



IURA

REVISTA JURÍDICA

DICIEMBRE
2012
NÚMERO 3



UPAO

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO

IURA

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

IURA

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

DIRECTOR

HUMBERTO HENRÍQUEZ FRANCO

COMITÉ EDITORIAL

DR. VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENA

DR. VÍCTOR HUGO CHANDUVÍ CORNEJO

MS. LUIS ALBERTO VEGA RODRÍGUEZ

MS. DOMINGO VARAS LOLI

ASESOR EDITORIAL

MS. DOMINGO VARAS LOLI



IURA

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

EDICIÓN

MARSOL EDICIONES E.I.R.L.

Jr. Puno 271 Of. 407, Lima ☎ 4282442

Email: marsolediciones@hotmail.com

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

FRANCO CHICO COLUGNA

francochico.wordpress.com

CUADRO DE CARÁTULA

“La justicia en su laberinto”,

de Gerardo Chávez

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N°

Edición: Diciembre 2012

Tiraje: 500 ejemplares

Queda prohibida la reproducción total o parcial
de esta obra, por cualquier método o forma electrónica,
sin autorización escrita del autor y editores.

Impreso y hecho en Perú
Printed and made in Perú

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, como se sabe, se encuentra en un acelerado proceso de acreditación de la Carrera Profesional de Derecho, que no es más que la búsqueda de la certificación de los procesos que ofrece en la formación de los abogados conforme a los principios de mejora continua, coherencia, pertinencia y calidad total, orientados a dar respuesta a los continuos cambios sociales, así como a las nuevas exigencias que la globalización impone.

Esto significa que estamos obligados a conectarnos con el entorno social no sólo en la formación de profesionales competentes en la solución de problemas jurídicos, sino también con la extensión universitaria, la proyección social y la investigación que son los fines de la enseñanza universitaria.

Uno de los aspectos que constituye una exigencia del CONEAU para la acreditación es, precisamente, la investigación de sus docentes y alumnos, cuyas creaciones deben ser difundidas en revistas de calidad para el correspondiente conocimiento, debate y validación de la comunidad científica.

Es con este propósito que, luego de un considerable receso, reaparece nuevamente la Revista IURA, órgano de difusión de la Facultad, con un selecto número de artículos, producto de la investigación de un conjunto de inquietos y acuciosos académicos de dimensión internacional, nacional y local, así como con las ponencias de los estudiantes que se hicieron merecedores a los primeros puestos en el concurso realizado a propósito de la celebración de la XI Semana Jurídica.

Es pues una contribución que la Facultad de Derecho ofrece a todos los que conforman la comunidad jurídica: juristas, jueces, fiscales, docentes y estudiantes, pero es también una tribuna abierta al diálogo y debate permanente en una de las disciplinas más apasionantes de la ciencia como lo es el Derecho.

El siguiente paso, a lo que la Facultad se compromete, será iniciar los trámites para indexar la Revista IURA con el objetivo de ponerla en el nivel de las publicaciones más prestigiosas del país y difundirla electrónicamente para ser reconocidos a nivel nacional e internacional.

Agradecemos a los autores de los artículos que hoy aparecen a la luz, especialmente a los doctores Néstor Pedro Sagües, Adolfo Rivas y Domingo García Belaúnde por su generosa y desinteresada colaboración, así como al doctor Gerardo Eto Cruz, Magistrado del Tribunal Constitucional peruano.

ÍNDICE GENERAL

SECCIÓN PRIMERA DOCTRINA

AUTORES EXTRANJEROS

Derechos humanos: Universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución	
Néstor Pedro SAGÜÉS	13
Cosa juzgada y cosa juzgada “constitucional”: hacia una diferenciación de los institutos	
Adolfo RIVAS	33

AUTORES NACIONALES

El Derecho Procesal Constitucional y su configuración normativa	
Domingo GARCÍA BELAUNDE	67
El plazo estrictamente necesario y el plazo máximo en la detención	
Luis CASTILLO CÓRDOVA	83
Independencia e imparcialidad de los jueces en el proceso penal	
Gonzalo DEL RÍO LABARTHE	109
La inconstitucionalidad por omisión	
Gerardo ETO CRUZ	135

AUTORES DE LA UNIVERSIDAD PARTICULAR
ANTENOR ORREGO

La constitucionalidad y la democracia Víctor Julio ORTECHO VILLENA	165
Las prerrogativas parlamentarias Humberto HENRÍQUEZ FRANCO	173
La dinastía borbónica y el proceso independentista del Perú Víctor Hugo CHANDUVÍ CORNEJO	191
El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva en el Perú Raúl Yván LOZANO PERALTA	195
Nociones modernizantes en torno al estado constitucional de derecho Luis VEGA RODRÍGUEZ	209

SECCIÓN SEGUNDA
PONENCIAS

¿Un funeral en ciernes? El derecho a la libertad de procreación frente a la malformación genética del concebido Fátima Del Rosario MEDINA NEYRA	229
La ecología humana y la adhesión de este concepto a la legislación ambiental peruana Jorge Eduardo VÁSQUEZ MONTORO	251
La responsabilidad del Estado ante el error judicial Mario Alberto ARISTA MALAVER	279

SECCIÓN PRIMERA

DOCTRINA

AUTORES EXTRANJEROS

Néstor Pedro SAGÜÉS

Derechos humanos: Universalismo y relativismo. Conflictos y eventuales vías de solución

Adolfo RIVAS

Cosa juzgada y cosa juzgada “constitucional”: hacia una diferenciación de los institutos

IURA

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

DERECHOS HUMANOS: UNIVERSALISMO Y RELATIVISMO. CONFLICTOS Y EVENTUALES VÍAS DE SOLUCIÓN*

Néstor Pedro SAGÜÉS

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Relativismo ideológico. 3. Relativismo religioso. 4. Relativismo estatal. 5. Relativismo intraestatal. 6. Alternativas de solución. Conflictos ideológicos, religiosos y estatales. El “argumento democrático”. 7. El “argumento jerárquico”. 8. El “argumento aristocrático”. 9. La doctrina del “margen de apreciación nacional”. 10. El argumento del esfuerzo compartido. 11. Un elemento corrector: las cegueras axiológicas. 12. El multiculturalismo intraestatal. 13. Evaluación.

1. INTRODUCCIÓN

El principio de universalidad en materia de interpretación y de aplicación de los derechos humanos parte del postulado de la dignidad de la persona humana, y sostiene que todas ellas, en cualquier lugar, deben gozar de un estándar mínimo de tales derechos.¹ El universalismo campea expresa-

* El presente trabajo actualiza y amplía uno anterior del autor titulado Justicia y derecho: conflictos internos y externos de legitimidad.

¹ Cfr. Meyer Bisch, Patrice. Le corps des droits de l'homme. L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en oeuvre des droits de l'homme, Fribourg, 1992, ed. Universitaires, pág. 401, cit. por Villán Duran Carlos, Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena, en Varios, Estudios básicos de

mente en la célebre Declaración de la Asamblea General Naciones Unidas de 1948, denominada precisamente “Declaración universal de los derechos humanos”, que se proclama “como ideal común... (de) todos los pueblos y naciones”.

Del principio de universalidad se desprende, en un primer tramo, que a nadie se le podría negar en algún Estado un derecho humano fundamental, ya que su disfrute “es patrimonio innato de todos los seres humanos”. Ello importa, como añadió la Conferencia de Viena de 1993, la misión de garantizar “la universalidad, objetividad y no selectividad del examen de las cuestiones de los derechos humanos”. Como consecuencia de ello, los derechos humanos tienen vocación de universalidad.²

No obstante lo puntualizado, existen serios conflictos en torno a la superficie del contenido de los derechos humanos, debates que trasuntan, en el fondo, fuertes disputas acerca de su legitimidad. Es decir, que hay modos diversos acerca de cómo entenderlos, y respecto de lo que es justo o injusto en torno a la esencia de cada uno de ellos. Para una visión múltiple de tales derechos, sea de tipo relativista o cultural, podemos vislumbrar estas áreas de confrontación: a) ideológica; b) religiosa; c) estatal; d) intra-estatal.

2. RELATIVISMO IDEOLÓGICO

No es raro que las ideologías políticas visualicen los bienes y valores jurídico-políticos con perspectivas diferentes. Conceptos como los de “justicia”, “libertad”, “orden”, “seguridad”, “igualdad” - entre otros - tienen distintas acepciones según el prisma ideológico con el que se los enfoque.

En materia de derechos humanos, la aceptación de la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948 por varios países marxista-leninistas planteó crudamente esta problemática. En palabras de Günther

derechos humanos II, San José, 1995, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pág. 335.

Jakobs, en los tratados internacionales del caso, todos los firmantes sabían sin duda que los derechos humanos no serían interpretados del mismo modo en los “estados populares” que en los estados de sociedades burguesas. El disenso no era, pues, oculto.³ Algunos autores marxistas admitían sin cortapisas el disenso, inexorable desde el punto de vista lógico: los derechos humanos no podían ser concebidos del mismo modo en una sociedad de socialismo real, en carácter de transición hacia el comunismo pleno, como se afirmaba que era la que se vivía en la entonces República Democrática Alemana, que en una sociedad burguesa, impregnada de las contradicciones de clase.⁴

En definitiva, recuerda Robert Alexy, según la comprensión socialista (marxista comunista, aclaramos) de los derechos fundamentales, no existe ningún derecho humano universal sistemáticamente neutral. Citando en ese tema a Klenner, a la contradicción de ciases tenía que corresponder una contradicción entre derechos humanos. Por tanto, podía hablarse de una “concepción liberal de los derechos humanos”, y otra “concepción socialista” de ellos, la cual, a juicio de Alexy no era la mejor interpretación posible, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁵

El célebre caso de Los guardianes del muro, donde se discutía la responsabilidad penal de los soldados que baleaban a quienes intentaban cruzar el muro de Berlín (rotulados, según el derecho de la República Democrática Alemana, “violadores de fronteras”), resultó paradigmático para comprender la distinta cotización que podía tener el valor “vida” en un escenario jurídico occidental o en el marxista. En palabras del juez Levitz,

² Bidart Campos, Germán J. Teoría general de los derechos humanos, México 1989, ed. UNAM, pág. 41 y ss.

³ Jakobs Günther, Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex república Democrática Alemana? Trad. de Pilar Jiménez Alcóver, publicado en *Goltdammer Archiv für Strafrecht*, enero de 1994, págs. 1-19, 462.

⁴ Brunner G., *Menchenrechts in der DDR*, 1989, pág. 15 y ss. cit. por Jakobs Günther, ob. cit., pág. 462 nota 44.

⁵ Alexy Robert, *Mauerschutzen*. Acerca de la relación entre derecho, moral, y punibilidad, trad. de Eduardo R. Sodero, en Vigo Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho* (de Radbruch a Alexy), 2a. ed., Buenos Aires 2006, ed. La Ley, págs. 179/180.

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “la interpretación y aplicación del derecho dependen del orden político en el cual el derecho funciona como un subsistema... Los mismos textos jurídicos, Constitución de la República Democrática Alemana, o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando se los aplica según las diferentes metodologías inherentes a cada orden político, conducen a diferentes resultados. Consecuentemente, la interpretación y aplicación de normas jurídicas nacionales o internacionales según el método socialista u otra metodología no democrática, que resultaba intolerable para el régimen democrático, debería ser vista como equivocada desde el punto de vista de un sistema democrático”.⁶

3. RELATIVISMO RELIGIOSO

Una segunda fuente de relativización de los derechos humanos acaece cuando el derecho bajo examen es procesado según pautas religiosas que lo amplían o restringen con carácter predominante. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño (que en Argentina tiene rango constitucional, según el art. 75 inc. 22, conforme la reforma de 1994) fue aceptada por algunos Estados bajo reservas sumamente importantes. Así, Kuwait declaró que no cumpliría “todas las disposiciones de la Convención que son incompatibles con la ley islámica o Sharía y los reglamentos locales vigentes”. Reservas parecidas hicieron Afganistán, Argelia, Egipto, Irán, Jordania, Islas Maldivas, Marruecos, Pakistán y Qatar. Djibuti se adhirió a la Convención “concienzudamente y en todo momento, salvo que no se considerará obligado por ninguna disposición ni artículo que sea incompatible con su religión o sus valores tradicionales”.⁷

⁶ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Streletz, Kessler y Krenz vs. Alemania, 22 de marzo de 2001, cit. por Vigo Rodolfo Luis. La injusticia extrema no es derecho, ob. cit., págs. 131/3.

⁷ V. Cerna Christina M. La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socio-culturales, en Varios, Estudios básicos de derechos humanos II, ob. cit., pág. 389.

4. RELATIVISMO ESTATAL

La tercera ruta de relativización se presenta si un Estado, por razones sociológicas derivadas de comportamientos comunitarios tradicionales, idiosincracia, inercia jurídica u otros factores (incluso, también, religiosos, entremezclados con aquéllos), adopta pautas peculiares de entendimiento y aplicación en materia de derechos humanos.

Veamos algunas muestras de estas situaciones.

La ley iraní del 25 de abril de 1993 establece penas corporales como la lapidación, la amputación y la flagelación. Para las mujeres dispone que quienes no usen el shador podrán ser multadas, azotadas o detenidas. Por lo demás, las mujeres casadas deben requerir la aprobación de su marido para obtener pasaporte, viajar o trabajar.⁸ Desde luego, estas normas, aunque avaladas aparentemente por la mayoría de la comunidad local, han sido consideradas por muchos como incompatibles con las reglas internacionales que reprimen la tortura y los tratos degradantes, o la discriminación contra la mujer. Al revés, las autoridades iraníes (y probablemente la mayoría de la comunidad local) no divisan necesariamente esa oposición.

Recientemente, en 2011, una mujer iraní de 32 años, Ameneh Bahrami, estudiante de ingeniería electrónica, desfigurada en su rostro con ácido y cegada por un hombre despedido por no haber aceptado casarse con él, logró una sentencia condenatoria contra el agresor. Aplicándose la regla “ojo por ojo” (“ley del talión”), este último, Majid Movahedi, fue sentenciado por la justicia iraní a recibir gotas de ácido sulfúrico en sus ojos, a fin de cegarlo. La mujer entendió que la condena era justa, tanto como compensación por todo lo que sufrió como para intimidar a otros hombres que intentaran repetir aquella agresión. Finalmente, la víctima desistió de su reclamo de condena, que entonces no fue ejecutada.⁹

⁸ Villán Duran Carlos Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Convención de Viena, en Varios, Estudios básicos de derechos humanos II, ob. cit., pág. 345.

⁹ La Capital, Rosario, Argentina, 15/5/ 2011, p. 24.

En otro contexto, Trinidad y Tobago estableció la pena corporal por flagelación, realizada con el “gato de nueve colas”, o con latigazos con una vara de tamarindo, abedul u otros objetos “o con cualquier otro instrumento que el Presidente puede aprobar periódicamente”. El “gato de nueve colas” es un instrumento de nueve cuerdas de algodón trenzadas, cada una de aproximadamente 30 pulgadas de largo y menos de un cuarto de pulgada de diámetro, unidas a un mango. Las nueve cuerdas de algodón son descargadas en la espalda del sujeto, entre los hombros y la parte baja de la espina dorsal”. La Corte Interamericana de Derechos humanos, en el caso “Caesar c. Trinidad y Tobago”, párrafo 88, definió a este instrumento como una especie de tortura o trato cruel, inhumano o degradante.

Otro dato de interés es una sentencia de 1998 de la Alta Corte de Justicia de Israel, que por cinco votos contra cuatro entendió que era posible emplear “presión física” en el interrogatorio de un sospechoso palestino, involucrado en actos de terrorismo. El “Shin Bet” (un organismo de seguridad) admitió haber empleado métodos como privar de sueño al acusado durante períodos largos, cubrir su cabeza con sacos o forzarlos a escuchar música a altísimo volumen, antes de los interrogatorios. El fallo pudo haber tenido consenso local, aunque difícilmente estaría de acuerdo con las creencias y las convenciones internacionales que reprimen la tortura o padecimientos análogos.¹⁰

5. RELATIVISMO INTRAESTATAL

Se presenta cuando en el interior de un mismo Estado coexisten distintos ordenamientos jurídicos tutelados constitucionalmente, cada uno de ellos con su identidad, tradiciones, cosmovisiones y techos culturales propios. En tal supuesto, es factible que derechos humanos esenciales, respecto, por ejemplo, a la vida, el debido proceso, a penas no crueles, etc., tengan distintas miradas y concluyan en contenidos diferentes. El problema puede agravarse si la constitución nacional reconoce el derecho a ciertas

¹⁰ “The Nation”, Bangkok, 14/1/98, pág. A-8 (cable de la Agencia Reuters).

comunidades poseedoras de sus propios derechos a contar también con autoridades, incluso judiciales, para aplicarlos.

El tema ha tenido en los últimos lustros una difusión especial a raíz del reconocimiento de derechos a pueblos indígenas en algunas constituciones (como las de Perú, Argentina, Colombia), pero más acentuado en otras. Tal vez los casos más llamativos son los de Ecuador y Bolivia.

La constitución de Ecuador (2008), por ejemplo, define a la República como un “Estado constitucional de derechos (así, en plural), intercultural y multinacional (art. 1º). Los diversos pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios, cuentan con la facultad de crear, desarrollar, implementar y practicar su derecho propio o consuetudinario, pero siempre que no se violen los derechos constitucionales, en especial de las mujeres, niños y adolescentes (arts. 56 y 57). Existe, pues, un “pluralismo legal”, donde el Estado oficial reconoce, protege y garantiza la coexistencia y el desarrollo de sistemas regulatorios y consuetudinarios en cada nación indígena, en concordancia con el carácter multinacional, multiétnico y multicultural del Estado. También se favorece un procedimiento judicial que promueve el multiculturalismo, a fin de asegurar una comprensión cultural de los hechos y una interpretación cultural de las normas de tales grupos, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural (Ley de garantías constitucionales y de control constitucional, art. 66). No obstante, la misma ley contempla una acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena, que se tramita ante la Corte Constitucional, si tal justicia indígena ha violado los derechos constitucionales o discriminó contra la mujer (ley cit., art. 65).

La constitución de Bolivia (2009) también proclama al Estado como multinacional e intercultural, compuesto entre otros por naciones indígenas originarias y campesinas, grupos interculturales y afrobolivianos. Ellos cuentan con el derecho a contar con un sistema jurídico, económico y legal acorde con sus cosmovisiones (arts. 1 y 30). En el Poder Legislativo hay representantes electos por comunidades indígenas (constitución, art. 146). Existe una jurisdicción indígena, de igual rango que la ordinaria y la agro-

ambiental (constitución, art.179), ejercida por sus propias autoridades y que aplica sus principios, valores culturales, normas y procedimientos peculiares. El Tribunal Constitucional Plurinacional del Estado, donde debe haber jueces provenientes a la jurisdicción indígena, tiene competencias para evacuar consultas de la justicia indígena acerca de la aplicación de sus normas a un caso concreto (constitución, art. 208), o para determinar su compatibilidad con la constitución (ley reglamentaria del tribunal constitucional, art. 137).

6. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN. CONFLICTOS IDEOLÓGICOS, RELIGIOSOS Y ESTATALES. EL “ARGUMENTO DEMOCRÁTICO”

Lo complejo del tema obliga a distinguir distintos planos del conflicto. Preferimos comenzar por el intento de armonización del relativismo cultural cuando es de tipo ideología, religioso o estatal, dejando para una segunda etapa los conflictos intraestatales. En concreto, cabe preguntarse cómo evitar, en lo posible, que un mismo instrumento jurídico (por ejemplo un tratado internacional sobre derechos humanos) pueda tener aplicaciones tan disímiles, y contradictorias entre los distintos Estados que lo han suscrito.

Una vía de definición de los conflictos “externos” de legitimidad en materia de multiculturalismo, entre diversos estados, sería resolverlos “democráticamente”, o sea por el recurso a la mayoría.

Este mecanismo es desde luego atractivo, en especial por su simpleza. Si la interpretación de una regla supranacional dada por un organismo supranacional o por una comunidad es visualizada como repulsiva por otra comunidad, el asunto podría aclararse por el voto de la mayoría de los miembros del organismo comunitario.

No obstante, el “argumento democrático” no es de fácil instrumentación. En particular, cabe preguntarse *quién y cómo* se votaría. Por ejemplo: ¿Cada Estado de la comunidad o suscriptor del documento internacional tendría un voto o debería tenerse en cuenta el número de habitantes implicados? Si lo que se trata de definir es un tema de justificación o injustificación, no parece razonable que el principio de igualdad soberana de los Es-

tados (que impone conferir un voto a cada uno de ellos) defina la cuestión. Una mayoría de países pequeños, habitados por una ínfima proporción de la humanidad, podría así resolver cuestiones que se aplicarían al grueso de esa humanidad, aun contra la voluntad de esta última tremenda mayoría de personas.

Otra observación opuesta al argumento mayoritario es que si el asunto discutido divide al globo en sectores relativamente iguales, o al menos muy fuertes cada uno de ellos, resulta muy difícil dirimir electoralmente la cuestión en disputa. Puede parecer simple concluir que la exposición de ancianos enfermos terminales a la intemperie y al frío extremo, para provocar o acelerar su muerte (tal como se ha practicado en algunas muy pequeñas sociedades primitivas asiáticas, al estilo de una forma elemental de eutanasia) atenta contra el derecho a la vida y a la dignidad humana, pero no será tan sencillo concluir -sólo por medio de una votación- que ciertos criterios diferenciatorios de la mujer, practicados en decenas de países musulmanes por centenares de millones de habitantes, son necesariamente denigrantes desde el punto de vista axiológico y que resultan siempre incompatibles con las convenciones antidiscriminatorias suscritas por esos países.

Dicho en otras palabras, el “argumento democrático” se robustece cuando los perdedores en la elección son relativamente pocos, dado que entonces aparece una evidente mayoría que confiere a la votación una suerte de relevante legitimidad sociológica; pero es débil si dicha votación se encuentra muy dividida. En tal caso la legitimidad sociológica decae en relación directa al aumento del disenso en el resultado de la consulta.

Finalmente, el “argumento democrático” podrá brindar legitimidad sociológica a la respuesta obtenida, pero tampoco parece en última instancia apropiado para resolver definitivamente, mediante elecciones, qué es axiológicamente justo y qué es injusto. La esclavitud, por ejemplo, tuvo históricamente -tanto en Europa como en Asia- una aprobación mayoritaria durante centurias, y eso no significa que haya sido una institución en sí legítima.

7. EL “ARGUMENTO JERÁRQUICO”

Un importante mecanismo de solución de confrontaciones de legitimidad, de tipo formalista, es el que asigna competencia para resolverlo al órgano jurídico instituido por el tratado o convención para pronunciarse sobre el tema.

El “argumento jerárquico” -un argumento de autoridad- tiene en su favor la claridad y seguridad que brinda, además de su impecable juridicidad. Se afianza también desde el plano de la lógica, ya que si los diferentes Estados que han adherido a una convención han aceptado una solución de tipo institucional, bueno es que la cumplan. Además, si la han previsto así es porque -se supone- entendieron que era el camino más adecuado para dirimir los conflictos. La doctrina de los propios actos se suma así a esta alternativa, como también algunos ingredientes de corte aristocrático (la convención o pacto ha seleccionado a los mejores para interpretarlo).

En síntesis, esta doctrina propone que en los conflictos externos de legitimidad prevalezcan los criterios axiológicos de los órganos jurisdiccionales establecidos por el convenio internacional del caso. A los estados y comunidades nacionales les correspondería entonces una política de seguimiento y de obediencia a sus directrices.

Sin embargo, el argumento jerárquico, con tantos puntos a su favor, cuenta con flancos débiles. Aparte de su legitimidad formal (que por cierto tiene), puede no contar con legitimidad sociológica: por ejemplo, si los miembros del organismo supranacional no tienen de hecho las dotes éticas y técnicas para desempeñar su cargo, habiendo sido elegidos, v. gr., en base a componendas políticas y diplomáticas; o si sus sentencias resultan arbitrarias, imprudentes o caprichosas, generadoras por tanto de disenso. En tal sentido, el mejor tribunal internacional puede devaluarse y perder prestigio frente a las sociedades que debe regir, las que entonces tendrán la tentación de elaborar actitudes escapistas (expresas o solapadas) o de renuencia a obedecerlo.

En otro sentido, puede ocurrir que si media un desfase cultural profundo entre el órgano de la jurisdicción supranacional y una sociedad determinada, ésta se sienta inclinada a hacer prevalecer sus propios valores y concepción de la vida por sobre el prestigio del primero. En una sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, éste advirtió que un tratado internacional no podría sobreponerse al principio constitucional local del respeto a la dignidad humana (que desde luego, será entendido por el Tribunal primero según las pautas domésticas). El fallo es sumamente ilustrativo proviniendo sobre todo de una nación con una alta dosis de desarrollo jurídico acerca de los topes nacionales de sometimiento a una convención.¹¹

Paralelamente, cabe observar que algunos documentos internacionales no establecen órganos jurisdiccionales de solución de controversias, con lo que el conflicto podría quedar sin resolver.

8. EL “ARGUMENTO ARISTOCRÁTICO”

Los conflictos de legitimidad, según este criterio, deben ser decididos según las pautas culturales prevalecientes en los países *mejores*. El grupo de los “mejores” estaría formado principalmente por países europeos occidentales y otros pocos adscritos a su área cultural (Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Canadá). Se trata de la élite de Estados que históricamente compusieron el núcleo directriz del *concierto de las naciones*, vale decir, de las, “naciones civilizadas”.¹²

¹¹ La sentencia referida no aborda, en verdad, el caso de un fallo de un órgano jurisdiccional supranacional al que el Tribunal Constitucional Federal alemán reputase (hipotéticamente en un caso concreto) lesivo de la dignidad humana. Queda abierta la incógnita de si en tal caso el fallo supranacional a que aludimos sería ejecutable en Alemania. Cfr. Alaez Corral Benito. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 12 de octubre de 1993, en “Revista española de Derecho Constitucional” (Madrid 1995), ed. Centro de Estudios Constitucionales, N° 45, págs. 248/9. Cfr. también López Castillo Antonio. ‘De integración y soberanía. El tratado sobre la Unión Europea ante la Ley Fundamental alemana, en “Revista española de Derecho Constitucional” (Madrid, 1994), ed. Centro de Estudios Constitucionales, N° 40 pág. 207 y ss.

¹² No debe olvidarse que en la génesis del derecho internacional público es decisivo el llamado “concierto europeo” formado por las principales naciones de tal continente, que se

El argumento aristocrático -de tanta vigencia durante la *belle époque*- resulta hoy más una tentativa de estrategia de dominación que un principio aceptado. La crítica más dura que se le hace es que, de hecho, procura imponer so pretexto de la universalidad de los derechos humanos su propia versión particular de ellos, autocalificada como la única axiológicamente admisible, y por tanto con validez universal. Así, el cuestionamiento a la llamada “interpretación occidental” de los derechos humanos (tildada a menudo desde el este y el sur como “intervencionista, politizada y selectiva”, cuando no “eurocéntrica”) es ahora constante en los foros internacionales. Bien se ha dicho, al respecto, que esta controversia puede no ser más que una manifestación del llamado “choque de civilizaciones”, que caracteriza el declinar del siglo

En concreto, la *solución aristocrática* de los conflictos externos de legitimidad pudo tener andamiaje, como toda fórmula aristocrática, en tanto que los “no mejores” dejaran decidir (o fueran obligados a dejar decidir) a los “mejores”. Si ese liderazgo es contestado, o si las ecuaciones de poder económico y político varían en favor de los antiguos “no mejores”, cae también la receta que comentamos.¹³

9. LA DOCTRINA DEL “MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL”

Se trata de una posición compatibilizadora. Inicialmente quedó formulada para comprender interpretaciones locales de derechos humanos en asuntos tales como su suspensión (por razones de seguridad nacional, peligro público, etc.) o su limitación (motivos de utilidad pública, moral pública, etc.); pero también puede operar como una herramienta de regulación

autocalificaron como la cuna de la comunidad internacional civilizada y la gestadora de tal rama del derecho. Véase por ejemplo Díaz Cisneros, César. *Derecho Internacional Público* (Buenos Aires, 1955), ed. TEA, t. I págs. 118 y 123.

¹³ Cfr. Arteaga Acosta Horacio, *Los derechos humanos hoy: concepciones en conflicto*, en “Boletín de la Comisión Andina de Juristas” (Lima, 1995), n° 45, pág. 10 y 14, con cita de las opiniones de Samuel Huntington sobre “the clash of civilizations”; Villán Duran Carlos. *Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena*, en varios, *Estudios básicos de derechos humanos II*, ob. cit., pág. 348.

de tales derechos. En concreto pregona que los derechos personales no pueden evaluarse en abstracto, sino que cabe tener en cuenta las particularidades de cada nación según las circunstancias, las materias y el contexto.¹⁴

Aplicada la doctrina al caso de los conflictos axiológicos externos, ella obliga a distinguir un núcleo irreductible y no transable en el derecho en cuestión, de interpretación uniforme y pegada a él, una superficie mayor, donde sí cabrían valoraciones distintas de ese derecho, según las modalidades socioculturales de cada comunidad. En lo que hace al núcleo central, cabe el sometimiento de la sociedad local a las pautas axiológicas globales: hay aquí un “piso mínimo” que ningún Estado puede avasallar o desconocer. En lo que hace a la zona aledaña imperaría el margen de apreciación nacional.¹⁵

Aparte de lo señalado, el “margen de apreciación nacional” se reduce cuando en los países miembros del convenio o tratado existen “estándares comunes” o “denominadores comunes” en torno al modo de entender un derecho. Por tanto, si los distintos países están de acuerdo en apreciar -por lo común- a un derecho de determinado modo, difícilmente podría invocarse por un Estado un “margen de apreciación nacional” diferente a esa interpretación compartida por los restantes.¹⁶

¹⁴ V. sobre el tema Ganshof van der Meersch Walter. Le caractère “autonomes termes et la “marge d'appréciation” des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme, en Varios, Protection des droits de l'Homme: la dimension européenne (Berlín, 1988), ed. Franz Matscher - Herbert Petzold, pág. 207.

¹⁵ V. sobre el núcleo irreductible de derechos inderogables Caneado Trindade Antonio A. Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights, en Recueil des cours de l'Académie de Droit International (La Haya, 1987), t. 202 pág. 402; Yourow Howard Charles. The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence (La Haya, Boston, Londres, 1996), Kluwer Law International, pág. 15 y ss.

¹⁶ Ganshof van der Meersch Walter. Le caractère “autonome” des termes..., pág. 214.

La doctrina del “margen de apreciación nacional” es interesante y necesaria a la vez, pero también trae sus bemoles.¹⁷ Por ejemplo, casi nunca está claro cuál es el límite entre la zona “irreductible” de un derecho y la del comienzo del “margen de apreciación nacional”. La definición de esta duda queda, en definitiva, a cargo de los órganos jurisdiccionales (cuando los hay) custodios del convenio o tratado, por lo cual, en definitiva, renacería aquí el argumento jerárquico al que ya hemos hecho referencia.

10. LA DOCTRINA DEL ESFUERZO COMPARTIDO

Esta doctrina, asimismo contemporizadora, parte de varios supuestos.

El primero consiste en reconocer la situación del multiculturalismo como fenómeno sociológico natural, innegable e irreprimible. Que haya pueblos que piensen distinto es algo tan antiguo como la existencia misma del ser humano.

El segundo estriba en partir del supuesto de encontrar soluciones, o sea, de operar con un animus genuino y honesto de arribar a una receta equitativa y no del “todo o nada”

El tercero es que, para alcanzar una solución, cabe descartar posiciones aristocratizantes o basadas en la mera fuerza, para lo cual será casi indispensable formular concesiones y avenimientos mutuos. Tal puede ser la regla de oro de la convivencia. El factor tiempo, la fijación de etapas, por ejemplo, puede contribuir a esa armonización de posiciones contrapuestas. Delimitar el núcleo intangible y esencial de un derecho de los segmentos secundarios del mismo es otro punto al que cabe atender con prioridad.

¹⁷ En un sentido profundamente crítico a la doctrina del margen de apreciación nacional, a la que califica como “no feliz creación en el seno de los órganos europeos” y-su posible repliegue en el futuro, cfr. el excelente estudio de Valiña Liliana. El margen de apreciación nacional en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, en Abregú Martín y Courtis Christian (compiladores), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales (Buenos Aires, 1997), ed. Centro de Estudios Legales y Sociales, pág. 173 y ss., esp. 196/7.

Naturalmente, la doctrina del esfuerzo compartido no es incompatible con la doctrina del margen de apreciación nacional o con el argumento jerárquico, ni con ciertas recetas democráticas prudencialmente aplicadas.

11. UN ELEMENTO CORRECTOR: LAS CEGUERAS AXIOLÓGICAS.

Para reprimir los excesos de cualquiera de los argumentos esgrimidos (vgr. el “democrático”, el “jerárquico”, el del “margen de apreciación nacional”, etc.) podría hacerse uso de la doctrina de las cegueras axiológicas.

La misma alerta que ciertas comunidades -pequeñas o grandes- pueden en determinados momentos perder parcial o totalmente su lucidez valorativa y admitir como aceptables soluciones profundamente ilegítimas. Son casos de patología psico-social, cercanos a los que Werner Goldschmidt llama de “conciencia mala” de ciertos pueblos.¹⁸ La aceptación expresa o tácita de la mayoría de la comunidad alemana a Hitler, en pleno desarrollo del siglo XX, es un buen ejemplo de tal perturbación: pocos estarían en condiciones de argumentar que la política de discriminación y agresividad racial, bien sostenida por cierto años atrás a su elección popular por el futuro dictador en su célebre libro *Mi Lucha*, no podía provocar el holocausto que finalmente ocurrió, y que éste fue una “sorpresa imprevisible”. Sin embargo, un grupo humano tan numeroso y culto -en términos comparativos- como la mayoría de la sociedad germánica, una de las más desarrolladas de la humanidad, instaló democráticamente al Führer (es decir, mediante comicios), le dio legalmente poderes omnímodos y lo siguió en una empresa trágica que costó decenas de millones de muertos. Desde esta perspectiva, es claro que allí hubo una ceguera axiológica.

En síntesis, es posible algunas veces resolver un conflicto externo de legitimidad constatando en alguno de los grupos contrapuestos la existencia de una ceguera axiológica. Pero el problema, en tales casos, es de quién

¹⁸ Cfr. Goldschmidt Werner. *Ciencia de la Justicia. Dikelogía*, 2a. ed. (Buenos Aires, 1986), ed. Depalma, pág. 45 y 377.

detecta la ceguera y con qué autoridad ética lo hace. Por ejemplo, la mayor parte de los habitantes de los países occidentales dirá -y no sin acierto- que cortarle la mano a un ladrón reincidente como sanción estatal es hoy una ceguera axiológica lesiva de la dignidad humana. Pero pocos de aquellos países del primer mundo tendrán la suficiente sinceridad y humildad para reconocer que quitar “legalmente” la vida a seres por nacer, por la mera y discrecional decisión personal del abortante, tal como ocurre en varias de estas naciones, es también otra ceguera axiológica, mucho más grave -cuantitativa y cualitativamente hablando- que la mutilación del ladrón.

Un indicador bastante acertado de la existencia de cegueras axiológicas es la vergüenza de una sociedad que las practica al reconocerlas como dato de su propia realidad. Por ejemplo, la prostitución infantil es un hecho practicado y consentido por varios gobiernos y por ciertos pueblos, a la luz de todo el que quiera verla, aunque oficialmente se la cuestione muy tíbiamente o se la minimice, pretendiendo restarle magnitud. En otros casos, sin embargo, la ceguera axiológica monta su propio aparato ideológico y airoosamente sale al ruedo pretendiendo legitimarse. Así, se habla por algunos de un derecho constitucional a la autodegradación, cuando no a la automutilación, en aras -por ejemplo- de un sacrosanto derecho a la propia individualidad, o dicho con más sofisticación de la “autonomía personal”, que siempre debería quedar inmune a políticas paternalistas o proteccionistas del Estado.¹⁹ En sentido parecido, las políticas de exterminio racial del nazismo tuvieron un nutrido arsenal argumentativo, que partía desde la cuasi negación o edulcoración de tal hecho (presentar los campos de concentración, por ejemplo, como centros de trabajo) hasta, si era necesario, su pretendida justificación.

Aparte de ello, si existe una decidida opinión común en la casi totalidad de la humanidad en torno a la ilegitimidad de una conducta (la trata de

¹⁹ En los casos “Bazterrica” y “Capalbo”, la minoría de la Corte Suprema de Justicia argentina se plantea el tema, precisamente, de si existe un derecho constitucional a la autodegradación, respondiendo negativamente a tal cuestión. Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Fallos, 308:1392 y 1468.

blancas, la esclavitud, el rechazo a la tortura, etc.), la admisión o tolerancia de la misma conducta por un pueblo determinado es, sociológicamente hablando, una hipótesis concreta de ceguera axiológica.

12. EL MULTICULTURALISMO INTRAESTATAL.

Dejamos aparte esta situación porque tiene ribetes especiales. Cuando tal relativismo cultural tiene apoyo en la propia Constitución (es decir, cuando ella proclama la existencia de órdenes jurídicos distintos dentro de un mismo territorio estatal, cada uno de ellos portador de creencias, valoraciones y principios propios, y suma a ello la protección de ciertas identidades culturales, confiriendo además poder jurídico a las autoridades de los grupos del caso) es este instrumento jurídico el que está tutelando cierta posible disparidad en el contenido y goce de los derechos personales.

De todos modos, por razones de seguridad jurídica, debe haber topes en esa disparidad y debe haber una autoridad superior que los defina, en particular para tutelar el contenido esencial de los derechos. Hemos visto las fórmulas empleadas por las constituciones de Ecuador y Bolivia, que en última instancia confían en su Corte o Tribunal Constitucional para asegurar la supremacía de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos, y que regulan procedimientos específicos de derecho procesal constitucional (como una acción extraordinaria contra decisiones de la justicia indígena o un mecanismo de consulta, aparte de la facultad de deslindar competencias entre la jurisdicción ordinaria y la indígena).

En estos casos, el Tribunal o Corte Constitucional tiene una delicada función jurídica y política de árbitro institucional y de custodio del contenido esencial de los derechos. La ley ecuatoriana de garantías constitucionales es útil al respecto, cuando subraya el ánimo que debe presidir al máximo tribunal constitucional: asumir la realidad intercultural, nutrirse de la voluntad de encontrar alternativas de ensamble, evitar soluciones rígidas, monoculturales o etnocéntricas. Por nuestra parte, añadimos la vieja fórmula de Benjamín Cardozo destinada en su momento a dirimir las con-

tradicciones, aparentemente insolubles, que puedan anidar en una Constitución: de ser necesario, compatibilizar lo incompatible.

Es una receta que apunta al método jerárquico para resolver los conflictos, pero que nada impide que haga uso, igualmente, de la doctrina del margen de apreciación nacional (léase del margen de apreciación de las comunidades en juego) y del esfuerzo compartido. Tampoco, desde luego, del análisis de eventuales cegueras axiológicas, ya en la sociedad nacional total, ya en alguna comunidad específica.

Varias sentencias de la Corte Constitucional de Colombia son una muestra de una tentativa de esa contemporización. Sus veredictos en materia de sanciones corporales, proselitismo religioso y de derecho de defensa en juicio, con relación al derecho indígena, pueden ser y de hecho son discutibles. Pese a ello, implican fórmulas y ecuaciones jurídicas de compatibilización, por más que el analista pueda no siempre compartirlas.

13. EVALUACIÓN

1. Una variable singular de conflictos externos de legitimidad (de una comunidad o grupo de comunidades con otro grupo) se plantea en el caso de la adhesión de sociedades distintas, con valoraciones a menudo disímiles, a un mismo documento jurídico inter o supranacional.

Siempre han existido pueblos que han manejado diferentes valores y escalas de valores. Lo novedoso es que antes esas comunidades no se sometían a un mismo techo jurídico, en tanto que ahora, frente a procesos de globalización y de pretensión de universalidad de los derechos humanos, la adhesión de esos pueblos con valoraciones contrapuestas a un convenio o declaración común es cada vez más frecuente.

2. El intento de resolver esos conflictos externos de legitimidad principia por reconocerlos como dato natural del actual desarrollo jurídico de la humanidad.

3. El segundo paso consiste en intentar fórmulas razonables de armonización. Ellas consisten, primero, en consensuar dos cosas: quién decide y en base a qué decide.
4. En definitiva, cabe necesariamente pensar en organismos jurisdiccionales supranacionales equitativamente constituidos e integrados con sujetos poseedores de especiales cualidades éticas y técnicas, aptos para comprender el conflicto y brindar soluciones prudentes acordes con el grado de desenvolvimiento global, por un lado, y las posibilidades reales de las comunidades en juego, por el otro. Sus integrantes deben ser concientes, en particular, de que un Estado o una comunidad (o varios Estados y sus pueblos) por más civilizados que fueren, o que se consideren que lo son, carecen hoy del derecho providencial de imponer a otras sociedades su modo de pensar o de calificar lo justo e injusto. El “argumento aristocrático” de decisión de estos conflictos no es, pues, convincente.
5. El “argumento democrático”, que define el conflicto en favor de los criterios de legitimidad del grupo de naciones o de sociedades más numeroso, tiene andamiaje sociológico sólo en los supuestos en que esa mayoría sea abrumadora y opte por una respuesta objetivamente razonable.
6. Una advertencia cada vez más evidente es que la observancia y el entendimiento común de los derechos personales en un mundo globalizado no son ajenos a considerar asimismo un piso económico y cultural que dé las bases fácticas y sociológicas para sentirlos en cualquier parte del mismo modo. Distintos escenarios y contextos producirán muy probablemente diferentes visualizaciones axiológicas sobre un mismo precepto jurídico.
7. En tal quehacer cabe constatar que en ciertas áreas es posible lograr un alto grado de uniformidad axiológica en torno a lo que es legítimo y lo que es ilegítimo, pero que en otras no va a ser pronto así. El consenso axiológico es pues una meta, no una realidad. El tránsito hacia la convergencia en criterios comunes de legitimidad puede lograrse en parte profundizando el análisis de las cegueras

axiológicas, y realizando una inteligente aplicación de la doctrina del “margen de apreciación nacional” y del “esfuerzo compartido”.

8. El factor tiempo será igualmente indispensable para intentar compatibilizar los conflictos axiológicos, que subsistirán durante lapsos prolongados -o tal vez no desaparezcan nunca- y con los cuales será necesario convivir.
9. En el interior de un país, el reconocimiento constitucional de naciones o grupos con derechos y autoridades propias importa un nuevo dato de la experiencia constitucionalista en particular latinoamericana. Es casi inexorable que aparezcan aquí conflictos de coexistencia jurídica. Cabe advertir, no obstante, que resulta indispensable determinar con claridad qué órgano y con qué pautas debe tutelar el contenido esencial de los derechos humanos, por encima de aquellas heterogeneidades normativas y culturales. En la realidad, ello ha provocado ya nuevos aportes para el derecho constitucional y el derecho procesal constitucional.

IURA

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

COSA JUZGADA Y COSA JUZGADA “CONSTITUCIONAL”: HACIA UNA DIFERENCIACIÓN DE LOS INSTITUTOS

Adolfo RIVAS²⁰

SUMARIO: I. Introducción. II. La jurisdicción. III. El control constitucional jurisdiccional. IV. La cosa juzgada. V. La “cosa juzgada administrativa”. VI. El control jurisdiccional abstracto. VII. Tribunales Constitucionales. Control concreto y abstracto. VIII. Tribunales Constitucionales. Naturaleza de sus pronunciamientos. IX. Tribunales Constitucionales. Los efectos políticos. X. Cosa juzgada y sentencias abstractas.

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Salvedades.

Señalo desde ya que, como manera de limitar este estudio atento a la diversidad de sistemas de control concentrado vigentes, el tema encarado tendrá en cuenta, fundamentalmente, a la legislación argentina y a la de Colombia y Perú en América y a la de España en Europa; igualmente que se considerarán básicamente los mecanismos de control de la constitucionalidad de leyes en sentido formal o sus equivalentes según los países considerados.

²⁰ Profesor de postgrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador (Buenos Aires). Ex profesor de Derecho Procesal de la Escuela de Postgrado de la Universidad Antenor Orrego - Trujillo.

Por igual razón, no trataré el tema de la labor de los tribunales constitucionales actuando como control previo de proyectos de leyes y tratados ni la temática referida a su intervención para resolver conflicto de poderes y competencias; tampoco la problemática que se deriva del efecto legisferante de la labor de un tribunal constitucional cuando se convierte en legislador positivo (ejemplo, sentencias manipulativas sustitutivas o si se quiere también las aditivas).

I.2. Precisiones.

La legislación positiva y la doctrina utilizan los conceptos de “jurisdicción constitucional” o “justicia constitucional”. Los autores diferencian así la actividad dirimente de conflictos en ordinaria y constitucional atribuyendo a esta última la misma naturaleza jurisdiccional que a la primera,²¹ a la par que consideran la “cosa juzgada constitucional” como una especial modalidad de la clásica “cosa juzgada” que resulta de una sentencia judicial cuando adquiere condición de firmeza. Pareciera entonces que se entiende que solo se trata de un aspecto del mismo fenómeno y que, por ende, participa de su misma naturaleza. Me propongo demostrar, sin embargo, que en pronunciamientos de sentido abstracto se trata de objetos jurídicos distintos y por tanto inconfundibles.

Es claro que para llegar a ese punto final resulta indispensable establecer la naturaleza -jurisdiccional o no- de la labor de los tribunales involucrados en la formación de la que por no hacer cuestión de nombre es aceptable llamar “cosa juzgada constitucional”, aunque pienso que esa denominación es equívoca y merece ser reemplazada por “sentencia controladora de constitucionalidad” o alguna designación semejante que sea más apropiada.

²¹ La doctrina generaliza el concepto de jurisdicción y considera como jurisdiccional toda la actividad de control constitucional inclusive abstracta. Pueden verse al respecto ORTECHO VILLENA, VÍCTOR JULIO: *Procesos Constitucionales y su Jurisdicción*, 9^a ed., Rodhas, Lima 2004, pp. 32-35, o GARCÍA BELAUNDE, Domingo:

I.3. Cosa juzgada constitucional.

Con un sentido amplio puede decirse que hay “cosa juzgada constitucional” cuando, sea en un sistema de control difuso o en otro de control concentrado o mixto, resulta una sentencia firme que lleva a cabo el control de constitucionalidad de una norma general o de un acto jurídico particular cotejándolos con la ley suprema y / o interpreta el alcance y sentido de un dispositivo constitucional.

Con un sentido restringido, tal cosa juzgada constitucional no sería sino la resultante de la labor de los tribunales constitucionales cuando, en un sistema concentrado, llevan a cabo en causa concreta o fuera de ella la tarea de confrontar el ajuste o desajuste de una ley con la constitución como norma suprema.²²

Derecho Procesal Constitucional, Temis, Bogotá, 2001, p. 13, que también utiliza los términos “jurisdicción constitucional”. Del mismo criterio participa, aunque denominándola “justicia Constitucional”, Fix ZAMUDIO, Héctor: Justicia Constitucional. Ombudsman y Derechos Humanos, México. 1993, p. 65.

²²La naturaleza de un tribunal constitucional puede determinarse desde dos ópticas distintas:

Desde una perspectiva formal, que corresponde a la concepción tradicional, es aquel órgano creado para conocer especial y exclusivamente de los conflictos constitucionales, situado fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos. Conforme a esta concepción, las cortes o tribunales supremos pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son en estricto sentido tribunales constitucionales.

Una noción moderna y más amplia que corresponde a un enfoque material entiende por tribunal constitucional al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental. En esta concepción se encuentran varias cortes o tribunales supremos de América Latina....Resulta importante destacar que inclusive en algunos países donde se adopta el sistema americano o difuso de control constitucional, el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía funge materialmente como tribunal constitucional... “En consecuencia, es necesario conocer las atribuciones y competencias del órgano para determinar su naturaleza jurídica. En ese sentido, entendemos por tribunal constitucional a los altos órganos judiciales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional. FERRER MAC GREGOR, Eduardo: Los tribunales constitucionales en Iberoamérica, Fundap, México, 2002, pp. 55, 56 y 59.

II. LA JURISDICCIÓN

La función jurisdiccional tiene por objeto dar solución a los conflictos de intereses con trascendencia jurídica en los que entran en juego derechos subjetivos; para ello se requiere la intervención heterocompositiva de un tercero imparcial que aplica el Derecho por medio de un método de discusión traducido básicamente en un proceso del que resulta una sentencia, que es un pronunciamiento decisorio generado con “vocación” de cosa juzgada.

La jurisdicción cumple su cometido “diciendo” el Derecho, es decir señalándolo en lo referente a su existencia, determinando su alcance y aplicándolo a la solución del litigio con fuerza imperativa. El manejo jurídico, con exclusión de criterios políticos, caracteriza la actividad jurisdiccional a través del *iura novit* que le permite el ejercicio soberano de la elección e interpretación de la norma utilizable. Precisamente, tal ceñimiento limita el alcance del fallo sin posibilidades extensivas que lo vinculen a situaciones ajenas al caso y a sus conexidades, ni que lo hagan obligatorio para regir conductas o criterios de los demás públicos para casos futuros.

Son varios los sujetos que pueden determinar y aun hacer aplicación del Derecho -autoaplicación, actividad administrativa (ver al respecto el punto V)-, pero solamente quienes pueden ser reconocidos en función jurisdiccional lo harán con carácter eminente, lo que importa es el ejercicio absoluto, final y superior de aquélla. La eminencia significa la inexistencia de cualquier otro poder de soberanía al que se encuentre subordinada o que sea habilitado para desconocer y / o revisar lo decidido.²³

²³ Por supuesto que no olvido la existencia de jurisdicciones supranacionales que están marcando una eminencia ubicada por encima de la nacionales por obra y gracia del reconocimiento que en tal sentido formulan los países, desprendiéndose así de ciertos aspectos de su soberanía y transfiriéndola a los tribunales que componen las primeras: Si bien la jurisdiccionalidad de los mismos — por lo menos con respecto al Tribunal de Derechos Humanos de San José de Costa Rica - no es aceptada sin discusiones dada la desaparición de las partes originarias en el proceso que tramita ante ese cuerpo, me inclino por conside-

La estructura a cargo de la función jurisdiccional es variable: puede ser oficial o privada. La primera desempeñada según las latitudes por poderes judiciales, consejos de estado, tribunales constitucionales, jurados electorales, etc.; la segunda por árbitros²⁴ o por instituciones tan especiales como el Tribunal de Aguas de Valencia (España), o las jurisdicciones campesinas o indígenas de diversos países americanos,²⁵ sin perjuicio de la presencia de los jurados en las naciones en los que se acepta su actividad.

Es claro que en un sistema de control constitucional concentrado, la jurisdicción cede su papel eminente al órgano encargado del control constitucional, pero solamente con referencia a esa función.

III. EL CONTROL CONSTITUCIONAL JURISDICCIONAL

Como es sabido, tres son los sistemas de control constitucional: el difuso asignado a todo juez (por ejemplo Estados Unidos de Norte América y Argentina); el concentrado de un tribunal exclusivo (por ejemplo, España, Italia, Alemania, Francia, En Europa; en América, Chile, Colombia, Bolivia, Perú) y el mixto – caso del Perú – que permite la combinación de ambos. En realidad solamente se presentan en estado “puro” a los fines didácticos, pues el mixto asoma en todos ellos si bien con variantes²⁶.

rar que llevan a cabo funciones de esa naturaleza por lo menos cuando en el orden local las partes fueron un particular afectado y el Estado nacional correspondiente. Ver al respecto RIVAS, Adolfo Armando: *Teoría general del Derecho Procesal*, pp. 206-207, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

²⁴ Considero que el sistema arbitral está dotado de los elementos jurisdiccionales esenciales: *notio*, *vocatio* y *judicium*; de tal manera no pierde condición de jurisdiccionalidad por no poder disponer de la *executio* y la *coertio*, factores que considero contingentes. Puede verse RIVAS, Adolfo A: *Teoría...*, cit, pp. 168 – 173 y 232 – 237.

²⁵ Colombia, art. 246 de la Constitución Política; Perú, art. 149 Constitución Política.

²⁶ En Colombia, el sistema concentrado no impide que la justicia ordinaria evalúe el alcance de los derechos fundamentales constitucionales en la acción de tutela o en algunas acciones populares. El sistema mixto en Perú hace convivir el control difuso con el concentrado, si bien en esferas y niveles diversos; en España la justicia ordinaria tiene verdadero control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, pero puede ejercerlo con respecto a otras normas generales infralegales y lo lleva a cabo con carácter previo si no admite llevar

Incluso en los sistemas difusos o mixtos puede verse que no todos los tribunales que considero jurisdiccionales pueden ejercer el control de la constitucionalidad de las normas generales. En Argentina se discute si puede hacerlo un tribunal arbitral y en otros países no parecen tener esa facultad los que se encuentran fuera de la estructura formal del poder judicial.

El control constitucional difuso se hace en todos los casos ante la promoción de causa concreta; es factible en todo juicio y frente a todo tipo de pretensión que no genere limitaciones cognoscitivas en el juez en los supuestos en que la inconstitucionalidad de la ley lesione o pueda afectar derechos subjetivos, inclusive cuando tal afectación se produzca por actos de la administración asentados en aquella. Prácticamente, y aun cuando la inconstitucionalidad se declara oficiosamente, opera en función del resguardo de las garantías constitucionales. De tal manera, el control de constitucionalidad, es decir la determinación de la existencia o no de compatibilidad, es decir la determinación de la existencia o no de compatibilidad entre la norma legal y la constitución siempre se lleva a cabo en concreto, contemplando un conflicto en el que están en juego derechos subjetivos, ello sin perjuicio de las funciones abstractas que el orden jurídico puede asignar y que después se señalarán.

La decisión resultante del control forma parte del *iura novit e* integra el arsenal jurídico que el juez aplica para la solución del caso, de manera que no puede haber división entre cosa juzgada jurisdiccional y constitucional, pues el test de constitucionalidad siempre estará referido a situaciones vinculadas con el derecho subjetivo afectado o amenazado. De tal manera, y sin perjuicio de su significación la “cosa juzgada constitucional” pasa a ser un elemento jurídico más puesto a disposición del juez de la causa, destinado a resolver el litigio en un mismo acto: la sentencia definitiva.

al Tribunal Constitucional la “Cuestión de constitucionalidad” que hubiesen planteado las partes.

En Argentina, en pleno control difuso, es común que los tribunales superiores o supremas cortes de justicia provinciales concentren en sus manos la resolución de las acciones declarativas de inconstitucionalidad.

Es claro que si la función jurisdiccional es aplicar el derecho como tarea excluyente de otros factores (salvo la equidad que de todos modos considero un elemento jurídico), está sometida a la escala de valores y preponderancias que establece el orden jurídico constitucional. De tal manera y por mandato de las leyes supremas²⁷ la prioridad de sus disposiciones impone que una norma general considerada incompatible con la ley suprema no sea aplicada prescindiéndose de la misma para la solución del caso, pero sin que por ello quede afectada en su valor general.

Tal es el sentido de las declaraciones de inconstitucionalidad formuladas por los tribunales jurisdiccionales, que no mezclan a sus funciones el efecto derogatorio que como se verá es de naturaleza política. Ello no quita que también por expresa disposición de las leyes supremas el conjunto de fallos de determinados tribunales conlleven como consecuencia, en ciertas condiciones, la anulación de las normas generales declaradas inconstitucionales, agregado político que no por ello hace perder carácter jurisdiccional a la sentencia recaída en causa concreta.²⁸

IV. LA COSA JUZGADA

Decir que la sentencia nace con vocación de cosa juzgada, es decir que está en su naturaleza alcanzar virtud de vigencia definitiva de modo de poner fin al conflicto y regir como su solución permanente.²⁹

²⁷ Art. 31 Constitución Nacional argentina; art. 4 Constitución Política de Colombia; art. 138, segunda parte Constitución Política de Perú.

²⁸ Se trata de las declaraciones de inconstitucionalidad formuladas por los superiores tribunales de justicia de algunas provincias reguladas con distintas variantes, pero por lo general ante reiteraciones. Ver Constituciones de Río Negro (art. 208); San Juan (art. 11); Neuquén (art. 30); Chaco (art.9).

²⁹ La vigencia de un fallo indica su existencia como factor capaz de permitir las actividades destinadas a su ejecución o a su defensa si se intentase desconocer su contenido y alcances. Por ejemplo, el fallo perdería vigencia por imposibilidad de lograr su cumplimiento forzado, una vez producida la prescripción de la *actio iudicati*, pero conservaría su vigencia intemporalmente para el caso de haber rechazado la demanda, cosa que permitiría impedir por vía de excepción cualquier intento de repetir la pretensión desestimada.

Toda decisión aplicativa del derecho, incluso la que nace de la autotutela, tiene en el pensamiento de quien la realiza una proyección de permanencia: es decir nace para durar e imperar. Pero una cosa es tal proyección subjetiva y otra es lo que llamo “vocación de cosa juzgada” o si se quiere de “vigencia permanente”, que en cambio resulta del orden jurídico objetivo y que solamente puede encontrarse en aplicaciones de naturaleza exclusiva como son las de carácter jurisdiccional.

La cosa juzgada puede manifestarse de diversas maneras: así la que llamo “cosa juzgada anticipatoria”; o estar limitada a ciertos aspectos del conflicto (cosa juzgada formal) o quedar sujeta a impugnación en cuanto a su validez formal o sustancial (revisión de la cosa juzgada); puede ser de aplicación condicional (condenas de futuro) o de vigencia inmediata.³⁰

Debe destacarse que el concepto de cosa juzgada en el ámbito no repressivo se vincula inexorablemente con el de derecho subjetivo de propiedad individual, no siendo sino una manera de comprobación de sus existencia; por lo tanto la cosa juzgada se inserta en el mundo de lo jurídicamente disponible de manera que por naturaleza, la vocación referida más arriba se da en todo pronunciamiento jurisdiccional aun cuando pueda ser recurrible, ya que dependerá - como principio general y salvo situaciones de orden público - de los que se disputen el derecho para que el fallo pueda quedar

³⁰ Denomino cosa juzgada anticipatoria la producida por una sentencia de valor provisional que permite la satisfacción anticipada de la pretensión en base a un juzgamiento no ya de verosimilitud del derecho sino de cuasi certeza, distinción que la separa de las sentencias cautelares. Puede verse la consideración del tema en Rivas, Adolfo A.: “La Revolución Procesal”, en Revista de Derecho Procesal, N° 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998; y en Medidas Cautelares, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 24-32. La cosa juzgada formal ha desaparecido prácticamente del derecho argentino: así por ejemplo, lo decidido en el proceso ejecutivo no puede volver a revisarse en un ordinario ulterior de modo que se da allí una cosa juzgada verdaderamente material dentro de los límites de tal tipo procedimental. Escapan a esa regla los hechos que no pudieron acreditarse por no ser admisibles medios de prueba distintos de la documental.

En un interdicto se juzga acerca de la posesión como hecho, aspecto que no podrá ser revisado en el petitorio en el que entra en juego el derecho a poseer

La sentencia de condena de futuro importa un juzgamiento condicional en base a un conflicto meramente hipotético.

consentido en una primera instancia con el consiguiente efecto de vigencia. De ahí que la jurisdicción no es función atribuible solamente a las instancias superiores, sino a todas las que componen el aparato que la ejerce; también que el concepto de eminencia debe vincularse con la naturaleza y potencia de la decisión más que con la intervención de instancias revisoras que puede ser meramente circunstancial.

Ha de señalarse que el concepto de cosa juzgada va unido al de *imperium*, es decir que el pronunciamiento dotado de aquella virtud ha de ser de acatamiento forzoso, de modo que de burlarse o de intentarse hacerlo la fuerza del Estado se hará presente para respaldarlo.

La cosa juzgada produce efectos que no deben ser confundidos entre sí: así el relativo a su alcance subjetivo y el correspondiente a su vinculación.

A la vez, estos fenómenos son también diversos de los que puede producir la “cosa juzgada constitucional” del sistema concentrado según se verá.

Por su alcance subjetivo, la cosa juzgada puede ser limitada o expansiva. La primera es la que se corresponde con quienes fueron parte en el proceso (actor, demandado, terceros con condición de parte). La segunda es la que lo hace a) con los efectos del fallo en tanto pueden afectar de hecho a un tercero indirectamente vinculado con la relación jurídica resuelta, b) con efectos establecidos por el orden jurídico en razón de la naturaleza y características de la relación jurídica sustancial, con respecto a quienes pudieron estar legitimados para demandar o ser demandados pero no participaron del juicio, c) con efectos expansivos *erga omnes* derivados de la naturaleza objetiva del derecho en relación a la de los bienes sobre los que recae. Me refiero a la cosa juzgada estimatoria de la demanda en defensa de derechos difusos a los que considero individuales, pero relativos a bienes insusceptibles de apropiación particular y exclusiva, d) con efectos expansivos “*erga omnes*” porque así resulta del orden jurídico que, al limitar las habilitaciones para discutir determinados *status* resultante de la sen-

tencia firme, a contrario, hace sentir los efectos del fallo sobre los no legitimados y los legitimados que no participaron del juicio.

Se trata en definitiva de una resultante del sistema de legitimación o de su inexistencia por falta de interés protegible, pero debe tenerse en cuenta que en cuanto a particulares componentes del concepto de “*erga homines*” y salvo el caso de delitos penales, no pueden ser forzados por el fallo a soportar consecuencias que afecten sus derechos subjetivos.³¹

La cosa juzgada jurisdiccional produce efecto vinculante específico distinto del genérico que caracteriza a la de tipo constitucional del sistema concentrado (ver punto IX). Los sujetos en tal situación no son sino los de carácter estatal y el peso de la cosa juzgada sobre los mismos, deviene de sus deberes funcionales impuestos por el orden jurídico. Aquél efecto vinculante deriva de razones jurídicas a saber: a) vincula al tribunal que intervino jurisdiccionalmente por cuanto, como principio general, una vez juzgado definitivamente el caso cesa el poder sobre el mismo, b) vincula al resto de los estamentos jurisdiccionales que como consecuencia de la intervención competente del tribunal sentenciante perdieron también el poder jurisdiccional de resolver sobre el caso, salvo los supuestos de revisión o

³¹ Como ejemplo de la categoría b: artículo 715 segunda parte Código Civil argentino: “La cosa juzgada” recaída en juicio es invocable por los coacreedores, pero no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio. Los codeudores pueden invocar la cosa juzgada contra el coacreedor que fue parte en el juicio”.

Como ejemplo de la categoría c: artículo 33 Proyecto de Código Modelo de Procedimientos Colectivos para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba. Asimismo, en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, en el plazo de 2 (dos) años contados desde el conocimiento de nueva prueba superveniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola, para modificar el resultado del proceso.”

Como ejemplo de la categoría d: “Tampoco podrá solicitarse la declaración de demencia, cuando una solicitud igual se hubiese declarado ya improbada, aunque sea otro el que la solicitase, salvo si expusiese hechos de demencia sobrevinientes a la declaración judicial” (art. 146 Código Civil de Argentina).

nulidad de cosa juzgada atribuible a jueces distintos de los que dictaron el fallo impugnado, c) vincula a los poderes del Estado desde que el beneficio obtenido por la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ha entrado en el patrimonio inviolable del sujeto vencedor y goza de la protección brindada por el art. 17 de la Constitución Nacional en el caso de Argentina - el mismo principio es repetido por las constituciones liberales -, según lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de su más alto tribunal.

Las vinculaciones referidas no impiden que juegue otra, esta vez de carácter político constitucionalizado, que no pasa por el interés subjetivo sino por el institucional relativo al equilibrio de poderes y al respeto recíproco que debe mediar entre ellos.

Resulta entonces que la cosa juzgada tiene como presupuestos.

- a) La existencia de un conflicto real o potencialmente cierto capaz de afectar derechos subjetivos.
- b) La intervención jurisdiccional - por ende heterocompositiva y dotada de imperium y eminencia - para resolverlo.
- c) La sentencia firme que resuelve el enfrentamiento.

La resultante es entonces:

- d) Una decisión dotada directa o indirectamente de imperium y condición eminente.
- e) De vigencia temporal ilimitada como principio general, por ende, insusceptible de ser modificada por la propia jurisdicción.
- f) Insusceptible también de ser desconocida por los demás poderes dotados del ejercicio de la soberanía.
- g) Con efectos ex tunc y ex nunc según el tipo de pretensión que se haya ejercido.
- h) Con efecto de inaplicabilidad al caso de la norma general declarada contraria a la ley suprema, de haberse ejercitado el control constitucional en el fallo.
- i) Con efecto de incorporación al patrimonio del sujeto al que la sentencia le reconociera el derecho consiguiente.

V. LA “COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA”

Señalaba más arriba que son varios los sujetos que pueden “decir” el derecho y aun aplicarlo: puede hacerlo un particular, por ejemplo cuando autoconsidera cumplida su obligación y se niega a satisfacer el reclamo de su oponente, o cuando ejercita actividades de autotutela; sin embargo, es claro que no está desempeñando una función jurisdiccional, pues su actitud no es definitiva ni suprema desde que quedará sujeta a lo que pudiera decidirse en el campo de la heterocomposición. De tal manera, esa actividad por naturaleza no tiene ni puede tener vocación de cosa juzgada ya que carece de poder imperativo y de eminencia y solamente podrá tener vigencia definitiva por accidente, es decir si queda consentida por el contrario.

También la administración pública puede interpretar el derecho, decirlo y aplicarlo por sí mediante el principio de ejecutoriedad del acto que pudiera emitir; por lo demás su decisión estará dotada de *imperium*. Sin embargo, por lo menos a la luz del sistema jurídico argentino, y en su relación con el administrado, no resuelve sino en el campo de la autotutela y no en el de la heterocomposición; así su conducta nace sujeta a la posibilidad de control por los órganos jurisdiccionales; no tienen por ende condición natural de eminencia que solamente sobrevendrá como contingencia, como en el caso anterior, si así lo acata el administrado sin recurrir a la jurisdicción. Fuera de ello, se observa que el acto administrativo es esencialmente revocable por la propia administración, salvo que hubiese generado derechos subjetivos en el que lo será, pero esta vez, por decisión judicial.

La presencia de los denominados “tribunales administrativos” merece una mención especial en lo referente a la trascendencia de sus decisiones. En la Argentina fue admitido su funcionamiento - malgrado el art. 109 de la Constitución Nacional que prohíbe al Ejecutivo ejercer funciones judiciales - por la jurisprudencia de la Corte Suprema en tanto exista control judicial suficiente de las sentencias que emitan; entiendo que estas carecen de naturaleza jurisdiccional y por ende no conforman “cosa juzgada”, porque no pueden ser considerados como estructuras de heterocomposición e

imparcialidad, sus decisiones no son eminentes por naturaleza puesto que se impone para su validez en el caso de ser cuestionadas el control judicial del caso. De tal manera que la “cosa juzgada administrativa” no merecería en realidad tal nombre.

VI. EL CONTROL JURISDICCIONAL ABSTRACTO

Que el control difuso de la constitucionalidad se lleve a cabo por la actividad jurisdiccional y, por lo tanto, en función de conflictos concretos no significa que los órganos jurisdiccionales no puedan tener asignadas otras funciones no jurisdiccionales derivadas de conflictos que no conjuguen derechos subjetivos.

Puede verse entonces que resuelven conflictos abstractos de acuerdo a sus competencias y por medio del Derecho. Tales son a) los conflictos de poderes y b) ciertas acciones populares.

- a) **Conflictos de poderes.** Con respecto a los conflictos de poderes se ve que en ellos no se juegan sino en el ámbito de la competencia y alcance de facultades públicas, de modo que no se trata de derechos subjetivos sino de cuestiones políticas jurisdizadas desde que aquellas están establecidas normativamente. La falta de un superior que pueda resolverlos - a la manera de los que pueden darse en el orden interno de la administración pública - impone asignar esa tarea a estructuras capaces de decidir sin el ingrediente político como manera de evitar, precisamente, soluciones reñidas con el orden normativo preestablecido. De ahí la judicialización de tales enfrentamientos.³²
- b) **Acciones populares.** Las acciones populares son aquellas para cuya promoción están legitimados todos y cada uno de los habitantes o ciudadanos - según el caso -, quienes pueden promover ante el órgano competente (puede ser judicial o tribunal constitucional, ver al

³² En la República Argentina, las constituciones provinciales y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asignan expresamente la solución de los conflictos de poderes a los tribunales superiores de justicia locales. Por el contrario, en los sistema concentrados los

respecto notas 14 y 15) la cuestión de la que se trate; ésta obviamente tendrá que estar vinculada a un interés común indiferenciado, sin perjuicio de que también puedan promoverla los afectados directos en tanto no invoquen esa condición de exclusividad. Según lo entiendo, el individuo habilitado para ejercer esa acción no obra en representación del conjunto, es decir del pueblo al que pertenece, sino a título propio, pero, precisamente, como parte de dicha totalidad y no como sujeto particularizado.

Es claro que las acciones populares no son los planteos de inconstitucionalidad de leyes que pueden llevar a cabo un número determinado de ciudadanos, según lo establecen las respectivas legislaciones y que dan motivo en los sistemas concentrados al control abstracto de la constitucionalidad; en éstas la legitimación se acuerda presuponiendo una minoría o un número excluyente de aquella totalidad.³³

Pueden ser de diversa índole: así corresponde distinguir entre acciones populares de juridicidad y acciones populares de denuncia. Las primeras son las que apuntan a señalar la incongruencia constitucional de la ley o de ciertas actividades políticas, o la incompatibilidad de normas de carácter general de menor rango con la ley. Tienen como objetivo la defensa del orden jurídico. En ellas, el individuo no acciona porque su derecho subjetivo a la existencia de un orden normativo haya sido violado o esté en trance de serio, sino por la defensa de dicho orden como cuestión que lo afecte en su interés a su mantenimiento como integrante del conjunto.³⁴

conflictos de poderes son dilucidados por los tribunales constitucionales en función jurídica no jurisdiccional (proceso competencial, art. 1 09 Cód. Procesal Constitucional de Perú).

³³ Son por ejemplo, las planteadas por cinco mil ciudadanos comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones previstas en el art. 203 inc. 5 de la Constitución Política del Perú

³⁴ Las acciones populares fueron desconocidas en el modelo kelseniano de control constitucional y conforman una modalidad de neta estirpe latinoamericana. BRAGE CAMAZANO, Joaquín: "La acción peruana de inconstitucionalidad", en PALOMINO MANCHEGO, José (coordinador): *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Libro de Homenaje a Domingo García Belaunde*, T. II. Grijley, Lima, 2005, pp. 807-808. La Constitución de Colombia (art. 241) muestra un claro ejemplo de este tipo de acciones populares, pero limitadas en su ejercicio a cualquier ciudadano y no a cualquier persona o habitante.

Las segundas son concretas en realidad, pues señalan la existencia de un caso o la potencialidad inmediata e indudable de su producción. Se trata de las que pueden promoverse en defensa de derechos de tipo ecológico - afectados o en vías de real afectación - que recae sobre bienes insuscepti-

Se los legitima entonces para promover acciones de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución (actos legislativos) cualquiera sea su origen, pero solo por vicios de procedimiento en su formación (Inc. 1°); contra leyes, por su inconstitucionalidad, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (inc.4°); ídem contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno en ejercicio de facultades legislativas extraordinarias, arts. 150 numeral 10 de la Constitución y relativas al plan de desarrollo (art. 341 de la Constitución) tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (inc.5). La resolución está a cargo de la Corte Constitucional.

En el ordenamiento peruano con el objeto de “defender la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser directa o indirecta, de carácter total o parcial, tanto por la forma como por el fondo” (art. 75 primera parte del Código Procesal Constitucional), si bien está limitada al ataque de “reglamentos normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso” (art. 76 del Código Procesal Constitucional). La competencia para su resolución se atribuye al Poder Judicial y puede ser ejercida por cualquier persona. Pienso que también entran en esta categoría las acciones de cumplimiento de la legislación peruana, salvo cuando se refieren ejecute o pronuncie un acto administrativo supuestos en los que se legitima exclusivamente por la persona a cuyo favor se expidió el acto o invoque interés en el deber omitido (art. 66 del Código Procesal Constitucional). Es competente, en todos los casos el Poder Judicial.

Otro ejemplo es el significado por la acción prevista por el art. 113, inc. 2 primera parte de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que otorga competencia exclusiva y originaria al Tribunal Superior de Justicia de ese Estado, para entender en las “acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución”. La Ley 402 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires alejó toda polémica acerca del carácter popular de la acción prevista en el art. 113 inc. 2 segunda parte de la Constitución de ese Estado al legitimar para interponerla según su art. 18 a las personas físicas y jurídicas, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público. El carácter popular ha sido por fin reconocido por la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de ese Estado argentino.

bles de apropiación o beneficio exclusivos (aire, agua, paisaje, naturaleza; defensa de la moral administrativa).³⁵

Además, y como se observa en la República Argentina, la Corte Suprema en uso de sus facultades implícitas ejercita el control abstracto de inconstitucionalidad de aquellas normas que por su alcance y gravitación sobre el Poder Judicial puedan afectar sus facultades naturales y su independencia.

³⁵ Ejemplo de este tipo de acciones populares es el dado por su configuración según el derecho colombiano. Así el art. 88 de la Constitución de ese país, impone que la ley regule “las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica o tras de similar naturaleza que se definen en ella”. Por su parte, la Ley 472 de 1998 las define como aquellos “medios procesales para la protección de derechos e intereses colectivos” (art. 2 parte primera). “Se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosa a su estado anterior cuando fuere posible” (art. 2 segunda parte) y proceden “contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos” (art. 9 Ley 472). A su vez, los derechos e intereses colectivos son enumerados por el art. 4 y son, entre otros, los de goce de un ambiente sano, el equilibrio ecológico, el aprovechamiento de los recursos naturales, la defensa del patrimonio público y del patrimonio cultural de la nación, la libre competencia, el acceso a la seguridad y la salud pública, derecho de los consumidores, etc. Están legitimados para ejercerla: “Toda persona natural o jurídica”, “organizaciones no gubernamentales, populares, cívicas o de índole similar”, la procuración general, ciertas entidades públicas con objetivos y actividad vinculadas a la cuestión de la que se trate, alcaldes y otros servidores públicos y en ciertos casos, el Defensor del Pueblo (art. 12 Ley 472 de 1998 de Colombia).

Igualmente la consagrada por el art. 5 de la Constitución del Brasil para anular actos lesivos para el patrimonio público, preservar la moralidad administrativa, defender el medio ambiente y los patrimonios cultural e histórico, siguiendo así la línea marcada por la vieja Ley 4.717 de 1965.

En la República Argentina, la Ley 25675 (Ley General del Ambiente) después de limitar la legitimación para recomponer el ambiente dañado a los habilitados para interponer amparo, es decir, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, señala en su parte final: “Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”. Confirman la condición de acción popular, MORELLO, Augusto Mario y SSDAR, Claudia B.: Acción popular y procesos colectivos, Lajuané, Buenos Aires, 2007, pp. 132 Y 156. Interviene el Poder Judicial.

VII. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES CONTROLES CONCRETOS Y ABSTRACTOS

Si se considera que en el sistema de control difuso todo tribunal puede entender en causa concreta - y aun abstracta si se tratare de ciertas acciones populares - en la temática constitucional, su consideración y resolución, todos y cada uno de ellos pueden considerarse justicia constitucional - a la par que ordinaria - y tribunales constitucionales. Sin embargo, el nombre de tribunales constitucionales (Corte Constitucional en Colombia) se reserva para los que en el sistema concentrado o en el mixto cumplen de manera prácticamente exclusiva y excluyente tareas de control y defensa del orden constitucional.

Los tribunales constitucionales, por lo menos si tomamos los ejemplos señalados en el punto I cumplen con una doble función de control: así lo hacen en abstracto o en concreto. En abstracto, es decir cuando ejercen la misión de tribunal constitucional propiamente dicho tal como primigeniamente lo concibió el pensamiento kelseniano, con independencia de la existencia de conflictos específicos en los que se jueguen derechos subjetivos reales.³⁶

Un tribunal constitucional opera entonces en abstracto cuando su actuación es promovida por sujetos que no invocan derechos subjetivos como base de su legitimación, sino lo que llamamos una legitimación funcional,³⁷ por ende no están sustentando aquellos sino circunstancias alejadas

³⁶ Con respecto al sistema de control concentrado se ha dicho que “El modelo centrado en la ley es el que se corresponde con los planteamientos kelsenianos de la jurisdicción constitucional como legislador negativo. En el recurso de inconstitucionalidad la impugnación de la ley se hace en términos puramente abstractos, sin relación con ningún caso concreto, y con frecuencia antes de que la ley haya sido aplicada a caso alguno.” (...) “Importa subrayar que la ley, por lo tanto, no se combate en nombre de derecho lesionado alguno y que por ello la finalidad directa e inmediata del recurso, resulta obvio, no es la protección de los derechos. TAJADURA TEJADA, Javier: “El Derecho Procesal Constitucional y la Garantía de los Derechos.” Fundamentales. Una reflexión desde la perspectiva europea”, en *El Derecho Procesal Constitucional Peruano...*, cit, T. II, p. 110.

³⁷ Llamo legitimaciones funcionales a las que instaura el orden jurídico atribuyéndoles la representación global de conjuntos indeterminados de personas. Así el defensor del

de un conflicto intersubjetivo o, cuando el mismo puede estar dado, pero la actividad incentivadora no se basa en él, sino en la pura existencia de contradicción directa o indirecta entre el orden normativo infraconstitucional y el orden jurídico supremo. Es el caso de los procesos de inconstitucionalidad de Perú (art. 203 de la Constitución Política y art. 98 del Código Procesal Constitucional) o del recurso de inconstitucionalidad español previsto en el art. 162, inc.1 a) de la Constitución española, y art. 32, 1 Ley Orgánica del Tribunal constitucional) o el de la acción popular de Colombia, según el art. 241 de la Constitución Política.

Un tribunal constitucional también opera como tribunal de garantías constitucionales y jurisdiccionalmente, cuando lo hace en concreto para resolver conflictos intersubjetivos³⁸. En esos casos el pronunciamiento

pueblo, lo hacen en nombre del conjunto político poblacional que es identificado con esa denominación; las asociaciones dedicadas a la defensa de derechos difusos, haciendo lo propio por los sujetos interesados o afectados en las cuestiones pertinentes; los colegios profesionales o partidos políticos legitimados para accionar en nombre de sus colegiados o afiliados, o un número determinado de personas en representación de las minorías. No escapa al concepto de legitimación funcional el presidente de la República en Perú, en tanto necesita para accionar la aprobación del Consejo de Ministros.

También entran en el concepto tratado los individuos en el ejercicio de la acción popular, pese a que en ese caso su legitimación no deviene de ningún papel representativo sino de su propia potenciación individual como miembros del conjunto. No debe olvidarse sin embargo que muchos de esos representantes están habilitados para promover y/o intervenir en causa concreta. Por ejemplo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio fiscal en los procesos de amparo constitucional (art. 6 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España); en las acciones populares (art. 13 segunda parte Ley 472 de 1998 de Colombia); también en Colombia en acciones de tutela (art. 46 y 47 Decreto 2591 de 1991); acciones de cumplimiento (art. 67 segunda parte del Código Procesal Constitucional de Perú).

³⁸ Los tribunales constitucionales actúan en causa concreta cuando en Perú resuelven por recurso de agravio constitucional en materia de denegatoria de hábeas corpus, hábeas data y proceso de cumplimiento de acto administrativo o de la actividad omitida de interés particular o de amparo (art. 18 del Código Procesal Constitucional de Perú).

En el sistema colombiano y si bien operando por salas en la revisión de las sentencias en la acción de tutela (arts. 31 y 34 Decreto 2591 de 1991), al igual que en el amparo constitucional de España (art. 53 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. A ello agregamos, conforme lo expuesto en el texto, la intervención de dicho tribunal en cuestiones de inconstitucionalidad.

La trascendencia de la función abstracta fue siendo desplazada por la segunda:

acerca de la constitucionalidad de la leyes, a mi juicio, jurisdiccional y por ende concreto porque importa definir un elemento jurídico decisivo para la solución del litigio, aun cuando sea utilizado por el magistrado de la causa ya que lo hará aplicando materialmente el criterio del fallo constitucional.

En efecto, el conflicto intersubjetivo estará presente, por ejemplo, en la decisión del magistrado español que remite la cuestión al Tribunal Constitucional, ya que para valorar la posible inconstitucionalidad de la ley no puede dejar de considerar la situación real que se está jugando en la causa en la que conoce y con relación a los motivos del conflicto y los agravios que se susciten en los sujetos enfrentados.³⁹ Por otra parte no puede ser de

“Este espectacular avance de los derechos constitucionales dincide en forma directa notable y en las funciones de los órganos de la Justicia Constitucional (...) Las referidas tendencias, que insisto son comunes a la mayor parte de los ordenamientos europeos, responden a una teoría de la Constitución centrada en la garantía de los derechos, y ponen en cuestión dogmas fuertemente arraigados en la concepción tradicional de la Jurisdicción Constitucional como legislador negativo. Concepción claramente insuficiente para hacer frente a los retos que las nuevas dimensiones de los derechos fundamentales presentan”. TAJADURA TEJADA, Javier: “El Derecho Procesal Constitucional y la Garantía de los Derechos Fundamentales...”, cit, p.l 14. Acerca de la insuficiencia del modelo kelseniano de legislador negativo puede verse: “La derrota de legislador negativo y la consolidación del juez, ordinario o constitucional, como mediador jurídico (o bajo parámetros jurídicos de primer orden)”. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy: Jurisdicción Constitucional. Impartición de Justicia y Debido Proceso, ARA, Lima, 2003, p.p. 53-54.

³⁹ La cuestión de constitucionalidad de leyes es la que en causa concreta plantea el juez ordinario de acuerdo a los términos de los arts. 35 y 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España. También lo es la que en el amparo constitucional puede plantear la Sala del Tribunal Constitucional interviniente, para que el pleno se pronuncie al respecto (art. 54.2 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España). El juez de la causa, por pedido de la parte o por propia iniciativa, evalúa la posible inconstitucionalidad de la ley y lo plantea argumentadamente al Tribunal Constitucional. Las partes no tienen recurso contra la decisión del magistrado ni tampoco pueden intervenir en el procedimiento ante el Tribunal Constitucional; participo de la idea de que tal sistema viola el derecho de defensa de tales sujetos pues no pueden impugnar la decisión del juez ni sus fundamentos. De todos modos y aunque en la primera instancia no prosperase el envío, este puede producirse de oficio o por planteo de parte, en la instancia superior. En el amparo constitucional ocurre algo parecido pues el requerimiento de la Sala al pleno, puede producirse a iniciativa de parte o de oficio (art. 55.2 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

El carácter concreto y por ende jurisdiccional se pone de manifiesto cuando se observa que la cuestión constitucional debe ser elevada al Tribunal con testimonio de los autos

otra manera, pues el planteo de inconstitucionalidad que individualmente pudieran formular las partes no podría ser abstracto sino derivado de la situación litigiosa; pues de lo contrario se las estaría legitimando para ejercitar, por lo menos ante el juez interviniente, una suerte el recurso de inconstitucionalidad de la normativa española o de demanda de inconstitucionalidad de la colombiana o peruana que solamente pueden sustentar las “representaciones funcionales”. Si la cuestión resultare de la iniciativa del juez, éste no está legitimado para sustentar una acción de inconstitucionalidad, de modo que en su presentación no puede sino remitirse al conflicto y su relación concreta con la norma general eventualmente inconstitucional.

En cuanto al Tribunal Constitucional de España, si bien es cierto que - como en otras latitudes - el test de constitucionalidad consiste siempre en el cotejo entre la norma constitucional y la infraconstitucional para determinar el grado de ajuste de la segunda a la primera, no lo es menos que ante un conflicto jurisdiccional en el que la inconstitucionalidad es un factor de agravio específico a una también específica situación de las partes enfrentadas, el juicio comparativo no puede prescindir de la realidad fáctica sub- yacente en el conflicto, por más que la “mecánica” de realización del test pueda ser la misma que emplea cuando resuelve en abstracto los recursos de inconstitucionalidad.

De todas maneras, la decisión en abstracto no es incompatible con la naturaleza jurisdiccional que atribuyo al pronunciamiento de constitucionalidad en causa concreta. La abstracción podrá devenir del origen incentivador del pronunciamiento al no tratarse de acción promovida por sujetos de un conflicto sobre derechos titularizados; también podrá darse como consecuencia de una total abstinencia del juzgador con respecto al conflicto real o del método o técnica empleado para resolver, pero, de todos modos la característica (jurisdiccional o no) del fallo quedará definida por la incidencia que pueda tener en la resolución del conflicto, de modo que la naturaleza de este “arrastra” la del pronunciamiento.

principales y las alegaciones de parte si las hubiera (art. 36 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Precisamente la riqueza en modalidades que la doctrina encontró en las sentencias de los tribunales constitucionales, así como en las del sistema difuso,⁴⁰ es la que ha permitido clasificarlas en manipulativas, aditivas, sustitutivas exhortativas⁴¹.

Como ya se dijo, tanto en concreto como en abstracto (es decir jurisdiccionalmente o no) el tribunal constitucional resuelve por lo menos en los sistemas que se tienen en cuenta por aplicación del derecho y no por criterios políticos de oportunidad y conveniencia.⁴²

VIII. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. NATURALEZA DE SUS PRONUNCIAMIENTOS

Con sujeción a las particularidades de cada ordenamiento nacional, un tribunal constitucional combina entonces, y según el tipo de conflicto que enfrente, funciones jurisdiccionales con otras que no lo son.

Así, en sus tareas corresponde distinguir tres tipos de pronunciamientos:

1. Los jurisdiccionales que recaen en causa concreta que les llega por vía recursiva (amparos, hábeas corpus, acciones populares-de acuerdo a la solución contemplada en cada país-) Se trata de una función jurisdiccional a la que llamo “directa” que básicamente estará referida, en lo constitucional, a la descripción del alcance y

⁴⁰ SAGÜES, Néstor Pedro: Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 75.

⁴¹ SAGÜES, Néstor Pedro: cit, pp. 76-77.

⁴² Ahora bien, el hecho de que los conflictos constitucionales tengan una gran trascendencia política no significa que su resolución no pueda sujetarse a criterios de derecho y a formas jurisdiccionales; ese es el sentido de la justicia constitucional, la reducción del conflicto a unos cauces jurídicos sin que ello suponga ignorar su naturaleza política. La aportación de la justicia constitucional es, pues, de carácter técnico y atañe a los medios de superación del conflicto: resolución por un tribunal- órgano independiente sujeto solo al Derecho”. PÉREZ TREMS, Pablo: Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p.14.

características del derecho o garantía invocada por el recurrente o su contrario.

2. Los consultivos, que resultan-en la normativa española- de las cuestiones de constitucionalidad remitidas por la jurisdicción y que, a mi juicio, participan de la naturaleza jurisdiccional de los anteriores, pero esta vez de manera “indirectas”.⁴³
3. Los de jurisdiccionalidad indirecta, que se dan en los procesos mencionados en el punto 1 de esta clasificación, cuando en esas vías se practica el test de constitucionalidad de ley si es que la conducta impugnada se basó en ella y lo resuelto deberá integrarse en el fallo dictado por el juez de la causa.
4. Los abstractos que se corresponden con conflictos en los que no entran en juego derechos subjetivos (recursos o demandas de inconstitucionalidad, acciones populares según la distinción efectuada, cuestiones de competencia). Es el control jurídico no jurisdiccional, objetivo abstracto.

En lo referente a su contenido y test de constitucionalidad consiguiendo, las sentencias pueden tener sentido a) positivo, si declaran la constitucionalidad de la norma y b) negativo si llega a la conclusión contraria. A la

⁴³ Es difícil determinar la naturaleza jurídico procesal de las cuestiones de inconstitucionalidad de la legislación española, a la luz del derecho procesal. En tanto promovida por el tribunal interviniente, el propio Tribunal Constitucional ha dicho que “no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de una ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en la que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución” (sentencia del 1 de junio de 1981), transcrita por CANO MATA, Antonio: Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, p. 32, La encuentro comprendida en un deber funcional, semejante al sistema de consultas - salvando la distancia de origen normativo- que opera en ciertos casos. Por ejemplo, declaración de incapacidad - art. 633 última parte del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, o de interdicción y sentencias adversas a la nación y entidades públicas, art. 386 Código de Procedimiento Civil de Colombia, así como en este mismo país la elevación, aún sin impugnación, de las sentencias recaídas en procesos de tutela para que sean revisadas por la Corte Constitucional -art. 31 segunda parte Decreto 2591 de 1991- o la consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la acción popular -art.95

vez, tanto en una como en otra dirección, el tribunal podrá fijar criterios interpretativos de las disposiciones constitucionales, cosa que también podrá ocurrir a través de la actividad jurisdiccional tanto directa como indirecta.

IX. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: LOS EFECTOS POLÍTICOS

Como consecuencia del papel que los tribunales constitucionales tienen asignado para el mantenimiento y preponderancia del orden jurídico supremo puede observarse que los fallos que emiten en calidad de “cosa juzgada constitucional” (tanto obrando en abstracto como en concreto) gozan de dos efectos de naturaleza política, pues proyectan tales decisiones inclusive fuera de casos jurisdiccionales que resolvieren y con alcance generalizante. Se trata por un lado del efecto derogatorio de normas generales de nivel legislativo o equivalente⁴⁴ y, por otro lado, el efecto vinculante⁴⁵.

Son efectos políticos pues si política es la creación de leyes, también lo será la tarea derogatoria; por su parte la vinculación resultante del fallo

Código Procesal Constitucional de Perú publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 38.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España).

⁴⁴ Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian, tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación” (art. 81 primera parte, Código Procesal Constitucional). Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 38.1 Ley Organica del Tribunal Constitucional de España).

⁴⁵ Cosa juzgada. Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación” (art. 82 Código Procesal Constitucional de Perú). “Las sentencias que proferirá la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para las partes y los particulares” (art. 21 Decreto 2067 de 1991 de Colombia).

de sentido positivo viene a operar no como factor sustitutivo de la norma sino coadyuvante del valor general de la misma resultante de su nacimiento, así el fallo pasa a confundirse con aquel valor y a participar de su misma naturaleza política.

- a) Efecto derogatorio, derogatorio es el resultado-dentro de la lógica de los sistemas concentrados- de la ubicación del Tribunal Constitucional fuera del esquema tripartito de poderes y del equilibrio que entre ellos pretende establecer el orden constitucional y que se vería quebrado si uno de aquellos pudiese deshacer directamente lo operado por el otro en uso de sus facultades naturales. Se suele decir que un tribunal constitucional opera como "legislador negativo", al hacer propio un efecto-el derogatorio- que resultaría del resorte exclusivo del poder creador de la ley.

Un tribunal constitucional puede actuar dividido en salas para conocer de ciertos procesos,⁴⁶ pero el efecto derogatorio no se produce sino por las sentencias plenarias y dentro de las vías destinadas a producir el control de constitucionalidad.⁴⁷

⁴⁶ En el sistema español, las salas del Tribunal intervienen en el amparo constitucional (art. 48 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y en Colombia, las salas son competentes para la revisión de las sentencias dictadas en acción de tutela (art. 34 Decreto 2591 de 1991).

⁴⁷ Así por ejemplo, en el sistema español el control de constitucionalidad de leyes está a cargo del pleno del Tribunal Constitucional que entiende en las cuestiones y recursos de inconstitucionalidad, únicas vías de las que puede resultar la derogación (arts. 38.1 y 39.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y a las que se suma en el amparo constitucional y a iniciativa de la Sala del Tribunal, la cuestión de inconstitucionalidad que formule con respecto a la ley en la se basare la conducta lesiva para que sea considerada por el pleno (art. 55.2 Ley Orgánica Tribunal Constitucional).

Según lo expresé, el Tribunal Constitucional opera de manera concreta en las cuestiones de inconstitucionalidad y las sentencias que dicte en tal vía tienen el mismo valor y efectos que las pronunciadas en función abstracta en el recurso de inconstitucionalidad (art. 38.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) sin perjuicio de sus consecuencias jurisdiccionales.

En Perú, la acción de inconstitucionalidad es la única vía apta para lograr una declaración de inconstitucionalidad de leyes (arts. 81 y 82 del Código Procesal Constitucional); en ella la declaración de inconstitucionalidad requerirá el voto de cinco de los siete miembros del Tribunal reunido en sala plena (art. 5 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y

Si la sentencia tiene sentido positivo obviamente desaparece el efecto derogatorio aunque tenga plena vigencia el vinculante. Junto con ello se debe destacar que los fallos de tribunal constitucional dados con aquel sentido no producen “efecto antiderogatorio”, ya que no pueden proteger a la ley de los cambios de criterio que en el futuro pudiera sustentar ni de su desaparición por obra legislativa por razones políticas o, según estimo, inclusive por discrepar con respecto al criterio del tribunal considerando políticamente necesaria la derogación.

Es claro que la sentencia de sentido negativo, estimatoria de la acción o recurso correspondiente, no produce el efecto restitutivo de las normas derogadas por la ley declarada inconstitucional, consecuencia también política que únicamente podría resultar de la decisión del parlamento⁴⁸.

Si bien un tribunal constitucional puede-como se verá- apartarse del precedente que hubiese fijado, no está habilitado en uso de esa facultad para restituir la ley que se derogó como consecuencia de su fallo, pues para ello tendría que estar habilitado como “legislador positivo” con ese específico alcance.

Todo pronunciamiento negativo en causa concreta (sea de jurisdicción directa o indirecta) importa la inaplicabilidad de la norma fulminada al caso, desde que el tribunal que lo sentencia no la utilizará para el juzgamiento, pero tal prescindencia resultará del efecto derogatorio ya que aquella habrá quedado borrada de la realidad jurídica de tal manera y en esa situación la naturaleza jurisdiccional de la sentencia permanecerá inalterable.

- b) El efecto: vinculante. Ya se dijo que un tribunal constitucional puede operar jurisdiccionalmente en causa concreta. Su sentencia tendrá

producirá el correspondiente efecto derogatorio (art. 204 Constitución Política, art. 81 Código Procesal Constitucional).

⁴⁸ “Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones que ella hubiera derogado” (art. 82 segunda parte. Código Procesal Constitucional de Perú).

entonces efecto vinculante específico, similar al que describiera en el punto III.

Pero cuando lo hace de manera abstracta (acciones de inconstitucionalidad en España y Perú, acciones populares en Colombia) opera el efecto vinculante genérico destinado a hacer valer el factor seguridad jurídica y a evitar conflictos de poderes y que también puede ser agregado por especial concesión del constituyente o del legislador al pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales encarnados en los Poderes Judiciales.

El efecto vinculante genérico resulta a) de los pronunciamientos, de sentido negativo con alcance erga omnes, pues nadie podrá considerar vigente la ley fulminada (ni los particulares ni los poderes del estado) y en lo referente al parlamento quedará impedido de volver a sancionarla para que recobre su vigencia.

- c) De los pronunciamientos de sentido positivo, es decir confirmatorios de la constitucionalidad de la ley.⁴⁹ En este caso encuentro dos variantes; el efecto vinculante confirmatorio y el interpretativo. El primero es inherente al pronunciamiento estimatorio, de modo que no pueda discutirse en lo sucesivo la validez constitucional de la ley sin perjuicio de los cambios de criterio admisibles en la labor del tribunal o de una decisión derogatoria de carácter político por parte del parlamento. El segundo es el relativo a la inteligencia 'de las disposiciones legislativas y constitucionales que permitieron al tribunal constitucional producir el fallo de sentido positivo.

Es claro que si el pronunciamiento tiene tal sentido el efecto vinculante confirmatorio refuerza la presencia de la ley, que nunca dejó de regir ni siquiera cautelarmente.⁵⁰ Si bien las legislaciones hablan de “los efectos

⁴⁹ Refiriéndose al control difuso “Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular” (Título Preliminar, art. VI, primera parte in fine Código Procesal Constitucional de Perú).

⁵⁰ “En el proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares” (art. 105 Código Procesal Constitucional de Perú). “La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición

generales” (art. 38.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España) o de “alcances generales” (art. 51 Código Procesal Constitucional de Perú), pienso que la sentencia de sentido positivo no puede asimilarse a una ley pues no habrá hecho otra cosa que señalar la solidez constitucional de la norma general; pero no la de sumar una norma general a otra inalterablemente vigente; es claro que será un agregado que impedirá que como solución integrante del efecto de vinculación, en causas futuras y mientras perdure el criterio sustentado por el tribunal constitucional, los jueces puedan declarar la inconstitucionalidad oficiosamente o a pedido de parte si en un sistema mixto estuvieren habilitados para ello.⁵¹

normativa o del acto con fuerza de ley...” (art. 30 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España).

En cambio, en materia de acción popular prevista por el Código Procesal Constitucional de Perú y en virtud de la condición infralegal de las normas contra las que procede, se admite que pueda “solicitarse medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitando la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento”(Art. 94). En el régimen de control abstracto difuso “Es jurisprudencia pacífica y reiterada del Tribunal que la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 11; 3 inc. 2 de la CCBA resulta incompatible con el dictado de medidas cautelares” (Causa Valdés Eduardo Félix c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallo del 12/6/2002); si bien podrían dictarse ante situaciones de agravio irreparable. RISSO, Guido: Acción declarativa de inconstitucionalidad en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Nociones y pautas procesales, El Derecho, Colección Académica, Buenos Aires, 2004, pp. 33-34.

⁵¹ “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional” (art. VI, segunda parte, Título preliminar del Código Procesal Constitucional de Perú): “en todo tipo de procesos” (Disposición Primera de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Perú)”

Art. 23, Decreto 2067 de 1991 de Colombia: “La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Las modificaciones a la doctrina existente deberán ser explícitas en la sentencia”

En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelven los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad” (art. 40.2 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España).

El efecto vinculante obligará a las representaciones funcionales y jefes de gobierno a someterse al criterio del tribunal y no poder llevar a cabo un nuevo intento derogatorio luego de no haber tenido éxito; pero bien puede ocurrir que el sistema impida que otros legitimados pueden formular sus propios planteos con ulterioridad al fallo.⁵² Acerca del tema véase lo expresado en el punto siguiente y nota correspondiente, así como en el mismo la diferencia que corresponde hacer cuando se planteó una acción popular o el nuevo intento lo formulan ciertas representaciones funcionales.

Es claro que el efecto vinculante del fallo dictado en función abstracta no inhibe al particular de apartarse del criterio del tribunal constitucional en sus relaciones, corriendo el riesgo consiguiente de perder los juicios que intentare o pudieran intentar en su contra con relación a la doctrina del pronunciamiento.

El efecto vinculante interpretativo obliga al ejecutivo a ajustarse en sus actos, reglamentos y demás disposiciones generales que emita a la inteligencia establecida por el fallo constitucional.

El efecto vinculante interpretativo opera sobre los jueces ordinarios que deberán ajustarse a la inteligencia fijada por el tribunal constitucional, de modo que no sólo no podrán discrepar con la conclusión emitida por este, sino que tampoco podrán hacerlo por las razones que hubiera empleado al efecto.⁵³ Nada les impide mejorar y ampliar las razones expuestas por dicho tribunal ni apartarse de los criterios que éste hubiese fijado, cuando

“Las sentencias de la Corte Constitucional (...) sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omne sea la parte resolutive”. Las motivaciones “constituirán criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por esa vía de autoridad hace tiene carácter obligatorio general” (Ley 270, art.48 primer inciso). En cambio las decisiones adoptadas en la acción de tutela “tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces” (Ley 270, art. 48 segundo inciso).

⁵² “Las sentencias desestimatorias dictadas en recurso de inconstitucionalidad impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma vía, fundado en infracción de idéntico precepto constitucional” (art. 38.2 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España).

⁵³ Ver la legislación transcrita en nota 31.

entendieren que no se corresponden con el caso a resolver sin perjuicio de ajustarse a las reglas interpretativas generales.⁵⁴

X. “COSA JUZGADA” Y SENTENCIAS ABSTRACTAS

La “cosa juzgada constitucional” consecuencia del pronunciamiento de un tribunal constitucional operando “en abstracto” y la cosa juzgada resultante de un tribunal jurisdiccional presentan las siguientes similitudes:

- a) Ambas resultan de pronunciamientos insusceptibles de ser revisados por instancias superiores a las que los emitieron. Se trata entonces de pronunciamientos firmes y por ende irrecurribles.
- b) Ambas resultan de órganos dotados de imperium.
- c) Tiene condición de eminencia en el ámbito al que se refieren.

X.1. Diferencias:

Fuera de la distancia que establecen las consecuencias políticas de las que están dotados los tribunales constitucionales (efectos derogatorio y vinculante), anotaré las siguientes:

- a) Los de los tribunales constitucionales en función abstracta no resuelven sobre derechos subjetivos.
- b) Los fallos de los tribunales constitucionales no tienen sino efecto ex nunc como regla general.⁵⁵ Si la función jurisdiccional, según lo

⁵⁴ “El contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como los de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que Perú es parte” (art. V, Título Preliminar, Código Procesal Constitucional).

⁵⁵ “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del art. 241 de la Constitución Política tienen efecto hacia el futuro, a menos que la Corte resuelva lo contrario” (art. 45, Ley 270 del año 2004 Colombia). Ver en nota 24 la transcripción del art. 81 del Código Procesal Constitucional de Perú, pero la excepción a la regla la constituyen las declaraciones de inconstitucionalidad de normas tributarias por violación al art. 74 de la Constitución que también pueden resolver “lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia” (art. 81

pienso, tiene por objeto la protección de los derechos subjetivos mediante la aplicación del derecho objetivo al caso,⁵⁶ es lógico que la sentencia tenga que tener efectos retroactivos que lo protejan desde el momento en que aparecen conductas o situaciones que puedan afectarlos, ello sin perjuicio de las sentencias constitutivas; por el contrario, la falta de vinculación entre el derecho subjetivo y la labor abstracta del tribunal permite-aunque no lo impide totalmente-que la sentencia de constitucionalidad no tenga retroactividad. Una inquietud que surge enseguida es la de la retroactividad o no de la declaración de inconstitucionalidad del derecho español, ya que a contramano de la letra del art.38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pienso que si la conclusión de éste vincula al juez y le obliga a considerar que la ley es o no constitucional según el criterio eminente y así lo aplica a la resolución de una pretensión de condena o declarativa, el fallo del Tribunal Constitucional está teniendo un real efecto retroactivo sin perjuicio de que no lo tenga por vía del vinculante genérico referido en el punto VIII.b.

- c) Precisamente por no estar vinculados con la necesidad de proteger derecho en concreto para justificar de esa manera una sentencia

segunda parte). Sin embargo, en la legislación peruana la acción popular admite la posibilidad de que el tribunal sentenciante determine con efecto retroactivo la nulidad de las normas impugnadas (art. 81 tercera parte del Código Procesal Constitucional). “Por tanto, se suprime la existencia de un reglamento desde el inicio mismo de su vigencia, debiendo deshacerse los efectos que él hubiera podido producir durante su eficacia. La tesis a favor del efecto de inaplicación, o de la anulación, a partir de la constatación del vicio por la autoridad, ha cedido en favor de la tesis objetiva de la jurisdicción. El Poder Ejecutivo ya queda advertido, si incurre en una inconstitucionalidad o ilegalidad cuando apruebe un reglamento, no podrá beneficiarse de su transitoria vigencia, pues cuando la autoridad judicial lo declare -a pedido de cualquier ciudadano- tendrá un efecto ab initio ..” (MORÓN URBINA, Juan Carlos: “Aportes para el estudio del nuevo régimen de la acción popular en el Código Procesal Constitucional”, en el Derecho Procesal Constitucional, cit., T. 11, pp. 1102-1103). Pongo de resalto que, conforme la Exposición de Motivos del Código, esa solución no obedece sino a cuestiones prácticas, y para revitalizar dicha acción, ya que como se dice, por sus alcances limitados fue utilizada muy pocas veces prefiriéndose la vía del amparo con la consiguiente distorsión. Ver en nota 26 la transcripción del arto 38.1 de. La Ley⁵⁶ Orgánica del Tribunal Constitucional de España.

⁵⁶ Ver nuestra opinión al respecto en RIVAS. Adolfo A.: Teoría...cit, pp. 165-166.

efectiva, es que en las acciones de inconstitucionalidad no proceden las medidas cautelares (Ver al respecto la nota 30).

- d) Como consecuencia de su falta de retroactividad y de su alcance natural, los fallos de los tribunales constitucionales en control abstracto no modifican-como principio general⁵⁷ la cosa juzgada jurisdiccional que se hubiese dictado señalándose con ello la diferencia existente entre una y otra.
- e) Como resultante de esta falta de “anclaje” con derechos subjetivos, el Parlamento puede dejar de lado la cosa juzgada constitucional de sentido positivo derogando la ley respaldada por aquella. Así también los tribunales constitucionales pueden variar su propio criterio sobre la misma cuestión, si bien con efecto constitutivo.⁵⁸

⁵⁷ Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, “salvo a favor del condenado” (art. 40.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España).

⁵⁸ El Tribunal constitucional puede alejarse del criterio que hubiere fijado, dejando de lado su propia cosa juzgada al apartarse del precedente. Así lo dispone el art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de Perú, que exige que en el caso se expresen los fundamentos de tal decisión. La pregunta que puede formularse es cuál es la vía por la cual el Tribunal Constitucional puede revisar sus propios criterios si de acuerdo al art. 104 inc. 2 Código Procesal Constitucional, debe declarar la improcedencia de una demanda de inconstitucionalidad “cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo” y el test de compatibilidad entre la ley y la Constitución únicamente puede hacerse por el proceso de inconstitucionalidad. Parece entonces que si no obstante la letra legal y la existencia de cosa juzgada, el Tribunal Constitucional puede apartarse del precedente es porque le es facultativo admitir o no una nueva demanda y hará lo primero si advirtiere la posibilidad de revisar sus propios fallos. Como los poderes públicos no pueden apartarse del criterio del tribunal en virtud del carácter vinculante de las sentencias, debe concluirse en que solamente los conjuntos populares minoritarios, los colegios profesionales y las minorías parlamentarias que no fueron parte en el de formación del precedente y que no constituyen en sí poderes públicos, estarán en condiciones de deducir -con el riesgo consiguiente- la inconstitucionalidad ya descartada. De lo contrario pienso que la posibilidad de abandonar el precedente no tendría andamio, salvo por iniciativa totalmente oficiosa para lo cual el Tribunal Constitucional no aparece autorizado y, por ende, la mención de tal cambio en la legislación positiva carecería de sentido. Viendo en nota “31 el art. 23 del Decreto 2067 de 1991 de Colombia, aparece también la posibilidad de cambio de doctrina. Con respecto a ella, corresponde hacer las

-
- f) La cosa juzgada de sentido negativo, no obstante la imposibilidad de ser afectada por obra de ninguno de los poderes públicos ni por decisión de los propios tribunales constitucionales, lejos está de la inmutabilidad que caracteriza a la cosa juzgada. En efecto, un cambio de la ley suprema que en principio no podría incidir sobre ninguna sentencia jurisdiccional firme con esa autoridad, podría sin embargo afectar la cosa juzgada constitucional de efecto derogatorio, dejándola sin sentido al asumir un alcance que permitiese al legislador volver a sancionar la ley derogada por incompatible con el orden constitucional anterior.

mismas consideraciones pese a lo dispuesto por el art. 6 tercera parte del mencionado ordenamiento que impone el rechazo liminar de las demandas de inconstitucionalidad con tránsito a cosa juzgada, pero deja abierta la puerta de un cambio de criterio desde que posibilita que la inadmisión sea decretada recién en la sentencia.

Es cierto que el art. 221 del Decreto 2067 de 1991 -ver su texto en nota 27- impone el obligatorio cumplimiento de las sentencias con valor de cosa juzgada no solamente para las autoridades sino también para los particulares, con lo cual después de un fallo de sentido positivo recaído en acción popular de las del art. 241 de la Constitución Política, ningún otro ciudadano podría intentarla; solución que, por supuesto, eliminaría la condición popular de la acción. Pienso que el deber referido hace al particular parte en la acción o al que, sin desmedro de sus derechos subjetivos debe prestar su colaboración material necesaria para el cumplimiento de un fallo del alto tribunal.

En España, “Las sentencias desestimatorias dictada en recursos de inconstitucionalidad impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma vía, fundado en infracción de idéntico precepto constitucional” (arto 38.2 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), solución que indica que se bien la cosa juzgada positiva cierra el camino de los recursos de inconstitucionalidad a los demás legitimados, no impide que puedan producirse cuestiones de constitucionalidad capaces de hacer variar el criterio del tribunal, si bien es cierto que ya no se trataría del análisis abstracto sino, según el punto de vista que sostengo, desde el prisma del caso concreto, pero que puede provocar en definitiva un cambio de doctrina o por lo menos la posibilidad de que así se produzca (rivasadolfo@hotmail.com, Bernardo de Irigoyen 207 Castelar (1712) 4629-1823; 4629-6687).

AUTORES NACIONALES

Domingo GARCÍA BELAUNDE

El Derecho Procesal Constitucional y su configuración normativa

Luis CASTILLO CÓRDOVA

El plazo estrictamente necesario y el plazo máximo en la detención

Gonzalo DEL RÍO LABARTHE

Independencia e imparcialidad de los jueces en el proceso penal

Gerardo ETO CRUZ

La inconstitucionalidad por omisión

IURA

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

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA⁵⁹

Domingo GARCÍA BELAUNDE

La mesa redonda que nos convoca hoy día está dedicada a la “naturaleza del Derecho Procesal Constitucional”, que en términos clásicos significa buscar lo que es, sus características, para qué sirve y sobre todo dónde se ubica. Implica por cierto un concepto y además un contenido. En términos generales abarca lo que podríamos llamar el control constitucional, o sea, la supervisión y vigilancia de la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico. El Derecho Procesal Constitucional, en rigor, solo existe desde que nace el concepto moderno de Constitución, o sea, desde fines del siglo XVIII y principios del XIX.

Por cierto que es fácil encontrar ejemplos en los siglos anteriores - y podríamos remontarnos a los griegos - para comprobar de que no solo se daban ordenamientos que encauzaban conductas -llamémoslo Derecho o como fuera- sino que existían escalonamientos y determinadas formas o autoridades que vigilaban que ciertas normas o valores estuviesen por en-

(*) Reconstrucción de la ponencia presentada en el VII Encuentro de Derecho Procesal Constitucional (Santo Domingo, Rep. Dominicana, 2-4 de marzo de 2011). Texto revisado en mayo de 2011.

cima de otras. Es decir, desde siempre ha habido una especie de control dentro del entramado normativo, compuesto en su origen por normas morales y religiosas.

Ahora bien, para entrar en nuestro tema digamos algo sobre lo que es el “derecho procesal constitucional” y la manera cómo se le concibe modernamente. Y esto es tremendamente complejo, pues no existe una tendencia o doctrina pacífica en cuanto a su ubicación, estructura y naturaleza, que son, si se quiere, el soporte de la disciplina y su razón de ser. Y tampoco unanimidad en apreciar la manera cómo actúa y para qué sirve, especialmente en lo relacionado con los procesos, que son la manera moderna de resolver los conflictos en la sociedad actual. Pero aquí nos centramos sobre todo en la primera parte.

Su “naturaleza”, pues, no es pacífica. Y esto por cuanto los dos grandes modelos inspiradores de todo lo que ha venido después, como son el modelo americano y el modelo europeo, no tuvieron ideas claras al respecto, ni mucho menos de lo que ello significaba. En el primero, nacido en el célebre caso “Marbury vs. Madison”, el juez Marshall se encontró con un tremendo problema que tenía un claro matiz político, que gracias a su indiscutible genio supo manejar exitosamente. Y para él el problema era muy simple: distinguir qué era superior, si una Constitución o una ley. Y como lo era la Constitución, entonces alguien tenía que hacer esa constatación y declarar que esa ley que atentaba contra la Constitución no era aplicable. Y ese alguien no podía ser otro sino el Poder Judicial. Marshall lo que hizo fue poner en claro el principio de la supremacía constitucional, o sea, que la Constitución tenía un valor jurídico y no un valor político, como pensó la Europa del siglo XIX y gran parte del XX. Y además otorgó esa facultad al Poder Judicial, que lo podía hacer en cualquier circunstancia. Por eso, nada que se parezca al “derecho procesal constitucional” existe en los Estados Unidos, en donde lo que preocupa es el respeto a la Constitución y como hacerlo efectivo Y esto en todos los niveles y en todas las áreas. Y así ha sido desde entonces.

Por su parte, el gran teórico del modelo concentrado que es Kelsen llegó a las mismas conclusiones - a inicios del siglo XX - pero le dio una solución distinta y así fue cómo surgió la figura del Tribunal Constitucional, que luego otros imitaron. En su gran escrito teórico de 1928 no ve el problema de ubicación, lo que se comprueba con dos hechos: por un lado, sostiene que toda su argumentación se basa en su “Teoría General del Estado”, que había publicado en 1925, o sea, poco antes. Y, además, que dicho Tribunal Constitucional era un legislador negativo, o sea, un complemento del Parlamento y no su rival. Por cierto, Kelsen, entonces magistrado del Tribunal Constitucional austríaco, conocía de procedimientos y de ciertas figuras procesales por su práctica diaria, pero no más que eso. Y todo su empeño se inspira en la idea de la supremacía constitucional.

Vemos, pues, que los creadores de los dos modelos clásicos de jurisdicción constitucional, uno en 1803, otro en el período 1920-1928, no tenían clara idea de lo que hacían desde un punto de vista de su ubicación y de su naturaleza conceptual. Y lo mismo puede decirse de los demás modelos e hibridaciones que surgieron a partir ellos, ya muy avanzado el siglo XX. Y esto puede explicar por qué el tema sigue siendo materia de discusión y además de razonamientos de los más variados y no necesariamente coincidentes.

Para afrontar algo mejor la situación, conviene quizá remontarnos a ciertos conceptos básicos, que nos son comunes a quienes vivimos en sistemas jurídicos de carácter o impronta romanista (el problema del “common law” es algo que dejamos para otra ocasión). Y es lo siguiente: el Derecho Romano nace lentamente antes de nuestra era y se consolida y unifica recién en los primeros siglos del cristianismo con una culminación, por así decirlo, en el “Corpus Juris Civile (529 d.C) divulgado o estudiado en el Digesto y en las varias Institutas que se conocen. En la práctica, el Derecho Romano se consolida y organiza en el siglo VI, y luego tendrá una larga difusión y sistematización en la Edad Media y así llega a los estados modernos (del siglo XVII en adelante).

Aunque el Derecho Romano fue una unidad, es cierto que se distinguía a su interior el Derecho público del Derecho privado. Esta distinción hoy es cuestionada pero sigue prestando utilidad porque en rigor todo era Derecho dentro del gran “corpus juris”. En cierto sentido, tan solo el Derecho Mercantil- con diversas leyes como las de Amalfi - y el Derecho Internacional - a partir de Suarez - tienen una vida y desarrollo independientes, si bien toman mucho del Derecho Romano clásico. Pero, en términos generales, el Derecho Romano - y los derechos nacionales que le siguieron - era una unidad, un todo inescindible. Y así lo fue por mucho tiempo.

Las cosas cambiaron notablemente en el siglo XIX con la aparición de la codificación moderna - antes la hubo, pero con otros alcances - y más en concreto con los códigos napoleónicos, de los cuales el más importante fue el Código Civil de 1804, de tan larga influencia en Europa y en América Latina. Precisamente este Código originó una inmensa literatura en grandes y numerosos volúmenes y creó una importante escuela: la de la Exégesis, que prácticamente copó todos los medios académicos europeos - y latinoamericanos - durante el siglo XIX. Este Código creó en rigor el Derecho Civil como rama autónoma dentro del Derecho general. Y luego el Derecho Penal, como otra rama que partió del Código Penal de 1810: el primero dentro del Derecho privado, el segundo dentro del Derecho público. Fueron los primeros en aparecer como tales - con ciertos antecedentes, por cierto - y siguen siendo los más representativos, si bien hoy la proliferación de ramas jurídicas ha ido en aumento constante, lo cual a veces hace olvidar que a la larga el Derecho es uno solo, si bien con multitud de matices.

Ahora bien, el Derecho Romano consideraba dos tipos de normas - entre otras más que aquí no detallamos-, unas que establecían una facultad, una prerrogativa o una atribución (por ejemplo, como propietario de un bien inmueble) y otra la manera cómo defenderlo frente a terceros (o sea, si existe alguna invasión a mi bien o es afectado por medidas adoptadas por terceros) y en este caso empleo ciertos medios o acciones destinadas a defender mi propiedad. No obstante, gran parte del siglo XIX consideró que el Derecho seguía siendo sólido y sin más divisiones que las que existían. Así, gráficamente se decía que el Derecho era una persona en descanso,

sentada, que representaba lo que hoy llamamos derecho sustantivo. Y cuando defendía su propiedad, era la misma persona la que se ponía en pie y actuaba.

Tan solo a mediados del siglo XIX, y más en concreto en 1868, es que Osear Bülow en su famosa obra *La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales* proclama la autonomía de la “acción”, si bien antecedido por la polémica Windscheid – Mutheiru. O sea, el hombre que se paraba no era el mismo que el hombre que actuaba. Y distinguió un derecho sustantivo, que era el hombre sentado, de un derecho adjetivo, que era el hombre en acción. Y es a partir de ahí que se inicia esa diferencia entre “tener algo” y “defender ese algo”. Lo que se confirma a fines del siglo XIX (sobre todo en Adolf Wach) y principios del siglo XX en Italia (Chiovenda y sus discípulos).

Por cierto, la independización de la Acción como algo propio se aceptó muy lentamente. Por un lado, había el problema de derechos que no tenían acción, o sea, forma de defenderse - si bien esto fue fácilmente superable en el tiempo - y, por otro, había acciones que no tenían nada que defender, es decir, acciones vacías que no prosperaban porque no tenían ninguna pretensión válida (diríamos hoy en términos modernos).

Sin embargo, esta diferenciación fue aceptada muy lentamente. Todavía a fines del siglo XIX y principios del XX existían códigos y manuales que incluían dentro del Derecho Civil a las acciones judiciales destinadas a defender esos derechos. Esa tendencia a considerar las acciones conjuntamente con los derechos - en el ámbito civil y penal sobre todo - ya no existe más. Se ha impuesto lentamente la idea de la existencia de un derecho aparte, con su propia dogmática y sus propios principios que la rigen, que es el Derecho Procesal, que con el tiempo pasa de ser “adjetivo” a ser “instrumental”. Por cierto, el hecho de que tenga su respectiva independencia, no significa que deje de ser parte del Derecho como conjunto normativo. Lo que sucede es que se ha abierto una nueva área dentro del gran todo, que se mueve con sus propias reglas.

Y todo eso dio nacimiento no solo a la independización de varias áreas dentro del mundo del Derecho, sino al tratamiento científico del Derecho como tal, que se inicia con Savigny y con Ihering y que culmina Kelsen, a principios del siglo XX. Es decir, nuestro Derecho de bases romanistas tiene su partida de nacimiento hace más de dos mil años. Pero el Derecho como ciencia solo nace en rigor en el siglo XIX, al compás de la codificación y su expansión y crecimiento.

Todos los autores están de acuerdo en que aún existiendo el Derecho Procesal como disciplina autónoma, hay que tener presente que:

- a) Es parte o rama del mundo jurídico.
- b) Necesita y se complementa en forma irremediable con el Derecho sustantivo.

En efecto, si tengo una propiedad (derecho sustantivo) y no tengo como poder defenderla (derecho procesal) es obvio que estamos ante una inconsecuencia y una debilidad del sistema. O ante un derecho inútil.

Nadie, pues, ha negado que las disciplinas procesales requieren del derecho sustantivo. Y éste no funciona, no opera y no sirve sin aquéllas. Hay pues un reclamo mutuo, pues ambas se necesitan. Pero unión no es confusión. Aun así pueden mantener su autonomía y de hecho la tienen, como se ve en el caso del proceso civil y el proceso penal, que son los procesos clásicos por excelencia.

Y se confirma viendo la doctrina y los correspondientes códigos de cada cual. Dice acertadamente Carnelutti: “el proceso es un método para la actuación del derecho: sirve al derecho (y a su vez) el proceso es servido por el derecho, por lo cual la relación entre derecho y proceso es doble y recíproca”.

Un problema aparte, que aquí no desarrollamos, es el problema de la constitución y contenido del Derecho Procesal. Es decir, el Derecho Procesal se desdobra en varias ramas, como hemos dicho, pero existió y en parte existe la tendencia a considerarlas, a veces, como autónomas. Pero lo que se acepta cada vez más es que el Derecho Procesal es uno solo, es autóno-

mo y tiene varias ramas que de él se desprenden. Existe, pues, una Teoría General del Proceso (o una Teoría General del Derecho Procesal) que sirve para explicar todo ello y del cual se desprenden varias ramas o parcelas con sus propias peculiaridades (tesis de la unidad del proceso).

Ahora bien, en cuanto al tema que nos ocupa, cabe anotar que el concepto “Derecho Procesal Constitucional” aparece por vez primera en 1944, en una publicación de carácter compilativo que hace Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, entonces en duro exilio en Buenos Aires. Y lo desarrolló más explícitamente en una reseña bibliográfica que publicó en 1945 en la *Revista de Derecho Procesal* que dirigía Hugo Alsina. Y lo confirmó en 1947 en un importante volumen que publicó en México, a donde se trasladó y en donde vivió más de treinta años. El concepto, pues, quedó así fijado y de ahí se trasladó a otros lugares. Pero su primer desarrollo teórico y sistemático lo hace uno de sus discípulos en 1955 (Héctor Fix - Zamudio) en la tesis de licenciatura que presenta ese año en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y que defendió en enero de 1956, con la correspondiente aprobación. Es decir, si queremos centrar el periodo fundacional de la disciplina de manera compacta podríamos decir que es el periodo 1944 - 1947, o si se quiere 1944 - 1955. Después de esta fecha vino mucha literatura y muchos matices, que aquí no podemos desarrollar.

Alcalá-Zamora y Castillo encontró y detectó varias cosas; que había una disciplina que estudiaba los procesos constitucionales, que no podía ser otra cosa que el “Derecho Procesal Constitucional” que era una rama del Derecho Procesal. Y ésta fue la concepción del fundador de la disciplina y varios más lo siguieron en esto (perspectiva que comparte Fix-Zamudio, pero quien luego ha tenido una evolución peculiar que toca otros temas y otras perspectivas).

Evidentemente, si tenemos algo que defender - principios y valores constitucionales - y lo hacemos siguiendo un “iter”, un camino con sus propias estaciones, que al final termina en una decisión que obliga a las

partes y eventualmente a terceros con órdenes claras (de persona o ente que tiene jurisdicción) estamos ante un proceso, que lógicamente pertenece al Derecho Procesal, pero que tiene matices propios. Así fue de claro Alcalá-Zamora y Castillo, si bien por razones difíciles de entender se desentendió del tema muy pronto y solo volvió a él esporádicamente.

Esta es, pues, la primera tesis que entra en circulación.

La otra tesis que entra en liza es la del constitucionalista alemán Peter Haberle, quien sostiene que el “Derecho Procesal Constitucional” es parte del Derecho Constitucional (en ensayo que publica en 1976) y la continúa en otros escritos posteriores. Su basamento es el siguiente:

a) Los preceptos constitucionales se concretan, se hacen realidad a través del proceso constitucional. Es decir, el “Derecho Procesal Constitucional” no es más que Derecho Constitucional concretado. Haberle sostiene que para esta tesis ha tomado en consideración aquella que sostiene que el Derecho Procesal Penal no es más que Derecho Constitucional concretado.

b) El Derecho Procesal Constitucional es la continuación de lo constitucional, y es lo que hace el Tribunal Constitucional cada vez que resuelve con autonomía los problemas que se le presentan. Y que le permiten no seguir necesariamente lo que señala el resto del ordenamiento procesal.

La tesis de Haberle ha sido luego desarrollada por juristas italianos, como lo veremos más adelante, pero en realidad olvida muchas cosas. Como son:

i) Que todos los procesos son siempre concretizaciones de un derecho sustantivo... así, y con ese criterio podemos concluir que el Derecho Procesal Civil es parte del Derecho Civil y el Derecho Procesal Penal es parte del Derecho Penal, tesis que por cierto hoy nadie defiende.

ii) Que el Derecho es una unidad, pero que permite a su interior divisiones o ramas como son, por ejemplo, en el lado sustantivo la creación del Derecho Laboral, que se desgajó del Derecho Civil o el Derecho Procesal Administrativo que se independizó del Derecho Procesal Civil. Aún ahora,

existen algunas legislaciones civiles que tratan el amparo y algunos códigos penales que legislan el Habeas Corpus, olvidándose que son típicos procesos constitucionales.

iii) Que todas las ramas del Derecho pueden separarse y eso no afecta al conjunto.

iv) Que toda rama procesal, cualquiera de ellas, depende siempre de un derecho sustantivo, que es el único que puede hacerlas efectivas, o sea que se conviertan en realidad, sobre todo frente a agresiones del exterior.

v) Que hace más de cien años, con la independización de la acción y la concreción de una teoría de la acción, existe una disciplina procesal con autonomía, si bien su destino es servir de complemento al derecho sustantivo. Y viceversa, sin Derecho Procesal los derechos sustantivos no sirven de nada.

Por otro lado, no deja de ser llamativo que Haberle defienda su tesis con base a jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y destaque sus giros en esos procesos, que curiosamente los adjudica al mundo constitucional.

Luego de la concepción “procesal” y explicada con más detalle la concepción “constitucional” del Derecho Procesal Constitucional, veamos la que, al parecer, tiene bastante acogida en nuestro medio latinoamericano. Es la tesis mixta que en 1981 formula por vez primera Néstor P. Sagüés, basándose en el argumento de la dependencia de ambas. Es decir:

a) El Derecho Procesal Constitucional no puede desligarse del Derecho Constitucional, en donde encuentra su sustento.

b) El Derecho Procesal Constitucional vive y se alimenta de ambos, o sea del Derecho Procesal y del Derecho Constitucional,

c) El Derecho Procesal Constitucional defiende la Constitución directamente y está entremezclado con ella.

d) No pudiendo ser enteramente ni lo uno ni lo otro, y teniendo de ambos, debe ser mixto sin que esta hibridación lo desfigure ni le afecte. Más aun cuando su contenido - órganos y procesos - no son separables.

En fecha más reciente, Pablo L. Manili ha intentado una fundamentación adicional precisando que la “acción” no puede desligarse del “derecho tutelado”, o sea el “proceso de amparo” en cuanto defensor de un “derecho” como la propiedad, no puede separarse de esta última, que precisamente se encuentra en la Constitución. Acción y derecho son, pues, inescindibles y por eso la disciplina es mixta: la tesis “procesalista” significaría una ruptura que no es posible. Por tanto, “sostener que el Derecho Procesal Constitucional es meramente procesal significa negar esa interacción” (sic).

Hubo una época en la cual se hablaba de disciplinas mixtas, pero en relación con su ubicación en el Derecho Público o en el Derecho Privado. Así, aquellas nuevas disciplinas que no entraban en el esquema dicotómico de público-privado, las alojaban en un “tertium quid” que era el derecho mixto. Pero esta tendencia, que surgió allá por los años treinta del siglo pasado, prácticamente ha desaparecido de los manuales y textos de teoría o ciencia del Derecho, pues se piensa que con todas sus imperfecciones la teoría romana sigue prestando sus servicios. Y sin olvidar que ella es un producto histórico y tiene un uso y un sentido convencional.

Por otro lado, la descripción de la “mixtura” puede también aplicarse al Derecho Procesal Civil, como es fácilmente comprobable. Y defender la no independencia de la “acción” es olvidarse de más de un siglo de legislación y doctrina que sostienen lo contrario y que han hecho posible, entre otros, el Derecho Procesal Civil.

Con esta tesis de la mixtura se resucita al parecer una postura decimonónica, y que además se basa en argumentos no muy consistentes. De hecho, no ha tenido mayor desarrollo si la comparamos, por ejemplo, con la tesis unitaria que defiende Haberle y que ha desarrollado la doctrina italiana.

Ahora bien, el Derecho Procesal Constitucional tiene una parte genérica y otra específica. Me pregunto ¿dónde está lo constitucional? Algunos

dirán en el derecho que defiende. Pero eso que es constitucional pertenece a la Constitución y al Derecho Constitucional, y no existe ni en las leyes ni en los manuales de Derecho Procesal Constitucional que conocemos.

La mixtura tiende a ser una postura cómoda para una disciplina nueva y nos ayuda a pisar mejor el terreno. Pero teóricamente no se sostiene. Demuestra desconocimiento de lo que es la teoría procesal e incompreensión de lo que es un proceso, y en especial un proceso constitucional. A favor de esta tesis puede darse un argumento profesional: quien intente iniciar un proceso constitucional no puede ignorar los fundamentos constitucionales de su pretensión, y en tal sentido se da una mixtura en la defensa o en el patrocinio a un cliente. Pero lo mismo puede decirse de las demás ramas: el que tiene un problema civil (propiedad, sucesiones, etc.) no puede avanzar con éxito si no conoce la doctrina civil, así como el proceso civil. E igual podríamos decir del proceso penal: no se le puede llevar a cabo si desconocemos el Derecho Penal. Por tanto, si este planteo lo llevamos al extremo, tendríamos la conclusión-inevitable por cierto - de que todos los derechos procesales son mixtos, lo que no deja ser un absurdo. El Derecho es uno solo, y todas sus ramas se ayudan y benefician mutuamente. Pero en virtud de lo que se persigue es que en el siglo XIX se inició esta separación en ramas o disciplinas jurídicas, que continúa hasta el presente.

Existen otras posturas de orden menor, aisladas y sin mayor predicamento, que son por así decirlo peculiares. Así, algún sector de la doctrina brasileña señala que el Derecho Procesal Constitucional no es otra cosa que la parte “constitucional” que existe en toda doctrina procesal. Con lo cual nuestra disciplina sería solo un conjunto de principios orientadores del proceso y nada más que eso. Y los temas constitucionales serían defendidos por las clásicas disciplinas procesales: civil y penal.

Lo anterior no deja de ser interesante, pero deja de lado un problema importante: lo que desde la década de los sesenta del siglo pasado, Favoreu denominó como “constitucionalización del derecho”, fenómeno típico sobre todo de mediados del siglo XX y que se inició en el periodo de la primera posguerra.

Como todos sabemos, la primera Constitución del mundo se dio en los Estados Unidos en 1787 y fue un texto relativamente breve. Luego la siguieron otras iguales o más extensas, pues se limitaban a regular solo dos aspectos: los poderes del Estado y el estatus de los ciudadanos. Pero esto cambió a partir de 1918 en que advino el constitucionalismo social - hoy sin embargo sujeto a revisión - y entonces los textos se alargaron de forma cada vez más creciente. La vigente Constitución de la India de 1949 empezó a inaugurar la serie de textos extensos, a la que se agregaron la de Yugoslavia de 1963 y otras más. Entre los textos latinoamericanos recientes resalta el brasileño de 1988 y el venezolano de 2001, ambos bordeando los 400 artículos, y sin considerar divisiones internas y disposiciones finales (que son tan constitucionales como las que van al interior), así como el preámbulo (cuando lo hay).

Es decir, un procesalista puede estudiar los fundamentos constitucionales de su disciplina, sin que por ello su enfoque deje de ser procesal. Y, por otro lado, el constitucionalista no puede dejar de estudiar la parte procesal que figura en la Constitución, sin que por ello deje de ser constitucionalista (así José Afonso da Silva en relación con la carta brasileña de 1988).

Por tanto, la separación del Derecho en varias ramas debe obedecer a dos criterios: uno es la perspectiva con que se le aborda y otro es el objeto de estudio, ambos debidamente combinados y llegado el caso matizados. Pero la existencia de una disciplina “mixta” no pasa de ser una solución ingeniosa, como para salir del paso y quizá de utilidad transitoria, ya que tarde o temprano debe buscar su sitio dentro del resto del ordenamiento y su sistemática. En lo personal, si considero al Derecho como sistema no sé dónde puedo alojar a una disciplina “mixta” que curiosamente tiene en su denominación la palabra “proceso”.

¿Cuáles son las críticas que se han hecho al enfoque “procesal” del Derecho Procesal Constitucional? Han sido varias y de diverso calado, como veremos más adelante. Pero lo más lamentable es que la postura “mixta” y la “constitucional” tienen en común ignorar el mundo procesal y

carecer de una óptica epistemológica que les permita ver bien el ordenamiento y su sistemática, y quizá no tener interés en hacerlo. Por otro lado, los procesalistas se han desentendido del problema y para efectos prácticos no les interesa y probablemente ni lo entienden. De tal manera que ambos mundos, el constitucional y el procesal, que son necesarios para el manejo de la nueva disciplina se ignoran mutuamente sin plantearse seriamente el problema al cual podrían aportar mucho.

Un caso interesante que conviene analizar es la experiencia italiana que se ha desarrollado grandemente y además ha tenido aportaciones originales. El problema se lo planteó la doctrina procesal en fecha tan temprana como 1950 (30 de septiembre - 3 de octubre) a raíz del Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en Florencia, a donde concurrieron figuras muy destacadas del mundo procesal de entonces y lo mejor que tenía Italia en la vitrina (Carnelutti, Redenti, Calamandrei, etc.). Pero pasado el tiempo, y dejando a salvo las incursiones de Calamandrei y su discípulo Mauro Cappelletti, todo volvió a lo que era antes.

Italia, como sabemos, carecía de un control constitucional, el que fue incorporado por vez primera en su Constitución de 1947 a través de la Corte Constitucional, que solo empezó a funcionar en 1956 y con competencias tasadas. Aún más, el control era privativo de la Corte Constitucional y por tanto los manuales de Derecho Constitucional empezaron a incluir a la Corte como órgano constitucional.

Y así fue hasta mediados de los años sesenta del siglo pasado, cuando dando un paso adelante algunos de los más importantes manuales usaron el membrete de “jurisdicción constitucional” (Mortati, Biscaretti di Ruffia, Spagna Musso, Virga, Themistocle Martines, Lavagna, Crisafulli) sin mayores precisiones. Pero es en esta década que empieza a imponerse el concepto de “justicia constitucional” para referirse a todo lo que hace o dispone la Corte Constitucional y así figura en diversos manuales (Paladín, Pegoraro, Barbera y Fusaro, Bin y Pitruzzella, entre otros). Es decir, así como hay una justicia civil o una justicia penal también debe haber una justicia

constitucional, usando un término bastante arcaico. Y así ha sido desde entonces, con la diferencia que la “justicia constitucional” se ha ido ampliando y han aparecido cursos dedicados únicamente a la justicia constitucional (incluso doctorados) y manuales con el mismo fin. Entre estos últimos, el de más envergadura fue publicado por Zagrebelsky (primera edición, muy pequeña, en 1977 y segunda y última edición en 1988, prácticamente rehecha y muy ampliada). Zagrebelsky, quien más tarde sería magistrado y presidente de la Corte Constitucional, tuvo una única intervención en unas jornadas en 1989 en la cual se planteó el problema del “Derecho Procesal Constitucional” de manera aguda y en cierto sentido intuitivo, pero luego se desentendió del tema. Le han atraído más los problemas teóricos del Derecho y de la democracia y anda por esos derroteros, Y su manual o, mejor dicho su pequeño tratado, sigue siendo una obra de muy altos quilates, pero envejecida por el paso del tiempo.

A fin de subsanar este vacío, hay otros que se han lanzado a la tarea de cubrirlo y existen varios manuales de diversa magnitud y proporciones sobre la “justicia constitucional” y sus temas (Augusto Cerri, Federico Sorrentino, Stefano M. Cicconetti, Alfonso Celotto, Lúea Mezzetti - de especial interés por su amplitud de miras - Roberto Romboli - gran propulsor, analista y difusor de los “procesos constitucionales” a través de una publicación trienal -, Alessandro Pizzorusso, Lucio Pegoraro, etc.

Sin embargo, el gran manual de justicia constitucional que circula con profusión en Italia en los últimos años es el conjunto preparado por Antonio Ruggeri y Antonino Spadaro (“Lineamenti di giustizia costituzionale”, 4ta edición, Torino 2009) que prácticamente ha pauteado el ritmo de estudio de la disciplina en dicho país. Pues bien, si revisamos con calma el índice de su manual veremos que desarrolla temas como los siguientes: composición y funcionamiento de la Corte Constitucional, antecedentes, tipo de resoluciones, tipos de procesos o juicios, etc. Es decir, todo está centrado en un órgano jurisdiccional que se encarga básicamente de procesos de carácter constitucional (salvo la facultad de la Corte Constitucional de enjuiciar al presidente de la República por determinados delitos, que

hasta ahora no ha hecho y que en realidad, por razones obvias, lo debe hacer usando el Código Penal y Procesal Penal).

Es decir, en el manual de Ruggeri y Spadaro, así como en todos los demás, se trata básicamente de la estructura de una corte constitucional (que es jurisdiccional) y de todo lo que ella hace y puede hacer (que son procesos de distinta composición y estructura), así como la variedad de sus pronunciamientos. Entonces valdría la pena preguntarse: ¿Por qué llamar “justicia constitucional” al estudio de un órgano jurisdiccional y de los procesos que resuelve? En el fondo, tales manuales desarrollan y exponen el “Derecho Procesal Constitucional” tal como se da en Italia. Y nada más que eso.

Ahora bien: ¿Qué postura se ha adoptado en Italia sobre el concepto de “Derecho Procesal Constitucional”.

Podríamos señalar algunas que son las principales:

a) La primera postura, que corresponde a un buen número de publicistas, es la abstención. El tema no les interesa o lo desconocen. Saben que existe la Constitución y unas cuantas normas sobre el funcionamiento de la Corte y eso les basta. Esto se ve claramente en el jurista práctico o abogado en ejercicio.

b) Otros como Ruggeri y Spadaro - pero sobre todo el primero - sostienen la tesis háberliana: o sea, la justicia constitucional es parte del Derecho Constitucional, una de sus ramas, al igual que el Derecho Parlamentario. Aun más, “justicia constitucional” y “derecho procesal constitucional” son nombres equivalentes, pero más vale usar el primero.

c) La postura singular de Pizzorrusso, que tras algunas vacilaciones ha optado por el de “justicia constitucional” que lo utiliza indistintamente con el de “Derecho Procesal Constitucional”, o sea, como algo que por su parecido o similitud lo puede reemplazar, enunciado que no ha desarrollado.

d) Un planteo importante es el de Lucio Pegoraro, quien sostiene que el concepto de “Derecho Procesal Constitucional” es muy estrecho, pues se limita a los procesos constitucionales (privilegio del procedimiento y de la

forma) y por tanto mejor es usar el de “justicia constitucional” que es más amplio y comprensivo y abarca otros temas. Por cierto, decir que el “Derecho Procesal Constitucional” solo se preocupa de los procesos es lo mismo que decir que el “Derecho Procesal Civil” solo se ocupa de los procesos civiles, lo cual es de una absoluta inexactitud. Y un desconocimiento de lo que es la doctrina procesal y e sus relaciones con el derecho sustantivo.

Quizá convenga decir algo sobre lo que es el Derecho Procesal como disciplina, tal como lo entiende hoy la teoría del Derecho y la doctrina procesal más acreditada. Y es que el Derecho Procesal tiene, si se quiere, dos grandes partes: la primera de carácter teórico, de fundamentos, y que normalmente incluye una referencia histórica; la segunda es el eje alrededor del cual se mueve la disciplina, y que son tres conceptos, discutidos es cierto, pero válidos, como son la acción, la jurisdicción y el proceso que dan origen a múltiples desarrollos. Todo esto es parte del Derecho Procesal, que a su vez puede desdoblarse en varias ramas según el objeto a tratar; si es civil, pues saldrá de ahí el Derecho Procesal Civil y así sucesivamente. Y en cada una de estas ramas puede distinguirse a su vez una parte aplicada: por ejemplo, si el Derecho Procesal Civil se aplica a la Argentina, tendremos el “Derecho Procesal Civil argentino”, que tratará lo que sucede en ese nivel en el respectivo país. Así las cosas, es fácil advertir que estos elementos hay que tenerlos presentes a fin de poder afinar bien nuestra postura de cara a lo que debe ser o dónde debe estar ubicado el Derecho Procesal Constitucional. Y que lamentablemente muchos parecen desconocer.

La postura italiana es decididamente rica, muy matizada y digna de estudio. Por otro lado, igual criterio se sigue en Francia y en España, en donde no se ha dado -hasta donde sabemos - ninguna de estas interesantes disquisiciones que hemos visto en Italia.

Resumiendo lo anterior podríamos decir que tenemos dos situaciones: por un lado, la diferencia entre la América Latina que prefiere el término “Derecho Procesal Constitucional”. Y por otro el de Europa, que en términos generales opta por el de “justicia constitucional”, como es el caso de los países mencionados anteriormente. Y, al parecer, no habrá entre ellos ningún acercamiento, ya que nadie se atreve a dar el primer paso y menos

aún a plantearse teóricamente el problema en cuanto tal, ni tampoco en estudiarlo. Y en cuanto a la naturaleza del primero, existen básicamente las posturas reseñadas, de las que prefiero la “procesal”, a la que me adhiero.

En lo que a nosotros se refiere, o sea, en la problemática y ámbito latinoamericanos, es curioso que recién en este séptimo encuentro se aborde la temática en forma independiente señalándose diversas posiciones, pero no se ha contemplado un espacio para el diálogo y el contraste entre las diversas perspectivas existentes. Pero esto, con seguridad, será materia de otros encuentros. Lo importante es haber dejado sembrada la inquietud y que despierte el interés de los colegas y de las nuevas generaciones.

IURA

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

EL PLAZO ERICTAMENTE NECESARIO Y EL PLAZO MÁXIMO EN LA DETENCIÓN

Luis CASTILLO CÓRDOVA*

SUMARIO: I. Introducción: Presentación de las cuestiones. 1. Los hechos. 2. *La supuesta agresión constitucional*. II. La STC 86/1996 del Tribunal Constitucional Español. 1. El supuesto de hecho. 2. Las reglas que se concluyen desde el artículo 17.2 CE. 3. La solución del Tribunal Constitucional Español. III. Análisis del artículo 2.24 apartado F de la Constitución peruana. 1. La disposición constitucional. 2. Cuestiones que presenta la disposición constitucional. IV. Análisis de la solución al caso dada por el Tribunal Constitucional peruano. 1. Sobre la agresión y agresores. 2. Sobre el significado de regresar las cosas al estado anterior. 3. Algunos errores en la concepción del Tribunal Constitucional. V. Duración estrictamente necesaria y detención judicial. 1. Aplicación de duración estrictamente necesaria a todo tipo de detenciones. 2. En particular sobre la detención judicial. VI. A modo de conclusión: Valoración del precedente vinculante.

I. INTRODUCCIÓN: PRESENTACIÓN DE LAS CUESTIONES

I.1. Los hechos

De modo sucinto los hechos en que consiste el caso resuelto por la sentencia que ahora se comenta son los siguientes:

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura.

a. El miércoles 26 de setiembre del 2007, el beneficiario del hábeas corpus fue detenido por la Policía Nacional en la ciudad de Desaguadero (Puno), a la 1 pm. La razón fue que se encontraba requisitoriado por el delito de falsificación de documentos y otro, dispuesta por el Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima. Nueve horas más tarde el detenido es puesto a disposición del demandado, un oficial de la PNP.

b. El jueves 27 de setiembre del 2007 el demandado realiza una serie de gestiones destinadas a comprobar si el detenido efectivamente se encontraba o no requisitoriado, lo que se le confirma a las 11:15 am.

c. El viernes 28 de setiembre a las 7:50 am, el emplazado solicita al administrador de la Corte Superior de Justicia de Puno la asignación económica para el traslado del detenido a Lima.

d. El sábado 29 de setiembre el beneficiario del hábeas corpus sigue detenido en la ciudad de Desaguadero;

e. El domingo 30 de setiembre el hermano del beneficiario interpone demanda de hábeas corpus; realizada la diligencia el mismo día, el Juez comprueba la ilegal detención y ordena que el detenido sea puesto a disposición judicial en el término de la distancia.

f. El lunes 1 de octubre el beneficiario sigue detenido en Desaguadero.

g. El lunes 2 de octubre el beneficiario es trasladado a la ciudad de Lima.

I.2. La supuesta agresión constitucional

El martes 3 de octubre, el demandante en hábeas corpus presenta un escrito al juzgado que resolvió inicialmente el hábeas corpus para denunciar que el demandado no ha cumplido con la orden de poner al detenido a disposición del juzgado requiriente en el término de la distancia y que, por el contrario, ha permanecido detenido hasta el 2 de octubre. El derecho fundamental agredido habría sido el derecho a la libertad personal en su garantía de poner el detenido a disposición del Juez en un plazo de 24 horas o en el término de la distancia (artículo 2.24 apartado f de la Consti-

tución). Las dos primeras instancias declararon infundada la demanda de hábeas corpus debido a que si bien es verdad el beneficiario estuvo detenido por más de 24 horas, ello no se debió a causa imputable a la Policía Judicial sino a la inexistencia oportuna de medios para efectuar el traslado respectivo.

I.3. Cuestiones que presenta el caso

Así configurado el caso, se abre una serie de interrogantes, al menos las siguientes:

- a. ¿Ha existido agresión del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental?
- b. Si ha existido, ¿quiénes han sido los agresores?
- c. ¿Cuál es la respuesta constitucional que demanda la cesación de la agresión?

A estas cuestiones ha respondido el Tribunal Constitucional en la sentencia que ahora se comenta, y que se analizará en las páginas siguientes. Antes, sin embargo, resulta necesario presentar un caso sustancialmente semejante resuelto por el Tribunal Constitucional español y que le ha servido de base al peruano para resolver de modo definitivo la demanda de hábeas corpus.

II. LA STC 86/1996 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

II.1. El supuesto de hecho

Para resolver la demanda de hábeas corpus, el Tribunal Constitucional peruano ha tomado en consideración la interpretación que del artículo 2.17 de la Constitución española ha formulado el Tribunal Constitucional español en la STC 86/1996. En esta sentencia, el máximo tribunal español se pregunta por la constitucionalidad de la duración de una detención policial. Los hechos, mencionados sucintamente, son:

a. El beneficiario del hábeas corpus, nacido en Buenos Aires y con nacionalidad italiana, fue detenido el 27 de abril de 1994, a las veintiún horas por encontrarse indocumentado, aplicándosele la Ley de Extranjería. Se le tramitó un expediente de expulsión por carecer de documentación y de medios lícitos de vida, siendo conducido luego a un centro de internamiento de extranjeros, donde permaneció durante tres días.

c. Desde su detención, el beneficiario alegó ser ciudadano italiano y que su documentación había sido robada, habiendo denunciado los hechos. En todas las ocasiones se le respondía que era argentino, y así se hizo constar en el atestado y no se hizo ningún tipo de comprobación respecto a la denuncia del robo de su pasaporte, ni sobre la tarjeta de residencia comunitaria, ni en el consulado italiano acerca de su nacionalidad.

d. El día 30 de abril, a las once horas, se interpuso demanda de hábeas corpus a favor del detenido. Tras entrevistarse con el Juez a las dieciséis horas, la solicitud fue denegada mediante el auto impugnado, notificado a las dieciocho horas, sin que conste ningún tipo de investigación de la situación ilegal denunciada.

e. El actor fue puesto en libertad hacia las veintiuna horas del 30 de abril, cuando ya habían transcurrido algo más de setenta y dos horas, tras la propuesta de expulsión llevada a cabo por el grupo operativo de extranjeros.

II.2. Las reglas que se concluyen desde el artículo 17.2 CE

La pregunta jurídicamente relevante que hay que responder en el caso español es si ha habido o no violación del artículo 17.2 de la Constitución española por duración inconstitucional de la detención policial. Este dispositivo constitucional ha establecido que

“La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

De esta disposición es posible concluir lo siguiente:

- a. La detención policial debe durar sólo el tiempo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones que esclarezcan los hechos;
- b. En ningún caso, el tiempo estrictamente necesario podrá ser mayor a setenta y dos horas.

De modo que cuando se trate de resolver un caso de detención policial preventiva, la pregunta jurídicamente relevante es: en las circunstancias concretas, ¿cuál es el tiempo estrictamente necesario? Este viene a ser el límite temporal de la detención. Ocurre, sin embargo, que tal límite no es un límite concreto, sino más bien uno abierto e indeterminado, de modo que para evitar posibles extralimitaciones el Constituyente español ha decidido establecer un límite al límite temporal, este es setenta y dos horas, que aparece como el plazo máximo de la detención policial.

De aquí es posible la formulación de las siguientes dos reglas iusfundamentales:

R₁:

Supuesto de hecho (SH₁): una detención preventiva que dure más de lo estrictamente necesario, aunque menos de setenta y dos horas;

Consecuencia jurídica (CJ₁): inconstitucionalidad de la detención.

R₂:

Supuesto de hecho (SH₂): una detención preventiva que dure más de setenta y dos horas;

Consecuencia jurídica (CJ₂): inconstitucionalidad de la detención.

3. La solución del Tribunal Constitucional Español

Con base en esta interpretación es que, en definitiva, el Tribunal Constitucional español decidió que en el caso que tenía por resolver se había vulnerado el artículo 17.2 CE. El *iter* argumentativo fue el siguiente.

En primer lugar, comprobó que al momento de interponerse el hábeas corpus aún no se habían cumplido las setenta y dos horas que es el plazo previsto constitucionalmente como límite máximo de la detención preventiva; sin embargo, esto no significaba la constitucionalidad de la detención:

“Es claro que cuando fue instado habeas corpus en favor del señor García Melani, y cuando el Juzgado de Guardia denegó la apertura del procedimiento, no se había sobrepasado el plazo máximo absoluto que marca la Constitución, que es de setenta y dos horas. Sin embargo, este dato por sí solo es insuficiente para apreciar si se han respetado los márgenes constitucionales”⁶⁰.

En efecto, y en segundo lugar, el hecho que una detención dure hasta el límite previsto constitucionalmente no hace de ella una constitucionalmente permitida. Esta afirmación es posible sostenerla si se repara en la naturaleza del plazo máximo previsto constitucionalmente. Tiene dicho el Supremo intérprete de la Constitución que

“El plazo de setenta y dos horas que establece la Constitución es un límite máximo de carácter absoluto, para la detención policial, cuyo cómputo resulta inequívoco y simple. Pero ese plazo es un límite del límite temporal prescrito con carácter general por el mismo precepto [artículo 2.17 CE], sobre el cual se superpone, sin reemplazarlo: el tiempo 'estrictamente indispensable' para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad”⁶¹.

Consecuentemente, y en tercer lugar, la norma constitucional española dispone la existencia de dos límites: uno es el plazo máximo (setenta y dos horas) y el otro es el límite estrictamente indispensable; uno y otro previstos expresamente en el texto de la Constitución. Este puede ser igual, menor o sensiblemente menor que aquel, y vendrá siempre definido por las concretas circunstancias del caso:

⁶⁰ STC 86/1998, del 21 de mayo, F. J. 8.

⁶¹ *Ibidem*.

“El límite máximo de privación provisional de libertad que permite el art. 17 de la Constitución puede ser sensiblemente inferior a las setenta y dos horas, atendidas las circunstancias del caso, y en especial el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas, y el comportamiento del afectado por la medida”⁶².

Con base en este entendimiento del artículo 2.17 CE, el Tribunal Constitucional español concluye que la detención del beneficiario, si bien no excedió las setenta y dos horas, sí se prolongó innecesaria y excesivamente. Ello en razón de que

“El día siguiente a su detención, el 28 de abril de 1994, la policía ya había efectuado todas las diligencias de averiguación que estimó necesarias: el interrogatorio del detenido, y diversas comprobaciones, plasmadas en un informe interno. Y ese mismo día, el Comisario Jefe había elevado al Jefe Superior de Policía una propuesta de expulsión contra el señor García Melani. Desde el mismo momento en que las «averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos» fueron finalizadas, y no contando la existencia de otras circunstancias, la detención policial del actor quedó privada de fundamento constitucional”⁶³.

De todo esto se puede concluir la regla creada y empleada por el Tribunal Constitucional para resolver el caso: es inconstitucional toda detención policial que dure más de lo que estrictamente demanda las circunstancias concretas, aun cuando no sobrepase el plazo máximo constitucional. Esta regla es R₁ anteriormente concluida y formulada desde el artículo 2.17 CE.

Esta regla y la consiguiente justificación dada por el Tribunal Constitucional español, como se pasa inmediatamente a tratar, ha sido tomada por el Tribunal Constitucional peruano, no tanto para solucionar el caso que

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

tenía por resolver, sino más bien para establecer una determinada interpretación iusfundamental con carácter de precedente vinculante.

III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 2.24 APARTADO F DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA

III.1. La disposición constitucional

El plazo de detención policial ha sido regulado por el constituyente peruano en el artículo 2.24 apartado f, de la siguiente manera:

“El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales”.

En el caso resuelto por el Tribunal Constitucional peruano, el detenido no lo ha sido por terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas, lo que significa que se le ha de aplicar la primera parte de la disposición transcrita, que es la que interesa analizar. De esta parte se concluye con facilidad que el Constituyente peruano ha recogido el plazo máximo de duración de la detención policial. El plazo máximo tiene dos posibilidades, una es concreta y la otra es abierta y genérica. La concreta es veinticuatro horas, la genérica es “el término de la distancia”. Esta posibilidad genérica debe ser concretada para su aplicación y lo ha sido por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.º 1325–CME–PJ, del 6 de noviembre de 2000.

III.2. Cuestiones que presenta la disposición constitucional

A. ¿La concreción forma parte del contenido constitucional de la libertad personal?

Varias cuestiones pueden plantearse al respecto. La primera es determinar si la concreción que de “el término de la distancia” se haga tiene o

no rango normativo constitucional. Concretar el plazo a que equivale “el término de la distancia” entre una ciudad y otra, a mi modo de ver, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal. La razón es que “el término de la distancia” significa una concreción que pasa a formar parte de la esencia del derecho a la libertad personal. Brota de la esencia de este derecho que la detención policial justificada no se extienda más allá de lo estrictamente exigido por las circunstancias, es decir, más allá de lo razonable. Lo razonable exigido por la esencia del derecho a la libertad personal ha sido concretado parcialmente por el Constituyente peruano a la hora que ha decidido que sea veinticuatro horas como máximo la duración de la detención. No ha sido concretado “el término de la distancia” por el Constituyente peruano, pero el contenido que se le dé a esta fórmula abierta deberá ser razonable en la medida que viene exigido por la esencia del derecho a la libertad personal. De ahí que si no se pone a disposición judicial a un detenido en “el término de la distancia”, se entiende ocurrida la agresión del contenido constitucional de la libertad personal y se permite la interposición de una demanda constitucional de hábeas corpus. De modo que quien tenga que decidir el significado de “el término de la distancia”, estará decidiendo sobre la concreción del contenido esencial o constitucional del derecho fundamental mencionado.

B. ¿Se ajusta a las exigencias de la reserva de Ley?

La segunda es determinar si se ha desnaturalizado o no la garantía constitucional normativa llamada reserva de ley. Como se sabe, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha creado la reserva de ley cuando se trata de la delimitación del contenido constitucional de un derecho fundamental⁶⁴. Siguiendo el significado que a la reserva de ley ha dado el

⁶⁴ En el tiempo, al menos han sido dos oportunidades en las que el Tribunal Constitucional se manifestó en este sentido. Así, tiene dicho que “el principio de reserva de ley impone que cualquier disposición que tenga por objeto directo la regulación de derechos constitucionales o que, aun cuando de manera indirecta, incida en ella, debe ser objeto exclusivo y excluyente de ley, mas no de fuentes normativas de jerarquía inferior” (EXP. N.º 1429–2002–HC/TC, del 19 días de Noviembre de 2002, F. J. 16). En otra ocasión manifestó que “[e]sta reserva de ley impone la obligación de que cualquier regulación que

Tribunal Constitucional, deberá ser la Ley (entendida como la norma parlamentaria o como decreto legislativo)⁶⁵ la que debería concretar “el término de la distancia” y no una resolución administrativa. Por lo que, habiendo concluido antes que concretar la fórmula abierta “término de la distancia” es delimitar el alcance del contenido constitucional del derecho a la libertad personal, la concreción llevada a cabo mediante resolución administrativa transgrede la garantía reserva de ley. Para la definición de la expresión “término de la distancia” debió haber intervenido la ley o el decreto legislativo.

C. ¿Se recoge la exigencia de duración estrictamente necesaria?

La tercera cuestión es determinar si en el artículo 2.24 apartado f sólo se recoge o no solamente el plazo máximo de duración de la detención preventiva policial; en otras palabras, determinar si en la disposición constitucional mencionada debe tenerse como reconocido también el llamado límite máximo de la detención, es decir, la duración estrictamente necesaria. Como se recordará, en el artículo 2.17 CE se han recogido expresamente ambos tipos de plazos, situación que no se presenta en la disposición

pueda afectar o incidir en los derechos fundamentales, incluso de manera indirecta, debe ser objeto exclusivo y excluyente de ley general y no de fuentes normativas de igual o inferior jerarquía. En ese sentido, cumple además una función de garantía individual al fijar límites a las posibles intromisiones arbitrarias del Estado, en los espacios de libertad de los ciudadanos. EXP. N.º 00017–2006–PI/TC, del 21 días del mes de enero de 2007, F. J. 12.

⁶⁵ Es conocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por la cual se entiende la reserva de ley como reserva de acto legislativo, lo que permite regular la materia reservada a la ley también por decreto legislativo. Tiene manifestado el Supremo intérprete de la Constitución que “el principio de reserva legal en general para la regulación de cualquiera de los derechos constitucionales que se encuentren sujetos a dicho principio, o que no estándolo, se encuentren dentro del ámbito del principio de legalidad (artículo 2º, inciso 24), “a”), no puede entenderse como una reserva a cualquier tipo de normas a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de ley, (...), sino como una reserva de acto legislativo, por virtud del cual las restricciones y límites de los derechos constitucionales tengan que contar necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, bien sea para que éste directamente los regule (a través de una ley ordinaria o, de exigirlo la Constitución, por una ley orgánica) o bien para que dentro de un ámbito bastante preciso, previsto en la ley autoritativa, confiera por delegación la facultad de regularlos”. EXP. N.º 1311–1999–AA/TC, del 19 de enero del 2000, F. J. 6.

iusfundamental peruana. Pero, ¿es posible considerar que en esta viene incluida también la exigencia de que la detención no debe durar más allá de lo estrictamente necesario? A mi modo de ver sí.

La razón es que la duración estrictamente necesaria es una exigencia de razonabilidad, de modo que no es razonable que una detención dure más allá de lo estrictamente necesario. Y, como se sabe, la razonabilidad ha sido constitucionalizada en el caso peruano⁶⁶ y prevista no sólo para los regímenes de excepción, sino extendida con acierto por el Tribunal Constitucional a todos los ámbitos del Derecho⁶⁷. Pretender que una detención policial dure más de lo estrictamente necesario sería contravenir la exigencia constitucional de razonabilidad y, por esa razón, tal pretensión es inconstitucional. De forma tal que en el ordenamiento constitucional peruano no necesariamente toda detención que dure por debajo de veinticuatro horas o por debajo del término de la distancia es por esa sola razón una detención constitucional, pues puede ocurrir que las circunstancias hayan exigido que lo estrictamente necesario sea inferior a las veinticuatro horas y al término de la distancia.

D. ¿Es posible que la detención dure más allá del plazo máximo?

La cuarta cuestión es la siguiente: si se reconoce que el artículo 2.24 apartado f de la Constitución recoge que la detención no debe durar más allá de lo razonable, ¿puede ocurrir que las circunstancias exijan que la duración se prolongue más allá de veinticuatro horas o más allá del término de la distancia? El significado del plazo de veinticuatro horas es que el detenido deba ser puesto a disposición del juez de modo inmediato, y lo

⁶⁶ En el último párrafo del artículo 200 de la Constitución se ha previsto que “cuando se interponen acciones de esta naturaleza [hábeas corpus y amparo] en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”.

⁶⁷ Ha manifestado el Tribunal Constitucional que “el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho”. EXP. N.º 0010–2002–AI/TC, de 3 de enero de 2003, F. J. 138.

inmediato ha sido concretado por el propio Constituyente a veinticuatro horas para cuando se trata de un mismo distrito judicial. De forma que si en este supuesto la detención dura más de veinticuatro horas se habrá agredido el derecho fundamental a la libertad personal, lo que equivale a decir que jurídicamente no se acepta ninguna circunstancia que haga razonable la extensión del plazo de veinticuatro horas.

Una situación distinta se presenta cuando la detención ocurre en un lugar apartado del lugar en el que se encuentra el Juzgado al que se ha de poner a disposición al detenido. En este caso, el mandato constitucional es abierto y puede ocurrir que la concreción –que realice, por ejemplo el legislador o, como ocurre actualmente, que realice el órgano administrativo– vulnere la exigencia de razonabilidad que, como se ha dicho, conforma el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal.

La inconstitucionalidad de la norma que recoge la concreción puede ser abstracta o puede ser concreta. Es abstracta si la expresión “el término de la distancia” ha sido concretada de modo irrazonable, ya sea por exceso ya sea por defecto. Lo es por exceso cuando se prevé un plazo más allá de lo exigido razonablemente, por ejemplo, si se establece que el término de la distancia entre Puno y Lima por vía terrestre es diez días hábiles. Lo es por defecto cuando se prevé un plazo por debajo de lo exigido razonablemente, por ejemplo, si se establece que el término de la distancia entre Puno y Lima por vía terrestre es un día natural.

Por su parte, la inconstitucionalidad es concreta cuando habiéndose previsto un plazo que en abstracto se ajusta a las exigencias de razonabilidad, en las circunstancias del caso concreto se vuelven desproporcionadas por exceso o por defecto. Por ejemplo, si se ha reconocido que el término de la distancia por vía terrestre entre Puno y Lima son tres días por vía terrestre, esta previsión dada la distancia geográfica y el estado de las carreteras, así como la frecuencia y calidad de los buses que cubre ese tramo, debe ser considerada como razonable desde una perspectiva abstracta.

Sin embargo, puede ocurrir que determinadas circunstancias que se presenten mientras se está llevando el detenido a Lima (accidente en la

carretera; toma y bloqueo de la carretera por manifestantes; desborde de ríos o caída de huaycos, etc) hagan que al caso concreto la exigencia de tres días como término de la distancia resulte inconstitucional por irrazonable. De ocurrir este supuesto, la detención no se habría convertido en inconstitucional, de modo que se habría que inaplicar la norma que contiene la concreción de la duración de la detención, por ser inconstitucional al caso concreto. Así, por ejemplo, no hay duración inconstitucional si el traslado de un detenido a Lima desde Puno por vía terrestre demora cuatro días debido al bloqueo de las carreteras. Obviamente, el obstáculo que origina la prolongación del plazo debe ser de tal naturaleza y magnitud que justifique razonablemente esa concreta extensión del plazo.

E. ¿Reglas iusfundamentales?

Y la quinta cuestión que es posible plantear es cuáles son las reglas iusfundamentales que se concluyen de la parte correspondiente del artículo 2.24 apartado f de la Constitución peruana. La respuesta es que al menos se concluyen las siguientes dos:

R₃:

SH₃: una detención policial que dure más allá de lo estrictamente necesario y menos de 24 horas o el término de la distancia;

CJ₃: la detención se convierte en inconstitucional.

R₄:

SH₄: una detención policial que dure más de veinticuatro horas o el término de la distancia;

CJ₄: la detención se convierte en inconstitucional.

R₁ y R₃ son iguales en la medida que ambas recogen la inconstitucionalidad de una detención que dure más allá de lo estrictamente necesario y menos que el plazo máximo (el cual es diferente en el ordenamiento español y peruano); R₂ y R₄ son iguales en la medida que establecen la inconstitucionalidad de una detención policial que sobrepase el plazo máximo (el cual, se ha de insistir, es diferente en una y otra Constitución). Esto permite

concluir en la corrección de la decisión del Tribunal Constitucional peruano de tomar como base la STC 86/1996 para resolver el hábeas corpus llegado a su instancia. Y permite también visualizar que la corrección constitucional no alcanza a una traslación mimética de interpretaciones, debido a que el plazo máximo es diferente en una y otra Constitución. Esto último no parece ser visto por el Tribunal Constitucional peruano, lo que le lleva a cometer errores, según será analizado más adelante.

IV. ANÁLISIS DE LA SOLUCIÓN DADA AL CASO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Con base en el análisis de la parte que conviene al caso, que del artículo 2.24 apartado f se ha efectuado en el apartado anterior, se está en condiciones de responder las tres cuestiones que se plantearon al inicio respecto de la respuesta que el Tribunal Constitucional da al caso que tiene por resolver.

IV.1. Sobre la agresión y agresores

Las dos primeras cuestiones que se han de resolver es si ha existido agresión del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental y de existir, quiénes han sido los agresores. De los hechos enunciados anteriormente, la detención del beneficiario del hábeas corpus ocurrió el 26 de setiembre del 2007 y permaneció detenido por seis días. La prolongación de esta detención excede la concreción del término de la distancia establecida para el tramo Puno – Lima que es de tres días. Tal prolongación no sería inconstitucional si se hubiesen presentado circunstancias excepcionales que harían de la concreción una inconstitucional al caso concreto. Sin embargo, ninguna de estas circunstancias se ha presentado; por el contrario, la prolongación se ha debido por el actuar negligente del oficial de Policía responsable de la detención, e incluso por la demora del funcionario de la Corte Superior de Justicia de Puno.

De esta manera, la prolongación ocurrida vulnera el artículo 2.17 apartado f de la Constitución por las siguientes dos razones. Primera, porque la

detención ha durado seis días siendo el término de la distancia prevista de tres días, sin que exista ninguna causa excepcional para la extensión; y segunda, porque la detención no ha durado lo estrictamente necesario al haber manifestado tanto el agente de policía como el funcionario judicial negligencia en el cumplimiento de sus deberes. Es decir, la solución del caso pasa por la aplicación tanto de R₃ como de R₄.

Es por esta razón que el Tribunal Constitucional acierta cuando ha afirmado, respecto del oficial PNP, que

“No sólo se superó el plazo máximo de la detención, sino también el plazo estrictamente necesario de la misma, toda vez que en el presente caso, al tratarse de una requisitoria de orden de captura, no se requería de la realización de diligencias o actuaciones especiales, sino sólo confirmar la vigencia de dicha requisitoria, así como solicitar la asignación económica a la administración de la Corte Superior para el traslado. Así pues, en el presente caso, se advierte que el emplazado no realizó tales gestiones el mismo día en que se produjo la detención, esto es, el 26 de setiembre de 2007, sino que de manera indebida las realizó al día siguiente (27 de setiembre de 2007). Más todavía, el emplazado sin expresar causa justificada gestionó la asignación económica ante la administración de la Corte Superior el día viernes 28 de setiembre de 2007 (fojas 13), esto es, dos (2) días después de producida la detención”⁶⁸.

Y también acierta cuando en referencia al funcionario de la Corte Superior de Justicia de Puno, ha manifestado que

“La afectación al derecho constitucional invocado no es imputable únicamente al emplazado Capitán PNP Oswaldo F. Ventura López, sino que alcanza, sobre todo, a la omisión de una correcta actuación por parte de la administración de la Corte Superior de Justicia de Puno, que sin justificación alguna no proporcionó en su

⁶⁸ EXP. N.º 06423–2007–PHC/TC, del 28 de diciembre del 2009, F. J. 27.

debida oportunidad la asignación económica solicitada por el emplazado el 28 de setiembre de 2007, a horas 7: 50 a.m. (fojas 13) para el traslado respectivo del requisitoriado, pese a encontrarse obligada a ello. Así pues, resulta reprobable que, por falta de asignación de recursos económicos, no se haya puesto al beneficiario a disposición del Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima dentro del plazo estrictamente necesario, incluso ni dentro del plazo máximo. En todo caso, corresponde al Poder Judicial a través de su unidad respectiva implementar un mecanismo más expeditivo y menos burocrático, a efectos de que no vuelvan a ocurrir hechos como los que se describen en la presente sentencia”⁶⁹.

IV.2. Sobre el significado de regresar las cosas al estado anterior

La tercera cuestión es determinar el significado de la finalidad de la demanda constitucional, a saber, regresar las cosas al estado anterior de cometida la agresión. Como se ha dicho antes, el derecho fundamental agredido es el derecho a la libertad personal. Sin embargo, “resulta necesario puntualizar que la libertad personal es un derecho subjetivo reconocido por el artículo 2º, inciso 24, de la Constitución Política del Perú”⁷⁰, lo que necesariamente conlleva admitir que el derecho a la libertad individual al menos está conformado por las garantías recogidas en los ocho apartados en los que se descompone, por lo que no sería exagerado considerarlo como un derecho continente⁷¹, tal y como el Tribunal Constitucional lo ha hecho con otros derechos fundamentales como el derecho al debido proceso⁷².

⁶⁹ Idem, F. J. 28.

⁷⁰ EXP. N.º 6142–2006–PHC/TC, del 14 de marzo de 2007, F. J. 2.

⁷¹ De ahí que en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional se haya recogido *enunciativamente* manifestaciones de la libertad individual a lo largo de diecisiete apartados.

⁷² Por todas la sentencia al EXP. N.º 01452–2009–PHC/TC, del 18 de agosto de 2009, F. J. 2.

Esto resulta relevante tener en cuenta debido a que la salvación del derecho fundamental a la libertad individual no tendrá siempre una misma respuesta, sino que dependerá de cuál derecho o garantía constitucional de los que lo conforman haya sido agredido. Así, en el caso que resuelve el Tribunal Constitucional, el derecho fundamental agredido, conformador a su vez del derecho a la libertad individual, es a la duración de la detención preventiva policial, derecho que atribuye a su titular la facultad de exigir que se le ponga a disposición judicial una vez vencido el plazo máximo o el plazo estrictamente necesario para permanecer detenido por la policía. Si esta es la posición iusfundamental que el Derecho depara a su titular, entonces, cuando este derecho es vulnerado, su titular no podrá exigir nada que no le depare su posición iusfundamental, es decir, no podrá reclamar ninguna atribución que no le asigne el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental. En este caso, no podrá exigir nada distinto a que inmediatamente se le ponga a disposición del Juez correspondiente.

Por eso acierta nuevamente el Tribunal Constitucional cuando afirma que

“Toda detención que supere el plazo estrictamente necesario, o el plazo preestablecido, queda privada de fundamento constitucional. En ambos casos, la consecuencia será la puesta inmediata de la persona detenida a disposición del juez competente”⁷³.

IV.3. Algunos errores en la concepción del Tribunal Constitucional

A. El plazo máximo “término de la distancia” no es un absoluto

Pero no todo ha sido acierto en la sentencia del Tribunal Constitucional, sino que en ella es posible advertir algunos errores, al menos los siguientes dos. Primero, la consideración del Tribunal Constitucional de que la concreción de la fórmula abierta “término de la distancia”, efectuada por la Resolución Administrativa N.º 1325–CME–PJ, es absoluta. A juicio del Tribunal Constitucional siempre y en todo caso que la detención preventiva

⁷³ EXP. N.º 06423–2007–PHC/TC, citado, F. J. 9.

policial sobrepase el concreto plazo previsto como plazo máximo de detención, ya sea el concreto de veinticuatro horas o el genérico de “término de la distancia”, la detención necesariamente se convierte en inconstitucional.

Así, tiene manifestado que

“Dentro del conjunto de garantías que asiste a toda persona detenida, una de ellas, no menos importante que los demás, es el de ser puesto a disposición del juez competente dentro del plazo que la Constitución señala, esto es, dentro del plazo de 24 horas o en el término de la distancia cuando corresponda (plazo máximo de la detención)⁷⁴.

Una vez manifestadas las dos posibilidades de plazo máximo de detención establecidas constitucionalmente, afirma que

“Queda claro que toda persona detenida debe ser puesta a disposición del juez competente dentro del plazo máximo establecido, y es que, si vencido dicho plazo la persona detenida no hubiera sido puesta a disposición judicial, aquella detención simplemente se convierte en ilegítima⁷⁵.

De modo que la detención necesariamente será inconstitucional si sobrepasa las veinticuatro horas o si sobrepasa el término de la distancia. Sin embargo, hay argumentos –y fuertes– para discrepar que una duración que vaya más allá del término de la distancia sea necesariamente inconstitucional. Como ya se ha dicho, el plazo máximo de detención previsto por el artículo 2.24 apartado f es o 24 horas o el término de la distancia. Ya se ha argumentado que el primero es un plazo concreto y el segundo un plazo abierto. Sobre el primero decidió el Constituyente que su extralimitación contravendría el derecho a la duración razonable de la detención preventiva policial sin excepción alguna, de modo que independientemente de las circunstancias toda detención policial que debiendo durar veinticuatro horas dura más, se convierte en inconstitucional.

Sobre el segundo el Constituyente ha decidido una fórmula abierta y genérica que deberá ser concretada por el legislador. Esta concreción –

⁷⁴ Idem, F. J. 5.

⁷⁵ Idem., F. J. 6.

como ya se justificó también— puede ser inconstitucional ya sea en abstracto como en concreto. En este último caso, una concreción normativa que en abstracto es razonable puede convertirse en irrazonable en las concretas circunstancias, de modo que queda abierta la posibilidad de que una detención policial que dure más allá del término de la distancia no sea necesariamente inconstitucional. El derecho fundamental es a que la detención policial no exceda el término de la distancia, pero este no ha sido previsto constitucionalmente, sino que ha sido derivado a que sea concretado por norma infraconstitucional.

B. Definición del plazo estrictamente necesario en relación al plazo máximo

Y el segundo error es la definición del plazo estrictamente necesario en referencia al plazo máximo. Para el Tribunal Constitucional aquél deberá ser siempre ostensiblemente inferior que éste.

“El plazo que la Constitución establece para la detención es solamente un límite del límite temporal prescrito con carácter general, sobre el cual se superpone, sin reemplazarlo, el plazo estrictamente necesario. Así lo ha expuesto el Tribunal Constitucional español en la STC 86/1996, por lo que *el límite máximo de privación de la libertad ha de ser ostensiblemente inferior al plazo máximo*, pero no puede ni debe sobrepasarlo”⁷⁶.

Como se puede comprender, a diferencia de lo que manifiesta el Tribunal Constitucional peruano, el límite que dibuja el plazo estrictamente necesario no necesariamente deberá ser ostensiblemente menor al plazo máximo, de hecho, lo normal será precisamente lo contrario; es decir, que no esté demasiado por debajo del plazo máximo. Lo que, obviamente, sí ha de ocurrir —y de modo imperativo— es que el plazo estrictamente necesario tenga una duración inferior al plazo máximo, sea cual fuese esa duración menor.

C. Causa de los errores

⁷⁶ Idem, F. J. 8.

Manifestados los dos errores en los que incurre el Tribunal Constitucional, corresponde preguntarse por la causa de los mismos. Es notorio que la Constitución española establece algo diferente en este asunto que lo mandado por la Constitución peruana. Si bien es cierto que ambas han recogido el límite estrictamente necesario (de modo expreso en la española, y de modo implícito en la peruana), no de ambas es posible predicar que han recogido un mismo plazo máximo. En efecto, mientras que en la Constitución española se ha recogido como plazo máximo una sola modalidad, a saber, un plazo máximo concreto (setenta y dos horas); en la Constitución peruana se ha recogido un plazo máximo concreto (veinticuatro horas) y otro genérico y abierto (el término de la distancia). Al detectarse estas diferencias –que parece ignorar el Tribunal Constitucional peruano–, no es posible trasladar completamente las afirmaciones que el Tribunal Constitucional español hace del plazo máximo recogido en la Constitución española, al plazo máximo recogido en la Constitución peruana. Por el contrario, se ha de diferenciar y diferenciando advertir que el Tribunal español realiza las afirmaciones correctamente sólo de un plazo máximo concretado y no de uno genérico o abierto. Es decir, la consideración de absoluto que el Tribunal español hace del plazo máximo de setenta y dos horas⁷⁷ es trasladable al caso peruano sólo del plazo máximo de veinticuatro horas, mas no del plazo abierto de “término de la distancia”. Plazo concretado por el Constituyente y plazo abierto tienen naturaleza diferente, mientras que en el primero no hay nada por precisar y, por ello, será siempre absoluto; del segundo es necesario su concreción que, ocurrida a través de norma infraconstitucional, lleva ínsito la posibilidad de inconstitucionalidad (general o concreta como se ha argumentado antes). Esta bien puede ser tomada como causa del primero de los errores manifestados.

Respecto del segundo error, su causa es más notoria y manifiesta, al tiempo que sencilla: se trata de una mala copia de lo dicho por el Tribunal Constitucional español. En realidad lo que manifestó este Tribunal fue que “el límite máximo de privación provisional de libertad que permite el art.

⁷⁷ Tiene manifestado que “el plazo de setenta y dos horas que establece la Constitución es un límite máximo de carácter absoluto, para la detención policial, cuyo cómputo resulta inequívoco y simple”. STC 86/1998, citada, F. J. 8.

17 de la Constitución *puede ser sensiblemente inferior* a las setenta y dos horas, atendidas las circunstancias del caso”⁷⁸. Y esta afirmación es correcta, pues el que la duración estrictamente necesaria llegue a ser sensiblemente menor que el plazo máximo es una mera posibilidad, nunca será la única posibilidad que la convierta en necesaria, como mal ha afirmado el Supremo intérprete de la Constitución peruana.

V. DURACIÓN ERICTAMENTE NECESARIA Y DETENCIÓN JUDICIAL

V.1. Aplicación de la duración estrictamente necesaria a todo tipo de detenciones

Como se afirmó antes, en la sentencia que ahora se comenta tiene dicho el Tribunal Constitucional que “toda detención que supere el plazo estrictamente necesario, o el plazo preestablecido, queda privada de fundamento constitucional”⁷⁹. Esta afirmación del Tribunal Constitucional permite plantear la siguiente cuestión: si esta exigencia de duración estrictamente necesaria es posible trasladarla a otras detenciones diferentes de la detención policial. La pregunta se formula no sólo porque en la declaración transcrita el Tribunal Constitucional se refiere a *toda detención*, sino también porque la policial no es la única detención. La respuesta a la cuestión empieza recordando que todas las detenciones son un medio que intenta asegurar en la mayor medida posible la consecución de un fin que es el debido procesamiento y, de ser el caso, la correspondiente ejecución de una sentencia condenatoria. De ahí que la detención deba de durar lo estrictamente necesario para la consecución del fin.

Lo estrictamente necesario tiene que ver con las circunstancias del caso, como “el límite máximo de la detención debe ser establecido en atención a las circunstancias de cada caso concreto, tales como las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para realizar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ EXP. N.º 06423–2007–PHC/TC, citado, F. J. 9.

otros”⁸⁰, que vienen a ser reflejo de la actuación diligente o no del que tiene a cargo la detención, y del carácter entorpecedor o no de la actuación del detenido, en uno y otro caso actuaciones dirigidas a la consecución del fin de la detención. De manera que una detención que dure más allá de lo que las circunstancias demanden estrictamente, se convierte en una detención ilegítima y, por ello, en una restricción inconstitucional de la libertad personal. Y esto es así independientemente del tipo de detención, si policial o judicial. De manera que, y en respuesta a cuestión planteada, la exigencia de duración estrictamente necesaria es aplicable igualmente a todo tipo de detención, sea la policial sea la judicial

V.2. En particular sobre la detención judicial

Hasta ahora han sido formuladas reflexiones respecto de la detención policial. Conviene decir algo respecto de la detención judicial ordenada por un juez. El Tribunal Constitucional ha reconocido como contenido implícito del derecho a la libertad personal el derecho a la duración razonable de la detención preventiva. Tiene establecido el Supremo intérprete de la Constitución que

“El derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar la aplicación de la prisión provisional para ser reconocida como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º24 de la Constitución)”⁸¹.

⁸⁰ Idem.. F. J. 8.

⁸¹ Tiene dicho el Tribunal Constitucional que “El derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva al pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar la aplicación de la prisión provisional para ser reconocida como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho a la liber-

El derecho fundamental es a la duración razonable de la detención preventiva decretada por el juez. Este derecho tiene una fórmula abierta en su enunciación: *duración razonable*. En este supuesto pueden ocurrir las tres mismas situaciones que ocurrían con la detención policial preventiva. Primero, que el legislador haya concretado la expresión abierta de la disposición iusfundamental implícita. En este caso, el legislador peruano ha establecido que la duración máxima de la detención preventiva es de 9 o 18 meses, según se trate de procesos complejos o no⁸², o de hasta 27 o de hasta 36 meses según haya o no prórroga⁸³. De modo abstracto, esta es una concreción razonable y, por ello, es una concreción constitucional.

No obstante, y esta es la segunda situación, no se ha de descartar que esta concreción abstracta resulte inconstitucional en algún caso concreto, de modo que en las circunstancias del mismo pueda ser inaplicable para permitir una duración mayor en la detención. En esta línea, recordaba el Tribunal Constitucional,

“Así lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando afirma que: ‘La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocen-

tad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º24 de la Constitución)”. EXP. N.º 2915–2004–HC/TC, del 23 de noviembre del 2004, F. J. 5.

⁸² En el artículo 272 del Nuevo Código Procesal Penal se ha dispuesto que “1. La prisión preventiva no durará más de nueve meses. 2. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses”.

⁸³ En el artículo 274 del Nuevo Código Procesal Penal se ha establecido que “1. Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2 del artículo 272. El Fiscal debe solicitarla al Juez antes de su vencimiento”

cia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal'. (Informe N.º 12/96, párrafo 70)»⁸⁴.

Es decir, una detención que sobrepasa el límite previsto por la legislación que concreta el derecho fundamental a la duración razonable de la detención es *prima facie* una detención inconstitucional. El término *prima facie*, en este contexto, significa abrir las puertas a que *de modo definitivo* no sea así, es decir, a que finalmente una detención que dura más allá de la concreción legal sea una detención constitucional⁸⁵. Y es que el derecho fundamental no es a una determinada duración, sino a una duración razonable, y está no es un número de meses fijado previamente y para siempre, sino que dependerá de las concretas circunstancias⁸⁶. En este punto cobran relevancia los tres criterios que el Tribunal Constitucional toma de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para definir en cada caso lo razonable: la diligencia del juez, la complejidad del asunto y la actividad procesal del interesado⁸⁷.

⁸⁴ EXP. N.º 2915–2004–HC/TC, citado, F. J. 32.

⁸⁵ Por eso, a mi modo de ver, el Tribunal Constitucional se equivoca cuando considera como límites absolutos la concreción establecida por el legislador. Así ha establecido el Alto Tribunal de la Constitución: “el artículo 137º del Código Procesal Penal que regula el plazo máximo de la detención judicial, que en lo [que] establece que dichos plazos máximos fijados por el legislador integran el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal, puesto que el mantenimiento de la situación de prisión preventiva por un tiempo excesivo al previsto lesiona el derecho a la libertad personal”. EXP. N.º 3771–2004–HC/TC, del 29 de diciembre del 2004, F. J. 17.

⁸⁶ Acierta el Supremo intérprete de la Constitución cuando manifiesta que “no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito”. EXP. N.º 2798–2004–HC/TC, de 9 de diciembre de 2004, F. J. 28.

⁸⁷ Dijo el Tribunal Constitucional que “a efectos de determinar la razonabilidad del plazo de detención, es preciso analizar si el juez penal ha procedido con la “diligencia especial” debida en la tramitación del proceso. (Caso Kenmache. Sentencia del TEDH, párrafo 45). Para determinar si en la causa se ha obrado con la debida diligencia, no sólo se deberá analizar, propiamente: a) la conducta de las autoridades judiciales, sino también b) la complejidad del asunto y c) la actividad procesal del interesado. (Caso Toth. Sentencia del TEDH del 12 de diciembre de 1991, párrafo 77/ Caso Genie Lacayo. Sentencia de la

Pero, y esta es la tercera situación, así como no se debe cerrar las puertas para que una detención sobrepase el número de meses decidido por el legislador como concreción del derecho fundamental a la duración razonable de la detención, tampoco deben ser cerradas para considerar que una detención ha vulnerado este derecho fundamental cuando sin haberse llegado al plazo máximo que disponía la concreción legal, no resulta razonable el tiempo durado. Es decir, puede ocurrir, por ejemplo, que en un proceso no complejo una detención que dure menos de nueve meses –digamos seis meses– se convierta en una detención que vulnera el derecho a la duración razonable, porque las concretas circunstancias hacían que la duración razonable sea, por ejemplo, seis meses. Y es que hay que recordar que el derecho fundamental no da derecho a una duración máxima determinada de la detención preventiva, sino que el derecho es a una *duración razonable*. Por eso acierta el Tribunal Constitucional cuando reconoce que “aunque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendiendo a las circunstancias del caso, excede de lo razonable”⁸⁸.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: VALORACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE

Con base en lo que se lleva estudiado, la formulación del precedente vinculante en la sentencia al EXP. N.º 06423–2007–PHC/TC debe ser enjuiciado positivamente. En efecto, el precedente vinculante contiene una interpretación iusfundamental a través de la cual se concreta una disposición constitucional. La concreción significará establecer una determinada interpretación de la disposición y a partir de ahí crear una norma que adquiere la modalidad de regla (“regla preceptiva común” en palabras del

Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de enero de 1995. Serie C, núm. 21, párrafo 77; aunque en este último caso los criterios fueron utilizados para evaluar la razonabilidad de la duración de la totalidad del proceso). EXP. N.º 2915–2004–HC/TC, citado, F. J. 20 y 21.

⁸⁸ EXP. N.º 3771–2004–HC/TC, citado, F. J. 18.

Tribunal Constitucional⁸⁹). En el caso examinado, el Tribunal Constitucional ha concretado la parte del artículo 2.24 apartado f en la que se contiene los plazos máximos de duración de la detención policial. Y la ha concretado según una regla equivalente a R_3 antes definida. De modo que en adelante ninguna detención policial deberá su constitucionalidad sólo a su ajustamiento al plazo máximo, sino que adicionalmente la deberá al plazo estrictamente necesario, plazo este último no mencionado expresamente en el texto constitucional, pero existente por exigencias del principio de razonabilidad y externalizado a través de este precedente vinculante.

Este acierto general, sin embargo, no impide hacer ver que el error en el que incurre el Tribunal Constitucional, y que fue antes examinado, vuelve a manifestarse en la formulación del precedente vinculante. Me refiero a la afirmación de que “el plazo de la detención que la Norma Fundamental establece es un plazo máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple”⁹⁰ debe corregirse en el sentido de que el carácter absoluto sólo le corresponde al plazo concretado por el Constituyente (veinticuatro horas), mas no al plazo abierto y genérico dejado a la concreción infraconstitucional (término de la distancia).

Por lo demás, la existencia implícita de un plazo estrictamente necesario ha de ser reconocida no sólo en la detención policial, sino también en cualesquiera otra, especialmente en la detención judicial, respecto de la cual –con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional– es posible reconocer el derecho fundamental a la duración razonable de la detención judicial, la cual no se agota en la concreción legislativa llevada a cabo por el Código Procesal Penal, sino que exige consideraciones de razonabilidad.

⁸⁹ EXP. N.º 0024–2003–AI/TC, de 10 de octubre de 2005, primera consideración previa.

⁹⁰ EXP. N.º 06423–2007–PHC/TC, citado, Fallo, apartado 3.a.

IURA

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

INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES EN EL PROCESO PENAL

Gonzalo DEL RÍO LABARTHE⁹¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Independencia. III. Imparcialidad. III.1. Definición. III.2. Los aspectos subjetivo y objetivo según el TEDH y el TC español. III.3. Posición crítica. III.4. Características. III.5. Imparcialidad e incompatibilidad. III.6. La posición del TC peruano.

I. INTRODUCCIÓN

La independencia y la imparcialidad conforman dos características básicas y definitorias de la posición institucional del Juez en el marco del Estado de Derecho, independiente e imparcial es el Juez que aplica el Derecho y que lo hace por razones que el Derecho le suministra⁹². Por esta razón es indispensable conocer cuál es el alcance normativo de estas garantías, qué rol juegan en nuestro ordenamiento procesal y cuáles son sus características más relevantes.

En dicha línea, la Convención Americana de Derechos Humanos (8.1 CADH) regula el derecho a un juez independiente e imparcial, pero es evidente que en realidad ellas constituyen dos garantías específicas, estrechamente relacionadas, pero a su vez claramente diferenciables.

⁹¹ Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Particular Antenor Orrego.

⁹² AGUILÓ, J. "Independencia e imparcialidad de los Jueces y argumentación jurídica", *Isonomía*, N° 6, Abril, 1997, p. 78.

Por su parte, la Constitución Política del Perú regula el principio de independencia (art. 139.2), sin embargo no reconoce expresamente la imparcialidad judicial. Históricamente, la doctrina y jurisprudencia han acudido al concepto de debido proceso (art. 139.3) para otorgar a la imparcialidad judicial carta de presentación constitucional. Esto también ha sido posible a través de la IV DFT de la Constitución, porque al reconocerla como un principio regulado en tratados internacionales (como la CADH) le asigna rango constitucional.

En cualquier caso, no cabe duda que la principal función del Título Preliminar del NCPP es plasmar las líneas maestras del Código, aquellos principios que tiene una decidida fuerza expansiva en la interpretación del nuevo sistema. El TP no es otra cosa que el desarrollo de las garantías procesales constitucionales, de ahí que la inclusión del derecho a la imparcialidad judicial en el art. I constituye una clara muestra de un reconocimiento (ahora sí) expreso de dicho derecho, erigiéndose en una regla fundamental en el desarrollo del proceso penal.

Este artículo pretende introducirse en el estudio de la independencia e imparcialidad como garantías del proceso penal. Si bien ambas son, de alguna manera, instituciones vinculadas debería establecerse una clara diferencia entre ellas. Es a partir de su conceptualización que se construyen muchos de los instrumentos procesales (y orgánicos) que permiten que un determinado procedimiento sea en realidad un proceso y, sobre todo, un proceso justo. Sin la presencia de un juez independiente e imparcial no existe proceso, a lo mucho existirá un procedimiento de aplicación del Derecho penal, pero el mismo no puede ser calificado como proceso.

Este breve estudio intenta introducirse, con carácter general, en aquellos motivos que expresan ciertas dudas acerca de la imparcialidad del Juez y que son las causas que permiten utilizar los instrumentos procesales que nos prevé el proceso penal para evitar que un juez actúe de manera parcial en un caso específico (la recusación y la inhibición).

Se intentará demostrar que la clasificación imparcialidad objetiva vs. imparcialidad subjetiva es en realidad innecesaria y que la diferenciación determinante radica en que existen causas que nacen de la relación con las partes o el objeto del proceso [y que se basan en la concurrencia de una circunstancia ajena y anterior a aquél]; y otras que nacen por la relación del juez con el proceso [y, por tanto, se originan en el proceso mismo, al punto que si éste no se hubiere incoado no hubieran llegado a existir].

Es en este ámbito en el que operan la recusación y la inhibición, por lo que es fundamental entender que en realidad, al constituir sus supuestos aspectos subjetivos propios de la dimensión interna del Juez, lo determinante es que la imparcialidad judicial exige un apartamiento cuando se identifica un riesgo de parcialidad que debe ser desechado.

No es necesario verificar la efectiva existencia de un actuar malicioso; ni en su caso es posible calificar al juez que se aparta o es apartado del proceso como uno inepto para administrar justicia. Lo relevante es entender que, en la *evitación del riesgo*, el principio de la imparcialidad judicial protege dos intereses centrales en la administración de justicia: *el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho* [sujeción al derecho] y la *credibilidad de las decisiones judiciales* [confianza en la Administración de Justicia].

II. INDEPENDENCIA

La independencia constituye, en primer lugar, un problema de Derecho Constitucional y de organización judicial; pero, al constituir un *principio procesal*⁹³, su significado se extiende al Derecho Procesal.

Suele sostenerse que la independencia involucra la absoluta soberanía de cada órgano jurisdiccional y de los juzgadores que lo integran en el

⁹³ SCHMIDT, E. *Los fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Lerner, Buenos Aires, 2006, p. 269.

ejercicio de su oficio⁹⁴. Sin embargo, si la asumimos como principio procesal, debemos evitar la asimilación entre soberanía e independencia en la que incurre con cierta frecuencia la teoría del Derecho, fundamentalmente porque se suele definir la posición del juez dentro del orden jurídico a partir, exclusivamente, de tomar en consideración sus poderes e ignorando sus *deberes*.

AGUILÓ sostiene que suele denominarse soberano al poder supremo e independiente, último y no sometido a control. Sin embargo, aun cuando los jueces en muchos casos “tienen la última palabra”, la independencia del soberano es una *cuestión de hecho*; y la independencia de los jueces, como se ha dicho, un principio normativo [enunciados de deber relativos a la conducta de los jueces].

La importancia de la independencia judicial se manifiesta en el derecho de los ciudadanos [correlativo al deber del juez] a ser juzgados desde el Derecho, no desde relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al Derecho. No solo protege la aplicación del Derecho [el fallo y las razones que se aducen a favor del fallo], sino que además exige al Juez que falle por las razones que el Derecho le suministra⁹⁵.

El TC peruano en diversas oportunidades ha destacado la capital importancia del principio de independencia judicial en una sociedad democrática:

(...) Su efectividad no sólo es una garantía, orgánica y funcional, a favor de los órganos y funcionarios a quienes se ha confiado la prestación de tutela jurisdiccional, sino que constituye también un componente esencial del modelo constitucional de proceso (...). La independencia, en su acepción constitucional clásica, no es sino la ausencia de vinculación del funcionario jurisdiccional con la orden de otro cualquiera en el ejercicio de su función jurisdiccional (...). El principio de independencia judicial exige que

⁹⁴ GALÁN GONZÁLEZ, C., *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 20.

⁹⁵ AGUILÓ, J. “Independencia..., *cit.*”, pp. 76 – 77.

el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución (...) ⁹⁶.

Puede apreciarse que si bien el TC, en principio, parece admitir que el núcleo central de la independencia radica en su soberanía [la ausencia de órdenes], lo fundamental es que se administre justicia con estricta sujeción al Derecho.

Por otro lado, la doctrina distingue entre independencia externa e interna. La independencia externa implica que los tribunales no tienen interferencias ajenas procedentes de otros poderes y/o autoridades del Estado, incluso de los poderes fácticos privados [por ejemplo, la prensa] ⁹⁷.

El TC peruano también ha definido la independencia externa:

(...) La autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, (...) no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta. En el caso de los poderes públicos, estos se encuentran prohibidos por la Constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales, ya sea estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentran en similar nivel y jerarquía (...) ⁹⁸.

Es en este ámbito en el que operan las reglas [garantías] que proveen estabilidad a los jueces [garantizan su independencia], como la inamovili-

⁹⁶ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del TC peruano 003-2005-PI/TC.

⁹⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Vol. I, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 101.

⁹⁸ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del TC peruano 003-2005-PI/TC.

dad, la compensación por sus tareas [que no puede ser disminuida], la prohibición para el Ejecutivo y el Legislativo de ejercer funciones judiciales, la previsión de un procedimiento específico para su destitución o suspensión por mala conducta o la comisión de un delito, el aforamiento, etc. Estos son mecanismos relativos a la independencia y, por lo tanto, límites a la función judicial como atributo del poder Judicial del Estado⁹⁹.

Sin embargo, debe quedar claro que una cosa es el principio de independencia y otra cosa el estado de cosas institucional que haga posible o facilite esa independencia; estos aspectos no deben confundirse. Más allá de los instrumentos que utiliza el Estado para preservar la independencia de los jueces, lo fundamental es entender que ese objetivo se traduce en el derecho de los ciudadanos a ser juzgados [sólo] desde el Derecho; que es, a su vez, el correlato del deber de los jueces, aquél que los obliga a administrar justicia siempre en estricta sujeción al Derecho¹⁰⁰.

En el mismo sentido, en la independencia interna operan las garantías destinadas a preservar a los jueces y magistrados de las presiones que pudieren provenir de la propia estructura jerárquica de la organización judicial¹⁰¹. Por lo tanto, no son admisibles las “instrucciones internas” dentro del propio Poder Judicial, en tanto este no es un poder “jerarquizado” donde los jueces inferiores deban acatar las “órdenes” del “superior”. Es necesario liberar al juez de vínculos de subordinación jerárquica,¹⁰² que por su propia naturaleza son incompatibles con la sujeción al Derecho.

El TC peruano define la independencia interna de la siguiente manera:

(...) La autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; (...) en el desempeño de la función jurisdic-

⁹⁹ MAIER, J., “Dimensión político – jurídica de un Poder Judicial independiente”, *El proceso penal contemporáneo*, Palestra, Lima, 2008, p. 746.

¹⁰⁰ AGUILÓ, J., “Independencia...”, *cit.*, p. 74.

¹⁰¹ GALÁN GONZÁLEZ, C., *Protección...*, *cit.*, p. 22.

¹⁰² ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *Justicia penal, derechos y garantías*, Palestra, Lima, 2007, p. 242.

cional, no puede sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial. (...) El principio de independencia judicial prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que dé mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio impugnatorio, las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho, o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso (...) ¹⁰³.

En tal virtud, la diferencia entre un órgano de instancia y el competente para resolver la impugnación no es una cuestión de jerarquía estricta, sino una cuestión de competencia que guarda relación con un procedimiento reforzado que persigue la averiguación de la verdad y la aplicación justa de la ley. No responde a una estructura jerárquica en sentido estricto, sino al principio de doble instancia.

Existe un complejo entramado de órganos jurisdiccionales que se estructuran sobre la base de un criterio jerárquico, de tal forma que los “superiores” están llamados a revisar las actuaciones y decisiones de los inferiores; sin embargo, lo cierto es que cada juzgador detenta la potestad jurisdiccional en toda su plenitud y es independiente en sus decisiones. ¹⁰⁴

Lo mismo ocurre con los precedentes judiciales [o algunas resoluciones casatorias, por ejemplo] que en ningún caso quiebran el principio de independencia del juez. El precedente valora una situación en sentido abstracto y, a lo mucho, fija las líneas maestras de la interpretación normativa. Esto significa que contribuye a una mejor interpretación de la ley y, por lo tanto, refuerza la sujeción.

La propia Corte Suprema, en su función casatoria, tampoco actúa como un órgano jerárquico. Actúa en el propio ámbito de su competencia,

¹⁰³ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del TC peruano 003-2005-PI/TC.

¹⁰⁴ MORENO CATENA, V., y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 128.

que añade a la función de revisar ciertas resoluciones otra función [prioritaria], la de fijar la doctrina jurisprudencial en los casos que estime conveniente. No son instrucciones en sentido estricto, estas resoluciones no ejercen [ni pueden ejercer] influencia en el juez al momento de resolver un caso específico.

En consecuencia, la independencia comparte con la imparcialidad el hecho que ambas garantizan la sujeción exclusiva del juez a la ley, pero se diferencian en el hecho que la primera se afirma del órgano jurisdiccional frente a toda clase de influencias que pudieran proceder del exterior. La garantía de imparcialidad, en cambio, como se verá afecta a la actitud del Juez – persona en relación a las partes y al proceso mismo¹⁰⁵. Si la independencia trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del *sistema social*, la imparcialidad trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del *proceso*¹⁰⁶.

III. IMPARCIALIDAD

III.1. Definición

La imparcialidad judicial comporta el derecho fundamental de las partes de pretender y esperar que el juez les trate de igual modo, bajo el mismo plano de igualdad. La existencia de cualquier tipo de prejuicio o interés en el juzgador a favor de una parte o en perjuicio de la otra, supone conculcar el principio básico de igualdad de armas procesales¹⁰⁷. La imparcialidad entonces puede definirse como la independencia frente a las partes y el objeto del proceso¹⁰⁸.

¹⁰⁵ *Ibid.*, loc. cit..

¹⁰⁶ AGUILÓ, J. “Independencia...”, cit., p. 77.

¹⁰⁷ PICO I JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías: La abstención y recusación*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 26 – 27.

¹⁰⁸ AGUILÓ, J. “Independencia...”, cit., p. 77. En el Perú, DOIG DÍAZ, Y., “Inhibición y Recusación”, *El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*, Palestra, Lima, 2005, p. 215.

Si el instrumento mediante el cual se realiza el Derecho Penal pretende ser calificado como proceso, es necesaria la presencia de [por lo menos] tres sujetos [“un triángulo”]: dos partes enfrentadas o contrapartes [que satisfacen la exigencia de la dualidad de posiciones] y el juez encargado de resolver la cuestión litigiosa, que se ubica en una posición *súper* partes.

El juez, además, no sólo debe ocupar esa posición desde una perspectiva objetiva [estructura del proceso], es también necesario que esté libre de cualquier condicionamiento o prejuicio que perjudique la razón de ser de esa estructura. En tal virtud, todo proceso que quiera serlo, todo sistema de enjuiciar que quiera responder a los presupuestos de un Estado Democrático de Derecho debe exigir el atributo de la imparcialidad para los órganos encargados de impartir justicia¹⁰⁹.

III.2. Los aspectos subjetivo y objetivo según el TEDH y el TC español

Una sentencia paradigmática en el desarrollo de la imparcialidad judicial es la del TEDH en el Asunto Piersack [STEDH de 1 de octubre de 1982]:

[...] “Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción de un juez determinado en un caso concreto y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda al respecto [...] en esta materia incluso las apariencias pueden revestir cierta importancia [...]. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales pueden inspirar a los ciudadanos de una sociedad democrática” [...].

¹⁰⁹ GUERRERO PALOMARES, S., *El principio acusatorio*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, p. 47.

Esta STEDH es duramente criticada por MONTERO AROCA,¹¹⁰ quien la califica como una definición tan pobre, que llega a incluir en ella lo definido.¹¹¹ Las sentencias posteriores del TEDH, como señala el propio autor, si bien “renuncian a la tautología”, insisten en el “doble sentido” que debe asignarse a la imparcialidad. Subjetivo: se trata de determinar la convicción personal de un juez concreto en un asunto determinado (imparcialidad que se presume mientras no se demuestre lo contrario). Objetivo: Se trata, independientemente de la actitud personal del juez, bien de determinar que existen hechos objetivos que autoricen a poner en duda la imparcialidad, bien de asegurar que existen garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad.¹¹²

El TC español ha seguido una línea similar al TEDH, pero con algunos matices importantes. Define la imparcialidad subjetiva como aquellas sospechas que expresan indebidas relaciones del juez con las partes; y la imparcialidad objetiva, en función de aquellas que evidencian la relación del juez con el objeto del proceso.¹¹³ Las primeras conducen a indagar la “convicción personal del juez” e integran todas las dudas que se deriven de las relaciones del juez con las partes; las segundas intentan aclarar la relación del juez con el objeto del proceso y pretenden asegurar que se acerque al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él¹¹⁴.

III.3. Posición crítica

Montero no es menos crítico con la postura posterior del TEDH y con el desarrollo del concepto de imparcialidad del TC español. Para el autor la imparcialidad es, *siempre*, algo subjetivo y por ello la ley intenta objetivar-

¹¹⁰ MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pp. 208 – 211.

¹¹¹ Evidentemente se refiere a calificar la imparcialidad como ausencia de parcialidades. MONTERO AROCA, J., *Proceso penal...*, cit., p. 208.

¹¹² MONTERO AROCA, J., *Proceso penal...*, cit., p. 210. Quien cita las SSTEDH, de 6 de junio de 2000 (Caso Morel); de 6 de noviembre de 2003 (Caso Zennari); de 22 de abril de 2004 (Caso Cianetti) y de 7 de junio de 2005 (Caso Chmelír).

¹¹³ STC español 162/1999, de 27 de septiembre de 1999.

¹¹⁴ MONTERO AROCA, J., *Proceso penal...*, cit., pp. 212 – 213.

la (a través de las causales de recusación e inhibición), en tanto un ordenamiento jurídico no puede intentar descubrir el ánimo de cada juzgador y en cada proceso, por la sencilla razón que descubrir el “fuero interno” del juez es algo imposible.¹¹⁵ La única opción es la de constatar si existe o no alguna causal de abstención (inhibición) y recusación, ello determinará si el juez ofrece o no las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable sobre su imparcialidad.¹¹⁶

En el ámbito de las relaciones del Juez con el objeto del proceso, para Montero la imparcialidad se pone en peligro cuando el juez tiene una relación determinada con los elementos identificadores de la pretensión [en el proceso civil], esto es, con el objeto del proceso o con el hecho punible [en el proceso penal], de modo que el sentido de la decisión final le afectará favorable o desfavorablemente. Señala que las relaciones con el objeto del proceso no atienden al contacto *con* los hechos que se juzgan en el proceso, sino más bien a las consecuencias que se derivan de tener algún tipo de interés con aquello que se debate en el mismo.¹¹⁷

Finalmente, para el autor las causas [de abstención y recusación] que sólo se explican desde la existencia del proceso [actividad realizada por el juez en el proceso en condición distinta de la de juez; y actividad realizada por el juez en el proceso en su condición de juez] no intentan garantizar la imparcialidad del juez, buscan garantizar la *ausencia de incompatibilidad de funciones procesales*. En estos casos el legislador no estima un riesgo en el ejercicio de la función jurisdiccional [la tutela de los derechos de las personas en base a la actuación del Derecho objetivo], sino únicamente que esa actuación no se realizaría del modo procesalmente previsto por él al regular de una manera determinada el proceso.¹¹⁸

¹¹⁵ Para AGUILÓ, la discusión sobre si lo que se exige al juez es la imparcialidad objetiva o subjetiva no tiene sentido. AGUILÓ, J. “Independencia...”, *cit.*, p. 77.

¹¹⁶ MONTERO AROCA, J., *Proceso penal...*, *cit.*, p. 218.

¹¹⁷ *Ibid.* p. 221.

¹¹⁸ *Ibid.* pp. 226-227.

III.4. Características

Es interesante la división conceptual propuesta [por MONTERO] en el sentido de diferenciar las causas que nacen de la relación con las partes o el objeto del proceso [y que se basan en la concurrencia de una circunstancia ajena y anterior a aquél] y las causas que nacen por la relación del juez con el proceso [y, por tanto, se originan en el proceso mismo, al punto que si éste no se hubiere incoado no hubieran llegado a existir].

En cierta forma, es un criterio que corrige la distinción expuesta inicialmente por el TEDH, en la medida que diferencia dos tipos de relaciones del juez con el proceso, cada una con características propias. Aquella que surge de la relación [interés] del juez con el hecho punible y, por lo tanto, con el resultado del litigio. Y aquella relación del juez con el proceso por una actividad previa [realizada en su condición de juez o en el ejercicio de una función distinta].

También coincido con el autor español en el sentido de que, en realidad, la imparcialidad es, *siempre*, algo subjetivo [lo que implica que la distinción imparcialidad objetiva vs. imparcialidad subjetiva no tiene sentido]. Y, por supuesto, en que la única forma de evaluar ese riesgo es a través del establecimiento de causales tipo.¹¹⁹

Piénsese en un caso en el que existe parentesco entre el juez y una de las partes y, sin embargo, éstos no se conocen. Si se evalúa el caso específico, es posible alegar que persiste la posibilidad de que no exista peligro

¹¹⁹ Esto es válido incluso para las “cláusulas de cierre” que existen en ordenamientos como el Perú [Art. 55.1.e) NCPP 2004]. En este caso tampoco es necesario demostrar la verdadera convicción del Juez. En los casos en los que se regula un “cajón de sastre”, lo importante es evaluar una situación determinada y el riesgo, influencia o duda razonable que puede nacer en relación con la ausencia de prejuicios en el juez de la causa. Lo que importa en estos casos, no regulados específicamente, es la razonabilidad de la causa alegada y probar que la situación existe. Pero sigue siendo imposible probar el fuero interno del juez, su convicción personal. Debe determinarse la existencia de un hecho que configure un riesgo para la imparcialidad, no es necesario demostrar la influencia específica que esa situación genera en un juez específico, por la sencilla razón que demostrar eso es imposible.

de imparcialidad, pero en vista que no somos capaces de conocer el “fuero interno” del juez, éste debe apartarse del proceso. Es en este sentido en el que debe interpretarse la importancia de las apariencias a las que alude el TEDH.

Exactamente lo mismo sucede cuando lo que se verifica es la relación del juez con el hecho punible o el objeto del proceso [porque es agraviado, responsable solidario, etc.], es un problema de orden subjetivo porque ese dato constituye un peligro que puede condicionar su fuero interno, su actividad en el proceso. Lo mismo sucede en el caso del juez que actuó previamente como fiscal (instructor, abogado defensor, etc.) en la causa, ésta también es una situación que *puede* afectar su imparcialidad, en la medida que es un dato capaz de condicionar su motivación frente al proceso. La distinción de una vertiente subjetiva y otra objetiva no aporta ningún valor a la definición.

Siendo que la imparcialidad judicial es un derecho oponible a cualquier proceso, analicemos un caso extrapenal para evitar los “prejuicios” que incorpora el “interés público” en el Derecho penal. Pensemos en un juez que es competente para conocer un proceso contencioso administrativo, en el que se debe evaluar y decidir sobre la legalidad del procedimiento administrativo que denegó a una empresa constructora el permiso de construcción de un edificio de diez pisos en una zona residencial. ¿Qué sucede si el domicilio del Juez es colindante con el terreno donde se pretende realizar la construcción?

Este es un claro caso donde surge un interés por la relación del juez con el objeto del proceso. Nótese que no involucra un derecho subjetivo, no tiene una relación con las partes [ni con los abogados], tampoco existe una actividad previa que lo “contamina”. Sencillamente existe un interés porque la decisión que asuma en ese proceso influirá en un aspecto tan importante como es el uso y disfrute del inmueble que constituye su domicilio.

Evidentemente, las razones que invitan a pensar que existe un riesgo para la imparcialidad de ese juez son subjetivas [siempre lo son]. El su-

puesto descrito no guarda ninguna diferencia [por lo menos ninguna que aquí nos interese] con las causas que nacen de la relación con las partes. En el ámbito del proceso penal, ser responsable solidario o agraviado en un caso específico presenta el mismo riesgo de “parcialidad” que puede presentar la relación de amistad, enemistad o parentesco entre el juez y una de las partes [o sus abogados].

Esto quiere decir que las causas que nazcan de la relación con las partes o el objeto del proceso [y que se basan en la concurrencia de una circunstancia ajena y anterior a aquél] no presentan mayores inconvenientes. El análisis de la relación del juez con el objeto del proceso [tal como sucede en el análisis de la relación del juez con las partes] no radica en una cuestión de estructura procesal, ni en un dato objetivo; por el contrario, el peligro aparece por el hecho que existe el riesgo de que el juez tenga un interés en el resultado del proceso, el peligro está vinculado a la convicción del juez, no al diseño procesal. Existe el riesgo de un prejuicio que es esencialmente personal y, por supuesto, subjetivo. Estos son los supuestos típicos de inhibición y recusación: amistad, acreedores, interés en el resultado, parentesco, etc.

Mucho más problemática resultan ser las causas que nacen por la relación del juez con el proceso y, por lo tanto, se originan en el proceso mismo. Aquí se ubica la figura del “juez contaminado o prevenido” y sus diversas variantes. No son los únicos supuestos ni es este el lugar para desarrollar estos principios [estrechamente ligados también al desarrollo del principio acusatorio]. Pero lo que importa analizar es que, en estos casos, las causales siguen siendo de tipo subjetivo.

Si una misma persona reúne las funciones de instruir y juzgar [que es lo que lamentablemente ocurre en los procesos sumarios de las ciudades donde aún no se encuentra vigente el NCPP], entonces ello puede afectar su imparcialidad. Un juez, que lidera una investigación en la que su función consiste en reunir los elementos de prueba que permitan esclarecer el delito y preparar el juicio oral, es uno que se encuentra contaminado por su labor instructora. Si ese mismo juez es el encargado de dictar sentencia,

.....

existe un serio riesgo de que su voluntad se encuentre viciada por la función que realizó, por la motivación que puede ejercer en él la necesidad de “preservar” el éxito de su labor investigadora.

No es el único caso, sucede lo mismo cuando un juez que sentencia en primera instancia a un ciudadano luego es el encargado de resolver el recurso impugnatorio interpuesto contra la sentencia [¿qué garantías puede presentar un juez que revise su propia sentencia?; esto es, que evalúe aquella resolución que dictó convencido de estar tomando la decisión correcta]; o, si quien después de haber sido fiscal o abogado defensor en la causa, pasa luego a ser el juez llamado a decidir el pleito.

La lista puede ser muy larga. Se podría seguir sosteniendo que en estos casos estamos frente a causales de tipo objetivo, porque no interesa la condición personal del juez [amigo, pariente, deudor], sino la posición que asume en el caso concreto. Pero la diferencia, a mi juicio, sigue siendo innecesaria, no aporta rigor metodológico. Si un juez tiene una relación sentimental con una de las partes, si tiene interés en el resultado del proceso o si su actuar previo es incompatible con la función que ahora debe ejercer [la de juez]; en todos los casos existe un riesgo para la imparcialidad, porque existen distintas razones para creer en un posible prejuicio (que por su propia naturaleza es siempre subjetivo).

En un caso será porque quiere [u odia] a una persona; en otro porque la condena o absolución lo perjudica o favorece; en el tercero porque su actividad previa lo condiciona a actuar en un determinado sentido. Pero en todos los casos el efecto es el mismo, existe un condicionamiento de tipo subjetivo porque existe el riesgo de influir en la convicción personal del juez por sucesos ajenos al debate y, por lo tanto, existe el riesgo de que el juez no se limite a aplicar el Derecho.

En esta línea, es muy útil revisar la definición que utiliza el Diccionario de la Real Academia de la Lengua para el término subjetivo: *Perteneiente o relativo al sujeto, considerado en oposición al mundo externo. Perteneiente o relativo a nuestro modo de pensar o de sentir, y no al objeto en sí mismo.*

Si utilizamos esta definición y nos situamos en el análisis de las relaciones del juez con las partes del proceso, con el objeto o con el proceso propiamente dicho arribamos a la misma conclusión. Una situación de enemistad o amistad con alguna de las partes [posiblemente] condiciona el modo de pensar o sentir del juez en el proceso, su apreciación no estará condicionada por el objeto ni guardará relación con sucesos pertenecientes al mundo externo. Lo mismo ocurre con la relación del juez con el objeto [por ejemplo, si es víctima del delito]. Aunque parezca contradictorio, el condicionamiento no puede aparecer por una cuestión referida al objeto que se discute, al mundo externo, sino a mi relación con él [fuero interno]. No es un dato de la realidad externa lo que puede influenciar mi decisión, es una situación personal que me relaciona al objeto procesal.

Exactamente lo mismo sucede con una relación del juez con el proceso propiamente dicho. Aun cuando la participación previa del juez [como fiscal, abogado, juez instructor; etc.] pueda considerarse una situación de “orden objetivo”, lo determinante es que la realización de esa actividad previa puede generar una influencia en el sujeto y, por lo tanto, en su esfera interna [dimensión subjetiva].

En todos los casos, mi relación con el objeto, con las partes o con el proceso en sí mismo constituye el dato previo que condiciona [o, en realidad, puede condicionar, en tanto es imposible demostrarlo] mi actitud frente al proceso. Ese riesgo potencial, que denominamos peligro de parcialidad, siempre es subjetivo. Siempre, por una condición u otra, influencia al sujeto, permanece en su esfera interna y puede condicionar su modo de pensar o sentir.

Otra cosa es que, por razones obvias, no sea necesario demostrar que la convicción personal se ha visto afectada [es imposible], basta verificar el cumplimiento de una causal específica y con ella la verificación de la existencia del riesgo exige el apartamiento del Juez. Es la única forma de garantizar la imparcialidad; de lo contrario sería necesario establecer un método para saber lo que el juez [realmente] piensa y tal método no existe ni existirá.

En consecuencia, el peligro de parcialidad del juez es el motivo y no la causa de la recusación,¹²⁰ esto es, al juez no se le separa del conocimiento de un determinado proceso por el hecho efectivo y fehaciente de no ser imparcial. Lo que se analiza no es la aptitud del juez [recusado] para enjuiciar con ponderación un determinado caso, se evalúa la existencia de hechos que, aisladamente considerados, son susceptibles de generar una *sospecha razonable* respecto de la imparcialidad de aquél en el que concurren. Esto significa que para que resulte estimada la recusación propuesta en un caso específico será suficiente constatar que las circunstancias alegadas en relación al juez concurren en el supuesto concreto, ello con absoluta independencia de la incidencia real y efectiva de dichas causas en el ánimo del recusado.¹²¹

El juez que se abstiene o aquél que acepta una recusación, “no está diciendo que si juzgara cometería una prevaricación, o que dadas las circunstancias, se le podría nublar el entendimiento de forma que dictaría una resolución injusta”. Ello es así no sólo porque es imposible tener la certeza de cuáles son sus verdaderas motivaciones, sino además porque la imparcialidad judicial no sólo protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, también –lo mismo sucede con la independencia– protege la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas,¹²² busca mantener la confianza de la población en la Administración de Justicia¹²³. Y la confianza, qué duda cabe, tiene una estrecha relación con las apariencias.

III.5. Imparcialidad e incompatibilidad

Con lo que no se puede estar de acuerdo en el análisis de Montero Aroca es con diferenciar la imparcialidad de la incompatibilidad. Es cierto

¹²⁰ GÓMEZ OBRANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de Septiembre de 1882*, T. II, Barcelona, 1947, p. 3.

¹²¹ GALÁN GONZÁLEZ, C., *Protección...*, cit., pp. 28 – 29.

¹²² AGUILÓ, J. “Independencia...”, cit., p. 78.

¹²³ MANZINI, V. *Tratado de Derecho procesal penal*, Tomo II, EJE, Buenos Aires, p. 206.

que la actividad previa del juez en el proceso constituye la manifestación de una incompatibilidad de funciones, pero lo que no se entiende es por qué debe negarse a esa situación la posibilidad de perjudicar la imparcialidad judicial.

El problema radica en que parece existir aquí un razonamiento circular, una auténtica petición de principio. Es cierto que la división de roles en el proceso penal constituye la esencia misma del proceso y que cualquier incompatibilidad de funciones quiebra su estructura y finalidad. Es decir, es la propia construcción del proceso la que niega que una persona sea “juez y parte” o “decisor y revisor”, etc. Pero también es cierto que esa estructura ha sido diseñada para que sea el Juez quien decida en una posición equidistante. El problema de la estructuración del proceso es un problema vinculado a preservar la imparcialidad, a liberar al juez de posibles prejuicios.

Y esto se explica por el hecho de que la imparcialidad judicial es un concepto que se agota en sí mismo. Pueden existir muchas razones que permiten condicionarla; sin embargo, por unas razones o por otras, el resultado es siempre el mismo: la imparcialidad judicial puede verse afectada cuando existe el riesgo de que exista un prejuicio [en el juez] que puede conculcar la necesaria equidistancia del juzgador frente a las partes y el objeto procesal.

Sin embargo, la incompatibilidad de funciones no es un concepto que se agote en sí mismo. Algo es incompatible “en función de”. Si una persona es la encargada de ejecutar una actividad y, a su vez, la encargada de supervisar su cumplimiento; entonces, se está ante una incompatibilidad que se manifiesta en la inexistencia del control [fiscalización] requerido en una actividad específica. En el caso de los jueces, si éstos asumen las funciones de “juez y parte” [en un mismo momento o en una secuencia en el

tiempo] entonces existe una incompatibilidad de funciones que se manifiesta en el riesgo de “parcialidad”, y es por esa razón que debe evitarse.¹²⁴

En el proceso penal, la incompatibilidad de funciones coloca en riesgo la imparcialidad judicial, precisamente porque el diseño procesal persigue preservarla. La incompatibilidad es otro de los motivos que permiten dudar de la imparcialidad judicial y debe ser incluida entre las causales de recusación y abstención. Tal como ocurre con las demás causales, en este caso lo que se debe verificar también es el riesgo de que determinado Juez pueda ver afectado su juicio si es que en su caso se dan las condiciones que establece el ordenamiento procesal para calificar la existencia de una incompatibilidad de funciones.

Lo relevante no es lo que el juez piense o crea luego de realizar una determinada función incompatible con la de juzgar, lo determinante es que se entienda que tal situación involucra un riesgo que debe ser evitado en pos de un objetivo mucho más trascendente, que no es otro que asegurar la sujeción al *Derecho de las resoluciones judiciales y preservar la confianza en el sistema a través del afianzamiento de la credibilidad de las decisiones judiciales*.

¹²⁴ MONTERO AROCA justifica su posición advirtiendo que la figura del “juez contaminado” es afrentosa para el juez, algo que puede entenderse como deshonor, porque lo que se está diciendo es que si ha conocido una instancia está en juego su amor propio. Añade que el juez contaminado o infectado pareciera que lo es de soberbia. [*Proceso penal...*, cit., p. 229]. Sin embargo, podría alegarse exactamente lo mismo en relación con otros tipos de causales. También podría afectar el honor de los jueces el hecho que se sostenga que su relación con una de las partes le impide ser objetivo o que es incapaz de resolver conforme a Derecho un conflicto cuando la resolución en un determinado sentido le conviene [podría incluso alegarse en estos casos que no solo se duda de su imparcialidad, sino que se está ante un juez prevaricador]. Pero es precisamente aquí donde adquiere especial importancia la imposibilidad de “comprobar” la convicción personal del Juez en un caso determinado. La inhibición y la recusación son garantías de la imparcialidad y funcionan como tales. Evitan riesgos y los evitan de una forma que permite que no sea necesario dudar de la honorabilidad del juez ni de su conducta profesional. La verificación de la existencia de una causal adelanta la barrera y evita el riesgo, no es necesario entrar a valorar las diferencias entre uno y otro juez, su trayectoria, sus condiciones personales, etc. No es esa la motivación de estas garantías.

III.6. La posición del TC peruano

En el caso peruano, siguiendo la línea de lo establecido por el TEDH [al que cita en forma expresa], el TC sostiene que la *imparcialidad subjetiva* se refiere a evitar cualquier tipo de *compromiso* que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso; por otro lado, señala que la *imparcialidad objetiva* está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la *estructura del sistema*, restándole imparcialidad, es decir, cuando el sistema no ofrece garantías para desterrar cualquier duda razonable.¹²⁵

Es interesante evaluar el caso específico analizado por el TC en esta sentencia. En este caso el TC apoya su decisión de declarar fundado el *habeas corpus* en una resolución de la Jefatura Suprema de la OCMA, que habría determinado que en el caso concreto existieron indicios razonables del direccionamiento indebido¹²⁶ de la denuncia formalizada por el Ministerio público contra el recurrente.

Consideró el TC que tal irregularidad en la tramitación de la denuncia [alterar el orden aleatorio de asignación de expedientes], si bien no implicaba necesariamente que los jueces a cargo del órgano jurisdiccional tuvieran un compromiso con alguna de las partes o interés particular en el resultado del proceso (dimensión subjetiva),¹²⁷ sí constituía una irregularidad que de modo objetivo no permitía asegurar que el proceso seguido contra el recurrente haya sido respetuoso de las garantías de un juez imparcial (dimensión objetiva). La STC se apoya nuevamente en el caso Piersack, al

¹²⁵ STC peruano N° 04675-2007-PHC/TC, de 6 de enero de 2009 (CASO JAIME GÓMEZ VALVERDE).

¹²⁶ Esta práctica, felizmente en vías de extinción, supone romper con el sistema aleatorio de distribución de expedientes que debe realizar la mesa de partes de los juzgados penales. Es una actividad vinculada a evidentes actos de corrupción, donde ciertos litigantes “quiebran” el sistema para “dirigir” la denuncia a un órgano jurisdiccional que los favorezca, por la razón que fuere.

¹²⁷ No obstante ello, en la demanda de HC también se alegó la existencia de un supuesto de “parcialidad subjetiva” (se sostuvo que los jueces emplazados anteriormente habrían trabajado bajo las órdenes del presunto agraviado en el proceso); sin embargo, el TC consideró que este hecho no había sido comprobado en el proceso constitucional.

sostener que las *apariencias pueden resultar relevantes* a efectos de evaluar este aspecto objetivo.

El primer error en el que incurre el TC es el de diferenciar una imparcialidad objetiva y otra subjetiva que, como ya se analizó, no aporta ningún dato a la interpretación del derecho a la imparcialidad judicial.

Además, no es nada clara la mención a la “estructura del sistema”, no es ésta ni siquiera la línea trazada por el TEDH en la definición de lo que entiende por “imparcialidad objetiva”. Al parecer deja de lado muchas causales que pueden ser calificadas como supuestos de lo que el propio TC define como “imparcialidad objetiva” y que, sin embargo, no dependen de la estructura procesal.

En la línea de lo desarrollado hasta aquí, el “direccionamiento de la denuncia” no puede ubicarse entre las causas que nacen de la relación del juez con las partes o el objeto del proceso [y que se basan en la concurrencia de una circunstancia ajena y anterior a aquél] ni entre las causas que nacen por la relación del juez con el proceso [y, por tanto, se originan en el proceso mismo].

La propia resolución del TC reconoce que no es posible identificar que los jueces a cargo del órgano jurisdiccional tuvieran un compromiso con alguna de las partes o interés particular en el resultado del proceso. Esto que el TC califica como “dimensión subjetiva” indica, en realidad, que no existe ninguna situación [anterior al proceso] que condicione su actividad. Pero sucede que tampoco existe una situación que permita identificar una relación del juez con el proceso.

Si bien la denuncia fue “direccionada”, el Juez asumió competencia en las mismas condiciones que recibe cualquier denuncia, no solo no existe interés en el objeto o relación alguna con las partes, tampoco existe una actividad previa del juez [como juez o ejerciendo otra función] que determine que su relación con el proceso esté “contaminada” y exista riesgo de parcialidad. La irregularidad es un hecho ajeno al juez, a su juzgado, comporta verificar la violación de un procedimiento previo en el que el magistrado no participa.

Esto es importante, en la medida que el riesgo de parcialidad sólo es predicable del concreto juez que debe conocer la causa, es decir, únicamente se refiere a él como persona física llamada a intervenir en un concreto proceso y no como órgano. La imparcialidad judicial tiene un carácter subjetivo, personal e individual que incluso impide la recusación colectiva de un tribunal colegiado, salvo que cada uno de los jueces que componen el tribunal carezca, individualmente considerado, de legitimación.¹²⁸

En tal virtud, es muy discutible que la violación del procedimiento de asignación de denuncias pueda ser considerada como una causal de parcialidad. Si no pudo demostrarse que existió un acto de corrupción, un acuerdo previo o la existencia de una anterior relación laboral [que fue alegada pero no demostrada] que relacione al juez y las partes; entonces, lo cierto es que no se verifica una causal de recusación o inhibición [no se demuestra la existencia de un interés o alguna relación con las partes o el proceso], lo que determina que el Juez no está obligado a apartarse de la causa.

¿Qué sucede si los litigantes nunca tuvieron contacto con el “juez direccionado”, pero lo eligieron porque es un magistrado famoso por su especial dureza [o benevolencia según el caso] en las sentencias por delito contra la libertad sexual? Este es un escenario absolutamente posible, la imparcialidad judicial no está concebida para evitar condicionamientos culturales, de género, educación, etc., no solo predicables de cualquier juez, sino de cualquier ser humano.

Es absolutamente posible “preferir” una jueza para casos de violencia de género, violencia familiar o el propio caso de violación. O, en un plano mucho más técnico, “elegir” un juez que con carácter previo desarrolló [en una resolución] una teoría favorable a los intereses del imputado [como puede ser un caso de “conductas neutrales”, un juez que se pronuncia por la ausencia del derecho al honor de personas jurídicas, u otro que considera ilegal evaluar los antecedentes penales para decretar prisión preventiva,

¹²⁸ PICO I JUNOY, J. *La imparcialidad judicial...*, cit., pp. 29-30.

entre muchas otras posibilidades]. Sin embargo, ninguno de estas “causas” puede ser objeto de recusación.

En el caso resuelto por el TC el juez carece de prejuicios [o en su caso, tiene los prejuicios de cualquier ser humano, que son inevitables para cualquiera de las partes], no está prevenido, no tiene una relación con las partes o con el proceso que perjudique el ejercicio de la función jurisdiccional.

Actuará exactamente igual a como lo hace siempre; incluso hubiera actuado exactamente de la misma forma, si de haberse llevado a cabo el sorteo de forma regular, hubiese sido el juez elegido en forma legítima. No puede alegarse un supuesto de ausencia de imparcialidad, ni siquiera a nivel de apariencias. Una cosa es verificar la existencia de una causal y, a partir de ahí, sostener que existe un riesgo [aparente] y otra muy distinta es “dudar” de la imparcialidad del juez, incluso cuando la causal no ha podido ser verificada.

La fundamentación del TC es contraria a su propia definición de “imparcialidad objetiva”. Porque si por ésta debe entenderse la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, es obvio que este no es el caso. Precisamente el sistema está estructurado de tal forma que permite que los casos sean designados de forma aleatoria (es incluso una condición de la competencia del juez, conocida como *reparto*). El azar forma parte del sistema, es el único método posible para que todas las partes estén en condiciones de igualdad al momento que el sistema “elige” al juez competente. Si la aleatoriedad designa un juez “interesado” en el proceso o uno que tenga alguna relación con las partes o su objeto, entonces existe la recusación como vía para reparar esa situación.

En este caso el problema no es del diseño del sistema, sino la actividad de un sujeto o un grupo de sujetos [probablemente personal de la mesa de partes de los juzgados] que violó el procedimiento establecido, es decir, la actuación de un tercero que perjudicó el diseño procesal. No es un caso en el que se viole la imparcialidad judicial, en realidad existe una violación de la *igualdad procesal*. La violación del procedimiento de asignación de expedientes coloca en desventaja a una de las partes, sea cual fuere la

razón que indujo a la contraparte a dirigir la denuncia [el interés del juez en el caso, la relación del juez con la parte, la “tendencia” del juez frente a determinados delitos, etc.].

La ventaja no se verifica por el riesgo de parcialidad del juez, que no se ha demostrado [no se ha verificado la causal], sino por la sencilla razón que el procedimiento establecido para la asignación de expedientes forma parte del debido proceso en tanto procedimiento preestablecido para garantizar iguales condiciones para las partes.

No es una circunstancia imputable al juez [las causales de parcialidad siempre le son imputables], sino a un órgano específico que también cumple una función [de carácter administrativo] en la realización de justicia. No es necesario verificar si existe o no existe un riesgo, basta con verificar que no se ha seguido el procedimiento establecido.

Entonces, ello no involucra que el juez deba apartarse, sino que es el propio juez, el juez del HC o el tribunal de alzada, quienes debieron disponer la nulidad del proceso y exigir la realización de un nuevo sorteo para derivar el expediente en la forma establecida para todos los ciudadanos. Al punto que es posible imaginar que si en el sorteo (posterior) fuera elegido el mismo juez, esta situación no podría oponerse como causal de recusación [salvo que se alegue la figura del juez contaminado]. Por otro lado, si el juez es reemplazado por otra persona, también habría que insistir en la realización de un nuevo sorteo, en la medida que ese es el procedimiento establecido para evitar desigualdades procesales y esa es la violación que debe subsanarse, no para evitar prejuicios; simplemente, para estar convencidos que el inicio del proceso surgió a través de un método que coloca a las partes en la misma situación frente al proceso.

En tal virtud, este caso también demuestra que la distinción propuesta en función al nacimiento de la causa [antes o en el proceso] ofrece perspectivas interesantes en el análisis, como también las ofrece aclarar la premisa de que toda causa es subjetiva y que siempre es personal. Es necesario verificar la existencia de una causal específica para identificar un riesgo de parcialidad, la misma que no puede ni debe ser comprobada.

Ahora bien, independientemente de la denominación que utiliza el TC (imparcialidad subjetiva) y cuya validez este estudio rechaza [porque en realidad la imparcialidad es siempre subjetiva], es correcta la definición de lo que en realidad debería calificarse como *causas por la relación del juez con las partes o con el objeto del proceso*. El TC sostiene que [estas causas] persiguen evitar cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o con el resultado del proceso. Es decir, incluye ambas concepciones y las agrupa en la misma línea de lo que se ha desarrollado. No es del todo clara la utilización del término “compromiso”, pero en todo caso permite incluir en él muchos aspectos que no involucran necesariamente un “contacto directo” con las partes. No obstante ello, hay que apuntar que en relación al resultado puede existir un interés, no un compromiso.

El desarrollo del TC respecto a lo que define como “imparcialidad objetiva” sí presenta mayores problemas. Es discutible que la mención a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema reúna todas las causales que se pretenden agrupar en la definición.

Las causas que nacen de la relación del juez con el proceso [por una actividad previa como juez o como sujeto distinto] o la “imparcialidad objetiva” [en palabras del tribunal] pretenden recoger un cúmulo de supuestos. Como se ha dicho, persiguen preservar situaciones como el principio que afirma que el “juez que instruye no juzga”, la división de roles de acusación, decisión e instrucción o el hecho que la impugnación sea revisada por un órgano distinto, entre otros muchos supuestos. Este no es el momento de analizar a profundidad estas cuestiones, lo que aquí importa es que no todas las manifestaciones de estas causas de recusación o abstención son “consecuencia de la estructura del sistema”.

Si un fiscal decide postular a la judicatura no es un problema del sistema ni de su estructura. Lo mismo sucede con un juez que asciende a una Sala de la Corte Superior o con el abogado que toma la decisión de ser juez o fiscal. Estos son hechos específicos que no están diseñados por el sistema ni dependen de la estructura del sistema o del proceso. Sin embargo, no

parece razonable pensar que el TC peruano haya pretendido excluir estas causales en la definición del derecho a un juez imparcial, y todo indica que se debe mantener el apartamiento en estos casos [de hecho el NCPP 2004 lo regula expresamente en el art. 53.1.d)].

Ahora bien, es cierto también que es una definición incompleta, pero no por ello deja de ser interesante la referencia a la “estructura del sistema”, que no ha sido utilizada en la jurisprudencia comparada. Efectivamente, sí existen casos donde la estructura del sistema influencia al juez. Es el caso en el que la ley diseña un procedimiento que obliga al juez a realizar funciones que pueden perjudicar su imparcialidad.

Clara muestra de ello es el D. Leg. 124 que creó los procesos sumarios y estableció que el juez de instrucción era el responsable de la instrucción y sentencia en los casos sometidos a su competencia. Otro ejemplo puede ser el procedimiento para forzar la acusación que regula tanto el NCPP como el anterior¹²⁹, etc.

En estos casos, el problema sí tiene que ver con la estructura [diseño] del sistema y sí es evidente que esa estructura se convierte en una influencia negativa, porque obliga al juez a realizar actividades que perjudican su imparcialidad en el proceso. La duda que aquí se plantea es si en estos casos debe optarse por el apartamiento del caso o si debe inaplicarse la ley por considerarla inconstitucional. Existe la posibilidad de que una decisión como esta colapse el sistema de justicia instaurado y es en el ámbito de la ponderación de intereses donde debe preferirse una nueva regulación que evite la “influencia negativa” instaurada por el propio sistema, el que sin duda ha sido uno de los principales objetivos del NCPP 2004.

¹²⁹ Evidentemente se puede discutir respecto de este y otros casos, como ocurre con la posibilidad de que el juez actúe prueba, no existe siempre una posición pacífica frente a todos los supuestos. Pero en el caso específico del D. Leg. 124 existe, creo, un consenso absoluto. Si alguien afirma que esa estructura (acumulación de las funciones de instrucción o investigación y juzgamiento) no afecta la imparcialidad, es probablemente porque no tiene conocimientos mínimos de Derecho procesal. Puede discutirse si la instrucción debe ser asignada a un juez o a un fiscal, discusión que se mantiene, pero hoy en día nadie discute que una misma persona no puede reunir las funciones de instrucción y juzgamiento.

IURA

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

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN*

Gerardo ETO CRUZ

A Germán J, Bidart Campos, eminente constitucionalista latinoamericano.

SUMARIO: I. Introducción. 1. Ubicando el problema. 2. Ojeada preliminar a las distintas manifestaciones de inconstitucionalidad. 2.1. Inconstitucionalidad material y formal. 2.2. Inconstitucionalidad por acción y por omisión. 2.3. Inconstitucionalidad total y parcial. 2.4. Inconstitucionalidad originaria y sobreviniente. 2.5. Inconstitucionalidad de normas constitucionales. 3. Primer Bloque: La inconstitucionalidad por omisión en general y las omisiones legislativas en especial. 3.1. Inconstitucionalidad por omisión *lato sensu*. 3.1.1. Inconstitucionalidad por omisión de actos políticos o de gobierno. 3.1.2. Inconstitucionalidad por omisión indirecta. 3.1.2.1. Ilegalidad por omisión. 3.1.2.2. Omisiones de actos administrativos. 3.1.2.3. Omisiones de la función jurisdiccional. 3.1.2.4. Inconstitucionalidad por omisión de las reformas constitucionales. 3.2. Inconstitucionalidad por omisión en sentido estricto. 3.2.1. Presupuestos de la inconstitucionalidad por omisión. 3.2.2. ¿En el marco de todas las constituciones vigentes se pueden generar manifestaciones de inconstitucionalidad por omisión? 3.2.3. Diferencias entre la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión. 3.2.4. El sistema de jurisdicción constitucional en la fiscalización de la omisión inconstitucional.

INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista gramatical, “*omisión*” significa, entre otras cosas, la “falta, por haber dejado de hacer algo necesario en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado”. También alude en otra acepción a la “flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto” (Diccionario

de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición; Madrid, 2001, p. 1620).

Esta noción semántica del término, en rigor, no está alejada de la que el Derecho le asigna, salvando desde luego su uso en las diferentes vertientes disciplinarias de las ramas jurídicas. En efecto, en el Derecho la *omisión* tiene suma relevancia por las *consecuencias jurídicas* que ella puede generar. Por ejemplo, en el campo del Derecho Penal, casi todos los delitos pueden ser ejecutados por *comisión como por omisión*. Esto último se configura como los delitos de “*comisión por omisión*”, en virtud del cual el autor infringe una hipótesis delictiva porque no realiza la acción legalmente ordenada, es decir que el agente debe hacer algo y no lo cumple. Así, encontrar a un herido o a cualquier otra persona y no prestarle auxilio; o casos como el del padre que observa cómo su hijo, por jugar, cae a un estanque lleno de agua y, sabiendo que corre el peligro de ahogarse, no le presta ayuda¹³⁰.

* Ponencia sustentada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Constitucional, realizado entre los días 26 al 30 de agosto de 1991 en la ciudad de Arequipa.

** El tema de la inconstitucionalidad por omisión fue planteado en el Perú por Domingo García Belaundé y a partir de ahí se han realizado contadas reflexiones en torno a esta problemática constitucional. Así, Alberto Boréa Odría en su obra “*El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy*”, Lima, 1986, da cuenta (187-189 pp.) del “*año legislativo*” en que incurre el Parlamento planteando cuestiones altamente polémicas. Igualmente Juan Carlos Morón Urbina ha escrito un breve artículo titulado “La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad” en la *Revista Jurídica del Perú*, Año XXXIX; N° III-IV; Julio -Diciembre, Lima 1988, pp. 349-356. Por otro lado, Edgard Carpió Marcos ha escrito “La Inconstitucionalidad por omisión legislativa: a propósito de la Jurisdicción constitucional” en *Rei. El Jurista*, Año 1. N° 1, enero de 1991, pp. 89-104. Igualmente ha sido abordado por Hugo Rodríguez B. en *Los derechos laborales en la dimensión de los derechos humanos* (Lima, CEAL, 1989). Nosotros igualmente y con anterioridad ya hemos dado cuenta de esta problemática a nivel de un caso concreto en torno a la pluralidad de formas de celebración de matrimonios previsto en la Constitución peruana en nuestro trabajo *Derecho de Familia en la Constitución y el nuevo Código Civil* (Marsol Perú Editores, Trujillo, 1989, pp. 41-54), así como en un brevísimo trabajo titulado *Los principios constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional en el Perú*, INDEJUC, Edit. Libertad, Trujillo, 1991, p. 32. En realidad, el tema en el Perú sigue siendo novedoso y de suyo conflictivo tan igual como ocurre en el derecho comparado.

Lo propio ocurre en el campo del Derecho Civil en el que las personas, al asumir determinadas *relaciones jurídicas*, se ven compelidas a realizarlas so pena que sean emplazadas en sede judicial y obligadas a cumplir lo que deben. Esto particularmente se puede constatar en el derecho de las obligaciones.

La conducta omisiva de las personas no sólo está presente en el *derecho sustantivo* -sea éste civil o penal, sino también en el *Derecho Procesal*. Así, cuando se omitiere la actuación de determinados actos procesales, deshecho esto perjudica a una de las partes en conflicto y puede generar la nulidad de todo lo actuado. La jurisprudencia lo confirma cuando sostiene: “Se incurre en *nulidad por omisión*, a que se contrae el inciso 13o. del Art. 1085 del Código de Procedimientos Civiles aun tratándose de una actuación de tramitación expeditiva, por cuanto la ley procesal es de orden público y de estricto cumplimiento” (El Peruano, 5 de noviembre de 1984).

Lo propio se podrá observar en el actual Código Procesal Civil del Perú de 1992 que mantiene un amplísimo elenco de hipótesis omisivas que tienen innegables consecuencias; caso típico de la *rebeldía*: “Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde” (art. 458).

Como se podrá apreciar en esta breve exposición, en la esfera del Derecho la omisión normalmente se configura como la violación de una norma preceptiva que obliga a determinada persona u órgano a ejecutar algo y, sin embargo, esa acción esperada no se realiza.

Visto en esa perspectiva, en el campo del Derecho Constitucional y, particularmente sus normas fundamentales, no tienen por qué estar ajenas a las implicancias que genera la conducta omisiva de las entidades obligadas a cumplir algo. En este sentido, recientemente se ha venido decantando y afinando una forma más de manifestación de inconstitucionalidad que se traduce en la omisión de determinados órganos legisferantes a dictar leyes

¹³⁰ HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho Penal*, SesztorEdit., Lima.

de desarrollo constitucional no editadas, generando una violación a la Constitución.

I.1. Ubicando el problema

Aunque probablemente los excesos en que pueden incurrir los órganos de poder hayan sido ya objeto de preocupación desde los albores mismos del constitucionalismo¹³¹ -recuérdese precisamente que éste nació para limitar al poder político y para afirmar las libertades fundamentales-, en el constitucionalismo clásico no se conoció esta manifestación de inconstitucionalidad. Fueron otras las preocupaciones de entonces. El tema recién entra en la reflexión académica cuando Kelsen, con esa poderosa capacidad de lucubración, advierte ese fenómeno de inconstitucionalidad en que pueden incurrir los órganos legislativos. En efecto, Kelsen, como se sabe, fue uno de los padres que impulsó diversos mecanismos de garantía constitucional. Y no sólo debe atribuírsele a dicho jurista el haber sido el mentor de lo que actualmente es el mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes por un Tribunal Constitucional¹³², sino que también previó la omisión en que incurría el órgano de poder cuando la Carta Constitucional mandaba que se cumpla algo y éste evadía dicho compromiso, situándose en lo que actualmente se denomina como el fenómeno de la *inconstitucionalidad por omisión*.

Al respecto, Kelsen se preocupó por las normas constitucionales *programáticas* que, para tornarlas efectivas en su cumplimiento, debían previamente ser reglamentadas por el poder constituido. Así, sostuvo:

¹³¹ FIORAVANTI, Mauricio: *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, Traduc. de Manuel Martínez Neira; Ed. Trotta, Madrid, 2001; LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Trad. de Alfredo, Gallejo, Barcelona, Ariel, 1993; LUCAS VERDÚ, Pablo: *Curso de Derecho Político*, Vol. II, Tecnos, Madrid 1986; LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Curso de Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*; Ed. Plus Ultra, Vol II, 3era. Edic., Buenos Aires, 1981. (Nota del 2002).

¹³² GONZÁLEZ RIVA, Juan José: *Análisis de los Sistemas de jurisdicción Constitucional*, CEPC, Madrid, 2001 pp. 86 y ss. BRAGE CAMAZANO, Joaquín: *La Acción de Inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2000, p. 62; CRUZ

“La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada”¹³³.

Evidentemente, el padre de la Escuela Vienesca descubrió una forma de manifestación inconstitucional por omisión del obligado a implementarla; empero, en su Teoría Pura del Derecho estableció, en rigor, sólo los grandes lineamientos generales, pero no planteó en forma concreta cómo conjurar este tipo de manifestación inconstitucional. Por otro lado, en su importante ensayo “*La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*” Kelsen comprendía que el objeto del control de la constitucionalidad “son las leyes atacadas de inconstitucionalidad las que forman el principal objeto de la jurisdicción constitucional”¹³⁴.

Parece ser que sus conclusiones en este aspecto han estado centradas en la inconstitucionalidad por acción, y la *omisión inconstitucional* fue en parte fruto de su propio razonamiento, limitado muchas veces por los hechos, pues el genio de Kelsen no legó solución a tan espinoso problema.

En este marco situacional también se ubica el viejo León Duguit, quien esgrimió la tesis del derecho de resistencia a la opresión cuando planteaba que habría una opresión de parte del gobernante a los gobernados si dictaba leyes que anidaban una injusticia; también si omitía editar normas que la ciudadanía necesitaba. En tales casos, configurábase para el jurista galo la posibilidad de levantar una situación de hecho frente a tales casos.

VILLALON Pedro: *La Formación del Sistema Europeo de control de constitucionalidad (1918 - 1939)*, CEG, Madrid 1987, pp. 262 y ss.; ERMACORA, Félix: “El Tribunal Constitucional Austriaco”, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1984, pp. 267 y ss. (Nota del 2002).

¹³³ KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*; Ed. Eudeba, Bs. As., p. 148.

¹³⁴ KELSEN, Hans: *La Garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia Constitucional)*, Instituto de Investigación Jurídica-UNAM, 1974, p. 493.

Más recientemente, el maestro Germán Bidart Campos figura latinoamericana harto conocida entre nosotros ha replanteado el asunto en los marcos estrictamente jurídicos, en los términos siguientes:

1. Cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia ese órgano está obligado a ponerla en movimiento;
2. Cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido;
3. Cuando la abstención del órgano de poder implica o involucra un daño o gravamen para alguien, ese alguien debe ser sujeto legitimado para impulsar a la justicia constitucional a concretar al órgano renuente a hacer lo que debe;
4. El mecanismo de control tiene que funcionar debidamente, sea para obligar al órgano remiso a cumplir la actividad debida, sea para que el órgano de la justicia constitucional supla la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control¹³⁵.

Por nuestra parte, antes de abordar esta problemática teórica y práctica nos vamos a permitir, a fin de comprender esta singular forma de inconstitucionalidad omisiva, mirar el panorama de las diversas formas de inconstitucionalidad para una cabal comprensión de una de ellas: la omisión inconstitucional.

2. OJEADA PRELIMINAR A LAS DISTINTAS MANIFESTACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

En los últimos tiempos, la Teoría Constitucional está realizando esfuerzos por establecer una adecuada clasificación de las diferentes manifestaciones de inconstitucionalidad. En este sentido, los criterios de clasificación tradicional se han venido enriqueciendo con las nuevas elaboraciones que la realidad impone a los doctrinarios. En esta perspectiva, podríamos

¹³⁵ BIDART CAMPOS, Germán: *La Justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, Ed, Buenos Aires, p.9.

en líneas generales quintaesenciar las siguientes clases o tipos de manifestación de inconstitucionalidad.

2.1. Inconstitucionalidad material y formal

Tradicionalmente la doctrina distingue una primera clasificación relacionada a la inconstitucionalidad *material* y *formal*. Esta dicotomía se presenta de acuerdo a la mácula o al defecto, según sea su origen. Así, una inconstitucionalidad material traduce vicios sustantivos respecto al contenido de la ley o acto legislativo, generando con ello un conflicto con los principios constitucionales que encarna una norma. La inconstitucionalidad formal expresa vicios de forma como consecuencia de los defectos en la elaboración del acto legislativo, según sea por la inobservancia de las reglas de orden técnico, procedimental o por la violación de las reglas de competencia. La ley preñada de inconstitucionalidad material acusa no sólo contradicciones con la norma constitucional, sino que puede surgir por el desvío o el exceso del órgano legislativo; una inconstitucionalidad formal se manifiesta cuando una norma constitucional exige determinados trámites formales para que adquiera fuerza obligatoria una ley, disposición o acto con fuerza de ley estableciendo nada menos que el cauce de una fuente de derecho, esto es, la vía para que pueda nacer una norma jurídica. De allí que la infracción en su tramitación puede hacerse valer en el procedimiento de inconstitucionalidad por la forma. En consecuencia, la inconstitucionalidad formal supone sólo vicios en sus presupuestos de elaboración o formación¹³⁶.

2.2. Inconstitucionalidad por acción y por omisión

Este tipo de inconstitucionalidad reviste una importancia fundamental. La primera es hartamente conocida por los mecanismos que existen en contra de ella.

¹³⁶ DE OTTO, Ignacio: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, pp. 69 y ss. (Nota del 2002).

La inconstitucionalidad por acción es el acto legislativo positivo del legislador o de cualquier otro órgano estatal que menoscaba a la Ley Fundamental. Su violación puede ser por cualesquiera de sus elementos: ora de forma, ora de fondo; es, pues, la llamada inconstitucionalidad positiva y rápida de ser fulminada, según sea el mecanismo de jurisdicción constitucional difuso o concentrado. La inconstitucionalidad por omisión, en cambio, es la que resulta por el silencio o la inercia de cualquier órgano de poder, el cual deja de hacer o practicar un mandamiento expreso por la Constitución en un cierto tiempo razonable, ocasionando con ello perjuicio, expandiendo un efecto dañino a todas las personas que podrían invocar en su favor la norma constitucional aún no reglamentada por el legislador; es la inconstitucionalidad negativa y a la que volveremos luego.

2.3 Inconstitucionalidad total y parcial

Aunque sutil esta clasificación es por todos conocida y no merece mayor explicación. La distinción supone que puede afectar todo un acto o apenas una parte, sea esta una norma o un conjunto de normas. La razón práctica de esta distinción es, en principio, de observación de los actos jurídicos que preside a la interpretación si es conforme o no a la Ley Mayor. Se trata, en consecuencia, de si la norma objeto de un examen de constitucionalidad es sólo de alguna parte escrituraria, texto, precepto, artículo, inciso o acaso de todo el universo de las normas en cuestión.

2.4. Inconstitucionalidad originaria y sobreviniente

En los últimos años se ha planteado esta nueva distinción; aunque es bueno aclarar inmediatamente que este tipo de inconstitucionalidad depende fundamentalmente del propio sistema jurídico adoptado. En buena cuenta la separación entre la inconstitucionalidad originaria y la sobreviniente concierne, en principio, al diverso momento de edición de las normas constitucionales. Si en la vigencia de cierta norma constitucional se emite un acto (o un comportamiento omisivo) que la viola, será inconstitucionalidad originaria. Si una nueva norma constitucional surge y dispone lo contrario de una ley o de otro acto precedente, será inconstitucionalidad sobre-

viniente. Hay quienes han planteado que esta situación más que un asunto de control de constitucionalidad, debe ser considerada, por sus implicancias, en el ámbito del derecho intertemporal⁸. A estos no les falta razón, en la medida que la inconstitucionalidad sobreviniente importa una *derogación* del derecho anterior a ella incompatible.

Se podría considerar dos casos de inconstitucionalidad sobreviniente en el Perú:

- a) Cuando entró en vigencia la Constitución de 1979 asumió la tesis abolicionista en torno a la pena de muerte (art. 235); en consecuencia, la legislación penal que por entonces reprimía con esa pena máxima devino en inconstitucional.¹³⁷
- b) El D.L. 22126, regulatorio de la Ley de Estabilidad Laboral, igualmente y por sobrevinencia acusó una grave inconstitucionalidad en varias normas de carácter sustantivo y procesal; las primeras referidas a los requisitos que debía reunir el trabajador para alcanzar el derecho a la estabilidad propia contenidas en el inc. b) del art. 2 y en el art. 28. Las segundas se referían al carácter de *cosa juzgada* de las resoluciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo recaídas en litigio sobre reposición prevista en el art. 29. En efecto, el art. 28, concordante con el inc. b) del art. 2 del D.L. 22126 devino en inconstitucional por lo siguiente: establecía un período de preestabilidad e imponía tales exigencias que anulaba el derecho a la estabilidad en el trabajo; porque un derecho que el art. 48 de la Constitución le otorgaba en favor del trabajador, lo convertía en un derecho del empleador. El art. 29 establecía que las resoluciones que expedía la AAT tenían autoridad de cosa juzgada y no podían ser impugnadas ante el Poder Judicial. Este precepto entró en colisión con el art. 237 de la Carta Fundamental, pues la Constitución no reconocía entre los órganos jurisdiccionales de la administración de justicia a

¹³⁷ Sobre el tema específico de la aplicación de la norma en el tiempo véase el trabajo de Marcial RUBIO CORREA: “*Para Leer el Código Civil*”; Título Preliminar Vol. III. Lima. 1986; 53-78 pp.

ningún funcionario del Poder Ejecutivo; por tanto, dicho precepto era a todas luces inconstitucional¹³⁸.

A nivel del derecho comparado, diversos textos fundamentales han incorporado esta manifestación de inconstitucionalidad y le han dado todo un tratamiento. Así, basta con referir los casos de Italia, Portugal, Alemania y Brasil.

Al respecto, la posición del Tribunal Constitucional español ya se ha pronunciado en torno a esta situación. Así, la jurisprudencia española acogiendo tal vez con alguna confusión la tesis doctrinal de la coexistencia de la derogación y la inconstitucional según se haga frente a, respectivamente, un supuesto de incompatibilidad entre una ley preconstitucional y una norma concreta o principal de la Constitución y encontrándose frente a la previsión en la *Lex Legum* de un efecto derogatorio de la misma, y al mismo tiempo sin poder perder de vista, dada la experiencia italiana, los riesgos que tanto para la propia depuración del ordenamiento como para la seguridad jurídica pudieran derivarse de la consideración del conflicto entre Constitución y derecho viejo exclusivamente en términos de vigencia, ha optado por admitir la simultaneidad de la derogación y la inconstitucionalidad sobrevenida, atribuyendo en consecuencia un control compartido sobre la congruencia del antiguo ordenamiento con el nuevo a los jueces y al Tribunal Constitucional.¹³⁹

“La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste según se aprecia en la Sentencia de febrero de 1981, cuyas tesis se confirman por lo demás en la de 8 de abril del mismo año, en que la Constitución es una ley superior – criterio jerárquico - y posterior - criterio temporal - y la coinci-

¹³⁸ Sobre este aspecto, véase el breve pero sustantivo artículo del Dr. José MONTENEGRO BACA: “Normas inconstitucionales contenidas en el DL. 22126”; en *Revista de Derecho y Ciencias Política*, N° 1,- Universidad Nacional de Trujillo, 1982, pp. 11-15.

¹³⁹ Vid a ARAGÓN, Manuel: “La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución”, en REDC, N° 1, 1981; JJ SOLOZABAL ECHEVARRÍA: “Inconstitucionalidad sobrevenida”, en *Temas Básicos del Derecho Constitucional*, T.I. (Manuel Aragón, Coordinador), Civitas, Madrid, 2001, pp. 71-72 (Nora del 2002).

dencia de este doble criterio da lugar de una parte a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución y de otra a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir a su derogación...”.

Frente a las leyes posconstitucionales corresponde al Tribunal la exclusividad del control de su adecuación a la Constitución, pero respecto a las preconstitucionales “los jueces y tribunales deben ser inaplicadas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución al oponerse a la misma o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad”¹⁴⁰.

2.5. Inconstitucionalidad de normas constitucionales

Esta tipología fue desarrollada a inicios de los años cincuenta por el profesor Otto Bachof, cuyo título original del alemán es *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*.¹⁴¹ Aunque puede resultar aparentemente paradójico, se ha planteado esta cuestión de que si determinadas normas que forman parte del mismo texto unitario y no obstante tener o reputárseles a todas la misma fuente de origen, algunas podrían revestir una “inconstitucionalidad” en relación al resto de las normas. Este fenómeno, en principio, sólo habría de ocurrir en las constituciones *rígidas* que prevén determinados mecanismos especiales de reforma, a fin de que el Poder Constituyente *derivado* enmiende o reforme las cláusulas establecidas por el Poder Constituyente *originario*. Hay veces que en el testamento histórico de sus autores se imponen límites materiales expresos para los futuros reformadores del texto. En consecuencia, nos encontramos frente a cláusulas de naturaleza “*pétrea*” o de garantía de eternidad que limitan el poder de reforma de los congresos constituyentes. Un ejemplo clásico de los límites materiales de revisión, cuya prohibición existe en el derecho comparado, es

¹⁴⁰ Ver el extraordinario trabajo de GUI MORÍ, Tomás: *Jurisprudencia constitucional (1981-1993)*. Civitás, Madrid, 1997. p. 175 (Nota del 2002).

¹⁴¹ Existe una versión portuguesa traducida por José Manuel M. CARDOSO DA COSTA: *Constitucionais inconstitucionais?*, Librería Almedina, Coimbra, 1994. (nota del 2002).

la imposibilidad de enmienda de las cláusulas que proclaman sempiternamente *la forma republicana de gobierno* (Portugal, art. 290 inc. b; Francia, art. 89 último párrafo; Italia, art. 139; Grecia, art. 110 entre otros). Resulta o puede ser comprensible que este tipo de normas pétreas, inmodificables, hayan sido previstas con buena intención por el poder constituyente originario, motivado fundamentalmente por el deseo de hacer perdurar la identidad del sistema por lo cual se opta por colocar un semáforo en rojo a los que pretenden reformar dichos preceptos. Esto después de todo sería comprensible; de igual modo, en el marco de un estado normal de Derecho. Empero, no debemos olvidar, y el Derecho tiene siempre un límite con la realidad, que la experiencia histórica confirma la eficacia relativa de este tipo de cláusulas (v.gr. el art. 142 de la Constitución del 33). En este sentido, si se reformara alguna norma pétrea, la enmienda que se incorpora al *totum* del texto devendría en inconstitucional. Otro caso típico, dentro de la inconstitucionalidad de normas constitucionales, sería el de aquel precepto de la Constitución española que permite la sucesión en el trono al primogénito varón (art. 157). Esta norma, en rigor, se encuentra en franca discrepancia e incompatibilidad con el principio paritario que la misma carta española proclama, pues habría una discriminación por razón de sexo. Con todo, esta manifestación no deja de tener una singular ubicación de complejidad en el marco de las restantes manifestaciones¹⁴².

Nuestra intención es sólo abordar una forma de manifestación de inconstitucionalidad: la omisión.

¹⁴² Al respecto, en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional celebrado en Piura el autor presentó la ponencia: *“Luces y sombras a medio siglo de una propuesta: las normas constitucionales inconstitucionales de Otío Bachof. (nota del 2002).*

3. PRIMER BLOQUE: LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN GENERAL Y LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN ESPECIAL

En principio, la existencia de omisiones jurídicamente relevantes es un fenómeno que se encuentra en diversos sectores del ordenamiento jurídico, como ya se tiene apuntado y, en particular, en el Derecho Constitucional.

Podría ya vislumbrarse hasta dos tipos de manifestación de inconstitucionalidad por omisión: a) la que podríamos llamar *lato sensu* y b) la *strictu sensu*.

3.1. Inconstitucionalidad por omisión *lato sensu*

Comprende las diversas formas omisivas con relevancia constitucional en forma directa o indirecta. Ella se expresa, a su vez y en forma tentativa, en dos grandes aspectos: i) una forma de inconstitucionalidad omisiva de actos políticos o de gobierno y ii) una inconstitucionalidad por omisión indirecta. Veamos cada una de estas manifestaciones.

3.1.1. Inconstitucionalidad por omisión de actos políticos o de gobierno

Esta inconstitucionalidad se configura cuando los órganos de poder son remisos a dar cumplimiento, no precisamente a normas legislativas, sino a otro tipo de mandamientos obligatorios expresamente constitucionales. Distinguimos así entre aquellos actos de gobierno de expresa obligación constitucional y aquellos otros de carácter estrictamente político y, por ende, discrecionales, puntualizados en la doctrina y que, aun cuando el gobernante sea renuente o contumaz en cumplirlos, serían simples cuestiones políticas no judiciales (*“political questions”*)¹⁴³.

¹⁴³ “Las definiciones acerca de lo que ha de entenderse por cuestión política vagan siempre en torno a un círculo vicioso: son cuestiones políticas las que el poder judicial no puede controlar; y el poder judicial porque son políticas”. Germán J. Bidart Campos: *Derecho Constitucional*, T. I., Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 799.

Diversas situaciones concretas pueden generar la inconstitucionalidad por omisión de actos políticos o de gobierno. Así, v. gr., puede darse en las siguientes hipótesis: que el presidente de la República no convoque a elecciones locales o regionales (art. 211 inc. 5°.) e inclusive a elecciones presidenciales y de representantes al Parlamento (art. 211 inc. 5°.); que el presidente no cumpla, en su mensaje anual a la Nación, con informar sobre los resultados de la campaña contra el analfabetismo (art. 26); que no promulgue las leyes aprobadas por la Asamblea Regional o el Parlamento (art. 211 inc. 9, 193 y 267); que no cumpla con designar a los diversos titulares de cargos constitucionales: nombramientos de ministros -art. 216-, designación del Contralor General -art. 146-, nombramiento del Directorio del BCR -art. 151-, nombramiento del Superintendente de la Banca y Seguros -art. 155-, nombramiento de embajadores -art. 211 inc. 15-, ausencia del refrendo ministerial en sus actos presidenciales -art. 213-, entre otros.

Como se podrá apreciar, existe una diversa gama de inconstitucionalidad por omisión de este tipo de actos gubernamentales que no son de naturaleza “discrecional sino *obligatoria*”; por lo tanto, frente a esta diversidad de situaciones habrán de ser diversos los efectos jurídicos que le han de corresponder: desde una simple responsabilidad política hasta una responsabilidad penal de los titulares de los órganos políticos. Este tipo de inconstitucionalidad, obviamente, es distinta a las omisiones en que incurre el gobernante frente al no cumplimiento de normas de orden estrictamente “declarativas”. En este sentido, si existe una actitud renuente del gobernante a no complementar ciertas exigencias puramente políticas, en rigor no cabría ningún mecanismo jurisdiccional por ser cuestiones políticas no justiciables¹⁴⁴.

3.1.2. Inconstitucionalidad por omisión indirecta

Sólo por razones utilitarias y de explicación optamos por utilizar tal expresión, aunque en verdad ella no deja de manifestar una cierta violación

¹⁴⁴ Una apreciación peruana sobre esta temática puede verse en LANDA ARROYO, César: “Justicia Constitucional y political questions”; en *Pensamiento Constitucional*, N° 7, año VII, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2000. (Nota del 2002).

al comando normativo de la Carta Fundamental, pero no en forma directa, producto de una ley -que por acción o por omisión- la injuria frontalmente, sino que en el presente caso diversas situaciones omisivas vienen, en última instancia, a herir a la Ley Fundamental. Este tipo indirecto de omisión inconstitucional se expresa en los siguientes rubros: i) ilegalidad por omisión, ii) omisiones de actos administrativos y iii) omisiones de actos de la función jurisdiccional. Analicemos cada una.

3.1.2.1 Ilegalidad por omisión.

Esta inconstitucionalidad se genera cuando el órgano pertinente no crea la reglamentación de la cual depende la eficacia plena de ciertas leyes. En este caso, nos encontramos ante la posibilidad de que una ley no podría ser exigible hasta que no se dicte su respectivo reglamento. Frente a tales casos, si la omisión anida un daño para alguien, esa persona debe estar legitimada procesalmente para impulsar los circuitos de la jurisdicción constitucional, a fin de hacer prevalecer su derecho que se ve menoscabado por la contumaz actitud del órgano ejecutivo. Diversas hipótesis podrían configurar esta situación: Por ejemplo, la actual ausencia de mecanismos de revisión de los procedimientos administrativos que surgen en la administración de los gobiernos locales y regionales; o la falta de reglamentación de la ley que constitucionalmente garantiza el derecho a la sepultura gratuita de los indigentes (Ley N° 23512). Existe igualmente una ausencia en la reglamentación de la Ley General de Cooperativas; lo propio ocurre con la antigua Ley de Pensión 20530 que no tiene reglamento, entre otros. De primera intención, la solución parece ser que, frente a tales problemas, la propia ley sea exigible en ausencia de reglamento. Sobre este asunto, Brasil, como veremos luego, prevé un mecanismo para conjurar la violación de derechos fundamentales por falta de reglamentación a través del *mandato de injuncao*.

3.1.2.2. Omisiones de actos administrativos

Existen las omisiones de los actos administrativos o de cualquier acto de la administración pública, el que se puede traducir en diversas hipótesis, tales como el no cumplimiento administrativo de ejecución de leyes o re-

glamentos. El caso típico es el de una persona que solicita su pasaporte y la autoridad administrativa encargada, arbitrariamente, omite otorgárselo. Aquí hay evidentemente una violación constitucional por omisión de un acto garantizado por ley, pero que administrativamente no se cumple; o aquellos casos de ciudadanos que, en sede administrativa, plantean un derecho de petición y simplemente el ente administrativo no responde, configurándose el silencio en una denegación del petitorio, aun cuando, en parte, la Ley de Simplificación Administrativa ha suplido esta situación y ha incorporado la novedosa figura del *silencio administrativo positivo*. Empero, a nivel del comando normativo constitucional (art. 2 inc. 18) se establece como principio que si transurre el plazo legal y si no tiene respuesta el interesado “puede proceder como si la petición hubiese sido denegada”. Puede también darse en aquellos casos que la autoridad administrativa no cumpla -actos bastantes frecuentes- con la ejecución de sentencias de los tribunales, aun cuando para ello pudiera activarse un proceso penal por delito de resistencia y desobediencia a la autoridad judicial para solucionar esta dañina omisión administrativa.

3.1.2.3. Omisiones de la función jurisdiccional

También configura inconstitucionalidad indirecta la omisión de la función jurisdiccional que puede traducirse en la denegación de la justicia. Los jueces, como se sabe, no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley (art. 233, 5 de la Constitución y art. VII del T.P. del CC.). De ahí que por expreso mandato de la Constitución, frente a tales lagunas o deficiencias del sistema jurídico, los magistrados deben aplicar los *principios generales del derecho*. Con todo, se observa una actitud criticable de la magistratura, pues cuando no existe una norma o ante la ausencia de norma aplicable -como es el caso de la ausente reglamentación al art. 241 de la Constitución sobre casación- sus fallos han significado una denegación de la administración de justicia. Es verdad que el art. VII del T.P. consagra el *IURA NOVIT CURIA* en el que: “Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda”. Pero frente a la ausencia de norma atribuible al legislador, existe una alta cuota de responsabilidad compartida en la magis-

tratura, pues al lado de un poder legislativo que no honra a la Constitución con dictar normas (que exige la propia *Lex Legum*), el Poder Judicial, a través de sus magistrados, optan por la salida más simple expresada, entre otros, en el siguiente temperamento jurisprudencial:

“Aparte del principio declarativo contenido en el art. 241 de la Constitución Política del Estado, no existe disposición alguna que reglamente el recurso de casación como el formulado en el presente caso; en consecuencia y no obstante lo expuesto en virtud del mandato constitucional, se declara inadmisibile el recurso de casación” (El Peruano de Octubre de 1983). Igual situación se reitera en esta Ejecutoria:

“No existiendo ley que norme el procedimiento de casación a que se refiere el artículo 241 de la Carta Magna, recurso que hubiera sido el único para enervar o impugnar lo resuelto en ese proceso, no es procedente socapa de amparo ir en contra de expresas disposiciones constitucionales (“El Peruano”, 30 de abril de 1984)”.

Creemos que esta situación es harto criticable y constituye una forma de inconstitucionalidad por omisión de la función jurisdiccional. Frente a tales situaciones, la solución estriba en que debería integrarse el sistema jurídico frente a la *laguna* o ausencia de norma, como enseña Germán Bidart Campos, optando la magistratura por echar mano a la *autointegración* (constitucionalmente garantizada con la aplicación de los *principios generales del derecho*) o a la *heterointegración* (acudiendo al valor justicia). En tales casos, acorde a nuestro sistema dual o paralelo de jurisdicción constitucional, la solución tendría que reputarse sólo entre las partes en litigio con efectos concretos; en los demás casos, se tendría que proceder interponiendo la acción pertinente -se nos ocurre *prima fade* el amparo.

3.1.2.4. Inconstitucionalidad por omisión de las reformas constitucionales

Cabría admitir la posibilidad de este tipo de inconstitucionalidad y que se configura en casos de las omisiones de reformas constitucionales. Existen algunos textos que, por expreso mandato del poder constituyente originario, establecen que, pasado un determinado tiempo, caso de Portugal, v.

gr. la Asamblea Legislativa, vía Congreso Constituyente, tiene la obligación de reformar determinadas cláusulas constitucionales. Esta inconstitucionalidad deviene, en algunos casos, cuando simplemente no se cumple con la reforma exigida en el término estipulado. No obstante, este fenómeno es muy excepcional y sólo opera o ha operado en contadas leyes fundamentales.

3.2. Inconstitucionalidad por omisión en sentido estricto

Este es el tema que, amén de novedoso y polémico, se configura técnicamente como la inconstitucionalidad por omisión del órgano legislativo que incumple con desarrollar determinadas cláusulas constitucionales a fin de tornarlas operativas.

De primera intención, merece puntualizar que el fenómeno de la omisión legislativa está vinculado a la *estructura y a la naturaleza* de determinadas normas constitucionales. Es decir, no todo incumplimiento total de las cláusulas constitucionales genera la omisión inconstitucional en sentido estricto. Dentro de las clases de normas constitucionales¹⁴⁵, en sentido estricto las únicas que generarían la inconstitucionalidad por omisión serían las normas de carácter *programático* que de ordinario requieren de una debida legislación para que puedan aplicarse.

Dentro de este tipo de normas *programáticas*, cabe distinguir, a su vez, como lo ha destacado el Dr. Néstor Pedro Sagués¹⁴⁶ aquellas de *instrumentación simple*, en las que basta con la sola edición de la ley complementaria para que adquiera vigor sin ningún otro tipo de condici-

¹⁴⁵ Sobre la clasificación de las normas pueden verse los trabajos de BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, pp. 267 y ss.; LUCAS VERDU, Pablo: *Curso de Derecho Político*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pp. 430 y ss.; QUIROGA LAVIE, Humberto: "Sobre la interpretación constitucional", en *Rev. del Colegio de Abogados de la Plata*, N° 31; julio-diciembre 1973; KORZENIAK, José: "Clasificación de normas constitucionales", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Vol. III (Apéndice), Buenos Aires, pp. 148 y ss.

¹⁴⁶ SAGUÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional*, Vol. 3; 2da. Ed. Astrea, Buenos Aires, pp. 100-102.

miento, tales como la ley que podría desarrollar la excepción a la inviolabilidad del secreto de la correspondencia y comunicación (art. 2 inc. 8); la norma que proclama la exigencia de una ley que desarrolle el derecho de petición (art. 2 inc. 18), entre otros; y las normas de *instrumentación compleja*, en las que, aparte de editarse la ley, se requiere de todo un marco extrajurídico para que, en definitiva, se cumpla realmente dicha norma programática, v. gr., aquellas normas que proclaman la dación de leyes como la del acceso a la seguridad social (art. 12), de creación del Banco de los Trabajadores (art. 53); del seguro agrario (art. 158 inc. 4), entre otros.

En determinados regímenes se permite que, ante la simple omisión de cláusulas programáticas de instrumentación simple, ante la inacción legislativa se podría hallar solución a través del *proceso constitucional del amparo* o de otra vía, como ocurre en Brasil con el *mandato de injuncao*, siempre y cuando la *mora* del legislador suponga una lesión a un derecho dimanado de la Constitución. En este caso, el órgano jurisdiccional no asume función propiamente legislativa, sino que integra dicha laguna para el caso concreto.

Tratándose de las normas programáticas de instrumentación compleja, como se podrá advertir, resulta sumamente difícil para el Poder Judicial cubrir la laguna inconstitucional que genera el retardo legislativo. Una de las formas como las cláusulas programáticas de instrumentación compleja se ven imposibilitadas de ser desarrolladas son a través de lo que Enrique Alonso García denomina como los *derechos prestacionales* y que, al decir del citado juslaboralista, siguen constituyendo “el punto donde se suman todas las dificultades que el ejercicio de la justicia constitucional plantea”¹⁴⁷. En este supuesto, pretender tornar operativas y aplicables las nor-

¹⁴⁷ La expresión “welfare rights” alude a los derechos típicos de la seguridad social por antonomasia; pero también comprende a ciertos derechos sociales como son típicamente los servicios públicos (agua, gas, electricidad), los de vivienda, el derecho al trabajo y el derecho a la educación. Vid a GARCÍA ALONSO, Enrique: “Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalización de los derechos prestacionales del “Welfare State en Norteamérica”, en *REDC*, Año 4, N° 11, Mayo-Agosto, 1984, pp. 139-197.

mas de esa naturaleza -que normalmente requieren de toda una implementación material-en realidad le es imposible al órgano jurisdiccional. Queda, en todo caso, la solución pragmática que la constitución provincial de Río Negro en Argentina le ha deparado: otorgar, vía una sentencia, una indemnización para resarcir el daño que ocasionó la inacción del legislador o del órgano responsable.

3.2.1. Presupuestos de la inconstitucionalidad por omisión

La verificación de la omisión legislativa inconstitucional presupone el deber de legislar. En consecuencia, no interesa que esa omisión pueda ser surgida o sustituida por vía judicial sino que dicha exigencia constitucional del legislador sea insuplible. Lo que interesa, como principio rector, es que exista una obligación de legislar sea a través de un acto legislativo formal, ley, decreto legislativo, etc. Pero, aparte de este principio rector, es necesario que concurren otros requisitos indispensables para que, en sentido estricto, se reúnan los elementos constitutivos de la omisión inconstitucional. Tales requisitos serían:

- a) *Que el no cumplimiento o desarrollo de la Constitución derive de la violación de una norma específica.*

En consecuencia, no cabe una constatación abstracta o una apreciación global de las normas que aún no se encuentren debidamente reglamentadas. Y es que, así como la inconstitucionalidad por acción se manifiesta a través de leyes o normas específicas contrarias al comando constitucional, lo propio ocurre con la omisión: se trata de verificar una norma concreta, específica, particular; esto es, declarar que tal o cual norma de la *Lex Legum* ha sido violada y no el conjunto normativo genérico.

- b) *Que dicha norma constitucional no sea exigible en sí misma (operativa), sino de naturaleza estrictamente programática.*

En efecto, si bien un texto constitucional debe ser mirado como una “unidad”, en el supuesto de que todas sus normas tienen idéntico grado de validez; sin embargo, en la práctica ocurre que unas normas tienen más eficacia práctica que otras. Y si bien hay cierto sector en la doctrina que no admite esta distinción entre normas de naturaleza operativa (o autoaplica-

bles) de aquellas programáticas que requieren de reglamentación legal¹⁴⁸, en la dinámica constitucional se puede evidenciar esta real distinción entre dichas normas. Así la omisión inconstitucional aparece para aquellas normas de carácter programático, en las que la inercia del legislador no da encarnadura a dichas prescripciones; en algunos casos puede ser por una actitud dolosa y contumaz del legislador; en otros por la simple inercia u ocio legislativo.

- c) *Que, en las circunstancias concretas de la producción legislativa, falten las medidas necesarias para tornar exigibles operativas dichas normas.*

En la generalidad de los casos, las omisiones vienen acompañadas con ausencia de una política legislativa que afronte determinadas situaciones, particularmente en el difícil sector de los derechos de orden económico, social y cultural. Si no hay una toma de decisiones gubernamentales para activar medidas indispensables en ese y otros sectores, es muy fácil que la Constitución se sienta convulsionada, pues sus normas programáticas no tendrían el relleno que se le impone al gobernante. Así, pues, frente a la ausencia de ley y de medidas gubernamentales la omisión es patente en forma irrefutable.

Ahora, toquemos puerto e interroguémonos: ¿qué pasa cuando el órgano competente declara una inconstitucionalidad por omisión? Sobre el particular, el maestro Germán Bidart Campos en forma aguda plantea varias interrogantes cruciales: ¿Qué viene después?, ¿asume el tribunal como legislador y dicta la reglamentación omitida?, ¿emplaza al órgano remiso a dictarla en plazo que la misma sentencia le señala?, ¿se limita a integrar el orden normativo lagunoso para el caso que tiene que fallar?

De plano debe descartarse la posibilidad de que el órgano jurisdiccional se ponga en función legislativa, salvo que el propio texto lo permita; pero, aún así, esto plantea un grueso problema en la división de poderes.

¹⁴⁸ E. PINA, Rolando: *Cláusulas constitucionales y programáticas*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973

El segundo caso es el que mayores posibilidades de implementación tiene: el órgano jurisdiccional conmina a que el órgano legislativo supla el vacío y rellene de contenido reglamentario la norma programática. No obstante queda el margen de incertidumbre si el obligado órgano remiso no edita la norma exigida por la Constitución.

En el tercer caso, la solución podría consistir, como lo ha planteado el Dr. Bidart Campos, en lo siguiente: que el órgano de la jurisdicción constitucional alternativamente tenga las siguientes opciones: a) declare en principio la omisión inconstitucional; b) declarado que fuera, señale que dicha omisión genera una laguna en el orden jurídico y c) integre el orden normativo lagunoso, ya sea optando por aplicar los principios generales del derecho (*autointegración*) o aplicando el valor de la justicia para el caso concreto (*heterointegración*)¹⁴⁹.

Está demás señalar que el órgano competente para la declaratoria de la inconstitucionalidad no debe ser un órgano de naturaleza política, como lo fuera en Portugal el *Consejo de la Revolución*, sino un órgano estrictamente jurisdiccional: de carácter difuso como el modelo americano o concentrado al puro estilo europeo.

Al respecto, el profesor uruguayo José Korzeniak¹⁵⁰ señala que en el Derecho Constitucional uruguayo se ha utilizado un original dispositivo para suplir los excesos programáticos del texto fundamental y que permite la solución que plantea el maestro bonaerense Bidart Campos. Así, se prescribe:

“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

¹⁴⁹ BIDART CAMPOS, Germán: op. cit, p. 15.

¹⁵⁰ KORZENIAK. José: “Clasificación de normas constitucionales”, op. cit., p. 167.

La originalidad de este precepto no radica tanto en su contenido que ya ha sido esgrimido en la doctrina, sino en su inclusión misma en el texto constitucional con el fin de dinamizar la aplicación de otros preceptos de la Carta Fundamental.

3.2.2. ¿En el marco de todas las constituciones vigentes se pueden generar manifestaciones de inconstitucionalidad por omisión?

Cabe aquí reflexionar si en todas las constituciones vigentes se puedan generar fenómenos omisivos inconstitucionales, o si sólo esto ocurriría para determinados textos políticos. Evidentemente que cuando nace una Constitución, por razones incluso de orden *temporal*, ella va a irse implementando a través de la legislación ordinaria que, para el efecto, el poder o los sucesivos poderes constituidos desarrollarán. Sin embargo, ¿qué pasa con aquellas constituciones sumamente antiguas? ¿se habrá colmado con dictarse todas las leyes que ella requiere en el tiempo que ella tiene? Evidentemente este asunto no se puede responder en forma seria y tajante. Como lo ha señalado Domingo García Belaunde toda constitución es hija de su tiempo y de su época, ella en realidad va a tener que irse interpretando y reacomodando a los nuevos tiempos; en consecuencia, se torna necesario una interpretación de acuerdo con el escenario histórico del momento (interpretación “dinámica”) y no de lo que quiso tan sólo el testamento histórico del poder constituyente (interpretación “estática”). Unido a este aspecto, cabe formularse otra interrogante: ¿sólo las constituciones *ideológico-programáticas* pueden generar este fenómeno omisivo en sus legisladores o bien este fenómeno se puede presentar en otras constituciones, como las de tipo principistas o declarativas. Es sabido que estas últimas sólo establecen los grandes lineamientos para que el legislador ordinario los vaya desarrollando según los cauces que imponen las necesidades y según la discrecionalidad-del gobernante.

Aquí, en principio, el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión no se presentaría en forma clara y evidente en relación con las constituciones programáticas que acusan un abundante reglamentismo. Con todo, no cabría la configuración de la omisión inconstitucional ante cualquier omi-

sión del legislador en no dictar una ley que no se encuentre programáticamente respaldada en un precepto constitucional.

No obstante lo expuesto, es necesario afirmar la idea de que cualquier omisión del órgano estatal que signifique restar, restringir o menoscabar derechos fundamentales podría significar una concreta manifestación omisiva. Y esta omisión se puede presentar en cualquier Constitución, inclusive la norteamericana (la primera y la supérstite en el mundo); es más, en muchas constituciones se incorporan en el ordenamiento nacional los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos¹⁵¹. Así puede el Estado incurrir en expresa omisión de orden constitucional al no desarrollar políticas legislativas que rellenen de contenido a los diversos tratados internacionales del que forma parte. Es probable que en los países altamente industrializados, un problema patente en este aspecto pudiera ser la falta de política legislativa para afirmar los derechos humanos de la “*tercera generación*”. Con todo, estimamos que el tema amerita mayor reflexión en este aspecto y la realidad irá aclarando este panorama.

3.2.3. Diferencias entre la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión

De ordinario la *jurisdicción constitucional orgánica* cuida tradicionalmente de los actos positivos del órgano legislativo: si ella acusa un vicio de inconstitucionalidad, se activa el mecanismo que según el sistema o modelo (americano o europeo) puede ser de una inaplicabilidad de la norma inconstitucional o una declaratoria de inconstitucionalidad derogando la norma atentatoria. Sin embargo, progresivamente se viene afirmando el control jurisdiccional para los casos por omisión. Importa aquí verificar algunas diferencias entre ambas manifestaciones de inconstitucionalidad.

En principio, resulta erróneo pretender asimilar la inconstitucionalidad en vía de acción con la de omisión; pues frente a la primera, una declarato-

¹⁵¹ Como la Constitución peruana que expresa en el art. 105.- Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

ria de inconstitucionalidad por acción se traduce en una sentencia con consecuencias concretas; en cambio, en la segunda, la simple sentencia que declara una inconstitucionalidad omisiva no tiene efectos prácticos ni altera el sistema jurídico. Y si bien puede constituir una omisión relevante, ella no crea una *obligación jurídica* al órgano legislativo responsable; apenas si puede ella traducirse en una recomendación a que se dicte en un plazo razonable. En consecuencia, existen evidentes diferencias: mientras en una declaratoria de inconstitucionalidad de una ley ella conlleva para los sistemas “concentrados” o europeos una nulidad, en la declaratoria de la omisión inconstitucional no podría declararse “nulo” una omisión legislativa. El absurdo es evidente, pues la resolución que dicte el órgano fiscalizador tan sólo se limitaría a constatar la omisión.

Comentando el sistema lusitano, el profesor Jorge Miranda apunta: “La verificación de la existencia de la inconstitucionalidad por omisión no altera el orden jurídico, sino que se circunscribe a hechos susceptibles de llevar a los órganos legislativos a transformar su comportamiento de negativo en positivo”¹⁵².

El mismo profesor portugués en forma aguda observa que: “La única diferencia entre la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión es en cuanto a que la primera consiste en la infracción de una disposición como de un principio; esto es, el acto legislativo positivo puede violar la regla procesal (como sería la inconstitucionalidad por la forma) o reglas sustantivas (inconstitucionalidad por el fondo); en cambio en la inconstitucionalidad por omisión ella se expresa tan sólo en la infracción de un precepto, de una norma y nada mas.”¹⁵³

En la actualidad cabe también señalar que, con las innovaciones introducidas por Brasil – vía el *mandato de injuncao*- y la novísima constitución rionegrina de Argentina en los casos de un procedimiento de inconstitucionalidad por omisión como ya se tiene dicho, el órgano jurisdiccional

¹⁵² MIRANDA, Jorge: *Manual de Direito Constitucional*, Oficinas Gráficas Da “Coimbra Editora Limitada, Tomo II, (hay una 3era. Ed. Reimpresión de 1996)

¹⁵³ MIRANDA, Jorge, Op. cit.

puede decidir el reparo de la omisión dañina, incorporando una integración o supliendo el daño con una reparación económica.

3.2.4. El sistema de jurisdicción constitucional en la fiscalización de la omisión inconstitucional

Como quiera que en la inconstitucionalidad por omisión implica una cuestión constitucional tan igual como las otras, indudablemente entra en los predios del *Derecho Procesal Constitucional* y, específicamente, de la *jurisdicción constitucional*. Por jurisdicción constitucional se entiende todo procedimiento constitucional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución. Al respecto, la doctrina distingue fundamentalmente dos grandes modelos o sistemas que, por razones utilitarias, se les denomina “*sistema americano*” y modelo o “*sistema austríaco*”.

Si el ejercicio de la jurisdicción constitucional importa el pronunciamiento sobre asuntos o cuestiones constitucionales, ambos sistemas no deben desconocer el pronunciamiento jurisdiccional en torno a la inconstitucionalidad por omisión. Veamos en apretada síntesis ambos modelos.

- a) ***El sistema norteamericano.***- Mediante este sistema se atribuye el control de constitucionalidad de las leyes al Poder Judicial. En consecuencia, este órgano jurisdiccional se encuentra premunido para pronunciarse sobre controversias constitucionales. Se practica en Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, en parte el Perú¹⁵⁴, Paraguay, Uruguay y Venezuela. A nivel europeo, el único país es Irlanda.

De todo este mercado constitucional, la fiscalización del control de la inconstitucionalidad por omisión se halla prevista en forma taxativa en la Constitución de Brasil de 1988, la novísima

¹⁵⁴ Vid. al respecto a GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “Sobre la Jurisdicción Constitucional”, en AA.W.; Quiroga León, Aníbal: “Una aproximación a la Justicia Constitucional: el Modelo Peruano” en sobre la Jurisdicción Constitucional”. PUCP, Lima, 1990 y ETO CRUZ, Gerardo: *Breve introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Derecho y Sociedad, Trujillo, 1992

Constitución de la provincia federal de Río Negro de Argentina y, en parte, en el sistema germano.

De acuerdo con las características típicas del sistema norteamericano, el control de las omisiones inconstitucionales es de carácter especial, toda vez que tiene un efecto limitado a la decisión del caso concreto (efectos interpartes); pero a su vez existen ciertas particularidades propias de la jurisdicción constitucional de cada país. Así, por ejemplo, Brasil ha introducido dos tipos de procesos, el primero que es la inconstitucionalidad por omisión propiamente dicha, cuya legitimidad procesal está acordada a determinadas personas. La resolución del Supremo Tribunal Federal se limita a instruir al órgano legislativo para que adopte las medidas pertinentes. Este constituye una suerte de *control abstracto*. Y el segundo proceso constitucional es el *mandato de injuncao* que se concede a cualquier persona, siempre que, a falta de norma reglamentaria afecte un derecho constitucional. En el caso de la provincia patagónica de Río Negro, en Argentina, se acuerda a cualquier persona perjudicada una reparación por parte del Estado.

- b) El sistema austríaco.-** Por este sistema se atribuye el control de la constitucionalidad de las leyes y de las demás controversias constitucionales, ya no a un Poder Judicial sino a un órgano especial denominado Corte o Tribunal Constitucional. De acuerdo con la característica típica de este sistema “concentrado”, el fallo sobre asuntos constitucionales tiene efectos generales o *erga omnes*. Existe este sistema en Alemania Federal, Austria, Chipre, España, Francia (en parte), Grecia, Italia, Liechtenstein, Noruega, Portugal en su reciente reforma, Suiza, Turquía, Yugoslavia y se prevé en Brasil, Ecuador, Chile, Perú y Guatemala¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Recientemente se acaban de publicar dos estupendos trabajos desde distintas orillas, el de José Julio Fernández Rodríguez: *La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI* (Ed. Tecnos Madrid 2002) y el de Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Colección Fundap, México, 2002 (Nota de 2002).

Las únicas constituciones dentro del sistema “concentrado” o kelseniano que prevén la acción de inconstitucionalidad por omisión¹⁵⁶ son la de Portugal y en la aún supérstite Constitución socialista de Yugoslavia.

Sin embargo, en la práctica, el Tribunal Constitucional de España ya ha declarado a través de una resolución el fenómeno de la inconstitucionalidad omisiva, y es probable que aun cuando positivamente no se regule en los textos constitucionales esta situación, vaya tomando cuerpo dentro de las atribuciones que tendrían las actuales cortes o tribunales constitucionales.

¹⁵⁶ En la actualidad se han incorporado no solamente en Portugal Brasil, Argentina, Costa Rica; sino también en Hungría, Angola, Venezuela y la reciente del Estado de Veracruz en México. (Nota del 2002)

AUTORES DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

Víctor Julio ORTECHO VILLENA
La constitucionalidad y la democracia

Humberto HENRÍQUEZ FRANCO
Las prerrogativas parlamentarias

Víctor Hugo CHANDUVÍ CORNEJO
La dinastía borbónica y el proceso independentista del Perú

Raúl Yván LOZANO PERALTA
**El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela
jurisdiccional efectiva en el Perú**

Luis VEGA RODRÍGUEZ
**Nociones modernizantes en torno al estado constitucional de
derecho**

.....

IURA

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

LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA DEMOCRACIA

Víctor Julio ORTECHO VILLENA

SUMARIO: I. La constitucionalidad. 1. Conceptualización. 2. Fundamentos jurídicos. 3. Control constitucional. 4. El Estado Constitucional de Derecho. 5. La seguridad jurídica y la constitucionalidad. II. La democracia. 1. La Constitucionalidad y la democracia. 2. La democracia como sistema.

La constitucionalidad implica la plenitud del ordenamiento jurídico de un Estado, cuyo funcionamiento garantiza el pleno respeto de los derechos de los ciudadanos, la adecuada operatividad de los órganos del Estado y un marco de paz, desarrollo y justicia para toda una colectividad nacional. Es decir la constitucionalidad está llamada a convertirse en el sustento de una verdadera democracia.

Por eso lo primero que puede plantearse cualquier ciudadano es si la constitucionalidad existe o es un ideal, y si es tal en qué medida podemos acercarnos a ella. Todo esto merece un más detenido análisis

I. LA CONSTITUCIONALIDAD.

I.1. Su conceptualización

La constitucionalidad es una categoría político- jurídica que significa la existencia de una Constitución, en un determinado Estado, que ella esté vigente, que se aplique plenamente y que se la respete.

I.2. Sus fundamentos jurídicos:

a) Supremacía constitucional.

Lo que significa que la Constitución contiene las normas supremas por sobre el resto de las demás normas, y ello porque dichas normas son básicas y fundantes del ordenamiento jurídico y también porque provienen de un organismo extraordinario que las aprobó, como es el Poder Constituyente.

b) Jerarquía de las normas jurídicas

Si las normas contenidas en la Constitución son normas superiores, las normas legales y las normas administrativas son inferiores, lo que da lugar al principio o fundamento de la jerarquía de normas. A semejanza de lo que sucede en la jerarquía castrense, hay un principio de superioridad y uno de subordinación.

c) Inviolabilidad constitucional

Del principio anterior se desprende la prohibición de atentar contra la jerarquía y, por tanto, no se puede transgredir las normas superiores mediante norma inferiores bajo el riesgo de que, si en ello se incurre, la norma transgresora deviene en inconstitucional o en ilegal y, por tanto, esta podrá ser derogada o nulificada según se trate de normas legales o normas administrativas.

I.3. Control constitucional

Para que la meta ideal de la constitucionalidad se acerque a la realidad, se hace imperativo el control constitucional. En esta tarea está comprometido el poder constituido, que debe vigilar lo que le ha delegado el poder constituyente. En las tareas de control debe ponerse en práctica el sustento de la separación poderes, que propugna el mutuo control entre tales poderes.

Veamos resumidamente las formas de control que se practican en el Perú y cuáles son sus deficiencias.

a) Control político parlamentario

Bien es sabido que a lo largo del siglo XX en diferentes países de occidente, y por tanto en el nuestro, el Poder Legislativo no sólo tiene la originaria y tradicional función legisferante sino también y casi en igual proporción la tarea fiscalizadora del funcionamiento de los demás órganos del Estado (órganos centrales, descentralizados y órganos constitucionales autónomos).

En nuestro país y actualmente con un sistema unicameral, el Congreso tiene los siguientes niveles de control: comisiones especiales que pueden investigar hechos irregulares cometidos por cualquiera de los otros órganos del Estado, de sus representantes o de sus funcionarios. Terminadas tales investigaciones se darán cuenta al Congreso y éste les dará el curso legal correspondiente.

Otro tipo de control es el de la interpelación ministerial mediante la cual se convoca a un ministro, que debe responder por lo irregular sucedido en el ámbito ministerial bajo su cargo, a fin de que asuma la responsabilidad política si se concluye que efectivamente lo ocurrido fue irregular.

Y los tipos más elevados de control político o parlamentario son el antejuicio y el juicio político. Estos procedimientos parlamentarios apuntan a los más altos cargos, como el de presidente de la República, de parlamentarios, fiscal de la nación, miembros del Tribunal Constitucional, vocales supremos.

El antejuicio procede cuando cualquiera de los altos funcionarios anteriormente señalados incurre en la comisión de delitos durante el ejercicio de sus cargos (si lo cometen fuera del ejercicio de sus cargos y tratándose de parlamentarios procede simplemente el desafuero).

En principio, este derecho especial les asiste antes de que se establezca la procedencia para que sus casos pasen al fiscal de la nación, y que éste formule la respectiva denuncia ante el Poder Judicial. El juicio político (que anteriormente no estaba prescrito en el Perú), en cambio, procede contra cualquiera de esos altos funcionarios que cometen una seria infrac-

ción a la Constitución. En estos casos es el propio Congreso el que los juzga y la medida sancionadora la toma el pleno de dicho órgano legislativo. El caso más sonado sucedió en el año 2001 contra el ex presidente Alberto Fujimori, que abandonó el cargo a consecuencia de la crisis que confrontó por haberse descubierto la corrupción en que estaba involucrado, y envió su renuncia mediante fax desde el Japón. La sanción que le aplicó el Congreso fue la pérdida de sus derechos políticos por el término de diez años.

b) Control jurisdiccional

Es aquel que corre a cargo de los órganos jurisdiccionales como es el Poder Judicial, el que principalmente debe velar por el respeto a la Constitución frente a actos u omisiones. Ello mediante el conocimiento y resoluciones sobre acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y la acción de cumplimiento.

Y tratándose del control de normas, el Tribunal Constitucional es el que conoce en definitiva y última instancia las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento. También conoce sobre los conflictos de competencia o procesos competenciales.

c) Controles especiales

El prestigioso jurista argentino Pedro Néstor Sagües los denomina controles especiales y, al mismo tiempo, distingue entre ellos el control del ejecutivo y el control electoral.

Estas formas especiales también son aplicables en el Perú, cuyos alcances podemos apreciar a continuación.

- i. **Control del Ejecutivo.** Es el que puede realizar el presidente de la República en la etapa de promulgación de una ley mediante la observación de ella. Pero esta observación se produce cuando el jefe de Estado considera que la norma de la materia contraviene a la Constitución.

Por cierto que los últimos presidentes han hecho uso del veto relativo al observar por el fondo la ley a promulgarse; cuando por

ejemplo dicha ley no concuerda con los compromisos que tiene el Estado con otros países. En estos casos no se trata de proteger a la Constitución

- ii. **Control Electoral.** Se refiere concretamente al referéndum mediante el cual se le pide a la ciudadanía que, mediante el voto, apruebe una medida jurídica. Tal el caso, por ejemplo, durante el último gobierno de Alan García se sometió a referéndum la devolución del aporte de los ciudadanos para el FONAVI, que fue creado para promover los programas de vivienda y al que los sucesivos gobiernos le dieron otra aplicación.

d) Control Social

Aparte de los controles formales señalados anteriormente, existen otros que no tienen una denominación expresa, pero que se realizan dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico. Y lo denominamos control social porque de una u otra manera lo realiza la sociedad civil.

Uno de esos controles lo realizan los medios periodísticos, ya sea el escrito (periódicos), la palabra (la radio) o la imagen (la televisión) que con sus denuncias, comentarios e investigaciones efectúan una especie de fiscalización de los actos que vulneran el ordenamiento jurídico y consiguientemente atentan contra la constitucionalidad.

Otro es el que realizan los partidos políticos de oposición, las organizaciones gremiales, los colegios profesionales como el de abogados que forman parte de la sociedad.

I.4. El Estado Constitucional de Derecho.

En el caso de nuestro país, como ocurre desde hace buen tiempo en varios países europeos y algunos latinoamericanos, el nivel y la forma de control jurisdiccional a que hemos hecho referencia anteriormente se realiza ahora dentro del marco más desarrollado y especializado que es el Estado Constitucional de Derecho (que ha superado al simple Estado de Derecho).

Este Estado Constitucional de Derecho tiene dos pilares de sustentación: la supremacía constitucional y una jurisdicción constitucional. En nuestro país, el Tribunal Constitucional, con sus dificultades y eventuales deficiencias, está llamado a ser el máximo contralor de la protección y defensa de la constitucionalidad. No solo por las competencias consignadas en la Constitución y en su Ley Orgánica, sino también por su práctica y ejercicio se ha convertido en el máximo intérprete de la Constitución.

I.5. La seguridad jurídica y la constitucionalidad.

Creemos que la seguridad jurídica puede contribuir significativamente a proteger la constitucionalidad porque ella representa la estabilidad del ordenamiento jurídico que rige en un Estado. Que este ordenamiento debe contener normas que tengan cierta permanencia y que garanticen el equilibrio en las relaciones entre los órganos del Estado y los ciudadanos.

Al abordar la seguridad jurídica, los más diversos autores le dan significaciones con gran similitud. Así, por ejemplo, Ataliba y Xavier dicen que la seguridad jurídica es la “susceptibilidad de previsión objetiva por los particulares, de sus propias situaciones jurídicas, de modo tal que puedan tener una precisa expectativa de sus derechos y sus deberes, de los beneficios que serán acordados o de las cargas que deberán soportar”.

Por su parte, Lohlein y Jaenke distinguen entre contenido formal- que es la estabilidad de los derechos- y un contenido material que consiste en la llamada protección de la confianza. Jaime David Abanto, asimismo, puntualiza que la justicia y la seguridad jurídica no son incompatibles.

En el caso del Perú la constitucionalidad no se alcanza al ciento por ciento. Y si pretendemos señalar a la seguridad jurídica como uno de sus factores de defensa y protección, nos damos con una realidad jurídica donde las reglas de juego no son estables, ni gozan de legitimidad. Una de las razones se deriva del sistema unicameral que viene funcionando desde la Constitución vigente de 1993. Pues en un sistema bicameral puede hacer mejor control de la labor legislativa, con una cámara de origen y una cámara revisora, y no como ahora que se aprueban y promulgan leyes “entre

gallos y medianoche”; en cuya labor priman las influencias de los grupos de intereses, de los grupos de presión y de los intereses extranjeros que siguen dominando el dominio financiero y tecnológico.

II. LA DEMOCRACIA

II.1. La constitucionalidad y la democracia.

La relación que hay entre la constitucionalidad y la democracia es indudable. No cabe duda que un ordenamiento jurídico en base a una constitucionalidad de alto nivel tiene que favorecer a la democracia en un determinado Estado. Pero la práctica de la democracia también contribuirá a defender el ordenamiento constitucional de ese país o Estado. Y lógicamente tales relaciones las ambicionamos para el Perú.

Sin embargo se hace necesario señalar los diversos tipos de democracia que se conocen tanto en el campo teórico como en el de la práctica, y luego ubicar el tipo de democracia que puede contribuir al robustecimiento de la constitucionalidad.

La actual democracia representativa, que está precedida por la democracia electoral, responde a un concepto originario y formal según el que se refiere únicamente a la forma de gobierno en la cual las decisiones de las mayorías deben imponerse sobre las minorías en condiciones de libertad e igualdad. Pero ya hemos expresado anteriormente que esta democracia deja mucho que desear, pues cuando la voluntad popular entrega su confianza a los órganos elegidos, éstos no siempre traducen la voluntad de los mandantes o ciudadanos.

En efecto, la democracia ha venido avanzando y viene superando sus alcances de simple régimen político para convertirse en un sistema político y social. Pues si partimos de una noción del término sistema, debemos admitir que cualquier sistema comprende un conjunto de principios, normas, reglas y métodos, íntimamente vinculados y relacionados con determinada materia. Así puede hablarse de un sistema económico, un sistema político o un sistema social.

II.2. La democracia como sistema

La democracia como un sistema político social debe contar con infaltables principios de libertad y de derechos que protejan la dignidad personal-fundamento axiológico de los derechos humanos- de todos los que integran la población de un país o una región continental o intercontinental, que se practique el valor de la justicia no sólo distributiva sino también conmutativa; la igualdad no sólo ante la ley, sino de la participación ciudadana en la vida política, económica, social y cultural de ese país; que se respete la seguridad jurídica en relación a las normas constitucionales y legales y que los métodos y procedimientos que el Estado emplee y aplique estén exentos de toda arbitrariedad.

Se trata pues de una democracia completa y no solamente democracia política, sino una democracia social que genere una forma de vida de una sociedad. Ya lo ha dicho el expresidente de la Comisión de la Verdad y distinguido profesor de Universidad Católica, Salomón Lerner F (Diario La República del 14-8-2001 I):”En un sentido más amplio y también pleno, la democracia es una forma de vida” y agrega que “....la democracia sólo existe en sus protagonistas, que son los ciudadanos”. A ello agregaríamos nosotros que toda la población de un Estado sea titular activo de la democracia social y con su protagonismo consolide la constitucionalidad.

IURA

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

LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS

Humberto HENRÍQUEZ FRANCO¹⁵⁷

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Definición. 3. La inmunidad parlamentaria: concepto, contenido, procedimiento, ámbito de aplicación 4. La inviolabilidad parlamentaria: concepto, ámbito de aplicación, la Comisión de Ética 5. El antejuicio político: concepto, diferencia con el juicio político, procedimiento de acusación constitucional. 6. Conclusiones.

RESUMEN EJECUTIVO

En los últimos años se ha intensificado el debate acerca de la conveniencia o no de mantener en los textos constitucionales las instituciones tradicionales conocidas como prerrogativas parlamentarias. De éstas las más cuestionadas por académicos, políticos y la opinión pública son la inmunidad y la inviolabilidad parlamentaria en razón a que, en la práctica, han derivado en sinónimos de impunidad e indemnidad.

En medio de esta polémica, el presente trabajo tiene por finalidad establecer la naturaleza de estas instituciones, su importancia y las razones que han llevado a deteriorar su legitimidad.

¹⁵⁷ Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Magister en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho, egresado de la Universidad “Inca Garcilaso de la Vega”.

Constituyen el centro de esta investigación de manera preponderante la inmunidad y la inviolabilidad parlamentaria, pero también el antejuicio y juicio político, así como el procedimiento de acusaciones constitucionales mediante el cual se hacen efectivas estas instituciones.

1. INTRODUCCIÓN

Los congresistas, en casi todos los países del mundo, rigen sus actos amparados en un Estatuto Parlamentario, régimen diferenciado de regulación en el que se reconocen las prerrogativas o privilegios de los que gozan en el ejercicio de su función.

Las prerrogativas parlamentarias más conocidas son la inmunidad y la inviolabilidad parlamentaria, las que con el establecimiento del Estado Constitucional de Derecho han suscitado un encendido debate sobre la necesidad o no de su vigencia, así como sobre una posible colisión con el derecho fundamental a la igualdad consagrado en las Constituciones del mundo.

Este trabajo pretende dar algunos alcances acerca de la naturaleza de estas instituciones, las mutaciones que han sufrido hasta la fecha y, naturalmente, algunos aportes que contribuyan a esclarecer su problemática en un momento en el que los parlamentarios en el mundo han perdido legitimidad y son blanco de las críticas por parte de la opinión pública.

2. DEFINICIÓN

Una prerrogativa parlamentaria es una facultad o atribución que, con carácter excepcional, se le reconoce a los parlamentarios para que cumplan cabalmente, sin ninguna interferencia, las funciones básicas de legislación, fiscalización y representación política. Son, pues, garantías para el ejercicio independiente de sus funciones frente a las amenazas por parte de los demás poderes del Estado, de los grupos económicos o de cualquier otra índole.

La trascendencia de las funciones que desempeña el Parlamento ha sido la causa de que todas las legislaciones concedan a sus miembros ciertas prerrogativas necesarias para reforzar su independencia. Es, pues, una garantía que se otorga al Parlamento y no un privilegio o beneficio personal de quienes lo conforman y, en tal sentido, tiene un carácter irrenunciable, por lo que un legislador no podrá someterse a juicio por razón de sus expresiones en el ejercicio de sus funciones, sin previamente haber sido desahorado.

El artículo 93 de la Constitución Política del Perú, al respecto, consagra las siguientes prerrogativas: la no sujeción a mandato imperativo, la no interpelación, la inviolabilidad del voto y las opiniones, la inmunidad de arresto y de proceso y la acusación constitucional. De todas estas, nos ocuparemos básicamente de dos de las más paradigmáticas prerrogativas que son, a su vez, las más controvertidas: la inmunidad y la inviolabilidad parlamentaria.

3. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

Esta institución tiene su origen en Inglaterra en el marco histórico de una confrontación entre el monarca y el Parlamento, en la que los jueces, por lo general, estaban sometidos al rey.

En efecto, eran épocas en las que, como lo refiere el “Bill of rights” de 1689, el fallecido Jacobo II, con la ayuda de malos consejeros, jueces y ministros nombrados por él, se esforzó por subvertir y proscribir la religión protestante y las leyes del Reino, usurpando y ejerciendo el poder de dispensar de las leyes y aplazar su entrada en vigor y cumplimiento, sin el consentimiento del Parlamento; encarcelando y procesando a varios parlamentarios y cobrando en beneficio de la Corona ciertos tributos sin autorización del Parlamento.

Consecuentemente, dar a los miembros de la Cámara independencia personal política resultaba una necesidad que, a decir de Adolfo Posada¹⁵⁸, revestía el cargo de representante y su desempeño de ciertas garantías. “Tales garantías son las conocidas como inmunidades parlamentarias, y comprenden: 1. la inviolabilidad de los representantes por sus opiniones o votos, y 2. la inmunidad personal, en razón de la que los miembros de las Cámaras no pueden ser perseguidos por causa de delito, sino en ciertas condiciones o con previo acuerdo de la Cámara respectiva”.

Con esto, lo que se busca, opina Loewenstein,¹⁵⁹ es “la eliminación de la posibilidad de una presión gubernamental sobre los miembros del Parlamento durante el ejercicio de su mandato. Esto está suficientemente garantizado por medio de las inmunidades parlamentarias...que protegen al diputado de cualquier persecución penal o de cualquier otro tipo, por acciones que haya realizado en el ejercicio de su función parlamentaria, así como de cualquier perjuicio (detención, denuncia, acusación) que pueda inferir el gobierno”.

3.1. Concepto

La Nueva Enciclopedia Jurídica¹⁶⁰ la define como un privilegio que “protege a los miembros de las cámaras por actos ajenos a su función parlamentaria. Constituye un privilegio limitado al tiempo de duración del mandato aunque no al de duración de las sesiones...”

“La inmunidad se traduce – continúa- en la protección a los parlamentarios frente a las “persecuciones judiciales, arrestos o detenciones que podrían servir veladamente para obstaculizar o entorpecer el ejercicio de sus funciones...”

¹⁵⁸POSADA, ADOLFO. *Tratado de Derecho Político*. Tomo 2. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, España. P. 491.

¹⁵⁹LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel, Barcelona, España, 1982, pp. 256-257.

¹⁶⁰NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. Tomo 12, Editorial Francisco Seix, Barcelona, España, 1965, pp. 721-722.

Manuel Osorio¹⁶¹, por su parte, define a la inmunidad como la “prerrogativa que ampara a los miembros del Poder Legislativo, diputados y senadores, en virtud de la cual no pueden ser detenidos ni presos mientras estén en ejercicio de su mandato; salvo el caso de haber sido sorprendidos *in fraganti* en la comisión de un delito considerado grave, sin que tampoco puedan ser procesados o juzgados, a menos que el cuerpo legislativo a que pertenezcan conceda la correspondiente autorización”.

La Constitución Política del Perú, en el artículo 93, la define como una prerrogativa mediante la cual los congresistas “no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento”.

Como puede verse, la inmunidad parlamentaria, conforme ha sido concebida por la Constitución, es una prerrogativa que protege a los congresistas contra detenciones y procesos judiciales por delitos comunes que pueden tener como consecuencia la privación de su libertad personal, evitando así que por manipulaciones políticas se impida al congresista desempeñarse en el ejercicio de sus funciones.

El Tribunal Constitucional, al respecto, en la sentencia del 18 de enero de 2001 ha dejado establecido que la inmunidad parlamentaria “garantiza que el congresista no sea procesado penalmente en tanto el Parlamento no lo autorice de tal manera que se evita una posible injerencia en las funciones del órgano legislativo”.

¹⁶¹ OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1982, pp. 384-385.

3.2. Contenido

La inmunidad parlamentaria comprende la inmunidad de arresto y la inmunidad de proceso.

La inmunidad de proceso es una regulación especial que establece el Reglamento del Congreso como mecanismo previo al procesamiento judicial. Evalúa los actuados y determina que solo exista motivación de carácter legal y no de índole política, racial, religiosa o de otra naturaleza discriminatoria.

No implica evaluación del fondo de la materia, ni el comportamiento personal antijurídico del congresista.

En consecuencia, el procedimiento de levantamiento de inmunidad parlamentaria constituye el instrumento más idóneo para el respeto de los derechos que asisten al congresista, al evaluar única y exclusivamente la procedibilidad de este sin juzgar el fondo del asunto.

En nuestro ordenamiento jurídico, conforme a la Resolución Legislativa N° 015-2005-CR, publicada el 3 de mayo de 2006, la inmunidad parlamentaria no protege a los congresistas contra las acciones de naturaleza diferente a la penal, que se ejerzan en su contra, ni respecto de los procesos penales iniciados ante autoridad judicial competente, con anterioridad a su elección, los que no se paralizan, ni suspenden.

La inmunidad de arresto, por su parte, es una institución que protege a los congresistas de las denuncias que puedan intimidarlo o impedirle el cumplimiento de su cargo, con excepción del delito flagrante, caso en el que podrá ser detenido y puesto a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las 24 horas, a fin de que se autorice o no la privación de su libertad y su procesamiento.

Es dentro de este contexto que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 0026-2006-PI/TC define a la inmunidad parlamentaria como una “garantía que busca proteger la libertad personal de los parlamentarios contra detenciones y procesos judiciales que tienen una

evidente motivación política. Con dicha protección se salvaguarda la conformación y funcionamiento del Parlamento”.

3.3. Procedimiento de levantamiento de la inmunidad parlamentaria

El artículo 16 del Reglamento del Congreso regula los pasos a seguir para el levantamiento de la inmunidad parlamentaria. Estos son los siguientes:

1° Petición hecha por una comisión conformada por vocales titulares de la Corte Suprema de Justicia, acompañada de una copia autenticada de los actuados, tanto en la investigación policial, fiscal y judicial.

2° Recibida la solicitud, la presidencia del Congreso la pone en conocimiento de la Comisión de Levantamiento de la Inmunidad Parlamentaria.

3° La comisión evalúa los actuados y determina que solo exista motivación de carácter legal y no político, racial o religioso o de otra naturaleza discriminatoria.

4° Admitida la solicitud, el presidente de la Comisión convoca a sesión dentro de los tres días hábiles siguientes y cita al congresista para que ejerza su defensa.

5° La Comisión dictamina en un plazo máximo de quince días útiles, contados a partir del día siguiente de realizada la sesión en la que se citó al congresista.

6° Dentro de los dos días hábiles de emitido el dictamen por la Comisión, el Consejo Directivo del Congreso lo consignará en la agenda del pleno de la sesión siguiente a la fecha de recepción a fin de someterlo a debate y votación correspondiente.

7° El congresista aludido tiene derecho a usar hasta 60 minutos en su defensa, en cualquiera de las instancias.

8° El levantamiento del fuero procede con los votos conformes de la mitad más uno del número legal de congresistas.

9º Lo resuelto por el pleno es comunicado a la Corte Suprema de Justicia.

3.4. Ámbitos de aplicación

La inmunidad parlamentaria solo puede tener aplicación dentro del ámbito material y temporal.

El ámbito material comprende las causas estrictamente de carácter penal, con exclusión de las civiles, administrativas o disciplinarias, procedimientos que, a decir de Ramón Punset¹⁶², “no requieren autorización previa de las cámaras”.

El artículo 16 del Reglamento del Congreso, segundo párrafo, al respecto establece que...”La inmunidad no protege a los congresistas contra las acciones de naturaleza diferente a la penal que se ejerzan en su contra...”.

El ámbito temporal comprende desde la elección de los congresistas. En el caso peruano, la inmunidad parlamentaria cubre a los congresistas desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones.

4. LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA

Aunque hay autores, como Glotz, que sostienen que esta institución tiene su origen, aunque en forma rudimentaria, en Grecia y Roma, y Kelsen que lo hace aparecer en la Edad Media, la inviolabilidad parlamentaria, conocida como “Freedom of Speech”, tiene su origen, al igual que la inmunidad, en Inglaterra, en donde la libertad de palabra está estrechamente relacionada a su historia constitucional.

En efecto, el antecedente más concreto se remonta a la sesión del Parlamento británico que tuvo lugar a comienzos de 1397, cuando la Cámara

¹⁶²PUNSET, Ramón. *Estudios Parlamentarios*. Madrid. Centro Estudios Políticos y Parlamentarios. 2001. P. 260

de los Comunes votó un proyecto de ley que denunciaba la conducta escandalosa de la corte de Ricardo II de Inglaterra, así como las excesivas cargas financieras resultantes. El diputado Thomas Haxey, que tomó la iniciativa de este acto, dirigido directamente contra el Rey y su corte, fue juzgado y condenado a muerte por traición. Sin embargo, gracias a las presiones ejercidas por los Comunes la sentencia no fue ejecutada, pues el soberano le concedió su gracia.

Este incidente llevó a la Cámara de los Comunes a examinar la cuestión del derecho de los parlamentarios a discutir y deliberar con total autonomía y libertad, sin interferencia de la Corona. Unos trescientos años más tarde, la libertad de palabra, establecida en la Cámara de los Comunes a comienzos del siglo XVI, fue confirmada por el artículo 9 del “*Bill of Rights*” de 1689, que estableció “Que las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento¹⁶³.”

La inviolabilidad parlamentaria, al igual que la inmunidad, se caracteriza por una relativa homogeneidad en el ámbito internacional, pues la mayoría de países lo consagran en sus legislaciones con el fin de asegurar la independencia y el normal funcionamiento del Parlamento.

4.1. Concepto

La Nueva Enciclopedia Jurídica define a la inviolabilidad parlamentaria como una prerrogativa que confiere a sus miembros “la irresponsabilidad por sus actos relacionados con el ejercicio de sus funciones, o sea, por las palabras, opiniones y votos emitidos en el seno de aquellas”. Sostiene, por tanto, que con esta institución se cubre exclusivamente los actos propios de la función parlamentaria: “discursos, interpelaciones, mociones, informes, votaciones, exposiciones de hechos y opiniones, presentación de enmiendas o proposiciones, pero no protege contra los actos que permane-

¹⁶³HENRIQUEZ FRANCO, Humberto. *Derecho Constitucional: Documentos Históricos y Documentos Internacionales*. Editora FECAT, Trujillo- Perú, 2001. P. 360.

cen al margen de aquella función, tales como los escritos en la prensa, las agresiones, las palabras pronunciadas fuera de la Cámara¹⁶⁴.”

Discursos y opiniones significan toda expresión oral o escrita vertida en el desempeño del cargo, con ocasión del mismo y en cumplimiento de su función, aunque fueran hechas en las comisiones ordinarias, investigadoras o especiales, siempre que tengan conexión funcional con el cargo de legislador.

La inviolabilidad dispensa una irresponsabilidad jurídica, pero no absuelve a un parlamentario por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de su mandato, sino no someterle a juicio.

La Constitución Política del Perú en su artículo 93°, al respecto, establece que, en virtud de la inviolabilidad parlamentaria, los congresistas “no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones”.

4.2. Ámbito de aplicación

La inviolabilidad parlamentaria, en cuanto a su aplicación, puede ser estudiada desde el ámbito personal (*ratione personae*), temporal (*ratione temporis*), espacial (*ratione loci*) y de los actos mismos (*ratione materiae*).

En cuanto al ámbito personal es evidente que, conforme a la tradición francesa, son los parlamentarios quienes se benefician con esta institución. En el mundo anglosajón, esta prerrogativa alcanza a todos los participan en el debate: parlamentarios, ministros, funcionarios y testigos.

Respecto al ámbito temporal los parlamentarios, por lo general, gozan de la inviolabilidad parlamentaria desde el momento de la elección y culmina al expirar el mandato o con la disolución del Parlamento. En el caso del Perú, conforme al artículo 93 de la Constitución Política, los parlamentarios gozan de esta prerrogativa desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones.

¹⁶⁴NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. Op. Cit. P. 721.

En relación al ámbito espacial, en la mayoría de países la inviolabilidad parlamentaria se aplica al ejercicio del mandato parlamentario más que al lugar en donde se han expresado las opiniones en cuestión. Quedan excluidos de esta prerrogativa los actos que no pueden relacionarse con el ejercicio del mandato parlamentario, incluso si tienen lugar dentro del espacio parlamentario.

Sin embargo, en algunos países como Alemania o Finlandia, la libertad de palabra rige sólo dentro de los edificios parlamentarios con exclusión de cualquier otro local. Por lo tanto, el parlamentario es responsable, como cualquier otro ciudadano, de todo lo que hace fuera de los debates parlamentarios, incluso cuando sus actividades se refieren a cuestiones que tienen relación con sus funciones parlamentarias, como sus actividades en su circunscripción electoral.

El Tribunal Constitucional peruano en su sentencia del 8 de marzo de 2007 insiste en afirmar que “la inviolabilidad de votos y opiniones de los congresistas solo será amparada constitucionalmente cuando se haga, como lo señala el artículo 93 de la Constitución, en el ejercicio de sus funciones. No podrán tener amparo las declaraciones ante los medios de comunicación respecto a temas de la realidad nacional, proclamación que incluso puede ser realizada dentro del recinto parlamentario. La protección se restringe a las expresiones hechas en ejercicio de la función parlamentaria”.

Finalmente, respecto a los actos mismos se debe entender que las declaraciones efectuadas en las sesiones plenarias, en las comisiones, así como los votos, las preguntas orales o escritas y las interpelaciones son protegidos por la inviolabilidad parlamentaria.

4.3. La Comisión de Ética

La inviolabilidad parlamentaria, como se ha afirmado, es una institución que protege tanto al congresista en forma personal como a la institución. Es una garantía institucional destinada a salvaguardar la conformación y el funcionamiento del Parlamento.

Esta institución, sin embargo, corre el riesgo de ser entendida como una indemnidad parlamentaria, es decir que los congresistas tienen carta blanca para hacer y deshacer con sus opiniones y votos.

En efecto, se han dado casos en que los congresistas se han excedido en sus funciones y han llegado a afectar derechos fundamentales de terceros amparados en un mal entendido espíritu de cuerpo que desecha cualquier solicitud de desafuero, lo que ha contribuido a que la institución haya caído en descrédito y falta de legitimidad.

Como un reconocimiento a esta realidad, los parlamentos han optado por aprobar códigos de ética que buscan establecer normas sobre la conducta que sus integrantes deben observar en el desempeño de su cargo.

Con estos documentos se pretende preservar la imagen que el Parlamento debe tener ante el país y asegurar la transparencia en la administración de los fondos que le son confiados.

En el caso del Perú, el artículo 1 del Código de Ética Parlamentaria establece que en su conducta “el congresista da ejemplo de su vocación de servicio al país y su compromiso con los valores que inspiran al Estado Democrático de Derecho.

Las violaciones a este Código, según la gravedad de la falta, son sancionados con: a) recomendación pública, b) amonestación escrita pública, c) amonestación escrita pública y multa y d) recomendación al pleno de suspensión en el ejercicio del cargo y descuento de sus haberes desde tres hasta ciento veinte días de legislatura.

A pesar de los esfuerzos hechos por la Comisión de Ética, sancionando a varios congresistas, la percepción de la ciudadanía sobre su actuación no ha variado significativamente, razón por la que continúa el debate sobre la conveniencia de estas instituciones.

5. EL ANTEJUICIO POLÍTICO

El antejuicio político es una prerrogativa que protege a los altos funcionarios del Estado establecidos en el artículo 39 de la Constitución Polí-

tica: Presidente de la República, representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, magistrados supremos, Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo.

Es una institución que a diferencia de la inmunidad y la inviolabilidad parlamentaria (que protege solo a los parlamentarios) protege a los altos funcionarios (también a los parlamentarios) a fin de facilitar la tarea de gobernar al país.

Del mismo modo, se diferencian en el tiempo de protección. Así, en tanto la inmunidad y la inviolabilidad protegen a los parlamentarios desde que son elegidos hasta un mes después de su mandato, el antejuicio protege a los altos funcionarios desde que son elegidos hasta cinco años después de que hayan cesado en sus funciones.

5.1. Concepto

El antejuicio es una institución francesa que tiene su origen en Francia como una forma de tratamiento diferenciado de la criminalidad de los ministros y constituye una antesala parlamentaria a un proceso, cuya culpabilidad penal del funcionario deberá ser determinada por el Poder Judicial. Fue la Constitución francesa de 1791, artículo 8 de la sección IV del capítulo II del título III, la primera en sancionar que “ningún ministro, en su cargo o fuera de él, podía ser perseguido en materia criminal por hechos de su administración, sin un decreto del Cuerpo Legislativo”. Las conductas reprimibles -listadas en el artículo 5 de la misma sección- eran las siguientes: atentados contra la seguridad nacional y la Constitución, contra la propiedad y la libertad individuales, y todo derroche del dinero destinado a los gastos de su departamento.

Como puede verse, el antejuicio político es un procedimiento parlamentario con características casi jurisdiccionales que tiene por objetivo hacer efectiva la responsabilidad jurídica de los altos funcionarios por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Como su nombre lo indica es una etapa previa, en la que el Parlamento declara si ha o no lugar a proceso penal, que concluye con el levantamiento del fuero de los funcionarios y la denuncia respectiva ante el Fiscal de la Nación.

En este caso, como afirma Valentín Paniagua¹⁶⁵, el Parlamento deberá calificar la intención política o no de la denuncia constitucional, para que se persiga, como debe ser lo correcto, las conductas legalmente punibles y no las acusaciones maliciosas destinadas a herir la autoridad, respetabilidad o dignidad del funcionario.

El artículo 99 de la Constitución Política establece que el antejuicio político procede por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan los altos funcionarios en el ejercicio de sus funciones. Este instituto se hace efectivo mediante el procedimiento de acusación constitucional.

5.2. Diferencia con el juicio político

El juicio político es una institución novedosa en nuestro ordenamiento jurídico constitucional. Ha sido introducido por primera vez en la Constitución de 1993.

Mediante esta institución el Congreso no solamente investiga y levanta el fuero de los altos funcionarios, sino que a la vez juzga y sanciona por infracción a la Constitución con la suspensión o inhabilitación en el ejercicio de la función pública hasta por diez años o con la destitución de la función sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad.

El juicio político tiene como antecedente el impeachment inglés que luego pasó al constitucionalismo norteamericano, pero que no es una institución que forma parte de nuestro constitucionalismo histórico.

¹⁶⁵ Cf. PANIAGUA CORAZAO, Valentín. *La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso*. En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 3, 1999, p. 187.

5.3. Procedimiento de acusación constitucional

La acusación constitucional, según el artículo 89 del Reglamento del Congreso, se desarrolla observando las etapas siguientes:

- a) Los elementos legitimados son el Fiscal de la Nación, los congresistas y la persona agraviada.
- b) La denuncia se presenta por escrito, la que es derivada inmediatamente a la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales para su calificación.

La subcomisión califica la admisibilidad o procedencia de las denuncias en plazo máximo de diez días hábiles. Las denuncias calificadas de improcedentes se remitirán al archivo. Las admisibles serán notificadas al denunciante para que un plazo no mayor a tres días hábiles subsane las omisiones a que hubiere lugar.

- c) La subcomisión presenta su informe de calificación a la presidencia de la Comisión Permanente. Esta la aprobará sobre la base del informe de calificación y con la mayoría de sus miembros presentes concede un plazo no mayor a 15 días hábiles, prorrogables por una sola vez, para que investigue y presente su informe.
- d) La subcomisión podrá delegar en uno de sus integrantes la realización, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, de los siguientes actos procesales: determinación de los hechos materia de investigación, evaluación sobre la pertinencia de las pruebas o indicios y la recomendación para la actuación de otros medios que sean necesarios.
- e) Presentado el informe, la subcomisión señala, en un plazo no mayor de cinco días, la fecha de realización de la audiencia, que es pública y con respeto al debido proceso.
- f) Concluida la audiencia, el presidente encargará al congresista, a quien se delegó la determinación de los hechos, la elaboración de un informe dentro de los cinco días hábiles posteriores, el que será votado por la subcomisión declarando la procedencia de la acusación o el archivo definitivo de la denuncia.

- g) Recibido el informe, el presidente de la Comisión Permanente ordena su distribución y convoca a sesión de la misma. Si el informe propone el archivamiento o la improcedencia de la denuncia se vota previo debate y se remite al archivo. Si por el contrario, propone la acusación ante el Pleno del Congreso, que luego del debate respectivo lo votará a favor o no.
- h) Si el informe es aprobado, la Comisión Permanente nombra una Subcomisión Acusadora de entre los miembros de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales para que sustente el informe o formule acusación.
- i) Aprobada la acusación pasa al pleno para el debate y la votación de ha lugar o no a la formación de causa. Si ha lugar, en la misma sesión, el pleno se pronuncia por la suspensión o no del congresista acusado en el ejercicio de sus derechos y deberes funcionales, el cual queda sujeto a juicio según ley.

El acuerdo aprobatorio requiere de una votación favorable de la mitad más uno del número de miembros del Congreso, sin la participación de los miembros de la Comisión Permanente.

Cabe precisar que este mismo procedimiento es aplicable al juicio político consagrado en la Constitución de 1993 en el artículo 100.

CONCLUSIONES

Primera.- Las prerrogativas parlamentarias son garantías institucionales destinadas a asegurar la constitución y funcionamiento del Congreso, frente a las amenazas de las que pueden ser víctimas los parlamentarios por parte de los otros poderes del Estado. No son privilegios ni derechos constitucionales de los parlamentarios.

Segunda.- Tanto la inmunidad como la inviolabilidad parlamentaria, en la actualidad, han sufrido severas críticas de la ciudadanía por considerar que con estas instituciones se vulnera el derecho fundamental a la igualdad consagrado en la Constitución Política del Estado.

Tercera.- La inmunidad, en nuestro país, ha sido restringida a delitos estrictamente penales, descartando las demandas civiles, administrativas o disciplinarias que no requieren el levantamiento del fuero. La inviolabilidad, por su parte, protege a los congresistas de sus votos u opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones, los que se ejercen en los debates en el pleno o en las comisiones ordinarias o investigadoras. Quedan exceptuadas las opiniones que afecten a terceros durante los debates en los medios de comunicación que no tengan vinculación con las funciones congresales.

Cuarta.- La inmunidad y la inviolabilidad parlamentaria protegen a los congresistas desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones. Igualmente, protegen al Defensor del Pueblo y a los miembros del Tribunal Constitucional. Los otros altos funcionarios sólo gozan de la prerrogativa de la acusación constitucional hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones.

Quinta.- La inmunidad u inviolabilidad parlamentaria se diferencia del antejuicio político en que es más amplia, pues protege a los altos funcionarios establecidos en el artículo 99 de la Constitución hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones. Además su trámite es a través del procedimiento de acusación constitucional y no mediante el levantamiento de la inmunidad parlamentaria.

Sexta.- Las prerrogativas parlamentarias han perdido legitimidad debido a que su ejercicio, en la práctica, genera impunidad e indemnidad, lo que, de algún modo, ha intentado suplirse mediante la aprobación de los códigos de ética parlamentarias que buscan preservar la imagen del Congreso tan venida a menos en los últimos tiempos.

LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS

IURA

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

LA DINASTÍA BORBÓNICA Y EL PROCESO INDEPENDENTISTA DEL PERÚ

Víctor Hugo CHANDUVÍ CORNEJO

En el reinado de Carlos IV España sufrió el demoledor embate de la Revolución Francesa y, ya en el siglo XIX, hundió su conexión con América española en la catástrofe de Trafalgar (1805). Tres años más tarde, en 1808, presenció atónita cómo el Príncipe de Austria, Don Fernando, arrebató a sus padres el trono (era el primer Borbón que lo hacía, no el único; su ejemplo fue imitado por sus descendientes) y toda la familia real, tras saltar en pedazos por la agresión francesa en aquella misma primavera, entregó al gran enemigo no solamente la corona sino la dignidad multiseccular de España.

Inmediatamente, el pueblo español inició la guerra de la Independencia, que fue también una guerra civil española, y terminó con la derrota de Napoleón y el restablecimiento de la dinastía degradada, cuando ya otra guerra civil había sumido desde 1810 en gran peligro al Imperio español en América.

Este fue el siglo XIX sin paliativos: la marcha inexorable de España hacia el caos y el desastre, pues el Gobierno de Carlos IV simbolizó la crisis de los borbones en el reino de España. El despotismo ilustrado había incubado un influyente sector de intelectuales afines al liberalismo, que demandaban reformas por la vía constitucional. Al hacerse más aguda la crisis, por la disputa entre el rey Carlos IV y el príncipe Fernando, se faci-

litó el proyecto expansivo de Napoleón Bonaparte, quien se ofreció como “mediador” en esta disputa de sucesión, escondiendo su propósito imperial de ocupar Portugal y España, con el objeto de completar el bloqueo continental contra su verdadero rival Inglaterra. Propósitos que no llegaron a prosperar.

En 1808 las tropas de Napoleón invadieron la península y el rey Fernando VII fue hecho prisionero. Estalló la rebelión contra el emperador y su hermano José Bonaparte, que había sido proclamado rey de España. Se estableció una Junta de Gobierno que actuó primero en Sevilla y luego en Cádiz. San Martín fue ascendido por la Junta al cargo de ayudante 1º del regimiento de voluntarios de campo mayor. Distinguido por sus acciones contra los franceses, llegó luego a ser capitán del regimiento de Borbón. El ejército atacó a los franceses y los venció en la batalla de Baylén el 19 de julio de 1808; allí se destacó San Martín. Esta victoria permitió al ejército de Andalucía recuperar Madrid y fue la primera derrota importante de las tropas de Napoleón. San Martín recibió el grado de teniente coronel y fue condecorado con una medalla de oro. Continuó luchando contra los franceses en el ejército de los aliados: España, Portugal e Inglaterra. Combatió a las órdenes del general Beresford en la batalla de Albuera. Conoce a Lord Macduff, noble escocés que lo introdujo a las logias secretas que competían por la independencia de América del Sur.

Curiosamente los cabildos o ayuntamientos fueron trasladados por los peninsulares a América desempeñando importante papel en la vida colonial. En la época de la Emancipación, sin embargo, fue del seno de los Cabildos de donde surgieron los principales pronunciamientos a favor de nuestra Independencia. Tal es el caso del Acta de la Declaración de Independencia que fuera suscrita el 15 de julio de 1821 por el Alcalde de Lima, Isidoro de Cortázar (conde de San Isidro)

El Gral. José de San Martín proclamó la Independencia del Perú el 28 de julio del 1821 en la Plaza de Armas de Lima y el 3 de agosto de 1821 asumió el mando supremo, político y militar del Perú con el título de Protector. El Protectorado tenía sus antecedentes en el reglamento provisional de gobierno dado en Huaura el 12 de febrero del mismo año. Allí se esta-

bleció un gobierno de tipo provisional, hasta que mediante consulta popular se designara uno definitivo.

Por decreto del 22 de diciembre de 1821 convocó San Martín, por primera vez, a la ciudadanía. Lo hizo, dice Jorge Basadre (Historia de la República del Perú. Tomo I. Quinta Edición. 2da. Impresión. Editorial Perú América S.A. Lima-Perú. 1963. p. 10), con el fin de que eligiera libremente un Congreso Constituyente para el exclusivo objeto de establecer la forma de gobierno que regiría en el Perú. Después de la acogida poco favorable que tuvieron sus planes monárquicos (1), de la deposición de Monteagudo y de la entrevista con Bolívar en Guayaquil, San Martín apresuró la elección y la reunión de este congreso, a pesar de que, al declararse Protector del Perú, presentaría su dimisión “en el momento mismo que fuese libre (todo) su territorio”.

San Martín consideraba que el Perú de 1821 no estaba preparado para adoptar al menos, no inmediatamente, la forma de una república, dado que la larga dominación colonial ejercida por España había impedido que se desarrollara en la población un sentido de responsabilidad sobre la marcha política del país, indispensable para el buen ejercicio democrático. Asimismo, le parecía absolutamente necesario que el Estado se sometiera a la tutela económica de una nación poderosa para poder sostenerse con fuerza durante los primeros años de vida independiente. (Teodoro Hampe Martínez: “Sobre el Proyecto Monárquico de San Martín -La misión García del Río. Paraissien, 1821-1825, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Bs.Aires-Argentina, 1999).

Por decreto N° 146, San Martín convocó a un Congreso General Constituyente de los departamentos libres del Perú para el día 1 de mayo de 1822.

El problema electoral no pudo quedar resuelto dentro del plazo determinado para la reunión del Congreso, expresa Ismael R. Echegaray Correa (La Cámara de Diputados y los Constituyentes del Perú, 1965, Lima-Perú, Imprenta del Ministerio de Hacienda y Comercio), el que fue preciso postergar. El 14 de setiembre de 1821 se ausentó el Gral. San Martín debido a sus operaciones militares y dejó encargado del mando supremo a sus tres

Ministros: Don Juan García del Río, don Bernardo Monteagudo y don Hipólito Unanue.

De regreso, San Martín reasumió la autoridad suprema y por decreto del 19 de enero de 1822 la delegó en el Marqués de Torre Tagle, con el título de supremo delegado del Perú, con el ofrecimiento de volver para la reunión del Congreso.

De acuerdo a este compromiso, el general San Martín reasumió el mando el 21 de agosto y lo depuso, definitivamente, ante el Congreso el 20 de setiembre de 1822. Aún antes de haber instalado el Congreso Constituyente, San Martín procedió a jurar el Estatuto Provisorio el 8 de octubre de 1822. Tal Estatuto era en ese momento el equivalente a la ley fundamental del Estado. La primera Constitución se promulgó el 12 de noviembre de 1823. Era una Constitución de marcada tolerancia liberal y entre los aportes básicos figuraban el reconocimiento del sistema republicano (unitario y representativo), la designación de la religión católica como religión del Estado y el sistema tripartito de poderes (poder ejecutivo, legislativo y judicial). También se afirmaba la libertad de los nacidos en el Perú después de 1821 (favoreciendo a los esclavos) y se estableció que sólo serían considerados electores los hombres mayores de edad, alfabetos y poseedores de cierta renta. La debilidad de la constitución de 1823 (de corta vigencia) fue el papel secundario asignado al poder ejecutivo, en un momento de creciente monarquía política.

LA CONSTITUCIÓN VITALICIA

El quinto documento político del Estado y tercera Constitución formal de la República fue conocida también como la Constitución Vitalicia, la misma que por ironía del destino fue una de las que menos tiempo perduró: sólo cuarenta y nueve días. Ella marcó también un nuevo e inesperado camino beligerante: el de la voluntad del gobernante y no la del pueblo (Juan Vicente Ugarte del Pino. Historia de las Constituciones del Perú, Editorial Andina S.A., Lima-Perú, pág.191.)

La Constitución Vitalicia de 1826 había sido, en principio, concebida para Bolivia y finalmente aprobada el 9 de diciembre de ese año en el Perú. Bolívar sería presidente vitalicio para evitar de este modo la monarquía.

IURA

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

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO Y A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN EL PERÚ

Raúl Yván LOZANO PERALTA

SUMARIO: I. El origen y evolución dentro de un contexto histórico general. II. Incorporación al marco normativo nacional a nivel constitucional. II.1 Antecedentes constitucionales. II.2. El debido proceso y la Constitución Política de 1993. II.2.A. El artículo 139 inciso 3. III. Conclusiones.

RESUMEN EJECUTIVO

El objetivo del presente artículo es desarrollar una sinopsis evolutiva del derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva en el marco del derecho en general y en nuestro ordenamiento jurídico en particular. No obstante que sus menciones expresas no aparecieron en la normatividad nacional sino hasta finales del siglo XX, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva siempre estuvieron presentes- en cierto modo- en las manifestaciones relativas a garantías mínimas procesales y jurisdiccionales recogidas en las Constituciones del siglo XIX y XX; salvo claro está en la Constitución actual la cual no solo las recoge sino que consagra la incorporación del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva como principio fundamental dentro de la administración de justicia, además de la incorporación expresa dentro de Código Procesal Constitucional de la novísima noción de Tutela Procesal Efectiva. No obstante tal

situación, la tradición doctrinal nacional no tiene un concepto unívoco para la definición de tales conceptos fundamentales, por lo que la intervención del Tribunal Constitucional es vital para delimitarlos conceptualmente y así marcar un derrotero por el cual los jueces del Poder Judicial y demás operadores del Derecho mantengan cierta armonía, la cual consagraría los principios fundamentales a la previsibilidad de las sentencias y seguridad jurídica en general, además de realizar una función nomofiláctica, condiciones necesarias para el desarrollo correcto de un Estado Constitucional de Derecho.

Sumilla

El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva en el Perú es fruto de una evolución progresiva, sobre todo desde el derecho norteamericano, y llegó al Perú como condiciones mínimas disgregadas para el procesado e incorporadas en las constituciones, aunque sin incorporarse tales principios-derechos de manera expresa. Sin embargo, se han incorporado expresamente tales términos como principios básicos de la administración de justicia de forma expresa recién en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1991 a nivel Infra-constitucional y en la Constitución de 1993 a nivel constitucional, no obstante constatándose una falta de univocidad dentro de la concepción de tales principios-derechos en el desarrollo de la doctrina nacional, a pesar de los no pocos esfuerzos de delimitarlos por parte del Tribunal Constitucional a nivel de jurisprudencia y del Código Procesal Constitucional a nivel normativo desarrollando el principio-derecho a la *tutela procesal efectiva*.

I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DENTRO DE UN CONTEXTO HISTÓRICO GENERAL

En las épocas primitivas de la humanidad no hubo proceso, sino auto-justicia, esto es, *vindictia*. Los poderosos y los fuertes disponían, a su arbitrio, de la vida, la libertad y los bienes de los débiles y subyugados, pues “la historia de los derechos humanos es, a grandes rasgos, la lucha incesante de los oprimidos contra los opresores, de los débiles contra los fuertes y

los explotados, que siempre han sido mayoría, contra los explotadores. El indebido proceso surgió en Europa dentro del sistema feudal y también dentro de la inquisición cuando, en nombre de la justicia divina, se castigaba, sin garantías, a los ofensores de la iglesia católica. El debido proceso es una conquista paulatina de la humanidad civilizada que logró imponerse frente al absolutismo y a la autocracia.

El “due process legal” y el “fair trial” se desarrolló en América Latina al influjo de la quinta y sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. La quinta enmienda de 1791 incorpora la figura del *due process of law*, merced a la reforma que JAMES MADISON propuso en 1789 : “ *Ninguna persona será detenida para que responda por un delito capital, o infamante por algún otro concepto, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en la fuerzas terrestres o navales, o en la milicia, cuando estas estén en servicio efectivo en tiempos de guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privara de la vida, la propiedad o libertad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa*”. La sexta enmienda se basa en el “fair trial”, que complementa al “due process of law” como garantía del juicio público y equitativo : “ *En todas las causas penales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio público y expedito a cargo de un jurado imparcial del estado y el distrito donde el delito haya sido cometido; tal distrito previamente habrá ser determinado conforme a ley y dicho acusado será informado de la índole y el motivo de la acusación; será confrontado con los testigos que se presenten en su contra; tendrá la obligación de obtener testimonios a su favor, y contará con asistencia jurídica para su defensa*”.

II. INCORPORACIÓN AL MARCO NORMATIVO NACIONAL A NIVEL CONSTITUCIONAL

II.1. Antecedentes constitucionales

El Perú tuvo su primera Constitución Política el año 1823, una Constitución sancionada por el Primer Congreso Constituyente el 12 de noviembre del mismo año y que trataba, como la mayoría de las constituciones del hemisferio, más de dotar de una estructura al Estado que de enunciar una prolija lista de derechos fundamentales. El artículo 96, sin embargo, señalaba dentro del capítulo referido al Poder Judicial lo siguiente: “*No se conocen otros jueces que los establecidos por la Constitución, ni otra forma de juicios que la ordinaria que determinaren las leyes*” y el artículo 113: “*No se conocen más que tres instancias en los juicios*”; es decir, se daba un primer alcance de lo que luego se conocería como el principio y derecho al Juez Natural, o sea la predeterminación del Juez por la ley en salvaguarda de su imparcialidad, y en el segundo caso al principio y derecho a la pluralidad de instancias considerando que dichos principios pertenecen al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional. Esta tutela es vista como un principio y derecho fundamental, íntimamente ligado en la doctrina peruana al principio y derecho fundamental a un debido proceso y al principio y derecho a la tutela procesal efectiva tal como se verá más adelante.

Siguiendo la misma línea podemos señalar a las demás constituciones que siguieron a la de 1823. Así la de 1826, en su artículo 115 reza: “*No se conocen más que tres instancias en los juicios*”; la de 1828 fue una Constitución que realizó apuntes más claros no solamente en cuanto a la tutela jurisdiccional (artículo 113 : “*El Poder Judicial es independiente y se ejercerá por los Tribunales y Jueces*”), sino en el ámbito del debido proceso: en el artículo 125 prescribe: “*Se prohíbe todo juicio por comisión.*” Y en el artículo 122: “*Los juicios civiles son públicos: los jueces deliberan en secreto: las sentencias son motivadas, y se pronuncian en audiencia pública*”; es decir, consagra lo que se denomina el principio y derecho fundamental a un proceso público, al menos en procesos civiles, y el principio y derecho fundamental a la certeza en el proceso. Ambos se constituyen co-

mo principios y derechos integrantes del derecho fundamental al debido proceso. La Constitución de 1834, también dentro de la línea de la 1828, señala en su artículo 123: “*La publicidad es esencial en los juicios. Los Tribunales pueden controvertir los negocios en secreto; pero las votaciones se hacen en lata voz y a puerta abierta; y las sentencias son motivadas, expresando la ley, y en su defecto, los fundamentos en que se apoyan.*” Además en esta carta magna se da una primera manifestación del principio y derecho fundamental a la presunción de inocencia cuando en el artículo 126 señala: “*Ningún ciudadano está obligado a dar testimonio contra sí mismo en causa criminal bajo su juramento u otro apremio. Tampoco está obligado a darlo contra su mujer, ni está contra su marido, ni los parientes en línea recta, ni los hermanos.*” Asimismo por primera vez hace mención expresa al principio y derecho fundamental a la cosa juzgada y *ne bis in idem* en el artículo 127: “*Ningún poder ni autoridad puede avocarse causas pendientes en otro juzgado, sustanciarlas, ni hacer revivir procesos concluidos.*” Cabe tener en consideración que en el artículo 150 se señala que: “*Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente.*”; un precepto que nos indica que la condena a un encausado debería ser producto de un cauce legal sin arbitrariedades y fruto de la justicia que es uno de los pilares que nutre la creación de dicha ley. Aunque la Constitución de 1839 sigue la misma línea, hay que recalcar que consigna en el artículo 125 de manera más completa el derecho al debido proceso: “*La publicidad es esencial en los juicios: los Tribunales pueden discutir en secreto los negocios, pero las votaciones se hacen en alta voz y a puerta abierta y las sentencias deben ser motivadas, expresando la ley, y en su defecto los fundamentos en que se apoyan*”; el artículo 128 : “*Ningún ciudadano está obligado a dar testimonio contra sí mismo en causa criminal, bajo de juramento u otro apremio. Tampoco debe admitirse el del marido contra su mujer, ni el de ésta contra su marido, ni el de los parientes en línea recta, ni el de los hermanos ni cuñados*”; el artículo 129: “*Ningún poder ni autoridad puede avocarse causas pendientes en otro Juzgado, sustanciarlas ni hacer revivir procesos concluidos*”. De esta manera se consagra reiteradamente los principios y derechos fundamentales a la publicidad en el proceso, a la presunción de inocencia, *ne bis in idem* y cosa juzgada. Así fue

perfeccionándose la protección al derecho al debido proceso en las cartas fundamentales de la república, siguiendo los mismos patrones en las constituciones de 1860, 1867, 1920 y 1933.

El año 1978 fue convocada una nueva asamblea constituyente para crear una nueva Constitución, siendo elegido por el pueblo como presidente de la misma el Dr. Víctor Raúl Haya de la Torre. Dicha Constitución fue redactada bajo una ideología social- democrata y promulgada el 12 de julio de 1979. Entró en vigencia el 28 de julio de 1980. La Constitución de 1979, en el título I referido a los derechos y deberes fundamentales de la persona nada decía expresamente respecto a que el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva por parte de los jueces y tribunales sea uno de los derechos fundamentales de la misma y dentro del catálogo de derechos fundamentales que allí se reconocen expresamente de modo extenso. Por lo tanto, a diferencia de la Carta Magna española de 1978, la Constitución de 1979 no consignaba expresamente y de forma precisa el debido proceso como derecho fundamental de las personas ni en el capítulo IX, referido al Poder Judicial contenido en el Título IV de la estructura del Estado cuando a partir del artículo 232° se refiere de modo asistemático a las garantías de la administración de justicia. Ello no significa, sin embargo, que el derecho al debido proceso no estuviera reconocido por nuestro texto constitucional aun a falta de su explicitud, puesto que aparece largamente inferido, definido y desarrollado no solo por la extensa enumeración que realiza el propio numeral 233 y las demás normas sistemáticamente conexas, sino por el artículo 2 que contiene la normatividad referida a los Derechos Fundamentales de la Persona.

No obstante tal situación, observamos que hasta finales de 1991 ninguna norma de nuestro sistema jurídico nacional hacía referencia expresa y precisa al debido proceso en tanto derecho público- subjetivo que toda persona tiene como atributo de su personalidad jurídica protegida por el derecho, a fin de poder acudir a los tribunales de justicia en demanda del respeto y protección de sus derechos subjetivos bajo el desarrollo de un proceso justo y efectivo. Pero tal ausencia de mención expresa no fue obstáculo para comprender adecuadamente que dicho derecho fundamental

existía y era exigible, por lo que podía ser considerado como de hecho lo fue en la jurisprudencia y en la doctrina como una garantía innominada de la administración de la justicia consignada en el Art. 233 de la Constitución Política de 1979.

Ahora bien, la falta de nominación en nuestro ordenamiento jurídico nacional hasta 1992 fue subsanada por primera vez por el Decreto Legislativo 767, que aprobó el 29 de Noviembre de 1991 la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial como el texto legal pionero y visionario de este concepto. El artículo 7 de esta norma consagró textualmente el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional conceptuándolo de la siguiente manera:

“Artículo 7.- En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso. Es deber del Estado facilitar el acceso a la administración de justicia, promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito.”.(El subrayado es nuestro).

II.2. El debido proceso y la Constitución Política de 1993

II.2.A.-El artículo 139 inciso 3

El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional se encuentra por primera vez consignado en el Perú, a nivel constitucional, en la Carta de 1993 que sirvió de fuente de legitimidad, sobre todo a nivel internacional, al gobierno del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori después del autogolpe del 5 de abril de 1992.

Paradójicamente, la Constitución Política de 1993, de corte neoliberal y vanguardista, incorporó nuevos mecanismos de protección de los derechos humanos, entre estos tenemos al novedoso Habeas Data en salvaguarda de los derechos fundamentales consignados en el artículo 2 inciso 5 y 6,

El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva se encuentra recogido expresamente dentro del Título IV “De la Estructura del Estado”, Capítulo VIII “Poder Judicial”, artículo 139 inciso 3:

“Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.”

Cuando se hace referencia al derecho de un debido proceso, se afirma por una parte de la doctrina la existencia de un derecho continente al interior del cual existen cierto número de derechos fundamentales que aseguran el reconocimiento y la plenitud de un sujeto de derecho dentro de un procedimiento o proceso. Así serán expresiones del derecho continente (debido proceso) el de ser juzgado por un juez competente, de ser emplazado válidamente, de poder contradecir en un plazo razonable, de ser procesado en base a un procedimiento previamente establecido legalmente, de poder probar sus afirmaciones o de impugnar las decisiones que no lo conformen, entre otras.

Teniendo en cuenta lo anterior la doctrina peruana llega a inferir que “en un Estado Constitucional de Derecho no hay sujeto jurídico que participe en un procedimiento o proceso y carezca del derecho a un debido proceso. Al contrario, su circunstancial desconocimiento daría lugar a que el procedimiento o proceso pueda ser declarado nulo y, eventualmente, deba el Estado resarcir por los daños ocasionados, cuando se trate de un proceso judicial.”¹⁶⁶

Sin embargo, cuando empleamos el concepto tutela jurisdiccional se hace referencia a una situación jurídica de protección que el Estado asegura a todo sujeto de derecho con prescindencia de si participa o no en un pro-

¹⁶⁶ Monroy Gálvez, Juan. En *La Constitución Comentada*. T.II, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 498

ceso¹⁶⁷. Así como “la existencia de un estatuto judicial que asegure al juez un estatus mínimo e inmodificable de derechos (a su independencia, a su inamovilidad, a poder asociarse, a un ingreso digno, a desempeñarse atendiendo a su especialidad)”,¹⁶⁸ por lo que podemos inferir de tal situación que el derecho a la tutela jurisdiccional no necesita estar ligado directamente al derecho a un debido proceso pero, sin duda, lo va a afectar, en tanto supone el aseguramiento de un conjunto de condiciones extraprocesales que redundarán en la eficacia de la impartición de justicia y que esta noción contiene al derecho fundamental al debido proceso en todas sus manifestaciones, al punto de convertirse en algunas ocasiones en la orientación metodológica para resolver algunas de sus manifestaciones contradictorias. Por otro lado, tal noción contiene también todas las otras manifestaciones (no solo las procesales) que permiten exigir la vigencia y eficacia de los derechos.

En cuanto a la teoría del debido proceso, el Perú podría catalogarse como un país en el cual no se ha adoptado una doctrina unánime con respecto al tema. Así en otros países la doctrina fundamenta el debido proceso como un conjunto de garantías mínimas que se dan antes, durante y después de un proceso con la finalidad de que el justiciable tenga la posibilidad de gozar de un trato justo e imparcial incluso antes que se active la tutela jurisdiccional y, aún mas allá, es decir ejecutando de modo efectivo las resoluciones jurisdiccionales que concluyen el proceso y amparan el derecho pretendido. Así podemos citar al jurista peruano Aníbal León Quiroga, quien señala que:

“El Debido Proceso Legal (Due Process of Law) constituye la primera de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia al permitir el acceso libre e irrestricto a los Tribunales de Justicia a todo ciudadano con el objeto de someter su derecho en disputa a la resolución del Órgano Jurisdiccional, para que sea dirimida con certeza y eficacia, esto es,

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ Idem.

para que pueda hacer realidad el derecho materia en el caso concreto sintetizando la Justicia inherente de este derecho.”¹⁶⁹.

Según algunos teóricos de esta doctrina, el debido proceso no es otra cosa que una institución de origen anglosajón referida al debido proceso legal como garantía con sustrato constitucional del proceso judicial. Este concepto surge del orden jurisprudencial y de la justicia que respalda la legitimidad de la certeza del derecho finalmente determinado en el resultado. Por ello el debido proceso legal —que garantiza la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial— es a su vez la garantía de una tutela jurisdiccional efectiva y ello, a su vez, es elemento indispensable para la consecución de la finalidad del propio proceso judicial.

La segunda parte de la doctrina se refiere a una vertiente que señala que el debido proceso es una institución jurídica separada, aunque relacionada estrechamente a lo que se llama tutela jurisdiccional efectiva. Así podemos citar a Cesar Landa, jurista y ex presidente del Tribunal Constitucional Peruano, quien nos señala que:

“[E]l debido proceso, que tiene su origen en el due process of law anglosajón, se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales teniendo en consideración que el constitucionalismo latinoamericano ha matizado sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de

¹⁶⁹ León Quiroga, Aníbal. EL debido proceso en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Juristas, Lima, 2001, P. 112

trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia”¹⁷⁰.

Para completar la noción y alcances del derecho fundamental al debido proceso, Landa Arroyo señala que “el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia”.¹⁷¹

Así, Landa Arroyo separa el debido proceso del derecho a la tutela jurisdiccional:

“el derecho fundamental a que el Estado en virtud a su *ius imperium* organice, ordene y disponga la creación de “jurisdicciones” administrativas en el Poder Ejecutivo, Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, como entes estatales encargados de asegurar la aplicación de las reglas de derecho establecidas, asimismo, las relaciones jurídicas inter privados también deben asegurar en cuanto sea aplicable las instituciones procesales que les permitan a los particulares contar con principios y derechos que tutelen su derecho a la justicia, sin perjuicio de los consagrados en el debido proceso”.¹⁷²

Finalmente, cabe considerar la opinión del Tribunal Constitucional como supremo interprete de la Constitución, que señala que el derecho al debido proceso está compuesto por el cumplimiento de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia; entendiéndose como debido proceso, en términos latos y conforme ha sido expuesto en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a aquellas garantías procesales que deben ser respetadas durante el desarrollo del proceso, para no afectar su decurso y convertirlo en irregular. Mientras que -para el supremo intérprete

¹⁷⁰ Landa Arroyo, César. El Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional, Temis, Revista de Derecho Constitucional, año 3, ,Abril 2008, p. 73.

¹⁷¹ Idem.

de la Constitución- el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva contiene otros aspectos más relacionados al momento anterior o justo en que el demandante activa el aparato jurisdiccional, así como al final del proceso. Esto se infiere de la delimitación y de los alcances que da a este concepto al señalar que la tutela jurisdiccional comprende el acceso a la justicia, es decir, el derecho a cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y, como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

El máximo intérprete de la Constitución hace una tajante diferencia entre ambos conceptos al señalar que:

“[...]Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro de un proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos”¹⁷².

Con la dación del Código Procesal Constitucional se incorpora la figura de la tutela procesal efectiva en el artículo 4, al señalarse que ésta abarca “*el acceso a la justicia y el debido proceso*” y *al considerarse* que no hay justicia si no es esta efectiva. Según este Código, la tutela procesal efectiva comprende a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso. Finalmente, es menester considerar que el Tribunal Constitucional se manifiesta sobre este punto señalando que:

“El artículo 4 del Código Procesal Constitucional, recogiendo lo enunciado en los instrumentos internacionales, consagra el derecho al debido

¹⁷² Idem.

¹⁷³ Exp. N° 8125-2005-HC, 14/11/05,P,FJ. 6

proceso como atribución integrante de la tutela procesal efectiva, que se define como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan este y otros derechos procesales de igual significación”¹⁷⁴

III. CONCLUSIONES

1.- La noción de debido proceso deviene del derecho anglosajón, más concretamente en la Inglaterra feudal y se perfecciona sobre la noción del *due process of law* en el constitucionalismo de los Estados Unidos, mediante el cual en el derecho latinoamericano se configura su propia estructura.

2.- En los primeros años de vida republicana en Latinoamérica ya se podían vislumbrar indicios de lo que más adelante serán las garantías mínimas procesales que conforman la noción del debido proceso en América Latina en general y en nuestro país en particular.

3.- Aunque el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso si bien no se encontraban reconocidos como derechos ni principios de la administración de justicia de forma expresa, sí podíamos vislumbrarlos ya en el siglo XX, siendo la Constitución de 1979 la que da una mayor definición sobre tales concepciones aun sin estar recogidas de forma literal.

4.- La tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso por primera vez son expresadas en la normatividad nacional dentro del marco de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1991 en su artículo 7 y posteriormente constitucionalizada en el artículo 139 inc.3 de la Carta Magna de 1993.

5.- La concepción de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso no es pacífica en la doctrina nacional, sin embargo el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el tema clarificando la situación y encaminando el desarrollo correcto de tales conceptos, además del modernísimo termino

¹⁷⁴ Fundamento 13/EXP.Nº 2521-2005-PHC/TC

tutela procesal efectiva desarrollado en el Código Procesal Constitucional del 2004.

IURA

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

NOCIONES MODERNIZANTES EN TORNO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Luis VEGA RODRÍGUEZ¹⁷⁵

*“Ninguna sociedad puede
florecer y ser feliz, si la
mayor parte de sus miembros
son pobres y miserables”.*

Adam Smith.

SUMARIO: I. La idea evolutiva del Estado. II. Estado de derecho y Estado constitucional de derecho. III. Modernidad y Estado constitucional de derecho en el Perú. IV. Relaciones del Estado constitucional con la democracia y el poder. V. Críticas al Estado constitucional.

RESUMEN

El autor expone los rasgos principales del Estado Constitucional de Derecho a partir de su evolución teórica, distinguiendo los aportes de las diversas corrientes que sustentan la noción de Estado, su problemática y modernidad, así como la recepción del derecho peruano.

¹⁷⁵ Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada “Antenor Orrego”- Trujillo- Perú, doctorando en Derecho Constitucional.

I. LA IDEA EVOLUTIVA DEL ESTADO

A partir de la aproximación que hiciera Maquiavelo respecto de su idea del Estado¹⁷⁶, muchas definiciones han intentado igualar o superar la noción de este florentino universal, inspirando de paso una serie de teorías respecto de su fundamentación, características y elementos constitutivos, al punto de que una serie de autores manifiestan que el Estado Constitucional y la ideología que lo alienta (el constitucionalismo) suele presentarse como la transformación evolutiva del Estado de Derecho¹⁷⁷.

A nivel de corrientes positivistas, modernamente se define como un conjunto de instituciones que poseen los medios para ejercer coerción legítima sobre un territorio definido y su población, a la que se le denomina sociedad. El Estado monopoliza la elaboración de reglas dentro de su territorio por medio de un gobierno organizado.

Desde los enfoques deontológico, sociológico y jurídico algunos componentes coinciden en tanto que otros difieren en torno al carácter que supone la individualidad del Estado en su concepto. El deontológico destaca el elemento que define el carácter finalista del concepto: la realización del bien común. El Estado entonces es el régimen que adopta una nación mediante una centralización jurídica y política que se realiza por la acción de un poder público y de la idea de la res pública como conjunto de medios para realizar el bien común.

Para Kelsen, uno de los máximos representantes de la escuela formalista, el Estado es una totalidad de un orden jurídico en cuanto constituye un sistema.

Weber consideraba imposible definir al Estado sólo por su fin, ampliándolo a la importancia que significa su medio, el monopolio del poder. De ahí que considera al Estado como un orden jurídico administrativo al

¹⁷⁶ “Fuerza suprema y organizada en su propio territorio que persigue una política consciente de engrandecimiento en sus relaciones con otros Estados...”.

¹⁷⁷ **GRANDEZ CASTRO, Pedro.** *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica.* Serie Derechos y Garantías. Palestra, Lima, 2010, p. 21.

cual orienta el obrar realizado en función del grupo por un cuerpo administrativo, cuyo valor se reclama no sólo para los miembros de la comunidad, sino para toda la acción que se realice en el territorio dominado. Weber, en sus diversos escritos, siempre subraya la necesidad de mejorar el Estado a partir de sus propias competencias internas.

En la explicación jurídica el Estado viene a ser un ente originado en un sistema de normas jurídicas, una criatura de derecho, podríamos decir.

1.1. I.1. Corrientes que respaldan la existencia del Estado

En general son varias las doctrinas que de diferentes maneras han descrito el desarrollo histórico de la justificación del Estado, su procedencia y sus razones, entre las que se encuentran: a) La teocrática, b) La de la fuerza o totalitaria, c) La contractualista o humanista y d) La liberal o individualista¹⁷⁸.

a) La doctrina teocrática

Predominó en Europa hasta el siglo XV, abarcaba el derecho divino sobrenatural y la teoría del derecho divino providencial. En estas teorías convergen la idea del orden divino y el fin del poder del Estado. El origen de la autoridad pública deriva de la gracia de Dios, aun cuando otra variante plantea que Dios entrega el poder a la colectividad a fin de que ésta lo deposite en la persona escogida para desempeñar la función de gobierno. Esta última postura se basa en que el apóstol San Pablo no dijo “todo príncipe viene de Dios”, sino “toda potestad viene de Dios”.

En torno al fin del Estado, este se funda en el servicio a Dios. Estas teorías han influido en el derecho político moderno, sobre todo el principio legitimista, según el cual los monarcas destronados trasmitían a sus descendientes el derecho al mando argumentando que dado que su poder viene de Dios, los hombres no pueden arrebatárselo a sus legítimos depositarios.

¹⁷⁸ MARTINEZ AGUSTINA, Yadira. *Bases Teóricas sobre la conformación del Estado Moderno*. Cuestiones Políticas Nº 25. Maracaibo, 2000, p. 65 y ss.

b) La teoría totalitaria

Está inspirada en la concepción absolutista del Estado expuesta por Hegel. Permite que el Estado se introduzca por los poros de la sociedad, infiltrándose en todas las manifestaciones de la actividad humana. Se le denomina totalitaria ya que nada queda fuera de su ámbito, de su poder y porque en una sociedad organizada políticamente de acuerdo con este criterio, el Estado lo es todo: “nada fuera del Estado, nada contra el Estado, todo en el Estado”, tal como lo expresó Mussolini en su momento.

Según esta teoría el Estado es un valor absoluto al cual se supeditan los derechos individuales. Los valores de la personalidad humana estarían al servicio del Estado. Es el fundamento doctrinal en el cual se basan los gobiernos totalitarios.

Según esta escuela la superioridad natural de unos individuos con respecto a otros es la base de la autoridad. El débil debe ser gobernado por el fuerte, esta premisa la reconocen como ley natural. La historia política de la humanidad está marcada por sucesos violentos en la lucha por el poder que luego ha sido reemplazada con el paso del tiempo por un sentido jurídico.

c) La teoría contractualista

Basada en la teoría del contrato social de Rousseau (1762). El contrato social se encuentra inspirado en la pasión por la unidad del cuerpo social y la subordinación de los intereses particulares a la voluntad general.

Mediante el pacto social cada hombre se une a los demás miembros de la sociedad. El contrato se formaliza con la comunidad: “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y recibimos colectivamente a cada miembro como parte indivisible del todo. Cada asociado se une a todos y no se une a nadie en particular, de esta forma no obedece más que a sí mismo y permanece tan libre como antes”.

Rousseau ve en la voluntad general el mejor refugio contra los obstáculos que imponen los particulares.

La doctrina contractualista nace en oposición a la doctrina teocrática, rechazando los dogmas de los teólogos, se opone al despotismo de los autócratas que se sustentan en la escuela de la fuerza. La autoridad proviene legítimamente del convenio mediante el cual los individuos erigen su poder social y se someten a él bajo ciertas condiciones y límites, mas no proviene de la naturaleza.

Parte del principio de que el hombre y el Estado no son dos valores contrapuestos o antitéticos, sino que son dos nociones que se complementan. Frente a los derechos inherentes al Estado están los derechos del hombre que son inviolables y anteriores al Estado. El pensamiento de Jacques Maritain se ha orientado por ese camino. Para él el objetivo final y la tarea más esencial del Estado es mejorar las condiciones de la vida humana, procurar el bien común de la multitud y no solamente el bien material de unos cuantos individuos. De tal manera que la tarea del Estado es esencialmente un trabajo de civilización y de cultura, una labor de progreso de un orden esencialmente humano y moral.

Se admite la obediencia espontánea y con la finalidad de garantizar los intereses de la colectividad. El poder adquiere legitimación por medio del consenso de los ciudadanos. De tal manera que las personas tendrán derechos que no dependen del poder, pero como principal objetivo él debe permitir el desarrollo máximo de esos derechos. En otros términos el poder se legitima a través del consenso de las personas.

Se tiende a vincular el contractualismo con los derechos naturales y es debido a que el contractualismo plantea el derecho a la propiedad individual entre otros.

La acción del Estado ha de subordinarse a los valores superiores de la persona humana, pero en todo lo demás el bien individual se subordina al bien común. El Estado tiene sus límites de acción frente al individuo, y la manera suprema de la sociedad debe ser la libertad al servicio del bien común.

d) La doctrina liberal

Se inspira en la práctica del *laissez faire* o dejar pasar. Todas las actividades sociales deben dejarse libradas al juego de la competencia, de tal manera que la acción del Estado debe limitarse a funciones de seguridad, es decir se plantea, de esta manera, el Estado policía o Estado gendarme. En este sentido el fin del Estado es restringido a no intervenir más que para custodiar la natural armonía que existe en la sociedad por efecto del ejercicio de las libertades individuales. Según los postulados de esta teoría, deben consagrarse la primacía de los derechos del individuo. El bien común estaría orientado al bien particular, ya que la principal meta a conseguir es la libertad.

El Estado existe para servir a los ciudadanos, garantizar sus vidas, su libertad y sus propiedades bajo una Constitución y no para la salvación espiritual como lo planteaban los seguidores de la doctrina teocrática.

El poder político está limitado por normas jurídicas y reconoce al Estado como un mal necesario, por lo que debe preservarse pero con límites restringidos. La filosofía liberal mantiene una concepción racionalista y crítica del mundo donde el hombre debe ser librepensador.

Actualmente, la doctrina liberal representa la del Estado Mínimo, ya que lo limita en sus funciones económicas al materializar sus funciones sociales, tiene su punto de partida en una teoría económica: la economía de mercado; la democracia es una teoría política que puede cohabitar con el mercado¹⁷⁹.

Con todos sus demonios, algunos prefieren hablar hoy en día de un neoliberalismo económico que acentúa las desigualdades sociales, al punto que muchos especialistas sostienen que “esta situación genera una extendida crítica respecto al fundamento moral del capitalismo, y su supervivencia o superación hace necesaria la intervención del Estado para refrenar o reorientar sus tendencias indeseadas, recuperando su área de influencia rela-

¹⁷⁹ Pero economía de mercado no implica directamente democracia, aun cuando es común que se confundan los dos términos, es posible una economía de mercado que cohabite con una dictadura, como efectivamente ocurre en algunos países.

tivamente perdida frente al sector privado durante los últimos dos siglos”¹⁸⁰.

II. ESTADO DE DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El concepto de Estado de Derecho se utiliza regularmente para hacer referencia de modo primordial al principio de legalidad, esto es, al sometimiento del poder a leyes previamente instauradas. En este sentido, se afirma que hay Estado de Derecho en un país cuando sus autoridades ejercen el poder de acuerdo a las leyes¹⁸¹. Sin embargo, hoy en día este concepto resulta a todas luces insuficiente, pues no basta solamente con que las autoridades y el Estado ajusten su actuación a la ley en general, pues urge que también y fundamentalmente adecuen su ejercicio del poder a una Constitución¹⁸².

Considerado actualmente el *súmmum* al cual aspira a llegar todo Estado, el Estado Constitucional podemos definirlo fundamentalmente en base a tres elementos: la supremacía del texto constitucional, el control y la limitación del poder y, finalmente, y no por ello menos importante, el reconocimiento, respeto y tutela de los derechos fundamentales¹⁸³.

¹⁸⁰ **KRESALJA ROSELLO, Baldo**. Derecho al bienestar y ética para el desarrollo. Palestra, 2008, p.116.

¹⁸¹ El profesor **MARCIAL RUBIO** ahonda esta definición cuando afirma que el Estado de Derecho no es un principio, sino más bien una manera de comportarse de la autoridad. La expresión quiere decir que el poder público respeta la legalidad existente. Por tanto es una calificación que se funda en la noción de que el Derecho imperativo debe ser cumplido: *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006, p. 94.

¹⁸² Se debe al pensamiento político de la Ilustración que el término “Constitución” empezara a ser empleado para indicar un documento en el cual fueran expuestos sintéticamente los principios jurídicos y políticos que tal movimiento cultural sostenía. Se habla así de “constitucionalismo” para indicar un aspecto particular de las doctrinas políticas de la Ilustración y, más específicamente, del liberalismo: **PIZZORUSSO, Alessandro**. *Justicia, Constitución y Pluralismo*. Escuela de Graduados PUCP. Palestra, Lima, 2007, p.31.

¹⁸³ En este sentido, “se llama constitucional a un Estado en el cual: (a) el poder político (esto es los poderes de creación y aplicación de las normas) es distribuido entre una

Aun cuando suelen atribuirse las pautas arriba enunciadas a un Estado de Derecho, bien es sabido que en rigor un Estado de Derecho lo es todo Estado en tanto cuenta con normas que regulan la conducta de sus órganos y de las personas que habitan o están en tránsito en él, independientemente de que su accionar se caracterice por respetar la Constitución y los derechos fundamentales de sus ciudadanos. En ese sentido, bien podríamos calificar como Estado de Derecho a un Estado dictatorial como otro más bien de corte democrático.

Uno de los mayores avances, acaso el principal, de la revolución francesa y de otros movimientos de similar factura como la revolución norteamericana fue el reconocimiento de las libertades personales. Las afectaciones a esta condición humana durante el régimen absolutista-monárquico conllevaron a que una vez logrado dicho reconocimiento se limitara la labor del Estado, en líneas generales, a una mera abstención. En otras palabras, los individuos son libres y el Estado en rigor debe garantizar dicha libertad, pero no debe intervenir en el ejercicio de la misma.

A diferencia de lo que ocurrirá luego con los derechos económicos, sociales y culturales, en este contexto al Estado no se le exigía una participación activa en el ejercicio de los derechos fundamentales, sino y sobre todo una labor pasiva. Era evidente entonces que en la población de aquella época, aún se mantenía latente la experiencia de hace algunos años, en donde el Estado no había hecho más que restringir y hasta desconocer las libertades fundamentales de la persona a través de su accionar.

A medida que pasó el tiempo, el Estado liberal, como era de esperarse, entra en una etapa crítica, entre otras cosas porque las exigencias de un mundo industrializado, en pleno desarrollo, hicieron de la sociedad un entramado de relaciones mucho más complejo. La población se percató de

pluralidad de órganos que, según la enseñanza de Montesquieu se controlan y se “frenan” reciprocamente, b) a los ciudadanos se les confiere y garantiza derechos de libertad (libertad personal, de conciencia, prensa, etc.)”: **GUASTINI, Ricardo.** *Lecciones de teoría del Derecho y del Estado*. Traducción de Juan José Monroy Palacios, Mario Monroy Palacios. Communitas, Lima, 2010, p. 249.

que el solo reconocimiento de la libertad de las personas, acompañado de un rol abstencionista del Estado, aunque en sentido estricto cumplía un papel de garante de las libertades fundamentales, no era ya la respuesta más adecuada a las nuevas circunstancias.

El liberalismo de aquella época fue puesto en entredicho y comienza a vislumbrarse una nueva relación del ciudadano con el Estado. De esta manera, se presenta un cambio sustancial en la visión del Estado: pasa de ser considerado como un sujeto del cual defenderse, pues constituye un enemigo de la autonomía individual, a un elemento decisivo para la liberación social.

Sin lugar a dudas, el principio de igualdad fue un elemento detonante en este escenario. El Estado liberal, al reducirse a un reconocimiento de la libertad de los individuos y sin una actitud más activa en su ejercicio, suscitó que la desigualdad que de por sí era evidente en la época se acrecentara. El hecho de que todos sean igualmente libres no involucraba necesariamente que todos sean a su vez iguales socialmente. Contrario a lo que se podía pensar, los ricos continuaron haciéndose más ricos y los pobres vieron reducirse sus condiciones y calidad de vida. El liberalismo llevó, pues, a una mera igualdad formal que muy poco trascendía al nivel social y económico de las personas.

Va a ser, en consecuencia, en este contexto en donde surge la llamada “*cuestión social*”, es decir, la búsqueda de la igualdad material en la sociedad y la necesaria existencia de mecanismos para lograr dicho objetivo. La labor garante que en estas circunstancias correspondía entonces al Estado no era ya la de mera abstención. Sin duda, históricamente los derechos fundamentales se han erigido con el objetivo de tutelar la autonomía individual frente a injerencias externas, como es principalmente el caso del aparato estatal. Sin embargo, hoy se le exige además un compromiso mayor a éste, y es el de crear las condiciones necesarias para que los individuos puedan lograr aquella ansiada igualdad material.

Ahora bien, estas breves consideraciones históricas y doctrinarias posteriormente se verían reflejadas a nivel normativo, estableciéndose así los

cimientos de lo que hoy conocemos como el Estado Social. Inclusive ya a fines del siglo XVIII vamos a encontrar algunas normas que reconocen lo que hoy se denominan “derechos económicos, sociales y culturales”.

Con la importancia que adquirieron paulatinamente los derechos de participación política y la reproducción de la forma democrática de gobierno en diversos países del orbe, aunada a la consolidación del Estado social antes descrito, surge lo que se denomina el Estado Social y Democrático de Derecho; esto es, un Estado en el que el rol que se le atribuye es más activo en aras del libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales, incluidos los de índole social, económica y cultural; y en el que las minorías serán escuchadas creándose mecanismos para tal efecto, mecanismos que les permitan canalizar sus demandas y controlar a la mayoría, evitando el uso desmedido de la cuota de poder que se le reconoce a ésta.

III. MODERNIDAD Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN EL PERÚ

Como hemos visto en el acápite anterior, el Estado Constitucional de Derecho no es cualquier Estado, sino aquel que se identifica por el carácter vinculante de la Constitución Política, la supremacía o superioridad jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho, la eficacia y aplicación inmediata de la Constitución, la garantía jurisdiccional de la Constitución, su denso contenido normativo y la rigidez constitucional¹⁸⁴.

Según la última Constitución nuestro país ha adoptado un nuevo modelo de desarrollo que se basa en el libre comercio y en la internacionalización de la economía como medios para generar riqueza, aumentar la productividad y mejorar así el nivel de vida de la población. En el Perú, el predominio de las ideas neoliberales comienza en 1990 cuando Fujimori es elegido presidente de la República. Ellas postulan, como se sabe, la necesi-

¹⁸⁴ Por ello propiamente se habla de constitucionalización para entender el proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual el ordenamiento en cuestión termina totalmente “impregnado” por las normas constitucionales”. **GUASTINI, Ricardo.** *Lecciones...* *Op. cit.*, p. 356.

dad de un mercado fuerte y un Estado más bien pequeño, y determinaron las políticas públicas durante toda la década del 90. Sin mayores variaciones siguen hasta ahora vigentes. Su continuidad ha dependido y depende, en mayor o menor medida, de su grado de aceptación entre los principales líderes políticos y las fuerzas que lo sostienen dentro y fuera del Estado¹⁸⁵.

Es decir, la reforma económica ha consistido en la apertura de los mercados a la competencia nacional e internacional, en la desregulación de amplias áreas de la economía, en la privatización de las empresas estatales, en el saneamiento de las finanzas públicas, para lograr con ello la estabilidad macroeconómica.

En el ámbito político, el gobierno ha permitido la modificación de algunas reglas, formales e informales, de participación electoral, de manera tal que el sistema de partidos se ha hecho un poco más competitivo. Así, en los últimos años los partidos de oposición han logrado importantes triunfos en alcaldías, el congreso e incluso en los gobiernos regionales. Aunque es evidente que falta mucho por hacer para lograr una sólida democracia en nuestro país, en estos tiempos ha mejorado la representatividad del sistema político y se ha avanzado en el respeto a los derechos ciudadanos.

En el ámbito social, el gobierno es cada vez más consciente de la importancia de promover la igualdad de oportunidades y la satisfacción de las necesidades básicas de la población, como educación, salud y vivienda. Se ha visto que la pobreza es un cáncer que daña a la sociedad en su conjunto y no sólo a quienes la padecen directamente. Aunque los programas existentes son aún insuficientes y están sujetos a manipulación política, el otorgamiento de subsidios bien aplicados, junto con la participación de los beneficiarios, parece avanzar en la dirección correcta, que es la erradicación de la pobreza.

Así, el Perú muestra su voluntad de acceder a una modernidad fundada en el mercado, la democracia y la igualdad de oportunidades. No hay que perder de vista, sin embargo, que como ha sucedido en naciones más avan-

¹⁸⁵ **KRESALJA ROSELLO, Baldo.** *Derecho al bienestar...* Ob. cit., p.129.

zadas, el constitucionalismo plantea un “menú de desafíos” no sólo a las estructuras mismas del Estado, sino también a las manifestaciones positivistas, pues de otro modo nos llevará a pensar que el positivismo ha agotado ya su ciclo histórico¹⁸⁶.

Pero, una condición indispensable para el éxito de las reformas que llevarán a Perú a la modernidad plena es la existencia de un verdadero Estado de Derecho. Lamentablemente, esto todavía no se logra por completo respecto de la actualización legislativa y la impartición de justicia, quedando pendiente una serie de reformas por emprender.

IV. RELACIONES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL CON LA DEMOCRACIA Y EL PODER

El Estado Constitucional de Derecho permite enriquecer el concepto de democracia, de ahí que exista una saludable relación. Por un lado, la Constitución garantiza la dimensión formal de la democracia (vigencia), es decir las normas formales referidas a quién y cómo toma las decisiones. Estas se garantizan con la igualdad de derechos políticos, la representatividad de las instituciones parlamentarias y el gobierno de la mayoría.

Sin embargo, no es la única dimensión que asegura, también garantiza la dimensión sustancial de la democracia (validez). En este caso, garantizan esta dimensión las normas sustanciales referidas a qué cosa se debe o no se debe decidir, identificándose con los derechos de libertad que el Estado no debe violar y con los derechos sociales que éste debe satisfacer.

La relación entre el poder político y el Derecho es una relación de conflicto y de tensión permanente, toda vez que la función de éste es en última instancia racionalizar, limitar y controlar el ejercicio del poder. Veamos algunos acápites de esta relación.

a) Dispersión político funcional del Estado

¹⁸⁶ GRANDEZ CASTRO, *Tribunal Constitucional y argumentación...* Ob. cit., p. 19.

La Constitución señala sobradamente que “La República del Perú es democrática...”, asentando las bases políticas en este cuerpo jurídico.

A su turno, el Tribunal Constitucional (TC) establece que “La democracia se fundamenta en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1 de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales”.

Es relevante también la identificación de los elementos consustanciales que otorgan carácter democrático a un Estado: “Desde luego, consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31 de la Constitución), de instituciones políticas (artículo 35 de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia [...]; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta.

Entre estos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2 17 y 30 a 35, los derechos a las libertades de información, opinión e información (artículo 2º 4), de acceso a la información pública (artículo 2º 5), de asociación (artículo 2º 13) y de reunión previsto en el artículo 2º 12º de nuestra carta política.

b) No hay zonas exentas de control constitucional

La tradición histórica en nuestro país es que el poder era y es todavía en muchos casos ejercido fuera de los cauces y de los límites establecidos por la Constitución. A esta situación se agrega el hecho que las élites políticas siempre consideraron a la Constitución un documento programático no vinculante. Una situación como la descrita es incompatible con el Esta-

do Constitucional, caracterizada por el principio del poder limitado¹⁸⁷. Es por ello que la cabal vigencia de la Constitución por encima de cada uno de los poderes constituidos exija el sometimiento de cada uno de estos y de los particulares. Una de las doctrinas desarrolladas por el TC más importantes en la línea de fortalecer la justicia constitucional y la fuerza normativa de la constitución la constituye la doctrina según la cual no hay zonas ajenas al control constitucional. Esta doctrina, en realidad, busca acabar con ciertas tesis y teorías que afirmaban que existían un conjunto de decisiones o actos del Estado inmunes al control constitucional.

c) La naturaleza de la relación entre poderes

Esto supone que los poderes no deben estar enfrentados y confrontados permanentemente, más bien su funcionamiento debe estar orientado por el principio de colaboración de poderes. Los diferentes poderes “participan y colaboran” entre sí con los límites y requisitos que la Constitución y la legislación establecen, lo cual no es sino reconocer de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos.

Sin embargo, la simple separación de poderes no es suficiente. La separación no quiere decir total autonomía de los poderes. Separación no significa que los tres poderes vayan a ser recíprocamente independientes.

Debemos manifestar que desde un principio se hizo evidente que no era factible una separación de tipo extremo y radical, en el sentido de que cada poder, en el ejercicio de su función, fuera completamente independiente de los demás poderes: en último término, ello significaría que cada poder sería absoluto en su área, con lo que un poder no podría ‘frenar al otro’. Por ello, los diversos sistemas constitucionales han establecido

¹⁸⁷ “El control de la constitucionalidad tiene límites muy precisos y no se puede utilizar fuera de ellos, pues se produce una arbitrariedad jurisdiccional. Como ha dicho el Tribunal (Constitucional), el control de constitucionalidad es la *última ratio* y, por consiguiente, es excepcional: **RUBIO CORREA, Marcial**. *El Estado peruano... Ob. cit.*, p. 100.

fórmulas de control y colaboración entre los diversos poderes, de manera que el grado de separación entre ellos varía notablemente.

Este principio no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, pues ha sido acogido en su oportunidad por el TC cuando reconoce que: “[...] la separación de poderes que configura nuestra Constitución no es absoluta, porque de la estructura y funciones de los Poderes del Estado regulados por la Norma Suprema también se desprende el principio de colaboración de poderes”.

Asimismo, autores de la talla de Rubio Correa también hablan de la colaboración recíproca que debe existir entre los poderes públicos.

d) La doctrina del control de la discrecionalidad

En doctrina siempre se admitía que el ejercicio del poder supone en ciertos sectores y materias el reconocimiento de determinados márgenes de discrecionalidad a la hora de tomar decisiones para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales. El problema con este tipo de decisiones era que sus autores sentían que no debían dar cuenta de las razones que sustentaban a ellas. Esto no significaba desconocer que determinadas autoridades y funcionarios necesitaban márgenes de libertad para cumplir con eficacia las funciones encargadas. El tema de fondo era si la motivación de este tipo de decisiones podía ser controlada. Por mucho tiempo este tipo de decisiones estuvieron al margen de cualquier control constitucional. Urgía pues hacer algo para sujetar estas decisiones a la Constitución.

En relación con la discrecionalidad la actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales. Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo. En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento.

e) El Estado de Derecho y la política

El Estado de Derecho y la dinámica política son, por su naturaleza, dos conceptos, si no antagónicos, sí, por lo menos, muy diferentes. El primero mira a la estabilidad institucional; el segundo, a la dinámica de la transformación de las instituciones políticas. Pero pueden conjugarse y más en un Estado, como el nuestro, que está en un continuo desarrollo. El Estado de Derecho es un concepto muy sencillo y simple: significa que todas las instituciones del Estado, todas sus facultades y todas sus funciones están pre-determinadas en la Constitución y en las leyes que de ella derivan. En un Estado así no debería haber lugar a decisiones de funcionarios o representantes del pueblo arbitrarias o por encima de la Constitución y de las leyes, porque todos sus actos deberían tener un fundamento legal.

La dinámica política, como su nombre lo indica, es el movimiento continuo e imparable de la sociedad y sus componentes, grandes o pequeños. Es algo que determina también el destino del Estado de Derecho, porque éste, con todo y su institucionalidad que aspira a la inmovilidad, está para servir a esa sociedad en continuo movimiento. Cuando el Estado de Derecho se resiste al cambio acaba por desaparecer, se vuelve obsoleto y, si no es capaz de cambiar por sí solo, fuerzas externas a él lo cambian por la fuerza. Además, en la misma institucionalidad del Estado de Derecho deben estar previstos los mecanismos que regulen y conduzcan a su transformación de acuerdo con las necesidades que la sociedad va imponiendo a través del cambio.

V. CRÍTICAS AL ESTADO CONSTITUCIONAL

Nuestro país sigue teniendo una serie de caldos de cultivos que hacen precaria nuestra democracia y todo tipo de orden.

No se tiene un conjunto de principios de Derecho claro y respetado por todos, es decir internalizado en lo social. Al contrario, las normas son generalmente desobedecidas tanto por autoridades como por particulares, lo cual hace que no exista certidumbre en las relaciones sociales.

Las leyes que rigen a la sociedad peruana son en unos casos contradictorias y en otras obsoletas. Además, las autoridades las aplican en forma

discrecional. Los ciudadanos no cuentan con medios de defensa eficientes y económicamente accesibles para todos. Los conflictos entre particulares se resuelven, por lo general, al margen de las leyes y, si se llevan ante los tribunales, por lo común se requiere impugnar las sentencias en segunda e inclusive tercera instancias, debido a la baja calidad de las primeras instancias, lo que hace que se ingrese a un espiral peligroso y oscuro.

El Ejecutivo ejerce una influencia impropia y excesiva sobre la administración de justicia y sobre el Poder Judicial en general. La Corte Suprema de Justicia no ha podido desempeñar plenamente su función en el esquema de división de poderes, es decir, controlar la constitucionalidad y la legalidad de los actos de los demás poderes. Incluso el Tribunal Constitucional se ha encontrado con diversos problemas de índole política más que funcional.

Las carencias de nuestro sistema jurídico se manifiestan desde la Constitución, que es la Ley Suprema que gobierna al Estado peruano, hasta el más sencillo contrato mercantil entre particulares, pasando por leyes y reglamentos que en múltiples ocasiones se contradicen entre sí.

Tenemos una Constitución que es más un listado de intenciones que un ordenamiento que de hecho regule a la sociedad y al Estado. Por ello, existe una notable divergencia entre las normas constitucionales formales y la práctica de las autoridades: entre el sistema regional y la realidad del centralismo; o bien, entre la división formal y la realidad de un ejecutivo hegemónico que legisla y juzga como un poder cuasi-fusionado.

En el derecho económico subsiste formalmente un Estado interventor, rector de todos los espacios de la vida económica -lo cual es reflejo de la fase de desarrollo de sustitución de importaciones- junto con la vigencia de los principios liberales de un Estado mínimo, producto de los imperativos del nuevo contexto internacional. En el derecho corporativo la ley consagra formalmente la prohibición constitucional expresa de los monopolios privados, al tiempo que se privatizan empresas públicas sin leyes que garanticen plenamente la competencia.

La Constitución política de 1993 fue redactada y aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, elegido como una salida política al golpe de Estado del 5 de abril de 1992, que lideró el entonces presidente Alberto Fujimori. Esta Constitución fue ratificada por referéndum y entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993, de ahí que para muchos no constituya en realidad un “pacto social inicial”, en el lenguaje contractualista de los filósofos liberales ingleses, sino una amalgama de proyectos políticos muchas veces irreconciliables.

En un Estado de Derecho las leyes y los reglamentos derivan su validez de la Constitución; pero si la Ley Suprema no refleja la realidad del país y tampoco constituye un ordenamiento jurídico coherente, no se puede esperar que las leyes, en general, y la impartición de justicia, en particular, respondan al reto de la modernización.

El primer paso para lograr un Estado Constitucional de Derecho en el Perú es contar con un diagnóstico que permita identificar las áreas en las cuales la ausencia de reformas jurídicas -de las leyes, las instituciones y los procedimientos- ha impedido que el país coseche los frutos de las reformas políticas, económicas y sociales.

Más aún, a pesar de que se han expedido nuevas y mejores leyes, no ha sido resuelto el problema de fondo del Estado de Derecho en nuestro país. Para resolverlo necesitaríamos modificar nuestra manera de concebir la legalidad, la relación entre los individuos y las formas de interacción entre la sociedad y el gobierno, de modo que la ley impere por encima de personalismos, programas políticos o recetas económicas. La discusión se centra en los impedimentos que la ausencia de un verdadero Estado de Derecho plantea para la reforma económica (vigencia del mercado), la reforma política (vigencia de la democracia) y la reforma social (vigencia de la igualdad).

Tal es la inmensa tarea que se tiene por delante.

SECCIÓN SEGUNDA

PONENCIAS

.....

IURA

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

¿UN FUNERAL EN CIERNES? EL DERECHO A LA LIBERTAD DE PROCREACIÓN FRENTE A LA MALFORMACIÓN GENÉTICA DEL CONCEBIDO

Fátima Del Rosario MEDINA NEYRA¹⁸⁸

SUMARIO: I. Anencefalia. II. Embarazo con malformaciones genéticas. II.1. Situación de la madre. II.2. Situación del concebido. II.3. La respuesta del legislador nacional. III. Libertad de procreación frente al hecho comprobado de malformación genética del concebido. III.1. La cuestión problemática. III.2. Libertad de procreación y malformación genética del concebido. 3.2.1. Libertad de procreación. 3.2.2. Malformación genética del concebido. III.3. Posiciones sobre el aborto. 3.3.1. A favor. 3.3.2 En contra. 3.3.3 Nuestra posición. III.4. La respuesta del legislador nacional. El caso de Karen LLantoy. 3.4.1. El caso materia de resolución. 3.4.2. El pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos. 3.4.3. Nuestra opinión. III.5. Breves referencias de la experiencia extranjera. III.6. Nuestra lectura.

RESUMEN

Esta ponencia tiene por finalidad proponer la incorporación del derecho a la libertad de procreación en la normativa nacional, a fin de que la madre gestante pueda decidir sobre el fruto de la concepción ante el hecho

¹⁸⁸ Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego.

comprobado de malformación genética del concebido, lo que pudiera afectar el ciclo vital de éste.

Para justificar esta propuesta en este artículo se apelará a la doctrina, a la jurisprudencia supranacional y a la legislación, a fin de poder arribar a una solución de la problemática planteada.

PRESENTACIÓN

Actualmente, no obstante tener el conocimiento certero de la malformación genética del concebido y de su irremediable muerte, las madres gestantes están obligadas a continuar el embarazo, generando lo que James Drane de manera elocuente califica como un “funeral prolongado”¹⁸⁹; el ordenamiento jurídico no ampara su derecho a la libertad de procreación, el cual alude a la facultad que tienen para decidir la continuación del embarazo o su interrupción.

Algunos países del continente, entre los cuales resalta Colombia,¹⁹⁰ y europeos (Alemania, Francia, Inglaterra, Italia, España)¹⁹¹ han incorporado en su ordenamiento jurídico normas referentes al problema aquí mencionado, con el objetivo de que en el supuesto estudiado conciliar la vida embrionaria y el derecho a la libertad de la mujer para recurrir a la interrupción del embarazo.

Esta situación problemática nos lleva a preguntarnos: ¿debe modificarse la normativa nacional para permitir la incorporación del derecho a la libertad de procreación, a fin de que la madre gestante pueda decidir sobre

¹⁸⁹ BERGEL, Salvador D. y Nelly MINYERSKY. *Bioética y Derecho*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal – Culzoni, 2003, p. 355.

¹⁹⁰ DE CÁRDENAS, Federico. “Es la mujer la que debe decidir”, en: *DOMINGO - Revista dominical de Diario La República*, edición N° 591, 25 de octubre del 2009, ps. 6 – 8.

¹⁹¹ MONGE TALAVERA, Luz. “Comentario al artículo 1 del Código Civil”, en: *Código civil comentado por los cien mejores especialistas*, Gaceta Jurídica, tomo I, Lima, 2003, p. 101.

el fruto de la concepción, ante el hecho comprobado de malformación genética del concebido que pudiera afectar el ciclo vital de éste?

Para nosotros es necesaria la incorporación del derecho a la libertad de procreación en la normativa nacional, pues de lo contrario podría afectarse –como veremos luego– la salud mental o emocional de la madre, al tener que enfrentar una maternidad signada por un plazo de caducidad: la muerte de su hijo.

Entre nuestros objetivos de investigación, tenemos el desarrollar doctrinariamente el derecho a la libertad de procreación y proponer su incorporación en la normativa nacional, Código penal, a fin de que la madre gestante pueda decidir sobre la continuación o interrupción del embarazo, a partir de la situación descrita precedentemente.

Al centrarse la ponencia en desarrollar doctrinariamente el derecho a la libertad de procreación, nos encontramos ante una investigación de naturaleza *descriptiva*. Así mismo veremos el porqué de esta situación y las vías de solución, lo cual aunado a lo anterior convierte al trabajo en uno *explicativo*.

Los métodos utilizados para validar la hipótesis fueron el exegetico, el sistemático, el inductivo, el deductivo, pues revisamos de una manera conjunta el ordenamiento jurídico nacional y extranjero, los estudios doctrinarios y los pronunciamientos de los tribunales de justicia.

Finalmente, esta ponencia se estructura en tres apartados: en el primero, se aborda lo concerniente al problema de la anencefalia y sus consecuencias respecto al concebido; en el segundo, centramos la atención en el embarazo con malformaciones genéticas, en el cual procuramos describir la situación de la madre, el concebido y, además, la respuesta del legislador nacional frente a este problema. La solución y nuestro particular punto de vista sobre la cuestión planteada encuentran registro en el apartado final de este escrito.

I. ANENCEFALIA

La anencefalia es una de las anomalías más frecuentes entre los defectos de cierre de tubo neural. Implica la ausencia de los hemisferios cerebrales (necrotex) y de la estructura ósea del cráneo.

La anencefalia obedece a una falta de cierre del tubo neural en su extremo encefálico, que se origina entre la segunda y tercera semana del desarrollo embrionario —estiradamente, entre los días 17 y 23 de gestación— cuando los pliegues del extremo de la placa neural normalmente se fusionan para formar el cerebro anterior.

El defecto es cubierto por una membrana gruesa del estroma angiomaso, pero nunca por hueso o piel normal. La ausencia o destrucción del cerebro es sustituida por una masa de tejido rudimentaria, mesenquimático y ectodérmico. Implica, sobre todo, la falta de desarrollo de los dos hemisferios cerebrales y del hipotálamo, el desarrollo incompleto de la pituitaria y el cráneo, con las estructuras faciales alteradas con una apariencia grotesca, y anomalías en las vértebras cervicales.

Los ojos pueden parecer a grandes rasgos normales, pero el nervio óptico, si existe, no se extiende hasta el cerebro. Asimismo, si es que no se produjo el nacimiento del feto sin vida, el tronco encefálico que puede estimular varios reflejos, como las funciones del corazón y pulmones, cumple esta función por muy escaso tiempo..

La anencefalia es claramente diferenciable de otras malformaciones congénitas del cerebro. En un alto porcentaje de casos es incompatible con la vida intrauterina en períodos más avanzados del embarazo y con la extrauterina absolutamente siempre.

La literatura médica indica que el 57% de los nacidos con vida fallecen dentro de las primeras 24 horas, que sólo el 15% sobreviven tres días y que son excepcionales los casos que alcanzan a sobrevivir una semana sin medidas de sostén.

Según estudios realizados en Estados Unidos de América, el número de anencéfalos nacidos sin vida- si bien no existen cifras fehacientes- osci-

la entre un 50 y un 90% del total de partos en gestaciones afectadas por esta severísima patología.

La anencefalia ha sido la primera malformación genética fetal reconocida por ecografía, y hoy es posible su detección temprana. El hallazgo que dirige la atención del observador hacia la presencia de una anomalía severa es la ausencia del perfil cefálico normal, que se corresponde con el diagnóstico de acrania, generalmente advertible hacia fines del primer trimestre, aunque los huesos de la calota permiten arribar a un diagnóstico específico de anencefalia.

Según coincidente bibliografía científica consultada, la anencefalia se ve asociada a graves anomalías, como defectos en la columna, que afectan aproximadamente a un 50% de los casos, espina bífida (raquisquisis severa), con mielomengocele o sin él. Además, entre el 13 y el 33% de los fetos anencefálicos presentan otros defectos orgánicos en el corazón y los riñones; asimismo puede verse afectado un mismo anencéfalo por más de una anomalía severa.

Resulta sumamente significativo analizar los estudios realizados en los Estados Unidos sobre las decisiones que se adoptan ante un diagnóstico de certeza de la gestación de un feto anencéfalo. Entre un 90 y 95% de los casos se opta por la interrupción del embarazo. Según datos disponibles del Estado de California, a partir de la primavera de 1986 se han desarrollado planes activos de *screening* prenatal que han permitido diagnosticar los casos de anencefalia durante el segundo trimestre de gestación, *screening* que ha realizado la detección de aproximadamente el 50% del total de embarazos.

En los Estados Unidos se ha producido un descenso significativo del número de fetos anencefálicos nacidos, partiendo de un 1,93% a 0,45% en los años setenta, mientras que hacia fines de los años ochenta a causa de los programas activos de *screening* referidos a defectos del tubo neural la incidencia, en California, descendió hasta un 0.3%.

En cuanto a su causa, se considera que la anencefalia es una enfermedad con etiología poligénica en la cual los progenitores aportan genes pre-

disponibles para el desarrollo de esta grave anomalía, que se suma a la concurrencia de los otros factores externos al feto, intrauterinos y ambientales, que incidirán en que esta patología severa finalmente se exprese o no.

Un diagnóstico de anencefalia significará, además, estar frente a serios riesgos para la salud de la madre, en caso de proseguir con la gestación. La anencefalia aumenta significativamente el riesgo del embarazo y del parto para la gestante por varias causas. Entre ellas se menciona el hecho de estar acompañada a menudo (entre un 30 y un 50% de los casos) de poliohidramnios, con todas las complicaciones del mismo (dificultad respiratoria, hipotensión en decúbito dorsal, rotura uterina, embolia de líquido amniótico desprendiendo normoplacentario, atonía uterina posparto, etc.). Se ha comprobado, por lo demás, que los fetos suelen ser grandes – macrosomía fetal – y la ausencia de cuello y el tamaño pequeño de la cabeza hacen que el tronco tienda a penetrar en el canal del parto junto con la cabeza, provocando una grave distocia, además de la seria afectación que a la salud psíquica y emocional produce la continuación de una gestación de un feto irremediablemente destinado a la muerte.¹⁹²

II. EMBARAZO CON MALFORMACIONES GENÉTICAS

II.1. Situación de la madre

Las mujeres que se enteran de que son portadoras de un feto con anomalías tienen un sentimiento de ser “defectuosas”, lo que representa una serie de amenazas para su autoestima. Pueden, además, existir sentimientos de culpa relacionados con su incapacidad de dar vida una niña o un niño sano y normal. La vida sexual se puede afectar por el estado de ansiedad o por la idea de que el sexo –en sí mismo placentero– puede dar lugar a una tragedia.¹⁹³

¹⁹² HOOFT, Pedro Federico. *Bioética, Derecho y Ciudadanía*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2005, p. 73.

¹⁹³ RONDÓN RONDÓN, Martha B. *Salud mental y Aborto Terapéutico*, Ediciones Nova Print SAC, Lima, 2006, p. 15.

La reacción frente al descubrimiento de una anomalía es compleja: la primera etapa puede ser de negación y shock mientras se absorbe la noticia y sus implicancias. Luego, sobreviene una etapa de ansiedad mientras la mujer y su pareja deciden la conducta a seguir: a quién comunicar y cuándo, cómo enfrentar a los otros hijos o hijas, si los hubiera.¹⁹⁴

II.2. Situación del concebido

1. La anencefalia es una malformación fetal incompatible con la vida, en cuyo diagnóstico y pronóstico hay consenso internacional.
2. Constituye la mayoría de casos de anormalidades fetales inviiables, que impiden cualquier probabilidad de vivir.¹⁹⁵

II.3. La respuesta del legislador nacional

El Código Penal hace mención al concebido en el artículo 119, donde se prescribe que:

“no es punible el aborto terapéutico, cuando se encuentra en riesgo la vida o salud de la madre gestante”.

Pero si es punible ante el hecho comprobado de una malformación genética del concebido, pues así lo prescribe el artículo 120:

“El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

Inciso 2.- Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”.

Consideramos que la normativa no responde adecuadamente a la situación que podría generarse frente a la existencia de un feto anencefálico, ya que constatado el hecho no habría mayor alternativa que proseguir con un proceso –la gestación– que inevitablemente culminará con el fallecimiento del nacido, aunque en algunos casos se verifique dentro del vientre

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 16.

materno, con severo perjuicio para la madre. He aquí el punto de partida de nuestro particular pensamiento.

III. LIBERTAD DE PROCREACIÓN FRENTE AL HECHO COMPROBADO DE MALFORMACIÓN GENÉTICA DEL CONCEBIDO

III.1. La cuestión problemática

El derecho a la libertad de procreación alude a la facultad que tiene la mujer gestante de decidir continuar el embarazo u optar por la interrupción.¹⁹⁶

Este se puede ejercer ante el hecho comprobado de una malformación genética del concebido que pudiera afectar el desarrollo de su ciclo vital, como es el caso de la anencefalia y de los siameses (unidos por un órgano como el corazón, cerebro o pulmón).¹⁹⁷

En nuestro ordenamiento legal, el concebido goza de protección jurídica que se encuentra prescrita en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución Política:

“El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.”

Del mismo modo, el Código Civil, en su artículo 1, de una manera más puntual lo ampara declarando que:

“La vida humana comienza desde la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”.¹⁹⁸

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 17.

¹⁹⁶ El tema puntual se abarcará en el ítem 3.2.

¹⁹⁷ En el caso de los siameses la situación puede generar similares inconvenientes, ante el hecho de decidir quién será el menor sobreviviente; cuestión que para efectos de esta ponencia no será abordada.

¹⁹⁸ En el derecho latinoamericano conviene citar el Código civil argentino, en cuyo artículo 70 se reconoce que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia

Los citados artículos hacen referencia sólo a sus derechos patrimoniales, sin embargo al establecer que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, éste es titular, por antonomasia, de los derechos extrapatrimoniales, tales como el derecho a la vida, a la integridad, entre otros.¹⁹⁹

El Código Penal hace alusión al concebido en el artículo 119, que señala que el aborto terapéutico no es punible y en el artículo 120 se prescribe que es punible el aborto eugenésico ante el hecho comprobado de una malformación genética del concebido

En el supuesto de malformaciones genéticas debidamente comprobadas la madre gestante en países como Colombia y otros desarrollados (Alemania, Francia, Inglaterra e Italia) tienen toda la facultad de ejercer su derecho a la libertad de procreación, porque el concebido se ve afectado durante su desarrollo vital y es más doloroso obligar a una madre continuar con un embarazo, conociendo la incompatibilidad del feto con su vida posnatal.²⁰⁰ En este caso, la interrupción es menos traumática en la medida que durante el periodo del embarazo la madre gestante no sólo se encariñaría con su bebé, a pesar de saber que indudablemente va a morir, sino además le causaría un doble desconsuelo al momento de presentarse la muerte de este neonato.

de las personas, agregándose que antes de su nacimiento pueden adquirir derechos, como si ya hubiesen nacido. Del mismo modo, y en cuanto a la atribución de derechos, la norma contenida en el artículo 72, según la cual “Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, con un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo”. El Código civil colombiano, por su parte, declara que “La ley protege la vida del que está por nacer” (artículo 91, parte inicial). En el mismo sentido que el legislador colombiano, el ecuatoriano, en el artículo 61 de su Código Civil. Por su parte, el Código civil de Cuba, en el artículo 25, equipara al concebido con el nacido para todo aquello que le favorece, a condición de que nazca vivo.

Una exposición mayor al tema del concebido y la concepción en términos generales puede encontrarse en: MONTTOYA OSORIO Martha y Guillermo MONTTOYA PÉREZ. *Las personas en el derecho civil*, Editorial Leyer, 2da. edición, Bogotá, 2007, p. 40 y ss.

¹⁹⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*, Editorial Huallaga, 4ta. Edición, Lima, 2004, p. 78.

²⁰⁰ BERGEL, Salvador D. y Nelly MINYERSKY. *Op. cit.*, p. 368.

Por lo antes mencionado, nos preguntamos si debe modificarse la normativa nacional para permitir la incorporación del derecho a la libertad de procreación, ante el hecho comprobado de malformación genética del concebido o dejar que se obligue a la madre gestante a continuar un embarazo, a sabiendas que, horas después del alumbramiento, el bebé morirá inevitablemente.

III.2. Libertad de procreación y malformación genética del concebido

3.2.1. Libertad de procreación

El derecho a la libertad de procreación alude a la facultad que tiene la mujer gestante de decidir continuar con su embarazo u optar por la interrupción a partir del problema indicado precedentemente.

No puede perderse de vista que la libertad de procreación ha sido entendida también como la facultad concedida a los padres de decidir el número de hijos a tener antes del momento de la concepción, mas no a interrumpir el proceso de gestación.²⁰¹

No obstante, para efectos de esta ponencia seguimos la primera consideración.

Por lo demás, debemos precisar que el tema no se ha desarrollado ampliamente en la doctrina nacional; razón por la cual esta ponencia constituye un primer acercamiento al tema.

3.2.2. Malformación genética del concebido

²⁰¹ Sobre el particular, la sentencia C – 133/94, de fecha 17 de marzo de 1994, de la Corte Constitucional de Colombia.

Es un término reservado para los cambios permanentes ocurridos durante la vida intrauterina, producidos por una anormalidad intrínseca del desarrollo de alguna estructura del cuerpo. Podría ser debido a errores en la proliferación celular, en la diferenciación, migración o incluso en la programación de la muerte celular y en la comunicación intercelular.²⁰²

III.3. Posiciones sobre el aborto

3.3.1. A favor

Esta visión se sustenta, básicamente, en que la madre gestante tiene derecho a la disposición de su propio cuerpo y merece respeto a su autonomía.²⁰³

3.3.2 En contra²⁰⁴

a) La santidad de la vida

Los oponentes al aborto llamados «provida» a menudo sostienen varias versiones de la «doctrina de la santidad de la vida», que dice que toda vida humana es intrínseca y extraordinariamente valiosa. Las versiones extremas de esta doctrina sostienen que toda vida humana es *igualmente y/o infinitivamente* valiosa.²⁰⁵

²⁰² RODRÍGUEZ, Marcela, Marthalucía TAMAYO FERNÁNDEZ y otros. *Derecho a vivir en desventaja*, tomo 10, agentes teratogénicos y teragonecidad, disponible en www.javeriana.edu.co, página visitada el 15 de setiembre de 2010.

²⁰³ BERGEL, Salvador D. y Nelly MINYERSKY. *Op.cit.*, p. 357.

²⁰⁴ Al igual que lo acontecido en Perú, en distintos países de la región el aborto constituye una figura debidamente penalizada. Similar situación puede apreciarse, también, en regímenes socialistas como el cubano, cuyo Código Penal incorpora normas puntuales orientadas a reprimir drásticamente esta práctica. Así el Capítulo VI (aborto ilícito), arts. 267 al 271.

²⁰⁵ SELGELID, Michael J. “¿El aborto para la prevención de las imperfecciones humanas? Aborto eugenésico, incertidumbres morales y consecuencias sociales”, en *Revis-*

b) El derecho a la vida

Un segundo argumento relacionado con el anterior sobre la discusión contra el aborto se ocupa más en los *derechos* y no tanto en el *valor* de las personas. Los argumentos son los siguientes:

(1) Las personas, sobre todo si son inocentes, tienen derecho a la vida.

(2) Matar a una persona inocente viola su derecho a la vida, por tanto se le considera asesinato.

(3) El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.²⁰⁶ Posición seguida por nuestro ordenamiento civil.

(4) Todos los fetos son (evidentemente) inocentes. Por lo tanto: el feto tiene derecho a la vida.

(5) El aborto —o matar a un feto— viola su derecho a la vida y así se considera asesinato.²⁰⁷

3.3.3 Nuestra posición

Nosotros estamos de acuerdo con la postura planteada por Pedro Federico Hooft, según la cual la interrupción de la gestación en el caso de malformación genética no puede considerarse un aborto. Consideramos que desde una perspectiva eminentemente moral, la interrupción del embarazo por tal cuestión debe diferenciarse claramente del problema del aborto en general. Más aún —siguiendo al autor referenciado— no es propio hablar de “aborto” por la connotación ética, social y legal que dicho término trae aparejado, inaplicable a nuestro juicio a los supuestos de anencefalia.²⁰⁸

Otros autores como Drane concluyen en la justificación ética de la interrupción del embarazo de un feto anencéfalo, aunque por la vía de un razonamiento distinto. Dicha argumentación se centra prioritariamente en

ta de Filosofía, Nº 31, 2004, p.116. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es>. Sección revistas, página visitada el 24 de junio de 2010.

²⁰⁶ Artículo 1 del Código Civil.

²⁰⁷ SELGELID, Michael J. *Op.cit.*, p.117.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 76.

el concepto de “persona”, con una rica tradición desde la filosofía medieval hasta nuestros días.²⁰⁹

Recordemos que ya Boecio defendía a la persona como “sustancia individual de la naturaleza racional”. Ergo, se dice que la ausencia absoluta de la estructura biológica mínima para el desarrollo ulterior de toda forma de racionalidad, no permitiría en el caso del feto anencéfalo hablar de persona, ni siquiera en potencia.²¹⁰ Por tal razón, la interrupción del embarazo encontraría suficiente justificación.

III.4. La respuesta del legislador nacional. El caso de Karen Llantoy

3.4.1. El caso materia de resolución

El 3 de julio de 2001, Karen Noelia Llantoy Huamán de tan solo diecisiete años, con cuatro meses de gestación acudió al hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima a realizarse un control prenatal, el cual pareciera ser simplemente un procedimiento de rutina, pero ese día quedó recordado para siempre porque recibió una noticia inesperada: el médico ginecólogo -obstetra le informó de la anomalía que sufría el feto y los riesgos contra su vida en el caso de continuar con su embarazo. El médico le señaló que tenía dos opciones: continuar o interrumpir la gestación, recomendándole la interrupción mediante un legrado uterino. La adolescente decidió interrumpir su embarazo, por lo cual se le practicaron los estudios clínicos necesarios, los cuales confirmaron el padecimiento del feto.

Dieciséis días después de haberse enterado de esta desconsolada noticia y meditado su decisión, se presentó en el hospital en compañía de su madre para ser internada y proceder a la intervención, pero el médico le informó que debería solicitar la autorización por escrito al director del hospital. Siendo la gestante menor de edad, su madre, la señora Elena Huamán Lara, presentó dicha solicitud.

²⁰⁹ *Ibidem*, p.360.

²¹⁰ *Ibidem*, p.361.

El día 24 de julio el director de dicho nosocomio respondió que no era posible realizar la interrupción de la gestación, por cuanto hacerlo sería contravenir las normas legales, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del Código Penal, inciso 2, el aborto es reprimido con “pena privativa de libertad no mayor de tres meses cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas”, y conforme al artículo 119 del mismo Código sólo el aborto terapéutico está permitido cuando “la interrupción del embarazo sea el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave o permanente”.

Por los motivos mencionados, la gestante se vio obligada a culminar su embarazo alumbrando una niña que padecía de anencefalia. Tal como era de esperarse vivió sólo 4 días, durante los cuales la madre tuvo que amamantarla y padecer al ver a su hija con las deficiencias físicas que le son características a esta enfermedad congénita.

La joven, con ayuda del Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer²¹¹, entendió que se trataba de un aborto terapéutico, por tal motivo el 13 de noviembre de 2002 presentaron una comunicación ante el Comité de Derechos Humanos, perteneciente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas contra el Estado peruano.

3.4.2. El pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos

El dictamen que se dio el 24 de octubre del 2005 fue a favor de Karen Noelia Llantoy Huamán. Sus principales fundamentos fueron:

- “El presunto principio de la beneficencia para el feto ha dado lugar a maleficencia grave para la madre, pues se ha sometido innecesariamente a llevar a término un embarazo cuyo desenlace fatal se conocía de antemano, y se ha contribuido significativamente a desencadenar un cuadro de depre-

²¹¹ DEMUS.

sión con las severas repercusiones que esta enfermedad tiene para el desarrollo de una adolescente, y para la futura salud mental de la paciente”.

- “En el Perú no existe ningún recurso administrativo que permita interrumpir un embarazo por motivos terapéuticos, y no existe tampoco ningún recurso judicial que opere con la celeridad y eficacia necesarias para que una mujer pueda exigir a las autoridades la garantía de su derecho a un aborto legal dentro del período limitado, en virtud de las circunstancias especiales que se requieren en estos casos”.

- “Se le impuso de manera forzada la continuación del embarazo, lo cual constituye un trato cruel e inhumano, ya que tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que sus horas estaban contadas”.²¹²

3.4.3 Nuestra opinión

En esta sentencia se puede apreciar que para el Comité de Derechos Humanos la salud de la madre es más importante que el nacimiento del neonato con una enfermedad congénita, la cual nos hace saber de antemano que el feto tiene viabilidad nula en la vida extrauterina.

Cuando una mujer recibe el “diagnóstico de un feto anencefálico” constituye un gran impacto para su salud mental, pues se genera un evento inesperado y traumático. Más aún cuando esta es primeriza. Y estar obligada a continuar con este embarazo, sabiendo que el concebido trae consigo algunas deficiencias físicas características de esta enfermedad congénita y por consiguiente sólo vivirá algunas horas, es doblemente doloroso.

Por tal razón, reafirmamos nuestra postura en cuanto a sugerir la modificación de la normativa nacional para permitir la incorporación de la figura de la libertad de procreación, a partir no solo de los argumentos expuestos precedentemente, y además para preservar la salud mental de la madre,

²¹² La sentencia completa se puede encontrar en LACHIRA SANDOVAL, Roxana. *Supuestos de hecho para considerar la interrupción del embarazo del feto que sufre de anencefalia como aborto terapéutico*. Tesis para optar el título profesional de Abogada, Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, 2008.

que será finalmente quien soportará las consecuencias de un embarazo como el aquí referenciado.

III.5. Breves referencias de la experiencia extranjera

La preferencia que la administración de justicia le da a la madre gestante ante un conflicto entre sus derechos y el derecho a la vida del feto anencefálico, se confirma nuevamente en el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de fecha 11 de enero de 2001. De la verificación de los autos caratulados “S.T.c /Gob. de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo” surgen las siguientes circunstancias jurídicamente relevantes.²¹³

El 17 de octubre de 2000, como resultado de una ecografía obstétrica obtenida de la paciente S.T, con una edad gestacional por biometría de 19 semanas, se infiere científicamente un cuadro de anencefalia ante la ausencia de desarrollo de masa encefálica y de calota craneana. Mediante un segundo estudio efectuado a la misma paciente en el Hospital Municipal Maternal Infantil “Ramón Sardá” se confirmó el diagnóstico de anencefalia. Ante ello, el 2 de noviembre de 2000, la paciente efectuó una presentación escrita ante la Dirección del Hospital “Ramón Sardá”, ratificada por su cónyuge L.A., en la que en base a disposiciones de instrumentos que confirman el derecho internacional de los Derechos Humanos, normas constitucionales y normativa contenida en la Ley Básica de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires referidas a la protección y preservación de la salud (en el caso de la mujer gestante), “entendida integralmente”. En la mencionada presentación solicitó expresamente a la dirección del hospital se autorice la inducción anticipada del parto en resguardo de su integridad psicofísica y la de su grupo familiar, la que –agrega- “se vería seriamente afectada para el caso en que continuara la tortura que representa llevar este embarazo adelante”. Al no haber obtenido respuesta favorable del hospital, el 14 de noviembre de 2000 la señora S.T. promueve acción

²¹³ La sentencia completa se puede encontrar en BERGEL, Salvador D. y Nelly MINYETRSKY. *Op. cit.*, pp. 369 – 403.

de amparo en los términos del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, “por violación al derecho a la salud y a la integridad física, en grave perjuicio al derecho a la vida, materializado en la negativa del hospital a la realización de la inducción del parto que solicitara”.

En un primer momento, la sentencia denegó el amparo, por ende la gestante y su cónyuge interpusieron un recurso de inconstitucionalidad, sustancialmente igual al planteado inicialmente, y previo dictamen adverso a la procedencia del recurso por parte del fiscal general, al igual que el señor asesor tutelar, con fecha 26 de diciembre de 2000, en extensa sentencia en la que los cinco integrantes de la Corte local fundamentan individualmente su voto, se decidió, por mayoría, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar en consecuencia la sentencia apelada y admitir la acción de amparo interpuesta por la señora S.T contra el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Entre los fundamentos más relevantes tenemos:

- El feto con anencefalia tiene “viabilidad nula en la vida extrauterina”.
- La madre puede sufrir un “riesgo psíquico”, integrante éste de la salud mental de la paciente.
- La ciencia médica nada puede hacer ante la inviabilidad del feto anencefálico.
- El derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales de la persona, aunque no signifique exclusivamente “ausencia de enfermedad”, que como *valor y derecho humano fundamental* encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.
- Acerca de un eventual conflicto entre los derechos de la actora a su salud y el derecho a la vida del feto, responde la Corte que en este caso ha de tenerse presente que no se trata de provocar su muerte (con la inducción anticipada del parto), muerte ya determinada por una irreversible patología, **sino adelantar un parto “para evitar un mal mayor en la salud de la madre gestante, que incluso**

podría llegar a poner en riesgo su propia vida”.²¹⁴ (negritas fuera de texto).

III.6. Nuestra lectura

Los fallos antes citados nos muestran la situación crítica en la cual puede encontrarse una madre gestante ante el diagnóstico de embarazo de un feto inviable fuera del claustro materno.

Por ende, nuestra propuesta es incorporar el derecho a la libertad de procreación en la normativa nacional, con el fin de que la madre tenga el derecho a elegir si desea o no continuar con su embarazo, aun teniendo conocimiento certero de la malformación genética del neonato. Pensamos que debe concedérsele plena libertad para elegir y no dejarle sólo una salida como la que existe en la actualidad, la cual es verse obligada a continuar con su gestación sufriendo en silencio.

El aborto según criterio médico “...se basa principalmente en la posibilidad de la viabilidad del producto de la concepción, en el momento en el que se interrumpe el embarazo. Según esto, el aborto es la interrupción del embarazo antes de que el feto alcance la viabilidad, es decir, cuando pueda vivir normalmente fuera del útero materno. Se considera como aborto la interrupción del embarazo hasta el final de la semana diecinueve de gestación. De la vigésima a la vigésima octava es considerado como parto inmaduro”.²¹⁵

Por tal razón, ejercer el derecho a la libertad de procreación ante un embarazo de un feto anencefálico, bajo ningún punto de vista puede considerarse un aborto, ya que no estamos interrumpiendo ninguna viabilidad extrauterina, pues este neonato está condenado a muerte indefectiblemente.

²¹⁴ BERGEL, Salvador D., Nelly MINYERSKY. *Op. cit.*, p. 379.

²¹⁵ SARMIENTO ARISTIZABAL, Ricardo Andrés. *El Aborto y el pensamiento de la Iglesia Católica*, tesis para optar el título profesional de Abogado, *Departamento de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2002, p. 7. Disponible en: www.javeriana.edu.co, página visitada el 29 de junio de 2010.

CONCLUSIONES

Primera:

Ha quedado establecido que la continuación de la gestación de un feto anencefálico puede ocasionar graves alteraciones en la salud mental y física, así como trastornos de la personalidad de la madre; tanto durante el curso del embarazo como al momento de concretarse el nacimiento. En el primer caso, por los sentimientos de culpa que puede asumir al constatar la malformación; en el segundo supuesto, por tener que soportar la pesada carga del fallecimiento del hijo.

Segunda:

Frente a tal problema, se constató que la normativa nacional no presenta alternativas frente a aquél, toda vez que si la madre decide poner fin al embarazo la conducta así realizada será merecedora de sanción penal, con lo cual su situación tenderá a agravarse aún más.

Tercera:

En ese sentido, se determinó la necesidad de incorporar en la legislación nacional un mecanismo tendiente a permitir que la madre, frente al hecho comprobado –vía diagnóstico clínico- de malformación genética del feto, pueda decidir libremente la continuación del embarazo o, por el contrario, interrumpirlo; para evitar así las consecuencias gravosas advertidas en las páginas precedentes. Dicho mecanismo no es más que la *libertad de procreación*.

PONENCIA

PROPUESTA FINAL

Por las consideraciones expuestas, a la luz de la doctrina, legislación y jurisprudencia analizadas, y teniendo en consideración la problemática expuesta en estas páginas, nos permitimos proponer la inclusión en la normativa nacional –concretamente el Código Penal- de la denominada libertad de procreación, a efectos de que cualquier madre gestante pueda decidir –previo diagnóstico clínico-

la continuación o interrupción del embarazo, ante la constatación de malformaciones genéticas del feto que hagan imposible su vida fuera del claustro materno.

BIBLIOGRAFÍA

1.1 . Fuentes Doctrinales:

- BERGEL, Salvador D. y Nelly MINYERSKY. *Bioética y Derecho*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal – Culzoni, 2003.
- DE CÁRDENAS, Federico. “Es la mujer la que debe decidir”, en: *DOMINGO - Revista dominical de Diario La República*, edición N° 591, 25 de octubre del 2009, pp. 6 – 8.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*, Editorial Huallaga, 4ta. Edición, Lima, 2004.
- HOOFT, Pedro Federico. *Bioética, Derecho y Ciudadanía*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2005.
- LACHIRA SANDOVAL, Roxana. *Supuestos de hecho para considerar la interrupción del embarazo del feto que sufre de anencefalia como aborto terapéutico*. Tesis para optar el título profesional de Abogada, Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, 2008.
- MONGE TALAVERA, Luz. “Comentario al artículo 1 del Código Civil”, en *Código civil comentado por los cien mejores especialistas*, Gaceta Jurídica, tomo I, Lima, 2003.
- MONTROYA OSORIO Martha y Guillermo MONTROYA PÉREZ. *Las personas en el derecho civil*, Editorial Leyer, 2da. edición, Bogotá, 2007.
- RODRÍGUEZ, Marcela, Marthalucía TAMAYO FERNÁNDEZ y otros. *Derecho a vivir en desventaja*, tomo 10, agentes teratogénicos y teragonecidad, disponible en www.javeriana.edu.co, página visitada el 15 de setiembre de 2010.
- RONDÓN RONDÓN, Martha B. *Salud mental y Aborto Terapéutico*, Ediciones Nova Print SAC, Lima, 2006.

- SARMIENTO ARISTIZABAL, Ricardo Andrés. *El Aborto y el pensamiento de la Iglesia Católica*, tesis para optar el título profesional de Abogado, *Departamento de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2002, p. 7. Disponible en: www.javeriana.edu.co, página visitada el 29 de junio de 2010.
- SELGELID, Michael J. “¿El aborto para la Prevención de las Imperfecciones Humanas? Aborto eugenésico, incertidumbres morales y consecuencias sociales”, en *Revista de Filosofía*, N° 31, 2004, p.116. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es>. Sección revistas, página visitada el 24 de junio de 2010.

1.2 . Fuentes Legales:

- CÓDIGO CIVIL DE PERÚ, Edición junio 2010, Editorial Jurista Editores.
- COMENTARIOS A LA CONSTITUCIÓN, Raúl Chánamé Orbe, 4ta. Edición, Editorial Jurista Editores, Lima 2009.
- CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Edición junio 2010, Editorial Jurista Editores.
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, Editorial Zavallía, Buenos Aires, 2005.
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Editorial Unión, Bogotá D.C., 2004.
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial del Profesional, tomo I, Quito, 2007.
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Ediciones ONBC, notas de Leonardo B. Pérez Gallardo, La Habana, 2007.
- CÓDIGO PENAL CUBANO, edición oficial, Ministerio de Justicia – Tribunal Supremo Popular, La Habana, 2009.

1.3 . Jurisprudencia

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, “Anencefalia” La plataforma fáctica del caso resuelto por la CSJN, con fecha 11 de enero del 2001.
- DICTAMEN EMITIDO POR EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS A TENOR DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS 85⁰, respecto de la “Comunicación N⁰ 1153 / 2003”, presentada por Karen Noelia Llantoy Huamán (representada por las organizaciones DEMUS CLADEM y “Center for Reproductive Law and Policy” contra el Estado peruano.
- Sentencia C – 133/94, de fecha 17 de marzo de 1994, de la Corte Constitucional de Colombia.

IURA

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

LA ECOLOGÍA HUMANA Y LA ADHESIÓN DE ESTE CONCEPTO A LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL PERUANA

Jorge Eduardo VÁSQUEZ MONTORO

*Para el que es infinitamente perfecto
y bienaventurado en sí mismo.*

SUMARIO: I. Resumen. II. Presentación. II.1. Formulación del problema de investigación. III.1. Introducción. III.2. ¿Qué es la ecología? III.3. ¿Qué es la ecología humana? III.4. ¿Cuáles son las ideologías ecológicas dominantes? III.5. La ecología humana y su urgencia de adherirla a la legislación ambiental peruana. III.6. La Carta de La Tierra, La Constitución Política del Perú y la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611). IV. Conclusiones. V. Propuesta final de la ponencia. VI. Bibliografía.

I. RESUMEN

La presente investigación trata de dar a conocer una preocupante realidad, que implica una omisión de la ley ambiental para la protección del ser humano respecto de la destrucción de sí mismo. Se plantea así a la ecología humana como medio para satisfacer este problema, por lo que se precisará qué es la ecología y se definirá a la ecología humana, así como se abordará las ideologías ecológicas dominantes que inducen a la manipulación para dejar de lado al ser humano como el principal ser a quien se le debe proteger. Finalmente, se revisará la legislación internacional y nacional y se planteará un ejemplo para una futura redacción y ampliación de un capítulo referente a este tema en la ley ambiental peruana.

II. PRESENTACIÓN

II.1. Formulación del problema de investigación

¿Resulta urgente y favorable establecer un capítulo especial acerca de la ecología humana dentro de la Ley General del Ambiente para determinar la importancia que tiene la preocupación y protección del ser humano contra la destrucción de sí mismo?

II.2. Hipótesis (Breve referencia a la solución alcanzada)

“Es urgente y favorable establecer un capítulo especial acerca de la ecología humana porque va a determinar la importancia que tiene, dentro de la Ley General del Ambiente, la preocupación y protección del ser humano contra la destrucción de sí mismo”.

II.3. Métodos

La presente investigación ha sido desarrollada a través del método científico, entendiéndose a éste como el conjunto de procedimientos destinados a verificar o refutar proposiciones referentes a hechos o estructuras de la naturaleza. Para la recolección de información se han aplicado los siguientes métodos de análisis:

2.2.1. MÉTODOS LÓGICOS

2.2.1.1. MÉTODO SINTÉTICO – ANALÍTICO

Método utilizado en la presente investigación, esencialmente al momento de procesar la información de la documentación recopilada durante el proyecto, la misma que una vez seleccionada a través de un análisis detallado y minucioso se clasificó y determinó los puntos primordiales. Esta tarea se realizó teniendo presente la hipótesis a comprobar; a su vez este método también fue utilizado al momento de elaborar las conclusiones y propuestas a presentar, tanto teóricas como normativas.

2.2.1.2. MÉTODO INDUCTIVO - DEDUCTIVO

Método utilizado tanto en la recolección de la información como en la elaboración del marco teórico desde lo general a lo particular tomando en lo posible como esencia a la normatividad y el aspecto legal.

De igual manera que el analítico – sintético, este método también fue empleado en la elaboración de las conclusiones para determinar de la manera más precisa los resultados de la investigación y ser coherente con lo investigado, y también para que la propuesta presentada sea en mejora de la normatividad ambiental vigente.

2.2.2. MÉTODO JURÍDICO

2.2.2.1. MÉTODO DOCTRINARIO

Utilizado para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo lo mejor sobre el tema a investigar tanto de autores nacionales como internacionales.

2.2.2.2. MÉTODO INTERPRETATIVO

Empleado esencialmente para lograr procesar la información, delimitar conceptos y obtener conclusiones.

3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Las técnicas y los instrumentos utilizados en la presente investigación han sido:

- La entrevista:

Técnica empleada a través del instrumento del diálogo y con el auxilio de un rol de preguntas, realizada al profesor Marco Celi Arévalo (anexada en el CD). El instrumento empleado en dicha técnica fue el diálogo.

- La recopilación documental:

Técnica aplicada mediante el instrumento de recopilación de diversas formas doctrinarias de juristas nacionales e internacionales.

El instrumento empleado en dicha técnica fue la fotocopia de libros especializados en derecho ambiental y constitucional.

- Internet:

Empleado frecuentemente a lo largo de toda la presente investigación, teniendo como instrumento las páginas web, que fueron de gran ayuda para una parte considerable de la información incluida en el marco teórico.

El instrumento empleado en dicha técnica fueron las páginas web.

- Fotocopiado:

Técnica que mediante el instrumento de la fotocopia permitió utilizar el avance de la tecnología para contar con reproducciones de los libros que sirvieron al investigador de soporte bibliográfico en el desarrollo del tema y el procesamiento de la información. El instrumento empleado en dicha técnica fueron las fotocopias.

- Creación de un archivo

Técnica que mediante el instrumento de creación de carpetas permitió utilizarla para guardar toda la información concerniente a la presente investigación, lo que a su vez facilitó un mejor desarrollo y avance del trabajo. El instrumento empleado en dicha técnica fue la creación de archivos y carpetas.

III. MARCO TEÓRICO

III.1. Introducción

En la actualidad es preocupante cómo la humanidad “*consume de manera excesiva y desordenada los recursos de la Tierra y su misma vida*”²¹⁶, es por eso que en su propia ignorancia no le importa un desarrollo sostenible que se preocupe de la satisfacción de su necesidad actual pensando en las necesidades de las generaciones futuras. La historia de la humanidad se está convirtiendo en una historia de destrucción, en la que los hombres destruyen el lugar donde viven.

²¹⁶ Juan Pablo II. Encíclica *Centesimus Annus* (Cien años después). Ediciones Paulinas. Editorial Salesiana. 1991. N° 37. p. 75

Junto con la destrucción irracional del propio ambiente natural, hay que recordar aquí la más grave aún, la destrucción del ambiente humano, al que, sin embargo, se está lejos de prestar la necesaria atención. *“Mientras nos preocupamos justamente, aunque mucho menos de lo necesario, de preservar los hábitat naturales de las diversas especies animales amenazadas de extinción (porque nos damos cuenta de que cada una de ellas aporta su propia contribución al equilibrio general de la tierra), nos esforzamos muy poco por salvaguardar las condiciones morales de una auténtica “ecología humana””*²¹⁷.

Entonces *“el modo en que el hombre trata al ambiente influye en la manera en que se trata a sí mismo, y viceversa”*²¹⁸, por lo que no puede hacerse una adecuada y completa protección del medio ambiente sin antes preocuparse de que no se destruya a sí mismo, o como diría Juan Pablo II en alarmarse de no caer en un *“espasmo de muerte que tiende a atrapar al hombre mismo para destruirlo”*.²¹⁹

Por lo tanto aquellas leyes que, sin preocuparse de la *ecología humana*, se preocupan sólo de una defensa del ambiente van a influir poco o nada en un cambio de conciencia para una protección adecuada del medio. Por eso es necesario *“un diálogo serio que permita preservar la naturaleza, proteger el bien común”*²²⁰, y dar una *“respuesta humanizadora”* a este tema²²¹, porque *“no sólo está en juego una ecología física, es decir, preocupada por la tutela del hábitat de los diversos seres vivientes, sino tam-*

²¹⁷ Ibídem. Nº 38. p. 76

²¹⁸ Benedicto XVI. Encíclica *Caritas in veritate* (Caridad en la Verdad). Asociación Librería Editorial Salesiana. Nº 51. p. 73.

²¹⁹ Juan Pablo II. Exhortación Apostólica Pastores Gregis (Los Pastores de la Grey). 2003. Nº 70

²²⁰ El bien común sólo es posible cuando se piensa en la sociedad como una totalidad y se supera la visión estrecha de los intereses particulares.

²²¹ www.aciprensa.com/noticia.php?n=33530

bién una ecología humana, que proteja el bien radical de la vida en todas sus manifestaciones”²²².

Antes de plantear los puntos en discusión veamos lo que significa la ecología para entender en su magnitud el término propuesto.

III.2. ¿Qué es la ecología?

*“La ecología, que nació como nombre y como mensaje cultural hace más de un siglo, ha conquistado rápidamente la atención de los estudiosos, suscitando un creciente interés interdisciplinar por parte de biólogos, médicos, economistas, filósofos, políticos”*²²³ y últimamente juristas. *“Se trata de la preocupación y el estudio de la relación entre los organismos vivos y su ambiente, en particular entre el hombre y todo su entorno.”*²²⁴ Por ejemplo las focas deben tener la oportunidad de vivir en un lugar donde no vayan personas perversas a matarlas a palos, como sucede actualmente; las ballenas no deberían ser pescadas o deberían vivir en aguas que no estén contaminadas; las aves deberían tener la oportunidad de volar en aires que no estén completamente polucionados por químicos, etc.

La ecología se podría definir como la *“disciplina biológica que estudia las relaciones que los organismos establecen entre sí y con el medio en que viven”*²²⁵. Bustamante Alsina lo define de una manera casi similar diciendo que es *“la parte de la biología que estudia las relaciones existentes entre los organismos y el medio en que viven”*²²⁶. A partir de estos conceptos (que no son los únicos, pero si los más aceptados) es donde podríamos definir lo que es la ecología humana.

²²² Juan Pablo II. Exhortación Apostólica Pastores Gregis (Los Pastores de la Grey). 2003. N° 70.

²²³

http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1997/march/documents/hf_jp-ii_spe_19970324_ambiente-salute_sp.html

²²⁴ Ídem

²²⁵ Diccionario de la Ciencia y la Técnica. Editorial Planeta-De Agostini S.A. Barcelona – España. 2001. p. 198.

²²⁶ Bustamante Alsina, Jorge. Derecho Ambiental. p. 14

III.3. ¿Qué es la ecología humana?

La ecología humana se podría definir como la preocupación y *“la protección sobre el hombre contra la destrucción de sí mismo”*²²⁷. Este concepto es esencial porque es infinitamente más rico, claro y eficaz para enfrentar los problemas que hoy en día tenemos en el medio ambiente.

A partir de esta concepción es que se arriba a la conclusión de que la primera ecología que debe defenderse es la ecología humana, desde su concepción hasta la muerte natural, con una defensa de la familia fundada en el matrimonio entre un hombre y una mujer, con una verdadera defensa de los que son excluidos y marginados por la sociedad, sin olvidar a aquellos que lo han perdido todo, víctimas de desastres naturales. *“Esto quiere decir que sin una clara defensa de la vida del ser humano nunca se podrá hablar de una auténtica defensa del medio ambiente”*.²²⁸ El ser humano solo será capaz de respetar a su entorno si es que en sí mismo conserva el sentido pleno de la vida; por lo tanto si es que no se respeta, llegará a despreciarse a sí mismo y lo que le rodea, y a no respetar el medio ambiente en el que vive.

El Arzobispo Celestino Migliore, jefe de la delegación de la Santa Sede en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que se realizó en Copenhague - Dinamarca, resaltó en su intervención que *“la degradación de la naturaleza está ligada estrechamente con la cultura que conforma la coexistencia humana: si se respeta la ecología humana, la ecología ambiental también se beneficiará”*²²⁹. En este discurso, el Nuncio ante la ONU resaltó que *“la Santa Sede respalda la necesidad de difundir una educación de responsabilidad ambiental que busca también la salvaguarda de las condiciones morales. Para una auténtica ecología humana, debemos salvaguardar la creación –suelo, agua y aire– como un don confiado a cada uno de nosotros, pero también y ante todo debemos*

²²⁷ Benedicto XVI. Op.cit. N° 51. p. 74.

²²⁸ <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=32846>

²²⁹ <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=27943>

*impedir que la humanidad se autodestruya. La forma en que la humanidad trata al ambiente influye en la forma en que se trata a sí misma”.*²³⁰

Así mismo el hombre también tiene la necesidad de que su entorno no sea tóxico, que sea propio y adecuado para su subsistencia. Dado que el ser humano no solamente es un ser biológico (no sólo es un mamífero), sino que también es un ser cultural, intelectual y espiritual, ese medio ambiente en el que habita, tiene que ser también no tóxico, adecuado desde el punto de vista cultural, intelectual, espiritual y moral; es decir no basta con que el ser humano salga a un medio ambiente donde el entorno está limpio de residuos, el aire y el agua sea puro, también los mensajes que recibe culturalmente en los medios de comunicación, la educación que recibe, el entorno familiar en el que vive tienen que ser de acuerdo a la necesidad del hombre de no vivir en un ambiente tóxico para toda su integridad.

*“En efecto, la degradación de la naturaleza está estrechamente relacionada con la cultura que modela la convivencia humana”*²³¹, es decir que si los hombres no son educados en un medio ambiente bueno, entonces su preocupación por la naturaleza no va a ser buena. *“No se puede pedir a los jóvenes que respeten el medio ambiente, si no se les ayuda en la familia y en la sociedad a respetarse a sí mismos”*²³². Un joven que se trata a sí mismo como un animalito que no tiene preocupación por su valor, pureza, ética, principios, no va a ser capaz de preocuparse por la naturaleza. No es posible, por tanto, respetar la naturaleza sin respetar a la persona que a su vez posibilita un modo de vida sostenible.

“Los deberes respecto al ambiente se derivan de los deberes para con la persona, considerada en sí misma y en su relación con los demás. Por eso, se alienta la educación de una responsabilidad ecológica que... salvaguarde una auténtica “ecología humana” y, por tanto, afirme con renovada convicción la inviolabilidad de la vida humana en cada una de sus

²³⁰ Ídem

²³¹ Benedicto XVI. Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz 2010. www.vatican.va

Nº 12.

²³² Ídem.

fases, y en cualquier condición en que se encuentre, la dignidad de la persona y la insustituible misión de la familia, en la cual se educa en el amor al prójimo y el respeto por la naturaleza.”²³³

Nadie se puede preocupar por los pelícanos, los osos panda, los tigres de bengala, si no se preocupa primero del ser humano. Se necesita de una ecología integral, de una ética integral, porque si no se comienza por enseñarse los principios espirituales, morales y éticos al ser humano, entonces ese ser humano no se va a preocupar por el medio ambiente. Y muchas veces los “ecologistas” se alteran con esto, porque creen que simplemente informarle a una persona de que si sigue haciendo esta práctica está dañando la naturaleza, bastaría para que la persona cambie y se dan cuenta que no solamente la persona no cambia, sino que se vuelve cada vez más reactiva.

Se deben tener *“reservas ante una concepción del mundo que nos rodea inspirada en el ecocentrismo y el biocentrismo, porque dicha concepción elimina la diferencia ontológica²³⁴ y axiológica²³⁵ entre la persona humana y los otros seres vivientes. De este modo, se anula en la práctica la identidad y el papel superior del hombre, favoreciendo una visión igualitarista de la “dignidad” de todos los seres vivientes.*”²³⁶

Es aquí donde se nota la superioridad del ser humano respecto del ecologismo actual, que muchas veces señala que todos tenemos la misma dignidad, algo totalmente falso (porque un elefante no tiene la misma capacidad que el ser humano para resolver el problema ecológico). El hombre tiene una responsabilidad mayor y por eso la ecología humana es un concepto integral que nos ayuda realmente a resolver todas estas confusiones planteadas por la ideología ecologista y plantear una alternativa auténtica-

²³³ Ídem.

²³⁴ Significa en el orden del SER, el ser humano no es igual en valor que un perro o un gato, sino que tiene un valor adicional.

²³⁵ Es la ética, los principios, es decir la responsabilidad del ser humano es mayor que la de los animales.

²³⁶ Benedicto XVI. Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz 2010. www.vatican.va N° 13.

mente eficaz para resolver los problemas no sólo del medio ambiente sino de la humanidad en general. No se puede desprender los temas morales de los temas culturales y de los temas de defensa de la naturaleza, porque existe una realidad que unifica toda la relación del hombre.

En este contexto ZAFFARONI nos dice de una manera muy concreta que la *“ideología ecologista que es un modelo de la sociedad verde (conforme a las pautas de los movimientos ecológicos)... [son] especulaciones para una futura etapa de nuestro desarrollo Por ahora, nuestra crítica debe orientarse a la satisfacción de las necesidades elementales que no están cubiertas: respeto del derecho a la vida, garantías a la integridad, elementales principios de igualdad y no discriminación, exigencias mínimas de justicia social, etc.”*²³⁷

En este marco teórico se va a diferenciar claramente la tendencia manipuladora de los países de poder, que sólo se preocupan por la conservación del medio ambiente sin preocuparse del hombre en sí mismo. De ahí nacen las ideologías ecológicas que buscan implantar su pensamiento manipulador en el colectivo humano; en base al cientifismo no probado, al sentimentalismo y al razonamiento reducido. El propósito es hacer de esta una tendencia mundial despreocupada de sí misma y por lo tanto de su entorno sobre todo humano. A este respecto recordamos las palabras de Benedicto XVI cuando en su discurso, del 22 de setiembre del 2011, en el *Bundestag* (Parlamento Alemán) expresa: *“Diría que la aparición del movimiento ecologista en la política alemana a partir de los años setenta, aunque quizás no haya abierto las ventanas, ha sido y es sin embargo un grito que anhela aire fresco, un grito que no se puede ignorar ni relegar, porque se percibe en él demasiada irracionalidad.”*²³⁸

²³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología (Aproximación desde un margen). Tercera reimpresión. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia. 2003. p. 23

²³⁸ http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2011/september/documents/hf_b-en-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin_sp.html

III.4. ¿Cuáles son las ideologías ecológicas dominantes?

Según Alejandro Bermúdez²³⁹ se pueden dividir en dos:

4.1. El microecologismo

Es el que vemos a través de organizaciones de defensa del medio ambiente de alcance local. Se trata de la protección ecológica que está centrada fundamentalmente en los ambientes locales y donde los “ecologistas” buscan prevenir cualquier forma de explotación de cualquier tipo (agraria, minera o petrolífera) que terminen afectando el medio ambiente local.

¿Cuáles son las principales preocupaciones de este microecologismo?

A) Puntos de coincidencia:

- a) **La contaminación ambiental** por causa de los diferentes experimentos o trabajos que terminan contaminando el medio ambiente es una preocupación legítima cuando debido al uso de químicos o la emisión de diversos tipos de humos son fatales para la agricultura y también para la salud de la vida humana.
- b) **La contaminación de los recursos hídricos:** Este es un tema fundamental porque el agua es indispensable para la supervivencia de los seres humanos y puede ser contaminada de muchas maneras. A veces se contamina de la manera más vulgar, como puede ser lanzando relaves (o sea residuos minerales) a los ríos y en otros casos simplemente cuando se depositan elementos contaminantes en la tierra, donde este depósito va poco a poco descendiendo de nivel hasta llegar al nivel en el que se encuentra el agua, es decir lo que conocemos como napa freática.²⁴⁰ De allí sale el agua que extraemos a través de bombas y pozos y que muchas veces se encuentra contaminada, porque en algún lugar a veces distante se ha venido

²³⁹ Audios sobre la microecología y la macroecología de la página web: www.ewtn.com

²⁴⁰ Manto freático o capa freática. Es una capa acuífera, subterránea, formada por la infiltración de las precipitaciones. Sus aguas originan los manantiales y alimentan los pozos.

enterrando material tóxico que poco a poco se va filtrando de capa en capa, en consecuencia se constituye en un problema real.

- c) **La destrucción del hábitat natural de determinadas especies y especialmente de grupos humanos:** En la Amazonía del Perú existen grupos étnicos que tienen una forma de vida ancestral y que dependen de la caza, la pesca, la recolección, y cuando una explotación altera el medio ambiente pone en riesgo la forma de vida entera de esa población y así como sucede con los seres humanos, que es lo más grave, puede suceder también con algunas especies. La minería o la extracción de petróleo en muchas ocasiones pueden perturbar el ambiente y la forma en que el medio ambiente se integra con la fauna y flora existente, por lo que en muchos casos el equilibrio ecológico es bien frágil especialmente en estas zonas. Por ejemplo basta que se elimine por contaminación alguna forma de plantas, hongos, líquenes, para que toda la cadena alimenticia se vea alterada y se termine perturbando completamente el medio ambiente. Las asociaciones llamadas ecologistas o ambientalistas protegen este medio ambiente cuando es el hábitat natural, principalmente de los seres humanos y del ecosistema (también importante pero obviamente supeditado a la importancia central del ser humano). En consecuencia no es difícil en muchas ocasiones que una intervención humana no calculada y no suficientemente estudiada pueda tener un impacto negativo y terminar con consecuencias realmente desastrosas para los microclimas, ambientes o ecologías locales.

B. Puntos de divergencia:

El microecologismo sufre de un problema y es que muchas veces cae en un fundamentalismo y en un purismo (y no pocas veces en la corrupción) que va en contra del bienestar de las poblaciones. Por ejemplo en la minería, en pueblos que viven en constante miseria y que podrían beneficiarse de esta actividad para su progreso²⁴¹, los ecologistas tienen una resistencia total a la explotación de estas riquezas naturales. Creen que cualquier cambio en el medio ambiente no debe hacerse y se plantean que si va

²⁴¹ El progreso, o es sostenible o no es progreso.

a haber progreso se creará una burbuja de bienestar artificial, debido a que este recurso es agotable y cuando se acabe el pueblo volverá a la miseria de antes. Este argumento es totalmente ocioso porque parte de la premisa de que las poblaciones no tienen imaginación para buscar otras alternativas de desarrollo. El fundamentalismo cree en la pureza absoluta del medio ambiente y considera que cualquiera que viene a introducir alguna modificación, mediante la explotación de algún tipo de recurso, es alguien perverso y que irremisiblemente causará daños al sistema. Lamentablemente, muchos dirigentes políticos prefieren caer en el paternalismo de mantener a los pueblos en la miseria y en la necesidad, en vez de darles la oportunidad del desarrollo y la prosperidad que una minería o una explotación petrolífera o un cultivo genéticamente modificado podrían traer a alguna región, si es que se las somete a los controles correspondientes.

No olvidemos que el centro de la preocupación ecológica es el ser humano y el desarrollo humano.

4.2. El macroecologismo

Es aquel que se preocupa del impacto que están teniendo en el mundo los problemas del medio ambiente. Es decir, el maltrato del medio ambiente, los efectos que esto produce en el mundo en general y qué es lo que va a pasar en el futuro con la tierra. Entre los macroecologistas se encuentran los grandes “profetas” del infortunio y del desastre, quienes se muestran completamente convencidos de que nos estamos acercando a una catástrofe ecológica.²⁴²

¿Cuáles son las principales preocupaciones de este macroecologismo?

- a) El agotamiento de la energía** en nuestro planeta es un tema real, porque la principal fuente de energía es no renovable, es decir una energía que hay que explotar y que es de origen fósil. Entre las principales fuentes de energía tenemos al gas natural, el petróleo y el

²⁴² Entre ellos tenemos, por ejemplo, al ex vicepresidente de los Estados Unidos de Norteamérica Albert Arnold Gore, Jr. o simplemente Al Gore

carbón. A raíz de la modernización y de la mayor presencia de aparatos electrónicos, la tierra se vuelve más hambrienta de electricidad y en consecuencia de energía, y esta hay que producirla. Frente al tema de la energía no renovable la pregunta es ¿hasta cuándo el mundo va a poder seguir explotando estos recursos? Los ecologistas plantean conseguir energía renovable y limpia, como la energía solar, eólica, geotérmica, etc., pero estas energías si bien son promisorias están en un estado demasiado temprano y todavía no pueden resolver problemas serios de necesidad energética. El radicalismo ecológico quiere un cambio de la noche a la mañana y ese cambio, en lugares en donde se ha ensayado, ha producido verdaderas catástrofes económicas, primero porque mucha gente vinculada al mundo de la producción de la energía se ha quedado sin trabajo y segundo porque actualmente es demasiado costosa y demasiado incierta].²⁴³

Con respecto a este problema, Benedicto XVI planteaba que *“es necesario que las sociedades tecnológicamente avanzadas estén dispuestas a favorecer comportamientos caracterizados por la sobriedad, disminuyendo el propio consumo de energía y mejorando las condiciones de su uso. Al mismo tiempo, se ha de promover la búsqueda y las aplicaciones de energías con menor impacto ambiental, así como la redistribución planetaria de los recursos energéticos, de manera que también los países que no los tienen puedan acceder a ellos”*²⁴⁴.

*“La ciencia sin conciencia constituye una verdadera amenaza para el bien común de la sociedad”*²⁴⁵

b) El (mal llamado) calentamiento global o frecuentemente llamado cambio climático. Esta teoría, popularizada por el ex vicepresidente

²⁴³ Para mayor información consultar <http://cienciaconpaciencia.blogspot.com/2010/04/pueden-las-energias-renovables-ser.html>

²⁴⁴ BENEDICTO XVI. Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz, 2010.

²⁴⁵ www.aciprensa.com/noticia.php?n=33530

estadounidense Al Gore, consiste en que (supuestamente) los hombres por el uso de energía no renovable y por el uso excesivo de la energía eléctrica estamos lanzando al espacio demasiado monóxido de carbono (CO₂), y con esto impedimos que salga la temperatura natural que se genera en la tierra. Por eso el CO₂ se convierte en una capa y genera lo que se llama el Efecto Invernadero²⁴⁶, lo que hace que la temperatura global aumente, la contaminación se incremente, que el mundo se vuelva más caliente y se comiencen a derretir los polos con una inundación tremenda y, en consecuencia, la creación de una nueva era glacial. Es decir, el efecto del calentamiento global va a hacer que se derritan los polos y que esta agua enormemente fría se desplace al centro de la tierra y todos terminemos envueltos en una catástrofe.

La pregunta que cabe formular es si existen signos de calentamiento global. La respuesta es sí, pero hasta hace unos años. En los últimos tiempos la tierra ha venido enfriándose y lo que justamente está sucediendo en el hemisferio norte es que el frío de los inviernos y la caída de nieve se han incrementado. Por ejemplo en ciudades del sur de los E.E.U.U. (como Dallas en Texas²⁴⁷, donde no nevaba hacía mucho tiempo). Entonces el Efecto Invernadero “*no está demostrado científicamente*”²⁴⁸ y Al Gore trata a través de la “*verdad inconveniente*” de manipular la información para presentarla como si efectivamente estuviéramos bajo un Efecto Invernadero.

Cada vez más científicos reconocen que la contribución del ser humano al Efecto Invernadero es minúscula²⁴⁹, porque aunque efectivamente nosotros producimos CO₂, bastan las erupciones de volcanes en el planeta tierra (que suceden constantemente) para que la cantidad de CO₂ que ha sido

²⁴⁶ Invernadero es uno de estos lugares parecidos a las instalaciones cubiertas de vidrio que permiten mantener el calor y se utilizan para cultivar las plantas en invierno.

²⁴⁷ <http://www.ahorasi.com/vuelos-cancelados-y-cortes-electricos-por-nieve-en-dallas/>

²⁴⁸ <http://www.atinachile.cl/content/view/81811/El-calentamiento-global-pronto-puede-cambiarse-en-enfriamiento.html>

²⁴⁹ Ídem

lanzada al ambiente sea mucho más que lo que lanzamos todos los seres humanos²⁵⁰. Esta es la razón por la cual poco a poco los ecologistas fundamentalistas han dejado de hablar de calentamiento global y han comenzado a hablar un poco más de “cambio climático” y, entonces, adjudican que los cambios extraños en el planeta (como por ejemplo el huracán Katrina o el terremoto con posterior tsunami que destruyó el Japón) son producto de que el hombre ha descuidado la tierra, ha generado demasiado CO², contamina el medio ambiente. Al Gore considera que las capas de hielo ya se están derritiendo²⁵¹, que los osos polares ya se encuentran en extinción por culpa del derretimiento de la capa polar. Pero resulta que la capa polar no se está derritiendo, por lo que en la Cumbre de Copenhague²⁵² Al Gore se tuvo que retractar de la afirmación de que en siete o en diez años nos íbamos a quedar sin Polo Norte²⁵³ (una predicción completamente infantil y absurda). El exvicepresidente norteamericano tuvo que cancelar su conferencia programada para dicha Cumbre²⁵⁴. Por medio de estas predicciones los ecologistas catastrofistas están tratando de lograr un cambio climático, cuando en realidad no existe suficiente prueba científica.

Es importante señalar que la comunidad científica de los E.E.U.U. y Canadá, junto con los científicos británicos, decidieron establecer cuál es el grado de credibilidad científica, de la afirmación de que el mundo sea un lugar donde el clima está cambiando por culpa del hombre y actualmente el estado científico es que una mayoría relativa (no absoluta) de científicos cree que efectivamente el cambio del clima en el planeta es consecuencia de la acción humana, pero ninguno de ellos sostiene que la ciencia lo demuestra, simplemente se inclinan a pensar que sí puede ser producto del hombre. Eso desde el punto de vista científico tiene valor CERO. Es simplemente la opinión de una comunidad de personas informadas y, sin em-

²⁵⁰ <http://revista.consumer.es/web/es/20020501/medioambiente/>

²⁵¹ <http://www.biocab.org/ambientalismo.html> (en esta página se va a encontrar una refutación a ésta aseveración).

²⁵² Que se celebró en Copenhague, Dinamarca, del 7 al 18 de diciembre de 2009.

²⁵³ <http://valdeperrillos.com/materiaoscura/copenhague-2-semana> (en ésta página solo lo tiene como un comentario del artículo)

²⁵⁴ <http://www.libertaddigital.com/ciencia/al-gore-admite-que-el-co2-no-es-el-principal-culpable-del-calentamiento-global-1276376368/>

bargo, esta información se utiliza para argumentar a favor de que hoy en día el mundo está en una situación de cambio climático y de calentamiento global. No existe una confirmación científica porque cambios en el clima han existido en la historia de nuestro planeta desde antes de la existencia de los hombres.²⁵⁵ No sólo no está demostrado científicamente, sino que el hecho de que en los últimos años, especialmente en los últimos siete años, se haya registrado un descenso en la temperatura del medio ambiente²⁵⁶ está dejando en claro que este no es un tema cerrado. No es un tema científico, no es una certeza y nadie puede decir que la ciencia está demostrando que hoy en día hay un calentamiento del planeta o que hay un cambio climático producto de la acción humana.

¿Tenemos que irnos planteando como comunidad humana el tema de las energías renovables? Sí, pero no debemos hacerlo apresuradamente, causando golpes económicos catastróficos.

¿Existen algunos cambios en el medio ambiente que son preocupantes y el hombre tiene que estar atento para cuidarlo? Sí, y debe plantear los medios necesarios para evitarlos, pero no manipulando información para alertar falsamente a la población mundial tratando de alguna manera de aprovecharse de su ingenuidad o falta de información.

III.5. La ecología humana y su urgencia de adherirla a la legislación ambiental peruana

Luego de haber expuesto los temas anteriores, necesarios para plantear el problema en cuestión, nos remitimos al Papa Benedicto XVI, que nos exhorta de una manera muy sincera y convincente:

“La ecología humana es un imperativo... adoptar un estilo de vida que respete el medio ambiente y apoye la investigación y la explotación de energías limpias que preserven el patrimonio de la creación y sean inofen-

²⁵⁵ Como por ejemplo la era de hielo, que no fue producto de la obra humana porque en ese tiempo los seres humanos no existían.

²⁵⁶ <http://www.libertaddigital.com/ciencia/la-tierra-se-esta-enfriando-ciento-veinteanos-de-catastrofismo-climatico-1276409423/>

*sivas para los seres humanos, deben ser prioridades políticas y económicas... Es necesario un cambio de mentalidad para llegar rápidamente a un estilo de vida global que respete la alianza entre el hombre y la naturaleza, sin la cual la familia humana puede desaparecer... Todos los gobiernos se deben comprometer a proteger la naturaleza para que pueda desempeñar su papel esencial en la supervivencia de la humanidad. Las Naciones Unidas parecen ser el marco natural para una reflexión de este tipo, que no sea oscurecida por motivos políticos y económicos ciegamente partidistas, privilegiando la solidaridad por encima de intereses particulares”.*²⁵⁷

*“Una decisión basada sólo en intereses económicos es éticamente inaceptable y deplorable porque constituye una mezquina burla de la sociedad”*²⁵⁸

Ante todo se quiere dejar en claro que no se pretende, de ningún modo, combinar ideas religiosas con ideas políticas, sino que se trata de que una preocupación real se plasme en la legislación ambiental por ser un derecho social que nos incumbe a todos. Las situaciones de crisis por las que se está actualmente atravesando -ya sean de carácter económico, alimentario, ambiental o social- son también, en el fondo, crisis morales relacionadas entre sí. Para proteger el ambiente es preciso actuar respetando unas normas bien definidas desde el punto de vista jurídico. *“Esto podría lograrse más fácilmente si no hubiera tantos cálculos interesados en la asistencia y la transferencia de conocimientos y tecnologías más limpias”*²⁵⁹.

Entonces debemos preocuparnos principalmente de proteger al hombre frente al peligro de la destrucción de sí mismo, porque el debilitamiento de la primacía del hombre provoca una pérdida del sentido de la vida. En efecto, la degradación de la naturaleza está estrechamente relacionada con la cultura que modela la convivencia humana, porque *“cuando se respeta*

²⁵⁷ <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=33748>

²⁵⁸ <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=33530>

²⁵⁹ BENEDICTO XVI. Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz, 2010.

la ecología humana en la sociedad, también la ecología ambiental se beneficia”²⁶⁰.

Por eso se requiere urgentemente de leyes (específicamente una Ley General del Ambiente) que ayuden a establecer una responsabilidad ecológica, que haga más digna la existencia de las personas y, por tanto, afirme con renovada convicción la inviolabilidad de la vida humana en cada una de sus fases y en cualquier condición en que se encuentre, la dignidad de la persona y la insustituible misión de la familia, en la cual se educa en el amor al prójimo y el respeto por la naturaleza²⁶¹. Las soluciones basadas en estos fundamentos protegerán la vida humana y su vulnerabilidad, así como los derechos de las generaciones presentes y futuras (desarrollo sostenible²⁶²).

En la actualidad existen diversas posiciones opuestas y exasperadas: por una parte, basándose en que los recursos ambientales pueden agotarse o llegar a ser insuficientes, se pide la represión de la natalidad (especialmente respecto a los pueblos pobres y en vías de desarrollo). De esta manera *“se elimina la responsabilidad superior del hombre en favor de una consideración igualitaria de la “dignidad” de todos los seres vivos”*²⁶³.

Todas estas posiciones demuestran la falsedad con que se pretende manipular a la gente a través de imponer un sentimiento de “complejo de

²⁶⁰ Ídem.

²⁶¹ *“La primera estructura fundamental a favor de la “ecología humana” es la familia, en cuyo seno el hombre recibe las primeras nociones, determinantes, sobre la verdad y el bien; aprende qué quiere decir amar y ser amado, y por consiguiente qué quiere decir en concreto ser una persona”* (JUAN PABLO II. Carta Encíclica “*Centesimus Annus*”, N° 39).

²⁶² Que no es más que: *“Satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades”* (Informe Brundtland).

²⁶³ http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html

inferioridad” con respecto al “*maravilloso pensamiento desarrollado*” de los poderosos.²⁶⁴

Por lo tanto se debe plantear la defensa de la vida y la promoción de la salud, especialmente de las poblaciones más pobres y en vías de desarrollo, lo que será al mismo tiempo “*la medida y el criterio de fondo del horizonte ecológico a nivel regional y mundial*”.²⁶⁵

Recordemos que “*la tecnología que contamina también puede descontaminar la producción que acumula, también puede distribuir equitativamente, a condición de que prevalezca la ética del respeto a la vida, a la dignidad del hombre y a los derechos de las generaciones humanas presentes y futuras.*”²⁶⁶

Según el principio de subsidiariedad,²⁶⁷ es importante que todos se comprometan en el ámbito que les corresponda, especialmente los que tienen a su cargo impartir justicia, a trabajar para superar el predominio de los intereses particulares. Un papel de sensibilización y formación corresponde particularmente a los diversos sujetos de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales (ONG`s), que se mueven con generosidad y determinación en favor de una responsabilidad ecológica que debería estar cada vez más enraizada en el respeto de la ecología humana.

²⁶⁴ Cuando me refiero a “*los poderosos*” hago alusión a los países u organizaciones que con su cultura, tecnología y desarrollo en muchos campos de la ciencia aún siguen influenciando de manera directa a la toma de decisiones de los países que **se dejan dominar** por cuestiones que pueden ser de índole económica, socio-cultural, intelectual, bélica, etc. Es decir, de manera directa puedo mencionar a los Estados Unidos de Norteamérica, la Unión Europea y la ONU.

²⁶⁵ www.ewtn.com. Programa “Criterios” con Alejandro Bermúdez.

²⁶⁶ Ídem

²⁶⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_subsidiariedad

III.6. La Carta de la Tierra, la Constitución Política y la Ley General del Ambiente (Ley N° 28611)

Un interesante documento que permite tomar conciencia sobre este tema tan importante de la humanidad es la “Carta de la Tierra”, de la cual citaremos los siguientes puntos:

(INTRODUCCIÓN)

“...La elección es nuestra: formar una sociedad global para cuidar la Tierra y cuidarnos unos a otros o arriesgarnos a la destrucción de nosotros mismos y de la diversidad de la vida. Se necesitan cambios fundamentales en nuestros valores, instituciones y formas de vida. Debemos darnos cuenta de que, una vez satisfechas las necesidades básicas, el desarrollo humano se refiere primordialmente a ser más, no a tener más. Poseemos el conocimiento y la tecnología necesarios para proveer a todos y para reducir nuestros impactos sobre el medio ambiente. El surgimiento de una sociedad civil global está creando nuevas oportunidades para construir un mundo democrático y humanitario. Nuestros retos ambientales, económicos, políticos, sociales y espirituales están interrelacionados y juntos podemos proponer y concretar soluciones comprensivas...”

1. Respetar la Tierra y la vida en toda su diversidad

- a. Reconocer que todos los seres son interdependientes y que toda forma de vida independientemente de su utilidad tiene valor para los seres humanos.*
- b. Afirmar la fe en la dignidad inherente a todos los seres humanos y en el potencial intelectual, artístico, ético y espiritual de la humanidad.*

III. JUSTICIA SOCIAL Y ECONÓMICA

- c. Reconocer a los ignorados, proteger a los vulnerables, servir a aquellos que sufren y posibilitar el desarrollo de sus capacidades y perseguir sus aspiraciones... Fortalecer las familias y garantizar la seguridad y la crianza amorosa de todos sus miembros... Defender el derecho de todos, sin discriminación, a un entorno natural y social que apoye la dignidad humana, la salud física y el bienestar espiritual, con*

especial atención a los derechos de los pueblos indígenas y las minorías.

IV. DEMOCRACIA, NO VIOLENCIA Y PAZ

- d. *Reconocer la importancia de la educación moral y espiritual para una vida sostenible.*

EL CAMINO HACIA ADELANTE

Que el nuestro sea un tiempo que se recuerde por el despertar de una nueva reverencia ante la vida; por la firme resolución de alcanzar la sostenibilidad; por el aceleramiento en la lucha por la justicia y la paz y por la alegre celebración de la vida.

Estas citas de la “Carta de la Tierra” nos permiten darnos cuenta de que se asume como necesario el desarrollo sostenible y a la vez este documento dirige su enfoque hacia la comunidad de la vida, formada por todos los seres vivos, hasta los más pequeños, incluyendo su protección y el reconocimiento de cada uno de ellos y de su valor intrínseco. “*Este modo de vida sostenible, solidario, retoma lo ambiental y lo biológico como ejes, pero dentro de un conjunto más amplio junto con lo social, lo político, lo económico, lo cultural, lo ético y lo personal: todos los aspectos de la vida están entrelazados, y de ahí que sea necesaria esa visión de conjunto, amplia, fraternal y solidaria, de la ecología y la sostenibilidad.*”²⁶⁸. De esta manera ya nos podemos dar cuenta cómo se empieza a delinear lo que se ha denominado la “Ecología Humana”, y aunque no lo dice expresamente sí tiene bien claro el papel del hombre en su integridad y dignidad.

Pero aún nos falta plantearnos la cuestión nacional, nos preguntamos entonces ¿qué dicen nuestra Constitución y la Ley General del Ambiente respecto de este tema?

La Constitución Política del Perú en sus artículos 1²⁶⁹, 2 inc 1, 19 ab initio y 22²⁷⁰ se refiere ante todo a la defensa de la persona humana, al

²⁶⁸ http://es.wikipedia.org/wiki/Carta_de_la_Tierra

²⁶⁹ **Artículo 1º.** La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

respeto de su dignidad, del derecho de la persona a la vida (incluido el concebido), a la identidad étnica y cultural y, por último, al goce de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. En este último aspecto ya aparece alguna vislumbre relacionada con la ecología humana. Considerando que la Constitución Política es *“aquella norma legal que declara los derechos más importantes de las personas”*²⁷¹, podemos deducir como fundamentales los derechos mencionados.

A este respecto cabe señalar una cuestión que puede suscitar controversia y está referida a que si la Constitución, como ley suprema, está por encima de la Ley General del Ambiente debe contener en su parte dogmática lineamientos (aunque no de manera literal) y un apartado especial sobre la ecología humana. Sin embargo, nuestra Constitución Política no contiene ninguno de estos aspectos, por lo que la ecología humana está regulada por la Ley General del Ambiente. El Derecho Ambiental es en sí mismo el sistema de normas, principios, instituciones e ideologías jurídicas que regulan las relaciones entre los sistemas y sus entornos naturales... *“que se ocupan de la protección jurídica de aquellas condiciones que hacen posible la vida en todas sus formas... y que están orientadas a la protección de la biósfera.”*²⁷²

En el artículo primero del Título Preliminar²⁷³ de la Ley General del Ambiente se hace referencia ante todo al derecho de gozar de un ambiente

²⁷⁰ **Artículo 2º.** Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural...

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

²⁷¹ RUBIO CORREA, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993 (serie Lo que debo Saber). PUCP Marzo 2004. Lima – Perú. p. 13

²⁷² CELI ARÉVALO, Marco. Derecho Ambiental. Trujillo. 2007. p. 36

²⁷³ I.- DEL DERECHO Y DEBER FUNDAMENTAL

Toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes y asegurando

propicio para el pleno desarrollo de la vida. El profesor Celi Arévalo comentando este artículo nos dice que *“Aquí lo importante es la calidad de vida. No es sólo la vida la que se quiere garantizar con la conservación del ambiente, sino las condiciones en las cuales ésta debe desarrollarse”*²⁷⁴. Definitivamente si esta ley en su primer artículo de su Título Preliminar ya empieza a dejar de lado de una manera muy fina al ser humano como centro fundamental y a darle más importancia al medio donde vive, no es de extrañar que todo este cuerpo normativo va a tener cierta inclinación acorde con las ideas de los “ecologistas” que pretenden poner al mismo nivel tanto al hombre como al medio ambiente. De igual tendencia son el artículo 1, 11 inc. a) y 13 inc. 1²⁷⁵ (aunque en el fondo tienen ciertas cosas positivas).

particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.

²⁷⁴ CELI ARÉVALO, Marco. Op. Cit., p. 64.

²⁷⁵ **Artículo 1°.- Del objetivo**

La presente Ley es la norma ordenadora del marco normativo legal para la gestión ambiental en el Perú. Establece los principios y normas básicas para asegurar el efectivo ejercicio del derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, así como el cumplimiento del deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de la

población y lograr el desarrollo sostenible del país.

Artículo 11°.- De los lineamientos ambientales básicos de las políticas públicas

Sin perjuicio del contenido específico de la Política Nacional del Ambiente, el diseño y aplicación de las políticas públicas consideran los siguientes lineamientos:

El respeto de la dignidad humana y la mejora continua de la calidad de vida de la población, asegurando una protección adecuada de la salud de las personas.

Artículo 13°.- Del concepto

13.1 La gestión ambiental es un proceso permanente y continuo, constituido por el conjunto estructurado de principios, normas técnicas, procesos y actividades, orientado a administrar los intereses, expectativas y recursos relacionados con los objetivos de la política ambiental y alcanzar así una mejor calidad de vida y el desarrollo integral de la población, el desarrollo de las actividades económicas y la conservación del patrimonio ambiental y natural del país.

IV. CONCLUSIONES

1. No pretendo de ninguna manera haber agotado el tema expuesto, sino solo haber esbozado, aunque de manera imperfecta e incompleta (como lo es toda obra hecha por la mano del hombre), la Ecología Humana, que es una realidad que no se está tomando en cuenta y que lamentablemente está dejando un gran vacío en nuestra legislación ambiental.
2. Se ha tratado en todo momento de establecer la profundidad de este término para su aplicación, guardar las debidas distancias con las ideologías ecológicas dominantes y su tendencia a hacer todo lo posible por normativizarse (con la gran ayuda de los sectores de poder mundial y la gran capacidad que tienen estos para la manipulación de los demás a partir de “cuestiones científicas”), así como examinar la urgencia de establecer de manera concreta (y no rebuscada) este término en la legislación nacional, en base a documentación internacional y nacional.
3. Por último, cabe recordar una vez más (y nunca me cansaré de hacerlo) que la interrelación de la persona con su ambiente conlleva un profundo respeto hacia todo lo que existe, contemplando, como no puede ser de otra forma, el respeto por la vida del ser humano en todas sus fases de desarrollo y en todas las condiciones, especialmente aquellas en las que es más vulnerable.

V. PROPUESTA FINAL DE LA PONENCIA

¿Es una idea descabellada proponer normativizar la ecología humana en una legislación especializada como es la Ley General del Ambiente? Creemos que no es una idea descabellada tal como hemos demostrado en esta ponencia. A pesar de que la ideología de los países de poder está calando hondamente en nuestro pensamiento, en nuestra conducta y lamentablemente (aunque de manera muy oculta) en nuestras leyes,²⁷⁶ tenemos a nuestro favor la Declaración de la “Carta de la Tierra”, la Constitución Política del Perú y el Derecho Ambiental (en su concepto más generalizado).

²⁷⁶ Cabe aclarar que el fin de este estudio no es minimizar la importancia de esta norma ambiental o de ponerse de lado de las “grandes teorías conspirativas”, que lo único que hacen es decir que todo es producto del poder. No, ese no es el objetivo de este trabajo.

No obstante que hay de por medio intereses que van a querer impedir lo planteado, creemos que sí es factible normativizar la ya tan mencionada ecología humana. De esta manera se podría proponer lo siguiente:

Ley General del Ambiente

Título Preliminar

Artículo I.- Del Derecho y Deber Fundamental

Toda persona tiene el derecho irrenunciable a gozar de una Ecología Humana, donde se preocupe y se proteja al hombre contra la destrucción de sí mismo, desde su concepción hasta su muerte natural, con una defensa de la familia fundada en el matrimonio entre un hombre y una mujer, y con una verdadera defensa de los que son excluidos y marginados por la sociedad. “

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. FUENTES DOCTRINARIAS:

- ❖ BENEDICTO XVI. Carta Encíclica “*Caritas in Veritate*” (La Caridad en la Verdad). 2009.
- ❖ BENEDICTO XVI. Discurso en el *Bundestag*. 22 de setiembre de 2011.
- ❖ BENEDICTO XVI. Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz 2010.
- ❖ CELI ARÉVALO, Marco. Derecho Ambiental. Trujillo. 2007. p. 343
- ❖ Diccionario de la Ciencia y la Técnica. Editorial Planeta-De Agostini S.A. Barcelona – España. 2001. p. 600.
- ❖ JUAN PABLO II. Carta Encíclica “*Centesimus Annus*” (Cien Años Después). 1991.
- ❖ JUAN PABLO II. Exhortación Apostólica “*Pastores Gregis*” (Los Pastores de la Grey). 2003.
- ❖ RUBIO CORREA, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993 (serie Lo que debo Saber). PUCP Marzo 2004. Lima – Perú. p. 494
- ❖ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Criminología (Aproximación desde un margen). Tercera reimpresión. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia. 2003. p. 263.

2. FUENTES LEGALES

- ❖ Carta de la Tierra.
- ❖ Constitución Política del Perú
- ❖ Ley General del Ambiente (Ley N° 28611)

3. DOCUMENTOS TOMADOS DE INTERNET

3.1. DOCUMENTO DIGITAL (PDF)

- ❖ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Derecho Ambiental. p. 111 (Libro Virtual bajado de <http://www.mediafire.com/?2f2nzieznnn>)

3.2. PÁGINA WEB

- ❖ www.aciprensa.com
- ❖ www.ewtn.com (BERMÚDEZ ROSELL, Alejandro. Programa “Criterios”)
- ❖ www.libertaddigital.com
- ❖ www.vatican.va

IURA

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

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ANTE EL ERROR JUDICIAL

Mario Alberto ARISTA MALAVER

SUMARIO: I. 1. Breve reseña histórica de la responsabilidad del Estado. 2. Teorías que sustentan la responsabilidad del Estado. 3. La exteriorización de la voluntad del Estado. II. 1. Definición de error judicial. 1.1. Regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado por su función jurisdiccional. 1.2. La indemnización por error judicial en los tratados y la Constitución. 1.2.1. En los tratados Internacionales. 1.2.2. En nuestra Constitución Política. 2. Análisis de la ley que regula la indemnización por errores judiciales y detenciones arbitrarias, Ley N°24973. 3. Inoperatividad del Fondo Nacional Indemnizatorio creado por la Ley N° 24973.

PRESENTACIÓN

El presente trabajo presenta un breve resumen de un proyecto personal, el cual es la investigación de la responsabilidad del Estado ante los errores judiciales, de manera más específica nos referiremos a la legislación especial que es la Ley N° 24973 -"Ley de Indemnización por Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias"-, que contiene supuestos de responsabilidad en el ámbito penal.

En un Estado Constitucional de Derecho el reconocimiento de los derechos humanos no debe estar limitado por el ius imperium del Estado; de manera resumida, si el Estado causa daño a una persona está obligado a resarcirla económicamente.

El problema encontrado es que, desde la dación de la citada ley, no se ha visto mucha actividad de parte de nuestros gobernantes para ponerla en práctica, tal es el caso que la ley en estudio data de hace más de 22 años y, al mismo tiempo, crea un fondo para indemnizar a las víctimas, el cual a la fecha no ha sido propuesto en un plan presupuestario, por lo que desincentiva a las víctimas a demandar el otorgamiento de las mencionadas indemnizaciones debido a la imposibilidad de cobrarlas

Consideramos que la solución es que se apruebe, previo debate, el proyecto de ley N° 2176/2007-CR, adscribir un plan presupuestario para el fondo que crea la ley en estudio y, a su vez, ampliar el plazo de la presentación de la demanda que contiene el monto indemnizatorio.

En el presente trabajo hemos utilizado el método analítico, inductivo, deductivo, la hermenéutica jurídica y el método normativo para elaborar una síntesis integral de los textos analizados, tanto nacionales como internacionales.

I. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

I.1. Breve reseña histórica de la responsabilidad del Estado

En un primer momento, cuando el soberano realizaba una acción justa o injusta, era imposible de reclamar, tal como lo sostiene Javier Indalecio Barraza, citando a Teissier, quien considera que *“El daño que sufría el particular como consecuencia de la actividad estatal debía ser soportado por el ciudadano, sin que éste tuviera acción alguna para reclamar u obtener indemnización ni contra el agente del cual emanaba directamente el acto, ni contra el soberano. De esta forma aparecían aniquilados, por el Estado mismo, la integridad y el goce de los derechos de sus súbditos, en aras de la idea absoluta e injusta del poder del príncipe y de su derecho divino. La idea que pueda tenerse de los derechos individuales o derechos*

privados parece haber sido absolutamente extraña a las legislaciones de la antigüedad”²⁷⁷.

Avanzando un poco más en la historia, nos encontramos con la antigüedad clásica. En esta época según nos refiere Javier Indalecio Barraza: *“La idea que se imponía era de irresponsabilidad del Estado, así, debe recordarse que en Esparta y Atenas, el soberano, ya sea la monarquía, la aristocracia o la democracia que según la época gobernaban, disponían libremente de los bienes de los ciudadanos, y no era responsable de sus actos sino ante la divinidad de la cual se lo consideraba una emanación*”²⁷⁸.

En el Imperio Romano, el principio que dominó fue el de la irresponsabilidad del Estado: “nunca se llegó a pensar que los perjuicios provocados por éste o sus agentes pudieran dar lugar a una indemnización en favor de quien los hubiese sufrido; sin embargo, es del caso aclarar que en tiempos de la República, se admitía en supuestos determinados la acción por indemnización de daños contra funcionario”²⁷⁹.

Avanzando hasta un hecho imprescindible- la Revolución Francesa- podemos señalar que este es un gran hito histórico, fue el impulso y ejemplo para que otros pueblos se sublevaran por la legitimidad que ellos sostenían. Este acontecimiento histórico trazó una línea divisoria entre los sistemas monárquicos y absolutos y la vigencia del Estado de Derecho.

El antiguo régimen se caracterizaba porque todo el poder estaba concentrado en el monarca, rey o soberano, quien por razones de su linaje ignoraba los derechos individuales de la persona y sólo disponía de su voluntad, por lo que era imposible una reclamación por parte del súbdito.

²⁷⁷ Citado por JAVIER INDALECIO BARRAZA en su obra *Manual de Derecho Político*, Buenos Aires, Edit. La Ley, 2004. Pág. 467.

²⁷⁸ Barraza, J. I. (2004). *Manual de Derecho Político*. Buenos Aires: La Ley. Pág. 468.

²⁷⁹ Barraza, J. I. (2004). *Manual de Derecho Político*. Buenos Aires: La Ley. Pág. 468.

Tras la Revolución Francesa, una vez caído el sistema absolutista del rey, el poder ya no se consideraba emanado de Dios, sino más bien que procedía del pueblo, por lo que había que ceder al avance en el concepto de Estado de Derecho; ahora la autoridad suprema no radicaba en el rey, sino en la autoridad de una ley, de un cuerpo normativo que regulaba la conducta a la que el pueblo debía someterse. A este respecto, Javier Indalecio Barraza sostiene: *“La soberanía que residía en una persona, el rey, se trasladó tal soberanía, al pueblo, en la creencia de que la voluntad general era infalible. Asimismo, la soberanía del pueblo no reconocía límites por lo que se acentuó el despotismo y la irresponsabilidad del Estado”*²⁸⁰.

Con la teoría de la división de poderes formulada por Montesquieu se llegó a la conclusión de que a cada poder le corresponde responder por los actos arbitrarios que comete, pues estamos frente a la progresividad evolutiva de la responsabilidad del Estado; es decir, a partir de entonces ya cabría atribuirle una responsabilidad al Estado por el acto legislativo, por el acto administrativo y sobre todo por los actos jurisdiccionales.

En pleno siglo XXI, los problemas que se pueden suscitar deberían estar totalmente zanjados, pero nuestra realidad es distinta, por lo que a continuación desarrollaremos los temas de nuestro interés.

I.2. Teorías que sustentan la responsabilidad del Estado

a. Teoría de la relación contractual

Esta teoría está basada en la obra de Rousseau, denominada “El contrato social”, *“que el individuo habría renunciado a favor del Estado, de su derecho de hacer justicia por mano propia, en tanto que aquel contrajo la obligación de proteger la vida, el patrimonio, la libertad y demás derechos del individuo”*²⁸¹, es decir le delega la función judicial, renunciando éste a la justicia privada. En ese sentido, si el Estado, a quien se le delega dicha administración de justicia, incurre en errores

²⁸⁰ Barraza, J. I. (2004). *Manual de Derecho Político*. Buenos Aires: La Ley. Pág. 447.

²⁸¹ Ídem. Pág. 540.

que agravian al ciudadano, aquel tiene el deber de indemnizar por tal daño.

Jairo López Morales sostiene: *“la producción del error judicial le implicaría la violación del contrato y de ahí la obligación estatal del resarcimiento”*²⁸².

b. Teoría del enriquecimiento sin causa

“Sustentada en los postulados de la institución civil del enriquecimiento sin causa, es decir se entiende que el Estado que comete un error incurre aparentemente en un enriquecimiento sin causa, pero esto resulta desatinado porque la represión de la libertad de un inocente o detención arbitraria, más bien eventualmente podría generar pérdidas al Estado, como por ejemplo sería el caso de alguien a quien si no se le hubiese afectado su libertad bien podría haber llegado a ser una persona que reditúe impuestos al Estado, incluso llegar a ser presidente”²⁸³.

c. Teoría extracontractual o aquiliana

Javier Indalecio Barraza sostiene que *“Según esta postura, la responsabilidad del Estado surge por el hecho ilícito (delito o cuasidelito) cometido por el magistrado al juzgar erróneamente”*²⁸⁴.

Al respecto comenta Jairo López Morales: *“Es decir que la responsabilidad del Estado se sitúa en el propio ilícito que se comete por acción equívoca o errónea. Pero esta teoría deja aún por fuera los casos que se registrasen con el elemento dolo o culpa de los jueces, entre los cuales se citan el falso testimonio, el dictamen pericial inexacto, las imperfecciones*

²⁸² Morales, J. L. (2007). *Responsabilidad del Estado por Error Judicial* (Segunda ed.). Bogotá, D.C, Colombia: Ediciones Doctrinales y Ley LTDA. Pág. 395.

²⁸³ www.uss.edu.pe/facultades/.../NECESIDAD_DE_REGULACION.doc. Pág. 16. Revisado el 09/08/11.

²⁸⁴ Barraza, J. I. (2004). *Manual de Derecho Político*. Buenos Aires: La Ley. Pág. 543.

procesales, etc. A esta teoría se la critica bastante en el criterio de que al ente público no se lo puede tratar por el mismo rasero que el particular con el fundamento en el derecho común. Además de que si lo fuera aparecería como irresponsable por haber incurrido en error de hecho difícilmente evitable”²⁸⁵.

d. Teoría del riesgo profesional u objetividad de la responsabilidad sin culpa.

“Por la cual se considera objetivamente al sistema judicial como una actividad riesgosa, siendo por ello el Estado el llamado a responder pecuniariamente en caso de errores judiciales, es decir se pone más énfasis en resarcir a la víctima. Sin embargo, ésta bien puede complementarse con la teoría de la responsabilidad subjetiva, donde se cuenta la intención del ente jurisdiccional (Juez) a quien se le sancionaría por los errores cometidos en el ejercicio de sus funciones de juzgamiento, en caso que la reparación del Estado fuere insuficiente”²⁸⁶.

Esta teoría -como sostiene Jairo López Morales- “(...) *se fundamenta en la ley francesa de 1895, sobre la reparación de errores judiciales y equivale a la misma que se aplica en el caso de accidentes de trabajo, en los cuales se presume la culpa estatal y obliga a la indemnización en el supuesto de que, producida la acción de reclamación, ésta concluya en la absolución del perjudicado*”²⁸⁷.

I.3. La exteriorización de la voluntad del Estado

Para que se determine la responsabilidad del Estado, es necesario que el agravio sea proveniente de algún acto arbitrario, erróneo, de un funcionario público, mediante el cual el Estado exterioriza su voluntad. Así lo

²⁸⁵ Morales, J. L. (2007). Responsabilidad del Estado por Error Judicial (Segunda ed.). Bogotá, D.C, Colombia: Ediciones Doctrinales y Ley LTDA. Pág. 397.

²⁸⁶ www.uss.edu.pe/facultades/.../NECESIDAD_DE_REGULACION.doc. Pág. 16. Revisado el 09/08/11.

²⁸⁷ Morales, J. L. (2007). Responsabilidad del Estado por Error Judicial (Segunda ed.). Bogotá, D.C, Colombia: Ediciones Doctrinales y Ley LTDA. Pág. 397.

señala Víctor García Toma, citando a José Roberto Dromi, quien sostiene que *“el poder del cuerpo político como medio de exteriorización de la voluntad pública es ejercido por hombres que actúan por él, solo la persona humana puede accionar los resortes del poder y de la organización política mediante conductas que se imputan a la persona jurídica estatal”*²⁸⁸.

II. ERROR JUDICIAL

II.1. Definición de error judicial

Javier Indalecio Barraza expresa que *“Se entiende por error judicial a la actividad desplegada por el órgano judicial del Estado, que arriba a una decisión provisoria o definitiva, sobre fundamentos fácticos y/o jurídicos inciertos que generan perjuicios al ciudadano.”*²⁸⁹ Más adelante continúa diciendo que *“otra definición viene a ser la responsabilidad a cargo del Estado por ejercicio irregular, ilegítimo, gravemente inconveniente de los magistrados (...), que generen un perjuicio a los ciudadanos”*²⁹⁰.

En consecuencia, *“se considera que existe un error judicial cuando el juez efectúa una equívoca valoración de la prueba, hace una indebida aplicación de las normas, inaplica o interpreta erróneamente las mismas”*²⁹¹.

En nuestro país, la Defensoría del Pueblo, en su Informe N° 010-2009-DP/ADHPD, considera que *“todo aquel cause daño a otro está obligado a indemnizarlo. Este principio también involucra al Estado, debido a lo cual*

²⁸⁸ Citado por VICTOR GARCIA TOMA. (2008) en su obra: *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. (Segunda ed.). Lima: PALESTRA. Pág. 178.

²⁸⁹ Barraza, J. I. (2004). *Manual de Derecho Político*. Buenos Aires: La Ley. Pág. 537.

²⁹⁰ Barraza, J. I. (2004). *Manual de Derecho Político*. Buenos Aires: La Ley. Pág. 540.

²⁹¹

http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll/Actualidad%20Jur%C3%A1dica/2011/raiz00000.htm/id_tomo00001.htm/tomo01462.htm/seccion01470.htm/tema01479.htm/articulo01480.htm revisado el 20/10/11.

*éste se encuentra obligado a disponer una reparación a las personas por los daños producidos a consecuencia de su propia actividad.”*²⁹² Cabe decir, por tanto, que si en el ejercicio de las actividades propias del Estado, como es la actividad judicial, se causa algún perjuicio a un ciudadano aquel debe indemnizar a las víctimas por los daños y perjuicios ocasionados.

Al respecto, Jorge Quinzio Figueiredo señala *“los ciudadanos y ciudadanas deben tener confianza en la justicia, la cual se traduce en la existencia de mecanismos apropiados para garantizar sus derechos frente al eventual error que se pudiera producir”*²⁹³.

Ante un error judicial o un supuesto de error, la gama de responsabilidades por parte del Estado es muy amplia, ya que también contamos con el artículo 509 de nuestro Código Procesal Civil, que reza a título de Responsabilidad Civil de los Jueces. El análisis de este artículo lo dejaremos para otra oportunidad, por lo que en el presente trabajo se abordará el tema de las indemnizaciones por errores judiciales, explicando únicamente lo dispuesto en la Ley N° 24973 y analizando la inoperatividad del fondo nacional indemnizatorio por errores judiciales.

1.1. Regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado por su función jurisdiccional

Este tipo de responsabilidad se deriva del ejercicio de la función jurisdiccional, cabe señalar que en nuestro país se regulan dos tipos de responsabilidades, una objetiva y otra subjetiva. La responsabilidad objetiva procede en caso de los errores judiciales en que incurre el juez en los procesos penales, conforme a los supuestos que expresamente prevé la Ley N° 24973, supuestos en el cual será el Estado quien responda por la indemnización, lo que, a su vez, cuenta con amparo constitucional expreso tal como lo prescribe el artículo 139, numeral 7. Distinto es el caso de la responsabilidad subjetiva del juez, que procede cuando éste, al actuar con dolo o

²⁹² Informe N° 010-2009-DP/AD/ADHPD. Pág. 61.

²⁹³ Quinzio Figueiredo, Jorge. *Tratado de derecho constitucional*. Tomo III. Santiago: Lexis Nexis, 2004. Pág. 254.

culpa inexcusable, causa daño a las partes o a terceros, supuestos en el cual será el Estado, conjuntamente con el juez, quienes responderán solidariamente por los perjuicios causados a los litigantes en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esta segunda responsabilidad, que se genera cuando se emite una resolución que produce un agravio, está regulada en el artículo 509 del Código Procesal Civil

Es preciso señalar que el numeral 5 del artículo I del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal establece: “*El Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales.*” De esta manera tenemos garantizado el derecho a ser indemnizados por un error judicial, más adelante analizaremos la Ley N° 24973, la que regula la indemnización por los citados errores judiciales y las detenciones arbitrarias.

Consideramos que es necesario que el Estado retribuya de manera pecuniaria una justa reparación en casos de error judicial, ya que constituye un derecho humano neto, reconocido por nuestro país al ratificar los tratados intencionales que citamos en párrafos anteriores. Nuestro análisis es que como el respeto y la dignidad de la persona humana constituye el fin supremo del Estado, el Estado debe hacer un reconocimiento indemnizatorio ante error judicial y que esto está íntimamente vinculado con la dignidad humana, tal como se prevé en los supuestos que prescribe la Ley N° 24973.

1.2. La indemnización por error judicial en los tratados y la Constitución

1.2.1. En los tratados internacionales

A raíz de los *tratados internacionales*²⁹⁴, nuestro país se encuentra sujeto a las prerrogativas que estos prescriben, tales como:

²⁹⁴Nuestra Constitución Política del Estado reconoce en su artículo 55 que “*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*” y el artículo 200 inc. 4 consigna, entre diversas normas con jerarquía legal, a los tratados (sin distinción alguna). No cabe sino admitir que los mismos tienen valor normativo indiscutible y en

- a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁹⁵, en su artículo 9, numeral 5, establece que ***“Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”***; con la prescripción citada, todos los Estados que componen el mencionado tratado, se encuentran en la obligación de reparar el daño ocasionado a las personas que resulten afectadas por las detenciones arbitrarias de las que haya sido víctima. El artículo 14, numeral 5 del citado Pacto prescribe: ***“Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.”*** Al respecto podemos citar la sentencia del Tribunal Constitucional en la cual analiza el mencionado precepto internacional, en el **EXP. N° 1277-99-AC/TC**.
- b) En el mismo sentido del PIDCP, el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que ***“Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”***.

1.2.2. En nuestra Constitución Política

Nuestra Constitución prescribe en el artículo 139 inc. 7: ***“La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar”***. Al respecto comenta Susana Castañeda Otsu: ***“Desde 1933 se consagró con rango constitucional el derecho que tiene todo procesado a ser indemnizado por los errores judiciales co-***

consecuencia son plenamente aplicables por los jueces y tribunales peruanos. Fundamento 7, del EXP. N° 1277-99-AC/TC.

²⁹⁵ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por el Perú el 28/04/78.

*metidos en los procesos penales, garantía que se hizo extensiva en la Constitución de 1979 a la indemnización por las detenciones arbitrarias. La Constitución Política vigente, siguiendo a la anterior consagra este derecho en el artículo 139 inciso 7; y si bien no ha sido desarrollado legislativamente, se encuentra vigente una ley preconstitucional, la Ley N° 24973 que regula el tema de las indemnizaciones.*²⁹⁶ La mencionada ley data del 28 de diciembre de 1988, denominada “Ley de Indemnización por Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias”, que fue elaborada al amparo de la Constitución de 1979- En esta ley se detallan los casos que se consideran como error judicial y asimismo crea el fondo nacional indemnizatorio por errores judiciales para el pago de la indemnización correspondiente. Sin embargo, esta ley es como letra muerta (consideración que más adelante desarrollaremos).

II.2. Análisis de la Ley que regula la indemnización por errores judiciales y detenciones arbitrarias, Ley N°24973.

La Ley N° 24973 regula la forma y el procedimiento del ejercicio del derecho de indemnización, el mismo que procede bajo dos únicos supuestos: a) por errores judiciales y b) por detenciones arbitrarias. Esto se halla consagrado en el inciso 7 del artículo 139 de la Constitución. En otras palabras, la Ley N° 24973 ha establecido quiénes son las personas que tendrán derecho a que se les indemnice por haber sufrido una detención arbitraria o por ser víctimas de un error judicial.

El artículo 2 de la citada ley prescribe:

“Tiene derecho a indemnización por detención arbitraria quien es privado de su libertad por la autoridad policial o administrativa sin causa justificada o, existiendo ésta, si se excede de los límites fijados por la Constitución o por límites fijados por la Constitución o por la sentencia. También tiene derecho a indemnización quien

²⁹⁶ La Constitución Política Comentada. Tomo II. (2006). Lima: Gaceta Jurídica S.A. pág. 515.

no es puesto oportunamente a disposición del juez competente dentro del término establecido por la Constitución.”

Asimismo, el artículo 3 de la ley en estudio señala que tienen derecho a indemnización:

“Los condenados en proceso judicial que hayan obtenido en juicio de revisión una resolución de la Corte Suprema que declara la sentencia errónea o arbitraria y los que hayan sido sometidos a proceso judicial y privados de su libertad como consecuencia de éste y obtenido posteriormente auto de archivamiento definitivo o sentencia absolutoria”.

“El error judicial es la equivocación cometida por el juez durante el proceso penal como consecuencia de un procesamiento o condena injusta en perjuicio de una persona cuya inocencia se comprueba con posterioridad, dictándose el correspondiente sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria.”²⁹⁷

Haciendo una interpretación del artículo 4 de la mencionada ley, consideramos que la indemnización por detención arbitraria será fijada en proporción directa al tiempo de la detención y a la renta de la víctima acreditada fehacientemente, estableciendo topes mínimos y máximos. Por otro lado, para el caso de error judicial la norma señala únicamente que aquella será fijada según el criterio prudente del juez, en atención al daño material o moral causado por la víctima. A esto agregamos lo citado por el Dr. Juan Espinoza Espinoza, quien sostiene: ***“Particular atención merece los criterios para determinar el quantum del daño ocasionado. Para el caso de la detención arbitraria, pareciera que solo se tuvo en cuenta el daño de consecuencias económicas (el cual se determina por un criterio matemático). Sin embargo, para el error judicial se reconoce, además del daño material, el daño moral causado a la víctima”***²⁹⁸; por lo que, como sos-

²⁹⁷García Mendoza, Hernán. *La responsabilidad extracontractual del Estado Indemnización por error judicial*. Santiago de Chile: Conosur, 1997, pág. 224.

²⁹⁸Espinoza, J. E. (2006). *Derecho de la Responsabilidad Civil* (Cuarta ed.). Lima: GACETA JURÍDICA. pág. 630-631.

tiene el mencionado autor, se debe realizar una interpretación sistemática de los dispositivos legales mencionados, para que de esa manera se pueda acreditar el daño moral en caso de la detención arbitraria. No sería justo reconocer la reparación por el daño moral en un caso y desconocerla en otro.

El procedimiento para hacer efectiva la indemnización por detención arbitraria será tramitado ante el juez civil, con un plazo no mayor de los 6 meses siguientes a la detención arbitraria. Si se deja pasar el plazo opera la caducidad; mientras que si se trata de un error judicial, no existe un procedimiento judicial propiamente dicho, pues la indemnización sería automática (esto lo prescribe el artículo 18 de la ley en estudio). En este caso, la autoridad que emita la sentencia de revisión, la sentencia absolutoria o el auto de archivamiento definitivo debe consignar en la sentencia el mandato de pago de la indemnización que deberá ser transcrita al fondo nacional para su pago.

II.3. Inoperatividad del fondo nacional indemnizatorio creado por la Ley N°24973

La citada Ley no ha podido ser implementada a la fecha, no obstante que ha pasado aproximadamente 23 años desde que la ley en estudio creó el fondo mencionado. Esto pone en evidencia que no existe un interés para resarcir a las personas que son víctimas de los supuestos de la ley 24973, ya que no se cuenta con los recursos necesarios para hacer frente dicho problema. Esta situación fue advertida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual realizó un informe referido a la situación de los derechos humanos en el Perú del año 2000. Este informe señaló: *“El Fondo Indemnizatorio (...) no funciona ni recibe el presupuesto correspondiente, por lo que las personas afectadas por errores judiciales*

no son indemnizadas por los que constituyen violaciones a sus derechos humanos”²⁹⁹.

La inoperatividad del fondo nacional se debe, por lo tanto, a que no está adscrito a ningún pliego presupuestal que le pueda transferir las partidas necesarias.

Otro dato curioso es que el artículo 9 de la Ley N° 24973 establece que el recurso del Fondo será el equivalente al 3% del presupuesto anual del Poder Judicial. Dicho monto nunca ha podido ser transferido al referido fondo debido a que éste no se constituye como un pliego presupuestal propio y tampoco está adscrito a algún sector.

Nuestra investigación abarca también a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 1277-09-AC/TC, en la cual se reconoce el error judicial y que las personas agraviadas estarían expeditas a ser indemnizadas por el Estado. Esto siempre y cuando los agraviados hagan valer su derecho a ser resarcidos en la competencia judicial.

Cabe mencionar que “el 23 de Junio del 2006 se creó la Comisión Técnica encargada del análisis y revisión de la Ley N° 24973, comisión que ha desarrollado un anteproyecto de modificatoria de la citada ley, según se desprende de la Resolución N° 203-2007-JUS, de fecha 13 de junio del 2007”³⁰⁰. Después del citado anteproyecto, se presentó el proyecto de Ley N° 2176/2007-CR, de fecha 4 de marzo del 2008. Según se desprende de nuestra investigación, este es el más reciente proyecto de ley que tiene como objeto regular la indemnización por error judicial y detenciones arbitrarias; pero el citado proyecto de ley no trae mejoras significativas a lo que realizó la comisión que desarrolló el anteproyecto (N° 203-2007-JUS), ya que es una simple variación de este último.

²⁹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú*. Washington: OEA/Ser. L/V/II.106. Doc. 59. Rev. 2 junio 2000. Capítulo II. Numeral 128.

³⁰⁰ www.uss.edu.pe/facultades/.../NECESIDAD_DE_REGULACIÓN.doc. Pág. 16. Revisado el 09/08/11.

III. CONCLUSIONES

El tema de la responsabilidad del Estado ha pasado por una evolución, que ha pasado desde la total irresponsabilidad hasta llegar a la responsabilidad del mismo, por lo que en nuestra investigación consideramos que el Estado es el principal responsable por los errores judiciales y las detenciones arbitrarias.

El fundamento primordial de la responsabilidad del Estado es por una razón judicial, ya que en la actualidad el reconocimiento y protección a los derechos humanos es uno de los mayores logros alcanzados a nivel mundial, el cual vincula a los países; por lo que nuestro país no puede dejar de lado la obligación que resulte de un error judicial.

El Estado debe garantizar con certeza la justicia que imparte, respetando plenamente los derechos reconocidos, tanto internacionales como nacionales, de las personas que son víctimas.

Sostenemos que tanto las normas internacionales como las nacionales reconocen el derecho de toda persona que es víctima de error judicial o de detención arbitraria a ser indemnizado por el Estado. En nuestro país existe la Ley N° 24973, la cual fue dada hace 23 años y aún no ha podido ser aplicada.

La ley que se analiza crea el fondo nacional indemnizatorio por errores judiciales y detenciones arbitrarias, el cual a la fecha no cuenta con un plan presupuestario debidamente adscrito.

IV. PROPUESTA FINAL DE LA PONENCIA

Tras hacer un análisis de la Ley N° 24973, el principal problema con el que nos enfrentamos es la falta de operatividad del fondo nacional indemnizatorio por errores judiciales y detenciones arbitrarias, institución creada con el objetivo de proveer los fondos para reparar económicamente a las víctimas. Este fondo no recibe el presupuesto necesario para tal fin (cabe señalar que esto configura lo que en doctrina se conoce como: “re-envío a institución no actuada”, ya que no se ha activado hasta la fecha el

mencionado fondo), por lo que no cumple con su propósito y se produce la inaplicación de esta normatividad. Asimismo, consideramos que vulnera los derechos de las víctimas a ser resarcidas de manera pecuniaria por el Estado. Del mismo modo, al no cumplir su fin vulnera los derechos reconocidos en el artículo 9, numeral 5 y en el artículo 14, numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Igualmente transgrede el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en nuestro ordenamiento jurídico nacional, específicamente el artículo 139, inciso 7 de nuestra Carta Magna, y el artículo I, inciso 5 del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

Finalmente, nuestra propuesta es aprobar, previo debate, el proyecto de Ley N° 2176/2007-CR, de fecha 4 de marzo del 2008, mediante el cual se modifican algunos artículos de la Ley N° 27943, brindándole de esta manera una mayor efectividad. Asimismo proponemos que para el efecto del monto indemnizatorio se deberá tomar en cuenta el proyecto de vida de la víctima y que el Estado destine un presupuesto para el fondo indemnizatorio. Por último, consideramos que la demanda para el resarcimiento del daño causado debe tener un mayor plazo de caducidad y no los 6 meses que establece la Ley N° 27943.

BIBLIOGRAFÍA

1. Barraza, J. I. (2004). Manual de Derecho Político. Buenos Aires: La Ley.
2. Espinoza, J. E. (2006). Derecho de la Responsabilidad Civil (Cuarta ed.). Lima: GACETA JURÍDICA. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
3. EXP. N° 1277-99-ACTC
4. Informe N° 010-2009-DP/AD/ADHPD.
5. García Mendoza, Hernán. La responsabilidad extracontractual del Estado Indemnización por error judicial. Santiago de Chile: Conosur, 1997.
6. La Constitución Política Comentada. Tomo II. (2006). Lima: Gaceta Jurídica S.A.

7. Morales, J. L. (2007). Responsabilidad del Estado por Error Judicial (Segunda ed.). Bogotá, D.C, Colombia: Ediciones Doctrinales y Ley LTDA.
8. Quinzio Figueiredo, Jorge. Tratado de derecho constitucional. Tomo III. Santiago: Lexis Nexis, 2004.
9. Víctor García Toma. (2008) en su obra: Teoría del Estado y Derecho Constitucional. (Segunda ed.). Lima: PALESTRA.
10. www.uss.edu.pe/facultades/.../NECESIDAD_DE_REGULACIÓN.doc. Revisado el 09/08/11.
11. http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/CLP/contenidos.dll/Actualidad%20Jur%C3%ADdica%202011/raiz00000.htm/id_tomo00001.htm/tomo01462.htm/seccion01470.htm/tema01479.htm/articulo01480.htm revisado el 20/10/11.