concede la gracia es firmado por el presidente de la República y refrendado por el ministro de justicia y por el o los ministros que hayan conocido de antemano las peticiones).

García Mahamut, al respecto, afirma que “si bien el Presidente de la República no se encuentra vinculado por los expedientes que se le elevan. Lo que resulta absolutamente cierto es que, sea cual sea la decisión del Presidente de la República, el Primer Ministro y el Ministro de Justicia se ven obligados a refrendarle, compartan o no tal decisión, porque así ha sido determinado por la tradición republicana que entiende en la génesis del artículo 17 de la Constitución francesa una competencia constitucional que le corresponde ejercer exclusivamente al Presidente de la República y que no puede ser limitada con arreglo a ley... Queda descartado control jurídico, e incluso político, alguno sobre la decisión graciosa, imponiéndose así el ‘acto de conciencia’ del Presidente de la República”³⁵.

Según Broullet³⁶, “La opinión más generalizada vincula la utilización del derecho de gracia únicamente a las condenas de la pena capital, que pueden ser conmutadas por medidas de prisión por el Presidente de la República. Lo cual es un error. El derecho de gracia es susceptible de aplicarse a todas las sanciones penales que se pronuncien en relación al individuo. Pero las condiciones de aplicación del derecho de gracia varían según nos encontremos en presencia de una condena de pena de muerte o de otra sanción penal”.

García Mahamut³⁷, por su parte, sostiene que “la concesión o no de la gracia fuera de las condenas de la pena capital, ha dependido fundamentalmente, de la previa propuesta del Ministerio de Justicia, cosa que no ocurre cuando se trataba de graciarse la pena capital. Otra diferencia que merece subrayarse consiste en que el dictamen del Consejo de la Magistratura no resulta obligatorio en los supuestos distintos a la pena capital. En este sentido, debemos hacer notar que la Ley Constitucional 93-952, del 27 de julio de 1993, suprimió del artículo 65,3 de la Constitución la mención, según la cual el Consejo de la Magistratura era consultado en las condiciones fijadas en una Ley Orgánica”.

4.4 Italia

En Italia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 87 de la Constitución³⁸, el presidente de la República está facultado para conceder indultos y conmutar penas. Sin em-

³⁵ GARCÍA MAHAMUT, R. En *El Indulto: Un análisis Jurídico Constitucional*. Citado por GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. Op. Cit. Pp. 59.

³⁶ BROULLET, A. En *Le Président de la République et le Droit de Faire Grâce*. Article 17°, en FLUCHAIRE y G. CONAC (dirs), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 1980, Pág. 350. Citado por GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. Op. Cit. Pág. 55.

³⁷ GARCÍA MAHAMUT, R. En *El Indulto: Un análisis Jurídico Constitucional*. Citado por GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. Op. Cit. Pp. 56 y 57.

³⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ITALIANA.

http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/constitucion_italiana_1947.htm

bargo, conforme al artículo 89, ningún acto será válido si no es refrendado por los ministros proponentes, que asumirán responsabilidad del mismo.

El artículo 174 del Código Penal italiano, en lo que respecta al indulto y la gracia, dispone lo siguiente: “L’indulto o la grazia condona, in tutto o in parti, la pena inflita o la commuta in un ‘altra specie di pena stabilita dalla lege. Non estingue le pena accesorie, salvo che il decreto disponga diversamente, e neppure gli altri affetti penali della condanna. Nel concorso di più reati, lindulto si aplica una sola volta, dopo cumulate le pene, secondo le norma concernenti il concorso dei reati. Si osservano, per l’indulto, le disposizioni contenute nei tre ultimi capoversi dell’ articolo 151”.

El indulto y la gracia son, pues, instituciones, que como en la mayoría de ordenamientos del mundo, sirve para extinguir la pena, pero no el delito. Según García Mahamut, el indulto “puede ser total o parcial, mientras que la gracia es un medio de extinción, o de reducción, individual de la misma”³⁹.

Sagrebelsky⁴⁰, al respecto, afirma que “aunque la facultad de graciarse queda indubitadamente atribuida al Presidente de la República, por mandato expreso contenido en el artículo 87 de la Constitución Italiana, existe disenso en la doctrina acerca de si el acto de concesión, es un acto preeminentemente presidencial o ministerial”. Esto en razón a que, como dice Salerno⁴¹, “si bien el procedimiento de ejercicio de la gracia se inicia mediante propuesta del Ministerio de Gracia y Justicia elevada al Presidente de la República, éste en poco queda vinculado con la referida propuesta ministerial, ostentando así, en lo relativo a su concesión una cualificada facultad discrecional, pudiendo incluso no asumir el acto de gracia propuesto”, lo cual, en opinión de García Mahamut, “no constituye un elemento definitivo que configure la preeminencia del acto presidencial frente al acto ministerial, porque, como también se ha hecho notar, el Presidente de la República no adopta una medida de gracia sin la previa propuesta del Ministro de Gracia y Justicia, y, en cualquier caso, de este vendrá la contrafirma ministerial”.

Selvaggi⁴², zanjando con esta problemática, sostiene que no se puede entender el acto de gracia como eminentemente presidencial “dada la relevancia de la participación ministerial”.

³⁹ GARCÍA MAHAMUT, R. En *El Indulto: Un análisis Jurídico Constitucional*. Citado por GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. Op. Cit. Pág. 67.

⁴⁰ SAGREBELSKY, G. En *Grazia* (Di. Cost.). Enciclopedia del diritto. Vol. XXI, Roma Giuffré, 1971, p. 763. Citado por GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. Op. Cit. P. 763.

⁴¹ SALERNO, G. M. En artículo 87º, CRISAFULLI Y PALADÍN (Dir.) *Comentario breve alla Costituzione*. Padova, Cedam, 1990, p. 546. Citado por GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. Op. Cit. Pág. 68.

⁴² SELVAGGI, E. En *Grazia* (Dir. Cost.) Enciclopedia Giuridica, XV, Roma, Istituto de la Enciclopedia Italiana, Treccani, 1989. Pág. 2. Citado por GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. Op. Cit. Pág. 68.

V. EVOLUCIÓN DEL INDULTO EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

En el Perú, dice Bernalles Ballesteros⁴³, “el derecho de gracia forma parte de nuestra Constitución histórica, aunque no siempre se diferenciò a la amnistía del indulto”. En efecto, las constituciones del siglo XIX y mitad del siglo XX, tienen este carácter, al que hay que agregar, conforme a lo señalado por Javier Valle Riestra, que tienen, también, “el denominador no muy común de que la facultad de conceder indultos aparecía en ellas atribuida al Poder Legislativo”⁴⁴.

La evolución del derecho de gracia en el constitucionalismo peruano puede observarse en el cuadro siguiente:

CUADRO N° 1

EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE GRACIA EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

CONSTITUCIONES	ARTÍCULOS
Constitución de 1823	Art. 60°.- Son facultades exclusivas del Congreso: (...) 2. Conceder indultos generales o particulares
Constitución de 1826	Art. 43°.- El Tribunado tiene la iniciativa: (...) 16. En conceder indultos generales Art. 83°.- Las atribuciones del Presidente de la República son: (...) 29. Conmutar las penas capitales decretadas a los reos por los Tribunales.
Constitución de 1828	Art. 48°.- Son atribuciones del Congreso: (...) 22. Conceder amnistías e indultos generales, cuando lo exija la conveniencia pública. Art. 90°.- Son atribuciones del Poder Ejecutivo: (...) 30. Puede conmutar a un criminal la pena capital, previo informe del Tribunal o Juez de la causa, siempre que concurren graves y poderosos motivos, y que no sean los casos exceptuados por la ley.
Constitución de 1834	Art. 51°.- Son atribuciones del Congreso: (...) 21. Conceder amnistías e indultos generales cuando lo exija la conveniencia pública; y nunca particulares. Art. 85°.- Son atribuciones del Poder Ejecutivo: (...) 31. Puede conmutar a un criminal la pena capital, previo informe del Tribunal o Juez de la causa, siempre que concurren graves y poderosos motivos, y que no sean los casos exceptuados por la ley.
Constitución de 1839	Art. 55°.- Son atribuciones del Congreso: (...) 15. Conceder amnistías e indultos. Art. 87°.- Son atribuciones del Presidente de la República: (...) 40. Conmutar la pena capital de un criminal, previo informe del Tribunal o Juez de la causa, siempre que concurren graves y poderosos motivos; no siendo en los casos exceptuados por la ley.

⁴³ BERNALLES BALLESTEROS, Enrique. Op. Cit. Pp. 573 y 574.

⁴⁴ VALLE RIESTRA, Javier. Op. Cit. Pág. 402.

Constitución de 1856	Art. 55°.- Son atribuciones del Congreso: (...) 18. Conceder amnistías e indultos.
Constitución de 1860	Artículo 59°.- Son atribuciones del Congreso: (...) 19. Conceder amnistías e indultos.
Constitución de 1867	Art. 59°.-Son atribuciones del Congreso: (...) 29. Conceder amnistías, mandando cortar los juicios políticos pendientes y poner en libertad a los detenidos.
Constitución de 1920	Art. 83°.- Son atribuciones del Congreso: (...) 20. Conceder amnistías e indultos;
Constitución de 1933	Art. 123°.- Son atribuciones del Congreso: (...) 22. Ejercer el derecho de gracia. Sólo durante el receso del Congreso, el Poder Ejecutivo puede conceder indulto a los condenados por delitos político-sociales.
Constitución de 1979	Art. 186°.- Son atribuciones del Congreso: (...) 6. Ejercer el derecho de amnistía. Art. 211. Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República: (...) 23. Conceder indultos y conmutar penas, salvo los casos prohibidos por la ley.
Constitución de 1993	Art. 102°.- Son atribuciones del Congreso: (...) 6. Ejercer el derecho de amnistía. Artículo 118°.- Corresponde al Presidente de la República: (...) 21. Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.

Fuente: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)

Elaboración: Área de Análisis

EL INDULTO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Hasta la Constitución de 1933 la amnistía y el indulto, como instituciones del derecho de gracia, fueron una atribución del Poder Legislativo, por considerar que este órgano resumía la soberanía popular. García Calderón⁴⁵, al respecto, afirma que “el indulto es una dispensa de la ley, y por consiguiente, solo puede concederse por el que tiene facultad de ampliar, restringir o modificar las leyes”.

La diferenciación técnica entre amnistía e indulto fue recién establecida en la Constitución de 1979. La Constitución de 1993, por su parte, mantuvo esta diferenciación, aunque con dos innovaciones respecto de las gracias presidenciales.

En efecto, los constituyentes del Congreso Constituyente Democrático (CCD) al aprobar la Constitución de 1993 suprimieron del texto de la Carta del 79 la frase “salvo en los casos prohibidos por ley”. Esto a pesar de que

⁴⁵ GARCÍA CALDERÓN, Francisco. *Diccionario de Legislación Peruana*. Citado por VALLE RIESTRA, Javier. *Javier Valle-Riestra: Parlamentario, litigante y defensor de los derechos humanos*. Textos Fundamentales. Fondo Editorial del Congreso de la República. Pág. 398.

durante el debate llevado a cabo en el seno de la Comisión de Constitución⁴⁶, el doctor Pease García sostuvo la necesidad de mantener esta frase a fin de poner ciertos límites al poder discrecional del presidente de la República. Este argumento fue rebatido por el doctor Chirinos Soto en el sentido que mantener esa frase significaba desconfiar del criterio que pueda tener el presidente de la República, sea cual fuere. Además que “esas limitaciones de la ley son discriminatorias y suelen ser antijurídicas”⁴⁷. Finalmente, fue este el criterio que prevaleció en la mayoría de los integrantes de la Comisión.

Del mismo modo, incorporaron el derecho de gracia, propiamente dicho, como una figura novedosa dentro de las gracias presidenciales. Mediante esta institución el presidente de la República está facultado para liberar a los procesados cuyo proceso de juzgamiento se alargue en demasía.

Esta figura jurídica tiene como antecedente el Decreto Supremo N° 017-90-JUS que consideraba que, al amparo del principio de “presunción de inocencia”, no podía considerarse inconstitucional la facultad del presidente de la República de conceder indulto a los internos procesados, a no ser que sea contrario a la ley.

El doctor Ferrero Costa⁴⁸, refiriéndose a esta norma afirma que con ella “se pretendió consagrar la figura del indulto para procesados que, otorgado por el presidente, se convertiría en una amnistía ejercitada por el Poder Ejecutivo”, lo que contravendría la naturaleza del indulto que, como hemos visto, únicamente puede ser utilizado para perdonar la pena de quienes cuentan con una sentencia firme.

Esta opinión es contradicha por Javier Valle-Riestra, quien justifica la existencia de esta neófito institución, consagrada en la Constitución de 1993, en que “el Estado es totalitario y lo son sus normas sobrecriminalizadas administradas por fiscales y jueces sin sentido de los derechos del hombre”⁴⁹.

Marcial Rubio, intentado explicar el origen de esta institución, sostiene que “se ha dictado esta norma porque en la etapa de instrucción se sigue presu-

⁴⁶ DIARIO DE DEBATES. Comisión de Constitución. 33ª SESIÓN (Vespertina). Miércoles 24 de marzo de 1993.

⁴⁷ CHIRINOS SOTO, Enrique. *Diario de Debates*. Comisión de Constitución. 33ª SESIÓN (Vespertina). Miércoles 24 de marzo de 1993

⁴⁸ FERRERO COSTA, Raúl. *Indulto y Amnistía, crítica al D.S. 017-90-JUS*. En Libro homenaje a Carlos Rodríguez Pastor. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1992. pp. 213-214. Citado por RUBIO CORREA, Marcial. *Op. Cit.* Pág. 369.

⁴⁹ VALLERIESTRAS, JAVIER. *Op. Cit.* Pág. 408.

miendo la inocencia del inculpaado y, si se mantiene la detención por más del doble del tiempo permitido para la instrucción, en realidad se le estará reteniéndolo privado de la libertad aún cuando todavía no se le puede considerar jurídicamente culpable”⁵⁰.

VI. LAS GRACIAS PRESIDENCIALES EN EL PERÚ

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 21 del artículo 118 de la Constitución Política de 1993, las gracias presidenciales son: a) El indulto, mediante el cual se suprime la pena impuesta, perdonando la parte que aún no se ha cumplido y permitiendo la libertad inmediata del interno; b) La conmutación de penas, que permite la remisión parcial de la condena que puede expresarse en la sustitución de la pena privativa de libertad por una de menor duración o por otra de naturaleza distinta; y c) El derecho de gracia propiamente que extingue la acción penal, mediante la cual se puede conceder a los internos procesados cuya instrucción haya excedido el doble del plazo legal más su ampliatoria.

CUADRO N° 2 BASE LEGAL PARA LAS GRACIAS PRESIDENCIALES

NORMA	TÍTULO	SÍNTESIS DEL CONTENIDO DE LA LEY
Constitución Política de 1993		Artículo 118°.- Corresponde al Presidente de la República: (...) 21. Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de la instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoria. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.
Ley N° 26329	Crean Comisión Especial encargada de proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, concesión del derecho de gracia a internos procesados	Esta Ley publicada el 7 de junio de 1994, en el artículo 1°, dispone la creación de una Comisión Especial de Alto Nivel, encargada de calificar y proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, la concesión del derecho de gracia a los internos procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria; y, en el artículo 3° dispone que las propuestas de la Comisión Especial de Alto Nivel no obligan al Presidente de la República, ni la opinión desfavorable o la ausencia de ésta impide la concesión del derecho de gracia a que se refiere el Artículo Primero.

⁵⁰ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. Pág. 374.

Decreto Supremo N° 07-95-JUS	Aprueban el Reglamento de la Comisión Permanente de Calificación de Indultos	Norma aprobada el 26 de junio de 1995 y consta de cuatro (4) títulos, ocho (8) capítulos, veintidós (22) artículos y cuatro (4) disposiciones complementarias.
Ley N° 26655	Crean Comisión encargada de proponer al Presidente de la República la concesión de indulto a personas condenadas por delitos de terrorismo o traición a la patria	Esta Ley es del 17 de agosto de 1996 y en su artículo 1° establece la creación de una Comisión Ad hoc encargada de evaluar, calificar y proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, la concesión del indulto, para quienes se encuentren condenados por delitos de terrorismo o traición a la patria, en base a elementos probatorios insuficientes que permitan a la Comisión presumir, razonablemente, que no habrían tenido ningún tipo de vinculación con elementos, actividades u organizaciones terroristas.
Ley N° 26940	Ley que amplía las facultades de la Comisión Ad Hoc creada por la Ley N° 26655	Ley del 14 de abril de 1998, en el artículo 1° dispone ampliar las facultades de la Comisión Ad Hoc, creada por la Ley N° 26655 y prorrogada su vigencia por la Ley N° 26895, para conocer, evaluar, calificar y proponer al Presidente de la República, en forma excepcional, la concesión del beneficio de la conmutación de penas para quienes, habiéndose acogido a los beneficios del Decreto Ley N° 25499, Ley de arrepentimiento, se encuentren privados de libertad.
Ley N° 27234	Ley que asigna funciones y atribuciones al Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia.	Esta Ley es del 19 de diciembre de 1999 y en el artículo 1° dispone que el Consejo Nacional de Derechos Humanos a que se refiere el Artículo 29 del Decreto Ley N° 25993, Ley Orgánica del Sector Justicia, recomendará al Presidente de la República las políticas, acciones y medidas sobre indultos, derecho de gracia o conmutación de penas conducentes a la despenalización y al logro de los objetivos de la justicia.
Ley N° 28760	Ley que modifica los artículos del Código Penal y Código de Procedimientos Penales.	Esta Ley del 26 de mayo del 2006 en su artículo 2° prohíbe el indulto, conmutación de la pena y el derecho de gracia a los condenados por delitos de secuestro y extorsión.
Ley N° 29423	Promulgada en octubre del 2009	El artículo 2° prohíbe beneficios penitenciarios para condenados por terrorismo y extorsión y endurece la concesión de beneficios penitenciarios a los condenados por secuestros.
Decreto Supremo N° 015-2001-JUS	Aprueban el Reglamento del Consejo Nacional de Derechos Humanos	El presente Reglamento, publicado el 28 de abril del 2001, establece la organización, competencia y funciones del Consejo Nacional de Derechos Humanos, en adelante el CNDH.
Decreto Supremo N° 011-2004-JUS	Modifican conformación de la Comisión de Conmutación de la Pena a que se refiere el D.S. N° 004-2001-JUS	Esta norma publicada el 18 de setiembre de 2004, modifica el artículo 2 del Decreto Supremo N° 004-2001-JUS, el cual quedará redactado de la siguiente manera: "Artículo 2.- La Comisión de Conmutación de la Pena tendrá carácter multisectorial y estará integrada por cinco miembros: - Dos representantes del Ministro de Justicia, uno de los cuales la preside. - Un representante de la Corte Suprema de Justicia de la República designado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, entre los Vocales Supremos jubilados. - Un Fiscal Supremo en lo Penal o Adjunto, representante del Fiscal de la Nación; y, - Un representante del Consejo Nacional Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario.
Resolución Ministerial N° 593-2004-JUS	Aprobación de Reglamento Interno de la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por razones humanitarias.	Resolución aprobada el 10 de octubre de 2004 y publicada el 16 de diciembre del mismo año.

Decreto Supremo N° 001-2006-JUS	Modifican artículo del D.S. N° 016-2005-JUS, que aprobó Reglamento Interno de la Comisión de Conmutación de la Pena, relativo a sesiones.	Norma publicada el 17 de enero de 2006, mediante la cual se modifica el artículo 13 del Decreto Supremo N° 016-2005-JUS, en los siguientes términos: "Artículo 13.- Sesiones La comisión sesiona a convocatoria de la Presidencia, cuando menos dos veces al mes. El quórum para celebrar las sesiones de la Comisión será de cuatro miembros. En todo caso, será imprescindible la presencia del Presidente de la Comisión o del segundo representante del Ministro de Justicia. Los acuerdos que aprueban la propuesta de concesión de la conmutación de la pena se adoptan por unanimidad de los miembros asistentes a la sesión."
Decreto Supremo N° 004-2007-JUS	Crean la Comisión de indulto y Derecho de Gracia por Razones Humanitarias y Conmutación de la Pena	Norma aprobada el 01 de abril de 2007, mediante la que se deroga el D.S. 001-2004-2001-JUS. En el artículo 1° dispone la creación de la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por Razones Humanitarias y Conmutación de la Pena, encargada de evaluar, calificar y proponer al Presidente de la República la concesión de dichas gracias. En el artículo 6° establece que el informe de la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por Razones Humanitarias, y Conmutación de la Pena, es ilustrativo y no vinculante a la decisión que adopte el Presidente de la República.
Resolución Ministerial N° 193-2007-JUS	Aprueban Reglamento Interno de la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por Razones Humanitarias y Conmutación de la Pena	Norma aprobada el 14 de junio de 2007, mediante la cual se establece la competencia, organización y funciones de la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por Razones Humanitarias y Conmutación de la Pena, así como el procedimiento para la evaluación y calificación de las solicitudes presentadas por los internos; y la propuesta al Presidente de la República para la concesión de dichas gracias.
Decreto Supremo N° 008-2008-JUS	Modifican Reglamento del Consejo Nacional de Derechos Humanos	Norma aprobada el 27 de abril de 2008, mediante la cual se modifica el 9° del Reglamento del Consejo Nacional de Derechos Humanos, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2001-JUS, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera: "Artículo 9.- El CNDH mantiene relaciones de cooperación con la Conferencia Episcopal Peruana, el Concilio Nacional Evangélico del Perú y otras instituciones afines a sus objetivos y funciones. El CNDH podrá suscribir acuerdos de cooperación especiales y específicos con dichas instituciones.»

Decreto Supremo N° 004-2007-JUS

Mediante este decreto publicado el 1 de abril de 2007 se crea la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por razones humanitarias y conmutación encargada, conforme a lo establecido en el artículo 1, de evaluar, calificar y proponer al presidente de la República la concesión de dichas gracias.

Esta comisión está integrada por cinco (5) miembros designados por resolución ministerial, dos de los cuales ejercen sus atribuciones en forma permanente y tres miembros están sujetos al pago de dietas. Esta Comisión ha sido reconstituida mediante Resolución Ministerial N° 0049-2010-JUS.

Es importante señalar que, de acuerdo con el artículo 6 del decreto supremo en referencia, el informe de la Comisión es ilustrativo y no vinculante a la decisión que adopte el presidente de la República.

Resolución Ministerial N° 193-2007-JUS

Esta norma, publicada el 6 de junio de 2007, aprueba el reglamento interno de la Comisión de Indulto y Derecho de Gracia por razones humanitarias y conmutación de la pena.

Este reglamento en su artículo 3 dispone que la concesión de las referidas gracias constituye una atribución constitucional exclusiva del presidente de la República, cuya concesión es de carácter excepcional.

La Comisión, conforme al artículo 22 del reglamento, recomendará el indulto y derecho de gracia por razones humanitarias solo en los siguientes casos:

- a. Los que padecen enfermedades terminales y no terminales irreversibles o degenerativas.
- b. Los que pese a padecer enfermedades no terminales, la naturaleza de las condiciones carcelarias puede colocar en grave riesgo su vida, salud e integridad.
- c. Los afectados por trastornos mentales crónicos, irreversibles o degenerativos.
- d. Los mayores de 65 años.

La Comisión elevará a través de su presidente, en forma reservada, las propuestas de concesión de las gracias, acompañadas del informe respectivo, al ministro de Justicia, a través del viceministro de Justicia, para su recomendación al presidente de la República.

Para concluir esta parte del informe, se presenta un cuadro comparativo del procedimiento del indulto en el derecho comparado.

VII. EL DERECHO DE GRACIA SEGÚN LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXPEDIENTE N° 4053-2007-PHC/TC

Con fecha 27 de junio de 2006, don Alfredo Jalilie Awapara interpone demanda de hábeas corpus en contra de la resolución de fecha 23 de mayo de 2006 emitida por la Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia por violación de su derecho a la libertad resultado de haberse vulnerado el principio de legalidad y el procedimiento predeterminado por ley.

Con fecha 18 de diciembre de 2007, el Tribunal Constitucional, a propósito de la demanda de hábeas corpus, expide la sentencia que recae en el Exp. 4053-2007-PHC/TC, en la que establece algunos criterios sobre las gracias presidenciales, que si bien no tienen carácter vinculante son importantes reseñar.

1. Los actos de todos los poderes públicos y de los particulares están sujetos a control jurisdiccional

En el fundamento 15 el Tribunal Constitucional sostiene que siendo el control jurisdiccional de la constitucionalidad de todos los actos, una clara consecuencia de la supremacía constitucional, no puede afirmarse que la sola existencia de la potestad presidencial de conceder la gracia impida ejercer un control por parte de las autoridades jurisdiccionales.

2. El indulto por razones humanitarias goza de cobertura constitucional

En el fundamento 16 el Tribunal Constitucional establece que no puede soslayarse el hecho de que, tanto las razones humanitarias que inspiran la concesión de la gracia presidencial como los fines preventivo generales de las penas que se pretende proteger a través de la persecución penal gozan de cobertura constitucional.

3. La gracia presidencial puede ser materia de control jurisdiccional

En el fundamento 19 el Tribunal Constitucional establece que la gracia presidencial puede ser materia de control jurisdiccional, en atención a la protección de otros bienes de relevancia constitucional.

4. Límites formales del derecho de gracia

En el fundamento 25 el Tribunal Constitucional establece que los límites formales de la atribución presidencial son: 1) Que se trate de procesados, no de condenados. 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución).

5. Límites materiales del derecho de gracia

En el fundamento 26 el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que: 1) En tanto interviene en la política criminal del Estado, el derecho de gracia tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales. 2) En tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado.

En este sentido, la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por

ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial.

6. El otorgamiento del derecho de gracia deberá ser motivado

Si bien en el fundamento 31 el Tribunal Constitucional considera que habiéndose dilucidado la ausencia de arbitrariedad del acto mediante el cual se decreta la referida gracia presidencial, toda vez que es respetuoso de sus límites materiales y formales derivados de la Constitución, la falta de motivación no invalida la resolución adoptada. En el fundamento 32 afirma que queda claro, sin embargo, que de cara a futuros casos en los que pueda cuestionarse medidas que supongan el otorgamiento de la gracia presidencial, deberá tomarse en cuenta la necesidad de que toda resolución suprema que disponga dicho beneficio tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado.

VIII. CONCLUSIONES

1. La doctrina y el derecho comparado consideran al indulto como una expresión del derecho de gracia, mediante el cual se atenúa o extingue la pena o sanción impuesta y otros efectos, sin que ello implique modificación alguna del ordenamiento sancionador que se aplicó al sancionado, ni se rectifique por circunstancia alguna la calificación que merecieron las acciones u omisiones que determinaron la imposición de la correspondiente sanción.
2. Respecto a la naturaleza del indulto, aunque se le considera como un acto de gobierno de carácter discrecional, cuya decisión a favor o en contra de su concesión no puede ser recurrida a los órganos jurisdiccionales. Esto en razón a que no es un derecho sino una potestad que el gobernante recibe de la propia Constitución Política, la verdad es que esta atribución no puede ser arbitraria ni ilimitada, pues en un Estado constitucional de derecho deberá estar sujeta a los principios y valores democráticos y constitucionales, no existiendo cabida a la arbitrariedad, ni menos estar exenta de control constitucional.
3. En lo que sí habría unanimidad doctrinaria es en considerar al procedimiento del indulto como un acto administrativo, debido a que este se encuentra normado y concede un derecho de petición al interesado que, de no seguirse el trámite establecido, le daría lugar a recurrir a los órganos jurisdiccionales correspondientes en busca de amparo.
4. El derecho de gracia es una institución que forma parte de nuestra constitucionalidad histórica; sin embargo, la diferenciación técnica entre indulto y amnistía, respecto del órgano competente, recién aparece establecida en la Constitución de 1979. Tendencia que se ha mantenido en la Carta de 1993.

5. El Tribunal Constitucional en la sentencia que recae sobre el Exp. 4053-2007-PHC/TC, caso Jaililie, ha dejado establecido, aunque sin un carácter vinculante, que la gracia presidencial puede ser materia de control jurisdiccional en atención a la protección de otros bienes de relevancia constitucional. En tal sentido, considera necesario que su otorgamiento debe ser motivado.

BIBLIOGRAFÍA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*. RAO Editorial. Quinta Edición, Lima-Perú, 1999.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Buenos Aires, Tomo XV.

RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, tomo 4, 1999.

QUISPE CORREA, Alfredo. *Indulto: Acto de Gobierno*. Rentería Editores. Lima, 2005.

VALLE RUESTRA, JAVIER. *Textos Fundamentales*. Fondo Editorial del Congreso de la República.

GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. *El Control Jurisdiccional del Indulto Particular*. Tesis Doctoral. Facultad de Ciencias Jurídicas de la ULPGC. Departamento de Derecho Público. Las Palmas de Gran Canaria. 2006. <http://acceda.ulpgc.es/bitstream/10553/1997/1/3075.pdf>

LAS LIBERTADES Y LA JUSTICIA

Víctor Julio Ortecho Villena (*)

1. Su origen y desarrollo

Por primera vez, la libertad fue conquistada como uno de los derechos en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, el 26 de agosto de 1789, dentro del marco de la Revolución Francesa. Este derecho fue concebido como la supresión de toda subordinación, jerarquía, dependencia de una persona o personas en general respecto a otras y a organismos con poder político (hasta esa época era el Rey o los señores feudales) y pasar a la condición de ciudadanos.

La lucha contra la opresión no se inició durante el feudalismo, sino desde el sistema esclavista de la antigüedad. Efectivamente, “el primer luchador contra la opresión fue Espartaco. Apareció en Lutalia el año 71 antes de Cristo. Fue jefe de los esclavos sublevados contra Roma. Dirigió la mayor sublevación de los esclavos y tuvo en jaque al ejército romano durante los años 73-71 A.C y fue vencido por Craso”.

Este fenómeno histórico indica, pues, que las luchas por las libertades siempre han sido contra la opresión y, aunque no aspiraban a conquistar el poder sí vislumbraron toda forma de dominio político.

2. Los derechos fundamentales y las libertades

Puesto que los Derechos Humanos fueron conquistados y desarrollados en el ámbito internacional, en la mayor parte de los estados -sobre todo los que se ubican en la forma democrática de gobierno-, estos derechos han sido receptados, por lo que su defensa puede ser de carácter inmediato. Por esta razón han sido denominados como derechos fundamentales.

En el caso de nuestro país, el Perú, los derechos fundamentales están prescritos en la Constitución vigente, así como lo estuvo en la anterior de 1979. Además del derecho básico- el derecho a la vida- y el derecho a la igualdad, debemos ubicar los diferentes aspectos de los derechos a las libertades.

(*) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego.

Así en el artículo 2 de la carta magna vigente se consigna la libertad de conciencia y creencia. No hay persecución por razón de ideas o creencias. Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral, escrita o por cualquier otro medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura o impedimento alguno, bajo responsabilidades de ley (en términos comunes suele llamarse libertad de prensa).

Asimismo en el inciso 8 del referido art.2 se consigna la libertad de creación intelectual, artística, técnica, científica así como la propiedad sobre dichas creaciones y sus productos. El inciso 12 establece el derecho de reunión, el que precisamente da la oportunidad de expresar libremente las ideas, el de protestar y reclamar al Estado el respeto de los demás derechos.

Merecen acápite especial los alcances del inciso 24 del referido artículo 2, que contiene el derecho a la libertad y seguridad. Sus diversos aspectos están prescritos de la siguiente manera:

- a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
- b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.
- c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.
- d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al momento de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.
- e. Toda persona es considerada inocente, mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.
- f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

3. Las libertades y los derechos humanos

La libertad, así como otros derechos humanos de llamada primera generación, han ampliado sus horizontes. Después de nuevas luchas se lograron conquistar estos derechos humanos de segunda generación (durante el siglo XX) que, tras ser plenamente reconocidos, el respeto, cumplimiento y aplicación de estas libertades son exigidos por los movimientos sociales.

Las libertades en nuestra época pueden tener alcances más precisos, más concretamente dentro de tres niveles: político, jurídico y filosófico. De ahí que en esos niveles o ámbitos, los más distinguidos juristas iberoamericanos y europeos han desarrollado variadas significaciones.

En el ámbito político podemos considerar a las libertades como el ambiente exento de dificultades, de privaciones por parte del Estado, más concretamente del poder político y que permiten a las personas el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos y su participación en la vida política.

En el ámbito jurídico las libertades constituyen “las acciones liberadoras que corresponden a un sujeto o a un grupo de sujetos, o diremos mejor, la acción eximente de dificultades y oposiciones que por contraposición, se presentan expresa y tácitamente en la búsqueda o consecuencia de un objetivo de bienestar. Y esta acción es generalmente respecto al mismo Estado, sus órganos y funcionarios o también a particulares. Esta acción eximente o liberadora de la libertad de expresión, la de reunión, la de libre circulación, la de no ser detenido, la de desarrollar su actividad y trabajo sin compulsiones ni explotaciones” (Ortecho Villena V.J., Procesos Constitucionales y su Jurisdicción. Pág. 77).

En el nivel filosófico la libertad se encara como idea y tiene dos enfoques generales: el idealista y el materialista, cada uno de los cuales tiene diversos matices o vertientes. En la corriente idealista se puede señalar los siguientes: Santo Tomás de Aquino (1224-1274), monje católico, ideólogo del catolicismo medieval, cuya obra principal fue “Suma Teológica”. Él sostuvo que el hombre siendo un ser racional es poseedor del libre albedrío. La concepción tomista vincula al hombre con la moral y, por consiguiente, con el libre albedrío.

En la misma vertiente idealista, pero en época posterior, se puede señalar a Manuel Kant (1724 -1804), padre del idealismo alemán, quien consideró a la libertad bajo el principio de la autonomía de la voluntad. La libertad vinculada a la razón, a la inteligencia y al principio de la moralidad, llegando a afirmar que “como ser racional y por tanto perteneciente al mundo inteligente, no puede el hombre pensar nunca en la casualidad de su propia voluntad sino bajo la idea de libertad”.

León XIII, quien el 15 de mayo de 1821 publicó la encíclica *Rerum Novarum*, de gran sentido social con respecto a las relaciones obrero-patronales, independientemente de su cuestionada conciliación de clases, al referirse a la libertad, sostuvo que esta “es propia de los que participan de la inteligencia o razón y mirada en sí misma, no es otra cosa sino la facultad de elegir una cosa entre muchas”. (Citado por Linares Quintana).

Por su parte, la corriente filosófica materialista ya desde la antigüedad, y mucho antes que el marxismo, ha desarrollado ideas cada vez más llenas de contenido de

verdad. 1|

Debemos señalar al holandés Benedicto Spinoza, en el siglo XVII.

En la concepción del materialismo científico también se llega a desarrollar una concepción científica acerca de la libertad. Federico Engels señaló entre otras ideas que la libertad no reside en una señalada independencia de las leyes naturales, sino en la conciencia de esas leyes y en la posibilidad que lleva aparejada de hacerlas actuar de modo planificado para fines determinados. “La libertad consiste, pues, en el dominio de nosotros mismos y de la naturaleza exterior, basada en la conciencia de las necesidades naturales”, agregaba Engels.

A mediados del siglo XX, Kostantinov dentro del mismo cauce materialista sostuvo con claridad que “la libertad es la conciencia de la necesidad y la posibilidad de someter la acción de esta a los fines de los hombres”.

La corriente materialista, en resumen, sostiene que los hombres son más libres mientras más conozcan las causas de sus necesidades y las formas cómo solucionarlas.

Pero veamos en forma específica las declaraciones de los Derechos Humanos de la primera y segunda generación:

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Art.1. Los hombres nacen libres e iguales en derechos; por tanto las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común.

Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas y proclamada en París: Art.1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, debemos comportarnos fraternalmente los unos con los otros.

Los pactos y convenciones posteriores han ampliado los alcances de las libertades.

LA JUSTICIA

1. Resumidas acepciones conceptuales

- a) Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, justicia es el trato justo que se da a las personas.
- b) Según los diccionarios jurídicos:
 - Dícese de lo que es conforme a Derecho.

-Se trata de un sistema de organización judicial.

En sentido ideal, justicia es dar a cada uno lo que le corresponde. La justicia es un valor, el principal valor del Derecho.

En términos más amplios, se habla de justicia social respecto a este tipo de justicia. Según Osorio, justicia es la práctica encaminada a proteger a las personas económicamente débiles, elevando su nivel de vida y de cultura y proscribiendo aquellos privilegios de las clases económicamente fuertes, que originan inadmisibles desigualdades sociales.

2. Los organismos que administran justicia son los operadores; además de los órganos del Poder Judicial o jurisdicción ordinaria, existe una jurisdicción especial o extraordinaria, como es la jurisdicción constitucional.

En el ámbito de la jurisdicción constitucional existen sistemas: el sistema concentrado, el sistema difuso y el sistema político. La significación y características de cada uno de estos sistemas las hemos abordado en nuestro libro intitulado *Procesos constitucionales y su jurisdicción*. (Décima-Primera edición. Año 2012. Editorial Rodhas, págs.32 y 33).

Sistema concentrado: llamado también austriaco o europeo. Se denomina austriaco por su origen, pues fue concebido y desarrollado por Hans Kelsen y europeo por su desarrollo en la mayor parte de países del viejo continente.

Sus características son las siguientes:

- Se plantea en vía de acción y se resuelve en forma abstracta y no en referencia a ningún caso particular o concreto.
- Las sentencias se pronuncian declarando la inconstitucionalidad de las leyes, lo que implica la consiguiente derogación de la misma.
- Los efectos de la sentencia son erga omnes

Sistema difuso: También ha sido llamado americano, por haber surgido y llevado a la práctica con gran arraigo en los Estados Unidos. Si bien es cierto surgió en la jurisprudencia, con la sentencia del juez Marshall, en el año 1803, en el caso particular *Marbury vs. Madison*. Tal jurisprudencia, creada por la Corte Suprema de aquel país, recibe el nombre de sistema difuso porque la facultad de control jurisdiccional de las leyes se reparte entre todos los jueces, quienes en casos concretos de inconstitucionalidad pueden pronunciarse naturalmente en la práctica.

Sus características son las siguientes:

- Se plantea en forma incidental y en casos concretos, en los cuales la ley por aplicarse es cuestionada como inconstitucional.
- Los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial se pronuncian únicamente sobre la inaplicabilidad de la ley inconstitucional, pues el veredicto no tiene efectos derogatorios.
- Los efectos son de aplicación inter partes, es decir únicamente para los contendientes en el proceso que la ley ha calificado como inconstitucional.

Sistema político: Este se ha puesto en práctica en Francia y ha tomado como nombre Consejo Constitucional.

Su origen es político. El poder legislativo nombra entre sus miembros a quienes van a formar el Consejo y ellos realizan la labor de control constitucional. Tales miembros dejan de ser legisladores.

3. La justicia en el Perú

Este tema puede ser materia de un estudio especial y amplio, que no solo comprenda la evolución historiográfica de sus órganos operadores, sino también de las etapas de una buena administración, con muchas deficiencias y dificultades. Esta no es nuestra intención al escribir al escribir este artículo científico jurídico y social.

3.1. Tipos de jurisdicción en nuestro país:

- 3.1.1 Jurisdicción común u ordinaria (el poder judicial)
- 3.1.2 Jurisdicciones independientes
 - a) Jurisdicción privativa militar
 - b) Jurisdicción arbitral
- 3.1.3 Jurisdicciones especiales
 - a) La jurisdicción constitucional (Tribunal Constitucional)
 - b) Jurisdicción electoral
 - c) Jurisdicción campesina

3.2 La impartición de la justicia

Anteriormente solía decirse administración de justicia, pero creemos que el término impartición es más adecuado. Los jueces deben confrontar muchas dificultades al resolver, ya en materia penal, civil, laboral, etc., pues tienen que decidir a quién le conceden una sentencia favorable.

Felizmente ahora los jueces cuentan con derechos procesales especiales, que constituyen pautas valiosas, como son el derecho a la debida jurisdicción, derecho al debido proceso y derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

a) Derecho a la debida jurisdicción. Significa que toda persona que sea sometida a un proceso penal para su consiguiente juzgamiento, debe ser puesta ante una autoridad u organismo correspondiente y no ante ninguno diferente.

Este derecho comprende no solamente ser enviado a la jurisdicción correspondiente, sino que estando en ella no sea desviado a otra jurisdicción existente o a una jurisdicción creada especialmente, o ser juzgado por tribunales extraordinarios o de excepción, o ser juzgado por comisiones que no estén contempladas en la Constitución o en las leyes.

La problemática de la jurisdicción, conjuntamente con otras medidas, está contemplada en las declaraciones de derechos humanos y en pactos de esa misma naturaleza.

b) Derecho al debido proceso. Es el derecho que tiene toda persona sometida o por someterse a un proceso jurisdiccional de tipo penal, de contar con un mínimo de condiciones, garantías o medidas de legalidad, imparcialidad y de ser oído, así como hacer uso de su derecho de defensa.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art.10 señala que es de aplicación únicamente en materia penal. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art.14, inc. 1, señala que además de la materia penal sirve para determinar los derechos y obligaciones de carácter civil. Y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica le da al debido proceso una mayor amplitud. Según su art. 8, inc. 1, “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley; en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro orden”.

c) Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Este derecho se entiende como la facultad de recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes, para que estos resuelvan un conflicto de intereses o declaren un derecho insuficientemente determinado. Este derecho implica la protección personal necesaria que un justiciable requiere para el mejor esclarecimiento de su derecho.

Nuestra reflexión final es la siguiente: las libertades constituyen los derechos más valiosos de una comunidad nacional y ellas solamente serán posibles si es que los respalda una justicia adecuada, oportuna y legítima.

Referencias bibliográficas

- El Pequeño LAROUSSE Ilustrado. Diccionario de la Lengua Española, 2013.
- Diccionario de Términos Jurídicos. Volumen 3, Pedro Flores Polo. Marsol. Perú Editores S.A., 1982.
- Procesos Constitucionales y su Jurisdicción. Víctor Julio Ortecho Villena. Décima-primer edición. Año 2012. Editorial Rodhas. Lima.
- Los Derechos Humanos, su Desarrollo y Protección. Víctor Julio Ortecho Villena. Cuarta Edición. Ediciones BLG.2014.

EL PARLAMENTO EN EL PERÚ LA UNICAMERALIDAD Y LA BICAMERALIDAD

Mg. Raúl Yvan Lozano Peralta (*)

I. INTRODUCCIÓN

En los tiempos actuales, el debate en torno al bicameralismo en el Perú adquiere relevancia puesto que con la Constitución de 1993 se ha consagrado un modelo que no es más que la excepción en la historia política peruana: la unicameralidad o parlamento de una sola cámara. A partir de entonces se abrió un debate sobre la unicameralidad o la bicameralidad del parlamento peruano. El objetivo de este debate es hacer un balance de los aspectos positivos o negativos de ambas formas de organización parlamentaria en nuestro país para establecer o recomendar la forma que se adecúe mejor a nuestra realidad, tanto en la organización propiamente dicha como en la eficacia de su producción legislativa sumamente cuestionada por la población.

La bicameralidad o unicameralidad¹-entendidas como posiciones doctrinarias que contribuyen a optar por un modelo de estructuración del parlamento, o para ser más precisos de los parlamentos- han estado y están a menudo confrontadas. Ambas posiciones son irreconciliables, porque no es posible contar al mismo tiempo con un parlamento bicameral y unicameral, son estructuras mutuamente excluyentes, entre las cuales el poder constituyente derivado² tiene que optar al diseñar el orden constitucional parlamentario.

* Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego.

1. Doctrinariamente existe una tipología de parlamentos, entre ellos podemos distinguir los siguientes: i) parlamento unicameral, ii) bicameral y iii) tricameral. El unicameralismo puede ser perfecto o imperfecto, es perfecto cuando desempeña las funciones de forma integral; contrario sensu, se configura un unicameralismo imperfecto cuando no desempeña funciones en forma integral, sino existe un órgano en el parlamento que obra como una segunda cámara en pequeño. El bicameralismo igualmente puede ser perfecto e imperfecto; es perfecto cuando ambas cámaras parlamentarias desempeñan funciones legislativas y políticas a la vez. Es imperfecto el bicameralismo cuando una desempeña funciones políticas y la otra cámara desempeña funciones técnicas y deliberativas; es decir, en esta subclasificación se realiza una clara división de funciones

2. La actividad del poder constituyente derivado o constituido se expresa en la reforma de la Constitución. GARCIA TOMA, Victor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Palestra Editores, primera edición, abril 2005, página 443, cuarto párrafo.

II. TIPOLOGIA DE PARLAMENTOS SEGÚN EL NÚMERO DE CÁMARAS Y SU FUNCIONAMIENTO POLÍTICO EN EL DERECHO COMPARADO

Según la más conocida clasificación de los parlamentos, estos pueden ser unicamerales o bicamerales. Como su nombre lo indica, los parlamentos unicamerales están conformados por un único órgano legislativo o una sola cámara, en tanto que los parlamentos bicamerales cuentan con dos cámaras: una primera denominada Cámara Baja, Cámara de Diputados o Cámara de Representantes; y una segunda cámara, generalmente denominada Cámara Alta.

El origen de la doble cámara se origina tanto en la Revolución Francesa como en la instalación constitucional en Inglaterra. Asimismo, cuando se da la Constitución de Estados Unidos en 1787 se adopta la figura de la bicameralidad, a fin de que una de las dos cámaras represente a los estados federados y la otra al pueblo.

Podemos clasificar al parlamento de la siguiente manera según el número de cámaras y su funcionamiento como poder legislativo.

1. UNICAMERALISMO PERFECTO. Por demás está decir que se trata de una sola cámara con la particularidad de que esta desempeña las funciones de un Parlamento en forma integral. Ejemplos de este tipo de parlamento lo encontramos históricamente en la Constitución peruana de 1867 y actualmente en América Latina en Venezuela y Ecuador, así como en la mayoría de los países centroamericanos.

2. UNICAMERALISMO IMPERFECTO. También se refiere a una sola cámara parlamentaria, pero en este caso no desempeña funciones de un Parlamento en forma integral porque existe un órgano en el Parlamento que obra como una segunda cámara en pequeño, tal ha sido el caso peruano de 1823 y la actual de 1993.

3. BICAMERALISMO IMPERFECTO. Se trata del sistema más difundido. Existen dos cámaras parlamentarias. Una desempeña las funciones políticas del Parlamento. La otra es una cámara más deliberativa y técnica. Existe una clara distinción de funciones entre una y otra cámara.

4. BICAMERALISMO PERFECTO. Dos cámaras parlamentarias que desempeñan funciones políticas y legislativas. La única diferencia está en las facultades de ejercicio del juicio político o antejuicio. Tal es el caso de la III República francesa, Italia y Uruguay y en el Perú en la Constitución de 1933.

5. SEUDOBICAMERALISMO. Dos cámaras parlamentarias, una desempeña las funciones políticas del Parlamento y el grueso de las funciones legislativas; la otra cámara con muy limitado poder. Este es el caso típico de Inglaterra donde la Cámara de los Comunes goza de amplios poderes derivados de su representatividad política,

de los cuales no goza la Cámara de los Lores, que carece de verdaderos poderes parlamentarios como son los legislativos y de control.

6. TRICAMERALISMO. Un sistema muy poco común de tres cámaras parlamentarias en el que una asume funciones de garante del cumplimiento de ciertas normas y del control de las otras dos cámaras. Ejemplos los encontramos en los parlamentos estamentales del directorio francés y el caso más típico son los parlamentos de la constitución bolivariana de Perú y Bolivia, con una larga duración en este último y muy fugaz en nuestro país.

III. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ORGANIZACIÓN DEL PARLAMENTO PERUANO DURANTE LOS SIGLOS XIX Y XX

1. GENERALIDADES

El parlamento peruano ha registrado diversas variaciones en las doce constituciones políticas que se han encargado de configurar los destinos del país. Conforme a lo expuesto y con arreglo a nuestra organización parlamentaria podemos resumirlas de la siguiente manera:

En la mayoría de veces, el parlamento peruano ha sido configurado como bicameral en las constituciones de 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1920, 1933 y 1979. Mientras que la unicameralidad solo se ha establecido en las constituciones de 1823, 1867 y 1993. Caso aparte es la especialísima constitución de 1826, la misma que consagró por única vez un parlamento tricameral.

Al referirnos a la tradición constitucional parlamentaria³, tenemos que hacer mención a las doce constituciones⁴ que han regido a lo largo de nuestra vida republicana y observar a través de ellas la estructura parlamentaria que se ha ido desarrollando y consolidando. Como lo explica el doctor Enrique Bernalles, en el Perú el sistema bicameral ha marcado el derrotero constitucional. Fueron sólo tres las constituciones que intentaron inaugurar o cambiar el modelo, pero fracasaron en su intento. La Carta de 1823 en su art. 51 definió un régimen unicameral con atribuciones legislativas exclusivas de la Cámara de Diputados. El llamado Senado Conservador más sirvió, como lo sostiene Chirinos Soto, de Consejo de Estado consultivo. Esta Carta, a pesar

3. El profesor DOMINGO GARCÍA BELAUNDE hace mención a la “Constitución histórica”, precisando que esta implica una larga sucesión de hechos, debidamente enlazados entre sí, que condensan las manifestaciones de las personas, los grupos y las instituciones, y que van marcando los acontecimientos en el tiempo. Agrega que dentro del proceso histórico constitucional “... podemos decir que existen ciertas variantes, referidas a las instituciones, que nacieron en un determinado momento y que luego se han ido desarrollando a través de diversas acciones en un largo periodo. Estas son líneas de tendencia que suelen repetirse y acumularse, sobre todo en lo referente a las instituciones; ellas conforman lo que llamamos Constitución histórica”. BERNALLES BALLESTEROS, Enrique y otros. *Parlamento y Ciudadanía, problemas y alternativas*, Serie: Democracia N° 3. Comisión Andina de Juristas. Lima CAJ, 2001, página 166, segundo párrafo.

4. Véase las constituciones de 1822-1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993.

de sus notables aportes, tuvo efímera existencia, puesto que en 1824 el Congreso Constituyente le entregó a Simón Bolívar todo el poder dictatorial. Fue precisamente el Libertador quien elaboró la Constitución Vitalicia de 1826. En ella se diseñó, en el artículo 27, un legislativo con tres cámaras, al igual que la Constitución bonapartista del año VIII: los tribunos, los senadores y los censores. Esta propuesta ni siquiera llegó a implementarse⁵.

La Carta de 1867, que prácticamente no rigió, fue la única del siglo XIX que definió de manera taxativa la composición unicameral del Congreso. En efecto, el artículo 45 establecía que “*el Poder Legislativo se ejerce por el Congreso por una sola Cámara y en la forma que esta constitución establece*”.⁶

En el siglo XX la regla fue el bicameralismo hasta la Carta de 1993 que impone un sistema unicameral⁷, rompiendo con toda la tradición histórica constitucional que hasta ese momento se había desarrollado.

Como podemos apreciar, nuestro país es uno de muchas constituciones pero de muy poca constitucionalidad. Analizando nuestro desarrollo constitucional y las formas de organización parlamentaria podemos apreciar que no ha existido uniformidad o permanencia en el tiempo, hecho que genera a su vez diferentes formas de organización en las que han primado la bicameralidad. La unicameralidad ha sido la excepción.

En suma, diríamos en consonancia con Domingo García Belaunde, que el hilo conductor, desde el nacimiento del parlamento peruano hasta su desarrollo, ha sido el bicameralismo, con algunas variantes que forman parte de su propia organización, necesidades y coyunturas históricas a lo largo de los siglos XIX y XX.

2. LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS EN EL PERÚ

La primera Carta Constitucional peruana de 1823 precipita un derrotero en nuestra vida constitucional que peca por exceso de optimismo lírico y, a la vez, por falta de ecuanimidad para encarar con realismo los complejos retos que nos imponía la flamante república. Esta Constitución consagraba un sistema de unicameralismo imperfecto. Creaba un Congreso formado por representantes o diputados.⁸

5. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, Análisis Comparado. ICS Editores, Tercera Edición, noviembre de 1997, página 434, cuarto párrafo.

6. *Ibíd.*

7. Debe agregarse que la propuesta unicameral fue un planteamiento intransigente por parte de la mayoría oficialista e iba de la mano con el esquema marcadamente anti-Parlamento defendido por el Presidente Fujimori. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, Análisis Comparado. ICS Editores, Tercera Edición, noviembre de 1997, página 436, cuarto párrafo.

8. Artículo 51. El Congreso del Perú en quien reside exclusivamente el ejercicio de poder legislativo, se compone de todos los representantes de la nación, elegidos por las provincias.

Esta constitución prácticamente no tuvo vigencia, por lo que los estudiosos de la misma no han podido opinar sobre su práctica y desenvolvimiento. Así que técnicamente se puede considerar como un unicameralismo imperfecto, por la presencia de un Senado Conservador.

La Constitución Política de 1826, mejor conocida como la Constitución vitalicia o Bolivariana, consagra por única vez la tricameralidad; es decir, un congreso con tres cámaras: La Cámara de los Tribunos equivalente a lo que hoy es una Cámara de diputados, Una Cámara de Senadores y Una Cámara de Censores encargada de velar por el cumplimiento de la constitución y de las leyes, así como de declarar la suspensión del vicepresidente y los secretarios de Estado⁹.

Si las constituciones anteriores consagraron la unicameralidad y la tricameralidad, la Constitución de 1828 consagró una organización intermedia: la bicameralidad¹⁰.

Asimismo se estableció un procedimiento electoral por medio de los colegios electorales de la parroquia o sea la elección indirecta¹¹.

Esta constitución considerada como la “madre de todas las constituciones” consagra por vez primera el bicameralismo real, es decir un congreso con dos cámaras: senadores y diputados, elegidos con diferente base electoral. Los diputados eran elegidos por las provincias en proporción a la población electoral de las mismas y los senadores eran elegidos por las juntas departamentales. Ambas además cámaras contaban con una función legislativa de colaboración, sin especial preponderancia de alguna de ellas. A esta función se añadían atribuciones de control de tipo indirecto alterno similares a las contempladas en los EE.UU. Para justificar el régimen bicameral se señaló que ni el congreso unicameral de 1823 ni el tricameral de 1826 resultaban congruentes con el equilibrio de poderes que pretendía consagrar la constitución de 1828

A menos de siete años de vida independiente el Perú ya había tenido tres cartas constitucionales, por lo que, con el fin de evitar mayor inestabilidad, los constituyentes de este último documento, encabezados por Francisco Xavier de Luna Pizarro, introdujeron la idea de que al cabo de cinco años la Constitución podía ser sometida a un ordenado proceso de evaluación y revisión.

Así se configura la Constitución Política de 1834, que mantiene el bicameralismo de la Constitución de 1828¹², fortaleciendo las atribuciones del Consejo de Estado,

9. Artículo 27. El Poder Legislativo emana directamente de los cuerpos electorales nombrados por el pueblo: su ejercicio reside en tres cámaras. Primera, de tribunos. Segunda, de senadores. Tercera, de censores

10. Artículo 10. El Poder Legislativo se ejerce por un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de diputados, y otra de senadores.

11. Artículo 12. Los Colegios Electorales de parroquias se forman de todos los vecinos residentes en ella, que estuviesen en ejercicio de la ciudadanía, reunidos conforme a la ley.

12. Artículo 10. El Poder Legislativo se ejerce por un congreso compuesto de dos Cámaras.

creado también por esta constitución y que resulta ser muy similar a una Comisión Permanente.

La Constitución Política de 1834 establece un Congreso bicameral. Los diputados son elegidos por representantes, quienes eran elegidos por colegios electorales de parroquia y provincia conformados por todos los ciudadanos con sufragio.¹³

Desde 1836 se había precipitado uno de los conflictos geopolíticos más significativos de la subregión, cuyo epicentro era el Perú. Su causa: el establecimiento de la Confederación Peruana-Boliviana. A partir del mismo texto constitucional se permitía que nuestro país establezca alianzas con otros países soberanos.

Conocida también como la Constitución de Huancayo, la Constitución Política de 1839 mantuvo el bicameralismo pero cada vez más fortalecía las atribuciones del Consejo de Estado¹⁴, convirtiéndola –a decir de Guzmán Napurí– en un remedo de tercera Cámara que recordaba a la Cámara de los Censores de Bolívar.

La Constitución Política de 1856, de inspiración netamente liberal, consagró también el bicameralismo¹⁵. Eliminó la figura del Consejo de Estado. Consagró el bicameralismo real, es decir un Congreso elegido en una base única, luego separada por sorteo en las dos Cámaras¹⁶. No obstante que los embates políticos de la época lo impidió, esta Constitución estableció el fortalecimiento relativo de las facultades del Congreso y cimentó las bases de las próximas constituciones que mantuvieron una tendencia liberal en los siglos XIX y XX.

La Constitución Política de 1860 es considerada como la más conservadora y de más larga duración¹⁷. Mantuvo el bicameralismo real, el cual se comenzó a hacer una regla general no obstante la Comisión permanente. En la práctica el sistema funcionaba como un bicameralismo casi perfecto. Ambas cámaras empleaban mecanismos de control político directo, sin que esto estuviera establecido constitucionalmente.

La Constitución Política de 1867 consagró el unicameralismo, reemplazó a la constitución política de 1860, luego casi no tuvo vigencia, restituyéndose la de 1860. Plantea un régimen claramente unicameral, sin ningún órgano que pudiera atenuar dicho unicameralismo. Técnicamente se trata de un unicameralismo perfecto.

13. Artículo 11. La Cámara de Diputados se compone de representantes elegidos por medio de los colegios electorales de parroquia y de provincia.

14. Artículo 15. El Poder Legislativo se ejerce por un Congreso compuesto por dos Cámaras: una de diputados y otra de senadores.

15. Artículo 43. Ejercen el Poder Legislativo los Representantes de la Nación reunidos en Congreso, compuesto de dos Cámaras, una de Senadores y otra de Diputados

16. Artículo 56. Instalado el Congreso, se sacará por suerte la mitad de los Representantes para que formen la Cámara de Senadores; los demás formarán la Cámara de Diputados

17. Estuvo Vigente hasta 1919 cuando el Presidente Augusto Bernardino Leguía la deja sin efecto promulgando la Constitución de 1920. Estuvo paralizada en su vigencia desde 1879 hasta 1883 por motivos de la guerra contra Chile.

La Constitución Política de 1920 señaló claramente un sistema bicameral, estableciendo que la renovación del Poder Legislativo será total y coincidirá necesariamente con la renovación del Poder Ejecutivo. La duración de ambos poderes era de cinco años y consagró de manera definitiva el voto popular directo para la elección de los parlamentarios y el presidente de la República¹⁸. Existía un Consejo de Estado. El Poder Legislativo constaba de un Senado compuesto de 35 senadores y de una Cámara compuesta de ciento diez diputados.

La Constitución Política de 1933 está caracterizada por la doble cámara política y un senado funcional¹⁹. Se previó la existencia de un senado funcional que debía constituirse en una cámara como existía, aunque solo nominalmente, en algunas partes de Europa. Este Senado funcional estaría conformado por representantes de diversas profesiones y gremios. De esta manera se pretendía justificar la existencia de dos cámaras y la duplicidad de funciones; es decir se planteaba un bicameralismo perfecto o ideal con la ausencia formal de ciertos mecanismos de control ejecutivo como el veto presidencial y leyes. No obstante en el Perú jamás llegó a implementarse un senado de tal naturaleza. En realidad planteaba cámaras corporativas, un planteamiento bastante desacreditado por el vínculo con regímenes totalitarios como el fascismo y el nazismo.

En el régimen político ambas cámaras legislaban, censuraban, negaban confianza, interpelaban. La única diferencia era la prerrogativa correspondiente al llamado antejuicio político: Los diputados acusaban y los senadores juzgaban. Durante su vigencia el Parlamento no se comportaba como un Congreso unificado de dos cámaras, dos congresos con funciones de control exactamente iguales para ambas Cámaras. Técnicamente era posible que una Cámara interpele a un ministro mientras la otra ya estuviera votando su censura y obligándole a renunciar.

La Constitución Política de 1979 consagró un bicameralismo imperfecto²⁰. Ante los problemas de aplicación de la Constitución de 1933 se implementó un sistema bicameral imperfecto en el que ambas cámaras mantenían en común las facultades legislativas. Pero en lo esencial tenían facultades distintas. El Senado tenía facultades de naturaleza más administrativa. Y la función de ratificar los nombramientos de ciertos funcionarios públicos por parte del presidente de la república como embajadores, vocales de la Corte Suprema, altos mandos de las fuerzas armadas, Designar a tres de los miembros del directorio del BCR, al Contralor General de la República. Los diputados tenían la atribución exclusiva de interpelar, censurar y negar confianza, del mismo modo que se le otorgaba al presidente de la república la facultad de di-

18. Artículo 70. La renovación del Poder Legislativo será total y coincidirá necesariamente con la renovación del Poder Ejecutivo. El mandato de ambos poderes durará cinco años. El Presidente, los diputados y senadores serán elegidos por voto popular directo.

19. Artículo 89. El Congreso se compone de una Cámara de Diputados, elegida por sufragio directo, y de un Senado Funcional.

20. Artículo 164. El Congreso se compone de dos Cámaras: El Senado y la Cámara de Diputados. Durante el receso funciona la comisión permanente.

resolver solo a la cámara más política y de mayor control político como era la de los diputados.

Durante su vigencia se evidenció la existencia de una Cámara baja, más joven y con mayor poder político, los diputados, y una Cámara alta con mayor edad promedio, el Senado, que ya no era de carácter funcional y cuyos miembros debían tener un temperamento supuestamente más tranquilo y deliberativo.

Se resalta que la forma de elección planteada fue como sigue: La Cámara de Diputados se elegía por circunscripciones del mismo número de votantes; es decir por distrito electoral múltiple. Y el Senado debía ser elegido por las regiones según el modelo de la Constitución francesa de 1958. Sin embargo, las elecciones para el Senado se llevaron a cabo por distrito electoral único.

La Constitución Política de 1993 que actualmente está en plena vigencia consagra el unicameralismo imperfecto. De acuerdo al artículo 90 de la actual Constitución, el Congreso es unicameral, pero no se distingue del bicameralismo imperfecto, ya que existe un órgano denominado Comisión Permanente, cuyos antecedentes podremos encontrarlos en el Consejo de Estado creado por la Constitución de 1828 que funcionaba en el receso del congreso²¹.

La Comisión permanente funciona como una institución de acusación Constitucional, igual a lo que era la Cámara de Diputados²². Y sus funciones son las de ratificación del nombramiento de ciertos funcionarios públicos (prerrogativa anterior del Senado): Contralor General de la República, Superintendencia de Banca y Seguros, presidente del BCR. Además ejerce facultades legislativas delegadas con limitaciones derivadas de la naturaleza de las normas y al igual que el Senado, de la anterior Constitución, no puede ser disuelta. Se encuentran muy fortalecidas sus atribuciones, la razón se encuentra en la existencia de una sola Cámara legislativa.

Es menester recordar que el propio Tribunal Constitucional en la sentencia del caso de acción de inconstitucionalidad contra el denominado *documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993* (sic) ha manifestado su convicción en la falta de legitimidad de la Constitución al señalar que “*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,...*”²³

21. Artículo 90. El Poder Legislativo reside en el Congreso, el consta de Cámara Unica. (...)

22. Artículo 99. Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la Republica, a los representantes del Congreso; (...)

23. STC . N.º 014-2003-AI/TC, fundamento 8.

LA IGLESIA CATÓLICA Y EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO DE 1983

Por Víctor Hugo Chanduví C. (*)

RESUMEN

El presente artículo tiene como intención explicar las situaciones jurídicas e históricas que antecedieron a la promulgación del Código de Derecho Canónico de 1983 por su Santidad el Papa Juan Pablo II. 32 años después el estudio de este código aún sigue despertando interés, ya que conocer bien el derecho canónico y aplicarlo fielmente es imprescindible para que cada persona en la Iglesia sea plenamente respetada en su dignidad de conformidad a nuestra magna Carta.

El presente artículo es resultado de una investigación de carácter cualitativo y de reflexión en torno a las instituciones del Derecho Canónico, que forman parte del curso de Historia del Derecho. Con este propósito se utiliza bibliografía del propio autor, así como las fuentes de diversos autores nacionales e internacionales.

Palabras Clave

Derecho canónico, Código de Derecho Canónico.

Abstract

This article is intended to explain the legal and historical situations that preceded the promulgation of the Code of Canon Law of 1983 by His Holiness Pope John Paul II, who at 32, is still attracting interest in its study, and to know Although the canon law is faithfully and apply essential for each per-

(*) Profesor de Derecho Empresarial e Historia del Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego.

son in the Church, it is fully respected in their dignity in accordance with our Constitution.

This article is the result of a qualitative research and reflection on the fundamentals of Canon Law, part of the course of History of Law, using the literature under study author himself, as well as various sources national and international authors.

Keywords

Canon Law, Canon Law,

1. Antecedentes

Ubicación geográfica de los hebreos

La región de Palestina fue la meta territorial de los pueblos semitas del desierto de Arabia. Los primeros en llegar fueron los semitas cananeos, por eso adoptó el nombre del país de Canaán. Fueron vencidos por los semitas hebreos que divididos en tribus se asentaron en la región (siglo XIV y XI a.c); fundaron dos reinos: Israel (capital Samaria) y Judá (capital Jerusalén) en los siglos XI y VIII A.C. Posteriormente fueron conquistados por civilizaciones poderosas. Su principal aporte fue religioso (el monoteísmo), se elevaron a la creencia de un Dios único, Jehová, cuyo culto no exigía estatuas ni figuraciones materiales. En la Biblia, se reconocen doce hijos de Jacob que se convirtieron, a su vez, en jefes de las doce tribus en las que se dividieron los hebreos. “Serviremos a tu Dios, el Dios de tus padres Abraham, Ismael e Isaac, como a un Dios Uno. Nos sometemos a Él” (El Corán, 2007,12.)

Los griegos y los romanos conquistaron al mundo, pero posteriormente se formó un vacío que tuvo que ser llenado por la religión. “La Iglesia dirigía un mensaje a todas las almas humanas, sin discriminación de razas, gobernantes o sometidos, etc.” (Toynbee, 1958; XXII). El establecimiento de la paz romana de Augusto pareció restaurar al mundo grecorromano a sus firmes cimientos después de haber sido agitado por guerras perpetuas, malos gobiernos, revoluciones, etc. Pero esta recuperación bajo Augusto demostró a la larga que no era más que una pausa. “Después de doscientos cincuenta años de tranquilidad relativa sufrió el Imperio un colapso en el siglo III después de Jesucristo, del que nunca se recobró totalmente, y en la siguiente crisis, en los siglos V y VI, se deshizo irremediablemente” (Toynbee, 1958, XVIII).

La Iglesia fue beneficiada de la paz romana, al aprovechar esta oportunidad para enraizarse y extenderse. La persecución le sirvió de estímulo; pero tras no haber logrado el imperio destruirla, decidió colaborar con ella. Cuando este esfuerzo

fracasó, para salvar al imperio de la destrucción la Iglesia tomó posesión de su herencia. El emperador Teodosio no se limitó a asegurar la tolerancia religiosa implantada por el Edicto de Milán sino que impuso al cristianismo como religión única y oficial del Imperio romano mediante el edicto de Tesalónica del año 380. “El edicto de Tesalónica establecía la prohibición verbal; desencadenó una cruel persecución, reprobada por la Iglesia cristiana, contra los habitantes del Imperio que se negasen a abrazar el cristianismo, convertido ya en la religión oficial del Estado y la sociedad romana” (La Cierva;2001, 87).

Europa occidental tuvo tradicionalmente sus últimos cimientos en dos libros: la Biblia judeo-cristiana, de larga formación hasta el siglo II, y la recopilación de derecho realizada en el Imperio Bizantino, bajo el emperador Justiniano (Clavero, 1994; 24), a mediados del siglo VI. La recepción de estos libros, formados en otras culturas, se realizó históricamente mediante oportunas adaptaciones. La Biblia se tradujo al latín a finales del siglo IV-principios del siglo V, versión vulgata que sentará autoridad en la tradición medieval del occidente cristiano. (La vulgata es una traducción de la Biblia al latín realizada a finales del siglo IV en el 382 d.C.) por Jerónimo de Estridón. Fue encargada por el papa Dámaso I dos años antes de su muerte (366-384). La versión toma su nombre de la frase vulgata editio (edición para el pueblo) y se escribió en un latín corriente en contraposición con el latín clásico de Cicerón, que Jerónimo de Estridón dominaba. El objetivo de la vulgata era ser más fácil de entender y más exacta que sus predecesoras. Esta vulgata no solo supuso una traducción idiomática, sino también otra jurídica. El mismo texto fundamental de la comunidad cristiana se sitúa así en una determinada tradición del derecho del imperio Romano occidental, derecho cuya asimilación progresiva se produce con la oportuna marginación de aspectos políticos y civiles peor adaptables. Desaparecido el imperio occidental a mediados del siglo V, las jerarquías cristianas quedaron como las únicas prácticamente comunes o generales en su territorio, con vocación de regir no solo en el aspecto religioso sino en toda la extensión de la vida de la comunidad, por lo que resulta fácil imaginar la ulterior significación de dicha romanización jurídica en curso. El Derecho Canónico, que no solo era el derecho de la Iglesia sino de toda la sociedad cristiana, con su última autoridad en el texto bíblico, se situará desde sus propias bases en tal tradición románica.

La recopilación del emperador bizantino Justiniano, formada en una época en la que ya no existía Imperio Romano en la Europa occidental, hubo de trascender notablemente motivaciones políticas primarias, incorporándose esta recopilación a la cultura europea occidental como pilar básico de su derecho.

2. Derecho Canónico

“Es una ciencia jurídica que conforma una rama dentro del Derecho cuya finalidad es estudiar y desarrollar la regulación jurídica de la Iglesia católica.” (Chanduví,

2014, 14) En esta definición se engloban tres conceptos que han suscitado controversia a lo largo de la historia hasta nuestros días: su finalidad, su carácter jurídico y su autonomía científica.

El Derecho Canónico está constituido por “el sistema de normas jurídicas provenientes de Dios o de la autoridad eclesiástica por la que se ordena la Iglesia Católica y se establecen los derechos de la sociedad eclesiástica y la de sus miembros. Este derecho emanado de la Iglesia se realiza en forma de cánones o reglas” (Basadre, 1997, 273). Este sistema de Derecho es comúnmente conocido como Derecho canónico, haciendo alusión a una de sus principales fuentes normativas: los cánones o acuerdos conciliares.

El Derecho canónico constituye un ordenamiento jurídico. Cuenta con sus propios tribunales, abogados, jurisprudencia, dos códigos completamente articulados e incluso con principios generales del derecho.

Al empezar el desarrollo vertiginoso de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana surgió un sistema jurídico “constituido por un raudal de cánones, que datan del siglo III o normas o reglas de conducta jurídica particulares o generales que emanan de los concilios, sínodos y actos del papado, incluyendo algunas falsificaciones como los “falsos decretales” que datan del año 850, posiblemente redactados en Francia.” (Basadre, 1997, 273)

En el siglo XX se inicia un proceso de codificación formal por medio de la recopilación del ya extenso cuerpo de normas que era complejo y difícil de interpretar. Aunque la recopilación del derecho positivo vigente comenzó en el pontificado de San Pío X, el primer Código de Derecho Canónico se promulgó por Benedicto XV en 1917. Este hecho es considerado el acontecimiento intraeclesial más importante de este pontificado, porque el Código se constituyó como un elemento básico de la organización de la Iglesia Católica.

El Código de Derecho Canónico (*Codex Iuris Canonici* en latín) que rige actualmente fue promulgado por el papa Juan Pablo II el 25 de enero de 1983, derogando al entonces vigente, el pío-benedictino de 1917. Consta de siete libros, que tratan (en orden) de los siguientes asuntos: Normas generales, el pueblo de Dios, la función de enseñar de la Iglesia, las funciones de santificar a la Iglesia, los bienes temporales de la Iglesia, las sanciones en la Iglesia y los procesos.

Este Código de Derecho canónico solo estaba en vigor para la Iglesia Católica de rito latino. En el ámbito de las iglesias católicas *sui iuris* de ritos orientales se comenzó la codificación en 1917, pero no se llegó a terminar; solo se promulgaron algunas partes antes de la convocatoria del Concilio Vaticano II. Una vez promulgado el Código latino en 1983, se comenzó una nueva codificación oriental que terminó en 1990 con la promulgación del Código de los Cánones de las Iglesias

Orientales (Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium), actualmente en vigor. El 25 de enero de 1983, su Santidad Juan Pablo II promulga el nuevo Código de Derecho Canónico, que entró en vigor para la Iglesia latina el día 27 de noviembre del mismo año, primer domingo de Adviento.

La lectura reposada del nuevo texto jurídico pone de manifiesto lo que ha de ser el alma, la fuente de inspiración y la motivación profunda de la legislación eclesial, “tal como se expresa en la frase última del último canon: «la salvación de las almas debe ser siempre la ley suprema en la Iglesia». Broche de oro para un libro que ha tardado veinticinco años en hacerse, pensando únicamente en el mejor bien del pueblo de Dios. (Código de Derecho Canónico; 1983, XXI). Esta idea «madre» sobrevuela cada una de sus páginas y plasma en todas ellas la gran preocupación eclesial de la que ha brotado el nuevo Código: el bien de las almas.

Quien se adentre en la lectura del nuevo Código descubrirá que en él se halla fielmente reflejada la doctrina eclesiológica del Concilio Vaticano II. Los documentos del concilio constituyen el texto base, incluso muchas veces literalmente reproducido. Es esta, sin lugar a dudas, la principal novedad del nuevo Código.

Otra de las impresiones frecuentes que suscita la lectura de este Código es el gran respeto que se tiene al principio de subsidiariedad. La autoridad inferior y sus órganos respectivos podrán actuar comúnmente sin trabas ni interferencias de instancias superiores. En este punto, la mejora respecto del Código anterior es muy sensible. El principio aparece con tanta frecuencia que el lector se va encontrando con él en muchísimos cánones. El obispo podrá dispensar normalmente a sus súbditos (salvo las excepciones que se indican) de las leyes disciplinarias, tanto universales como particulares, dadas por la suprema autoridad de la Iglesia. Sin necesidad de un constante recurso a la Santa Fe, las iglesias particulares gozan ahora de una amplia y legítima autonomía por su mismo ser teológico, sin la preocupación de colisionar con posibles interferencias, tan frecuentes antes. Una de las partes en las que más se nota este principio de subsidiariedad es la que recoge el derecho de los institutos de vida consagrada. Se puede afirmar que casi siempre prevalece el derecho propio de cada instituto sobre el derecho universal. Así lo ha preferido el legislador. Son raros los cánones en los que no aparezca alguna alusión a esta prevalencia del derecho propio. Se da, por tanto, una gran libertad a los órganos inferiores. Se manifiesta un enorme respeto hacia ellos. Aunque, eso sí, todo esté concebido y amparado bajo ese otro gran principio de la comunión jerárquica.

Queda claro que el Papa, como figura singular, es la cabeza del Colegio, el vicario de Cristo y el pastor de la Iglesia; por eso mismo, en virtud de su cargo, tiene la suprema, plena, inmediata y universal potestad en toda la Iglesia y la puede ejercer siempre libremente. Incluso el Colegio episcopal, que tiene también esa potestad suprema, plena, inmediata y universal, no es tal sin su cabeza que es el Papa. El Papa no es la Iglesia, ni lo es todo en la Iglesia; pero ni la Iglesia ni el Colegio

pueden existir sin el Papa. Sin ese Papa cuya figura se describe tan perfectamente en el Código.

Es cierto que como toda obra humana el nuevo Código no resulta perfecto. Al respecto, su Santidad Juan Pablo II manifestó en relación al Código Canónico que “la Iglesia católica los ha ido reformando y renovando en los tiempos pasados, a fin de que, en constante fidelidad a su divino fundador, se adaptasen cada vez mejor a la misión salvífica que le ha sido confiada. Movido por este mismo propósito, y dando finalmente cumplimiento a la expectativa de todo el orbe católico, dispongo hoy, 25 de enero del año 1983, la promulgación del Código de Derecho Canónico después de su revisión. Al hacer esto, mi pensamiento se dirige al mismo día del año 1959, cuando mi predecesor Juan XXIII, de feliz memoria, anunció por vez primera la decisión de reformar el vigente Corpus de las leyes canónicas, que había sido promulgado en la solemnidad de Pentecostés del año 1917.”

Siendo así, aparece bastante claro que el Código no tiene como finalidad, de ningún modo, sustituir la fe, la gracia, los carismas y sobre todo la caridad en la vida de la Iglesia o de los fieles cristianos. Al contrario, su fin es, más bien, crear un orden tal en la sociedad eclesial que, asignando el primado a la fe, a la gracia y a los carismas, haga más fácil simultáneamente su desarrollo orgánico en la vida, tanto de la sociedad eclesial como también de cada una de las personas que pertenecen a ella.

El Código, como principal documento legislativo de la Iglesia, fundado en la herencia jurídico-legislativa de la revelación y de la tradición, debe ser juzgado como el instrumento indispensable para asegurar el orden tanto en la vida individual y social como en la actividad misma de la Iglesia. Por eso, además de contener los rasgos fundamentales de la estructura jerárquica y orgánica de la Iglesia, tal como la quiso su divino fundador, basada en la tradición apostólica o, en todo caso, antiquísima; y además de los principios fundamentales que regulan el ejercicio de la triple misión confiada a la misma Iglesia, el Código debe definir también algunas reglas y normas de comportamiento.

El nuevo Código de Derecho Canónico es absolutamente necesario para la Iglesia. En efecto, puesto que ella está constituida como un cuerpo social y visible, también tiene necesidad de normas para que su estructura jerárquica y orgánica resulte visible; para que el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas divinamente, sobre todo la de la sagrada potestad y la de la administración de los sacramentos, se lleve a cabo de forma adecuada; para que promueva las relaciones mutuas de los fieles con justicia y caridad, y garantice y defina los derechos de cada uno; y, finalmente, para que las iniciativas comunes, en orden a una vida cristiana cada vez más perfecta, se apoyen, refuercen y promuevan por medio de las normas canónicas.

Aspiramos a que la nueva legislación canónica se convierta en un medio eficaz

para que la Iglesia pueda perfeccionarse, de acuerdo con el espíritu del Vaticano II, y cada día esté en mejores disposiciones de realizar su misión de salvación en este mundo.

Conclusiones

Uno de los fenómenos jurídicos más importantes en el medievo fue el desarrollo del Derecho canónico que era el Derecho promulgado por la Iglesia durante el dominio del Imperio Romano.

El Papa es la cabeza del Colegio, el vicario de Cristo y el pastor de la Iglesia; por eso mismo, en virtud de su cargo, tiene la suprema, plena, inmediata y universal potestad en toda la Iglesia y la puede ejercer siempre libremente.

El Código es un documento legislativo de la Iglesia y se constituye como el instrumento indispensable para asegurar el orden tanto en la vida individual y social como en la actividad misma de la Iglesia.

El Código, además, tiene como objetivo crear un orden tal en la sociedad eclesial que haga más fácil su desarrollo orgánico en la vida, tanto de la sociedad eclesial como también de cada una de las personas que pertenecen a ella.

El Código de Derecho Canónico se ordena en cánones que cumplen funciones similares a los artículos en los textos legislativos civiles y se divide en siete Libros:

1. Libro Primero: *De las normas generales*
2. Libro Segundo: *Del Pueblo de Dios*
3. Libro tercero: *De la función de enseñar de la Iglesia*
4. Libro Cuarto: *De la función de santificar de la Iglesia*
5. Libro Quinto: *De los bienes temporales de la Iglesia*
6. Libro Sexto: *De las sanciones en la Iglesia*
7. Libro Séptimo: *De los procesos*

Referencias Bibliográficas

Clavero Salvador Bartolomé (1994) “Historia del Derecho Común”. Ediciones Universidad de Salamanca, España. ISBN 9788474817744.

El Corán, traducido por Julio Cortés, Barcelona, 1986, Ed. Herder S.A.

Basadre Ayulo Jorge (1997) “Historia del Derecho” 2da edición 1997, Lima, Ed. San Marcos.

Chanduví Cornejo, Víctor Hugo “Historia del Derecho” Fondo Editorial UPAO, 2014. Trujillo.

Código de Derecho Canónico (1983) Biblioteca de Autores Cristiano. Ed. Católica S.A., Madrid.

De la Cierva Ricardo (2001) Ed. FENIX, S.L. Madrid

LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA (A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO)

José F. Palomino Manchego (*)

Dante Paiva Goyburu (**)

SUMARIO

La representación política y sus reglas son materia de intensos debates y continuas propuestas para un mejor desarrollo. En el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho, el tema de la representación política en el Perú ha merecido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano, que mediante su jurisprudencia aporta significativamente en ese sentido.

I. Introducción

Visto en conjunto, la carencia de diálogo y canales de participación con los grupos desfavorecidos de la sociedad peruana explica, por ejemplo, los acontecimientos del 5 de junio de 2009, en la ciudad de Bagua, departamento de Amazonas. Por ello sostenemos que las políticas estatales están permitiendo que convivamos de espaldas a dichos grupos, los cuales reclaman, con sobrada razón, espacios de participación. Entre ellos podemos encontrar a las mujeres, los pueblos indígenas, las minorías sexuales y otros grupos que se consideran, por su particular condición, en desventaja, indefensión o peligro. No obstante, de una manera general, debe asumirse que dentro de los presupuestos fundacionales de la democracia y el Estado de Derecho se encuentra la racionalidad de las personas de poder suscribir acuerdos a partir del diálogo, y que las medidas y la acción política que se adopten repercutan en un beneficio tangible para las mayorías y el país en general.

(*) Abogado, magister y doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Director académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del comité directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

(**) Abogado y magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en cuya casa de estudios es docente universitario.

Por ello los temas sobre participación y representación (o representatividad) política involucran una preocupación de mayor compromiso, esto es, una polémica permanente sobre la mejora de los mecanismos de corte democrático que permitan conocer el sentido de la voluntad general, pero que dicha voluntad adopte sus decisiones con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos. Antes de abordar un estudio de este género, es necesario plantear algunas inquietudes. En ese orden de ideas, el fenómeno de la participación política y el gobierno representativo son temas de suma actualidad, sobre todo en el contexto de la integración que asumen diversas naciones en Europa y América, y que enfrentan bajo los logros de su civilización a las tendencias ideológicas totalitarias y fundamentalistas —verdaderas debilidades políticas— que amparan sistemas avasallantes y detractores de la democracia igualitaria, trastocando de esa forma la vida de los ciudadanos¹.

II. La representación política en el Estado Social y Democrático de Derecho Concepto

Sin lugar a dudas, el campo de actuar de la representación (del latín *representare*=hacer presente, representar) política —el hilo conductor y de conexión— lo constituye el Estado Social y Democrático de Derecho. Y, en clave histórica, el influjo de Johannes Altusio (1557-1638) fue decisivo². En efecto, la mutación que se presenta en línea ascendente de la democracia ateniense y república romana; de la representación medieval a la representación moderna nos demuestra cómo, andando el tiempo, se ha ido consolidando la representación política hasta alcanzar un grado de complejidad que se manifiesta hoy en día en el Estado Social y Democrático de Derecho³.

Por tanto, siendo la democracia un concepto multívoco, la [teoría de la] representación política también tiene un alcance amplio, resultando de esa forma complicado intentar una definición, máxime encontrándonos aún en el umbral del siglo XXI, en donde la democracia gobernante y la democracia gobernada en las sociedades civiles homogéneas siempre tienden a oscilaciones y a cambios permanentes, no obstante lo que se pretende es la estabilidad política. Visto así las cosas, el concepto de representación se aplica en muchas acepciones distintas. En la acepción general (y en la filosófica) contiene el acto de que algo que no está presente se hace presen-

1. Vid. Le Brazidec, Gwénaél: “Régimen representativo y democracia directa: Hacia la emancipación política de los ciudadanos”, en: Concha Cantú, Hugo A. (Coordinador): *Sistema representativo y democracia semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F., 2002, págs. 347-381. También resulta de sumo provecho el libro de Garrarena Morales, Ángel: *Representación y Constitución democrática (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991. Epílogo de Manuel Aragón Reyes.

2. Para mayor detalle, vid. Hofmann, Hasso: “La representación en la teoría del Estado premoderna. Sobre el principio de representación en la <política> de Johannes Altusio”, en: *Fundamentos, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, N° 3, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2004, págs. 37-40. Número monográfico dedicado a la Representación Política.

3. Por todos, vid. Rodríguez Adrados, Francisco: *Historia de la democracia. De Solón a nuestros días*, 2ª. edición, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1997.

te. En el sentido político del Derecho estatal, la representación no solamente es un acto simbólico, sino un principio o una técnica de basar el ejercicio del poder político en la aprobación de los gobernados. En principio, asigna al pueblo como decisión inmediata solamente la elección entre personas que no tienen ningún cargo representativo⁴.

Así, planteada la cuestión y sin descuidar los aspectos metodológicos, podemos sostener que la representación política es el resultado del proceso mediante el cual una comunidad ha seleccionado y ha elegido a alguno o algunos de sus miembros para que se hagan cargo, defiendan, argumenten, los temas y los intereses que son comunes. Así, la comunidad lo hace su representante y lo coloca en un órgano de discusión y decisión del gobierno⁵.

III. Derecho a la participación en la vida política

Con el siglo XX, y la adopción de la filosofía que alumbró la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se extendió de manera universal la imperiosa necesidad de fomentar la participación de las personas en los Estados occidentales. De esta manera, en el artículo 21 de la referida Declaración se reconoce que “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”.

Pero se impone todavía una observación. En el plano de la vida cotidiana, diariamente se interactúa con diversas organizaciones, en las que participan varias personas, cada una de las cuales asume intereses y argumentos propios que pueden tener correlación o no con las posturas de sus pares. En el trabajo, la escuela, la misma familia y otro tipo de instituciones representativas se hace necesario arribar a consensos para que puedan concretarse metas en común para fines provechosos.

De esta forma, continuamente estamos enfrentando el desafío de adoptar una decisión, cuyos motivos y el resultado sean capaces de asimilarse a las decisiones de otras personas y, en caso de no alcanzar un consenso mayoritario, se procure ceder o negociar para conseguir el acuerdo. Para ello es menester articular la democracia representativa sobre la base de la representación y de las representatividades sin trastocar el molde esquemático que ofrecen las organizaciones políticas.

Por lo demás, la tarea es particularmente complicada cuando no se pueden conocer a cabalidad las intenciones de todos los participantes en la toma de decisiones. Si

4. Vid. voz “Representación”, a cargo de Ulrich von Alemann y Dieter Nohlen, en Nohlen, Dieter: *Diccionario de Ciencia Política. Teorías, métodos, conceptos*, t. II (J-Z), Editorial Porrúa, S.A. de C.V.- El Colegio de Veracruz, México, D.F., 2006, págs. 1216-1219.

5. Vid. voz “Representación política”, a cargo de José Woldenberg y Ricardo Becerra, en *Diccionario Electoral*, 2ª edición, t. II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 2000, pág. 1099. Desde una perspectiva politológica, vid. Bealey, Frank: *Diccionario de Ciencia Política*, traducción del inglés de Raquel Vázquez Ramil, Ediciones Istmo, S.A., Madrid, 2003, págs. 381-382.

bien como seres humanos tenemos a la lógica y a la razón para regir nuestro comportamiento, estas no siempre se toman en cuenta, sobre todo desde el momento que hay de por medio intereses muy personales sobre un hecho que involucra la intervención de la mayoría.

En un nivel más grande, sostener un acuerdo con millones de individuos en torno a acciones que involucran su destino es una tarea compleja, pero superable. De esta forma, sostenemos que la viabilidad de la democracia en el sistema político vigente se garantiza cuando la libertad e igualdad de la nación para intervenir en los asuntos públicos, teniendo como respaldo la legitimidad del voto popular en la designación de un funcionario de elección popular, son respetadas plenamente⁶.

Esta cuestión resulta de suma actualidad en estos tiempos, al presentarse ciertas controversias respecto de la pertinencia de emplear los sustentos de la democracia para determinadas iniciativas, pues tal como se ha señalado “(...) la democracia sería el fundamento de la limitación del poder de la mayoría y, así, el Estado constitucional vendría a constituir la juridificación de la democracia. Sin embargo, quien esgrime el ideal democrático con el objetivo de formular algún tipo de objeción al constitucionalismo se estaría equivocando”⁷.

En este sentido, en el caso peruano, el derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación, reconocido en el artículo 2, inciso 17, de la Constitución de 1993, de acuerdo con el criterio desarrollado por el Tribunal Constitucional peruano, contenido en la sentencia recaída en el expediente N° 5741-2006-AA, “constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección es la libre intervención en los procesos y la toma de decisiones en el ámbito político, económico, social y cultural. La participación política constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad. De ahí que este no se proyecta de manera restrictiva sobre la participación de la persona en el Estado-aparato o, si se prefiere, en el Estado-institución, sino que se extiende a su participación en el *Estado-sociedad*, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado. Tal es el caso, por ejemplo, de la participación de las personas en la variedad de asociaciones, con diversa finalidad, o la participación en todo tipo de cargos; la característica común de todos ellos es que su origen es un proceso de elección por un colectivo de personas”.

Es evidente la trascendencia y el interés capital de la representación política que surge a raíz de la participación, la cual constituye un principio y un valor inherente a la noción y esencia misma de la democracia. Sin embargo, en contextos como el

6. Sobre el tema, vid. las reflexiones de Sartori, Giovanni: *Teoría de la democracia*, 2 ts., traducción del inglés de Santiago Sánchez González, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1988.

7. Vid. Garrido Gómez, María Isabel: “Los operadores jurídicos y la democracia”, en: Garrido Gómez, María Isabel y Ruiz Ruiz, Ramón (Editores): *Democracia, Gobernanza y Participación*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, pág. 146.

que se presenta en el Perú, donde el ejercicio del sufragio no está exento de polémicas y discusiones, corresponde establecer un mayor énfasis en la cultura cívica que permita instruir a los ciudadanos, de la formación elemental, de la importancia que reviste una adecuada elección de sus representantes mediante el sufragio. A nivel del desarrollo de la democracia en Occidente, un papel elemental se encuentra en la labor que desempeñan los partidos políticos, los cuales deben constituir la referencia organizacional sustancial para la difusión y mejora de la democracia en cada nación.

En el Perú, respecto de los partidos políticos, se han presentado avances. Así, tenemos la ley N° 28094-Ley de partidos políticos, norma en donde se les reconoce como aquellas “asociaciones de ciudadanos que constituyen personas jurídicas de derecho privado cuyo objeto es participar por medios lícitos, democráticamente, en los asuntos públicos del país dentro del marco de la Constitución Política del Estado...”, señalándose además que los mismos expresan el pluralismo democrático⁸.

Merece la pena mencionar, asimismo, que el estudio de los partidos políticos es una tarea inagotable y permanente por el bien mismo de la democracia. Estas organizaciones no están exentas de problemas o vicios, pues se ha señalado que estos “Como organizaciones cuyo fin es alcanzar el poder político, y que además aglutinan un número elevado de militantes o simpatizantes, requieren de una fuerte estructura organizativa, en muchos casos especializada, y ello conduce, nos han explicado numerosos politólogos, a la mencionada oligarquización”⁹.

La teoría de la democracia admite que un aspecto resaltante y vital para el sostenimiento del modelo se encuentra en la confianza que inspiran entre los gobernados quienes detentan las funciones públicas. A partir del esquema de Rousseau, se aprecia en cada individuo un valioso integrante de la comunidad que constituye el fin último de la sociedad y que, por ende, el trabajo organizado que se realice en esta debe asegurar las mejores condiciones para la supervivencia de la comunidad.

Sin embargo, la confianza también puede ser menoscabada, y dentro de los diversos factores que repercuten negativamente en las expectativas de la comunidad se encuentra la corrupción, fenómeno de negatividad impactante porque al generarse por el indebido aprovechamiento de las funciones y medios gubernamentales para fines egoístas, se distorsiona la visión que debe tenerse por parte de todo aquel que aspira a un cargo o función pública.

En ese orden de consideraciones, pueden advertirse dos aspectos elementales dentro del derecho a la participación en la vida política: 1) el nivel educativo de la comunidad, lo que involucra, principalmente, conciencia sobre la importancia e impacto

8. Un análisis político y jurídico, centrado en la historia y en los elementos de la realidad, se puede consultar en la obra de Rubio Correa, Marcial: *Ley de partidos políticos, las reglas que nadie quiso aprobar*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1997. Antecede prólogo de Enrique Bernal Ballesteros.

9. Vid. Alguacil González-Aurioles, Jorge: *Estado de partidos: participación y representación*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2013, págs. 61-62.

del sufragio en el destino de todos los miembros; y 2) la formación de vocaciones, porque debe inculcarse en todo momento que la participación política, siendo un derecho fundamental, no puede condicionarse, no obstante sí implica responsabilidad y para ello, quienes participan como electores o elegidos, deben comprometer sus pretensiones al servicio del bienestar general.

Una particular paradoja en el Perú —en realidad, verdadero laboratorio político— está constituida por los conflictos que surgen por la informalidad económica y social, así como por las limitaciones del Estado para poder atender las necesidades elementales de los compatriotas en todos los rincones del país. Se reconoce el derecho a participar políticamente, pero en algunos casos no se fomenta la conciencia ciudadana que permita que los electores se expresen a plenitud sobre sus expectativas en el sufragio.

Esta situación se puede verificar en el clientelismo y en el populismo —tan característicos en América Latina— en los que incurrieron muchos candidatos, a propósito de la elección de autoridades regionales y locales el año 2014, al realizar ofrecimientos diversos con pocas expectativas de concretarlos¹⁰. Las iniciativas formuladas por los organismos constitucionales autónomos, tales como el Jurado Nacional de Elecciones y su programa INFOGOB, son pertinentes y de necesaria difusión para que las personas cuenten con mejores herramientas para decidir de la mejor forma, asegurando que el voto emitido sea con el conocimiento de las consecuencias de la elección clara y transparente. Pero así como se reflexiona respecto de la informalidad y las limitaciones gubernamentales para llegar a cada rincón de nuestras fronteras, también debe tenerse presente el multiculturalismo propio del Perú, rico en contenido histórico.

A propósito, incidimos con particular énfasis en el multiculturalismo debido a que, a partir del proceso de regionalización iniciado en el año 2002 en el Perú, se establecieron gobiernos regionales con competencias y facultades paralelas a las que había centralizado el gobierno nacional; pero se advierte que fueron implementadas sin la debida evaluación sobre la preparación de la población de las regiones para asumir responsablemente la elección de sus autoridades.

En el ejercicio del derecho de participación política, muchas personas postularon y finalmente fueron elegidas habiendo terminado involucradas en redes de corrupción, por lo que al mes de septiembre de 2014 el Poder Judicial resultó procesando a ocho autoridades regionales por cargos de comisión de presuntos actos irregulares y de corrupción durante su gestión pública.

10. Un panorama completo se puede ver en Nohlen, Dieter: “Sistemas electorales y representación política en América Latina”, en AA.VV.: *Sistemas electorales y representación política en Latinoamérica*, vol. I, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1986, págs. 15-38. Antecede presentación de Salvador Bermúdez de Castro y nota del editor Dieter Koniecki.

Al ser la descentralización un proceso irreversible, no es viable suspender la organización que se ha adoptado. Sin embargo, el derecho a la participación política requiere de políticas complementarias urgentes para que se orienten y ejerzan en beneficio de la comunidad. Así, se ha referido que “centralización y descentralización, lejos de ser ideas antagónicas, no se excluyen la una a la otra, sino que más bien se complementan. La descentralización resulta de un principio de justicia. Consiste en tratar cada uno lo suyo, sea el individuo, el grupo familiar, el grupo profesional, el municipio o la provincia”¹¹.

Es natural cierto temor o recelo hacia las políticas dirigidas a temas electorales, porque podría entenderse que existe una intención de direccionar los votos por parte del gobierno de turno. A pesar de ello, reformas de esta naturaleza pueden emprenderse con ayuda de la comunidad internacional, como por ejemplo la Organización de los Estados Americanos (OEA). Corolario de todo lo anterior es que entre las aspiraciones de la OEA se encuentra el fomento, difusión y protección de la democracia como sistema en América, por lo que dentro de su marco de funcionamiento se han establecido organismos con tareas específicas en materia de sufragio y representatividad política, entre ellos se encuentra el Departamento para la Cooperación y Observación Electoral de la Secretaría de Asuntos Políticos, el cual promueve acciones y programas sustentables en países que requieran de asistencia en temas de sufragio.

De esta forma, es un hecho cierto que el derecho a la participación política, como derecho consagrado en la emblemática Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, representa una condición esencial para la viabilidad de la democracia y el respeto de gobernantes y gobernados, pero donde primen los acuerdos que se alcancen. Y en el caso de países como el Perú deben atenderse las particularidades que le son propias, como su población multicultural, la informalidad y las limitaciones del gobierno para difundir su trabajo y hacer prevalecer los derechos, así como programas y acciones efectivas que renueven la confianza y la fe en las instituciones, actuándose de esta forma cívicamente cuando se emita el sufragio.

IV. El derecho fundamental a ser elegido representante y los parámetros fijados

A propósito de los comentarios esbozados sobre ciertas cuestiones que se presentan con algunas autoridades regionales y locales en el Perú, debe hacerse un especial análisis sobre el derecho a ser elegido representante y las observaciones que se puedan formular al respecto, teniendo como norte la dogmática de los derechos fundamentales¹².

Para eso resulta necesario, siguiendo lo expresado por el Tribunal Constitucional en

11. Vid. Galvão de Sousa, José Pedro: *La representación política*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2011, pág. 82. Antecede presentación de Miguel Ayuso.

12. Vid. Presno Linera, Miguel Ángel: “La representación política como derecho fundamental”, en: *Fundamentos, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, N°3, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2004, págs. 379-430.

la sentencia recaída en el expediente N° 00030-2005-PI, asumir que el derecho fundamental a ser elegido representante es un derecho de configuración legal, cuyo sustento se encuentra en el artículo 31 de la Constitución Política de 1993, que establece que los ciudadanos tienen derecho a ser elegidos representantes, “de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica”. A este derecho se ha aplicado el principio de representación proporcional —entendido en este caso como el mecanismo, regla o fórmula que permite traducir los votos en escaños— recogido en el artículo 187 de la Constitución, por lo que queda determinado “conforme al sistema que establece la ley”, según señala este mismo artículo.

En el ejemplo referido, por voluntad del propio constituyente peruano, la ley aplicable - en nuestro caso la Ley N° 26859-Ley Orgánica de Elecciones -no sólo puede sino que debe culminar la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder al cargo, específicamente, el de congresista. Al respecto, consideramos indispensable que mediante las leyes de la materia se puedan establecer criterios específicos aplicables a la elección de representantes, sin que ello vulnere o repercuta negativamente en el ámbito de universalidad que le asiste a los derechos fundamentales. Pero guardando las proporciones, es pertinente traer a colación a la Constitución histórica; esto es, la fue consagrada desde la iniciación de la República por los próceres y tribunos que asumieron las directrices del establecimiento del Perú como país independiente, y que se ha ido repitiendo en las posteriores normas fundamentales.

En realidad, se pueden considerar, con relación a los cargos de representación política, cuestiones como la no reelección inmediata del presidente de la República, la formación del Congreso elegido por representantes provenientes de las mismas provincias, la posición de los ministros, entre otras cuestiones muy ilustrativas respecto al quehacer político de las autoridades elegidas por la nación.

No obstante, debe advertirse que las condiciones del sufragio y el ejercicio de la ciudadanía en el siglo XIX y aun en buena parte del siglo XX resultaban censitarias y, por ende, deslegitimaban a los representantes elegidos bajo las reglas adecuada en ese entonces. Se puede considerar que este tipo de barreras legales se establecieron para preservar los intereses de un grupo muy reducido, acostumbrado a beneficiarse plenamente del poder político y económico.

Pero con el crecimiento del país y la inclusión, los diversos sectores que integran a la nación, configurados a partir de rasgos generales (género, condición económica, nivel de formación, actividad laboral, entre otros) que afinan sus intereses sobre sus aspiraciones, la representación política se convierte en un asunto de vigoroso tratamiento y debate, porque de por medio se tiene la necesidad de establecer una cantidad de representantes, lo cual para efectos de su determinación puede presentar más de una complicación. En tal sentido, se ha establecido la representación proporcional, la cual consiste en un sistema en el que existe correspondencia entre la

cantidad de representantes con el total de votos que se han obtenido en los sufragios, bajo una circunscripción determinada por la cantidad de habitantes.

La experiencia europea en la aplicación del principio de proporcionalidad es ilustrativa. Así, se ha afirmado que “(...) el éxito pleno del escrutinio proporcional es posterior a la Segunda Guerra Mundial, y se afianza con la tercera ola de democratización europea. En menos de un siglo la elección pasa del sufragio restringido (el último en desaparecer: la exclusión de los analfabetos en Portugal en 1974) y el escrutinio mayoritario a la combinación entre sufragio universal y la elección de toda o una parte de la representación parlamentaria mediante escrutinio proporcional. Y ello hasta el punto en que en la fecha ningún país de la Unión Europea elige su representación en el Parlamento europeo mediante escrutinio mayoritario”¹³.

En el caso peruano, el sistema de representación proporcional es conveniente, pues conforme se ha señalado “un sistema de representación proporcional con diversos matices puede reflejar las fuerzas sociales de una sociedad altamente diversificada y, por lo tanto, necesitada de pluralismo político”¹⁴. De esta forma, se garantizan oportunidades para que los diversos sectores que conforman nuestra multicultural sociedad cuenten con un escaño y, por ende, con voz y voto en la discusión de cuestiones públicas¹⁵. Es evidente que concertar opiniones tan disímiles puede resultar una tarea complicada, que de abordarse con procedimientos populistas puede generar la inviabilidad de las expectativas asumidas por los gobernados y en sí el funcionamiento mismo de la democracia. Por eso se ha implementado dentro del sistema electoral peruano la barrera electoral.

Este mecanismo, que rige para las elecciones de congresistas, impide que quienes hayan alcanzado cierto mínimo de representatividad en las elecciones congresales ingresen al procedimiento de reparto de escaños. En otros términos, si bien en el ejercicio de los derechos políticos que asisten a los ciudadanos, se encuentra el de elegir y ser elegidos, al tratarse de un derecho de configuración legal se tienen previstas reglas que aseguren que la representatividad de los elegidos sea coherente con los factores señalados para asumirse como ganador de un proceso electoral.

En resumen, la barrera electoral conllevó reclamos y demandas por parte de las organizaciones locales, toda vez que la barrera establecida operaba a partir de la participación de partidos políticos en los sufragios. Respecto a ello, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0030-2005-PI/TC sustentó que

13. Vid. Martínez Sospedra, Manuel: “Sobre la proporcionalidad. Contra el tópico: Son igualmente democráticos un sistema electoral mayoritario y uno proporcional”, en: Menéndez Alzamora, Manuel (Editor): *Participación y Representación Política*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pág. 165.

14. Vid. Fernández Segado, Francisco: *La representatividad de los sistemas electorales*, Cuadernos de CAPEL, N° 37, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, San José, Costa Rica, 1994, pág. 58.

15. Para el caso peruano resulta útil la lectura de García Belaunde, Domingo: “Sistema electoral y representación política en el Perú actual”, en AA.VV.: *Sistemas electorales y representación política en Latinoamérica*, vol. I, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1986, págs. 43-74.

el derecho de elección de los ciudadanos no se afecta con la barrera, toda vez que “(...) dicha disposición no impide el ejercicio personal del voto. Tampoco genera discriminación de ningún tipo entre los votantes o entre los partidos o movimientos participantes, pues absolutamente a todos les serán aplicables las mismas reglas constitucionales y legales. No impide acudir libremente a las urnas. Menos aún, exige revelar la identidad del candidato, partido, movimiento, alianza o lista a la que se ha decidido apoyar”.

V. ¿Qué dice el Tribunal Constitucional?

Aparte de lo ya referido en los puntos anteriores, consideramos oportuno invocar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano sobre una serie de demandas relativas a la participación política, sobre todo proveniente del ámbito de las poblaciones nativas y autóctonas, y cómo les asiste el derecho de ser consultadas por temas de decisión.

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 5427-2009-PC/TC refiere que entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la participación ciudadana existen notorias diferencias que no pueden ser soslayadas. Así pues, mientras que el derecho a la consulta garantiza que la opinión de los pueblos indígenas sea tomada en cuenta antes de adoptarse una decisión que pueda afectarles, el derecho a la participación ciudadana hace posible la libre intervención de las personas en el ámbito político, económico, social y cultural de la nación. El propio Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) regula por separado este último derecho en sus artículos 6, inciso b) y 7, respectivamente.

En relación con la sentencia recaída en el expediente N° 0022-2009-AI/TC, el alto tribunal consideró que en el caso peruano no ha estado exento de debate; es decir que de la lectura de los artículos 6 y 15 del Convenio N° 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad de impedir que tales medidas se lleven a cabo, advirtiéndose que en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser realizada “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. Esto no representa taxativamente la condición que de no concretarse ocasionare la improcedencia de la medida. Por eso se llega a la conclusión de que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del Convenio N° 169 que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el diálogo intercultural, asegurando de esta forma el respeto de los derechos de las minorías, pero que sus intereses se encaucen a los objetivos nacionales.

En fin, en la sentencia señalada en el párrafo anterior se han enumerado los siguientes elementos y características del derecho de consulta, los cuales son referenciales para cualquier proceso que pretenda lograr cercanía con las opiniones de la gente.

- a. Buena fe. El principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado.
- b. Flexibilidad. Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes, la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es muy importante que en el proceso de consulta sea tomada en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen distintos alcances, siendo por tanto pertinente ajustar cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Por eso en el artículo 6 del Convenio N° 169 se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una “manera apropiada a las circunstancias”. El principio de flexibilidad, por lo tanto, se aplicará de acuerdo a la intensidad de la consulta, cuando esta sea realizada en un contexto de exploración o cuando se pretenda la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor en el caso de la explotación que de la exploración.
- c. Objetivo de alcanzar un acuerdo. Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un verdadero diálogo intercultural. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto, con la finalidad no sólo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, la justa compensación e incluso la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados.
- d. Transparencia. El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Al referirnos al principio de buena fe de alguna manera se aludió a la transparencia, no obstante aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuáles van a ser las consecuencias de tales medidas, sean positivas o negativas. Es igualmente importante que se conozcan cuáles van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia implica que la documentación relevante tendría que ser

traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse con plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso específico.

- e. Implementación previa del proceso de consulta. Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo en forma previa a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que sean tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además, generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan.

VI. Conclusiones

1. Uno de los rasgos característicos de la representación política, en los estados democráticos contemporáneos, es que las decisiones políticas que se ejercitan mediante el sufragio —universal— tanto activo como pasivo expresen su voluntad en los gobernantes que son elegidos mediante la voluntad popular, con lo cual las decisiones políticas provenientes de un procedimiento electoral transparente se ejercitan con el propósito de fortalecer la democracia constitucional. Para ello se evidencia el tránsito que existe —fijado en el contexto histórico— de la democracia participativa que tiene su campo de acción en el mundo greco-romano hacia la democracia representativa cuya expresión máxima se sitúa en el siglo XVIII con el nacimiento del Estado liberal o burgués, en pleno hervor del fenómeno y método legítimo denominado constitucionalismo.
2. En ese orden de ideas, la participación activa —verdadera voluntad popular— de los agentes sociales o destinatarios del poder es un referente decisivo en la toma de decisiones por parte de los representantes elegidos democráticamente; es decir, estamos frente a una suerte de representación delegada. Y es ahí donde los sistemas de partidos desarrollan una actividad polivalente en la vida pública para materializar los acuerdos democráticos que giran en función de los acuerdos que adopten las mayorías con las minorías, buscando siempre el consenso político y respetando, a la vez, la soberanía popular y nacional. Así se trasunta en la realidad constitucional y política de los Estados contemporáneos, al margen de las críticas y oposiciones, el fenómeno de la constitucionalización. Por ejemplo, la capa legitimadora morfológica del referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular, entre otras formas de democracia semidirecta dotadas de autonomía,

que cultivan las clases dirigentes, con sus consecuentes limitaciones, así lo reafirman. Y América Latina, teniendo al frente los productos de la globalización, con sus luces y sus sombras, en no pequeña medida, es un interesante laboratorio político para explorar e investigar tales cometidos, en especial para solucionar conflictos interinstitucionales, teniendo como referente una verdadera y sólida cultura política democrática.

VII. Bibliografía

- AA.VV. (2004): *Fundamentos, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, N° 3, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2004.
- AA.VV. (1986): *Sistemas electorales y representación política en Latinoamérica*, Fundación Friedrich Ebert, Madrid, 1986, 2 Volúmenes.
- ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge (2013): *Estado de partidos: participación y representación*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2013, 160 pp.
- BEALEY, Frank (2003): *Diccionario de Ciencia Política*, traducción del inglés de Raquel Vázquez Ramil, Ediciones Istmo, S.A., Madrid, 2003, 160 pp.
- CONCHA CANTÚ, Hugo A. (2002): *Sistema representativo y democracia semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1994): *La representatividad de los sistemas electorales*, Cuadernos de CAPEL, N° 37, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, San José, Costa Rica, 1994, 104 pp.
- GALVÃO DE SOUSA, José Pedro (2011): *La representación política*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 168 pp.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel y RUIZ RUIZ, Ramón (2014): *Democracia, Gobernanza y Participación*, Tirant lo blanch, Valencia, 358 pp.
- GARRORENA MORALES, Ángel (1991): *Representación y Constitución democrática (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 124 pp.
- MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel (2009): *Participación y Representación Política*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, 554 pp.
- NOHLEN, Dieter (2006): *Diccionario de Ciencia Política. Teorías, métodos, conceptos*, Editorial Porrúa, S.A. de C.V.- El Colegio de Veracruz, México, D.F., 2 Tomos.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco (1997): *Historia de la democracia. De Solón a nuestros días*, 2ª edición, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 511 pp.

- RUBIO CORREA, Marcial (1997): *Ley de partidos políticos, las reglas que nadie quiso aprobar*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1997, 312 pp.
- SARTORI, Giovanni (1988): *Teoría de la democracia*, traducción del inglés de Santiago Sánchez González, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 2 Tomos.

FIABILIDAD DE LA ABSORCIÓN ATÓMICA(*)

Félix Chira Vargas Machuca (**)

Cuando una persona dispara un arma de fuego, es posible que en el anverso y el reverso de las manos queden restos del disparo.

Para detectar la presencia de cationes metálicos como bario (Ba), antimonio (Sb) y plomo (Pb), principalmente, la policía realiza en el laboratorio de criminalística la técnica de absorción atómica (AA) con el propósito de recoger muestras; es decir trazas en las manos del sospechoso, mediante hisopos o torundas embebidos de ácido nítrico al 5% y llevadas a un equipo técnico de espectrofotometría de absorción atómica.

Se ha verificado que los resultados peritacionales de la absorción atómica no siempre arrojan positivo en el caso de personas que han disparado un arma de fuego y, caso contrario, estos resultados pueden ser positivos cuando el investigado no accionó el arma inculpada.

PRIMERA IDEA-FUERZA: No es posible encontrar adherencias en las manos del sospechoso pasadas las 24 horas.

Una vez producido el disparo, la mayoría de partículas gasificadas de Pb, Ba y Sb (de estado volátil) se dispersan y los restos se impregnan en la epidermis de las manos del sospechoso. Pero transcurridas las 24 horas es poco verosímil, es decir poco probable su existencia.

En el trabajo de Vicent Di Maio se señala que la toma de muestras no debe pasar de tres horas, precisamente porque la mayoría de las adherencias están constituidas por restos gaseosos.

En los dictámenes periciales que evalúa el Ministerio Público se recomienda que para lograr eficacia las muestras deben ser tomadas luego del incidente, dentro de

(*) Este artículo es fragmento de la obra titulada: "Cómo absolver o condenar en el debido proceso. Ciencias forenses", editado por Grijley-Perú 2006.

(**) Doctor en Derecho y en Educación, profesor de la Universidad Privada Antenor Orrego.

las 24 horas. Esta acción guarda armonía con el principio criminalístico de suprema universalidad: la inmediatez en el acopio indiciario.

De modo que es ilógico pensar que los rastros gaseosos perduren hasta por tres, diez o más días. También es no racional creer que existan personas que no se laven las manos diariamente y se mantengan sin lavarse tres, diez o más días.

Por otro lado, el asesino siempre tiende a desaparecer todo rastro que delate su culpabilidad.

Al sospechoso se le puede tomar las muestras a las 3 horas de ocurrido el incidente y el resultado puede ser negativo, a causa de que este se lavó o frotó las manos, o disparó con guantes.

No obstante, se ha verificado que existen sentencias motivadas en la prueba de absorción atómica que se basan en el argumento de que pasados tres, diez o más días pueden perdurar los restos del disparo. Lo cual es una falsedad.

SEGUNDA IDEA-FUERZA: Cuando la conclusión es positiva para los tres metales y compatible con restos de disparo, el resultado debe asumirse con reserva.

Las conclusiones del informe pericial no son claras, requieren interpretación, no son precisas y no determinan si el sospechoso disparó o no un arma de fuego. Solo dan cuenta que la evaluación es positiva o negativa para Pb, Ba y Sb.

Suele creerse en la mayoría de los casos que el sospechoso accionó el arma cuando el resultado es positivo para los tres metales y con el plus adicional de compatibilidad con restos de disparo. A la luz de la información recolectada, sin embargo, se puede afirmar lo siguiente:

- a. En todos los dictámenes periciales por AA. que recibe el fiscal aparece impreso que *“El resultado del dictamen debe completarse con otros elementos o medios probatorios a fin de determinar la autoría del disparo”*. Entonces no es suficiente por sí sola esta técnica. El dictamen carece de identidad propia, tiene un valor relativo, pero no es virtual. No presenta elementos de juicio irrefutables.
- b. La central del laboratorio de Lima informó (Exp. 143-03. 4ta Sala Penal de La Libertad) que *“La presencia de Pb, Ba y Sb en concentraciones y proporciones características indica compatibilidad, pero no implica ni descarta necesariamente la autoría del disparo con arma de fuego”*

Esta respuesta de por sí genera incertidumbre.

Esta pericia carece, pues, de toda garantía procesal que avale su confiabilidad.

Habida cuenta que no siempre es prueba eficaz, ¿cuándo una prueba es eficaz? Cuando produce convicción en el juez sobre la existencia o no de un hecho objeto de

probanza. De modo que no es prueba clara ni convincente.

TERCERA IDEA-FUERZA: La AA. arroja falsos positivos y falsos negativos.

Un resultado positivo compatible con restos de disparo con arma de fuego puede deberse al contacto que tuvo la persona al momento de ocurrir el disparo, a menos de 50 cm del que accionó el arma. El resultado es positivo sin haber disparado. También hay respuesta positiva por contacto cuando la persona toma el arma disparada, pero ella no disparó.

Un resultado es negativo para Pb, Ba y Sb en una persona que ha disparado cuando el autor se lavó o frotó las manos, desapareciendo los vestigios aun cuando la toma de muestras se realice dentro de las 24 horas.

En conclusión, la AA. al igual que la obsoleta prueba de la parafina también arroja falsos positivos y falsos negativos, razón suficiente por la que puede traer consigo errores judiciales.

De modo que este método no garantiza que alguien haya disparado un arma de fuego.

Procesalmente, una de las características de la prueba es su utilidad, en este sentido la AA. no es una prueba útil. No contribuye a conocer lo que es el objeto de la prueba. Tampoco colabora a descubrir la verdad. No presta ningún servicio al proceso. Y si no es útil, no es conducente ni pertinente al *thema probandum*.

Por estas consideraciones, si el juez motiva su sentencia tomando singularmente a la AA. como prueba que acredita o descarta la autoría del disparo está vulnerando la debida motivación y conculcando también el debido proceso. Debido proceso que es un derecho que goza de la protección de normas internacionales como la Convención Americana (art. 8) que prescribe que toda persona tiene derecho a un proceso justo y que el Estado lo garantice judicialmente.

SEGUNDA PARTE

LA IGUALDAD Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

EQUALITY AND NO DISCRIMINATION AGAINST WOMEN'S RIGHT

Marisel Cárdenas Vásquez¹

RESUMEN

Partiendo de los fundamentos teóricos del principio de igualdad jurídica, el propósito del presente artículo es justificar la aplicación de medidas de acción positiva para alcanzar la igualdad de género, y de este modo garantizar la igualdad sustancial entre hombres y mujeres. Lamentablemente se comprueba que a pesar de los diversos instrumentos internacionales y de las medidas nacionales, las mujeres, en realidad, siguen siendo objeto de importantes discriminaciones, incluso de manera expresa por parte de los estados que dictan normas legales explícitamente discriminatorias. Así se viola el principio de la igualdad de derechos y el respeto a la dignidad humana, dificultando la participación de la mujer en las mismas condiciones que el hombre en la vida política, social, económica y cultural de su país. Esto constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

Esta situación nos permite concluir que los mecanismos formales de la igualdad jurídica resultan insuficientes para alcanzar una igualdad material, por lo que se aborda la necesidad de poner en práctica un nuevo modelo llamado de acciones positivas a favor de las mujeres, corrigiendo patentes situaciones de desigualdad de hecho respecto de los hombres, con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad. Tales acciones serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

1. Abogada. Doctora en Derecho. Docente en la Universidad Privada Antenor Orrego.

ABSTRACT

Based on the explanation of the theoretical foundations of the principle of legal equality, the purpose of this research is to justify the application of affirmative action to achieve gender equality, and thereby ensure substantial equality between men and women. Unfortunately, it is found in fact that despite the various international instruments and national measures, women continue to face substantial discrimination, including expressly by states, through the enactment of explicitly discriminatory legislation, which violate the principles of equal rights and respect for

human dignity, hindering the participation of women, under the same conditions as men, in political, social, economic and cultural life of their country, constituting an obstacle to increased welfare of society and family, and hindering the full development of the potential of women to serve their country and humanity. This situation allows us to conclude that the formal mechanisms of legal equality are insufficient to achieve material equality, and addresses the need to implement a new model called affirmative action, which are specific measures for women to correct situations of clear inequality compared to men, in order to realize the constitutional right of equality. Such actions, which will apply as long as such a situation exists, shall be reasonable and proportionate to the objective in each case.

INTRODUCCIÓN

La dignidad humana, como condición suprema, prescribe una serie de derechos fundamentales, inalienables e imprescriptibles en beneficio de toda persona, los cuales son llamados derechos humanos. Entre estos tenemos el derecho a la igualdad esencial, prescindiendo de la diferente condición social, económica o cultural dentro de la vida comunitaria.

La igualdad de derechos de hombres y mujeres es un principio de las Naciones Unidas. Así, en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se establece, entre los objetivos básicos, el de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”.

El artículo 1 de esta Carta proclama, además, que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todas las personas “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

El que todo ser humano goce del derecho a ser tratado de la misma manera, en circunstancias similares, implica el respeto del Estado (las autoridades que lo integran) a este deber jurídico y evitar cualquier clase de tratos discriminatorios o

inequitativos que atenten contra la dignidad humana, así como a la promoción de medidas especiales de carácter temporal para combatir la discriminación.

La especial situación jurídica, social y económica de la mujer a lo largo de nuestra historia ha conllevado la implementación de medidas positivas o acciones afirmativas que garanticen en todas las esferas, tanto públicas como privadas, el ejercicio efectivo de sus derechos. De acuerdo con el principio de no discriminación, en un sistema democrático respetuoso de los derechos humanos no es admisible que determinadas minorías se encuentren oprimidas, denegándoseles la titularidad y el disfrute de los derechos que poseen los otros miembros de la comunidad.

El artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer reconoce que la mera concesión de la igualdad jurídica (de jure) no garantiza automáticamente su trato en igualdad de condiciones (igualdad de facto), siendo necesario, para acelerar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, que los estados apliquen medidas especiales de carácter correctivo mientras persistan las desigualdades.

Es fundamental comprender que las medidas de acción afirmativa no sirven para beneficiar solo a las mujeres, sino que forman parte de una apuesta más amplia a favor de la sostenibilidad social y la calidad de vida. La articulación racional de las relaciones entre hombres y mujeres es uno de los factores que más influyen en el desarrollo y bienestar de una sociedad. Existe una correlación evidente entre desarrollo e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Por eso es fundamental ir más allá de la noción limitada de igualdad formal para establecer como metas la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados, por lo que las medidas de acción afirmativa que se requieren para alcanzar estas metas son a la vez legítimas y necesarias, con el objetivo de establecer el marco normativo e institucional que garantice a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, la dignidad, el libre desarrollo, el bienestar y la autonomía.

LA IGUALDAD Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

1. Principio de igualdad y no discriminación

El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación constituyen principios que sustentan a todos los derechos humanos.

Este ha sido el criterio jurisprudencial de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación racial en el sentido de que esos principios integran todos los derechos y libertades

consagrados en su texto.

Tal criterio sin duda sirve de fundamento a la protección internacional de los derechos humanos de la mujer (Comisión Andina de Juristas, 2000).

El Comité de Derechos Humanos afirma: “Los Estados Partes son responsables de asegurar el disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. Según los artículos 2 y 3, los Estados deben adoptar todas las medidas que sean necesarias, incluida la prohibición de la discriminación por razones de sexo, para poner término a los actos discriminatorios, que obstan al pleno disfrute de los derechos, tanto en el sector público como en el privado” (CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 10. Comité de Derechos Humanos *Observación General N°28*, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres, (artículo 3), 29/3/2000, párrafo 4).

2. Mandato de no discriminación

El principio de igualdad contiene una prohibición específica de no discriminar; esto es, la tutela antidiscriminatoria al señalar que nadie puede ser discriminado por ninguna razón. A efectos del análisis del mandato de no discriminación, conviene partir del estudio del principio de igualdad, puesto que no obstante que son instituciones distintas constituyen las dos caras de una misma moneda. Doctrina autorizada sostiene que dentro del principio de igualdad se puede distinguir a la igualdad ante la ley, igualdad de trato e igualdad de oportunidades. Las dos primeras se distinguen según el carácter público o privado del sujeto obligado a respetar la igualdad.

Mientras que la igualdad ante la ley vincula al Estado en el ejercicio de cada una de sus funciones primordiales (legislativa, administrativa y jurisdiccional), la igualdad de trato se vincula a la autonomía privada (Neves, 1997).

Existen desigualdades reales que no son cubiertas por las dos primeras manifestaciones del principio de igualdad, lo que ocasionó la evolución de esta institución, así como la actuación pública o privada a favor de determinados sujetos o grupos desfavorecidos a través de acciones positivas o prohibiciones de tratos discriminatorios incompatibles con los principios propios de un Estado que se reconoce como social y democrático. Tales acciones positivas responden al derecho de igualdad sustancial o igualdad de oportunidades (Mortola, 1997).

LAS ACCIONES POSITIVAS PARA ALCANZAR LA IGUALDAD DE GÉNERO

1. Introducción

La implementación de acciones positivas se enmarca dentro de un proyecto político destinado a configurar una sociedad más justa y equitativa, debido a que la plena integración de los grupos sociales desfavorecidos sigue constituyendo en teoría uno de los puntos más destacados de la agenda política de los gobiernos de casi todo el mundo.

La presencia de amplios grupos marginados o discriminados atenta contra valores políticos tan elementales como la igualdad o la justicia social con los que se identifica el orden constitucional de la mayoría de los estados contemporáneos. En esa misma medida, la supresión de tales situaciones representa un auténtico e insoslayable reto para cualquier sociedad democrática.

Entre las diversas iniciativas encaminadas a hacer efectivo el principio de igualdad y a erradicar las expresiones de discriminación social, destacan aquellas medidas que otorgan un tratamiento preferencial en el reparto de ciertos recursos básicos a los miembros de los grupos que han estado sometidos en el pasado a un régimen discriminatorio. Se trata de programas diseñados específicamente para compensar a dichos individuos, así como para eliminar aquellos efectos derivados de esta situación de desventaja que de otro modo se perpetuarían.

La acción positiva es uno de los tratos desiguales que permiten lograr la igualdad material, porque dicha acción beneficia a sectores de la sociedad con unos rasgos concretos, visibles y constantes que lo colocan en una situación desfavorable en relación con la mayor parte de la sociedad (Martínez, 2008).

Es generalmente admitido en la doctrina y en la jurisprudencia que el principio de igualdad formal no impone una prohibición absoluta de establecer diferencias de tratamiento por parte del legislador, la administración o los tribunales, sino una prohibición relativa: la de aquellas distinciones que sean “discriminatorias”. La igualdad entre el varón y la mujer es un derecho fundamental de los sistemas democráticos, en cuya promoción se detecta un progresivo cambio de actitudes, a nivel internacional en general.

Asimismo, para conseguir la plena efectividad de la igualdad se comienza por tener en cuenta las particularidades de ambos géneros y se llega al convencimiento de que es necesario adoptar políticas transversales que integren la igualdad de género en todos los ámbitos de la vida política, social y económica (García, 2008).

La concepción dual de la igualdad, formal y sustancial a la vez, permite al legis-

lador acercarse a través de fórmulas legales a un concepto sustancial o real de la igualdad introduciendo específicos tratamientos desiguales en aras de un objetivo final constitucionalmente legítimo.

2. Concepto

Partiendo de la idea de que los mecanismos enteramente formales de la igualdad jurídica, esto es, la no discriminación y la igualdad de oportunidades en el sentido de ser instrumentos para la nivelación en la competición, resultan absolutamente insuficientes para alcanzar una igualdad material y mantienen estructuras de subordinación de las personas y colectivos clásicamente discriminados, se abordará la necesidad de poner en práctica un nuevo modelo llamado de acciones positivas como instrumento corrector de las antiguas manifestaciones respecto a estos colectivos.

El concepto emanado del Comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa es el siguiente: “Estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales”.

También se las ha descrito como “medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad, sobre todo mediante las desigualdades de hecho” (Rey, 1995).

El autor español Miguel Alfonso Ruiz (Alfonso, 1994) sostiene: “La discriminación inversa, junto con otros fenómenos más o menos próximos a ella (acciones afirmativas) es una forma de diferenciación para la igualdad. Quienes la defienden sostienen que el fin de una sociedad más igualitaria, considerada más justa, exige políticas que traten desigualmente a quienes son desiguales con objeto de ayudar a los menos favorecidos y de disminuir las distancias económicas, culturales y sociales entre los miembros de una sociedad. La diferenciación aquí, y en su caso la discriminación, produce una desigualdad como medio para conseguir el fin de una situación más igualitaria o justa”.

Precisando aún más se puede afirmar que son acciones positivas los tratos formalmente desiguales que favorecen a determinados colectivos por poseer un rasgo diferenciador en común caracterizado por ser transparente e inmodificable y constituir cláusulas específicas de no discriminación.

Los rasgos que justifican acciones positivas son criterios de diferenciación que paradójicamente son sospechosos, incluso odiosos, y respecto de los cuales el Estado impone la no discriminación. Lo que se pretende compensar con la acción positiva no es una situación individual de inferioridad sino la minusvaloración por la pertenencia a un grupo que comparte un rasgo históricamente marginado

por la sociedad, y contra lo que se combate desde la acción del Estado.

El que los rasgos que puedan dar lugar a acciones positivas sean transparentes e inmodificables, es decir no voluntarios, nos lleva a considerar como tales a la raza y al sexo, de modo generalmente reconocido para legitimar acciones positivas, aunque también, y no sin dificultades, la minusvalía física y psíquica va abriéndose camino.

El objetivo de las acciones positivas es compensar situaciones históricas de discriminación padecidas por ciertos grupos, mediante el reconocimiento de ventajas o beneficios que operan como alternativas rectificadoras de un criterio mecánico de igualdad; más en concreto la acción positiva no supone discriminación o privilegio, sino una medida antidiscriminatoria para corregir la nula o escasa presencia de la mujer en determinados ámbitos.

El Tribunal Constitucional peruano ha reivindicado como un derecho y un deber del Estado el emitir este tipo de acciones, en mérito a su responsabilidad como “promotor de la igualdad sustancial (material) entre los individuos” (en este sentido el fundamento doce de la STC Exp. N°001/003-2003-AI/TC) (Espinosa-Saldaña, 2010).

3. Medidas de acción positiva a favor de la mujer

Los esfuerzos deliberados para corregir los tratos discriminatorios contra las minorías raciales, los grupos étnicos y las mujeres se tradujeron en políticas y leyes concretas diseñadas para igualar las oportunidades de trabajar, votar e instruirse. Tales políticas públicas y normativas legales fueron el resultado de importantes movilizaciones reivindicativas. La prohibición de discriminaciones directas e indirectas tiende a exigir identidad de trato entre hombres y mujeres similarmente situados.

El mandato de acciones positivas no es una excepción de la igualdad de trato, sino su necesario complemento.

La expresión *Affirmative action* designa a este tipo de acciones positivas en el derecho americano y, asimismo, hace referencia a “todo trato formalmente desigual cuya finalidad es avanzar hacia la igualdad sustancial, en especial a favor de personas pertenecientes a grupos tradicionalmente preteridos” (Diez – Picazo, 2005).

La igualdad de derechos entre hombres y mujeres forma parte de la política social de los estados, convirtiéndose en misión prioritaria a ser alcanzada por el Derecho.

En el caso de las mujeres las acciones positivas constituyen medidas (normas jurídicas, políticas, planes, programa y prácticas) que permiten compensar las

desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades; es decir, tienen la finalidad de conseguir mayor igualdad social sustantiva.

La realidad demuestra que, pese a que se toma medidas contrarias a la discriminación, existen grupos que siguen siendo segregados. Por ello, la intervención del Estado en busca de una igualdad sustancial o de oportunidades es necesaria e imprescindible.

La acción afirmativa es una expresión de la tutela antidiscriminatoria que deben desarrollar los Estados, consecuencia del reconocimiento del mandato de no discriminación. Por ello, el legislador no solo puede sino que debe establecer acciones afirmativas para eliminar la discriminación. Las acciones afirmativas surgen, por tanto, como una necesidad o un imperativo del Estado para evitar la discriminación de ciertos grupos.

En 1979, la Asamblea General aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que en su artículo 4 referido a medidas especiales de carácter temporal para combatir la discriminación prescribe lo siguiente:

1. La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.
2. La adopción por los Estados partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

En el artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se reconoce que la mera concesión a la mujer de la igualdad jurídica (de jure) no garantiza automáticamente su trato en igualdad de condiciones (igualdad de facto). Para acelerar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, los Estados pueden aplicar medidas especiales de carácter correctivo mientras persistan las desigualdades. Así, la Convención va más allá de la noción limitada de igualdad formal y establece como metas la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados. Las medidas positivas que se requieren para alcanzar estas metas son a la vez legítimas y necesarias.

4. Objetivos de las medidas de acción positiva a favor de la mujer

Las acciones positivas a favor de la mujer buscan principalmente alcanzar los siguientes objetivos:

- Eliminar disparidades de hecho en materia de formación profesional, acceso al trabajo, promoción profesional y condiciones de trabajo que repercutan negativamente en la mano de obra femenina.
- Incrementar la diversificación de la elección profesional de las mujeres, en particular a través de la orientación educativa y profesional y de los instrumentos de formación.
- Favorecer el acceso al trabajo autónomo y a la formación empresarial; romper la segregación del mercado de trabajo.
- Aumentar la participación de las mujeres en los puestos de representación y decisión política para alcanzar una composición equilibrada entre mujeres y hombres.
- Incrementar la participación de las mujeres en los puestos de representación y dirección de la administración del Estado.
- Fomentar la empleabilidad, la calidad en el empleo y la igualdad salarial de las mujeres.
- Velar por la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y fomentar las acciones de responsabilidad social en las empresas.
- Promover el emprendimiento y empoderamiento económico femenino.
- Promover que el profesorado y quienes trabajan en la enseñanza reciban la formación adecuada, tanto inicial como continua, en coeducación, prevención de violencia de género e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
- Promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección, participación y toma de decisiones del sistema educativo.
- Prevenir y actuar contra la violencia de género en todos los niveles de la educación.
- En el marco de la atención a la diversidad, prestar una atención específica a los colectivos de niñas y mujeres que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad por sufrir una doble discriminación por su situación de discapacidad, pertenencia a minorías étnicas, migración o exclusión social.
- Desde el marco de los principios democráticos de la Constitución y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y teniendo en cuenta la creciente diversidad cultural del alumnado, garantizar una educación para la igualdad y desde la igualdad entre hombres y mujeres.
- Incorporar la perspectiva de género en los procesos de evaluación del sistema educativo.
- Fortalecer las medidas de sensibilización y prevención de la violencia de género e incrementar el grado de implicación de la sociedad para combatirla desde un

mejor conocimiento de las causas y consecuencias de este fenómeno violento.

- Mejorar la atención integral a las mujeres víctimas de la violencia de género.
- Reforzar la protección policial y judicial de las víctimas de la violencia de género.
- Afianzar el seguimiento y evaluación continua de las medidas puestas en marcha en la lucha contra la violencia de género, con el fin de determinar la eficacia de la respuesta y su impacto en la evolución del fenómeno violento.
- Conocer los derechos es la primera condición para reclamar su vulneración. El desconocimiento de la discriminación por ser mujer -y en algunos casos por ser hombre- y el desconocimiento de la existencia de mecanismos para reclamar hacen que muchas personas, en su mayoría mujeres, soporten estoicamente y con sentimiento de impotencia discriminaciones por razón de sexo, soportando comportamientos que atentan contra su dignidad. El acceso a la información sobre los derechos se erige, por tanto, en una exigencia que requiere una respuesta ágil y adecuada que permita, de una parte, ejercer las acciones oportunas en defensa de los mismos y, de otra, garantizar su tutela.
- Partiendo de esta constatación se advierte la importancia de un conocimiento adecuado de los mecanismos de defensa de estos derechos y, en especial, de la forma en que han de ser aplicados a la realidad de mujeres y hombres discriminados por razón de sexo, tanto en los procedimientos judiciales como administrativos, por parte de quienes han de velar por la salvaguarda del derecho a la igualdad y procurar su reparación en los casos de vulneración.
- De ahí la necesidad de mayor esfuerzo de información y formación para que el personal de las diversas instituciones, tanto públicas como privadas, conozcan estos concretos mecanismos para intervenir en situaciones discriminatorias, ya sea ejerciendo funciones de asesoramiento o para la reparación o indemnización del perjuicio sufrido por causa o con ocasión de conductas discriminatorias.
- Teniendo en cuenta que uno de los pilares fundamentales de la socialización, desde edades tempranas, es la educación, esta se convierte en una de las estrategias básicas para conseguir un avance significativo en la igualdad entre hombres y mujeres en todas las áreas de actuación. El sistema educativo debe contribuir a superar las limitaciones estereotipadas de los roles, permitir un desarrollo más equilibrado y libre de la personalidad y el acceso a las mismas oportunidades, construir relaciones entre los sexos basadas en el respeto y la corresponsabilidad e impulsar la participación de hombres y mujeres en todos los espacios de la sociedad.
- No obstante, es necesario avanzar en la transformación del propio sistema educativo y de las concepciones de la educación promoviendo una mayor participación de las mujeres en los ámbitos de la investigación y en la toma de decisiones educativas y culturales, junto con una revisión profunda de los fines, contenidos, métodos, evaluación y recursos del sistema educativo, así

como de la formación del profesorado.

- Por ello resulta fundamental educar en el respeto a los demás, fomentando una cultura de convivencia que sirva para erradicar la violencia de género, enseñando a los alumnos que hombres y mujeres son plenamente iguales.
- Para alcanzar los objetivos descritos, los Estados deben garantizar específicamente la no discriminación y, más específicamente aún, la igualdad entre mujeres y hombres, encaminando todas sus acciones a eliminar las desigualdades de género.
- Asimismo, el principio de igualdad de retribución por un trabajo igual deberá ampliarse al de igualdad de retribución por un trabajo de igual valor. Es fundamental que los Estados dispongan de competencias para adoptar medidas a favor de la promoción de los derechos de las mujeres y para implementar la igualdad en el ámbito del empleo y la ocupación, participando activamente en la promoción de la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo.
- Existe la necesidad que los Estados implementen en todas sus políticas y planes de gobierno, medidas para tratar de eliminar las desigualdades y promover la equiparación de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres.
- En tal sentido, se deberá recoger de forma expresa el principio de transversalidad, en el sentido que los Estados tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, pudiéndose dictar leyes para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

CONCLUSIONES

1. La igualdad como principio general del derecho es una noción sustantiva de todo el sistema jurídico y de los Estados modernos. Es un derecho humano fundamental que ha venido evolucionando en su concepción desde un enfoque que hacía énfasis en su carácter formal y normativo, hasta una visión que se orienta a verificar, en la realidad, las condiciones que limitan el ejercicio del derecho para corregir la situación de desigualdad y discriminación.
2. El derecho a la igualdad se trata de un mandato encaminado a avanzar en la igualdad sustancial o material, trascendiendo la mera igualdad formal mediante la adopción de medidas positivas o afirmativas que deben conducir a la creación de una mayor igualdad de oportunidades. La cláusula de la igualdad impone a los órganos del Estado una auténtica obligación de hacer y de actuar, a fin de obtener unos determinados resultados sociales.
3. La violencia de género, la discriminación salarial o la escasa representación en el poder político o económico demuestran que las mujeres están, en muchos casos, limitadas en el disfrute de estos derechos. Esto significa que el mero reconocimiento de los derechos no es suficiente. Es necesario un claro

compromiso para erradicar la discriminación indirecta.

4. Partiendo de la idea de que los mecanismos enteramente formales de la igualdad jurídica -esto es, la no discriminación y la igualdad de oportunidades en el sentido de ser instrumentos para la nivelación en la competición-, resultan absolutamente insuficientes para alcanzar una igualdad material y que mantienen estructuras de subordinación de las personas y colectivos clásicamente discriminados, se aborda la necesidad de poner en práctica un nuevo modelo llamado de acciones positivas para corregir antiguas prácticas contra estos colectivos.
5. Las acciones positivas han sido consideradas como medidas igualatorias asociadas a los objetivos del Estado social de Derecho. Son medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad. Tales acciones, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, deberán ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.
6. Desde esta perspectiva, lo importante no es solo reparar situaciones de discriminación sino recuperar el valor de la incorporación de las mujeres en paridad con el crecimiento económico y la modernización social. Es necesario que hombres y mujeres, titulares de los mismos derechos, sean responsables de similares deberes y obligaciones en los escenarios público y privado, en el mercado laboral, en las responsabilidades familiares y en la toma de decisiones.
7. Resulta fundamental garantizar los derechos económicos, sociales y políticos de las mujeres e institucionalizar la equidad de género en las políticas, programas y proyectos de Estado. La igualdad efectiva entre mujeres y hombres es un proceso difícil y largo, y requiere iniciativas legislativas, propuestas de gobierno sobre medidas de igualdad, planes de ciudadanía y muchas otras herramientas que son necesarias para trabajar en la integración de las mujeres.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfonso Ruiz, M. 1994. Concepto de igualdad. Editorial Pablo Iglesias. Madrid, España.
- Comisión Andina de Juristas. 2000. Protección de los derechos humanos de la mujer estándares internacionales. CAJ. Lima, Perú.
- Díez-Picazo Ponce de León, L. M. 2005. Sistema de derechos fundamentales. Editorial Thomson – Civitas. Madrid, España.
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. 2010. Derecho a la igualdad en el Perú: Modelo para armar, avances y retos por enfrentar. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular. En Los Derechos Fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Gaceta Constitucional. Editorial El Buho EIRL. Lima, Perú.
- García Merino, F. 2008. Aproximaciones al concepto de igualdad. En Jus Doctrina & Práctica. Noviembre 11. Editorial Grijley. Lima, Perú.
- Martínez Cuevas, M. D. 2008. Obstáculos para alcanzar una auténtica democracia paritaria. Una perspectiva española tomando en consideración una reciente sentencia del Tribunal Constitucional peruano. En Jus Doctrina & Práctica. Editorial Grijley. Lima, Perú.
- Mortola Flores, I. 1997. El derecho a no ser discriminado: Comentarios a la Ley N°26772 y el Proyecto del Reglamento. En Asesoría Laboral. Año VII N° 82. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, Perú.
- Neves Mujica, J. 1997. Introducción al derecho al trabajo. Editorial Ara Editores. Lima, Perú.
- Rey Martínez, F. 1995. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. Editorial MacGraw-Hill. Madrid, España.

Dirección electrónica del autor:

marisel_c@hotmail.com

mcardenasv@upao.edu.pe



UPAO

FONDO EDITORIAL