Víctor García Toma

Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993

Tomo I

Universidad de Lima
Fondo de Desarrollo Editorial
1998

90573

UNIVERSIDAD
BIBLIOTECA
DE LIMA

Colección Biblioteca Universidad de Lima
Primera edición 1998

© Víctor García Toma
© De esta edición
Fondo de Desarrollo Editorial
Universidad de Lima
Av. Javier Prado Este s/n, Lima 33
Apartado postal 852, Lima 100, Perú
Teléfono 437-6767 – Fax 437-8066
E-mail fondo_ed@ulima.edu.pe
Internet http://www.ulima.edu.pe

Diseño y edición Fondo de Desarrollo Editorial

Impreso en el Perú

Se prohíbe la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio sin permiso expreso del Fondo de Desarrollo Editorial.

ISBN 9972-45-040-6

Índice

Palabras liminares 15

PRIMERA PARTE

Capítulo I

La tipología de la Constitución 19

1 Aspectos generales 19
2 Los antecedentes 22
3 La naturaleza de la Constitución 23
4 Constitución y sistema político moderno 24
5 El sentido de lo constitucional 25
6 Tipología de las Constituciones 27
6.1 Constituciones morfológicas 27
6.1.1 Primera clasificación: rígidas y flexibles 28
6.1.2 Segunda clasificación: escritas y consuetudinarias 28
6.1.3 Tercera clasificación: formales y materiales 29
6.1.4 Cuarta clasificación: principistas y reglamentaristas 30
6.1.5 Quinta clasificación: unitarias y federales 30
6.1.6 Sexta clasificación: otorgadas, pactadas y democráticas 30
6.2 Constituciones ontológicas 31
6.2.1 Primera clasificación: originarias y derivadas 31
6.2.2 Segunda clasificación: normativas, nominales y semánticas 32
6.2.3 Tercera clasificación: ideológicas y utilitarias 33
7 Las partes de una Constitución 33
8 El contenido constitucional 34
9 La tipología de la Constitución de 1993 35

Capítulo II

Aproximación a la Constitución de 1993 37

1 Aspectos generales 37
2 Los constituyentes 41

3 La participación 42
3.1 El *corpus* de la Constitución 43
3.1.1 El preámbulo 46
3.1.2 La parte orgánica. La organización y ditribución del poder 46
3.1.3 La parte dogmática 49
4 Los intérpretes 50
5 Las reformas constitucionales y la vigencia plena del Estado de Derecho 51

SEGUNDA PARTE

Capítulo III

Los derechos fundamentales 55

1 Aspectos generales 55
1.1 Características de los derechos fundamentales 57
1.2 Etapas de la consagración teórica y práctica de los derechos fundamentales 58
1.3 Clasificación de los derechos fundamentales 59
1.4 La verificación práctica de los derechos fundamentales 61
2 La persona humana, la sociedad y el Estado 62
3 Derechos fundamentales de la persona en la Constitución de 1993 66
3.1 A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar... 66
3.1.1 Derecho a la vida 66
3.1.2 Derecho a la identidad 71
3.1.3 Derecho a la integridad moral, psíquica y física 73
3.1.4 Derecho al libre desarrollo y el bienestar 74
3.2 A la igualdad ante la ley... 74
3.3 A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada... 77
3.3.1 La libertad de conciencia 77
3.3.2 La libertad religiosa 78
3.3.3 La opinión 79
3.3.4 El ejercicio público de las confesiones (opciones de religiosidad) 80
3.4 A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen... 80
3.4.1 La información 81
3.4.2 La opinión 81
3.4.3 La expresión 81
3.5 A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido... 83

3.6 A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar 84
3.7 Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias... 85
3.7.1 El honor 86
3.7.2 La buena reputación 86
3.7.3 La intimidad personal y familiar 86
3.7.4 La voz 89
3.7.5 El derecho a la propia imagen 89
3.8 A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto... 90
3.8.1 La libertad de creación 90
3.8.2 La protección del derecho de autor 91
3.9 A la inviolabilidad del domicilio... 93
3.10 Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados... 94
3.10.1 El secreto de las comunicaciones y documentos privados 94
3.11 A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él... 96
3.12 A reunirse pacíficamente sin armas... 98
3.13 A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley... 99
3.14 A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público 101
3.15 A trabajar libremente, con sujeción a ley 101
3.16 A la propiedad y a la herencia 103
3.16.1 La propiedad 103
3.16.2 La herencia 104
3.17 A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación... 105
3.18 A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional 107
3.18.1 La reserva sobre las convicciones personales 108
3.18.2 El secreto profesional 108
3.19 A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación... 108
3.20 A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente... 110
3.21 A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella... 111
3.22 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 112

3.22.1 El derecho a la paz y a la tranquilidad 113
3.22.2 El tiempo libre y el descanso 113
3.22.3 El ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida 113
3.23 A la legítima defensa 114
3.24 A la libertad y a la seguridad personales... 115
3.24.1 La libertad 115
3.24.2 La seguridad personal 115
3.24.3 Artículo 2, inciso 24, apartado a 115
3.24.4 Artículo 2, inciso 24, apartado b 116
3.24.5 Artículo 2, inciso 24, apartado c 118
3.24.6 Artículo 2, inciso 24, apartado d 119
3.24.7 Artículo 2, inciso 24, apartado e 120
3.24.8 Artículo 2, inciso 24, apartado f 121
3.24.9 Artículo 2, inciso 24, apartado g 123
3.24.10 Artículo 2, inciso 24, apartado h 124
4 Los derechos sociales y económicos 125
4.1 Naturaleza de los derechos económicos y sociales 128
4.2 Relaciones y diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales 128
4.3 Salud y seguridad social 131
4.3.1 Las drogas 133
4.3.2 Los tóxicos sociales 134
4.4 La protección especial de las personas en abandono 134
4.5 Población y paternidad responsable 135
4.6 Promoción de la familia y el matrimonio 138
4.6.1 La familia 139
4.6.2 El matrimonio 140
4.6.3 El Estado y las uniones de hecho 140
4.7 La seguridad social 141
4.7.1 Ámbito de las prestaciones de salud 143
4.7.2 Ámbito de las pensiones 143
4.7.3 Los fondos y reservas 145
4.8 La educación 146
4.8.1 Las responsabilidades estatales en materia educativa 147
4.8.2 Los niveles de enseñanza 148
4.8.3 Educación religiosa 151
4.8.4 Educación y medios de comunicación social 151
4.8.5 Educación y tributación 152
4.8.6 Educación y fiscalización 152
4.8.7 Gratuidad de la enseñanza 152
4.8.8 La carrera magisterial 153
4.8.9 Los promotores educativos 154
4.8.10 El papel de los padres de familia 154
4.8.11 Las universidades 155
4.8.12 La libertad de cátedra 157
4.9 El trabajo 158
4.9.1 Estado y trabajo 160

4.9.2 Los principios y la clasificación de los derechos constitucionales laborales 161
4.9.3 Los derechos laborales individuales 163
4.9.4 Los derechos colectivos 179
5 Los derechos y deberes políticos 191
5.1 Los derechos políticos 192
5.2 Los derechos políticos de participación en la Constitución de 1993 194
5.2.1 Las teorías de la representación 195
5.3 La democracia participativa 196
5.4 Mecanismos de participación política directa 198
5.4.1 La iniciativa popular 199
5.4.2 El referéndum 200
5.4.3 La revocación y la remoción de autoridades 205
5.4.4 Demanda de rendición de cuentas 208
5.5 Las organizaciones políticas 209
5.5.1 Partidos políticos 210
5.5.2 Alianzas políticas 216
5.5.3 Movimientos políticos 216

Capítulo IV

Sufragio y sistema electoral 219

1 Aspectos generales 219
2 Naturaleza del sufragio 221
2.1 El sufragio como expresión de un derecho 221
2.2 El sufragio como expresión de una función 222
2.3 El sufragio como expresión binaria 223
3 El cuerpo electoral 223
4 Las modalidades de sufragio 224
4.1 Clasificación 224
4.1.1 El sufragio público 224
4.1.2 El sufragio secreto 225
4.1.3 El sufragio directo 225
4.1.4 El sufragio indirecto 225
4.1.5 El sufragio obligatorio 225
4.1.6 El sufragio facultativo 225
4.1.7 El sufragio uninominal 225
4.1.8 El sufragio plurinominal o por lista 226
4.1.9 El sufragio único 226
4.1.10 El sufragio reforzado 226
4.2 El deslinde entre el sufragio universal y el sufragio restringido 226
4.3 Distinción entre sufragio y voto 231
5 Visión histórica del sufragio en el Perú 231
5.1 La evolución 232
5.1.1 Estadio de la génesis del sistema 232
5.1.2 Estadio de la consolidación del sistema 235
5.1.3 Estadio de la autonomía electoral 238

5.1.4 Estadio de las garantías al sufragio ciudadano 239
5.1.5 Estadio de la ampliación del proceso de participación en el sufragio 240
5.1.6 Estadio de la estructuración sistémica 241
6 El proceso sufragial 241
6.1 Tipos de proceso 241
6.2 Sujetos del proceso sufragial o electoral 242
6.3 El *iter* del proceso sufragial o electoral 242
6.3.1 Etapa preparatoria 243
6.3.2 Etapa constitutiva 243
6.3.3 Etapa de conocimiento y decisión sobre las materias contencioso-electorales 245
6.3.4 Etapa de proclamación y de extensión de credenciales 245
6.3.5 Etapa de investidura 246
7 El sistema electoral peruano 246
7.1 El Jurado Nacional de Elecciones 248
7.1.1 Funciones 248
7.1.2 La estructura orgánica del Jurado Nacional de Elecciones 252
7.2 La Oficina Nacional de Procesos Electorales 256
7.3 El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil 258
8 Sufragio y representación pluripersonal o parlamentaria 260
8.1 La circunscripción electoral 262
9 El sufragio de los peruanos residentes en el extranjero 263

Capítulo V

El defensor del pueblo 265

1 Aspectos generales 265
2 Antecedentes históricos 265
3 El defensor del pueblo 270
3.1 Marco conceptual 270
3.2 Atribuciones del defensor del pueblo 271
3.3 Los modelos institucionales 274
3.3.1 El modelo avanzado 275
3.3.2 Los modelos institucionales ortodoxos 280
3.3.3 Los modelos institucionales heterodoxos 281
3.3.4 El ámbito latinoamericano 284
4 El defensor del pueblo en el ordenamiento jurídico peruano 287
4.1 La Constitución de 1993 290
4.2 La autonomía 291
4.3 Elección del defensor del pueblo 292
4.4 Incompatibilidades 293
4.5 La cesación en el cargo 294
4.6 Estructura funcional 294
4.7 La colaboración interinstitucional 295
4.8 Las funciones 295

4.9 Examen de las quejas 298
4.10 Resoluciones 301
4.11 Información al Congreso 302
4.12 La actividad funcional en los estados de emergencia 302
4.13 Legitimación procesal 302
4.14 La iniciativa legislativa 303
A modo de conclusión 303

Capítulo VI

El control de la constitucionalidad y las acciones de garantía 305

1 Aspectos generales 305
1.1 El contenido de la jurisdicción constitucional 307
2 Bases históricas y doctrinarias de la jurisdicción constitucional 309
3 Los sistemas o modelos de control (jurisdicción constitucional) 315
3.1 El control político 315
3.2 El control jurisdiccional 317
3.2.1 El sistema americano o jurisdicción difusa 317
3.2.2 El sistema europeo o jurisdicción concentrada 319
4 El Tribunal Constitucional 321
4.1 Atribuciones 321
4.2 Quórum y acuerdos 322
4.3 La presidencia del Tribunal Constitucional 322
4.4 Composición 323
4.5 Duración del cargo 323
4.6 Requisitos 323
4.7 Inelegibilidad 324
4.8 Régimen de dedicación 324
4.9 Incompatibilidades 324
4.10 Prohibiciones 325
4.11 Derechos y prerrogativas 325
4.12 Vacancia 325
4.13 Principios del Tribunal Constitucional 326
4.14 El Tribunal Constitucional y los conflictos constitucionales de competencia y atribución 327
4.14.1 Elementos del conflicto 328
4.14.2 Tipología de los conflictos constitucionales de competencia y atribución 329
4.14.3 Ejercicio de la acción 329
4.14.4 Los principios delimitadores de las competencias y atribuciones constitucionales 331
4.15 El Tribunal Constitucional y las acciones de garantía 331
5 Las acciones de garantía del orden constitucional 332
5.1 La acción de inconstitucionalidad 332
5.1.1 El ejercicio de la acción de inconstitucionalidad 334
5.1.2 Prescripción de la acción 336
5.1.3 El patrocinio legal 336

5.1.4 Las sentencias de inconstitucionalidad 338
5.2 La acción popular 340
5.2.1 Características básicas 342
5.2.2 Alcances 343
5.2.3 Vicios de fondo o de inconstitucionalidad o ilegalidad material 343
5.2.4 Vicios de forma o de inconstitucionalidad o ilegalidad procedimental 343
5.2.5 Normas objeto de la acción popular 345
5.2.6 Características procesales de la acción popular 346
5.2.7 Esquema procesal 347
5.3 La acción de hábeas corpus 352
5.3.1 Los derechos protegidos por el hábeas corpus 357
5.4 La acción de amparo 358
5.4.1 Los derechos protegidos por la acción de amparo 360
5.5 Aspectos generales del hábeas corpus y el amparo 361
5.5.1 Objetivos de las acciones de garantía 361
5.5.2 Manifestación del carácter lesivo del acto 362
5.5.3 La arbitrariedad judicial 363
5.5.4 Procedimiento regular 363
5.5.5 Inaplicabilidad de las normas carentes de constitucionalidad 363
5.5.6 Improcedencia de las acciones de garantía 364
5.5.7 Suplencia de deficiencia procesal e integración judicial 366
5.5.8 La jurisprudencia vinculante 367
5.6 La acción de hábeas data 368
5.7 La acción de cumplimiento 373
5.8 El Tribunal Constitucional y las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento 375
6 La jurisdicción supranacional y las acciones de garantía 376
6.1 La Organización de las Naciones Unidas y la jurisdicción supranacional 378
6.2 El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 379
6.3 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 380
6.4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos 381

Palabras liminares

El presente libro trata de contribuir a una cabal comprensión del texto constitucional peruano, exponiendo una visión integral de sus alcances y contenido.

En ese afán, el lector encontrará una pluralidad de referencias doctrinarias, históricas y políticas, amen de una sistemática y exhaustiva interpretación legislativa.

Análisis sistemático de la Constitución de 1993 consta de dos tomos divididos en cinco grandes partes, en donde por las razones arriba anotadas no se ha seguido necesariamente el orden preceptivo fijado por el legislador constituyente.

Dejo constancia de que he tratado de ofrecer una redacción clara y sencilla, a efectos de que pueda ser accesible para los no iniciados en el estudio del derecho constitucional.

El libro, escrito con vocación didáctica y al influjo de la experiencia docente adquirida en las aulas de la Universidad de Lima, no ha podido evadir la necesidad de reflejar las particulares convicciones y creencias más sentidas del autor. Ello se justifica en el hecho de que siendo el texto fundamental de la República un proyecto político-jurídico de vida comunitaria, éste no puede ser analizado con gelidez y distancia, sino con razonada sensibilidad ciudadana.

Finalmente, accediendo a un recado del corazón, dedico el presente trabajo a mis padres Pepe y Rosa; a mi esposa Chela; a Isabel, Daniel y Bruno. Y especialmente a mi hijo José Víctor "Pepevi", a quien desde estas páginas le digo que la convicción del amor y cariño mutuo se engrandece ante las pruebas que nos pone la vida. La ausencia física del presente es el mejor aliciente para la plenitud del reencuentro de mañana.

Víctor García Toma

PRIMERA PARTE

Capítulo I

La tipología de la Constitución

1 *ASPECTOS GENERALES*

Todo ente, cualquiera sea su naturaleza –animada o inanimada–, requiere de –y exige– la intrínseca ordenación fundamental de sus funciones; por ende, en el caso de un Estado se presupone la existencia de una Constitución.

Es históricamente constatable que no existe ningún Estado que no posea –de alguna forma o manera– una estructura jurídica fundamental que sea la expresión de unidad y orden.

Como bien afirma el tratadista Juan Helio Zarini[1]: "Desde el momento en que es Estado, éste se encuentra constituido" de alguna manera; y ese estar constituido "es contar con una Constitución". Ello es evidente, ya que un Estado "no constituido" sería algo absurdo o carente de sentido. En la práctica *no es admisible la existencia de un Estado sin Constitución.*

La Constitución es una noción intelectual que promueve la conexión armoniosa entre el poder y el derecho.

Así, el poder político se ve constreñido a ser ejercido con arreglo a la estructura y organización establecida por el texto fundamental. Es mediante éste que el *poder social* se hace *poder estatal*, asumiendo el gobierno dentro de unas vías señaladas.

La existencia de una estructura y una organización constitucional significa la unidad entre un complejo normativo y una situación social.

La Constitución hace referencia a la esencia misma del ordenamiento social y político, amén de convertirse en el fundamento de un determinado ordenamiento jurídico.

---

1 ZARINI, Juan Helio. *Derecho constitucional.* Buenos Aires: Ed. Astrea.

La realidad social y política del pueblo asume un orden mediante la Constitución, lo que permite asegurar un mínimo de justicia –por arbitraria que sea su inspiración–, ya que entronca al derecho con el ejercicio del poder. A partir de ella, el ordenamiento jurídico regula por sí mismo la producción de las normas que rigen los destinos de una sociedad.

El texto fundamental significa la regulación legal básica de una específica realidad político-social; es decir, presenta un sistema de normas supremas y últimas. Por ende, el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma básica.

El tratadista francés Georges Burdeau[2] sostiene que la Constitución es una *"operación jurídica" mediante la cual el poder se transfiere de la persona de los gobernantes a una entidad abstracta denominada Estado. Así, el poder se institucionaliza y la Constitución se convierte en el "estatuto del poder".*

Cabe señalar que el Estado dejaría de existir si careciera de esta Constitución, es decir, de su unidad y ordenación. Empero, la existencia de una nueva Constitución plantea el surgimiento de un nuevo Estado.

El tratadista alemán Carl Schmitt[3] plantea esta concepción acerca de la Constitución, mediante el siguiente símil:

> "La canción o pieza musical permanece igual aun cuando cambien los hombres que la cantan o ejecutan. Ello aun cuando cambie el lugar en que cantan o tocan. La unidad y ordenación reside en la canción y en la partitura, como la unidad y ordenación del Estado reside en su Constitución."

Es históricamente comprobable –como en cierta forma señala el tratadista Karl Loewenstein[4]– que toda sociedad, cualquiera sea su estructura social, posee ciertas convicciones comúnmente compartidas y ciertas normas de conducta reconocidas que representan en puridad su Constitución.

La Constitución supone la existencia de dos (2) elementos:

a) *Elemento jurídico*

Constituye la ley de leyes dentro del ordenamiento jurídico del Estado. Expresa la base y fundamento de dicho orden.

---

2 BURDEAU, Georges. *Método de la ciencia política.* Buenos Aires: Ed. Depalma.
3 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Madrid: Alianza Editorial S.A.
4 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* Barcelona: Ed. Ariel.

b) *Elemento político*

Plantea la existencia de un determinado sistema y proceso político; por ende, encuadra las acciones políticas del Estado para asegurar algún grado de libertad en favor de los ciudadanos y fijar los límites de poder de los gobernantes.

Empero, es además constatable por la realidad –como acertadamente afirma Felipe Isasi Cayo[5]–, que una Constitución es en verdad lo que detentadores y destinatarios del poder hacen en la práctica. En ese sentido, para que un texto fundamental concuerde con la finalidad de su letra –caso de la Constitución escrita– tiene que ser efectivamente "vivido" por gobernantes y gobernados. En ese aspecto, parafraseando a Karl Loewenstein, cabe señalar:

> "La Constitución cuando es realmente tal, en la práctica es como un traje que sienta bien y que se lleva habitualmente."

La palabra *constitución* proviene etimológicamente del latín *stature* o *statutum*, que significa "reglar", "establecer", "ordenar" o "regular".

Se la define como un conjunto de normas básicas y fundacionales, escritas o consuetudinarias, formales o materiales, que devienen en el soporte de la estructura y organización del poder estatal y de su ordenamiento jurídico, a efectos de alcanzar, en favor de la población que integra el Estado, determinados fines de carácter social. Por ende, expresa los principios sobre los cuales se erige la relación de poder-libertad entre los detentadores (gobernantes) y los destinatarios (pueblo) del poder.

Sobre la base de dicha definición se extraen cuatro contenidos:

- Conjunto de normas básicas y fundacionales del Estado.
  Dichas pautas pueden ser escritas o consuetudinarias, formales o materiales, etc.
- Afirmación normativa de la estructura y organización del poder estatal, así como fuente originaria del ordenamiento jurídico.
- Determinación del proyecto de vida comunitario que deberá ser cumplido a través de los fines del Estado.
- Establecimiento de los principios que sustentan la relación entre el poder-libertad, entre gobernantes y gobernados. En lo

5 ISASI CAYO, Felipe. *Elementos de cultura política.* Lima: Universidad de Lima.

que respecta a estos últimos, fija la relación de derechos, deberes y garantías existentes en su entorno.

Desde esa perspectiva, en todo texto fundamental, de una forma directa o indirecta se hace referencia al poder estatal y al pueblo.

En ese sentido, es oportuno consignar lo siguiente:

En referencia al poder estatal

a) Establece la forma, organización, funcionamiento y órganos del poder estatal (gobierno).
b) Señala las competencias de los órganos del poder estatal, así como sus relaciones y controles.
c) Determina los fines sociales que deberán alcanzarse (proyecto de vida comunitario).

En referencia al pueblo de un Estado

a) Reconoce los derechos y garantías de las personas y grupos sociales frente a sus congéneres y al Estado.
b) Determina los deberes y cargas públicas de las personas y el Estado.

La doctrina es recurrente al admitir que la delimitación de esas competencias es inevitable en cualquier tipo de Constitución, ya sea de un Estado totalitario o democrático. No es concebible que un texto fundamental no determine, de alguna manera, las competencias del Estado y de sus diversos órganos de poder respecto al cuerpo social, como tampoco que desdeñe establecer cuáles son las libertades y derechos ciudadanos, amén de las obligaciones de carácter social.

Ahora bien, tal como afirma –en parte– el tratadista Karl Loewenstein, la historia ha ido consolidando la idea de que la Constitución es un mecanismo de control del ejercicio del poder estatal.

2 LOS ANTECEDENTES

El auge de la Constitución tiene su origen en la experiencia inglesa de mediados del siglo XVII; más precisamente entre los años 1640-1688.

En ese sentido, la revolución encabezada por los puritanos –miembros de una secta de presbiterianos rígidos–, a través de Oliverio Cromwell, expidió el Agreement of the People en 1647 y el Instrument of Government de 1653.

En dichos textos se estableció la necesidad de promover una ley suprema colocada fuera del alcance del Parlamento y limitante de sus poderes, además de declarante, por vía de restricciones expresas, sobre las atribuciones que el Estado inglés se reservaba, inobjetablemente, para sí.

Aun cuando el primero de los citados instrumentos normativos jamás tuvo sanción formal, ello no impidió que influyera notoriamente la expedición del Instrument of Government, el cual, según la opinión de cierta parte de la doctrina, devino en la primera Constitución *stricto sensu* en el mundo y la única escrita y rígida que ha tenido Inglaterra a lo largo de su historia.

El tratadista argentino Carlos Sánchez Viamonte[6] los considera como los antecedentes concretos más antiguos relativos al enunciado de la doctrina de la separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Más aún, considera que el Instrument of Government, elaborado por el consejo de oficiales del ejército de Oliverio Cromwell, estableció la separación entre el poder constituyente y el poder legislativo. Esta "Constitución" tuvo la relativa vigencia de treinta y cinco años (1653-1688).

El tratadista Karl Loewenstein[7] ha señalado que:

> "La exigencia de un documento escrito y unificado para las normas fundamentales surgió, en primer lugar, con la revolución puritana como protesta frente a la pretensión del Parlamento Largo de ejercer una autoridad absoluta e ilimitada. El origen conceptual de esta petición tenía un evidente carácter religioso: la representación bíblica del pacto solemne."

Sin embargo, las primeras Constituciones propiamente dichas fueron la formulada en los Estados Unidos, en 1787, y las francesas de 1791, 1793 y 1795.

3 *LA NATURALEZA DE LA CONSTITUCIÓN*

El estudio de la Constitución puede ser observado desde tres puntos de vista:

---

6 Citado por ISASI CAYO, Felipe. Op. cit.

7 LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit.

a) *Noción sociológica-fenomenológica*

Alude al modo de ser del Estado.

Así, a todo Estado corresponde una específica *unidad de ordenación política y social.*

Por ende, el Estado no tendría una Constitución según la cual se forma y funciona la voluntad estatal, sino que éste –o sea, el propio cuerpo político– es en sí mismo la "Constitución"; es decir, un *status* de unidad y ordenación.

b) *Noción política*

Alude a la organización basada sobre determinados principios de orientación política. Se plantea la Constitución como la explicitación de algunas pautas basilares fundamentales operantes de la unidad política. En ese sentido, Ferdinand Lasalle[8] ha señalado que:

> "En síntesis, la Constitución de un país es la suma de los factores reales de poder, expresados por escrito en instituciones jurídicas."

c) *Noción jurídica*

Alude a su identificación con el ordenamiento jurídico estatal; esto es, con la norma de derecho primaria, sobre la que se funda tal ordenamiento.

Nosotros consideramos que estos tres puntos de vista no son excluyentes. En ese sentido, afirmamos una visión trina del Estado.

4 *CONSTITUCIÓN Y SISTEMA POLÍTICO MODERNO*

A la luz de la ideología liberal, la configuración de un sistema político como *democrático constitucional* depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político se encuentre realmente sometido a cinco consideraciones:

a) Diferenciación de las funciones o tareas estatales, así como su asignación a diferentes órganos de poder, los mismos que se encuentran a cargo de una pluralidad de operadores. Todo ello con el objeto de evitar la concentración del poder en la fórmula de un único y autocrático detentador.

---

8 Citado por LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit.

b) Establecimiento de reglas y mecanismos que fijan, de un lado, una relación de frenos y contrapesos entre los órganos de poder estatal –*checks and balances*–, y del otro, una vinculación de cooperación y esfuerzo mancomunado en aras de alcanzar los objetivos estatales previstos en la Constitución.
Dentro de ese contexto, se conceden facultades dirimentes a los gobernados, en aquellas situaciones de conflicto insalvables entre los conductores de los órganos de poder.
c) Promoción de la reforma constitucional dirigida a canalizar la adecuación pacífica del orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas. Ello a efectos de evitar el recurso a la ilegalidad, la fuerza o la revolución.
d) Reconocimiento, en favor de los gobernados, de un conjunto de derechos, facultades y prerrogativas básicas para la vida en relación, fundamentalmente aquellos vinculados con la libertad individual.
e) Responsabilidad *in genere* –plano administrativo, civil, penal, político– por los actos ejecutados por los operadores de los órganos de poder.

5 EL SENTIDO DE LO CONSTITUCIONAL

El tratadista André Hauriou[9] señala la existencia de tres reglas constitucionales que permiten formar el estatuto constitucional de un país:

- Las costumbres constitucionales.
- Las leyes con carácter constitucional.
- Las Constituciones propiamente dichas, que poseen un carácter de superlegalidad.

Las costumbres constitucionales

Hacen referencia a las prácticas políticas con conciencia de obligatoriedad, tanto de gobernantes como de gobernados. Tales son los casos del funcionamiento del régimen parlamentario o gobierno de gabinete en Inglaterra, amén de la institucionalidad constitucional en Hungría hasta 1920, y de la que actualmente existe en Israel.

No obstante lo expuesto, no debe obviarse que la Constitución inglesa no sólo descansa en la costumbre, sino también en la existencia de textos escritos de naturaleza constitucional, tales como:

---

9 HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas.* Barcelona: Ed. Ariel.

- Acta del Parlamento, de 1911, mediante la cual se limita la colaboración entre la corona y el Parlamento en la formación de las leyes.
- Acta del Parlamento, de 1958, que consagra el derecho de los ciudadanos ingleses a tener asiento en la Cámara de los Lores.

Además, no debe olvidarse que la parte dogmática de su Constitución también es escrita: la conforman la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos de 1628, el Bill de Derechos de 1688 y el Acta de Establecimiento de 1701.

Este "sentido" de lo constitucional en el caso inglés, ha permitido que Jean Louis de Lalme afirme con rotundidad:

> "El parlamento inglés puede hacer todo, salvo convertir a una mujer en un hombre y a un hombre en una mujer."

Las leyes con carácter constitucional

Se trata de normas de ámbito y contenido general expresadas en organizaciones político-jurídicas que han optado por una carta fundamental flexible, es decir, por una carta que puede ser modificada por órganos legislativos ordinarios siguiendo un procedimiento idéntico a los utilizados para el caso de una ley común.

Ello genera adicionalmente la composición de un poder parlamentario robusto y prevalente, así como la exclusión, en favor de éste, de las nociones poder legislativo y poder constituyente. Tal fue el caso en Italia, de 1848 a 1946, en donde el texto fundamental estaba contenido en una ley ordinaria. Similar caso se produjo durante la vigencia de las cartas francesas de 1875 y 1946.

Las Constituciones propiamente dichas

Se trata de textos establecidos en forma especial por un órgano supremo de carácter político, denominado *poder constituyente originario.*

Estos textos presentan una "superlegalidad", por lo que el resto de las normas del sistema jurídico del Estado se encuentran subordinadas y deben demostrar coherencia y respeto a la jerarquía normativa.

Se trata de reglas rígidas que sólo pueden ser modificadas por un procedimiento más riguroso que el empleado para la aprobación de las disposiciones legales ordinarias.

A la par que existe un *poder constituyente*, aparece también un *poder constituido*; empero este último está parametrado y sujeto en su labor al marco superlegislativo fijado por el primero.

6 *TIPOLOGÍA DE LAS CONSTITUCIONES*

Esta expresión alude al señalamiento de las características comunes que presentan algunas Constituciones.

La determinación de peculiaridades que permiten agrupar un determinado número de textos constitucionales, en contraposición a otros, aspira a alcanzar cuatro objetivos:

- Comprender a plenitud el alcance y contenido de las Constituciones, poniendo especial énfasis en lo relativo a las notas sobresalientes del sistema político que describen.
- Comprender la conexión entre la Constitución escrita o codificada y la realidad en que se aplica.
- Plantear teóricamente elucubraciones sobre las virtudes y defectos de un tipo de Constitución específico.
- Promover una valoración didáctica, ya que deviene en una forma de poder conocer metodológicamente una pluralidad de Constituciones.

Dicha tipología puede ser establecida de la manera siguiente:

Constituciones morfológicas

a) Constituciones rígidas y flexibles.
b) Constituciones escritas y consuetudinarias.
c) Constituciones formales y materiales.
d) Constituciones principistas y reglamentaristas.
e) Constituciones unitarias y federales.
f) Constituciones otorgadas, pactadas y democráticas.

Constituciones ontológicas

a) Constituciones originarias y derivadas
b) Constituciones normativas, nominales y semánticas
c) Constituciones ideológicas y utilitarias.

6.1 Constituciones morfológicas

Aluden a la importancia que se asigna a la *forma* en que aparece el texto fundamental. En ese sentido, se presentan seis clasificaciones:

6.1.1 Primera clasificación: rígidas y flexibles

Las *rígidas* son aquellas Constituciones que sólo pueden ser modificadas en su contenido mediante un procedimiento especial de reforma. Su estructura es casi fija e inalterable.

Expresan la normatividad suprema del Estado, dejando a las leyes, tratados, etc., como meras prescripciones derivadas.

Es el caso de las Constituciones del Perú, Argentina, España, etc.

Su inserción aparece con las Constituciones de las colonias británicas en América del Norte, ya que eran inmodificables para los legisladores coloniales.

Las *flexibles* son aquellas que pueden ser modificadas mediante un procedimiento ordinario de reforma. Se caracterizan por poseer elasticidad y rápida adaptabilidad, que tienen que ver con la facilidad y frecuencia con la que pueden ser reformadas.

Tal es el caso de la Constitución inglesa, en cuanto puede ser modificada de modo semejante o análogo a la de cualquier norma ordinaria.

6.1.2 Segunda clasificación: escritas y consuetudinarias

Las *escritas* son aquellas Constituciones que expresan su normatividad por medio de signos convencionales, en un documento. Tal como lo expresa Domingo García Belaunde[10], las Constituciones escritas pueden ser, a su vez:

a) *Codificadas.* Son aquellas cuya normatividad se encuentra contenida en un solo y único texto.
b) *Dispersas.* Son aquellas cuya normatividad se encuentra contenida en una pluralidad de documentos. Fue el caso de la España franquista, que contaba con diversos textos de nivel constitucional (ley de Fuero de los Españoles, ley de Sucesión, etc.).

Las *consuetudinarias* son aquellas Constituciones cuya normatividad es consecuencia de un acontecimiento histórico que embarga la conciencia de los integrantes de una comunidad política. Se sustentan en la conciencia social y política de un pueblo, forjada a la luz de su peculiar experiencia histórica.

Allí, la estructura, organización y funcionamiento del Estado es el resultado de prácticas o tradiciones consagradas por el uso constante, logrando obtener, en la población, conciencia de obligatoriedad.

---

10 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Constitución y política.* Lima: Ed. Sesator.

En ese sentido, buena parte de las instituciones políticas inglesas (y fundamentalmente las principales) son fruto de la *opinio juris necesitatis* entre gobernantes y gobernados: es el caso de la corona; el gabinete ministerial; la responsabilidad de los ministros ante la Cámara de los Comunes; la inasistencia del rey a las sesiones del Consejo de Ministros; las funciones de la Cámara de los Lores; el período de sesiones de las cámaras; la "Oposición de Su Majestad", etc. No obstante lo expuesto, debe advertirse que algunos aspectos de la parte orgánica –y la mayoría de los de la dogmática– se encuentran expresados por escrito.

Hay que consignar que hasta fines del siglo XVIII no existieron sino Constituciones consuetudinarias –basadas en los precedentes–, pero por obra de los publicistas que prepararon la Revolución francesa se impuso el criterio de la expedición de una carta escrita, con disposiciones claras y sistemáticas.

6.1.3 Tercera clasificación: formales y materiales

Las Constituciones *formales* se refieren a un texto declarado en forma solemne y ritual como la "ley de leyes" de un determinado y específico Estado.

En ese aspecto, se refieren únicamente a la forma y efectos jurídicos de un texto fundamental. Aluden a un sistema de normas supremas, sancionadas por un órgano investido de poder constituyente.

Las Constituciones *materiales* se refieren a las normas que, independientemente de la forma y solemnidad real, *efectivamente* se aplican dentro de un Estado. Esta eficacia es un producto o resultado jurídico de las situaciones y estructuras reales (sociales, políticas, económicas, culturales).

Aluden a la vigencia de un conjunto de normas –escritas o no– que tienen "efectiva" vigencia jurídica, política, sociológica, etc.; es decir, involucran lo real, viviente, práctico o verdaderamente social.

Como acertadamente advierte el tratadista André Hauriou, en principio, los dos sentidos coinciden; empero, pueden también producirse diferencias.

Ambos coinciden cuando *la Constitución en sentido formal* rige y funciona en la realidad. En cambio, entran en contradicción cuando el texto fundamental carece de eficacia real o parcial, no funciona ni se aplica. Esta falta de eficacia, en nuestro país, deriva de épocas en que se producen situaciones como los gobiernos de facto y los autogolpes.

André Hauriou señala que puede presentarse el caso de un Estado dotado de una Constitución en sentido material, *sin poseer otra en sen-*

tido formal. Es el caso de la Constitución italiana de 1861-1946 ("Lo Statuto"). Igualmente, es citable el caso de Gran Bretaña.

6.1.4 Cuarta clasificación: principistas y reglamentaristas

Las Constituciones *principistas* son aquellas que contienen a grandes rasgos los criterios básicos sobre la estructura del poder y el rol de los ciudadanos. Se trata de textos de redacción concisa y breve articulado.

Por tal motivo, se deja a la legislación ordinaria la reglamentación de los aspectos de carácter constitucional. Son citables los casos de la Constitución francesa de 1958 y la Constitución china de 1975 (30 artículos).

Las *reglamentaristas* son aquellas que pretenden encerrar en el texto toda una casuística constitucional. Tal texto es extenso y detallado.

Es el caso de la Constitución de la India de 1950 (395 artículos) y la Constitución peruana de 1979 (306 artículos).

6.1.5 Quinta clasificación: unitarias y federales

Las Constituciones *unitarias* son aquellas que aluden al criterio de competencias asignadas y que se manifiestan desde un solo centro de afluencia y decisión política. Ésta depende de un único titular.

Las *federales* son aquellas que aluden a una pluralidad de Estados con un orden jurídico específico y particular para ciertos ámbitos de poder, pero tienen en común su entroncamiento con un ordenamiento jurídico *supra* y con una autoridad común que goza de plena autonomía en el ejercicio de sus funciones.

Las Constituciones federales crean una nueva colectividad estatal, la misma que se superpone sobre los entes asociados.

Son citables los casos de Estados Unidos, Venezuela, Brasil y Argentina.

6.1.6 Sexta clasificación: otorgadas, pactadas y democráticas

Las *otorgadas* son aquellas Constituciones conferidas o establecidas unilateralmente por un órgano estatal. Domingo García Belaunde las define como el producto de un acto de liberalidad del soberano. Se trata de actos de gracia política.

Son citables todas las cartas y fueros de origen medieval, incluso el Fuero de los Españoles en 1945 (obra del generalísimo Francisco Franco); asimismo la Constitución rusa de 1905, dictada por el zar Nicolás II.

Ahora bien, el tratadista André Hauriou señala que este tipo de texto no expresa la voluntad nacional; empero, puede representar un "acuer-

do" establecido entre el *ejerciente* del poder ejecutivo y una representación parlamentaria adicta y disciplinada a la voluntad del gobernante.

Las Constituciones *pactadas* son aquellas que expresan el resultado de un acuerdo, compromiso o transacción entre un órgano estatal y la comunidad o un sector de ella. Tales son los casos de la Constitución francesa de 1830, las españolas de 1845 y 1876, la griega de 1844, la romana de 1864, etc.

Las *democráticas* son las Constituciones emanadas del poder constituyente; es decir, son la expresión del ejercicio de un poder prejurídico y supremo por parte del pueblo. Surgen de la libre discusión de asambleas o congresos integrados por representantes de la ciudadanía.

6.2 Constituciones ontológicas

Aluden a la importancia de estudiar y contrastar el contenido de la Constitución con la realidad constitucional, o sea, con el mundo tangible y efectivo del poder.

En esa perspectiva, aparecen tres categorías:

6.2.1 Primera clasificación: originarias y derivadas

Las Constituciones *originarias* son aquellas que crean un nuevo principio fundacional para el proceso del poder político y la formación de la voluntad estatal.

Su denominación se debe a que no siguen principios fundacionales aceptados o construidos por otras leyes fundamentales. Tienen, en puridad, un valor suprahistórico.

Son citables los casos de la Constitución americana de 1787, que creó el presidencialismo; la Constitución francesa de 1793, que creó el gobierno de asamblea; las Constituciones napoleónicas, que crearon las consultas plebiscitarias; la Constitución francesa de 1814, que estableció las características de la monarquía constitucional; la Constitución soviética, etc.

Las Constituciones *derivadas* son las que adaptan a su realidad y a sus necesidades los principios fundamentales de una Constitución originaria. Como bien afirma Jorge Carpizo[11]:

> "Se encargan de introducir, con sus propias peculiaridades, los principios del proceso del poder político y la formación

11 CARPIZO, Jorge. "La democracia y la clasificación de las Constituciones. Una propuesta". En: *Ius et Praxis* 8. Lima: Universidad de Lima.

de la voluntad estatal contenidos en otra Constitución, a su propia normatividad *supra*."

Se trata de textos con adaptaciones a lo sumo ingeniosas. Es el caso de las Constituciones latinoamericanas.

6.2.2 Segunda clasificación: normativas, nominales y semánticas

Son *normativas* aquellas Constituciones en las que la realidad se analiza de acuerdo con lo señalado en la norma constitucional. Existe una adecuación entre la realidad y el texto fundamental. Se trata de Constituciones cumplidas en razón de su armonía con el sistema de creencias preponderante en la sociedad.

Son citables los casos de Inglaterra, Suecia, Estados Unidos, entre otros.

Las Constituciones *nominales* son aquellas en donde no existe una concordancia absoluta entre la realidad del proceso político y las normas constitucionales. Ello a causa de una suma de factores de índole social y económica, como la falta de educación general, la existencia de una clase media independiente, etc. No obstante lo expuesto, existe la expectativa de alcanzar dicha concordancia en un futuro no lejano, en razón de la buena voluntad de los gobernantes y los destinatarios del poder.

Se aspira a la búsqueda de la "internalización", por parte de gobernantes y gobernados, de las creencias que las inspiraron.

Ellas cumplen una función educativa y su meta consiste en llegar a convertirse en una Constitución normativa.

Son citables los casos de México, Argentina, Uruguay, Chile, etc.

Las Constituciones *semánticas* son aquellas en que el proceso del poder se encuentra "congelado" en beneficio de quienes efectivamente detentan el poder; es decir que existe una concordancia "fabricada" entre la realidad y la norma escrita. Baste señalar que, si no existiese ninguna Constitución escrita, el proceso real del poder no sería muy diferente al que acontece. Son textos que permiten a los gobernantes "formalizar su situación de poder".

En estos casos, el texto básico sirve más para establecer y eternizar a los detentadores del poder, que como un instrumento para limitar ese poder.

Son citables los casos de los países islámicos, Corea del Norte, Libia, Cuba, y hasta la Constitución de Pinochet en Chile.

6.2.3 Tercera clasificación: ideológicas y utilitarias

Las Constituciones *ideológicas* son las que representan un conjunto de ideas políticas destinadas a orientar y justificar la acción política del Estado.

Se esfuerzan en hacer hincapié en los fines y objetivos del Estado, e incluso se detienen en definiciones que encierran los valores que se quieren alcanzar. Son citables los casos de la Constitución socialista soviética de 1977, la Constitución de Yugoslavia de 1974, etc.

Las *utilitarias* son aquellas Constituciones que se adhieren a un único y *ex profeso* objetivo: regular el mecanismo del proceso gubernamental.

Se trata de textos neutros ideológicamente, e instrumentales en la práctica. Rehúsan o limitan al máximo cualquier referencia ideológica, y se inclinan simplemente por especificar la mecánica y el funcionamiento del poder.

Son citables los casos de la Constitución alemana de Bismarck, de 1871, y las Constituciones francesas de 1871, 1946 y 1958.

7 *LAS PARTES DE UNA CONSTITUCIÓN*

Es tarea común en la doctrina del derecho público el dividir las materias y contenidos de un texto fundamental en dos grandes partes:

a) Parte orgánica

Hace referencia al Estado en sí mismo. En esa perspectiva, plantea regulaciones en las siguientes áreas:

- Forma de Estado (unitario, federal).
- Forma de gobierno (monarquía, república, régimen presidencial, parlamentario, etc.).
- Facultad y atribuciones de los órganos del poder, relaciones, controles, etc. (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, organismos autónomos).

b) Parte dogmática

Hace referencia a los derechos, obligaciones, garantías, etc., de la persona y de los grupos sociales que ella constituye.

Ahora bien, ya sea en su parte orgánica o dogmática, las normas constitucionales pueden ser divididas en:

a) *Normas operativas o autoaplicativas*

Son aquellas que funcionan *per se*; se bastan a sí mismas, son autoaplicativas. Se trata de preceptos autosuficientes y directa-

mente aplicables; por ende, no requieren ni exigen normas reglamentarias para alcanzar eficacia. Es el caso de los derechos de libertad, igualdad, asociación, etc.

b) *Normas programáticas*

Son aquellas que se encuentran "atadas", para alcanzar eficacia, a la existencia futura de determinados niveles de desarrollo socioeconómico, así como a una legislación reglamentaria. Es el caso de muchos derechos de carácter social (vivienda, seguridad social, etc.).

8 *EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL*

El contenido de una Constitución se encuentra orientado intelectualmente por alguna de estas tres corrientes teóricas:

Racional-normativa

Se fundamenta en el hecho de que los legisladores constituyentes consideran que la razón humana es el medio capaz de resolver, a través de la dación de normas escritas, la totalidad de problemas de carácter social. Se postula la probabilidad de crear y estructurar *a priori* una determinada comunidad político-jurídica, e incluso, de asegurar la felicidad del hombre. Surge de la creencia en la posibilidad de planificar la vida política, de racionalizar el acaecer del ejercicio del poder.

En esta orientación prevalecen los conceptos jurídicos divulgados a fines del siglo XVIII –revoluciones americana y francesa–; ergo, se refieren al constitucionalismo clásico y la ideología liberal. Estos conceptos pueden ser sintetizados en los tres siguientes:

- Formalización de un texto constitucional escrito.
- Reconocimiento formal de derechos y libertades de carácter individual.
- División de funciones en el ejercicio del poder estatal (Ejecutivo, Legislativo, Judicial).

Tradicional-histórica

Se fundamenta en la elaboración de un texto fundamental arraigado en las costumbres y sentimientos peculiares y ancestrales de cada pueblo.

Por ende, se parte del rechazo de cualquier consideración "totalizadora", a efectos de permitir la expresión formal de lo "vital", es decir, de los gérmenes materiales de vida contenidos en el tiempo, las circunstancias, el carácter nacional, etc.

En puridad, expresa una reacción contra el racionalismo. La fórmula que auspicia es el resultado o prolongación de la tradición, usos y costumbres que han ido arraigando en la sociedad a lo largo del tiempo.

Sociológica

Se fundamenta en la necesidad de adecuación a los elementos y causas reales que prevalecen en un momento concreto y específico en el Estado (sociedad, territorio, economía, cultura, religión, política).

Dicho contenido sociológico se caracteriza por lo siguiente:

- La Constitución es primordialmente una forma de ser y no un deber ser.
- La Constitución es el resultado de las situaciones y estructuras sociales del presente y no es el epítome del pasado.

Así pues –siguiendo a Sismondi–, cabe señalar que el texto fundamental se define como la "manera de existir de una sociedad, de un pueblo o una nación". En un buen grado, se relativiza el derecho a la situación social imperante.

9 *LA TIPOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993*

Desde nuestro punto de vista, la Constitución vigente puede ser clasificada de la siguiente manera:

Aspecto morfológico

- Rígida.
- Escrita.
- Formal.
- Reglamentarista.
- Unitaria.
- Pactada.

Consideramos que es una Constitución pactada, en razón de que en la práctica política fue un acuerdo, compromiso y transacción entre el Órgano Ejecutivo –conducido por el ingeniero Alberto Fujimori Fujimori–, la comunidad internacional y las fuerzas políticas que optaron por participar en el proceso de su elaboración. Era obvio que dicho texto recogería formalmente algunas de las ideas-fuerza derivadas del autogolpe del 5 de abril, a saber: fortalecimiento del Ejecutivo, reelección, etc.

Aspecto ontológico

- Derivada.
- Nominal.
- Ideológica.

Capítulo II

Aproximación a la Constitución de 1993

1 ASPECTOS GENERALES

Con fecha 31 de diciembre de 1993 entró en vigor la nueva Constitución Política del Perú. Dicho texto se convierte en el decimotercero de nuestra historia –si incluimos la Constitución de Cádiz de 1812– y es la quinta Constitución en ser aplicada real o nominalmente en el siglo xx.

Ella surgió como consecuencia del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992, ejecutado por Alberto Fujimori con el respaldo institucional del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. Tras una ominosa acción, se disolvió el Congreso de la República y se "conquistó" para el dominio del jefe del Ejecutivo la conducción de entes estatales tan importantes como el Poder Judicial, la Superintendencia de Banca y Seguros, el Banco Central de Reserva, el Ministerio Público, etc. En la mayoría de estos entes se colocaron adherentes incondicionales al gobernante de facto.

El autogolpe de Estado abrió paso a un autoritarismo *light* que funcionó con apariencia jurídica, en primera instancia, con la instalación del denominado "Congreso Constituyente Democrático" el 31 de diciembre de 1992 –al respecto, y con acierto, Domingo García Belaunde ha calificado dicha nomenclatura como cursi y redundante–, y en segunda y última instancia, con la ley constitucional de 6 de enero de 1993, que renovó la vigencia de la Constitución de 1979 y ratificó el valor de los decretos leyes expedidos a partir del 5 de abril de 1992.

Cabe advertir que el carácter *light* y *sui generis* del autoritarismo fujimorista radica, más que en el temperamento, personalidad o intencionalidad política de Alberto Fujimori, en la profunda crisis institucional de las fuerzas políticas y gremiales, así como en el "embeleso" ciudadano, producto del éxito en la lucha contra la subversión terrorista.

La falta de vigor contestatario, la inexistencia de alternativas atrayentes y la renuente adhesión popular a las prácticas democráticas impidieron una defensa adecuada del Estado de Derecho.

A pesar de la marcada vocación "cesarista" de Alberto Fujimori, éste se vio en la necesidad de convocar a elecciones para el establecimiento del denominado "Congreso Constituyente Democrático", que elaboraría una nueva Constitución, invocándola como coartada justificatoria del quiebre de la institucionalidad jurídico-política. Empero, en verdad dicha convocatoria se produjo como un acto de conciliación con la comunidad internacional –especialmente con la Organización de Estados Americanos–, la cual se encontraba sumamente preocupada por el destino de la democracia y el cabal respeto de los derechos humanos en el Perú.

Es indudable que los efectos derivados del descrédito internacional se habrían expresado en una concertada acción de aislamiento internacional, así como en la adopción de drásticas medidas económicas con devastadores efectos sociales y políticos que habrían hecho inviable la continuación de Fujimori en el solio de Palacio de Gobierno y de su programa económico adscrito al Acuerdo de Washington y monitoreado por el Fondo Monetario Internacional.

Hasta ese momento, la Constitución de 1979 tenía doce años de vigencia. En ese lapso habían sido inexistentes y eran inimaginables las voces y prédicas relativas al cambio del texto básico de la República. Ello no había sido obstáculo para que en el seno de la comunidad política y jurídica se reconociese la necesidad –sin apremio– de efectuar algunas enmiendas parciales en temas muy concretos y puntuales.

En suma, el tema de la nueva Constitución justificó el autogolpe del 5 de abril, y fue posteriormente la puerta de salida para la reinstalación operativa del Estado de Derecho.

En esa perspectiva, la Constitución de 1979 –otrora elogiada por su arquitectura jurídica, por su carácter conciliador frente a las siempre plurales opciones ideológicas y por su novedoso establecimiento de algunas instituciones y organismos político-jurídicos– será zaherida desde el aparato propagandístico del oficialismo, con argumentos tan discutibles como su vocación marxistoide, su nacimiento acordado por la partidocracia imperante en el momento de su elaboración, la inexistencia de una estructura morfológica principista, su envejecimiento repentino ante los sucesos derivados de la caída del Muro de Berlín, etc. Esto último nos recuerda que, salvo el caso peruano –en donde existen notorias influencias de las Constituciones de España, Alemania,

Portugal, Italia y Francia–, en ningún país del mundo occidental se utilizó algo parecido como justificante para dictar un nuevo texto constitucional.

A través de esta "cortina de humo" se procedió a convocar el proceso electoral correspondiente.

Como es evidente, la convocatoria a elecciones de un Congreso constituyente requería de la existencia de un poder político sometido al derecho.

Lamentablemente, durante los veintiún meses que transcurrieron entre el autogolpe de Estado y la "renovación" de vigencia de la Constitución de 1979, el sistema jurídico nacional estuvo sometido a la voluntad del gobernante, el que incluso se otorgó a sí mismo el ejercicio de una facultad *lege solutus* frente a la ley; esto es, se liberó por propia decisión del cumplimiento de su misma ley.

Dentro de ese contexto, la convocatoria a elecciones para elegir a los representantes acreditados ante un Congreso constituyente se amparó en una legislación reñida burdamente con las acciones elementales de equidad, transparencia jurídica, independencia de los órganos electorales, etc.

Desde las esferas del poder político se destinaron ingentes recursos económicos a efectos de "persuadir" la voluntad popular en favor de las listas oficialistas –Cambio 90 y Nueva Mayoría–; incluso funcionarios, servidores públicos y hasta los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Polícia Nacional fueron movilizados para colaborar en la recolección de firmas y promover activamente la campaña electoral.

En razón de lo expuesto, las más importantes fuerzas políticas del país –Apra, Acción Popular, etc., sin mengua de reconocer la crisis existente en lo relativo a su ligazón con la ciudadanía– se vieron en la necesidad de marginarse de la contienda electoral; ello con el objetivo de no convalidar con su presencia el cuestionable estado de cosas.

La ciudadanía fue consciente de la existencia de las marcadas anomalías del proceso electoral, lo que condujo a que la participación electoral activa fuese la más baja desde la importante reforma electoral de comienzos de la década del 30.

Así encontramos que, de un total de 11.245.463 electores registrados en el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), sólo concurrieron a las mesas electorales 8.191.846 ciudadanos.

El ausentismo ciudadano alcanzó el significativo porcentaje de 25,15%, a diferencia, por ejemplo, de los comicios electorales de 1990, que mantuvieron el promedio histórico del 15%.

Más aún, de los 8.191.846 votos emitidos en dicho proceso electoral, fueron declarados válidos 6.237.688, nulos 1.620.887 (19,79%), y en blanco 333.846 (4,07%).

Ahora bien, si de los votos emitidos restamos los votos nulos y en blanco, y a esto agregamos la abstención electoral, se comprobará que la participación electoral efectiva sólo alcanzó el 55,47%.

Lo más grave del caso es que los grupos oficialistas obtuvieron en total la cantidad de 3.075.422 votos, lo que representó el 37,54% de la voluntad de los ciudadanos que concurrieron a las urnas y una participación electoral efectiva de solamente el 27,34%.

Con esas cifras se demuestra que la acción del denominado "Congreso Constituyente Democrático" se convirtió en la menos convalidante de cualquier elección realizada en los últimos sesenta años de vida republicana.

Asimismo, los resultados del referéndum constitucional para la consulta del nuevo texto de la Constitución, dispuesto mediante ley constitucional de 31 de agosto de 1993 y realizado el 31 de octubre del mismo año, establecieron que el oficialismo obtuvo la aprobación de dicho texto con un 52,9%, contra un 47,1%; en suma, un virtual empate político, amén que la suma de los votos por el "no", los votos en blanco y las abstenciones en el proceso electoral demuestran que cerca del 70% de la población electoral activa no convalidó –ya expresa o tácitamente– su aprobación.

Cabe consignar que la tendencia expresada por el "no" a la aprobación del texto constitucional obtuvo las preferencias en trece de los veinticuatro departamentos de la República.

Como bien afirma el tratadista español Francisco Fernández Segado[1]:

> "La nueva Constitución del Perú ha operado, de esta forma, como elemento centrífugo, de desunión social, ya que ha dividido casi por la mitad al electorado, algo que, por sí mismo, es posiblemente la peor carta de presentación que puede esgrimir una Asamblea constituyente en favor de su obra."

El resultado más funesto de toda esta etapa de nuestra vida republicana ha sido la destrucción de la cultura política nacional, en donde tras

---

1 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. En: AA. VV. *La Constitución peruana de 1993*. Lima: Ed. Jurídica Grijley.

doce años de intento –a veces exitoso y en otros inconvincente– democrático, se regresa a la presencia del autoritarismo, la violación sin maquillaje de buena parte de los derechos fundamentales, el desprecio por el sentido de lo constitucional y lo legal, la sorna por las formas y contenidos de la democracia, etc. Nuestro pueblo ha regresado a la gleba de los valores políticos, en donde impera la ley del más fuerte. El derecho se trasunta en la voluntad del gobernante, en donde prima la voluntad del caudillo por encima de las instituciones.

2 *LOS CONSTITUYENTES*

La calidad y hondura en la elaboración de un texto constitucional están sujetas, entre otras condiciones, al grado de representatividad real del legislador constituyente respecto a la sociedad, así como a su versación técnica, experiencia parlamentaria, etc.

En ese sentido, una de las razones que explican las limitaciones técnicas de la Constitución vigente y su distanciamiento con el común de las gentes radica en las carencias que nuestros legisladores constituyentes arrastraron como corsé en el cumplimiento de sus tareas.

No debe olvidarse que en la elaboración del texto constitucional de 1933 participaron hombres de la talla intelectual y envergadura moral de Víctor Andrés Belaunde, José Matías Manzanilla, Carlos Chirinos Pacheco, Luciano Castillo, Alberto Arca Parró, Hildebrando Castro Pozo y, hasta antes de su desafuero, Luis Alberto Sánchez, Carlos Manuel Cox, Luis Heysen, entre otros.

Igualmente, en la elaboración del texto constitucional de 1979 participaron Víctor Raúl Haya de la Torre –en la condición de presidente de la Asamblea Constituyente–, Luis Alberto Sánchez –en la condición de presidente de la Comisión Principal–, Luis Bedoya Reyes, Ernesto Alayza Grundy, Mario Polar Ugarteche, Héctor Cornejo Chávez, Alberto Ruiz Eldredge, Carlos Malpica Silva Santisteban, Jorge del Prado, Javier Diez Canseco Cisneros, Andrés Townsend Ezcurra, Ramiro Prialé, Javier Valle Riestra, Enrique Chirinos Soto, Carlos Enrique Ferreyros, Javier Ortiz de Zevallos, Andrés Aramburú Menchaca, entre otros.

Lamentablemente, en el caso del Congreso que elaboró la Constitución actual, la representatividad política o gremial, la trayectoria cívica y social, la lucidez intelectual o el conocimiento especializado en alguna materia específica, estuvieron claramente ausentes.

En todo país con vocación de futuro, vastos sectores de la sociedad civil encargan a sus líderes y dirigentes más connotados la tarea de afir-

mación y ligazón de expectativas e intereses dentro de un proyecto de vida común denominado *Constitución.*

Sin que ello signifique agravio o reparo a las calidades personales de los miembros del órgano constituyente, es oportuno resaltar que, grupalmente, con las excepciones que la ciudadanía conoce, los constituyentes de 1993 carecieron de capacidad de convocatoria y de liderazgo legitimado en el plano político, gremial, social, cultural o intelectual, para manifestar y concertar los citados intereses de la sociedad.

Ante la ausencia de voces significativas en favor de las expectativas e intereses de los campesinos, trabajadores, empresarios o de la cultura nacional, el Congreso Constituyente nos dejó como telón de fondo una representación ignota, distante y extraña en relación al país en su conjunto.

3 *LA PARTICIPACIÓN*

Por tácita decisión de los responsables de la conducción del Congreso Constituyente se desdeñó –en términos amplios– la colaboración de especialistas en temas constitucionales en general o de algunos tópicos en particular.

Hubiera sido deseable, como sucedió en la Asamblea Constituyente de 1979, que los legisladores constituyentes hubieran contado con una asesoría adecuada y objetiva.

De otro lado, el grado de atención de las instituciones conformantes de la sociedad civil, e incluso de los aportes que los ciudadanos a título personal prestaron a las labores del Congreso Constituyente, llegó inicialmente a un desdén notorio.

La acumulación de aportes y sugerencias fue enormemente poco significativa comparada con la que se ofreció a los constituyentes de 1979.

Ahora bien, en la etapa final de la elaboracion del texto constitucional, ante la evidencia de que los distintos proyectos constitucionales preparados por los grupos oficialistas (Cambio 90-Nueva Mayoría) afectaban partes significativas de las conquistas sociales, así como de que iban contra las concepciones más claras de la arquitectura constitucional de un país democrático y serio; en un esfuerzo por acción tuitiva y defensista –tanto de la ciudadanía organizada como de los especialistas en materia constitucional–, se les opuso un frente espontáneo con críticas muy concretas y fundamentadas, las mismas que finalmente obligaron a retroceder a los grupos oficialistas en muchísimas de sus "innovadoras" propuestas. Aspectos esenciales previstos en la Constitu-

ción de 1979 y en la doctrina constitucional fueron salvados de ser eliminados.

De otro lado, la experiencia histórica demuestra que la estabilidad político-jurídica de un país y la vigencia longeva de un texto constitucional requieren de la necesaria concertación entre los principales agentes políticos, económicos y sociales. La capacidad de entendimiento robustece la posibilidad de organizar una convivencia pacífica, democrática y permanente.

3.1 El corpus *de la Constitución*

Como bien afirma el español Francisco Fernández Segado, una primera lectura de la carta constitucional del Perú "nos revela el influjo enorme que la Constitución de 1979 ha ejercido sobre ella".

Al respecto, la arquitectura constitucional del texto de 1979 ha sido copiada casi literalmente.

Esta carta tenía el siguiente diseño:

- Preámbulo.
- Título I (Deberes y derechos fundamentales de la persona).
- Título II (Del Estado y la nación).
- Título III (Del régimen económico).
- Título IV (De la estructura del Estado).
- Título V (Garantías constitucionales).
- Título VI (Reforma de la Constitución).
- Título VII (Disposición final).
- Título VIII (Disposiciones generales y transitorias).

En la Constitución vigente se ha respetado dicho esquema, habiéndose únicamente eliminado el referido a la disposición final.

La citada omisión se refiere al artículo 307 (Título VII), la misma que se entiende por sí misma en razón del contenido del artículo:

> "Esta Constitución [se refiere al texto de 1979] no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En estas eventualidades todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de colaborar en el establecimiento de su efectiva vigencia.
> Son juzgados, según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior. Asimismo, los principales funcionarios de los gobier-

nos que se organicen subsecuentemente si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución.
El Congreso puede decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado."

El axioma de que "el deber es aquello que esperamos de los demás, y los deseos de poder son órdenes para mí exentos de castigo", inundó los predios de la Plaza de la Inquisición al momento de suprimir este apartado normativo de la Constitución de 1979. En referencia a lo expuesto más arriba, Francisco Fernández Segado señaló:

> "La influencia es de tal calibre, que un amplísimo número de artículos están transcritos miméticamente del código constitucional anterior."

Según Domingo García Belaunde[2], "la Constitución vigente repite en un 65% a la antigua, y es inferior en síntesis". De allí que él deduzca que en rigor no estamos ante una nueva Constitución, sino más bien ante una reforma de la precedente, que persiguió "acomodarla" a la peculiar filosofía socioeconómica y política de la mayoría en el Congreso Constituyente Democrático.

Se ha afirmado, por parte de los voceros de la mayoría oficialista, que la Constitución vigente tiene el mérito de su brevedad y un discreto culto a la *morfología principista*.

Desde nuestro punto de vista, el reglamentarismo constitucional no es bueno o malo en sí mismo, dependiendo de la realidad en donde habrá de ser aplicada una Constitución.

En nuestro caso, el reglamentarismo de la Constitución de 1979 –en buena parte de su texto– tenía por justificación y amparo la necesidad de asegurar su cabal cumplimiento en un entorno gobernado por vicios endémicos (tales como el de: "Se acata pero no se cumple.").

---

2 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. En: AA. VV. *La Constitución peruana de 1993*. Lima: Ed. Jurídica Grijley.

Y es que aquí se sigue verificando la moral de aquel encomendero español que, respingado en su mullido sillón, decía para sí y a los miembros de su gleba:

> "Cuerpo glorioso, descansa; si te deben que te paguen, y si yo debo que me esperen."

Los constituyentes de 1993, en su afán de darle razonabilidad al cambio de Constitución y establecer su diferenciación con la abrogada, elaboraron un texto con 206 artículos y 16 disposiciones finales y transitorias (frente a los 307 artículos y las 18 disposiciones finales y transitorias de esta última).

Empero, es posible afirmar que esta reducción es sólo aparente, ya que en muchos casos se ha limitado a refundir una pluralidad de artículos en uno solo. Lo más tristemente relevante es que la "poda constituyente" se encuentra básicamente en los tres primeros títulos de la Constitución de 1979 y que esto en puridad responde al desmantelamiento de buena parte de los presupuestos del Estado social de Derecho, que con nitidez contemplaba el anterior texto.

De todo ello se deduce que la mentada reducción en buena parte es un gambito, y por otra, se acredita y se constata una vocación desdeñosa de principios que son vitales para un proyecto de sociedad genuinamente humana –tales como la solidaridad, la primacía y defensa del interés social, la búsqueda de la igualdad real sin mengua del reconocimiento de las diferencias lógicas derivadas del talento, la laboriosidad y la exaltación de la virtud por encima de los hábitos sociales pueriles o domésticos, etc.–. Ello hace que se abra paso a la forja de una "sociedad tribal", en donde primará el fuerte sobre el débil.

Evidentemente, aquí se olvidó a Lacordaire, cuando afirmaba:

> "Entre el pobre y el rico, entre el débil y el fuerte, la libertad oprime y la ley libera."

Como veremos a lo largo del desarrollo del presente trabajo, las innovaciones en el *corpus* de la Constitución de 1993 son escasas y, en muchos aspectos, de carácter adjetivo y contraproducente.

El análisis sucinto, con cargo a su explicitación y fundamentación, lo encontraremos más adelante. Por ahora planteamos un esquema conciso desde la perspectiva de las partes de la Constitución.

3.1.1 El preámbulo

El exordio de la Constitución no tiene *per se* un carácter normativo vinculante. Empero, es evidente que ostenta el valor informador de una declaración de principios y valores sobre los cuales se erige el código fundamental de la República, sirviendo, por tanto, de sustento para su cabal interpretación, amén de guía en la tarea de elaboración de las normas de inferior jerarquía.

En lo relativo al tema, el profesor alemán Jürgen von Saligmann[3] señala:

> "El preámbulo de la nueva Constitución es difícilmente superable en cuanto a brevedad y falta de contenido: 'El Congreso Constituyente Democrático, invocando a Dios Todopoderoso, obedeciendo el mandato del pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra Patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución:...'."

De aquí no se puede deducir, siquiera en esbozo, cuáles deben ser los elementos informadores de la Constitución.

3.1.2 La parte orgánica. La organización y distribución del poder

La Constitución vigente centraliza fundamentalmente el ejercicio del poder en el Órgano Ejecutivo, haciendo retroceder al país de manera significativa en lo relativo a la descentralización política, económica y administrativa, así como en el proceso de afirmación de los gobiernos municipales.

En ese sentido, lejos de promover las correcciones y modificaciones que permitieran asegurar el proceso de transferencia del ejercicio del poder a las regiones y municipios, se ha llevado a cabo un proceso de mutilación de competencias, rentas y recursos, que eran indispensables para el fomento del desarrollo nacional centrífugo previsto en la Constitución de 1979.

Asimismo, en ese contexto, las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo –dentro del marco de los pesos y contrapesos– se han desequilibrado sustantivamente al recortarse las competencias del Legislativo en el ámbito del mutuo control.

---

3 SALIGMANN, Jürgen von. "La Constitución peruana de 1993". En: *Vox Juris* (suplemento). Lima: Facultad de Derecho de la Universidad Particular de San Martín de Porres.

Más aún, el establecimiento de la reelección presidencial inmediata, dentro de la genérica realidad política del continente y los antecedentes de nuestra propia experiencia, se presenta como imprudente y peligroso.

El remodelamiento del Órgano Legislativo, con cámara única, no sólo rompe con la tradición constitucional del país, sino que nos ha expuesto a una legislación precipitada. Empero, lo que resulta más condenable es la existencia de una mímesis de segunda cámara por medio de la Comisión Permanente. Este conato de Senado no sólo rompe incomprensiblemente esquemas establecidos en la doctrina y la praxis histórica, sino que crea la condición de parlamentarios de primera y segunda categoría, esto es, según se forme parte o no de la Comisión Permanente.

En la administración de justicia se han producido mejoras importantes, tales como la creación de la Academia de la Magistratura, la reestructuración del Consejo Nacional de la Magistratura y el reforzamiento de sus competencias en el ámbito de los nombramientos judiciales; así como en el establecimiento de funciones jurisdiccionales en favor de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con apoyo de las rondas campesinas.

Empero, en la práctica, la intromisión de la independencia y autonomía de los órganos jurisdiccionales no ha cesado, por obra y gracia de la mayoría oficialista en el Congreso.

Los entes autónomos

Es un acierto el establecimiento de la institución del defensor del pueblo como ente autónomo.

En cambio, es criticable en gran medida el descuartizamiento de la función electoral a través de un sistema coordinado de tres entes.

La jerarquía del Jurado Nacional de Elecciones se ha visto, en la práctica, devaluada, y los resultados –a la luz de las experiencias de estos últimos años– certifican la perpetración de un grave error.

El modelo económico

En lo relativo al modelo económico sí se han producido modificaciones sustantivas, más allá del hecho de que *formalmente* se declare la mantención de una adhesión modélica a la economía social de mercado.

El contenido sistémico y real de los enunciados constitucionales sobre la materia, y su presente praxis, aluden a ubicar inequívocamente al Estado en la mera condición de "gendarme del mercado".

En este neoliberalismo a ultranza, el mercado aparece como el único y verdadero regulador económico del conjunto de la sociedad, postulándose la utopía de una comunidad autorregulada por la oferta y la demanda, en reemplazo del *contrato social*. En ese contexto, es claro que los ciudadanos quedan prisioneros en las ergástulas del mercado.

Esta visión ortodoxa y fundamentalista acerca de las bondades naturales del mercado marginará –como ya puede empezarse a comprobar en la práctica– la posibilidad de bienestar de las grandes mayorías y concentrará los beneficios en un sector numéricamente minúsculo de la población.

Es históricamente comprobable que en ningún país del mundo el desarrollo económico-social ha surgido al amparo exclusivo de la acción del mercado, y que éste de por sí es imperfecto en su vocación autorregulable.

Las lecciones que se desprenden de los países de más alto nivel de industralización así lo demuestran. Las experiencias concretas de la Comunidad Europea, Japón, Estados Unidos, y hasta las recientes emanadas del sudeste asiático, demuestran que el Estado ha jugado un rol dirigente corrigiendo las naturales imperfecciones del mercado.

En dichas experiencias, la planificación concertada, la conjunción del esfuerzo público y privado, la protección a la industria nacional naciente, el apoyo a la agricultura y la agroindustria, el auspicio de la innovación tecnológica, la promoción de las exportaciones y las políticas de distribución del ingreso, han sido las claves para alcanzar el desarrollo.

La égida de un modelo económico coherente con el humanismo, en donde la persona es el fin supremo de la sociedad y el Estado, implica el desarrollo de una economía competitiva –como lo exigen los tiempos actuales–, pero con bienestar compartido –como lo demandan los ideales de justicia–. Ello obliga a que se combinen la acción de la libre iniciativa del mercado, con una planificación eficiente y equitativa del Estado, en términos tales que posibiliten la satisfacción progresiva de las necesidades básicas de la población, así como, y de manera permanente, una convivencia armónica y respetuosa de la dignidad humana.

En cambio, como bien ha referido Domingo García Belaunde:

> "La Constitución de 1979 contenía un apartado económico muy amplio, extenso y ambiguo que permitía diversas lecturas, desde las más conservadoras hasta las más populistas (...) en términos generales, era un texto más manejable."

La opción por el liberalismo a ultranza –no practicada en ningún país del mundo– creará problemas cuando surja una propuesta gubernamental que, sin desconocer la existencia del mercado y la libre iniciativa privada, intente promover una planificación democrática y concertada, o se estimule el interés social, etc. Ello creará la duda hamletiana en torno a una actuación gubernamental plena o carente de constitucionalidad, el desconocimiento o la modificación de la Constitución, o cualquier otra opción. Todo ello podría convertirse en una preocupación central, con todos los problemas que ello plantea.

3.1.3 La parte dogmática

En lo relativo al régimen de la persona y la sociedad, lo más visible es el efecto negativo de la supresión, debilitación y restricción de los derechos fundamentales –autoaplicativos o programáticos– relativos a la condición de trabajador, cesante, jubilado o minusválido. La despreocupación por el aspecto social es incuestionable.

Aspecto novedoso e importante es el reconocimiento del derecho a la identidad étnica y cultural. En un país pluriétnico, esta orientación nos parece acertada.

Profundizando el concepto y la praxis política de la Constitución de 1979, se ha avanzado técnicamente en el desarrollo de la participación política. Empero, el Congreso de la República –con la conducción de los grupos oficialistas que elaboraron la carta vigente– la ha convertido en una *institución-exhibición*, más que en un ejercicio político efectivo. Así, primero con la dación de la ley 26350 y posteriormente con las modificaciones de la ley 26592, la iniciativa en la formación de las leyes, la revocación y remoción de autoridades –y fundamentalmente el caso del referéndum–, todas ellas han sido desnaturalizadas y recortadas en su funcionalidad.

El Estado se ha asignado el papel de verdugo mediante la aplicación de la pena de muerte. Por ende, se ha comprometido no sólo la respetabilidad nacional ante la comunidad internacional –enormemente sensible al tema de los derechos humanos–, sino que además el Estado se ha vinculado moralmente con aquellos que quieren "aniquilar legalmente" a un semejante en aras de la seguridad jurídica, olvidando el viejo adagio que dice: "Para combatir al diablo, no se deben utilizar las armas del diablo, so pena de agrandar los territorios del infierno."

En el plano de las garantías constitucionales, se ha establecido acertadamente la acción de cumplimiento, pero se ha incurrido en gazapo

90573

UNIVERSIDAD BIBLIOTECA DE LIMA

con el trasplante "chicha" –además de innecesario– de la acción de hábeas data. En ese aspecto, no se han respetado a cabalidad sus lineamientos doctrinarios, no se ha logrado diferenciarla de los fines y procedimientos de la acción de amparo; por ende, no se justifica la protección del derecho a la intimidad desagregándola de esta última acción.

La vigencia del texto constitucional va unida de manera indivisible a la tarea de la interpretación de su articulado.

La correcta interpretación de su alcance y contenido es importantísima por ser la primera garantía de su cabal cumplimiento y efectividad en el seno de nuestra comunidad política.

Dicho proceso de interpretación, aunque debe partir de la premisa de que las normas constitucionales son fundamentalmente normas políticas "juridizadas" por dicho texto y, por ende, su contenido es dinámico en función del tiempo, no puede ignorar que la Constitución guarda un continente de valores y principios que en atención a las republicanas aspiraciones populares se resume a secas en la palabra *democracia*.

El reconocimiento del carácter dinámico del contenido de una Constitución no impide dejar constancia de sus fundamentos teleológicos u objetivos finalistas. Por ende, la labor hermenéutica puede ayudar eficazmente al fortalecimiento, permanencia, continuidad y vivencia diaria de su contenido, de consuno con la evolución histórica del Estado y la sociedad y con el "sentimiento constitucional" existente por parte de gobernantes y gobernados.

En el entendido de que en nuestro país la labor hermenéutica está a cargo de una pluralidad de entes estatales, debemos preocuparnos por desaparecer todas las condiciones políticas que a la fecha hacen augurar que los valores y principios democráticos que expresan una aspiración colectiva desde los orígenes de la República, puedan encontrar valladares que la hagan inviable siquiera en sus presupuestos mínimos.

Por ende, debe motivarnos a reflexión la labor del Congreso de la República, que –con la dación de "normas con nombre propio" ("ley Susana", "ley Cantuta") o de leyes especiales que desatendiendo la naturaleza de las cosas y privilegiando las razones políticas de coyuntura generan las "diferencias de las personas" (caso Schell, etc.)– ha acometido una tarea interpretativa de la Constitución –como acto preliminar de su tarea como legislador ordinario–, que a la postre vulnera el principio de constitucionalidad.

En lo relativo a la labor hermenéutica del Órgano Judicial, ella lleva el lastre de su sumisión al poder político. En el viejo dilema planteado por Javier Valle Riestra de "la quincena o la historia", esta última sigue quedando mal parada.

Por último, en cuanto al Tribunal Constitucional, al habérsele impuesto –vía la ley– que la declaración de inconstitucionalidad de una ley requiere de la aprobación de seis de sus miembros, ello hace inviable que el Tribunal pueda cumplir de una manera realmente eficaz y útil la tarea que le ha asignado la Constitución.

5 *LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LA VIGENCIA PLENA DEL ESTADO DE DERECHO*

A escaso tiempo de la vigencia de la Constitución (31 de octubre de 1993), las mismas agrupaciones que auspiciaron su elaboración han procedido a su parcial modificación.

Así, con fecha 12 de junio de 1995, mediante ley 26470 se modificaron los incisos 2 y 3 del artículo 200, referido el último a la acción de hábeas data; y el 13 de junio del mismo año, mediante ley 26472 se modificó el artículo 77 relativo a la administración económica y financiera del Estado.

Estas rectificaciones en el lapso de pocos meses de vigencia del texto fundamental, demuestran fehacientemente el grado de precipitación e inmadurez en el proceso de elaboración del más importante texto legal del país.

En resumen, tal como comenta el alemán Jürgen von Saligmann[4]:

> "Esta nueva Constitución peruana no era necesario que hubiera tenido que iniciarse en la forma escogida por el presidente Fujimori, o sea, mediante un golpe de Estado. Las diferencias con la Constitución de 1979 no son tan espectaculares para que no hubieran podido alcanzarse mediante el camino de una reforma constitucional."

O como bien plantea Domingo García Belaunde:

> "Salvo algunas reformas, varias de ellas con nombre propio, no hay nada nuevo bajo el sol."

4 SALIGMANN, Jürgen von. Op. cit.

SEGUNDA PARTE

Capítulo III

Los derechos fundamentales

1 *ASPECTOS GENERALES*

El derecho, como la moral, la ciencia, el arte, la técnica o la religiosidad, pertenece al mundo del hombre. El derecho corresponde a éste en tanto a la persona le sirve como medio para que se realice como tal y para que alcance sus fines propios dentro de las normas de la sociedad.

La persona humana, entendida como una estructura individual de potencia racional y voluntad libre, es, por eso, según la feliz expresión de santo Tomás de Aquino, "lo más perfecto de la naturaleza". Todos tienen el deber de defenderla y protegerla.

Esta responsabilidad es una exigencia social. No sólo significa un compromiso con nosotros mismos de comportarnos de cierta manera, sino que además es una responsabilidad plena de alteralidad.

El hombre es un ser que existe en sí y no en otro; constituye "un fin en sí mismo"; por eso es que jamás puede ser utilizado como medio. En tal virtud, tiene como atributos esenciales la libertad y la racionalidad, que son la raíz y el fundamento de su dignidad.

De acuerdo con su esencia, le corresponden determinados derechos básicos que son facultades, poderes o potestades sobre todo aquello que le es necesario para cumplir con su destino, es decir, para realizarse como ser humano.

Los derechos fundamentales –ante la imposibilidad acreditada de su sustentación en un solo y único argumento– se fundan pluralmente, entre otros criterios, en su peculiar naturaleza, en su historicidad, en la existencia de principios éticos universales, etc. Ellos son el basamento moral mínimo que da origen a la organización política de la sociedad, a efectos de que a través de su reconocimiento y protección contribuyan a la felicidad y bienestar de nuestra especie.

La necesidad de su reconocimiento y protección se ampara en la necesidad de conservar, desarrollar y perfeccionar al ser humano en el cumplimiento de sus fines de existencia y asociación.

La referencia a los derechos fundamentales lleva implícita la noción asociada de dignidad humana e historia, ya que, de un lado, la primera exige que la sociedad respete la esfera de independencia del hombre, su autonomía y los fines propios para los que ha sido creado; y del otro, porque a través de los tiempos el hombre "descubre" y posteriormente "normativiza" facultades que le sirven para asignar las condiciones de una existencia y coexistencia cabalmente "humanas".

Los derechos fundamentales hacen que el ser humano alcance su íntegra personalidad; o sea, aluden al derecho de ser genuina y cabalmente hombres.

Ellos promueven que la relación persona-sociedad y Estado haga posible la plenitud de cada ser en el desarrollo del conjunto de sus congéneres, así como la realización de la especie –que permita la colmación de cada uno de sus miembros.

Partiendo de una premisa teleológica, estos derechos resultan indispensables para la justa convivencia y son esenciales para alcanzar el equilibrado desarrollo de nuestra personalidad.

Su denominación más apropiada es la de "derechos fundamentales", tal como fue consignada en la Constitución de 1979, criterio que se ha respetado en el texto magno vigente.

Usualmente, son referidos como "derechos humanos", expresión que emana de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la misma que teóricamente es errada, ya que se incurre en una tautología jurídica. En puridad, se trata de una denominación repetitiva, en razón de que los derechos de por sí son "humanos"; ya que el hombre es el único sujeto titular de derechos y deberes. Como bien sabemos, ni los animales ni las plantas ostentan titularidad sobre las prerrogativas jurídicas.

Los derechos fundamentales atienden a un conjunto de facultades y atribuciones para cuya titularidad es condición necesaria y suficiente el pertenecer al género humano.

En ese sentido, a la persona humana –considerada en su doble aspecto, individual y social– le corresponde el ejercicio de dichas facultades por la simple razón de su propia naturaleza, que es al mismo tiempo corpórea, espiritual y social.

La singularidad de los derechos fundamentales radica en que excluyen cualesquier otro atributo adjetivo, como pudiera ser la idiosincrasia, el sexo u otro hecho extraño y ajeno al de pertenecer a esa pecu-

liar especie de seres capaces de manifestar razón, deseo, esperanza, frustración, dolor, convicción o conciencia. Aun cuando sea "aparentemente contradictorio", dicha condición humana es inalienable, pese a albergar, como dijera el escritor argentino Ernesto Sábato, "tanto a un torturador como a un santo".

Tales derechos no son conferidos por el Estado; fluyen, repetimos, de la naturaleza misma del ser humano y pertenecen por igual a todos los miembros de la especie. Por ello han sido calificados como derechos naturales, innatos, inalienables, imprescriptibles, inviolables, absolutos, necesarios, apriorísticos y hasta, como afirmaron los revolucionarios franceses del siglo XVIII, sagrados.

Ahora bien, todos somos responsables en forma individual y colectiva de su respeto y defensa. Esta "corresponsabilidad" implica, como bien afirma Ernest Tugendhat, "concebirnos bajo una moral de respeto universal".

1.1 Características de los derechos fundamentales

Entre los principales signos que distinguen a los derechos fundamentales, aparecen los siguientes:

- *Universales*
  Sus principios son comunes a todos los seres humanos, sin ningún tipo de distinción. Son patrimonio común y perpetuo de la humanidad.
- *Intrínsecos*
  Su posesión y goce no depende de la previa acreditación de ninguna cualidad o propiedad diversa o distinta a la de ser un ser humano.
- *Absolutos*
  Son la genuina expresión de bienes fundamentales relevantes para sus titulares, constituyendo, por ende, exigencias supremas respecto de cualquier otra que provenga de consideraciones económicas, políticas, etc.
  Se trata de requerimientos que, en caso de entrar en conflicto con otros, los desplaza hasta anularlos.
- *Inalienables*
  Dichos derechos no pueden ser objeto de transferencia a otros sujetos.
  Debido a su carácter óntico –ya que determinan el significado de ser identificado como un ser humano–, no es posible

renunciar a ellos. En suma, es inadmisible su disposición arbitraria.

– *Perpetuos*
Sus principios son permanentes en el tiempo. Su existencia no se extingue nunca, por ser consustanciales a la naturaleza humana. No existe circunstancia alguna que pueda determinar su desaparición, salvo que ésta alcance al género humano en sí mismo.
– *Inmutables*
Sus principios no son mutables, ya que la naturaleza humana no cambia ni varía.
– *Indelebles*
Sus principios no pueden ser suprimidos del sentimiento humano.
– *Unitarios*
Sus principios son indivisibles, ya que son los mismos, sin importar el tiempo o lugar.
– *Obligatorios*
Sus principios deben ser aceptados de manera genérica.
– *Necesarios*
Sus principios son imprescindibles para la existencia y coexistencia humanas.

1.2 *Etapas de la consagración teórica y práctica de los derechos fundamentales*

La consagración de estos derechos ha pasado por tres períodos:

– *Proclamación*
Su enumeración a través de declaraciones y proclamas que forjaron su teoría.
– *Protección*
Una inacabada batalla para la conversión de simples ideales o aspiraciones éticas, en verdaderas normas jurídicas. Se les dota de mecanismos institucionales coercitivos para su reclamación y defensa.
– *Promoción*
Una constante, ardua y permanente lucha para que los derechos fundamentales sean plenamente respetados y preservados por el poder político, dotándolos de garantías para hacer posible su efectivo goce. Se promueven condiciones políticas,

sociales y económicas que permitan su ejercicio pleno y total de manera cotidiana.

1.3 Clasificación de los derechos fundamentales

La clasificación de los derechos fundamentales se vincula significativamente con el proceso histórico de evolución teórica en torno al "develamiento" de su rico contenido.

Así, tenemos que a la fecha se establecé lo siguiente:

a) Derechos de primera generación

Son históricamente los primeros que alcanzaron renocimiento y protección. Las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa fueron su natural marco de expresión.

En ese marco aparecen los denominados derechos *civiles* y derechos *políticos.*

Implican el respeto del Estado hacia una esfera de libertad individual.

El ente político se encuentra obligado a no intervenir en esta materia.

Los *derechos civiles* permiten el disfrute de la libertad personal y de su plena autonomía. Suponen, en general, una actitud pasiva o abstencionista del Estado, dirigida a respetar, a no impedir y a garantizar el libre e igualitario goce de los derechos. En verdad, se refieren a aspectos tales como protección de la libertad personal, protección de la integridad física y espiritual, etc.

Los *derechos políticos* permiten organizar la participación ciudadana en los asuntos públicos de la comunidad a la que se pertenece.

En este caso, la persona no se coloca en opósición al Estado, sino que es ella misma la que toma parte en la estructuración política de la sociedad de la cual es miembro.

Estos derechos se refieren a aspectos tales como ciudadanía, participación en los asuntos públicos del Estado, etc.

b) Derechos de segunda generación

Son históricamente los que siguen a los anteriores en desarrollo y protección. Surgen con las revoluciones y convulsiones sociales de finales del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX. Tales son los casos de las revoluciones mexicana y rusa; la

consolidación del movimiento obrero; la difusión del anarquismo, el marxismo, los movimientos revolucionarios democráticos, etc.

Allí aparecen los denominados derechos económicos, derechos sociales y derechos culturales.

Ellos implican la promoción del bienestar y el desarrollo máximo de las facultades físicas, espirituales e intelectuales del hombre.

En ese sentido, el Estado aparece como tutor, promotor y hasta gestor del bienestar económico y social.

En puridad, se refieren a aspectos tales como el trabajo, la asistencia y socorro, la educación, la instrucción, el nivel de vida adecuado, etc.

c) *Derechos de tercera generación*

Son históricamente los últimos –hasta el momento– en alcanzar reconocimiento y protección. Son la respuesta a fenómenos como las conflagraciones bélicas, cada vez más destructivas, y la depredación ambiental generada por la industria. La cada vez mayor sensibilidad mundial sobre la materia, ha creado las condiciones para su consolidación.

Estos nacientes derechos se caracterizan por exigir, para su consolidación, un grado mayor de solidaridad que los otros anteriormente descritos; ello por ser al mismo tiempo individuales y colectivos. Su regulación aún es embrionaria e imperfecta.

En verdad, se refieren a aspectos tales como la paz, el desarrollo, el medio ambiente, etc.

Debe advertirse que, de consuno, tales generaciones de derechos fundamentales deben ser entendidas como una pluralidad de principios consustanciales con el sentido de justicia natural y con la finalidad de alcanzar el bien común.

El derecho vigente –Constitución, leyes y reglamentos– encuentra su fuente de inspiración necesaria e irremisible en los derechos fundamentales. En la medida que se aleje de éstos, deviene en derecho injusto.

Al respecto, el argentino Carlos Santiago Nino ha señalado lo siguiente:

a) Una norma de derecho fundamental es aquella que contiene un principio moral de justicia, universalmente válido y asigna-

ble al hombre por medio de la razón humana.

b) Una norma de derecho vigente no puede ser calificada de "jurídica" cuando contradice un principio real de justicia.

Ahora bien, la plena consecución de los derechos fundamentales pertenecientes específicamente a una determinada generación, es interdependiente de la consecución y goce de los correspondientes a las otras restantes.

Los derechos fundamentales; en conjunto, son interdependientes y complementarios, en razón de que todos parten de una misma esencia: el ser humano, y se dirigen hacia un mismo objetivo: el ser humano.

1.4 La verificación práctica de los derechos fundamentales

El tratadista Karel Vasak señala que para que los derechos fundamentales se conviertan en realidad, debe contarse con dos requisitos:

a) Existencia de una sociedad organizada en forma de Estado *de jure.*

El hombre sólo puede ser libre en un Estado libre. Se desprende de ello que depende directamente del nivel de organización de las instituciones políticas que gobiernan a los pueblos. y, por ende, estas potestades requieren de la plena vigencia del sistema legal de la sociedad.

Se exige que el Estado goce de autodeterminación y que impere la ley.

El tratadista citado señala que un Estado *de jure*:

> "es aquel en que todas las autoridades e individuos que lo componen se encuentran sometidos a unas normas impersonales y generales previamente establecidas; esto es, a la ley."

Debe recordarse que ya el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, señalaba que el ejercicio de los derechos naturales de todo hombre no tiene otros límites que los necesarios para garantizar a cualquier otro el libre ejercicio de esos mismos derechos, y que estos límites sólo pueden determinarse mediante la ley.

b) Otorgamiento de un conjunto de garantías legales específicas y, en especial, de los recursos necesarios para asegurar que tales derechos sean respetados.

Dichas garantías se manifiestan en dos planos:

a) *Garantías organizadas*

Son aquellas que existen dentro del Estado en forma de procedimientos y que permiten a la persona obtener la anulación de las medidas que constituyen una violación de sus derechos fundamentales, o bien, en los casos en que esto no sea posible, recibir una compensación económica.

b) *Garantías no organizadas*

Son aquellos deberes morales en los que el derecho permite la desobediencia ante la injusticia. Es el caso del llamado *derecho a la resistencia contra la opresión.*

2 *LA PERSONA HUMANA, LA SOCIEDAD Y EL ESTADO*

La persona humana es un ser coexistencial dotado, por su creador, de dos atributos privativos que lo hacen distinto y superior: la razón y la libertad.

A ellos se suman su irremisible necesidad de existir en compañía de sus semejantes. Esta vocación social es imprescindible, ya que el hombre siempre requerirá del concurso y del apoyo de sus congéneres para ser genuinamente *ser humano.*

En esa perspectiva, la sociedad viene a ser la unión de una pluralidad de hombres que aúnan sus esfuerzos, de modo estable, para la realización de fines individuales y comunes.

Ella existe cuando por mandato de la "naturaleza humana" aparecen un conjunto de relaciones sociales en donde la actitud del hombre, en cada acción, se encuentra inspirada en la unión de criterios consolidados por su racionalidad y su libertad.

La sociedad es toda forma de convivencia entre los hombres. Está planteada como un conjunto de relaciones sociales en las que su acción u omisión se encuentran motivadas por una compensación o fusión de intereses surgidos de la razón, la libertad y la propia sociabilidad.

Estos intereses se expresan a través de fines y valores, sean de carácter material o espiritual.

La unión social se cohesiona sobre la base de tres factores:

- Interacción social con arreglo a valores (creencia en la necesidad de consolidar y acrecentar la vinculación social).
- Interacción social con arreglo a fines (metas que sólo se pueden alcanzar en comunión con los congéneres).
- Interacción social con arreglo a sentimientos de afecto recíproco (lealtad, solidaridad, amor).

No puede concebirse a la persona humana fuera de la sociedad, ni mucho menos en contra de ésta, pues es a través de las relaciones sociales que aquélla complementa su condición de indigencia biológica (necesidades), su necesidad de comunicación (lenguaje), su naturaleza ética (fraternidad), su anhelo de seguridad y bienestar (justicia). Debe recordarse que el filósofo griego Aristóteles señalaba que la presencia de un ser aislado y solitario *in extremis*, llevaba a la conclusión de que se trataba de un dios o de una bestia.

La persona humana no es una unidad cerrada; se trata más bien de un "todo" abierto; no es un pequeño dios, no es un ídolo que no ve, ni oye, ni habla; por el contrario, tiende por su propia naturaleza a la vida social, a la comunicación, la solidaridad y el amor. Como bien dijera el poeta francés Paul Valery: "Ser humano es sentir vagamente que hay de todos en cada uno, y de cada uno en todos."

En resumen: no se es persona humana, sino en cuanto se es tal con otro semejante; es decir, uno *con* o *ante* los otros.

De allí que la visión de los derechos fundamentales de la persona no puede verificarse al margen o sin referencia a la compañía y presencia de esa pluralidad de semejantes conocida como *sociedad*.

La importancia de la sociedad ha obligado a los constituyentes de la carta vigente a clasificar los derechos básicos en los siguientes aspectos:

TÍTULO I
CAPÍTULO I

- Derechos fundamentales de la persona (derechos civiles)
  Artículos 1 al 3.

CAPÍTULO II

- De los derechos sociales y económicos
  Artículos 4 al 29.

CAPÍTULO III

- De los derechos políticos y de los deberes
  Artículos 30 al 38.

Al respecto de esta clasificación, se hace necesario establecer una serie de consideraciones.

El legislador constituyente de la carta actual, inexplicablemente distingue como derechos fundamentales a aquellas facultades previstas entre los artículos 1 y 3, ignorando que a la luz de la doctrina y la prác-

tica internacional los derechos económicos, sociales, culturales y políticos también tienen el carácter de *fundamentales*.

Este "equívoco" teórico no tiene, desde nuestra perspectiva, ninguna significación práctica, ya que la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución dispone que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, deberán ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, que hubieren sido ratificados por el Estado peruano.

De allí que independientemente de que para el legislador constituyente existan derechos de la persona humana que sean fundamentales y otros "menos" fundamentales, la interpretación derivada del derecho internacional público corrige y enmienda dicho grueso error.

La ubicación de los derechos no es taxativa, del mismo modo como su enumeración es meramente indicativa.

La visión y declaración de los derechos fundamentales aparece en todo el texto constitucional y no sólo en su Título I, amén de que en virtud del artículo 3 de dicho cuerpo legal se fija que su enumeración no es excluyente, taxativa ni limitativa.

De otro lado, en una perspectiva estrictamente sociológico-política, debe señalarse que el Estado es una forma de organización caracterizada por el control coercitivo que manifiesta su voluntad de conducción de la sociedad a través de las normas jurídicas que celebran, aplican y hacen cumplir sus agentes.

El ser humano "siente" la presencia del Estado desde su nacimiento hasta la tumba. Por ende, le exige la defensa de su propia persona y de la dignidad que por naturaleza le inviste.

La Constitución se ocupa del Estado a lo largo de todo su texto, poniendo especial énfasis en sus Títulos II y IV.

Correspondió a los legisladores constituyentes de la carta de 1979 el mérito de establecer, por primera vez, un sistema plenario e integral sobre dicha temática.

Los legisladores constituyentes del texto básico vigente se han limitado a establecer algunos "maquillajes" irrelevantes sin ningún aporte doctrinario ni normativo; empero, sí han consignado recortes que significan, en los hechos, un importante retroceso en la lucha por la defensa de los derechos fundamentales. En su oportunidad volveremos sobre este tema.

El artículo 1 de la Constitución de 1979 señalaba:

> "La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla."

El artículo principal de la Constitución que nos rige, adjetivamente cambia su redacción por:

> "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."

En ese sentido, debe entenderse que la sociedad y el Estado tienen como fines sumos y solidarios los dos siguientes:

a) *La defensa de la persona humana.* Entendida como la protección, defensa o vindicación de su integridad moral, psíquica y física.
b) *El respeto de la dignidad de la persona humana.* Entendido como el reconocimiento y veneración de la naturaleza *sui generis* del ser humano.

Es indiscutible que el hombre, entendido como una unidad corporal, psíquica y espiritual, ostenta una naturaleza distinta y superior a la del resto de las especies vivas (animales y plantas).

La naturaleza humana, según Aristóteles, es:

> "aquella esencia por la cual los seres poseen en sí mismos y en cuanto tales los principios que animan su obrar."

Se trata de tendencias inherentes al ser humano y que lo conducen a la consecución de los fines propios de cada uno; por ende, ostenta dignidad.

La *dignidad* es la categoría objetiva de un ser humano, que reclama –ante sí y ante otros– estima, custodia y realización. De allí que él aspira a la plasmación de sus propósitos y anhelos más íntimos.

El ser humano tiene como característica esencial y fundamental el concebirse como un fin en sí mismo y el poder realizarse plenamente como persona.

El hombre posee dignidad no por libre determinación, sino por serle connatural a su esencia creada.

Este respeto al hombre en sí –como justificación para la operatividad de la sociedad y el Estado, e igualmente para el desarrollo pleno de sus potencias humanas en los diversos ámbitos de vida de existencia y coexistencia–, obliga a la enunciación de dos reglas básicas.

a) La sociedad y el Estado existen para el hombre.
b) La sociedad y el Estado encuentran su justificación organizacional a través de la defensa del hombre y la búsqueda de su promoción y bienestar.

3 *DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993*

Toda persona tiene derecho:

3.1 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.

Se trata de un conjunto de facultades previstas en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución.

Para su mejor explicación, las examinamos en cuatro rubros:

3.1.1 Derecho a la vida

Este derecho fundamental es tan natural, esencial e inherente a la naturaleza humana, que resulta lógico entender que no hubiera sido insertado formalmente en ningún documento jurídico de alcance plenario, sino hasta la famosa Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948).

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución de 1860.

La vida puede ser definida como aquel lapso que transcurre en el ser humano desde su concepción en el claustro materno hasta su deceso o muerte. Ella consiste en la manifestación y la actividad del ser, o sea, implica el funcionamiento orgánico del hombre.

La vida humana se subdivide en dos grandes rubros:

El concebido

Su génesis se encuentra en la concepción, la misma que consiste en la unión del espermatozoide y el óvulo.

Como bien dijera el profesor Marcial Rubio Correa[1]:

---

1 RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

> "Jurídicamente, la concepción se establece dentro de los primeros ciento veintiún días, de los trescientos anteriores al nacimiento."

La parte *in fine* del inciso 1 le reconoce la condición de "sujeto de derecho" en todo cuanto le favorece.

La persona

Su génesis se encuentra en el nacimiento, es decir, en la separación del recién parido del claustro materno (corte del cordón umbilical).

Este bien jurídico tutelado no consiste en un dominio absoluto sobre nuestra existencia misma, en virtud del cual podemos destruirla a nuestro albedrío, sino que deviene en la facultad de exigir de los congéneres su inviolabilidad y respeto.

Todos los sujetos de derecho, aun los alojados en el seno de la madre (concebidos), tienen derecho a la existencia.

Su contraposición es la muerte o deceso, la misma que pone fin a la persona o al concebido. Nuestro ordenamiento determina ese momento cuando se produce la cesación definitiva e irreversible de la función cerebral, la misma que tiene traducción clínica y electroencefalográfica.

Como bien refiere Marcial Rubio Correa[2], las características de dicha situación son cuatro:

- Ausencia de respuesta cerebral a estímulos externos, especialmente nocioceptivos –falta de reacción consciente a preguntas o demandas de otras personas–, con pérdida absoluta de conciencia.
- Ausencia de respiración espontánea.
- Ausencia de reflejos encefálicos, presencia de paros craneanos; de pupilas unidriáticas anormalmente abiertas o en posición intermedia (aun ante estímulos fácticos intensos, es decir, ante luz intensa).
- Electroencefalograma plano, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral; es decir, no respuesta eléctrica cerebral.

De lo expuesto se colige que el derecho a la vida consiste en la facultad de conservar y defender la existencia del concebido y de la persona, los mismos que tienen su origen en el instinto del ser.

En verdad, dicho derecho representa el ejercicio de la facultad de existir. Ella comprende una realidad inescindible, sin la cual no aparece

---

2 Op. cit.

la razón de ser del resto de los derechos (sean fundamentales o no fundamentales).

La vida es el presupuesto básico y esencial de los demás derechos (libertad, igualdad, honor, etc.).

Como bien afirmara el italiano Adriano de Cupis[3]:

> "El bien de la vida supera a los demás bienes, por la circunstancia de que ningún otro puede concebirse separadamente de aquél."

María Teresa Bergagli y María Virginia Bertaldi aluden a un derecho *a la vida* y no *sobre la vida*. Dicha distinción no es meramente terminológica, sino que hace hincapié en la esencia y alcance mismo de ese derecho.

Es obvio que si bien existe un derecho a la vida, se da también el deber correlativo de conservarla.

Como todo derecho, éste supone el ejercicio de una actividad lícita que no contraríe el fin supremo del hombre y los deberes que guarda para con Dios y la sociedad. Por ende, el suicidio se configura como una falta moral, y la instigación al suicidio como una manifestación de ilicitud castigada por el Código Penal.

Lo arriba expuesto tiene mayor fundamento cuando se atenta contra la vida ajena. En esa perspectiva, el Código Penal castiga con severidad los casos de homicidio, asesinato, etc.

La vida como tal, en principio, es intangible, indisponible e inalienable; y, por ende, es la más elemental de las prerrogativas que posee el hombre.

Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto, pues se le oponen seis excepciones: condena de muerte, conflicto bélico, legítima defensa, estado de necesidad, legítimo ejercicio de un deber o derecho, y aborto terapéutico.

a) Condena de muerte

Es un castigo estatal que consiste en suprimir la vida en aras de defender a la sociedad.

Esta privación de la existencia, por razón de la comisión de un acto ilícito execrable, se ampararía supuestamente en la búsqueda de dejar constancia de su ejemplaridad e intimidación.

---

3 Citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *La protección jurídica de la persona*. Lima: Universidad de Lima.

En verdad, el problema de su licitud y conveniencia es sumamente controversial.

Desde nuestra perspectiva, la sociedad carece de facultad para disponer de la vida de uno de sus miembros –independientemente de sus patrones de comportamiento social–, ya que no fue ella quien se la otorgó.

Señálense además las fundadas razones de error judicial, la deleznable equivalencia moral entre el comportamiento de la comunidad y el del delincuente, etc.

El artículo 140 de la Constitución la prevé ante la comisión del delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y los tratados de los que el Perú es parte obligada.

b) Conflicto bélico

La guerra –según algunos teóricos– implica una limitación del derecho a la vida. En ese sentido, así como el Estado tiene derecho a defender su existencia contra sus adversarios foráneos, asimismo tiene la necesidad de preservar su integridad territorial acabando con la vida de sus adversarios foráneos.

El conflicto bélico se genera cuando entre dos o más Estados impera un clima de hostilidad, suspensión de relaciones pacíficas y diplomáticas, interrupción de intercambio comercial y, fundamentalmente, existencia de agresión o defensa bélica.

En suma, atiende a una situación de violencia interestatal.

Francisco de Vitoria y Francisco Suárez[4] justifican la guerra siempre que sea declarada por autoridad legítima con el fin de preservar la existencia de una comunidad o asegurar el imperio de la justicia y el derecho, amén de que se empleen medios lícitos y proporcionales.

c) Legítima defensa

Consiste en una excepción prevista como derecho fundamental elemental de seguridad personal. Se encuentra regulada en el inciso 23 del artículo 2 de la Constitución.

En su oportunidad desarrollaremos este concepto.

d) Estado de necesidad

Se aplica ante una situación de peligro presente sobre los bienes jurídicos protegidos en favor de una persona, peligro fren-

---

4 Citado por RAMELLA, Pablo A. *Los derechos humanos*. Buenos Aires: Ed. Depalma.

te al cual se hace inexorable la necesidad de "violar" los bienes jurídicos correspondientes a otras personas. Implica un caso de conflicto entre bienes o derechos, que exige la destrucción o menoscabo de algunos de ellos para el aseguramiento y defensa de los otros.

Para determinar el fundamento del estado de necesidad es necesario distinguir si los bienes y derechos en conflicto son de igual o diferente valor.

En la primera hipótesis –caso de robo o hurto famélico, echazón o avería común– la justificación sería el interés preponderante. En la segunda hipótesis –cuando una persona desaloja a otra de una tabla de salvataje– la excusa sería el instinto de conservación.

El inciso 5 del artículo 20 del Código Penal señala la existencia de un *estado de necesidad justificante* cuando una persona, situada frente a un peligro actual e insuperable que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad, etc., realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro sobre sí o sobre otro, siempre que concurran dos requisitos:

- Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados, y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien jurídico resulta predominante sobre el interés dañado.
- Cuando se emplea un medio adecuado para vencer el peligro.

El inciso 5 del artículo 20 del Código Penal señala la existencia de un *estado de necesidad exculpante* cuando una persona, situada frente a un peligro actual y no evitable que significa una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

Nuestra legislación fija que no procede esta exención cuando a la persona se le puede exigir que acepte o soporte dicho peligro en atención a las circunstancias, especialmente si ella es causante del riesgo o estuviera obligada por una particular relación jurídica.

e) Legítimo ejercicio de deber o derecho

Consiste en la muerte de una persona como consecuencia del cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo.

En ese sentido, el inciso 4 del artículo 20 del Código Penal señala que se encuentran eximidas de responsabilidad penal aquellas personas que, obrando en forma legítima y excluyente de manifestación de exceso o abuso, se ven en la necesidad de acabar con una vida. Es el caso del policía que mata a un ladrón en un asalto, etc.

f) Aborto terapéutico

Consiste en la interrupción del proceso fisiológico del desarrollo de un concebido (feto), practicada por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal –si lo tuviere–, cuando esa interrupción se convierte en el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.

Al respecto, el artículo 119 del Código Penal señala que no es punible la práctica de un aborto terapéutico.

Con desdeñables consideraciones jurídicas, en otras legislaciones se agregan excepciones tales como el aborto libre, la eutanasia, etc.

3.1.2 Derecho a la identidad

Los orígenes del reconocimiento de este derecho se encuentran en las teorías del italiano Adriano de Cupis, y especialmente en la jurisprudencia producida en Italia como consecuencia de la famosa decisión judicial acerca de la propaganda en pro del divorcio (1974).

Con ocasión de la celebración del referéndum en torno a la abrogación o mantenimiento de la vigencia de la ley sobre el divorcio en Italia, se reprodujeron en un cartel publicitario las imágenes de dos líderes de oposición prodivorcistas, en donde aparecían "pronunciándose" por la derogación de la ley por ellos fomentada.

La judicatura italiana consideró que se había violado el derecho a la identidad personal al hacérseles aparecer proponiendo ideas y conceptos extraños a su real pensamiento.

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución actual.

El profesor Carlos Fernández Sessarego[5] señala que la *identidad personal*, como consecuencia de la libertad de cada ser humano, consiste en

---

5 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *La protección jurídica de la persona.* Lima: Universidad de Lima.

> "elaborar su propio proyecto existencial, su programa de vida, de acuerdo a valores bajo el dictado de su personal vocación."

Fernández Sessarego refiere que ello le confiere la dignidad de "ser uno mismo", una "cierta" persona. Afirma que el ser humano libra una contienda permanente consigo mismo por afirmar su propia identidad personal dentro de la trama de las relaciones comunitarias. Se trata de un incesante combate para que se le considere tal y como verdaderamente es, sin deformaciones o desnaturalizaciones.

El propio Fernández Sessarego define la identidad personal como el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en la sociedad; en suma, sería todo aquello que hace que cada cual sea "uno mismo" y no "otro". Este plexo de rasgos de la personalidad de *cada cual* se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los demás conocer a la persona en sí misma, en lo que real y específicamente ella es.

La identidad personal se manifiesta doctrinariamente en dos planos:

- *Plano formal o de inscripción registral*

  Implica el derecho a la individualizacion de la persona a través de signos distintivos como el nombre, el seudónimo, etc.

  En puridad, el plano formal alude a la *identificación* por vía registral.

  En dicho contexto, el nombre juega un papel protagónico como signo de identidad. Éste se consigna como una expresión idiomática que identifica a cada ser humano en particular, ante los demás miembros de la sociedad.

  El nombre se conforma a través de dos nociones: el nombre propiamente dicho y los apellidos de los padres.

- *Plano sustancial o de digitalidad social*

  Lleva a que se respeten los signos distintivos de la persona en el campo de las creencias, valores, actitudes y comportamientos propios. En suma, expresa el bagaje de sus características de proyección pública.

  Alude a que se respete aquel patrimonio ideológico y cultural construido en razón del ejercicio de la libertad y las circunstancias a las que se ve sometido el ser humano en el decurso de toda su vida.

3.1.3 Derecho a la integridad moral, psíquica y física

El criterio de la *integridad* se recoge del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969).

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución de 1979.

La integridad de la persona consiste en el reconocimiento a la indemnidad, es decir, a la no privación de ninguna parte de su ser.

El aspecto moral radica en defender los fundamentos del obrar de una persona, en el plano de la existencia y coexistencia social. Dichos fundamentos manifiestan el conjunto de obligaciones elementales y primarias que el ser humano se fija por mandato de su propia conciencia, y los condicionamientos que ella recibe a través de la educación y cultura de su entorno.

Debe aclararse que la *integridad moral* no precisa de la idea de algo extraño o superior a la persona para reconocer su existencia y defender su intangibilidad, ya que se funda en el libre albedrío. Es obvio que estos fundamentos no deben chocar con la moral social o las buenas costumbres.

El aspecto psíquico implica el respeto de los componentes psicológicos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, su temperamento, etc.

El aspecto físico implica el respeto a la conservación intacta de su estructura anatómica, funcional, y de la salud en general.

Se caracteriza por su irrenunciabilidad. Su ejercicio no puede sufrir, en principio, ningún tipo de limitación voluntaria.

Alude a la conservación del cuerpo, incluyendo todos sus tejidos, miembros, órganos, etc. Ergo, hace referencia a la indemnidad de su totalidad corporal.

En ese sentido, el ser humano tiene la responsabilidad de mantener incólume su integridad física, de no atentar contra ella, de no mutilarse.

Los actos de disposición del propio cuerpo sólo son admisibles cuando surge una exigencia ante un estado de necesidad, una razón médica o motivos de humanitarismo (la pérdida de un miembro u órgano para salvar el resto de la estructura corpórea, una gangrena o la donación de un órgano para salvar una vida ajena).

En razón de lo expuesto, la iniciativa del presidente Alberto Fujimori, convertida en texto normativo mediante ley 26530, que permite la esterilización, contraviene gravemente la Constitución.

3.1.4 Derecho al libre desarrollo y el bienestar

Se trata de una facultad que aparece consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscrito en la ONU (1966).

Su regulación constitucional, en nuestro país, se inicia con la Constitución de 1979.

Este derecho significa el ejercicio de una facultad que reconoce a cada persona la posibilidad de hacer uso de todas sus potencias físicas, intelectuales, morales, etc., en su propio beneficio.

Como bien dijera el presidente de la Corte Suprema de Kenia, Kebe M'Boy: "Cada hombre tiene el derecho a vivir y el derecho a vivir mejor."

Todo ser humano tiene la potestad de alcanzar una vida libre y digna dentro de la comunidad. Por ende, puede aspirar a una existencia cualitativa y cuantitativamente mejor. En suma, esto implica que el Estado cree las condiciones para que el ser humano mejore su condición económica, social, cultural, etc.

Mediante el derecho al *libre desarrollo y el bienestar* se alcanza la plenitud de vida, ya que ésta no sólo es el mero existir. Así, como bien refiere el profesor Alfredo Quispe Correa[6]:

> "Vivir es oportunidad de desarrollar las facultades humanas y de satisfacer necesidades biológicas, culturales, estéticas (...) Es capacidad plena de realizarse con decoro, es desterrar sobresaltos (...) es, en fin, libertad de poseer cada uno su destino. El derecho a la vida significa tolerancia ajena, pero además es trabajo, alimentación, etc. Ella supone la contraparte del Estado, para crear condiciones para que la vida sea algo más que el derecho a seguir respirando."

3.2 A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, aparece en el Acta de Independencia de los Estados Unidos (4 de julio de 1776), en donde se proclamó lo siguiente:

---

6 QUISPE CORREA, Alfredo. *Temas constitucionales.* Lima: Ed. Gráfica Cisneros.

> "Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales..."

Asimismo, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) se establece que:

> "Todos los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos; las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común."

Su regulación constitucional empieza en nuestro país a partir de la Constitución de 1823.

La *igualdad* es entendida como la facultad que tiene toda persona para que se le trate en las mismas condiciones que a sus semejantes que se encuentran en idéntica o similar situación.

La igualdad es un principio que intenta colocar a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ella implica una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancias, calidad, cantidad o forma. Ello de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otras en igualdad de circunstancias.

Su fundamento reside en que los hombres son esencialmente iguales, en cuanto participan de la naturaleza propia de la condición humana. Empero, esta igualdad no tiene relación con las calidades accidentales de cada individuo, por las cuales cada ser humano es distinto de los demás por un variado conjunto de caracteres físicos y espirituales, específicos y concretos, que sin alterar su esencia se agregan a ella para constituir su condición personal, propia, única e intransferible. Por ende, los hombres son iguales y distintos a la vez.

La igualdad busca tratar de manera uniforme las situaciones similares; ergo, consiste en la ausencia de discriminación, privilegio, favor o preferencia.

Tal como se ha afirmado, la clásica enunciación de la igualdad ante la ley constituye una *igualdad formal.*

A ésta hay que cotejarla con la denominada *igualdad real* que se traduce en la verificación efectiva de todo aquello que la primera enuncia. Se trata de comprobar de qué modo ello se cumple, en función de una serie de condicionamientos de carácter económico, social, cultural, etc.

Es obvio que *la desigualdad real evidentemente influirá en la "desigualdad" ante la ley.* Domingo García Belaunde plantea como

ejemplo el condicionamiento económico para el cabal ejercicio del derecho de defensa. Esta limitación permitiría o impediría contar con la asesoría de un abogado competente.

La noción de igualdad ante la ley se encuentra reñida con la *discriminación*. Ésta denota un trato desigual a personas sujetas a condiciones o situaciones iguales, bien sea por el otorgamiento de favores o por privilegiar la imposición de cargas.

Según nuestra Constitución, ninguna persona debe ser discriminada, entre otras razones, por las ocho siguientes:

a) Origen
Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada del lugar de nacimiento o del tronco de filiación.

b) Raza
Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de la pertenencia a un grupo humano con ascendencia común o conformación física (color de la piel; facciones y estructura anatómica predominante).

c) Sexo
Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de razones orgánicas que distinguen al hombre de la mujer. La Constitución de 1979 puso especial énfasis en este punto.

d) Idioma
Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de la utilización de una lengua; es decir, contra un modo particular de comunicación fonética.

e) Religión
Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de una creencia o dogma que vincula a los hombres con alguna divinidad o ser supremo.

f) Opinión
Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de pareceres, dictámenes, juicios, etc., que postula una persona.

g) Condición económica
Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de un cierto tipo de estado o situación de poder adquisitivo, posesión de bienes o rentas, etc.

h) Índole diversa
Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de factores múltiples: edad, apariencia física, estatura, etc.

En otra perspectiva, la igualdad ante la ley se manifiesta en tres aspectos:

- *Equiparidad civil y política*
  Derecho a elegir, ser elegido, etc.
- *Equiparidad ante las cargas públicas*
  Cumplir el servicio militar obligatorio, el pago de impuestos, etc.
- *Equiparidad social*
  Evitamiento de castas sociales basadas en el origen del nacimiento.

3.3 A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

Esta facultad se encuentra inscrita en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución.

Sus antecedentes históricos se remontan a las Capitulaciones del sultán turco Solimán II obtenidas por el rey de Francia Francisco I, en 1535.

Por ellas, la Sublime Puerta o el Magnífico –como también se le conocía– se comprometió a garantizar la libertad de culto y la inviolabilidad personal de los cristianos en tierras otomanas, amén del aseguramiento de algunos privilegios reconocidos a las comunidades católicas.

Posteriormente, dicha facultad aparece en el Acta de Independencia de los Estados Unidos (4 de julio de 1776) y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).

De manera más específica, se la consigna en la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948). En nuestro país, su regulación constitucional aparece en la Constitución de 1920.

Cabe advertir que existe una relación de género a especie entre la *libertad de conciencia* y la *libertad religiosa*, al extremo de que no puede concebirse a la segunda sin la existencia de la primera, ya que implica su verificación a través de actos de culto.

3.3.1 La libertad de conciencia

La conciencia es la capacidad de percibirse a sí mismo en la adhesión a una idea, concepto o creencia de carácter filosófico, político, religioso, etc.

El papa Juan Pablo II define la conciencia como "el sagrario altar espiritual, donde celosamente se guardan las convicciones de la persona humana".

Esta libertad consiste en la capacidad de pensar como se considere más pertinente. Se la entiende como la facultad de creer interiormente según el leal saber y entender de cada persona.

Ella implica una opción espiritual arraigada en el sentimiento, convicción, fe o creencia, que por tal se halla fuera del alcance de cualquier reglamentación.

Expresión significativa del conflicto dramático del ejercicio de la libertad de conciencia, puede encontrarse de manera notoria en el caso del filosófo griego Sócrates.

Éste fue condenado a muerte obligado a beber la cicuta, por expresar opiniones y pareceres contrarios a la verdad religiosa de su época. Su famoso diálogo con Critón deja constancia de ese hecho.

3.3.2 La libertad religiosa

El chileno Máximo Pacheco[7] la entiende como la potestad de profesar la confesión religiosa que cada uno considere como verdadera, así como la de sostener su creencia en su entorno.

En ese sentido, ninguna persona puede ser impedida de ejercer su opción de adorar a alguna divinidad. Implica, en cierto modo, la manifestación externa de la libertad de conciencia.

Tal como afirma el argentino Juan Helio Zarini[8], la actitud del Estado frente al tema de la opción religiosa se manifesta de tres maneras:

Opción de sacralidad

En este caso se produce inescindiblemente la relación Estado-religión, ya que el bien espiritual a cargo de una Iglesia contendría el bien común temporal del Estado. Son citables las situaciones establecidas en el Vaticano, Irán, Irak, etc.

Opción de secularidad

En este caso el Estado privilegia una confesión religiosa determinada; empero, respeta la libertad de creencia religiosa de sus miembros. Son citables las situaciones establecidas en Inglaterra, Israel, etc.

---

7 PACHECO G., Máximo. *Teoría del derecho.* Santiago: Ed. Jurídica de Chile.

8 ZARINI, Juan Helio. *Derecho constitucional.* Buenos Aires: Ed. Astrea.

Opción de laicidad

En este caso el Estado plantea la separación absoluta entre él y la religión. Son citables las situaciones establecidas en Noruega, Dinamarca, Suecia, etc.

El caso peruano se resume de la siguiente manera:

Durante el Incanato, el Estado se inclinó por la opción de sacralidad, para paulatinamente ingresar al terreno de la secularidad. Así, la Constitución de 1823 establecía:

> "La religión de la República es la católica, apostólica y romana, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra."

Esta orientación se mantuvo hasta que el presidente José Pardo y Barreda dio la ley 2193, de 11 de noviembre de 1915, en la que se derogó la prohibición del ejercicio público de cultos distintos a la religión católica. La Constitución de 1920 elevó dicha consideración a nivel constitucional.

El artículo 50 de la Constitución vigente, siguiendo los lineamientos de la carta de 1979, señala que el Estado dentro de un régimen de independencia y autonomía reconoce a la Iglesia católica como un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Se compromete, adicionalmente, a prestarle su colaboración. Debe agregarse que nuestra carta política deja a salvo su respeto a otras confesiones y abre la posibilidad de establecer formas de ayuda con ellas.

A consecuencia de todo lo arriba expuesto, ninguna persona se encuentra sujeta a acciones coercitivas que deterioren su derecho a tener o adoptar una convicción –ya filosófica, política o religiosa– de su elección.

Dicha facultad puede ser ejercida de manera individual o asociada.

De manera rotunda, el actual texto constitucional declara:

> "No hay persecución por razón de ideas o creencias."

Por ende, constituye un atentado contra el ser humano cualquier acto de acosamiento, molestia u hostigamiento de caracter político, jurídico, etc.

3.3.3 La opinión

La expresión de pareceres no constituye delito. Ello implica que no se considera como acto antijurídico ni doloso la manifestación oral o

escrita de opiniones derivadas de nuestras ideas o creencias. Sólo constituye ilícito en el caso de realización de actos materiales encaminados a perpetrar la vulneración de un bien jurídico tutelado por la ley.

Nuestro texto fundamental preserva la manifestación de conceptos u opiniones –derivadas de ideas o creencias– que una persona se forma sobre una cuestión determinada.

3.3.4 El ejercicio público de las confesiones (opciones de religiosidad)

La acción o manifestación pública de una determinada forma de culto es libre. En ese sentido, las formas de veneración, adoración u homenaje a una determinada divinidad no pueden ser objeto de restricciones.

No obstante lo expuesto, el ejercicio público de un culto religioso no es absoluto, ya que debe respetar dos criterios:

a) *Respeto a la moral social*
   Consiste en que la manifestación religiosa no debe ofender los principios rectores de vida en que se funda una comunidad específica. Éstos atienden a los fundamentos del obrar humano en los planos de la existencia y coexistencia social aceptados en nuestro país.
   Como ejemplos proscritos pueden citarse los sacrificios humanos, etc.
b) *Respeto del orden público*
   Consiste en que las manifestaciones de religiosidad no deben alterar o perturbar la tranquilidad o sosiego de la comunidad. No es admisible el quebrantamiento de la vida cotidiana por actos de violencia.

3.4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Se trata del conjunto de facultades previstas en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, aparece en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución de 1823.

La pluralidad de libertades descritas en la Constitución expresan en puridad una comunión jurídica, ya que entre todas ellas existe un lazo o unión de hecho.

3.4.1 La información

Es definida como todo mensaje dirigido, estructurado y difundido al público, cuyo objeto es presentar acontecimientos, elementos del saber o especulaciones de carácter científico, técnico, periodístico, etc., a través de los medios de comunicación social, sean orales, escritos o de imagen.

Esta facultad trata del reconocimiento de manifestar estados de ánimo colectivos e ideas, conceptos, etc., de trascendencia pública.

3.4.2 La opinión

Es definida como todo aquel concepto, juicio o dictamen de carácter personal referido a algún caso o asunto. La facultad de opinar deriva del natural derecho al pensamiento. En realidad, es la zona *intermedia* entre la libertad de conciencia (de involucrar un criterio íntimo) y la libertad de expresión (que implica un criterio manifestado en la vida en relación).

3.4.3 La expresión

Es definida como la capacidad de poder dar a conocer nuestras ideas o sentimientos hacia un número no precisado pero significativo de personas, a través de la palabra escrita, la palabra oral o el uso de imágenes.

En ese sentido, la persona, en ejercicio de su libre albedrío, expone sus propios pensamientos, ideas, etc., acerca de los actos de sus congéneres o acerca del mundo que la rodea.

La libertad de expresión es el complemento indispensable de la libertad de opinión.

La expresión se vale de:

La palabra escrita

Utilización de documentos donde aparecen signos convencionales que dejan constancia del parecer de una persona.

La palabra oral

Utilización de la voz para dejar constancia de un parecer personal.

La imagen

Utilización de la representación visual a través de videos, dibujos, esculturas, pinturas, fotografías, etc., para dejar constancia de un parecer personal.

La difusión

Ésta se define como la facultad de poder ampliar a través de medios tecnológicos o técnicos de gran envergadura los alcances de nuestra expresión, más allá de los límites lógicos del uso de la voz, la presentación de un escrito o el uso de imágenes domésticas.

Estas libertades –de información, opinión, expresión y difusión– no requieren, para ser ejercitadas, de ningún tipo de autorización previa por parte de ningún funcionario público o de algún ciudadano en particular. Tampoco pesan sobre ellas actos de censura o cualquier otro tipo de impedimento para su goce, bajo responsabilidad de sanción dispuesta por la ley de la materia. Es el caso de lo previsto en el artículo 169 del Código Penal, que sanciona la violación de la libertad de expresión.

Es notorio que la *censura* es un mal recurrente en la vida nacional. Se la define como la intervención de un funcionario público a traves de una "autorización previa" para poder hacer pública una opinión o información.

El argentino Juan Helio Zarini señala que implica "el control, examen, venia o autorización anterior de la autoridad".

En ese contexto, la censura lleva implícita la posibilidad de impedir la circulación o difusión de una opinión, información, etc.

Ahora bien, al ser evidente que el ejercicio de estas libertades puede ocasionar la lesión de bienes jurídicos como el honor, la intimidad, etc., la Constitución dispone que los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

En ese sentido, el artículo 132 del Código Penal alude a la figura delictiva de la difamación agravada, figura que se da cuando se difunden noticias atribuidas a una persona, hecho, cualidad o conducta, que perjudiquen el honor o reputación de esa persona.

Asimismo, de manera expresa la Constitución señala que es delito toda acción que suspenda, clausure o impida la libre circulación de un órgano de expresión.

Debe advertirse que los derechos de información y opinión comprenden además el de fundar medios de comunicación social. Ergo, se consagra el derecho a la libertad de empresa periodística.

3.5 *A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.*

Facultad prevista en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948). Su regulación constitucional, en nuestro país, se inicia con la Constitución actual.

Consiste en la posibilidad de pedir o demandar –sin necesidad de exponer razones ni motivos– toda la información oficial (datos estadísticos, dictámenes, resoluciones) que se requiera.

Esta facultad se ejerce ante todas las entidades de la Administración pública, entendiéndose por tales las siguientes:

- Poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).
- Organismos autónomos (Ministerio Público, Banco Central de Reserva, etc.).
- Instituciones públicas descentralizadas (Instituto Nacional de Estadísticas e Informática, Instituto Nacional de Becas y Créditos Educativos, etc.).
- Empresas públicas.
- Municipios y regiones.

La recepción de la información solicitada está sujeta a los plazos legales que se señalan por ley o por costumbre administrativa.

Dicha información puede ser obtenida, según sea el caso, ya en forma gratuita u onerosa. Esta última se concreta en el pago de una tasa.

Las reparticiones públicas están autorizadas a no entregar información en los casos que expresamente fijan la Constitución y las demás normas de inferior jerarquía.

Esta excepción al derecho de información de fuente estatal tiene su fundamento en la defensa de la intimidad personal y en la seguridad

nacional. Asimismo, mediante norma escrita se pueden ampliar las excepciones arriba citadas.

La Constitución actual permite el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria cuando expresamente lo soliciten los siguientes funcionarios:

- La autoridad judicial.
- El fiscal de la nación.
- Una comisión investigadora del Congreso.

Dicha solicitud debe ampararse en la necesidad de obtener información para la resolución de una investigación.

El *secreto bancario* hace referencia a la garantía de no revelación de la identidad de los clientes o depositantes de una entidad bancaria ni del estado en que se encuentran sus cuentas.

La *reserva tributaria* hace referencia a la garantía de no divulgación de los alcances y estado de las prestaciones tributarias de un contribuyente.

En resumen, sólo procede el levantamiento de estas dos garantías cuando se realizan los siguientes supuestos:

- Existencia de una investigación en el ámbito del Congreso, el Ministerio Público o el Órgano Judicial.
- Petición a cargo de la autoridad que conoce y lleva a cabo la investigación.

3.6 A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

Facultad prevista en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, aparece en la Constitución española de 1978 (en el art. 18 se señala que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos).

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución actual.

Los *servicios informáticos* aluden a bancos de datos, o sea, centros de ordenación encargados de acopiar y seleccionar antecedentes de cualquier naturaleza.

El desarrollo de la actividad informática en nuestra sociedad ha traído consigo una mayor vulnerabilidad para algunos de los derechos fundamentales de la persona.

La información –sea computarizada o manual– de carácter personal o privado, almacenada en los bancos de datos, puede ser "accesada" u obtenida sin consentimiento de a quien se refiere, con vulneración en algunos casos del derecho a la intimidad personal y familiar.

Esta noción de intimidad alude a la preservación de un ámbito de desarrollo personal y familiar sin intrusiones ni injerencias de personas ajenas a dicho entorno. Se trata de datos o hechos que no requieren ni necesitan ser conocidos por terceros, ya que no son relevantes para la coexistencia social. Su divulgación vulnera la paz y la tranquilidad interior.

La información de carácter informático es definida por el español Eugenio Diez Francisco[9]:

> "como una combinación significativa de señales (...) establecida en sus correspondientes soportes, con los que un sujeto llamado emisor elabora la representación mental de una realidad y que dirigida a través de canales de producción se entrega a otro sujeto llamado perceptor."

Es evidente que el uso de los servicios informáticos en el mundo actual ha alcanzado un nivel tan importante como el que en su momento tuvieron la paloma mensajera, el telégrafo, el teléfono, etc. Empero, su acceso no debe afectar derechos tan "sagrados" como la intimidad personal y familiar (por ejemplo, en caso de suministro de información acerca del origen del nacimiento, la conducta sexual, etc).

La prohibición de proporcionar información que afecte la intimidad personal y familiar alcanza tanto a los servicios informáticos administrados por el Estado como a aquellos a cargo de particulares (compañías de seguros, estudios de abogados, clínicas y consultorios médicos, etc.).

Este derecho se encuentra respaldado por la interposición de la acción de hábeas data.

3.7 Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

---

9 DIEZ FRANCISCO, Eugenio. *Naturaleza jurídica de la información.* Madrid: Ed. Aranzad.

Esta plural facultad se encuentra prevista en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución.

Su aparición en la historia se produce con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) y, de manera más específica, con la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948).

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución de 1823.

El inciso que comentamos preserva un conjunto de derechos, los cuales sucintamente expresan lo siguiente:

3.7.1 El honor

Es la apreciación positiva y cierta que la persona hace de sí misma, tanto en el plano de la existencia como en el de la coexistencia social.

Alude a un sentimiento de autoestima; ergo, es la opinión que uno mismo tiene de su valía. En puridad, expresa un criterio subjetivo y personal.

3.7.2 La buena reputación

Es la opinión cierta, evidente y favorable que los congéneres tienen de nuestra persona.

Alude a la celebridad, renombre o estima social que una persona alcanza en su entorno como consecuencia de su comportamiento coexistencial y de su esfuerzo profesional, cívico, etc.

En suma, es el buen concepto que los demás se forjan de una persona; o sea, es aquello que se conoce como *fama* o *imagen social.*

En realidad, expresa un criterio objetivo.

Cabe consignar que el honor y la buena reputación son derechos conexos y hasta complementarios.

Nuestro Código Penal los preserva a través de la consignación de las figuras de la infamia, calumnia y difamación, previstas en los artículos 130 al 138.

3.7.3 La intimidad personal y familiar

Consiste en la preservación del derecho de lograr un ámbito de desarrollo egotista y particular y, de manera concomitante, un espacio parental, sin intrusiones ni injerencias de personas extrañas a dichos entornos.

Se trata de mantener en reserva aquellas actividades o comportamientos carentes de trascendencia social; es decir, implica colocar una valla jurídica en pro de la tranquilidad espiritual y paz interior de la persona y su familia.

Según V. Zeno-Zencovich[10], tiene que ver con el complejo de los asuntos privados, los que por tales están sustraídos de intrusión ajena.

Se trata de asuntos irrelevantes para el público, salvo aquellos especialmente enunciados por la ley.

A través del ejercicio de esta facultad se pone a salvo el derecho de cada persona a desenvolver su vida privada y familiar como mejor lo estime conveniente.

Esta facultad, prevista expresamente en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948), tiene antecedentes jurisprudenciales sumamente interesantes.

Es citable la famosa sentencia dictada por el Tribunal del Sena en 1859. Dicha resolución surgió como consecuencia de ciertas fotografías de una mujer de inicial vida airosa y posterior conducta ordenada y socialmente aceptada. A su muerte, sus familiares más cercanos se opusieron a la divulgación de esas fotografías.

Dicho tribunal sentenció que:

> "los herederos más cercanos de una persona difunta pueden manifestarse contrarios, no sólo a que el retrato sea puesto a la venta o sea objeto de cualquier tipo de publicidad, aun en el caso de que en vida la retratada hubiere autorizado su venta y difusión; y es que los tribunales están facultados, según sean las circunstancias, a ordenar la entrega a la familia de las pruebas y clichés que hubieren podido quedar en manos del artista."

En ese mismo sentido, el mismo tribunal en 1884 penalizó severamente a un pintor que, por venganza, presentó un cuadro en donde hacía aparecer al literato Alejandro Dumas júnior (autor *de La dama de las Camelias, Las ideas de Madame Aubray*, etc.) vestido de mercader en un bazar.

También es digno de mención el caso Stevens vs. Mayer ante la Corte Suprema de Nueva York (EE. UU.), en donde la querellante solici-

---

10 Citado por CUBAS ROMERO, Juan. "La vida humana y el derecho". En: *JUS*. Lima: C. F. D. de la Universidad Particular de San Martín de Porres.

tó amparo judicial alegando que mientras desempeñaba un papel en el Broadway Theatre, que requería su desempeño en mallas, fue fotografiada por el demandado subrepticiamente y sin su consentimiento desde uno de los palcos. Por ende, solicitó con éxito se prohibiera hacer uso de la respectiva fotografía.

De conformidad, en parte, con lo expuesto por el argentino Jorge W. Peyrano[11], existen diversos mecanismos que frecuentemente se utilizan para vulnerar el derecho a la intimidad, a saber:

- Los medios técnicos de escucha (micrófonos, grabadoras).
- Los medios técnicos de observación (lentes, rayos, etc.).
- Los medios técnicos de registro estático y dinámico de imágenes (filmadoras y cámaras fotográficas).

La doctrina señala tres características típicas en torno al tema:

a) Debe tratarse de manifestaciones personales o familiares que normalmente se encuentran sustraídas del conocimiento por parte de terceros.
b) Debe tratarse de manifestaciones que al ser conocidas provoquen perturbaciones de orden moral o espiritual que afecten el recato, el pudor, la paz o la tranquilidad de la persona o de su entorno familiar.
c) Debe tratarse de manifestaciones que la persona o su entorno familiar quieran mantener en sigilo.

El tratadista Francesco Messineo[12] declara que esta facultad es el derecho de la persona a utilizar exclusivamente o a autorizar expresamente a terceros la reproducción de su figura mediante dibujos, fotografías, grabaciones visuales, etc.

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina civilista, es posible que terceros reproduzcan y divulguen la imagen de una persona, siempre que dicho acto se encuentre circunscrito a las siguientes consideraciones:

a) Tratarse de la imagen de una persona con notoriedad pública en razón del cargo público que ejerce o de su posición preeminente en la vida social, artística, deportiva, etc.

---

11 PEYRANO, Jorge W. "Una nueva vía procesal para preservar el derecho a la privacidad: el proceso urgente". En: *Vox Juris* (suplemento). Lima: Facultad de Derecho de la Universidad Particular de San Martín de Porres.

12 Citado por BASTIDAS, Simeón. "Los derechos humanos". En: *Presente*. 1979.

En este caso, las imágenes captadas y divulgadas deben tener relación con la actividad del personaje objeto de notoriedad pública.

b) Tratarse de una imagen útil para fines científicos, culturales, etc.

c) Tratarse de una imagen que devele hechos de interés general, siempre que hubiere sido captada en un lugar público.

En los últimos tiempos, diversas personalidades se han visto afectadas en su derecho a la intimidad. Es citable el caso de Jackeline Kennedy, quien logró que el mítico *paparazzi* Ron Galella se abstuviese –por orden judicial– de acercarse a menos de 50 metros de ella. Con contraria fortuna aparece la princesa Diana, fotografiada haciendo gimnasia, o Diego Armando Maradona, sitiado por los periodistas en su casa-quinta de Moreno.

3.7.4 La voz

Es el conjunto de sonidos que permite la emisión, por el hombre, de expresiones orales, cánticos, silbidos o gritos.

Al considerársela digna de protección, se asume que la voz de una persona le pertenece e incluso la identifica.

Nuestra Constitución señala que la voz integra la persona; por ende, nadie puede grabarla ni utilizarla sin su autorización.

Este derecho tiene singular importancia en el caso de cantantes, narradores, declamadores, etc.

3.7.5 El derecho a la propia imagen

Consiste en la facultad que cada persona tiene para autorizar o prohibir que su figura sea reproducida con fines lucrativos o sin ellos.

Es evidente que la imagen se constituye a partir de la expresión corporal y de su posterior representación. Ello deviene en una manifestación del ser humano respecto a la cual se le otorga un derecho particular y concreto en favor de la defensa de su personalidad, cuyo *leitmotiv* es su figura exteriorizada en sus rasgos corporales y cuyo fundamento es la autonomía de la persona respecto de sí misma y de sus manifestaciones.

Se trata de un derecho personalísimo que se configura en la facultad del interesado para difundir o publicar su propia imagen a través de los

medios de comunicación social de manera gratuita u onerosa, o para impedir la reproducción y difusión de dicha imagen por parte de terceros.

Ahora bien, cuando una persona es afectada por afirmaciones inexactas o es agraviada en cualquier medio de comunicación social, ella puede hacer uso del denominado *derecho de rectificación.*

Este derecho constituye un medio elemental para la defensa de su voz, honor o buena reputación, lesionados por una información o comentario carente de veracidad.

La rectificación se efectuará en el medio de comunicación afectante.

El proceso de rectificación se establece en base a cuatro criterios:

a) La medida de autorrectificación de parte del medio social afectante, o el pedido de rectificación presentado por el afectado, se genera en forma gratuita; esto es, no conlleva carga económica de ninguna especie.
b) La medida de autorrectificación o rectificación se genera inmediatamente; esto es, sin demora de ningún tipo.
c) La medida de autorrectificación o rectificación tiene carácter proporcional; esto es, debe existir correspondencia, equiparidad e igualdad entre la información inexacta o agraviante y la posterior que en vía rectificatoria se emite en el medio de comunicación afectante.
d) La medida de autorrectificación o rectificación no enerva el derecho del afectado a accionar posteriormente ante el Órgano Judicial, a efectos de obtener se apliquen en contra del afectante las responsabilidades de ley.

3.8 A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

Facultad prevista en el inciso 8 del artículo 2 de la Constitución.

Históricamente, aparece como consecuencia de los postulados de las revoluciones francesa y americana. Su regulación constitucional, en nuestro país, se inicia con la Constitución de 1826.

3.8.1 La libertad de creación

Consiste en la manifestación o expresión de la persona, que le permite explorar su propio ser y su entorno, así como proyectarlo a la

sociedad. Ella deriva en la producción, realización o composición de algo.

Dicho proceso de creación se puede manifestar en cuatro campos:

a) La *libertad de creación intelectual.* Hace referencia a la producción de ideas o conceptos relativos al ámbito del entendimiento, expresados a través de un lenguaje determinado. Es el caso de la creación filosófica, política, literaria, etc.

b) La *libertad de creación artística.* Hace referencia a la producción o realización de cosas u objetos con sentido estético para las personas que las contemplan. Es el caso de las pinturas, esculturas, fotografías, grabados, dibujos, etc.

c) La *libertad de creación técnica.* Hace referencia a la producción o realización de objetos con utilidad práctica para la vida en común. Es el caso, por ejemplo, de la artesanía.

d) La *libertad de creación científica.* Hace referencia a la producción o realización de teorías, fórmulas, etc., que permiten el avance de disciplinas tales como la física, la química, etc.

3.8.2 La protección del derecho de autor

Ella recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad.

Dicho derecho es independiente del derivado de la propiedad del objeto en el cual se encuentra incorporada la obra. Su goce o ejercicio no está supeditado al requisito de su registro en la Oficina de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), ni al cumplimiento de cualquier formalidad exigida por el decreto legislativo 822, ley sobre el Derecho de Autor.

Como se ha esbozado, este derecho es independiente y compatible con los derivados de la propiedad industrial, que puedan existir sobre la obra, los derechos conexos, etc.

Debe advertirse que en caso de conflicto primará lo que más favorezca al autor.

Se presume que recibe la denominación de autor –salvo prueba en contrario– aquel que aparece como tal en la obra mediante su nombre, firma o signo identificatorio.

El autor de una obra tiene, por el solo hecho de la creación, la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, el

mismo que comprende a su vez los derechos de orden moral y patrimonial determinados en el decreto legislativo 822.

Esta pluralidad de facultades previstas en el inciso 8 del artículo 2 de la Constitución, cobra importancia a raíz de la aparición de la imprenta, y posteriormente con el auge del industrialismo, la economía de mercado y la revolución científico-tecnológica.

Es evidente que la libertad de crear permite la búsqueda de la perfección en la existencia y coexistencia social. Su ejercicio permite el avance y desarrollo de la cultura, la ciencia, etc.

Nuestra Constitución garantiza el derecho *a la propiedad* sobre dichas creaciones y su producto. En ese sentido, la creación es fruto excelente del trabajo –sea manual o intelectual–; por ende, fundada en razones de equidad y justicia, se convierte en la más prístina y legítima de las propiedades.

La *propiedad intelectual* implica el reconocimiento de la condición de autor o inventor.

El *derecho de autor* concierne a todas las obras o producciones del ingenio humano, sean de carácter literario, científico o artístico, independientemente del modo o la forma de su expresión.

Este derecho de autor comporta atributos de orden intelectual, moral y patrimonial. Los primeros tienen carácter permanente e inalienable, y el último permite la explotación de la obra o producción, de conformidad con la forma y el tiempo que señala el decreto legislativo 822.

El artículo 216 del Código Penal señala que aquel que copia, reproduce, exhibe, ejecuta o difunde al público, en todo o en parte, por medio de impresiones, grabaciones, videogramas, fijaciones, etc., una obra o producción literaria, artística o técnica sin autorización escrita de su autor, productor o titular de un derecho intelectual, comete el delito de violación del derecho autoral.

Asimismo, el citado texto legal contempla otras figuras delictivas, a saber:

- Usurpación de autoría (art. 218).
- Edición mayor a la autorizada (art. 219).
- Venta o distribución de producción ilícita (art. 220).
- Violación de partitura (art. 222).
- Reproducción ilegítima de diseño o modelo industrial (art. 223).
- Violación del derecho de marcas (art. 225).

3.9 A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivo de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 9 del artículo 2 de la Constitución. Desde una perspectiva histórica, aparece como consecuencia de una gracia concedida por el rey español Alfonso IX en 1188, en favor de los pobladores de Villa de León, como gratificación por su valentía en la defensa de la causa monárquica. A ésta se la conoce como "Pacto de Sobarbre".

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución de 1823, bajo la consideración de "asilo inviolable". Implica la facultad de una persona para que la residencia en donde vive como dueño, inquilino o titular no sea objeto de turbación por parte de terceros. El ingreso a ella se acredita –en principio– sólo por la previa expresión de voluntad del residente.

La inviolabilidad del domicilio permite la defensa de atributos colaterales como el derecho a la tranquilidad personal, a la intimidad personal y familiar, etc.

El domicilio es el lugar donde una persona vive habitualmente.

Como bien afirma el tratadista nacional Carlos Fernández Sessarego[13], es el asiento jurídico de la persona, su sede legal, el territorio donde se encuentra, para imputarle posiciones jurídicas y para atribuirle derechos o deberes.

En doctrina suele distinguirse al domicilio a través de dos conceptos:

a) *Domicilio de residencia* (*stricto sensu*)
   Es el lugar donde normalmente vive la persona con su familia.
b) *Domicilio de morada* (*lato sensu*)
   Es el lugar donde accidentalmente se encuentra la persona por razones diversas; verbigracia, por negocios, desempeño de una comisión, visita, turismo, etc.

El domicilio *stricto sensu* se fija por el hecho simple de residir real y habitualmente en un lugar.

La *inviolabilidad domiciliaria* presenta dos modalidades:

---

13 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit.

a) Impedir el acceso a las personas no residentes o no moradoras de una vivienda. Se incluye a aquellos que pretendieren, sin amparo legal, efectuar investigaciones o registros.
b) Expulsar a los que se hubieren introducido subrepticiamente o hubieren dejado de ser visitantes o huéspedes gratos.

El ingreso a un domicilio, en el caso de una investigación o registro, se efectúa previa autorización de la persona dueña, titular o inquilina de la vivienda.

Las excepciones a estas reglas de inviolabilidad son cuatro:

a) Existencia de una orden judicial.
b) Existencia de flagrancia de delito en el interior del domicilio, o de un muy grave peligro de su perpetración.
c) Existencia de motivos de sanidad regulados por la ley.
d) Existencia de grave riesgo declarada por la ley.

La *flagrancia de delito* consiste en el ilícito en el instante en que se comete. Se produce cuando se descubre el ilícito en el momento mismo de su comisión; es decir que su autor se encuentra presente en el domicilio, en acto ejecutante.

El *grave peligro de su perpetración* alude al riesgo cierto e inminente de la ejecución de un acto ilícito dentro del domicilio.

Las *razones de sanidad* se vinculan con la existencia de pestes, epidemias, etc., que ponen en peligro la salud de la población.

El *grave riesgo* alude a la pluralidad de contingencias anunciadoras de un daño sobreviniente de magnitud.

3.10 Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución.

Históricamente, aparece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966).

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución de 1823.

3.10.1 El secreto de las comunicaciones y documentos privados

Consiste en la facultad de poderlos mantener con sigilo y con reserva del conocimiento y atención de terceros.

La inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados consiste en la facultad de poderlos mantener intocables o fuera de la aprehensión de terceros.

Las comunicaciones y las telecomunicaciones son todos aquellos medios de transmisión de avisos, noticias, correspondencia, etc. (cartas, fax, telefonía, etc.).

La vulneración del secreto y de la inviolabilidad de las comunicaciones se puede producir a través de una pluralidad de acciones. Entre ellas son citables las cuatro siguientes:

a) Incautación

Toma de posesión oficial y forzosa de una comunicación o documento privado.

b) Sustracción

Toma de posesión subrepticia y oculta de una comunicación o documento privado.

c) Interferencia

Conocimiento de una telecomunicación a través del acceso a imágenes o de intromisión oculta en las emisiones radiofónicas.

d) Interceptación

Toma de posesión de una comunicación o documento privado a través de su apoderamiento físico durante el proceso de enlace entre el emisor y el receptor.

Los diversos medios o formas de comunicación y telecomunicación (postales, telegráficos, radiales, televisivos, etc.) sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos –según sea el caso– por personas distintas a su destinatario –o por aquellas a las que se tenga a bien participarlas–, únicamente cuando exista un mandamiento motivado por autoridad judicial competente, con las garantías previstas en la ley.

Dicho mandamiento no exonera en modo alguno de la obligación de guardar secreto de aquellos asuntos que devienen ajenos o extraños al hecho judicial que motivó su examen.

La Constitución señala que los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal alguno.

Dicha noción incluye a los escritos, impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, reproducciones de audio y demás objetos que contengan o representen algún hecho, alguna actividad humana, etc.

La Constitución vigente señala, igualmente, que en el caso de los libros, comprobantes y documentos de carácter administrativo y conta-

ble existe una potestad de control, inspección o fiscalización por parte del funcionario público competente (es el caso, por ejemplo, del titular de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria –Sunat–).

Dicha potestad de inspección o fiscalización oficial presenta dos limitaciones:

a) Dicha acción debe efectuarse dentro de los marcos que señala la ley. El funcionario público carece de facultad discrecional y se encuentra sujeto al otorgamiento de competencias regladas.
b) Dicha acción no incluye la sustracción o incautación del material arriba mencionado, salvo que exista una orden judicial expresa para ello.

Los artículos 161 al 164 del Código Penal establecen como actos ilícitos los siguientes:

- Abrir indebidamente una carta, pliego, telegrama, radiograma, despacho telefónico, etc., que pertenece a un tercero.
- Interferencia o escucha indebida de una comunicación telefónica.
- Supresión o extravío indebido de una correspondencia epistolar, de su lugar de destino.
- Publicación indebida de una correspondencia epistolar o telegráfica no destinada a la publicidad, aun cuando le hubiere sido dirigida al propio revelante, si el hecho divulgado causare algún perjuicio a otra persona.

3.11 A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 11 del artículo 2 de la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, aparece genéricamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948).

Su regulación constitucional, en nuestro país, se inicia con la Constitución de 1979.

Hace referencia al derecho que tiene toda persona a domiciliar o radicar donde estime pertinente; a variar su domicilio según fuere su interés, y a trasladarse y circular de un lugar a otro del país.

En esta perspectiva, este derecho hace referencia a tres aspectos:

a) Potestad de escoger el lugar donde habitualmente se vive, así como de variarlo a libre albedrío.
b) Potestad de desplazarse sin condicionamiento alguno, a lo largo y ancho del territorio nacional.
c) Potestad de entrar al territorio y de salir de él.

En puridad, este derecho está íntimamente vinculado con la libertad personal.

Por otro lado, se encuentra sujeto a tres condicionamientos:

a) Razones de sanidad

Son aquellas que surgen debido a la existencia de pestes, epidemias, etc. –que ponen en peligro la salud de la población–, a fin de mantener el buen estado sanitario.

b) Razones de judicialidad

Son aquellas que derivan de la existencia de una orden judicial. En puridad, se trata de una pena restrictiva de la libertad; verbigracia, la expatriación de nacionales y la expulsión de extranjeros.

La *expatriación de un nacional* –acción de sacar por la fuerza a un natural, del territorio de su propio país– procede en los casos de comisión de atentados contra la seguridad nacional, como la participación en un grupo armado dirigido por un extranjero; distribución o alteración de hitos fronterizos; actos desleales con el país, etc., y traición a la patria (arts. 325 al 332 del Código Penal). La *expulsión de un extranjero* –acción de hacer salir por la fuerza a un extranjero, del territorio nacional– procede inmediatamente en el caso de un extranjero que ha cumplido una condena impuesta en el país. También procede por la cancelación de su autorización de permanencia o residencia, si no se ha producido el abandono espontáneo.

c) Razones de extranjería

Son aquellas que derivan textualmente de lo dispuesto en el decreto legislativo 703, ley de Extranjería.

En virtud de lo dispuesto en dicha norma, se encuentran prohibidos e impedidos de ingresar al país los extranjeros que incurran en alguna de las siguientes causales:

- Aquellos que hubieren sido anteriormente expulsados del territorio nacional por razones de judicialidad o extranjería.
- Aquellos que son prófugos de la justicia por delitos tipificados como ilícitos comunes en la legislación nacional.

- Aquellos que hubieren sido expulsados de otro país por la comisión de delitos tipificados como comunes en la legislación peruana, o por infracciones a normas de extranjería análogas a las nuestras.
- Aquellos que se encuentran incursos en razones de sanidad.
- Aquellos que registran antecedentes penales o policiales por delitos tipificados como comunes en la legislación nacional.
- Aquellos que carezcan de recursos económicos que les permitan solventar los gastos de permanencia en nuestro territorio.

Cabe advertir que este derecho puede ser suspendido, en su ejercicio, como consecuencia del decretamiento del régimen de excepción (art. 137 de la Constitución).

3.12 A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 12 del artículo 2 de la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, aparece en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).

Su regulación constitucional, en nuestro país, se inicia con la Constitución de 1856.

Es la facultad que poseen los ciudadanos de agruparse de manera deliberada y en un momento determinado, con el propósito de analizar y tratar asuntos y problemas de interés común.

Esta atribución de congregarse y juntarse es esencial para la vida en sociedad, porque a través del intercambio de ideas y trabajo en conjunto, se puede progresar y desarrollar conocimientos, planteamientos y posibilidades de vida común, en mejores condiciones que las de la simple y mera deliberación o decisión personal.

Debe advertirse que este derecho puede ser suspendido en su ejercicio durante el denominado *régimen de excepción* (art. 137 de la Constitución).

El derecho de reunión se encuentra condicionado del modo siguiente:

- Las reuniones deben hacerse sin que medien actos de violencia o intimidación; esto es, deben desenvolverse de manera pacífica y sin armas.
- Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren de ningún tipo de aviso previo.
- Las reuniones convocadas en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad.

La autoridad sólo puede prohibir una reunión cuando existen motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.

El *motivo de seguridad* deriva de la existencia de un clima político-social de intranquilidad, proclividad a la violencia o al desorden callejero, etc.

El *motivo de sanidad* deriva de la existencia de pestes, epidemias, etc., que ponen en peligro la salud de la población.

3.13 A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, aparece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969).

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución de 1856.

Es indudable que la sociabilidad de los seres humanos los predispone a convivir y a organizar esta convivencia. Al respecto, el filósofo griego Aristóteles afirmaba en la *Política*:

> "El hombre es un animal político (*pólis*) y aquel que no vive en sociedad es una bestia o un dios."

La facultad de constituir personas jurídicas sin fines de lucro se fundamenta en la propia Constitución.

Como bien afirma Carlos Fernández Sessarego[14], la persona jurídica "es un centro unitario, ideal, de referencia de situaciones jurídicas, de imputaciones de deberes y derechos". En puridad, "se constituye me-

14 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit.

diante la abstracción de una pluralidad de personas naturales en una unidad ideal de referencia normativa".

Es evidente que la persona jurídica tiene una existencia distinta de la de sus miembros –una pluralidad de personas naturales–, constituida con el objeto de alcanzar la consecución de fines concretos y específicos.

Estos fines, valiosos según el criterio de los miembros conformantes de la persona jurídica, les permite a éstos reunirse para emprender tareas comunes, imposibles de vivencia y logro si se emprenden de manera aislada o individual.

Estos fines no tienen carácter lucrativo, es decir, no se inspiran en la consolidación de riqueza, fortuna o en la búsqueda de la prosperidad económica. En cambio, aluden a la promoción de actividades vinculadas con el espíritu y la satisfacción moral.

Nuestro Código Civil señala que las personas jurídicas no vinculadas con el espíritu de lucro, pueden ser clasificadas en:

a) Asociaciones

Se trata de personas jurídicas de derecho privado, organizadas para realizar fines altruistas de carácter material o espiritual, en el ámbito del deporte, la recreación, la defensa gremial, la asistencia social, el bienestar corporativo, etc.

b) Fundaciones

Se trata de personas jurídicas de derecho privado, organizadas para realizar fines altruistas de carácter material o espiritual, en los ámbitos arriba descritos, a las que se les afecta bienes para el cumplimiento de esos fines.

c) Comités

Se trata de personas jurídicas de derecho privado, organizadas para la recaudación pública de aportes en dinero o en especie, y que tienen una finalidad altruista.

La Constitución prevé dos reglas en referencia a este tipo de instituciones, a saber:

- Su establecimiento no necesita de autorización estatal previa. Basta con arreglar su conformación de acuerdo con lo establecido en el Código Civil y demás normas sobre la materia.
- Su disolución no puede ser establecida por resolución administrativa; ergo, los poderes políticos carecen de la potestad de disolverlas.

  Este proceso de disolución solo es admisible por los propios agremiados o por mandamiento judicial razonado y amparado en la ley.

3.14 A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, aparece como una consecuencia directa de la Revolución francesa (1789) y del auge del industrialismo en la Europa de comienzos del siglo XIX.

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución de 1856.

El contrato es un acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial.

La relación jurídica contractual genera derechos y deberes recíprocos entre las partes; versa sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, esto es, que pueden ser objeto de valoración crematística.

En ese sentido, la Constitución vigente otorga el derecho a contratar con fines lícitos.

Ello implica que el objeto que integra voluntades en torno a un contrato debe ostentar licitud. Ésta se entiende como la no contrariedad a la ley o a la moral social; por ende, indica la no violación o no vulneración del ordenamiento jurídico.

Los fines del contrato son considerados lícitos cuando no contravienen el orden público.

En ese aspecto específico, el *orden público* se entiende como un conjunto de normas imperativas que salvaguardan los principios de vida en relación (moral, derecho), y que por tales se sitúan sobre aquellas reglas que por convención quisieren establecer las partes contratantes.

Estas normas de orden público, que son principios rectores para establecer la validez y licitud de los contratos, no pueden ser desconocidas o suspendidas por las partes de una relación contractual. En ese sentido, las obligaciones derivadas de un contrato no pueden enervar o vulnerar mandatos fijados en la ley, en la moral social –resguardada por la ley–, ni crear impedimentos o prohibiciones no convalidados por nuestro ordenamiento jurídico (verbigracia, el caso de los contratos de trabajo que impiden a un trabajador sindicalizarse).

3.15 A trabajar libremente, con sujeción a ley.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución.

Históricamente, aparece, en sus enunciados generales, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), y más específicamente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966).

Su regulación constitucional, en nuestro país, se inicia con la Constitución de 1979.

El argentino Juan Hélio Zarini[15] señala que:

> "Es la facultad originaria de toda persona de elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera; y de desempeñarla disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual."

Esta facultad de optar o elegir la ocupación laboral –sea manual o intelectual– tiene como único parámetro a la ley. Esta sujeción se plantea en resguardo del orden público y la seguridad nacional.

- *El orden público*
  Consiste en el resguardo de una forma de vida, un *status* social establecido y condicionado por la voluntad formal de un Estado en función de su tradición histórica, sus convicciones éticas más arraigadas, sus costumbres y convencionalismos más generalizados, y sus necesidades y vivencias más sentidas.
- *La seguridad nacional*
  Alude a la existencia de una situación en la cual se logra el control de la pluralidad de influencias atentatorias contra los fines de preservación, desarrollo y continuidad de la nación peruana. A través de ella se crean las más óptimas condiciones para el cumplimiento de los objetivos nacionales previstos en el artículo 44 de la Constitución.

Debe agregarse que esta facultad de laborar en cualquier actividad lícita comprende además el derecho de no tener que pertenecer a una determinada asociación o sindicato para poder hacerlo. En ese sentido, las denominadas *bolsas de trabajo*, como medios de contratación laboral directa y excluyente, podrían entenderse como violatorias de la Constitución.

Cabe consignar que el artículo 168 del Código Penal proscribe la vulneración de este derecho al imponer una sanción penal a quien obliga

---

15 ZARINI, Juan Helio. Op. cit.

a una persona, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de las cuatro conductas siguientes:

a) Integrar o no integrar un sindicato.
b) Prestar trabajo personal sin la debida retribución.
c) Trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad.
d) Celebrar, por la vía de la compulsión, contratos de trabajo, o adquirir materias primas o productos industriales o agrícolas.

Se configura igual ilícito –violación de la libertad de trabajo– cuando se incumplen las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente, o cuando se simulan causales para el cierre del centro de trabajo o se abandona éste para extinguir relaciones laborales.

3.16 A la propiedad y a la herencia.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 16 del artículo 2 de la Constitución.

Históricamente, aparece en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).

Su regulación constitucional en nuestro país, en el ámbito del derecho a la propiedad, se inicia con la Constitución de 1823; y en lo referente a la herencia, con la Constitución de 1979.

3.16.1 La propiedad

Es aquel poder jurídico que permite a una persona el usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.

Tal como afirma el constitucionalista Alberto Borea Odría[16], la noción de propiedad que contiene la Constitución es más amplia que aquella que aparece en nuestro Código Civil, ya que hace referencia al conjunto de bienes materiales e inmateriales que la sociedad estima objeto de regulación jurídica.

Como bien consigna Domingo García Belaunde, en su enunciado general este derecho constituye una de las condiciones básicas para el desarrollo del ser humano. La forma como éste se lleva a cabo depende de cada contexto político y social.

---

16 BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las garantías constitucionales.* Lima: Ed. Jurídica Grijley.

La propiedad comprende todos los intereses apreciables que una persona puede tener fuera de sí misma, de su vida y su libertad. En puridad, ampara todo aquello que constituye el patrimonio.

Sobre las condiciones en que debe ejercerse el derecho de propiedad, los artículos 70 y siguientes de la Constitución establecen cuatro:

a) El ejercicio de la propiedad debe efectuarse en armonía con el bien común y dentro de los límites que señala la ley.
b) Sólo puede privarse del ejercicio de la propiedad cuando aparecen algunas de las dos siguientes razones:
   – Causa de seguridad nacional.
   – Causa de necesidad pública.
c) El ejercicio de la propiedad, tanto de los nacionales como de los extranjeros, en principio está sujeto a las mismas reglas.
   La excepción está en que los extranjeros se encuentran impedidos de adquirir o poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles o fuentes de energía dentro de cincuenta kilómetros de nuestras fronteras.
d) El ejercicio de la propiedad puede sufrir restricciones y prohibiciones de carácter *temporal* –por razón de seguridad nacional– en el campo de la adquisición, posesión, explotación y transferencia de bienes. Dichas situaciones deben ser establecidas mediante la dación de una ley especial.

3.16.2 La herencia

Alude al conjunto de bienes del fallecido, que por derecho se transmiten a sus familiares. Implica el patrimonio de una extinta persona –denominada *causante*–, que pasa a los descendientes o parientes más cercanos determinados por la ley.

Alude al patrimonio *in genere* dejado por el causante, el mismo que está constituido por los bienes y demás derechos transmisibles.

La transmisión sucesoria se genera a partir de la muerte de una persona; así, los bienes y derechos que constituyen la herencia se trasladan a los sucesores.

En ese sentido, la diferencia entre herencia y sucesión radica en que esta última se entiende como *la transmisión misma* de los bienes, derechos y obligaciones de una persona a otra u otros por causa de su muerte.

Los herederos pueden ser clasificados de dos maneras:

a) Según la clase de sucesión

Testamentarios
Cuando han sido instituidos expresamente por el causante en un testamento válido.
Legales
Cuando han sido instituidos ante la falta de testamento, o por haberse declarado judicialmente la caducidad o nulidad de un testamento.
Esta condición se alcanza previa declaratoria judicial de herederos.

b) *Según la calidad del derecho*
Forzosos
Cuando se tiene un derecho intangible de heredar –sea en la sucesión testamentaria o en la legal –; es decir, cuando se tiene un derecho firme a heredar. Es el caso de los padres, cónyuges, hijos, abuelos y nietos.
Voluntarios
Cuando se tiene un derecho sucesorio *a falta de herederos forzosos*. Es el caso de los hermanos, tíos, sobrinos y primos hermanos.

3.17 A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la [n]ación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución.

Aparece, históricamente, con la Constitución americana (1776) y con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución de 1979.

La *participación* puede definirse como una actividad que despliega una persona, la misma que está dirigida a intervenir, influenciar y fiscalizar los asuntos inherentes a la vida política, económica, social y cultural de la nación.

Esta participación se puede llevar a cabo de manera individual o colectiva, en todos los aspectos de la relación interpersonal dentro de una comunidad organizada.

La facultad de participación declarada por la Constitución se manifiesta inicialmente en cinco actividades:

a) Elección

Potestad de los ciudadanos de participar en la vida política escogiendo a través del sufragio a quienes serán sus representantes ante los órganos de poder gubernamental. Esta potestad también se extiende a la posibilidad de ser elegidos. Dicha participación se encuentra reglada en la ley orgánica de Elecciones. Debe advertirse que tienen derecho al sufragio los ciudadanos que se encuentran en el goce de su capacidad civil. Esta participación es facultativa a partir de los setenta años de edad. La Constitución vigente declara como nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano en el ejercicio de este derecho.

b) La revocación o remoción de autoridades

La revocación es la potestad de participar mediante una consulta electoral en la destitución política de una autoridad surgida del mandato electoral (alcaldes, regidores, etc.).

La remoción es la potestad de participar en la destitución política de una autoridad designada por el Gobierno central o por un Gobierno regional.

La remoción se produce mediante la comprobación, por parte del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), de haberse acreditado que más del cincuenta por ciento de la población electoral la solicita.

c) La iniciativa legislativa

Es la potestad de participar presentando proyectos de ley para su discusión en el seno del Congreso. Para tal efecto, la iniciativa debe ir acompañada del respaldo de no menos del 0,3% de la población electoral nacional. Dicha facultad se extiende a las iniciativas de reforma constitucional.

d) El referéndum

Es la potestad de participar pronunciándose por la aprobación o rechazo de una propuesta normativa objeto de consulta.

El referéndum procede en los casos de propuestas normativas de reforma de la Constitución, leyes, normas de carácter regional, ordenanzas municipales, decretos legislativos y decretos de urgencia.

e) La demanda de rendición de cuentas
Alude a la potestad de participar en la interpelación administrativa de las autoridades con manejo presupuestal (cfr. art. 31 de la Constitución).

Es evidente que *la participación* guarda una enorme correspondencia con la noción de democracia. Ésta implica, de cierta manera, una presencia activa en el ejercicio del poder, y el contralor del pueblo sobre la gestión de gobierno.

Se trata de un instrumento jurídico-político destinado a salvaguardar la igualdad ante la ley, a salvaguardar la libertad y el hecho mismo de que el poder gubernamental descanse sobre la voluntad real del pueblo.

A través de ella se intenta desarrollar al máximo la personalidad del ciudadano, asegurando un nivel digno para todos.

En puridad, es una forma de vida y un instrumento de intercomunicación y diálogo permanente entre gobernantes y gobernados.

Cabe consignar que el Código Penal alude en sus artículos 354 al 360 a los denominados "delitos contra la voluntad popular".

Allí se describen como ilícitas, entre otras, cinco conductas:

a) Aquella que con violencia o amenaza de violencia perturbe o impida el desarrollo de un proceso electoral.
b) Aquella que con violencia o amenaza de violencia impida a una persona ejercer su derecho de sufragio.
c) Aquella que con violencia o amenaza de violencia obligue a una persona a ejercer su derecho de sufragio de una manera distinta a la deseada por ella.
d) Aquella que con dádivas, ventajas o promesas trate de inducir a una persona a optar por una u otra opción electoral.
e) Aquella con que se suplante a una persona en el acto de sufragio, o mediante la cual se participe más de una vez en el mismo proceso electoral, etc.

3.18 A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 18 del artículo 2 de la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, aparece residualmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969).

Su regulación constitucional, en nuestro país, aparece con la Constitución de 1979.

3.18.1 La reserva sobre las convicciones personales

Consiste en la potestad de mantener sigilo o silencio sobre convicciones *in genere*; es decir, en la potestad de no revelar dato alguno acerca de los criterios, opiniones o creencias que gobiernan la conciencia.

La Constitución vigente incluye, por primera vez, el derecho de reserva sobre el secreto profesional.

3.18.2 El secreto profesional

Alude al derecho de no revelar o no comunicar a terceros aquellas informaciones confidenciales o datos recibidos o conocidos en el ejercicio de una prestación de servicio profesional. Es el caso de los abogados, médicos, periodistas, etc.

Al respecto, el artículo 165 del Código Penal establece como violación del secreto profesional el que una persona, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, la revele *sin consentimiento* del interesado.

Cabe advertir que en el caso del secreto profesional del abogado, éste queda exonerado de él en alguno de estos dos supuestos:

a) Cuando dicha información tiene que hacerse pública para la defensa del propio letrado.
b) Cuando dicha información tiene que hacerse pública para evitar la comisión de un ilícito penal.

Las consideraciones arriba descritas se encuentran previstas como eximentes en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Lima.

3.19 A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la [n]ación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución.

Históricamente, aparece en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966).

En nuestro país, su regulación constitucional aparece con la Constitución actual.

La identidad étnica consiste en el derecho de toda persona a ser reconocida como miembro de un grupo étnico y, dentro de esa perspectiva, en el derecho de poder cultivar y desarrollar el conjunto de expresiones lingüísticas, artísticas o sociales inherentes a ella y que forman parte de su propio proyecto existencial.

Este derecho implica el respeto a una manera de entender y vivir la vida en sociedad. Ello lleva al cabal desarrollo de la personalidad, en base a valores compartidos por un determinado grupo humano.

La *etnia* refleja la existencia de un grupo humano en el que sus miembros comparten las mismas propiedades culturales y en todas sus formas de vida. El origen del hecho étnico es causado por circunstancias concurrentes tales como la geografía, la acumulación de experiencias históricas, etc.

La *cultura* –que es aquello que comparten de manera particular las etnias– alude al conjunto de tipos de conductas socialmente adquiridas y que se transmiten con igual carácter por medio de símbolos, mediante procesos de enseñanza y aprendizaje. Su expresión se resume en tradición y costumbres (moral, derecho, reglas de trato social, manifestaciones religiosas, etc.).

En el Perú existen alrededor de sesenta y tres grupos étnicos en la Amazonia y dos grandes grupos étnicos en la sierra.

La Constitución vigente señala el derecho de todo peruano aborigen a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete.

Al respecto, se debe señalar que al intérprete también se le llama perito, pues actúa para completar una diligencia judicial asegurando la veracidad y plena declaración de una persona –que hace uso de una lengua de uso no extendido– ante cualquier autoridad.

Así, cuando una persona ignora el idioma oficial es necesario designar a otra que domine aquél y el del declarante, para que asista a éste y traduzca su versión. Por intermedio del intérprete se efectuarán las preguntas y se recibirán las respuestas.

La intervención del intérprete permite que el no hablante de una determinada lengua pueda expresarse mejor y proteger debidamente sus derechos, e incluso pueda evitar actos de marginación.

Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados ante cualquier autoridad.

Al respecto, debemos consignar que el artículo 48 de la Constitución señala que el castellano es el idioma oficial en todo el territorio de la República, amén de que, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aymara y demás lenguas aborígenes.

3.20 A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 20 del artículo 2 de la Constitución.

Aparece por primera vez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución de 1823.

Consiste en el reconocimiento que el Estado hace, a cada persona, de la capacidad de ésta para poder dirigirse por escrito y directamente a una autoridad con el objeto de solicitarle alguna acción vinculada con su quehacer funcional.

Se trata de una facultad reconocida incluso en un régimen autoritario como el Imperio incaico, en donde los súbditos formulaban sus peticiones ante el Inca, cargando inclinadamente un pesado costal con papas.

El *derecho de petición* obliga a la autoridad a recibir la solicitud y a resolverla dentro del plazo legal que se hubiere fijado para tal efecto, bajo responsabilidad funcional.

Este derecho puede ser ejercitado por personas naturales o jurídicas, ya de manera individual o colectiva. Empero, en el caso específico de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, éstos ejercen limitadamente dicha facultad, a título personal y de manera individual.

Podemos señalar que esta limitación tiene referencias históricas en la lucha contra el "vicio de armalización" originado en el Imperio turco. Allí, las fuerzas armadas podían dirigir peticiones –casi ucases– al sultán o a algunos funcionarios de la corte. Esta práctica perniciosa comienza en el siglo XIII y se prolonga hasta hoy.

Esta facultad se encuentra regulada, en la actualidad, por las siguientes normas:

- Texto Único de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (D. S. 02-94-JUS).
- Texto Único de Procedimientos Administrativos (TÚPA).

En ese contexto, el derecho de petición se encuentra sujeto a dos presupuestos:

a) La autoridad tiene la obligación de resolver inicialmente en un plazo de treinta días, salvo en los casos en que la ley establezca trámites cuyo cumplimiento demande una duración mayor.
b) Transcurrido dicho plazo sin que se hubiere cumplido con expedir resolución, el peticionante puede considerar que su solicitud ha sido denegada; por ende, puede dirigir su reclamo al superior jerárquico del funcionario inicialmente requerido en el escrito de petición.

Ahora bien, cuando, agotado el trámite administrativo, no se hubiere conseguido el pronunciamiento oficial correspondiente, o éste declarase improcedente la solicitud planteada, el interesado tendrá expedito su derecho a acudir ante el Órgano Judicial a efectos de interponer la acción contencioso-administrativa.

Todo escrito de petición debe contener la siguiente información:

- Dependencia o autoridad impetrada.
- Nombres y apellidos del interesado.
- Domicilio.
- Número de libreta electoral o del carné de extranjería; poder de representación, etc.
- Solicitud con fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta.
- Lugar, fecha y firma. En el caso de los analfabetos o impedidos se exige la impresión de la huella digital.

3.21 A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 21 del artículo 2 de la Constitución. Desde una perspectiva histórica, aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948).

Su regulación constitucional, en nuestro país, se inicia con la Constitución de 1979.

La *nacionalidad* expresa la calidad o condición de nacional atribuida a una persona en razón de su entroncamiento con la nación a la que pertenece.

Jiménez de Arechaga[17] la define como:

> "una relación jurídica existente entre una persona y el Estado, que se caracteriza por la existencia de derechos y deberes recíprocos."

Este vínculo crea facultades y obligaciones entre la una y el otro, e implica tácitamente un sometimiento al poder político establecido en el cuerpo político, amén de reclamar su protección.

La Constitución actual dispone que ningún peruano puede ser despojado de su condición de tal.

Más aún, la persona, por su condición de nacional, goza de dos atribuciones:

a) No puede ser privada del derecho a obtener su pasaporte.
b) No puede ser privada del derecho a renovar su pasaporte.

El pasaporte constituye un documento de identidad personal, a la vez que permite obtener la protección y seguridad estatal en favor de su titular. Su expedición corresponde a la autoridad que designe el Órgano Ejecutivo, permitiendo, a través de su uso, el libre paso o tránsito en el extranjero.

Debe advertirse que el antecedente del pasaporte se remonta a una carta monárquica de recomendación de los viajeros nacionales, en donde se garantizaba su temperamento pacífico. Así se evitaban persecuciones y molestias en el extranjero. A partir del siglo XIX se extiende su actual modo de uso.

3.22 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.

Estas facultades se encuentran previstas en el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución.

---

17 JIMÉNEZ DE ARECHAGA. *Introducción al derecho*. Ed. Amelio Fernández.

Desde una perspectiva histórica, aparecen dentro del conglomerado de facultades consignadas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966).

Su regulación constitucional, en nuestro país, se inicia con la Constitución actual.

3.22.1 El derecho a la paz y a la tranquilidad

Consiste en la facultad de gozar de una situación de interrelación social dentro de un clima de sosiego y calma ciudadana. Implica una mutua correspondencia de respeto y deferencia entre unos y otros.

Consiste en "vivir" liberado de un entorno violento y conflictivo.

Busca garantizar una situación en la que la persona no sufra presiones externas que disminuyan su potencial de realización humana, así como proscribir la guerra y la violencia.

Es evidente que los seres humanos sólo pueden vivir en paz cuando se les respeta como tales y se les permite coexistir en un medio que haga viable su propia perfección ética. De lo contrario, se suscita la violencia.

3.22.2 El tiempo libre y el descanso

Se trata de exigencias percibidas como pausas a la actividad laboral, a efectos no sólo de recuperar las energías gastadas por el esfuerzo físico o intelectual desplegado, sino además para abrir paso al denominado *ocio creativo*.

Mediante el ocio creativo el ser humano puede realizarse como tal desempeñando o realizando aficiones, inclinaciones, disposiciones o tendencias en el cultivo de algún arte, actividad, etc.

En ese sentido, el segundo párrafo del artículo 25 de la Constitución señala:

> "Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regula por ley o por convenio."

3.22.3 El ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida

Se entiende como el compendio de los elementos naturales –sean materiales o inmateriales–, sociales y culturales que manifiestan una influencia positiva en la vida del ser humano, al extremo de promover

el despliegue y ejercicio de todas sus potencias físicas, espirituales, etc., en aras de realizar a plenitud su propio y particular proyecto de vida.

3.23 A la legítima defensa.

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 23 del artículo 2 de la Constitución.

Históricamente, aparece en la doctrina clásica del derecho penal.

En el Perú, su regulación constitucional se inicia con la actual Constitución.

La ciencia jurídica señala que al derecho que tiene toda persona a la conservación de su vida corresponde correlativamente la obligación de sus congéneres de respetársela.

Ahora bien, cuando ocurre que alguien intenta violar este derecho, la persona afectada puede repeler la agresión actual o inminente mediante un acto perjudicial al atacante, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la *proporcionalidad* del medio empleado para impedir la consumación de la agresión.

La doctrina señala que para que la defensa sea considerada como *legítima* se exige:

a) Que haya una agresión actual. La defensa ante los ataques no inmediatos corresponde ser juzgada por la justicia ordinaria. La venganza es un ilícito penal.
b) Que haya una agresión injusta y grave, es decir, con falta de provocación suficiente por parte de quien hace la defensa.
c) Que la acción defensiva sea necesaria, es decir, que no exista otro medio de repeler la agresión, sino la fuerza.
d) Que la acción defensiva sea proporcional, esto es, que no cause más daño que el necesario.
e) Que la acción defensiva no busque causar daño al agresor, sino promover la defensa propia.

En lo relativo a la extensión de la legítima defensa, la mayor parte de los tratadistas aceptan que pueden defenderse la vida, la integridad corporal, la libertad, la seguridad y el honor. Y respecto a las personas que pueden ser defendidas, se autoriza la defensa propia de parientes y hasta de extraños, siempre que el autor del acto no intervenga impulsado por motivos de venganza o resentimiento.

El inciso 3 del artículo 20 del Código Penal señala que se encuentran exentos de responsabilidad aquellos que obran en defensa de

bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que acrediten haber cumplido los requisitos anteriormente señalados.

3.24 A la libertad y a la seguridad personales

Es indudable que la historia de la humanidad es un largo camino hacia la afirmación de la libertad.

El ser humano nace libre, lucha por afirmarse o, en su defecto, brega por recuperar la libertad ante los embates de los gobiernos autocráticos.

En los tiempos actuales ella se ha convertido en el pendón de todos los pueblos y en el tabor de los sacrificios de las sucesivas generaciones. Siempre se ha tenido un solo norte: *que el hombre sea genuina y cabalmente libre.*

3.24.1 La libertad

Es un atributo inherente al ser humano por su sola condición de tal. Esta facultad natural debe ser concebida como expresión de albedrío y debe ser ejercitada dentro de las limitaciones legales impuestas por el Estado para afirmar la plena convivencia social, a efectos de que la libertad de uno no avasalle, no vulnere ni interfiera la libertad de los demás.

3.24.2 La seguridad personal

Implica la convicción y certeza del respeto de uno mismo por parte de los demás, en tanto se ejercite un derecho y se cumpla con los deberes jurídicos. Representa una garantía que el poder público ofrece a la ciudadanía en general y a cuantos residen en el territorio de su jurisdicción, de que serán amparados en las reclamaciones legales que hagan como consecuencia de la vulneración de sus derechos.

En razón de lo expuesto, la Constitución recoge los siguientes derechos vinculados con lo arriba descrito.

3.24.3 Artículo2, inciso 24, apartado a: Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Esta facultad se encuentra prevista en el apartado *a* del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.

Históricamente, aparece en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).

Su regulación constitucional, en nuestro país, se inicia con la Constitución de 1979.

La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no dañe a otro; por tanto, no tiene más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad ese mismo goce. Esos parámetros sólo pueden ser determinados por la ley.

El Estado, a través de la ley, tiene el derecho de prohibir las acciones nocivas a los miembros que forman parte de la sociedad.

Las características del ejercicio de esta facultad son tres:

a) La declaración de libertad lleva consigo la posibilidad de hacer todo lo que no dañe a otra persona.
b) El límite del ejercicio de la libertad consiste en no impedir ese mismo ejercicio a otros miembros de la sociedad.
c) La ley es el instrumento de que se vale el Estado para señalar los límites de acción.

En resumen, una persona sólo está compelida o prohibida de hacer algo por disposición de la ley.

No existe otro referente para establecer otras restricciones a la libertad de hacer o de no hacer.

Este derecho puede ser suspendido en su ejercicio durante el denominado *régimen de excepción* (art. 137 de la Constitución).

3.24.4 Artículo 2, inciso 24, apartado b: No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

Esta facultad se encuentra prevista en el apartado *b* del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.

Aparece por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948).

Su regulación constitucional, en nuestro país, se inicia con la Constitución de 1979.

La libertad personal es entendida como la facultad física, corporal o de locomoción, de desplazarse en el territorio nacional sin restricción alguna, salvo las previstas por la ley.

Las restricciones de ley son tres:

a) Detención

Trata del estado de una persona *retenida* en un local policial

o penitenciario. En esencia, representa la privación de la libertad personal con carácter preventivo.

Ella se produce en alguno de estos dos supuestos:

- Existencia de un mandato judicial.
- Flagrancia en la perpetración de un ilícito o peligro inminente de su verificación.

b) Condena penal

Trata del estado de una persona encontrada judicialmente responsable de la comisión de un ilícito criminal.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal, esta condena puede ser:

– *Condena privativa*

Implica la pérdida de la libertad personal.

– *Condena restrictiva*

Implica la restricción sustantiva del ejercicio de la libertad personal. Es el caso de la expatriación y de la expulsión.

– *Condena limitativa*

Implica la exigencia de realización de algunos actos o acciones, en vía de pena. Es el caso de la prestación de servicios a la comunidad, de la inhabilitación, etc.

c) Sanidad

En atención a la defensa de la salud de la población, puede limitarse la capacidad de desplazamiento o movilización de una persona dentro de nuestro territorio (debido a peste, epidemia, etc.).

La Constitución señala que están abolidas las siguientes prácticas despreciables:

- *La esclavitud*

  Expresión de la condición jurídica de una persona considerada como cosa o semoviente, y, por ende, sometida a la propiedad de otro ser humano denominado *amo*. En el Perú, la esclavitud fue suprimida en 1854 durante el gobierno del mariscal Ramón Castilla a instancia de líderes liberales como los hermanos Gálvez, Ureta, entre otros.

  Nuestra Constitución prescribe en su artículo 23 que en toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los traba-

jadores o que desconozca o rebaje su dignidad: "Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento."

- *La servidumbre*
  Expresión de la intención de reducir a una persona a la condición de siervo u otra semejante; o de recibirla con esa despreciable condición, para mantenerla en ella.
  En la práctica, se traduce en el servicio doméstico o *pongaje*, no regulado laboralmente.
- *La trata*
  Expresión de un negocio ilícito, inmoral, reprochable y condenable. Se le conoce también como "corrupción de mujeres", destinada a lucrar con el comercio carnal. Por extensión, se aplica a la "venta" de la prole.

Los artículos 151 y siguientes del Código Penal aluden a los denominados "delitos de violación de la libertad personal".

Finalmente, debemos consignar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), del cual el Perú es subscriptor, no se consideran como atentados contra la libertad personal las siguientes acciones:

- El servicio forzoso derivado del cumplimiento de una sentencia judicial.
- El servicio militar.
- El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.
- El servicio o trabajo que formen parte de las obligaciones cívicas normales.

3.24.5 Artículo 2, inciso 24, apartado c: No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

La desdeñable institución de la prisión por deudas, que arranca en el derecho romano, ha venido siendo proscrita lentamente.

Nuestra Constitución sólo la admite en el único y exclusivo caso de acreditarse el incumplimiento de los deberes alimentarios.

En ese sentido, el artículo 149 del Código Penal hace referencia al delito de "omisión de asistencia familiar". Allí se señala que aquel que "omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una

resolución judicial, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o una prestación de servicios comunitarios de veinte a cincuenta jornales, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial".

Debe advertirse que la pena será mayor en el caso de incurrirse en los agravantes que el citado artículo describe.

Se entiende por *alimento* todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia. El término comprende la educación del alimentista y su instrucción profesional, cuando es menor de edad.

La persona que incumple dicha obligación perpetra el delito aludido; por ende, es pasible de la pérdida de su libertad personal.

3.24.6 Artículo 2, inciso 24, apartado d: Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

Esta facultad se encuentra prevista en el apartado *d* del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, aparece en la doctrina penal de comienzos de siglo y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948).

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la actual Constitución.

El enunciado alude al denominado *principio de legalidad en materia penal*, el mismo que deriva del viejo aforismo romano "nullum crimen nulla poena sine praevia lege penale".

En ese sentido, está orientado a determinar con claridad y antelación el ámbito de lo ilícito, con incidencia de no aplicar en forma analógica la ley penal.

Con ello lleva implícita la necesidad de no dar efecto retroactivo a la ley penal más severa.

En tal sentido, el mexicano Francisco Pavón Vasconzuelos[18] señala que la exigencia de que la punibilidad de un hecho sólo pueda ser establecida por una ley de vigencia anterior a su comisión, obedece a la idea política de reservarles a las personas, como *zonas exentas de*

18 PAVÓN VASCONZUELOS, Francisco. *Manual de derecho penal.* México: Ed. Porrúa.

castigo, aquellos sucesos que por ilícitos o perjudiciales que sean no estuvieren configurados y castigados por una ley previa a su acaecer.

La punibilidad de los hechos que la ley no castiga queda reservada como esfera de inmunidad frente al poder represivo del Estado.

Por ende, por tratarse de una garantía de seguridad personal, esa zona de reserva debe quedar claramente delimitada. Esto se alcanza mediante la enumeración taxativa, por ley, de los hechos punibles y de las penas pertinentes, de manera que aquéllos y éstas representen un *numerus clausus* en recíproca e inalterable correspondencia.

De este principio, el costarricense Gilberto Armijo Sancho[19] deriva las siguientes consecuencias:

a) La conducta que no se encuentre descrita en la hipótesis genérica y abstracta de la ley no constituye delito.
b) El delito sólo puede ser sancionado con las penas fijadas por la misma ley para el caso concreto.
c) La ley penal no puede ser aplicada analógicamente.
d) No se podrá aplicar la ley sancionada *ex post facto*.

3. 24. 7 Artículo 2, inciso 24, apartado e: Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Esta facultad se encuentra prevista en el apartado *e* del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948).

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución actual.

La inocencia se entiende como la condición o calidad jurídica de quien se encuentra libre o exento de cualquier responsabilidad de carácter penal. En ese sentido, toda persona debe ser considerada y tratada como inocente en tanto no exista una sentencia penal condenatoria. Como bien afirma el argentino Alfredo Vélez Mariconde[20]:

> "El imputado es inocente durante toda la sustentación del proceso penal. Su estado sólo puede cambiar en virtud del acto jurisdiccional que pone término a la actividad estatal."

---

19 ARMIJO SANCHO, Gilberto. *El control en el proceso penal.* Editec Editores.
20 VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal penal.* Ed. Jerver.

De dicho principio se deducen tres consecuencias procesales:

a) Las normas limitativas de la libertad personal deben ser interpretadas de manera restrictiva.
b) La obligación de la probanza de la conducta delictiva está a cargo del Ministerio Público; por ende, el procesado se encuentra excluido de la responsabilidad de la carga de la prueba.
c) La aplicación del principio *indubio pro reo* (la duda favorece al reo).

3.24.8 Artículo 2, inciso 24, apartado f: Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. 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. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

Esta facultad se encuentra prevista en el apartado *f* del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.

Aparece ya en la famosa Carta Magna firmada por Juan sin Tierra (Inglaterra, 1215).

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución de 1979.

La *detención* consiste en el estado de retención física en que se encuentra una persona en un local policial. En buena cuenta, representa la privación de la libertad personal con carácter preventivo.

La detención, para ser considerada como legal, debe reunir dos condiciones:

a) Existencia de un mandamiento escrito y motivado del juez, o intervención de una autoridad policial en caso de flagrante delito.
b) Existencia de una retención física en un recinto policial por un período de tiempo no mayor de veinticuatro horas, o equivalente al término de la distancia que transcurre entre el desplazamiento físico de un lugar a otro. Dentro de ese plazo el de-

tenido deberá ser puesto a disposición de la autoridad judicial encargada de la investigación del supuesto delito.

Este segundo condicionamiento presenta tres excepciones:

a) Detención en caso de delito de terrorismo.
b) Detención en caso de delito de espionaje.
c) Detención en caso de delito de tráfico ilícito de drogas.

En estos supuestos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al juez. Este último puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

Respecto a los condicionamientos arriba descritos, resulta necesario ofrecer las siguientes definiciones:

a) Mandato judicial y motivado

Se trata de una orden dictada por una autoridad judicial, dentro de sus facultades, para que se cumpla una resolución o sentencia o se haga eficaz un acto procesal de detención. Dicho mandato requiere que sea expresado en un documento en donde se manifiesten los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustentan.

b) Flagrancia de delito

Se trata de un ilícito en el instante mismo en que se comete. El delito se descubre en el momento de su comisión, es decir, cuando se encuentra presente el autor del mismo.

c) Término de la distancia

Se trata del intervalo de tiempo en que se recorre la distancia entre dos puntos de la geografía del país.

d) Espionaje

Es un delito contra el Estado y la defensa nacional, consistente en una actividad ilícita desplegada por una persona que, por oficio o profesión, da a conocer hechos, disposiciones, etc., mantenidos en secreto en interés de la seguridad del país, a una nación extranjera.

e) Terrorismo

Es un delito que consiste en provocar, crear o mantener un estado de zozobra, alarma o temor en la población. Dicha acción, plena de violencia, se consuma a través de actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad física de las personas,

así como contra la seguridad de los edificios públicos, de las vías de transporte o comunicación, etc.

f) Tráfico ilícito de drogas

Es un delito que se perpetra cuando una persona siembra, cultiva, fabrica, extracta, prepara o realiza otros actos análogos inherentes al proceso de producción y comercialización de alguna droga prohibida.

La facultad tutelada por el apartado *f* del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, puede ser suspendida durante la vigencia del denominado *régimen de excepción* (art. 137 de la Constitución).

3.24.9 Artículo 2, inciso 24, apartado g: Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

Esta facultad se encuentra prevista en el apartado *g* del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.

Aparece inicialmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966).

En nuestro país, su regulación constitucional se inicia con la Constitución vigente.

La incomunicación es una medida *excepcional y preventiva* que toma la autoridad judicial, consistente en prohibirle al detenido que establezca diálogo con otras personas, a efectos de evitar que se menoscaben o destruyan los indicios de su participación en el acto ilícito materia de una investigación.

La incomunicación impide que el detenido, con el claro objeto de dejar impune la comisión de un acto criminal, pueda ponerse de acuerdo con sus cómplices o estorbar la investigación.

La *excepción de la incomunicación* procede cuando se reúnen tres requisitos:

a) Cuando resulta indispensable para el esclarecimiento de un delito.

   Que sea indispensable quiere decir que la incomunicación sea necesaria y casi inevitable para llegar a la verdad legal.

b) Cuando es dispuesta en la forma y tiempo previstos por la ley.

   Al respecto, nuestro Código de Procedimientos Penales esta-

blece que la incomunicación puede ser dispuesta aun después de realizada la diligencia de la instructiva. Esta medida no puede prolongarse por más de diez días.

La incomunicación no impide, en principio, la conferencia entre el detenido y su abogado defensor siempre que se haga en presencia del juez, quien, sin embargo, puede no permitirla expresando las razones que fundamenten su decisión.

c) Cuando la autoridad cumple con señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

El incumplimiento de este señalamiento implica la comisión del delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 376 del Código Penal.

- *3.24.10 Artículo 2, inciso 24, apartado h: Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.*

Esta facultad se encuentra prevista en el apartado *h* del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.

Inicialmente aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948).

Su regulación constitucional, en nuestro país, se inicia con la Constitución de 1979.

Nuestra Constitución proscribe el uso de la violencia contra un detenido.

Esta inhumana práctica fue formalizada "jurídicamente" por los oficiales del Santo Oficio (Tribunal de la Santa Inquisición).

La salvaguarda constitucional permite a las personas ser libradas no sólo de que se les inflijan sufrimientos físicos, sino de cualquier forma de coacción psíquica, envilecimiento o deshonra moral.

En ese contexto, cualquier persona informada de la aplicación de estas prácticas perversas en contra de un detenido, tiene la potestad de pedir en su favor el inmediato examen médico de descarte.

Es evidente que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia, y quien la emplea incurre en la comisión de ilícito justiciable penalmente.

4 LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS

El constitucionalismo social

El problema de la desigualdad social es la gran cuestión de la época contemporánea.

El auge del primer industrialismo, si bien fue generando desde mediados del siglo XIX un incremento enorme de la producción y la productividad, así como la acumulación de la riqueza en pocas manos, empero trajo también consigo la ampliación de la brecha socioeconómica entre los ricos y los pobres.

De otro lado, la presencia de un Estado meramente "gendarme" llevó a niveles visibles de explotación laboral; a la conversión de la persona en un simple "*homus* económico"; a la "perversión", en fórmulas vacías, de los sagrados principios revolucionarios de la prédica liberal: libertad, igualdad y fraternidad.

Esta situación atentatoria contra la dignidad humana –barrera infranqueable para la "búsqueda de la felicidad", como rezaba en las declaraciones de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII– obligó, ante el embate de la organización de los trabajadores, de la insurgencia de las ideologías anarquistas, marxistas, socialistas, demócratas sociales, revolucionario-democráticas y hasta de la Iglesia católica a través de su doctrina social, a establecer cambios en la estructura, organización, funcionamiento y objetivos del Estado.

Así, del *Estado policía* –encargado únicamente del resguardo de la libertad y seguridad ciudadanas– se pasa a una modalidad de Estado con mayor presencia y significación en la vida social.

El Estado deja su condición de ente impasible ante la dramática situación de grupos sociales gobernados por los males del hambre, el desempleo y las carencias materiales que afectan la dignidad humana, para adoptar una acción decidida dirigida a que esa dignidad, que marca sustantivamente la diferencia con las demás especies vivas, quedara firmemente garantizada y respetada.

Por ende, la promoción de la equidad económica; la justicia social y la seguridad social se convierten en factores indispensables para el desarrollo de la persona humana.

Dentro de ese contexto, el Estado se sujeta a las fórmulas programáticas del *constitucionalismo social*, que acerca al Estado con la sociedad, en función de velar por la satisfacción de las necesidades derivadas de una convivencia digna, justa y solidaria entre todos los hombres pertenecientes a un mismo cuerpo político.

Como bien se ha dicho, a través de este cambio en el rol del Estado se vela por una distribución más equitativa de los bienes y rentas; por la regulación más justa en las relaciones del trabajo con el capital; por la necesidad de atenuar las desigualdades materiales derivadas de las situaciones de injusticia heredadas de la historia; y por el disfrute de la vida entre los hombres.

El rescate del concepto de solidaridad social implica la responsabilidad estatal de fortalecer el nexo moral entre las personas pertenecientes al Estado. Expresa una modalidad de orientación político-jurídica dirigida a la exaltación de las prácticas que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutuamente.

El constitucionalismo social intenta asegurar un conjunto de reivindicaciones históricas que apuntan a brindar un grado mayor y efectivo de equidad económica, justicia social y promoción del bienestar general. La fraternidad social, o solidaridad, revive como postulado ideológico, con manifestaciones expresas en el campo político-jurídico.

El Estado adscrito a fórmulas de constitucionalismo social exige de éste un profundo y organizado sistema de intervenciones públicas en el campo de la satisfacción de necesidades colectivas, y una acción tuitiva en favor de grupos humanos con características distintas en razón de patrones culturales distintos y de su ubicación en la estructura social o en las relaciones de producción (relaciones trabajador-empleador).

El Estado abandona su rol abstencionista y meramente reducido a celador de la defensa de la libertad y la seguridad ciudadanas, para convertirse, por acción directa u orientadora, en un agente del desarrollo y progreso social de las capas de la población menos favorecidas, para la satisfacción de sus necesidades materiales (alimentación, salud, seguridad social, empleo, etc.).

Este abandono de un *Estado abstencionista* –cuya principal actitud consiste en no hacer nada, salvo aquello que asegure la libertad y la seguridad ciudadanas– por un *Estado promotor* con acción directa ya sea en la gestión, establecimiento de condiciones, regulación normativa o supervisión de la administración de servicios, implica, adicionalmente, la cesación y el reemplazo de una visión individualista por otra de carácter gregario, para la cual es importante la tutela a grupos sociales constituidos en función de intereses y necesidades comunes, que afirman y resguardan la coexistencia con dignidad y la promoción real –ello sin mella del progreso por factores como la laboriosidad, el mérito moral y el talento– en búsqueda de la felicidad y la plena realización de todos los hombres.

Este constitucionalismo surge y se vierte en normas programáticas de contenido económico-social, que son principios de acción gubernamental que se ofrecen como premisa, horizonte y límite del quehacer del cuerpo político en su relación con la población perteneciente a él.

Este constitucionalismo social nace tímidamente con la Constitución francesa de 1791, en donde se prevé la creación de establecimientos de socorro público para educar niños abandonados, para aliviar enfermos en condición de extrema pobreza y para la promoción del trabajo en favor de los inválidos en estado de abandono moral.

En 1793, en la segunda Constitución francesa, se establecen reglas sobre el derecho a la instrucción, a la asistencia social y al trabajo.

Maximiliano Robespierre señalaba:

> "Más se ha hablado del comercio de granos que de la subsistencia del pueblo. El primer derecho es el de existir. La primera ley social es aquella que garantiza a los miembros de la sociedad los medios de existir; todos los demás derechos están subordinados a ella."

En el punto VIII de la Proclama declarativa de la Constitución francesa de 1848, se señalaba:

> "Debe, por una asistencia fraterna, asegurarse la existencia de los ciudadanos necesitados, sea procurando trabajo en los límites de sus posibilidades, sea otorgando, en defecto de la familia, asistencia a los que no se encuentran en la situación de trabajar."

Sin embargo, no obstante lo expuesto, de manera mucho más firme y orgánica el constitucionalismo social se consagra con la dación de la Constitución mexicana de 1917, que consagra un conjunto de derechos laborales (jornada de trabajo, descanso semanal remunerado, etc.); con la Declaración de los Derechos de los Pueblos Trabajadores y Explotados, de 16 de enero de 1918, inspirada en los postulados de la revolución bolchevique; con la Constitución alemana de 1919, la Constitución española de 1931, la Constitución de la URSS de 1937 y la Constitución irlandesa del mismo año. Posteriormente, los tratados y pactos de la ONU le darán consagración indeleble y definitiva.

4.1 Naturaleza de los derechos económicos y sociales[21]

Se denominan *derechos sociales* aquellas facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas, en relación a otros, por factores culturales; o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, o sea, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana.

Hacen referencia fundamentalmente a la defensa de la identidad cultural, el acceso a la educación, salud, seguridad social y condiciones materiales de vida (vivienda, vestido, alimentación, etc.).

Se denominan *derechos económicos* aquellas facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos insertos en las relaciones de producción como fuerza de trabajo, con el objeto de dotarlos de un *status* económico –o sea, participación en el ingreso, y condiciones de desarrollo del trabajo remunerado– acorde con la noción de que el esfuerzo físico o intelectual desplegado en la relación laboral es la fuente primigenia de la creación de la riqueza.

Dichas facultades aseguran la dignidad del hombre dentro del sistema económico, y sus consecuencias en los estándares de vida.

Fundamentalmente, hacen referencia al pago de jornales, las remuneraciones, jornadas de trabajo, la sindicalización, etc.

Ambos tipos de derechos –de segunda generación– se complementan entre sí, ya que apuntan a promover la igualdad real entre todas las personas, a efectos de que puedan alcanzar su pleno desarrollo de acuerdo al talento, laboriosidad y virtud de cada cual; asimismo, propugnan condiciones de vida compatibles con la dignidad humana y promueven la defensa de los patrones culturales diferenciados que existen en determinados grupos sociales.

4.2 Relaciones y diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales

Como bien afirma el tratadista uruguayo Héctor Gross Espiell[22]:

"Todos los derechos humanos constituyen un complejo inte-

---

21 GROS ESPIELL, Héctor. *Derechos humanos*. Lima: Ed. Cultural Cuzco.

22 GROS ESPIELL, Héctor. Op. cit.

> gral, único e indivisible, en el que los diferentes derechos se encuentran necesariamente interrelacionados y son interdependientes entre sí."

En ese sentido, sólo el reconocimiento integral de todos estos derechos, *en su conjunto*, puede asegurar la existencia cabal y real de cada uno de ellos, ya que sin la efectividad del goce de los derechos económicos, sociales y culturales, los de carácter civil y político quedarían reducidos a meras categorías formales. Así lo prueba la historia de la humanidad durante el período comprendido entre fines del siglo XIX y las primeras décadas del XX.

De manera inversa, sin la realidad y pleno goce de los derechos civiles y políticos, los de carácter económico, social y cultural carecerían de verdadera significación. Así lo demuestra la experiencia histórica emanada del auge del fascismo y el comunismo.

Señálese, además, que en la práctica existen *derechos mixtos* –civil-políticos o económico-social-culturales–, como la propiedad, la libertad de trabajo, la huelga, etc.

Es una verdad de perogrullo que la libertad y la igualdad formal consagradas en los derechos de primera generación, valen poco cuando se regulan al margen de una vida decorosa; y a la inversa, la satisfacción de las necesidades materiales tiene significación menguada sin el reconocimiento pleno de la autodeterminación y la igualdad ante la ley.

Ahora bien, a pesar de ello, también es cierto que existen diferencias que deben ser resaltadas.

Los derechos civiles y políticos son *personalísimos*, esto es, se verifican con la sola existencia de la persona humana. Ellos aluden al carácter *único*, *irrepetible* y *diverso* de cada ser. Estas características distintivas de las personas se plasman en los campos de la autodeterminación (libertad), pensamiento, intimidad, conciencia, etc.

Los derechos económicos, sociales y culturales son *transpersonales*, esto es, se verifican por las características *accesorias*, *especiales* y *distintivas* de los diversos grupos humanos. Estas peculiaridades se plasman en los rasgos culturales, etnológicos y en las particulares condiciones o situaciones que se presentan por factores tales como la ubicación en el sistema económico y la escala social.

Los derechos económicos, sociales y culturales no son exigibles inmediatamente –como sucede con los derechos de primera generación–, sino que tienen aplicación progresiva en el tiempo y están su-

jetos a la realidad de cada Estado.

En puridad, se trata de normas programáticas que apuntan a preservar las características de cada grupo social y preconizan un cambio en la condición o situación que afecta a cada grupo humano en la esfera de las relaciones de producción y en la estratificación social.

Estas normas preconizan la obligación estatal de formular y ejecutar políticas para la progresiva concesión de la equidad económica entre los distintos grupos sociales; la búsqueda de la justicia social que reivindique la dignidad para todos los seres humanos, sin ningún tipo de discriminaciones; así como fomentan el respeto de las diferencias accesorias de los grupos humanos, con costumbres y prácticas sociales especiales y minoritarias en relación a las que puedan tener el resto de la población.

En materia de los denominados derechos sociales, la Constitución actual significa un serio retroceso en comparación con la carta de 1979.

Así, basta enunciar la desaparición, del ámbito constitucional, de los siguientes derechos:

- La obligación estatal de señalar las condiciones para establecer el patrimonio familiar con las características de inembargabilidad, inalienabilidad y transmisibilidad por herencia.
- El derecho de la familia en condición de extrema pobreza, de acceder a la sepultura gratuita de sus muertos.
- La garantía plena del rol estatal en materia de seguridad social a través del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS).
- La responsabilidad estatal en materia de política de urbanización y de vivienda.
- La responsabilidad estatal en el control de la producción, calidad, uso y comercio de los productos alimenticios, químicos, farmacológicos y biológicos.
- La obligación estatal de contribuir a la nutrición de los escolares que carecen de medios económicos, así como de proporcionarles útiles.
- La responsabilidad presidencial de informar, anualmente, a la representación nacional, sobre las políticas adoptadas por el Órgano Ejecutivo para erradicar el analfabetismo.
- La responsabilidad estatal de garantizar la formación extraescolar de la juventud, con la participación democrática de la comunidad.
- La obligación empresarial de contribuir al sostenimiento de centros de educación; fundamentalmente, de aquellos que

funcionan dentro del centro de labores.
- Las exoneraciones tributarias en favor de los centros educativos.
- El derecho a la gratuidad de la enseñanza en los centros universitarios.
- El reconocimiento constitucional de los derechos de los trabajadores en materia de bonificaciones, gratificaciones, etc.
- La responsabilidad del Estado en la prevención de los riesgos profesionales y en el aseguramiento de la salud y la integridad física y mental de los trabajadores en el desarrollo de sus quehaceres laborales.
- La estabilidad laboral.
- La fuerza de ley de los convenios colectivos, para las partes que intervienen en ellos.
- El reconocimiento del trabajo como fuente principal de riqueza.

4.3 Salud y seguridad social

De conformidad con lo que disponen los artículos 4, 7, 10 y 11 de la Constitución, se establecen como derechos genéricos en los campos de la salud y la seguridad social, los siguientes:

a) Derecho a la protección de la salud.
b) Derecho a la protección del medio familiar y de la comunidad.
c) Derecho de las personas incapacitadas para velar por sí mismas a causa de una deficiencia física o mental, al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.
d) Derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.
e) Derecho al libre acceso a las prestaciones de salud y a las pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

Dentro de su contexto y de manera paralela, el artículo 7 de la Constitución establece como un *deber* de todo ciudadano el contribuir a la promoción y defensa de su propia salud, la del medio familiar y la de la comunidad.

De otro lado, el Estado asume, en referencia a esta materia, las siguientes responsabilidades:

a) Determinar la política nacional de salud. En este sentido, co-

rresponde al Órgano Ejecutivo normar y supervisar la aplicación de dicha política, amén de ser el responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizada para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

Al respecto, el artículo 9 de la Constitución establece que el Estado asume la responsabilidad de fijar los *lineamientos de acción* para la promoción, conservación o recuperación de la salud de todos los habitantes del país.

b) Garantizar el libre acceso a las prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, amén de supervisar su eficaz funcionamiento.

   Al respecto, los alcances del artículo 1[illegible] de la Constitución se dirigen a asegurar que por la mera voluntad o interés de las personas éstas tengan opción de promover, conservar o recuperar su salud, así como derecho a la obtención de subsidios permanentes al concluir su etapa de actividad laboral, ya sea por las opciones que ofrecen el Estado y la empresa privada, o ambos de manera asociada.

   Este acceso se encuentra regulado por la ley de la materia.

c) Combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas, así como regular la utilización de los tóxicos sociales.

   Estas acciones estatales se encuentran previstas en el artículo 8 de la Constitución.

La actividad delictiva de este tipo se ha convertido en nuestro país en una gravísima lacra que pone en peligro la salud de la población, la seguridad ciudadana, la economía nacional e incluso la imagen internacional del Estado.

Por ende, al igual que la Constitución de 1979, la carta vigente se ha visto en la necesidad de consignar reglas sobre la materia.

Es evidente que a comienzos de la década del 70 se empieza a percibir directamente la presencia de un "problema de drogas", con especificidad nacional.

Entre los elementos gravitantes y específicos que operan sugestivamente sobre nuestra realidad, aparecen los siguientes:

a) Enorme producción de hojas de coca con *fines ilícitos*, en su mayoría estimulada por intereses extranjeros.
b) Incremento significativo del número de usuarios de drogas ilícitas.
c) Incremento del tráfico o comercialización de drogas ilícitas.

d) Elevación sustantiva de las actividades delictivas derivadas del problema del narcotráfico; en muchos casos, también en importantes círculos gubernamentales.
e) Carácter internacional de la solución del problema de la producción, comercialización y consumo de drogas ilícitas. Ello implica el concierto de las naciones para una eficaz erradicación.

No debe obviarse el hecho de que, desde tiempos inmemoriales, el cultivo de la hoja de coca forma parte de la tradición y costumbres de las comunidades andinas, el mismo que se efectúa con fines distintos –vale decir, lícitos– a los que mueven a la masa de meros dependientes apegados a los patrones occidentales.

En el contexto andino, el "chacchado" de coca tiene aplicaciones en el campo de la medicina ancestral, los rituales religiosos y es un medio de interrelación social. Empero, la demanda de consumo de los países desarrollados ha generado una progresiva y constante ampliación y producción de este producto, con la consiguiente influencia perversa en la economía nacional.

Las consecuencias de esta "demanda" con fines ilícitos se pueden resumir en una mayor utilización de tierra cultivable en la producción de la hoja de coca; un incremento de la violencia, la corrupción, y del daño a la salud por su uso derivado (droga).

4.3.1 Las drogas

Pueden ser definidas como sustancias naturales o sintéticas que por su composición química alteran la estructura o la función de un organismo vivo. En nuestro caso, son de particular importancia las que tienen por materia prima la hoja de coca (cocaína, pasta básica de cocaína –PBC–, etc.).

El contexto del artículo 8 de la Constitución obliga a que el Estado efectúe las siguientes acciones:

a) Prevención integral del consumo de drogas ilícitas.
b) Tratamiento y rehabilitación de los dependientes de drogas ilícitas.
c) Persecución del delito de tráfico ilícito de drogas.
d) Regulación del uso de los tóxicos sociales.

En tal sentido, la lucha contra el narcotráfico implica la protección

de un bien jurídico macrosocial, como es la *salud pública*. Así, el artículo 296 del Código Penal sanciona al individuo que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Estas acciones punibles se verifican mediante actos de fabricación, tráfico, posesión para el tráfico, entre otros.

Igualmente se sancionan los casos de comercialización, a sabiendas, de materias primas o insumos destinados a la elaboración de las sustancias arriba descritas. También se castigan la receptación, el lavado o blanqueo de dinero, la siembra compulsiva, la plantación de adormideras, la coacción e instigación al consumo, etc.

Las *drogas tóxicas* son aquellas que causan daño a la salud.

Los *estupefacientes* –modalidad de drogas tóxicas– son aquellos que provocan adormecimiento o deambulación generadores de pérdida de la sensibilidad (*cannabis*, heroína, cocaína. opio, etc.).

Los *psicotrópicos* son aquellos que producen un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central, generando como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora del juicio, del comportamiento o del estado de ánimo (sedantes, tranquilizantes, anfetaminas, etc.).

4.3.2 Los tóxicos sociales

El Estado tiene también responsabilidad en la regulación del uso de los denominados *tóxicos sociales*. Éstas son sustancias que se usan corriente y habitualmente en la comunidad; empero, su mala e inadecuada utilización puede promover la destrucción o alteración de las funciones vitales del organismo humano. Entre estas sustancias tenemos el alcohol, el tabaco, el café y el té.

La regulación de su uso está dirigida a evitar un consumo o utilización que se juzgan inadecuados por razones morales, clínicas, terapéuticas o de prevención de la salud.

Como ejemplo puede citarse el caso de la ley 25357, que impide fumar en lugares públicos.

4.4 La protección especial de las personas en abandono

El artículo 4 de la Constitución señala que la comunidad y el Estado ejercen acciones de tutela especial en favor de los niños, adolescentes, madres y ancianos en situación de abandono. Esta expresión hace refe-

rencia a la emisión de cuidados, atenciones o auxilios para con las personas que por razones de edad u otra circunstancia no puedan cuidarse por sí mismas.

La Constitución de 1979 fue la que primero se ocupó de este tópico.

4.5 Población y paternidad responsable

El artículo 6 de la Constitución señala la existencia de una *política nacional de población*, cuyo objetivo consiste en defender y promover la paternidad y maternidad responsables.

Esta política nacional se encuentra fijada en el decreto legislativo 346, de 6 de julio de 1985. Entre otras consideraciones, esta norma establece lo siguiente:

La *política nacional de población* se orienta a planificar y ejecutar las acciones del Estado relativas al volumen, estructura, dinámica y distribución de la población en el territorio nacional. Con ello se intenta:

a) Promover una equilibrada y armónica relación entre el crecimiento, estructura y distribución territorial de la población, y el desarrollo económico y social, teniendo en cuenta que la economía está al servicio del hombre.
b) Promover y asegurar la decisión libre, informada y responsable de las personas y parejas sobre el número y espaciamiento de la prole deseada, proporcionando para ello los respectivos servicios educativos y de salud, a efectos de contribuir con la estabilidad y solidaridad familiar, amén de mejorar la calidad de vida.
c) Lograr una reducción significativa de la morbimortalidad, especialmente entre las madres y niños, mejorando para tal efecto los niveles de salud y de vida de la población.
d) Lograr una mejor distribución de la población en el territorio, en concordancia con el uso adecuado de los recursos, el desarrollo regional y la seguridad nacional.

Con el énfasis expuesto en el artículo 6 de la Constitución, esta difusión y promoción de la paternidad y maternidad responsables debe hacerse sobre la base del derecho básico de la pareja de decidir de manera libre y responsable sobre el número y espaciamiento de hijos, así como del de educarlos y atenderlos en sus necesidades esenciales de manera adecuada. En puridad, se trata de una actitud consciente e infor-

mada de los padres en lo relativo al volumen y protección de su prole.

La política de población en el país tiene carácter multisectorial, esto es, su atención y ejecución involucra a una pluralidad de instituciones públicas.

En ese contexto, la Constitución le asigna al Estado las siguientes tareas:

a) Reconocimiento del derecho de la familia y de la pareja a decidir en torno al número y espaciamiento de la prole.
b) Aseguramiento de programas de educación e información adecuada, así como del acceso a los medios de planificación familiar (conjunto de técnicas que permiten regular el número y espaciamiento de la prole).

La Constitución establece el *deber-derecho* de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Asimismo, fija como obligación de estos últimos la de respetar y asistir a sus progenitores.

La parte *in fine* del artículo 6 de la Constitución reconoce la igualdad de derechos de todos los hijos, sin ningún tipo de distinción; incluso prohíbe toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

La proscripción de esta práctica viciosa y plena de prejuicio fue efectuada por primera vez en la Constitución de 1979. Más aún, el contexto de todo este articulado encuentra su génesis en dicha carta.

A manera de colofón, consignamos nuestra posición contraria a la vigencia de la ley 26530, que modificó el artículo VI del Título Preliminar de la ley de Política Nacional de Población (D. Leg. 346) en el sentido de considerar los métodos quirúrgicos como opciones para la planificación familiar.

Nuestra convicción es la misma que de consuno expusieron los juristas Carlos Fernández Sessarego, César Delgado Barreto, Nita Gamio de Barrenechea, Angélica Álvarez de la Cruz y Gabriela Araníbar, en su condición de miembros de una comisión especial nombrada por el Colegio de Abogados de Lima para estudiar los alcances de la citada ley, y que fue aprobada por su junta directiva y divulgada por dicho colegio mediante la difusión del dictamen de la referida comisión.

Dicho dictamen expresa lo siguiente:

a) La esterilización es en sí misma una lesión grave a la integridad de la persona humana. Es el acto por el cual se provoca, a raíz de una intervención quirúrgica, la esterilidad de un ser

sexualmente fecundo. La vasectomía y la ligadura de trompas producen una incapacidad permanente e irreversible de la función reproductora del ser humano.

b) La esterilización, por lo expuesto, no es en sí misma un método de planificación familiar. Los métodos naturales o artificiales –aunque estos últimos en ciertos casos puedan afectar la salud– no inutilizan de modo permanente la función reproductora del ser humano. No le privan de su derecho natural a procrear libremente. Su utilización es siempre temporal.

c) La esterilización no sólo atenta contra la libertad de procrear, sino que desconoce también el derecho de la especie humana a perpetuarse. Quien decide inutilizar una de las más importantes funciones vitales ha perdido, en realidad, la posibilidad de ser libre de decidir si tendrá o no hijos en el futuro. La esterilización es, así, una abdicación de la libertad de procrear.

d) La Constitución, en el inciso 1 de su artículo 2, protege el derecho de toda persona a su integridad física, psíquica y moral, principio que es recogido en el artículo 5 del Código Civil. La esterilización, al atentar contra esta integridad, es violatoria de un derecho natural consagrado por la carta magna.
Asimismo, en el artículo 6 de la Constitución se prescribe el deber del Estado de asegurar que los medios de planificación familiar no afecten la vida o la salud.

e) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual es signatario nuestro país, consagra similar principio y prohíbe la suspensión del derecho a la integridad física aun bajo regímenes de excepción. Establece, además, el derecho de recurrir a los organismos internacionales competentes para la efectiva tutela de ese derecho.

f) Todo derecho subjetivo, al no ser absoluto por el hecho de la coexistencialidad inherente al ser humano, implica simultáneamente un deber. De ahí que el derecho de toda persona a su integridad supone, al mismo tiempo, el deber de mantenerla. Es por ello que el artículo 6 del Código Civil prohíbe los actos de disposición del cuerpo humano cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera son contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Sólo se admiten, excepcionalmente, por razones médico-quirúrgicas o por motivos humanitarios. Por consiguiente, sólo es permisible la esterilización cuando está en grave ries-

gc la vida o la salud.

g) El artículo 5 del Código Civil declara que el derecho a la integridad física, como unc de los derechos fundamentales del ser humano, es irrenunciable y no puede sufrir limitación voluntaria.

h) El artículo 121 del Código Penal tipifica como lesión grave el hacer impropio para su función un miembro u órgano principal del cuerpo; es decir, lo que precisamente ocurre en el caso de la esterilización. Este delito acarrea pena privativa de la libertad.

i) Los médicos peruanos, al comprender los alcances de la esterilización, la excluyen expresamente como método de planificación familiar. Así lo establece el artículo 40 del Código de Ética del Colegio Médico.

j) El Estado –consecuente con el principio constitucional que protege la integridad física y con el deber prescrito en el artículo 6 de la Constitución– también excluyó a la esterilización como método de planificación familiar. Así lo establecía el artículo VI del Título Preliminar de la ley nacional de Política Poblacional, que ha sido inconstitucionalmente modificado por la ley 26530.

k) Como se desprende de todo lo anteriormente expuesto, no cabe duda de que la ley 26530 afecta el fundamental derecho del ser humano a su integridad física, al permitir que mediante la esterilización los órganos genitales sean impropios para su natural función reproductora. Esta ley atenta, asimismo, contra la libertad de procrear del ser humano, y lesiona, por ende, la dignidad de la persona.

En síntesis, la ley 26530 es inconstitucional y viola todas las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional que desarrollan coherentemente el principio constitucional que protege el derecho natural a la vida y a la integridad física. Cabe contra dicha ley hacer uso de los recursos que la propia Constitución concede frente a una violación de sus dispositivos, en salvaguarda de los derechos fundamentales del ser humano y del orden público que los consagra.

4.6 Promoción de la familia y el matrimonio

La Constitución tiene regulaciones específicas en el campo de la familia, el matrimonio y las uniones de hecho.

4.6.1 La familia

Es considerada como aquel grupo de personas unidas por el matrimonio o producto de las uniones de hecho, entre las cuales existen derechos y deberes jurídicos sancionados en el Código Civil (patria potestad, obligaciones alimentarias, derechos sucesorios, etc.).

La familia es la célula básica de la sociedad, en razón de que todo ser humano necesita de un hogar que lo cobije y desde donde pueda desarrollar a voluntad sus cualidades físicas, emocionales, sentimentales y de interrelación íntima con aquellos a los que se encuentra ligado por la sangre y el afecto parental.

Díaz de Guijarro[23] la considera como una institución social permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación. Ella posee una importancia singular porque constituye la célula básica de la organización social.

En ese contexto, el argentino Pablo A. Ramella[24] señala:

> "La protección a la familia responde a un natural designio de la persona, desde que ella genera sus más elevados sentimientos afectivos, y todo empeño tendiente a su bienestar debe ser estimulado y favorecido por la comunidad como el medio indicado de propender al mejoramiento del género humano y a la consideración de principios espirituales y morales que constituyen la esencia de la convivencia social."

En ese sentido, de conformidad con lo que dispone el artículo 2 del decreto legislativo 346 –ley de Política Nacional de Población–, es necesario procurar el fortalecimiento de la familia como unidad básica de la sociedad, promoviendo y apoyando su estabilidad y constitución formal.

En ese contexto, el Estado debe ejecutar acciones que faciliten a las parejas la toma de conciencia sobre el matrimonio y los derechos de los hijos, sobre la crianza y socialización de éstos como responsabilidad tanto del varón como de la mujer, y sobre el trato igual entre ambos sexos como garantía de una mayor armonía y estabilidad en el desarrollo de la pareja, para así consolidar los lazos de solidaridad entre todos los miembros de la familia.

---

23 Citado por GORILHAN, Lavie. *Los derechos públicos subjetivos.* Ed. Documentos.

24 RAMELLA, Pablo A. *Los derechos humanos.* Buenos Aires: Ed. Depalma.

4.6.2 El matrimonio

Es la unión voluntariamente concertada entre un varón y una mujer legalmente aptos para ella, y formalizada con sujeción a las disposiciones contenidas en el Código Civil, a efectos de hacer vida en común. Este instituto fundamental de la sociedad es objeto de promoción.

Los cónyuges tienen en el seno del hogar la misma autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades.

La forma del matrimonio y las causas de separación y disolución se encuentran reguladas en el Código Civil.

4.6.3 El Estado y las uniones de hecho

El artículo 5 de la Constitución señala:

> "La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable."

En ese sentido, cabe considerar que la *unión de hecho* se legitima en razón de las siguientes consideraciones:

a) Existencia de vida de relación bajo un mismo techo, entre un hombre y una mujer.
b) Unión voluntaria, con una duración no menor de dos años continuos.
c) Emparejamiento libre de impedimento matrimonial; ergo, efectuado entre solteros, viudos o divorciados. Ello obviamente excluye la posibilidad de que uno de los miembros de la pareja tenga la condición civil de casado.
d) Ejercicio de deberes semejantes a los de una pareja matrimonial.

Esta unión de hecho significa un régimen de gananciales, en lo que fuera pertinente. Éste se define como el conjunto de bienes cuyo dominio corresponde a la pareja por igual. Así, dichos bienes, ya sea que hubiesen sido adquiridos a título oneroso o gratuito por cualquiera de los miembros de la unión, durante la existencia de ésta, se incorporan a la masa patrimonial común.

Esta unión de hecho termina por la muerte, ausencia, mutuo acuerdo o incluso por decisión unilateral. En este último caso, el artículo 326

del Código Civil señala que el juez puede conceder a elección del abandonado una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le corresponden de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

En aquellos casos de unión de hecho que no reuniesen la condición arriba descrita, es posible el ejercicio de una acción civil por enriquecimiento indebido.

La unión de hecho –considerada en nuestro país como *concubinato*– tiene raíces ancestrales y durante largo tiempo no tuvo amparo legal; empero con la carta de 1979 dicha institución se constitucionalizó.

Por otro lado, debe advertirse que el artículo 6 de la Constitución señala que se encuentra prohibida toda mención sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Ambas situaciones arriba descritas fueron previstas, inicialmente, en la Constitución de 1979.

A mayor abundamiento, el origen de la filiación –fuere por la vía matrimonial o extramatrimonial– no tiene ninguna relevancia para el goce de derechos de la prole ni para el ejercicio de las responsabilidades sobre ella. Ello ha significado eliminar las odiosas y estúpidas diferencias sociales que se forjaron en nuestro pasado.

4.7 La seguridad social

Este concepto se encuentra contenido en el artículo 10 de la Constitución e involucra las nociones de *prestaciones de salud* y *pensiones*.

Debe advertirse que, desde que la sociedad es tal, sus miembros han vivido en un medio hostil, sujetos a las inclemencias de la naturaleza y a las circunstancias particulares de los modos de vida.

Por ello, se ha intentado desde siempre promover acciones que brinden protección, especialmente para el caso de aquellas personas con limitaciones físicas o mentales.

El argentino Pablo A. Ramella[25] señala que el derecho de las personas

> "a ser amparados en los casos de disminución, suspensión o pérdida de su capacidad para el trabajo, promueve la obliga-

25 RAMELLA, Pablo A. Op. cit.

ción de la sociedad de tomar unilateralmente a su cargo las prestaciones correspondientes o de promover regímenes de ayuda mutua obligatoria, destinados, unos y otros, a cubrir o complementar las insuficiencias e ineptitudes propias de ciertos períodos de vida, o las que resulten de infortunios provenientes de riesgos eventuales".

Entre los antecedentes relativos a la seguridad social aparecen las Constituciones francesas de 1793 (la primera República) y 1848. Sin embargo, la política social del Canciller de Hierro Otto von Bismarck (Prusia, 1815-1898) fue fundamental para su total consagración.

En nuestro país, la seguridad social aparece con el Imperio incaico. Allí se aplicó un sistema previsional que funcionaba de acuerdo con el régimen colectivista vigente.

En la Colonia, durante la gestión de los virreyes Antonio de Mendoza y Francisco de Toledo (siglo XVI) se crearon las denominadas "Cajas de Comunidad", que, sobre la base de los ingresos provenientes de fuentes agrícolas e industriales, se utilizaban para el mantenimiento de hospitales y el auxilio de viudas, huérfanos y discapacitados. Asimismo, dentro del texto de la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias se encuentran disposiciones en materia previsional, como la fundación de hospitales y hospicios, la obligación de los patrones de proteger a los trabajadores indígenas, la atención de los casos de accidentes y enfermedades derivados del trabajo, etc. Debe advertirse que dicha normatividad corrió la suerte descrita por un conocido adagio virreinal: "Se acata pero no se cumple."

El primer sistema orgánico de seguridad social apareció en la República, durante el gobierno del mariscal Óscar R. Benavides (1936). Así, mediante la ley 8433 se previó el otorgamiento de pensiones de vejez para los obreros.

Con la Constitución de 1920 se inició una temida regulación sobre la materia. Posteriormente, con la dación de la carta de 1979 se estableció un esquema totalizador.

En 1992 se creó el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPAFP), mediante la dación de la ley 25889.

En suma, la *seguridad social* implica la existencia de un conjunto de derechos destinados a ofrecer protección contra una pluralidad de riesgos actuales o diferidos, mediante la constitución de un sistema de previsión que otorgue cobertura eficaz y oportuna para conjurar dichas contingencias.

Se trata de medidas de amparo y atención de las necesidades personales en materia de salud y previsión ante accidentes, vejez, etc. Su finalidad apunta a que la sociedad como conjunto se ocupe de atender a quienes se encuentren frente a necesidades emergentes derivadas de las situaciones arriba descritas, para que puedan afrontarlas de manera adecuada y digna.

En la actualidad existen en el país los siguientes sistemas: en el ámbito de las prestaciones de salud y en el ámbito de las pensiones.

4.7.1. Ámbito de las prestaciones de salud

a) Sistema de salud a cargo del Ministerio de Salud.
b) Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS).
c) Sistema privado de organizaciones privadas de salud (D. Leg. 718).
d) Seguros privados de carácter médico-familiar.

En este campo coexisten independientemente el Estado y las empresas particulares; estas últimas con carácter complementario.

Las prestaciones de salud consisten en la satisfacción de las obligaciones derivadas de la promoción de medidas de prevención o recuperación ante la existencia de una enfermedad.

Tienen como propósito otorgar una atención integral a los usuarios de un servicio hospitalario del Estado y a los trabajadores con contrato de trabajo, o a los afiliados por libre opción, en los campos de la atención ambulatoria e internamiento, respectivamente.

En el caso de las prestaciones que brindan las empresas privadas –sistema de organizaciones privadas de salud y seguros médico-familiares–, se acogen a sus beneficios aquellos aportantes que por decisión libre y espontánea resuelven su afiliación.

Con el objeto de controlar el servicio que brindan estas organizaciones privadas, el Estado ha creado la Superintendencia de las Organizaciones Privadas de Salud, así como también efectúa labores de supervisión sobre las compañías de seguros en el rubro médico-familiar, a través de la Superintendencia de Banca y Seguros.

4.7.2 Ámbito de las pensiones

a) Sistema de pensiones del Gobierno central, para los trabajadores públicos incluidos en los alcances del decreto ley 20530.

Esta norma plantea el otorgamiento de la *cédula viva*, consistente en el derecho a percibir un subsidio periódico (pensión) equivalente al haber de aquel que se encuentra en actividad en el mismo cargo que el beneficiario ocupara en su oportunidad.

b) Sistema de pensiones del IPSS, el cual se viabiliza a través de la Oficina Nacional de Previsiones.

c) Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones (SPAFP).

Se trata de instituciones creadas por libre iniciativa de empresarios nacionales o extranjeros, que empleando los aportes de trabajadores afiliados en el ejercicio de su albedrío, constituyen un fondo de previsión cuya finalidad –previo cumplimiento de los requisitos de edad del aportante y el número de las aportaciones al fondo– es la obtención de un subsidio periódico a partir de su cese de actividad laboral.

d) Mutuales. Son instituciones creadas por libre iniciativa de sus afiliados, que se dedican al acopio y administración de fondos derivados de cotizaciones personales, con el objeto de promover posteriormente acciones de previsión social. Se trata de organizaciones con fines de ayuda recíproca en favor de sus integrantes.

e) Derramas. Son instituciones creadas por ley o por iniciativa de sus afiliados, que se dedican al acopio y administración de fondos derivados de cotizaciones personales, con el objeto de promover acciones de otorgamiento de complementos de pensión que coadyuven a mejorar la calidad de vida de los extrabajadores.

Las *pensiones* consisten en el otorgamiento de un subsidio periódico, derivado de actos no graciables ni dependientes del albedrío de nadie, y surgen del hecho de haberse efectuado aportes contributivos.

Dichos aportes pueden provenir exclusivamente de los propios beneficiarios, o de éstos y sus empleadores.

Dichas pensiones pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

a) Pensiones de invalidez

Son aquellas que se otorgan en favor de los beneficiarios que sufren incapacidad física o mental –ya sea con carácter temporal o permanente– que generan incapacidad para el trabajo.

b) Pensiones de jubilación

Son aquellas que se otorgan en función de la acreditación de requisitos tales como la edad y las aportaciones.

c) Pensiones de sobrevivientes

Son aquellas que se otorgan en favor de los deudos de un aportante fallecido.

d) Pensiones de viudez

Son aquellas que se otorgan en favor del cónyuge superviviente de un aportante fallecido.

e) Pensiones de orfandad

Son aquellas que se otorgan en favor de los hijos menores del aportante fallecido.

f) Pensiones de ascendientes

Son aquellas que se otorgan en favor de los padres del aportante fallecido, siempre que acrediten la condición de inválidos o tengan sesenta o más años de edad.

Debe advertirse que los constituyentes de 1993 habían dejado establecida la posibilidad futura de que se modificasen las normas reglamentarias sobre el goce de las pensiones sujetas a las disposiciones de las leyes 1990 y 20530. Así, en la primera disposición final y transitoria se señalaba:

> "Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 1990 y 20530 y sus modificatorias."

En dicho contexto, en la segunda disposición final y transitoria se garantizaba el pago oportuno y el reajuste en las pensiones estatales con arreglo a las previsiones presupuestales.

Lamentablemente, las modificaciones efectuadas durante el segundo gobierno del presidente Alberto Fujimori han violentado la Constitución y los derechos adquiridos de los pensionistas.

4.7.3 Los fondos y reservas

La Constitución actual asegura que los fondos y las reservas de seguridad social son intangibles, esto es, son inviolables y no disponibles.

Los *fondos de seguridad social* aluden al conjunto y montos de sumas de dinero acopiadas para asegurar el pago de los subsidios periódicos (pensiones), a un aportante del seguro, al concluir su actividad laboral.

Las *reservas de seguridad social* aluden a las sumas de dinero o valores que se separan en una cuenta especial del respectivo *fondo*, con el objeto de solventar las contingencias que pudiera sufrir el respectivo sistema de seguridad social.

La propia Constitución establece que una ley sobre la materia regulará sobre la forma y responsabilidad del uso de los recursos acopiados para la seguridad social.

4.8 La educación

La educación es un derecho inherente a la persona. Consiste en la facultad de adquirir o transmitir conocimientos, amén de ser una guía, dirección u orientación para la existencia y coexistencia.

Ello indica un proceso de transmisión del saber y la afirmación de valores que ayuden a la persona en su desarrollo integral –intelectual y espiritual– y en la realización de sus proyectos de vida en comunidad.

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Constitución, la educación nacional tiende a alcanzar los siguientes objetivos:

a) Estimular el desarrollo intelectual que capacite para alcanzar y conocer la verdad.
b) Estimular el desarrollo moral que capacite para buscar y realizar el bien.
c) Estimular la percepción de los valores estéticos o artísticos que capaciten para conocer y realizar lo bello.
d) Estimular la práctica de los deportes, que capacite para el desarrollo del físico.
e) Promover el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades.
f) Promover el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de la ciencia.
g) Promover el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de la técnica, que capaciten para descubrir la utilidad, empleo y creación de las cosas útiles.
h) Preparar para la vida, amén de fomentar la solidaridad.

Es claro que los seres humanos no viven aislados, sino que coexisten en el seno de una comunidad, la misma que requiere, a través de

la educación, de la exaltación de sentimientos que impulsen a los hombres a prestarse ayuda conjunta. Ergo, promueve ese lazo moral y común entre las personas que se denomina *solidaridad.*

4.8.1 Las responsabilidades estatales en materia educativa

La Constitución señala como responsabilidades, tareas o funciones del Estado, las quince siguientes:

a) Priorizar la educación en la asignación de recursos ordinarios del presupuesto de la República.
   Cabe señalar que, con mayor interés y precisión, el artículo 39 de la Constitución de 1979 establecía:

> "En cada ejercicio, se destina para educación *no menos del veinte por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto del Gobierno central.*"

b) Coordinar la política educativa.
c) Formular los lineamientos generales de los planes de estudio.
d) Formular los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos.
e) Supervisar el cumplimiento y la calidad de la tarea educativa.
f) Asegurar que la tarea educativa se extienda a toda la población, especialmente para aquellas personas que presentan obstáculos derivados de su situación económica, o limitaciones de carácter físico o mental.
g) Garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, subvencionando, de ser el caso, la educación privada en cualquiera de sus modalidades –incluyendo la comunal y la cooperativa–, en favor de quienes *per se* no pueden sufragar su educación.
h) Promover el desarrollo científico y tecnológico del país.
i) Procurar permanentemente la evaluación, capacitación y promoción del profesorado perteneciente a la carrera pública.
j) Promover la creación de centros educativos –de conformidad con los requerimientos de la oferta educativa existente– en el seno de nuestra población.
   La Constitución de 1979 exigía que el Estado estableciese por lo menos un centro educativo en cada territorio poblado.
k) Asegurar la erradicación del analfabetismo.
   Al respecto, la Constitución de 1979, con mayor énfasis,

declaró que era una obligación del presidente de la República emitir información sobre los resultados de este proceso, en su mensaje anual ante el Congreso (28 de julio).

l) El aseguramiento de una remuneración en favor de los profesores, acorde con la elevada misión que cumplen.

m) Fomentar la educación bilingüe e intelectual, según las características de cada zona.
A lo largo y ancho del territorio nacional existen doce familias lingüísticas espaciales.
Esta responsabilidad se inserta, por primera vez en nuestra historia, en la Constitución actual.

n) Promover la integración nacional.
Por ello el Estado preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas de los educandos.

o) Garantizar la libertad de enseñanza.
Ella consiste en la facultad de participación privada en la atención del servicio educativo. Implica una coexistencia de responsabilidades comunes entre el Estado y los particulares.
A través de la libertad de enseñanza se procura el máximo de oportunidades para los educandos, y contiene el reconocimiento de alternativas u opciones de ofertas educativas distintas a las que ofrece el Estado.
En suma, como bien refiere el profesor Ricardo León Pastor[26]:

> "La libertad de enseñanza es aquel derecho de las entidades educativas a crearse mediante la acción estatal o la iniciativa privada, comprendiendo a los diferentes niveles educativos."

4.8.2 Los niveles de enseñanza

El sistema educativo nacional está constituido por cuatro niveles de enseñanza:

a) Educación inicial
Es la que se imparte a los menores de seis años.
Sus objetivos básicos son proporcionar al niño los estímulos necesarios para preparar su desarrollo integral atendiendo sus as-

26 LEÓN PASTOR, Ricardo. "Libertad de cátedra: ¿monopolio docente?". En: *Derecho* 43-44. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

pectos espirituales, psíquicos, intelectuales, afectivos y biológicos.

Este proceso educativo tiene carácter obligatorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución.

b) *Educación primaria*

Es la que se imparte a los menores a partir de los seis años de edad. Es prerrequisito para acceder a la educación secundaria. Sus objetivos básicos son: el fomento de la práctica de los valores y el civismo; el desarrollo de las facultades afectivas y físicas; la estimulación de la iniciativa y el criterio propio, la autoestima y la creatividad; el desarrollo de los hábitos y técnicas básicas para el aprendizaje, y el uso adecuado del lenguaje y los conocimientos generales.

Desde la Constitución de 1920, este proceso educativo tiene carácter obligatorio.

c) *Educación secundaria*

Es la que se imparte a los educandos que han cumplido con el prerrequisito de haber aprobado la etapa de educación primaria. Sus objetivos básicos son el profundizar acerca de los valores y el perfeccionar el ejercicio de las facultades, virtudes, conocimientos, técnicas y habilidades. Ofrece una opción formativa que permite la incorporación al mercado de trabajo y la iniciación de estudios superiores.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución, este proceso educativo tiene carácter obligatorio.

d) *Educación superior*

Es la que se imparte a los educandos que han cumplido con el prerrequisito de haber aprobado la etapa de educación secundaria. Abarca tanto la impartida por el sistema universitario, como la ofrecida en los institutos y escuelas superiores, amén de los centros de formación profesional técnico-superior.

Entre las modalidades educativas establecidas en función de la naturaleza de las cosas, aparecen las siguientes:

a) *Educación regular*

Comprende a los educandos adscritos a factores de edad cronológica. Habitualmente es la que se imparte en los niveles de inicial, primaria y secundaria.

b) *Educación de adultos*

Comprende a las personas que, habiendo llegado a la mayoría

de edad, por distintas razones han quedado rezagadas en su proceso educativo.

c) *Educación especial*
Comprende a quienes requieren atención diferenciada por sus características excepcionales (deficiencia mental u orgánica, desajuste de su conducta social, condiciones intelectuales sobresalientes, etc.).

d) *Educación de formación profesional técnica*
Comprende a los educandos interesados en incorporarse inmediatamente al mundo del trabajo a través de la capacitación para el desempeño calificado de diferentes profesiones técnicas.

e) *Educación bilingüe*
Comprende a los educandos residentes en zonas donde el idioma castellano no es de uso prioritario y en zonas donde impera una realidad cultural gobernada por alguna de las dos grandes etnias serranas o por alguno de los sesenta y tres grupos amazónicos existentes en el país.
Esta modalidad se encuentra consagrada específicamente, y por primera vez, en la Constitución actual.

Por mandato expreso del artículo 14 de la Constitución, la enseñanza, en todos sus niveles, se imparte con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa. El Órgano Ejecutivo es responsable del cumplimiento de esto.

Asimismo, el mismo artículo 14 citado establece como obligatorio, en todo proceso educativo (ya para civiles o militares), lo siguiente:

a) Enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos.
Esta regla fue establecida por primera vez en la Constitución de 1979.

b) Formación ética y cívica.

Ambas obligaciones se dirigen tanto a fortalecer la conciencia ciudadana como al pleno conocimiento y respeto de los derechos fundamentales que el Estado reconoce en favor de las personas, amén de tratar de formar una convicción democrática, humanista y respetuosa del Estado de Derecho en el seno de las fuerzas armadas, acostumbradas históricamente a violentar tan importantes criterios de vida coexistencial civilizada.

4.8.3 Educación religiosa

El artículo 14 de la Constitución señala que la educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de conciencia.

Cabe recordar que uno de los fines de la conquista española (siglo XVI) consistió en la evangelización o cristianización de los indígenas (llamados, en la época, *infieles*). A partir de ella aparecen –al influjo de la acción de las órdenes religiosas católicas– las escuelas, colegios mayores, seminarios, colegios de ciencias y universidades.

El influjo de la educación católica durante la Colonia, pervivió durante el proceso de emancipación política y se mantiene aún con gran valor y significación.

No está de más recordar que la propia Constitución reconoce a la Iglesia católica como elemento importante en la formación cultural y moral del país; de allí que su labor educativa tenga el mismo reconocimiento.

Ahora bien, es potestad de los padres de familia el optar por que su prole reciba una formación con contenido religioso –sea católica o de otra vertiente– o escoja una con características estrictamente laicas.

4.8.4 Educación y medios de comunicación social

Los medios de comunicación social expresan en la práctica un insoslayable y vigoroso poder social.

En ese sentido, la prensa (escrita, oral y visual) tiene un acceso poderoso a la conciencia ciudadana. En razón de ello, la Constitución de 1979 estableció, por primera vez, un nexo de colaboración con el Estado en el proceso formativo de la población.

En esa misma línea, la parte *in fine* del artículo 14 de la Constitución establece, como reglas para los medios de comunicación, en relación al tema de la educación:

a) El deber de colaborar con el Estado en la *educación* moral y cultural de la población.
b) El deber de colaborar con el Estado en la *formación* moral y cultural de la población.

Cabe consignar que entre los conceptos educación y formación existe una relación de género y especie. Desde nuestra perspectiva, la primera hace hincapié en la transmisión de conocimientos; la segunda privilegia los valores.

4.8.5 Educación y tributación

El artículo 19 de la Constitución señala que los centros educativos *in genere*, que se hubieren constituido conforme a la legislación de la materia, gozan de tres beneficios de carácter tributario:

a) Inafectación de todo impuesto directo o indirecto que opere sobre los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural.
   Se entiende por *inafectación* la prerrogativa establecida por ley, en sentido material, de que a una persona natural o jurídica no se le impongan gravámenes. Esto significa que determinados hechos de naturaleza económica no se encuentran sujetos al pago de un tributo.
   Cabe consignar que, con mayor criterio, la Constitución de 1979 había establecido que esta inafectación se extendiera hacia cualquier tipo de tributo (impuesto, tasa o contribución).
b) Régimen especial de afectación de determinados bienes en materia de aranceles de importación.
   Este régimen implica la asignación de una tarifa oficial de derecho de importación –introducción de mercaderías provenientes del exterior–, diferente y distinta al resto de las aplicables para las demás personas naturales o jurídicas.
c) Exoneración y beneficios tributarios en materia de donaciones y becas con fines educativos.

4.8.6 Educación y fiscalización

El artículo 19 de la Constitución señala que mediante ley de la materia se establecerán los mecanismos de fiscalización a que se encuentran sujetos todos los centros educativos. En ese sentido, establece los requisitos y condiciones que deben cumplir los *centros culturales* que, por excepción, deseen gozar de los beneficios que la Constitución consagra; en principio, para los centros educativos *stricto sensu*.

4.8.7 Gratuidad de la enseñanza

Partiendo del presupuesto de que toda persona tiene derecho a la educación, la Constitución ha previsto que su goce sea gratuito –esto es, que pueda recibirse sin costo alguno para el educando– en la esfera de los centros educativos administrados por el Estado, salvo que los padres de familia, por distintas razones, opten por la educación privada.

Esta gratuidad consiste en la responsabilidad estatal de ofrecer el servicio educativo sin costo alguno para los educandos adscritos a la educación inicial, primaria y secundaria, efectuada en los establecimientos de enseñanza a cargo del Estado.

La gratuidad de la enseñanza primaria tiene su origen en la Constitución de 1928 y ha ido extendiéndose paulatinamente a los otros niveles en las posteriores Constituciones.

Con lamentable incuria, la Constitución de 1993 ha "suprimido" una importante conquista consignada en la Constitución de 1979, que señalaba que la gratuidad de la enseñanza:

> "Se complementa con la obligación de contribuir a la nutrición de los escolares que carecen de medios económicos y la de proporcionarles útiles."

En ese mismo contexto, la Constitución actual ha efectuado un "afeite" a la gratuidad de la enseñanza en el nivel universitario, condicionándola al cumplimiento de dos requisitos:

a) Mantener un rendimiento satisfactorio.
b) Carecer de recursos económicos para cubrir el costo de la educación.

Ahora bien, el artículo 17 de la Constitución señala que a fin de garantizar una mayor pluralidad de la oferta educativa –fundamentalmente, en favor de quienes no pueden sufragarla por sí mismos–, mediante ley se fijará el monto para subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa.

4.8.8 La carrera magisterial

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución, el profesorado en la enseñanza oficial –aquella que brinda y administra el Estado– deviene en carrera pública.

La carrera pública es aquella en donde se ingresa a la enseñanza en centros educativos administrados por el Estado, mediante concurso de méritos, y en ella existe la posibilidad de la promoción y ascenso en razón de la calidad profesional y la antigüedad en el desempeño de la labor docente.

La referida noción incluye la existencia de un conjunto de principios, normas y procesos que regulan la admisión, progresión profesional, de-

rechos, deberes y garantías en favor de aquellos profesores que prestan servicios al Estado de manera permanente.

El antecedente de esta cláusula se remonta a la Constitución de 1920.

El artículo 15 de la Constitución actual señala como responsabilidad estatal y de la sociedad, la evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanente del profesorado. Esta exigencia es básica por ser el profesor el agente fundamental en el proceso de formación del educando. Éste, a su vez, tiene derecho a que se le brinde una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico.

4.8.9 Los promotores educativos

El artículo 15 de la Constitución señala que toda persona, sea natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas, así como el de transferir la propiedad de éstas, conforme a la ley de la materia.

En puridad, los promotores educativos son aquellos que fundan o instituyen centros educativos.

4.8.10 El papel de los padres de familia

Por mandato del artículo 13 de la Constitución, los padres tienen un conjunto genérico de deberes y derechos en relación con la educación de su prole. En ese sentido, el Código de los Niños y Adolescentes establece, entre otras, las siguientes reglas:

Deberes

a) Velar por el desarrollo integral de los niños y adolescentes a su cargo.
b) Promover el sostenimiento y la educación de los niños y adolescentes a su cargo, de acuerdo con sus posibilidades socioeconómicas.

   El descuido de estas obligaciones origina la pérdida de la patria potestad.

   Debe advertirse que por mandato constitucional la educación inicial, primaria y secundaria es obligatoria.

Derechos

a) Facultad de escoger los centros de educación de los niños y adolescentes a su cargo. Ello permite acceder a las ofertas educativas estatal y privada; religiosa o laica; etc.

b) Facultad de participar mediante las asociaciones de padres de familia, o por acción directa, en el proceso educativo de los niños y adolescentes a su cargo.
c) Facultad de acogerse a la educación gratuita –en favor de los niños y adolescentes a su cargo– que se imparta en los centros educativos estatales.
e) Facultad de que los niños y adolescentes a su cargo y con limitaciones físicas o mentales, no sean impedidos de recibir la educación ordenada a dichas circunstancias.

4.8.11 Las universidades

Le correspondió a la Constitución de 1979 el mérito de haber tratado orgánicamente los aspectos relativos a la educación universitaria.

La universidad se instituye como una comunidad de personas que, en sus distintos roles, contribuye a la difusión del saber y al desarrollo de la ciencia y la tecnología.

En el Perú, la historia de la universidad se inicia con las gestiones efectuadas por fray Tomás de San Martín, el 12 de mayo de 1551; consiguiendo que el reino español expidiese la real cédula que crea la primera universidad de América –conocida primigeniamente como "La Real y Pontificia Universidad de la Ciudad de los Reyes o de Lima"–, la misma que empezó a funcionar en 1553 en el convento de Santo Domingo. Su primer rector fue fray Juan Bautista de la Rosa.

Como bien refieren Enrique Gonzales Correa y Virgilio Galdo Gutiérrez[27], la flamante universidad fue recibiendo paulatinamente a los miembros de otras congregaciones religiosas –y a laicos–, lo que dio lugar a que los dominicos perdieran su gobierno.

En 1571, el virrey Francisco de Toledo autorizó la elección del primer rector laico, quien fue Pedro Fernández de Valenzuela. Al abandonarse las instalaciones del convento de Santo Domingo, se instaló en el Colegio Mayor de San Marcos, por lo que recibió su actual nombre: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Las primeras facultades que se crearon fueron las de Teología y Artes. Posteriormente aparecieron las de Canon, Leyes y Medicina.

En 1680 se creó la Universidad San Cristóbal de Huamanga, mediante una real cédula de Carlos II, y en 1692 se fundó la Universidad de San Antonio Abad del Cusco, mediante otra real cédula de Carlos II.

---

27 GONZALES CORREA, Enrique, y GALDO GUTIÉRREZ, Virgilio. *Colección histórica del Perú*. Lima: Ed. Mejía Baca, tomo x.

El 15 de junio de 1918 se gesta la histórica Reforma universitaria de Córdoba (Argentina), al influjo de la acción de Enrique Palacios, José Ingenieros, Adolfo Korn, Carlos Sánchez Viamonte, entre otros. Ella promovió el ascenso de las clases medias en la vida política y cultural.

Con la Reforma universitaria se alcanzó la independencia de orden intelectual y el acceso a las nuevas ideas, "castradas" hasta ese momento por los denominados "virreinatos del espíritu" que se habían enquistado en las universidades.

Dicho movimiento se propagó en el Perú luego de la visita de Alfredo Palacios a los claustros sanmarquinos. Su consumación estuvo a cargo de la famosa "Generación del veinte", encabezada por Víctor Raúl Haya de la Torre e integrada por Raúl Porras Barrenechea, Manuel Seoane, Luis Alberto Sánchez, Guillermo Luna Garland, entre otros.

La reforma se plasmó a través de una huelga estudiantil en donde Haya de la Torre, en su condición de presidente de la Federación de Estudiantes, arrancó al gobierno de Augusto B. Leguía la dación de la ley 4002. A partir de ese momento se consagraron conceptos vitales para la vida universitaria, tales como el cogobierno, la cátedra libre, el derecho de tacha, la libertad de cátedra, etc.

Mediante la ley 17437, de 18 de febrero de 1969, dictada durante el gobierno del general Juan Velasco Alvarado, se estableció la denominada *autonomía universitaria*.

El artículo 18 de la Constitución señala como fines de la educación universitaria los siguientes:

a) La formación profesional.
b) La difusión cultural.
c) La creación intelectual y artística.
d) La investigación científica y tecnológica.

Las universidades se encuentran integradas por profesores, estudiantes y graduados. Dentro de ellas también participan los representantes de los promotores o impulsores de su creación.

La autonomía

Las universidades gozan de autonomía. Ello implica el ejercicio de facultades de autorregulación de sus actividades.

Por mandato del artículo 18 de la Constitución, se encuentran libres de cualquier tipo de intervención de entes extraños a su seno; por ende, se rigen por sus propios estatutos dentro del marco fijado por nuestro ordenamiento legal.

Con ello se protege a la libertad académica de los embates del poder público o de la vida política del país.

La autonomía universitaria se manifiesta en los siguientes planos:

a) Régimen normativo (estatutos y reglamentos).
b) Régimen de gobierno.
c) Régimen académico.
d) Régimen administrativo
e) Régimen económico.

El artículo 5 de la ley 23733 –ley universitaria– señala textualmente que la violación de la autonomía es punible conforme a ley.

Las universidades, por ser personas jurídicas de derecho público interno, sólo se crean, fusionan o suprimen mediante la dación de una ley. Para su creación, los promotores deben acreditar previamente la necesidad de su existencia, así como la disponibilidad de personal docente calificado y de recursos que aseguren la eficiencia del servicio educativo que quiere brindarse.

Las universidades pueden ser públicas o privadas, según se promuevan por iniciativa del Estado o de los particulares; esto, en ejercicio pleno de la denominada *libertad de enseñanza.*

4.8.12 La libertad de cátedra

Consiste en la facultad de expresar, en el ejercicio de la docencia universitaria, las ideas o creencias vinculadas con el desarrollo de una asignatura o materia, sin ningún tipo de sometimiento o sumisión ante ninguna autoridad estatal o privada. Esta libertad se ejerce sólo en el ámbito de la educación universitaria, en razón del peligro de deformar la conciencia de los educandos, débilmente crítica y enormemente sugestionable en los menores de edad.

La libertad de cátedra tiene un carácter binario, ya que, de un lado, faculta a ejercer la docencia universitaria con libertad de pensamiento, y del otro, exige el derecho a la discrepancia.

Como bien afirma el profesor Ricardo León Pastor[28]:

> "Consiste en la potestad de opinar sin restricciones sobre las materias de los cursos, debiendo respetarse las posiciones discrepantes."

28 LEÓN PASTOR, Ricardo. Op. cit.

Originariamente, esta facultad surgió en la Constitución de 1933, y posteriormente se reformuló a iniciativa de Luis Alberto Sánchez (Apra) en la Constitución de 1979.

4.9 El trabajo

Se define como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc.

El trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma. En toda actividad laboral queda algo de su ejecutor: el hombre.

A través del trabajo se presenta siempre la impronta del ser humano; o sea, una huella, marca o sello que caracteriza su plasmación.

El papa Juan Pablo II[29] señala:

> "El trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante éste no sólo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre."

Como bien refiriera el papa León XIII[30], el trabajo tiene el doble signo de lo *personal* y *necesario*. Es personal, porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona y enteramente propia de aquel que con ella labora. Es necesario, porque del fruto de su trabajo el hombre se sirve para sustentar su vida, lo cual es un deber imprescindible impuesto por la misma naturaleza.

Es evidente que la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor, y –por consiguiente– verdadero fin de todo proceso productivo.

La importancia del trabajo radica en tres aspectos sustantivos:

a) Esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia sociales.
b) Vocación y exigencia de la naturaleza humana. En suma, el trabajo es sinónimo y expresión de vida.

---

29 Papa Juan Pablo II. *Encíclica Laborem exercens.*
30 Papa León XIII. *Encíclica Rerum novarum.*

c) Carácter social de la función, ya que sólo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros.

El trabajo fue objeto, en la antigüedad, de menosprecio y desdén, al extremo de considerársele propio de esclavos o de gente de baja ralea.

Con la aparición del cristianismo –en donde se eleva y resalta la naturaleza humana–, se identifica el trabajo con la dignidad. San Pablo señalaba: "El que no quiere trabajar, que no coma."

Empero, aspectos vitales como las opciones de trabajo, las condiciones de las prestaciones de servicio, el acceso a los frutos del esfuerzo físico o intelectual, etc., han generado conflictos de gran envergadura y de difícil solución.

La mera visión del mercado y las reglas del individualismo y el pragmatismo añejo obligaron a que desde posiciones anarquistas, socialistas, marxistas y de la doctrina social de la Iglesia, se fuera afirmando la necesidad de defender al trabajador de los embates de la explotación y la humillación.

Debe recordarse que hasta el propio Adam Smith se atrevió a afirmar que:

> "El hombre productivo, el obrero, es un instrumento, mas no un fin de aquél, y por lo tanto, cuenta como productor, pero no como hombre."

No menos lejano, Ives Geuyet señalaba:

> "Cada cual vende su trabajo como el despensero vende su sal, su café o su azúcar, como lo hace el panadero con su pan, o el carnicero con su carne."

A nuestro criterio, es imbatible el principio rector de la *prioridad del trabajo frente al capital.*

Esta prioridad apunta al proceso mismo de producción, respecto del cual el trabajo opera como *primera causa eficiente*, mientras que el capital, siendo el conjunto de los medios de producción, es sólo un instrumento o la causa instrumental.

El papa Juan Pablo II deja constancia de que dicho *principio de prioridad* es un postulado que pertenece al orden de la moral social. Al respecto, sin aceptar antinomias irreductibles entre el trabajo y el capital, es

obvio que cuando el hombre labora sirviéndose del conjunto de los medios de producción, desea a la vez que los frutos de esta actividad estén a su servicio y al de su familia, y que en dicho proceso tenga la posibilidad de aparecer como corresponsable y coartífice de su gestación.

Es aspiración que, en el futuro, las premisas del mercado comprendan que trabajo y capital no pueden ni deben ser opuestos. Ello porque *el trabajo genera capital, el capital invertido genera más trabajo, y el trabajo prestado genera a su vez capital.*

El trabajo, como inquietud del derecho constitucional, encuentra presencia en las Constituciones de Querétaro (México, 1917) y Weimar (Alemania, 1919), y en la Constitución bolchevique (URSS, 1918). En nuestro país aparece tímidamente en las cartas de 1920 y 1933. Empero, será en la carta de 1979 en donde se le dedique todo un capítulo especial (16 artículos).

En la carta de 1979 se partía del criterio de que:

> "El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza".

Dicho principio rector ha sido "desaparecido" del texto vigente. Esta acción guarda directa relación con la "importancia" que se asigna al trabajador dentro de la corriente resurrecta del liberalismo caníbal.

El artículo 22 de la carta vigente declara llanamente que el trabajo tiene un carácter binario, o sea, es simultáneamente un deber y un derecho. Con cierta gazmoñería política, a continuación establece que *es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.*

4.9.1 Estado y trabajo

De conformidad con lo que dispone la Constitución, el Estado asume las siguientes responsabilidades:

a) Promover condiciones para el progreso social y económico. Para tal efecto, tiene la obligación del establecimiento de políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.
b) Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador.
c) Asegurar que a ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento.

d) Proteger especialmente la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido.

4.9.2 Los principios y la clasificación de los derechos constitucionales laborales

Denomínanse como *principios constitucionales laborales* aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Constitución, en toda relación laboral se respetan tres principios:

a) Indubio pro operario

Hace referencia a la traslación de la vieja regla del derecho romano *indubio pro reo*. Se exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Se explica esta regla en el afán de contribuir en la búsqueda de equilibrio en la relación laboral, la misma que por razones obvias está gobernada por el poder del empleador.

Debe dejarse constancia de que este principio no puede oponerse al otorgamiento de un derecho que hubiere sido expresamente previsto por el legislador. Sólo tiene validez cuando se trata de optar entre varias posibilidades surgidas de la fórmula normativa, pero jamás para suplir la voluntad del legislador.

Este principio fue recogido inicialmente por la Constitución de 1979.

Debe advertirse que en esa carta se expresaban tres posibles manifestaciones concretas, a saber:

– Aplicación del *indubio pro operario.*
– Aplicación de la norma más favorable.
– Aplicación de la condición más beneficiosa.

En cambio, la redacción de la carta actual se limita al primero de los casos referidos (interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma).

Como puede apreciarse, la "amputación constitucional", en lo relativo a los derechos de los trabajadores, se manifiesta de manera indubitable.

b) La igualdad de oportunidades de acceso al empleo

Hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral.

En puridad, ella plantea la precisión de la isonomía que prevé el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, en donde se declara:

> "Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole."

Esta regla de paridad asegura la igualdad de oportunidades en lo relativo al acceso al empleo.

Debe advertirse que la Constitución de 1993 ha recortado los alcances de este principio, ya que el texto fundamental anterior recogía también la noción de igualdad de trato, o sea, aquella que operaba en el ámbito de la ejecución del trabajo.

Es curioso anotar que en la redacción del texto constitucional se alude a la "igualdad de oportunidades sin discriminación" (inc. 1 del art. 26). Grave pleonasmo de estólida consecuencia. ¿Es posible que se acepte lógicamente una relación de igualdad *con discriminación*? (una perla más para llegar a formar un collar).

c) La irrenunciabilidad de derechos

Hace referencia a la regla de no revocabilidad de los derechos otorgados al trabajador o conquistados por él.

Debe señalarse que la Constitución vigente restringe los alcances de este principio, originariamente previsto en la de 1979.

Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2 del artículo 26 de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos "derechos reconocidos por la Constitución y la ley".

No alcanza, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo, que la doctrina igualmente considera como irrenunciables.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en la doctrina, los derechos constitucionales laborales pueden ser clasificados en:

a) Derechos individuales

Hacen referencia a las facultades o atribuciones que cada trabajador ejerce de manera privativa y autónoma.

Entre los aspectos expresamente tratados en la Constitución, aparecen los siguientes:
- Estabilidad laboral.
- Jornada de trabajo.
- Remuneraciones.

b) Derechos colectivos

Hacen referencia a las facultades o atribuciones que ejercen los trabajadores, en concordancia, unión o asociación con sus pares.

Entre los aspectos expresamente tratados en la Constitución, aparecen los siguientes:
- Libertad sindical.
- Huelga.
- Convención colectiva.
- Participación en las utilidades.

4.9.3 Los derechos laborales individuales

4.9.3.1 Constitución, contrato de trabajo y estabilidad laboral

El contrato de trabajo es aquel acuerdo de voluntades en virtud del cual el trabajador se compromete libremente a prestar sus servicios al empleador en forma personal y subordinada, por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad, a cambio del pago de una remuneración.

Como puede observarse, los elementos principales del contrato o relación laboral son cuatro:

a) Prestación personal del servicio.
b) Subordinación laboral ante el empleador.
c) Continuidad, asistencia y obligación de cumplir un horario de trabajo.
d) Pago de una remuneración como contraprestación del servicio.

Ahora bien, en toda prestación de servicios remunerada y subordinada se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de una relación laboral por tiempo indeterminado; o sea, de duración sin fecha de terminación.

Como bien refiere Carlos Montagne[31]:

---

31 MONTAGNE, Carlos. "Comentarios laborales". En: *Trabajo*. C.P.T.

> "Por regla general se entiende que la duración de un contrato de trabajo o relación laboral no tiene fecha de conclusión; empero, por regla de excepción puede establecerse un vínculo contractual de naturaleza laboral por un tiempo determinado, específico y preciso."

Como bien refiere Rafael Martínez Emperador[32]:

> "El trabajo destinado a satisfacer necesidades ordinarias y permanentes dentro de la empresa, deberá ser realizado por trabajadores fijos vinculados al empleador, mediante contratos de trabajo de duración indefinida; en cambio, por exención o franquicia, la actividad laboral consecuencia de un aumento transitorio de las necesidades ordinarias de la empresa –que no es susceptible de ser cubierto por trabajadores permanentes–, o de requerimientos imprevistos de actividades, puede ser realizada por trabajadores temporales, incorporados en virtud de contratos de trabajo por tiempo determinado."

Esta regla de excepción hace referencia a una relación laboral sujeta a modalidad, cuya celebración se ampara en las necesidades coyunturales de demanda de la producción o del servicio en el mercado, bien por suplencia laboral originada en la suspensión de la actividad de un trabajador –en atención a una causa justificada prevista en la legislación vigente o por efecto de disposiciones convencionales–, bien por emergencia promovida por un caso fortuito o de fuerza mayor. En todas estas circunstancias, la relación laboral tiene fecha precisa de fenecimiento.

La estabilidad del trabajador sujeto a un contrato de trabajo bajo modalidad, opera –en principio– mientras no se cumpla la fecha establecida para la extinción de la relación laboral.

La estabilidad laboral

Este instituto alude al derecho de los trabajadores a continuar y permanecer en sus puestos de trabajo en tanto mantengan en el desempeño de sus actividades, como dependientes, una conducta idónea y eficiente.

La estabilidad laboral trae consigo dos principios rectores:

---

32 MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael. *Estabilidad del empleo y contratación de personal.* Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social.

a) La permanencia o duración indeterminada de las relaciones de trabajo. Por ende, debe privilegiarse la celebración de contratos de trabajo a plazo indefinido.
b) La exigencia de acreditación de causa razonable para su extinción por la vía del despido.

Su adopción o desestimación dentro de un determinado ordenamiento jurídico, es objeto de un amplio debate doctrinario.

Al respecto, se presentan dos criterios:

1) Criterios en pro

- Permite corregir en cierta medida el desequilibrio de las posiciones de poder en la relación empleador-trabajador. Es indudable que la relación laboral no es horizontal, sino hiperbólicamente de plano inclinado.
  A través de la estabilidad se restringe la voluntad y el poder –muchas veces omnímodo– del empleador sobre los dependientes. (La teoría del "cholo barato" aún mantiene vigencia.)
- Establece una garantía imprescindible para el ejercicio de los derechos laborales colectivos. La estabilidad posibilita el real y efectivo goce del derecho a la sindicalización, la negociación colectiva, la huelga, etc.
  La estabilidad atenúa el "síndrome del terror al ejercicio de los derechos laborales colectivos", favoreciendo en alguna manera la obtención de mejores salarios y condiciones de trabajo.

2) Criterios en contra

- Representa un privilegio inmerecido para el trabajador ineficiente, frente a una masa de desocupados en aptitud de cumplir la misma tarea en forma más idónea.
  El análisis estadístico del empleo en nuestro país demuestra que el número de trabajadores con contratos de trabajo a plazo indeterminado –y, por ende, con derecho a la estabilidad laboral– es groseramente inferior al número de ciudadanos en aptitud de ingresar al mercado de trabajo.
- Contribuye en alguna medida a resquebrajar el principio de autoridad de quienes tienen responsabilidades de mando al interior de la empresa. El comportamiento laboral, por razones políticas y hasta culturales puede llegar a ser injustificadamente levantisco y entorpecedor.

– Fomenta la desconfianza en la promoción de nuevas inversiones en el área industrial, al no permitírseles a los agentes del capital el poder decidir discrecionalmente sobre el período de vencimiento de las relaciones laborales en sus propias empresas.
– Enerva la responsabilidad del dependiente al propiciar la psicología del conformismo y el estancamiento del afán de superación laboral.

En función de criterios tan contrapuestos, nos inclinamos en favor de la existencia de la estabilidad laboral con carácter de *absoluta* (dicho carácter lamentablemente ha sido eliminado por la legislación derivada de la carta constitucional actual).

Es evidente que la estabilidad laboral absoluta, en los países de gran desarrollo industrial, en donde existe un mercado ocupacional pleno y sostenido y con mano de obra calificada, no genera beneficios significativos. Incluso puede convertirse en una traba para alcanzar mayores índices de producción y productividad.

Empero, eliminarla en países como el nuestro, en donde la oferta de la fuerza de trabajo es abrumadoramente más alta que los puestos de trabajo que se ofrecen –amén de existir un sector laboral significativamente agrupado en labores no calificadas–, ocasiona que el empleador pueda sentirse tentado a reemplazar a un dependiente por un desocupado, en aras de pagar salarios más bajos u ofrecer condiciones de trabajo menos "onerosas" para la empresa. Dentro de este marco, muchos de los derechos laborales colectivos devienen en meras normas sobre el papel, no ejercitables en la realidad por el temor a la represalia empresarial.

En términos globales, la existencia de un enorme contingente de desocupados y subocupados implica el peligro de tener que aceptar un puesto de trabajo por el jornal que sea, en las condiciones que el empleador quiera y bajo tratos muchas veces humillantes.

A nuestro modo de ver, la falta de puestos de trabajo –en situaciones políticas, económicas y laborales como las del Perú– no se combate debilitando la estabilidad laboral, sino creando condiciones y mecanismos que rebasan el marco del derecho laboral.

En resumen, la estabilidad laboral en sentido *in genere*, y particularmente la que tiene carácter absoluto, plantea dos fundamentos centrales:

a) Fundamento económico-social

Busca resguardar el interés social de los trabajadores con con-

trato de trabajo vigente, a efectos de asegurar un haber decoroso y condiciones de trabajo "humanamente" aceptables, con el objeto de salvaguardar una existencia material y espiritual digna.

b) *Fundamento jurídico*

Busca dar tutela al trabajador en sus relaciones laborales, habida cuenta de su condición de parte más débil.

En nuestro país, el instituto de la estabilidad laboral es de reciente data. Es de verse que hasta 1970 rigió el criterio previsto en la ley 4916 (de 7 de febrero de 1924), que establecía libertad plena al empleador para extinguir la relación laboral de manera unilateral y sin necesidad de expresión de causa.

En puridad, dicho instituto aparece con las reglas de entrada previstas en el decreto ley 18138 (1970) y con las reglas de salida previstas en el decreto ley 18471 (1971).

Como bien afirma el profesor Javier Neves Mujica[33], la estabilidad laboral se ha instituido históricamente en dos versiones (absoluta y relativa).

Le correspondió a la Constitución de 1979 el mérito de la incorporación de dicho derecho a nivel *supra*. Señálese además que el ordenamiento jurídico derivado de dicho texto se inclinó sin ambages en favor de la estabilidad laboral absoluta.

Tal como afirma el profesor Carlos Blancas Bustamante[34], el artículo 48 de la Constitución de 1979 consagraba explícitamente este derecho con una fórmula concreta, a saber:

> "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada."

Ésta es, como refiere el citado,

> "una fórmula concreta, susceptible de aplicación inmediata, caracterizada por una opción clara a favor de un régimen de *estabilidad laboral absoluta*, en virtud del cual el despido sin

33 NEVES MUJICA, Javier. En: AA. VV. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios.* Lima: Comisión Andina de Juristas, tomo II.

34 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. En: AA. VV. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios.* Lima: Comisión Andina de Juristas, tomo I.

causa justa carecía de validez y, por tanto, de eficacia jurídica, lo que la legislación infraconstitucional tradujo, acertadamente, en el derecho del trabajador a ser *repuesto* en el puesto de trabajo del cual había sido ilegalmente separado.
En cambio, con la redacción expuesta en el artículo 27 de la Constitución vigente, dicha fórmula queda sustituida íntegramente por una caracterizada por su vaguedad y consiguiente ambigüedad",

limitándose a establecer que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

En el plano de la legislación infraconstitucional –decreto legislativo 728, de 17 de agosto de 1995–, dicha protección se reduce al pago de una indemnización por acreditación de despido arbitrario. En suma, hemos pasado de una *estabilidad laboral absoluta* a una *estabilidad laboral relativa*.

Modos de estabilidad laboral

La doctrina reconoce dos modalidades de estabilidad laboral, a saber:

a) *Estabilidad laboral absoluta*
   Es aquella que admite la *reposición* del trabajador en su puesto de trabajo cuando se hubiere acreditado judicialmente la existencia de un despido injustificado –o sea, contrario a ley.
   La comisión por parte del empleador de un despido injustificado o contrario a ley, configura el establecimiento de un mecanismo *resarcitorio* en favor del trabajador arbitrariamente despojado de su puesto de trabajo.
b) *Estabilidad laboral relativa*
   Es aquella que se circunscribe únicamente a fijar una *indemnización* cuando se hubiere acreditado judicialmente la existencia de un despido injustificado o contrario a ley.
   La comisión por parte del empleador de un despido injustificado o contrario a ley, configura el establecimiento de un mero mecanismo *compensatorio* en favor del trabajador arbitrariamente despojado de su puesto de trabajo.

El profesor Javier Neves Mujica[35] señala que la estabilidad laboral comprende dos reglas básicas, a saber:

35 NEVES MUJICA, Javier. Op. cit.

a) La regla de entrada

Ésta opera al momento de la celebración de una relación laboral. Implica la orientación normativa de otorgar preferencia al establecimiento de contratos de trabajo a plazo indeterminado. La aseguración de una relación laboral indefinida en el tiempo, constituye una real garantía y un aval pleno para un correcto y eficiente trabajador, para continuar en su puesto de trabajo y, por ende, poder planificar su desarrollo personal y familiar sin incertidumbres.

En esa perspectiva, en principio, bajo presunción *juris tantum*, se considera que una relación laboral se fija a tiempo indeterminado, a efectos de extender el derecho a la estabilidad laboral al mayor número posible de dependientes.

Empero, mediante prácticas viciosas de los empleadores, los alcances de fondo de la estabilidad laboral han quedado desvirtuados al "inventarse" fórmulas para que el trabajador establezca una relación de trabajo sujeta a modalidad (plazo fijo de expiración).

Esta regla de entrada, dentro del contexto de una estabilidad laboral relativa, queda en los hechos sin vigor efectivo, ya que al haberse eliminado la reposición como garantía ante el despido arbitrario, el empleador queda "tentado" al abuso *convalidado por el pago de una suma de dinero.* En puridad, la institución de la estabilidad laboral no puede ser apreciada en términos meramente patrimoniales.

En prueba de lo referido arriba, en el comentario que reseña el prestigioso laboralista nacional Fernando Elías Mantero[36] se acredita, de manera implícita, la voluntad de buena parte de los empleadores:

> "Se han introducido algunas modificaciones en la regulación de los contratos de trabajo sujetos a modalidad. Ellos perderán utilidad con la eliminación del derecho a la reposición en el empleo, pues su objetivo principal estaba encaminado a crear excepciones a la estabilidad laboral del contrato de trabajo a tiempo indeterminado."

36 ELÍAS MANTERO, Fernando. "Cambios en la ley de fomento del empleo". En: *Temas de Derecho.* Lima: Universidad Particular de San Martín de Porres.

b) La regla de salida

Ésta opera como un aval al despido injustificado, esto es, como una forma de extinción de la relación de trabajo, dispuesta por el empleador, al margen de las causales contempladas en la legislación laboral.

Esta regla acmite dos consideraciones:

– La oportunidad del despido

Aquí se establece una diferencia entre el despido directo y el despido propuesta.

En el *despido directo o unilateral* la decisión del empleador de extinguir la relación laboral surte efectos inmediatos.

Esta modalidad de extinción se manifiesta desde el momento mismo en que el empleador deja constancia de su decisión de poner término al contrato de trabajo.

En ese contexto, el despido se considera válido en principio, sin perjuicio de que posteriormente se le impugne en la vía judicial.

Esta modalidad se encuentra expresamente reconocida por nuestra legislación.

En el *despido propuesta* el empleador requiere previamente de la autorización expedida por una autoridad independiente de las partes de la relación laboral, para la consumación del despido.

La ejecución del despido queda sometida finalmente a la decisión convalidante de un ente, organismo o persona distinta de las partes celebrantes de un contrato de trabajo, al cual se confía la supervisión y control de dicha voluntad.

El empleador carece *per se* de la facultad de despedir unilateral y directamente a sus trabajadores. La ley únicamente le otorga la facultad de elevar una proposición de extinción de la relación laboral a una instancia superior, la cual, en definitiva, es la que dispone sobre la continuación o terminación de la misma.

En nuestro país, dicha opción se encuentra reflejada en cierta medida en los casos de *cese colectivo por causas objetivas*.

En ese contexto, corresponde a la autoridad de trabajo el acceder al cese colectivo por causas objetivas cuando el empleador hubiere planteado y acreditado la existencia empresarial del caso fortuito o la fuerza mayor, motivos económicos, tecnológicos, estructurales, de disolución, liquidación o quiebra, etc.

– *La causalidad del despido*

Aquí se establece que el trabajador únicamente pierde su derecho a la estabilidad en el empleo cuando el empleador demuestra que su conducta laboral o la calidad de su servicio no guarda armonía con los criterios de idoneidad y eficiencia que la ley le exige como contrapartida al goce de tal derecho.

En ese sentido, se proscribe el denominado *despido arbitrario*, o sea, aquella decisión unilateral del empleador de extinguir una relación de trabajo sin que previamente haya invocado una causal prevista en la ley, no obstante que, posteriormente, de ser necesario, demuestre su comisión.

La titularidad del derecho a la estabilidad laboral

En términos latos, el trabajador obtiene derecho a la estabilidad laboral una vez que ha superado el período de prueba.

El *período de prueba* se define como la etapa inicial del contrato de trabajo, durante la cual cada una de las partes, empleador y trabajador, puede resolver el vínculo contractual sin necesidad de expresión de causa, no siendo necesario el cumplimiento de ninguna formalidad o señalamiento de plazo.

Dicho período tiene por objeto:

a) Valorar la eficiencia, capacidad y disposición laboral del nuevo trabajador.
b) Generar el cabal conocimiento de las obligaciones y derechos que incumben al nuevo trabajador.

Este período es de tres meses, a cuyo vencimiento el trabajador alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes de la relación laboral pueden pactar un plazo mayor en caso de que las labores que se desarrollarán requieran de un período más extenso de capacitación o adaptación laboral. Dicha ampliación no puede exceder –incluyendo el período inicial– de seis meses en el caso de los trabajadores calificados y de confianza, y de un año para el personal de dirección.

Cabe consignar que el decreto legislativo 728 (de 17 de agosto de 1995) señala expresamente que adquieren derecho a la estabilidad laboral aquellos trabajadores que reúnan tres condiciones:

a) Encontrarse sujetos al régimen de la estabilidad laboral privada, que estuvieren contratados a partir del 12 de diciembre de 1991, o encontrarse adscritos al régimen de la ley 24514 a la

fecha de vigencia de la ley 26513 (de 29 de julio de 1995).

b) Que laboren cuarenta y cinco o más horas diarias en promedio, dentro de una jornada semanal de cinco o seis días para un mismo empleador.
c) Que aprueben el período de prueba.

La protección contra el despido arbitrario

La medida tuitiva contra el despido arbitrario se encuentra prevista en el artículo 27 de la Constitución y en el decreto legislativo 728.

Su regulación abarca el señalamiento de cinco aspectos:

- Titularidad del derecho a la protección.
- Causa injusta del despido.
- Procedimiento de despido.
- Acciones de defensa del trabajador injustamente despedido.
- Efectos del despido injustificado.

La protección contra el despido arbitrario alcanza dos niveles: existencia de un despido en donde el empleador no hubiere expresado causa que justifique la determinación adoptada; o carencia de medios probatorios ante la autoridad judicial, que acrediten la real y efectiva comisión de falta grave.

El despido

Se trata de una decisión unilateral manifestada por el empleador, dando por terminada una relación laboral.

En la actualidad, la noción *despido* puede ser calificada de tres maneras:

a) Despido justificado

Es aquel que se sustenta y origina en alguna de las causales señaladas en la ley.

Esta decisión unilateral del empleador finalmente se sustenta, al amparo de lo que dispone el decreto legislativo 728, en lo siguiente:

- La falta de capacidad del trabajador.
- La inconducta laboral del trabajador.

El despido justificado pone término a la relación de trabajo, sin derecho a ningún tipo de pago indemnizatorio por la adopción de la medida.

b) Despido arbitrario

Es aquel que se genera sin que el empleador hubiere expresado causa justificatoria para dar por terminada la relación laboral, o –habiendo expresado aquélla– si no ha podido demostrarla ante la autoridad judicial.

El despido arbitrario se manifiesta en la inexistencia de causa justificada.

El artículo 27 de la Constitución protege al trabajador contra el despido arbitrario. En esta hipótesis, el afectado tiene derecho al pago de una indemnización.

Dicha indemnización es equivalente a una remuneración mensual por cada año completo de servicios, más los dozavos y treintavos que corresponden por fracciones de año, hasta un máximo de doce remuneraciones.

c) Despido nulo

Es aquel que se acredita por la conducta lesiva del empleador de poner término a una relación laboral, con transgresión de principios rectores de la Constitución (la igualdad, los derechos laborales básicos, etc.).

En ese sentido, se considera nula aquella decisión de poner término a una relación laboral si se basa en que el afectado se hubiere afiliado a una organización sindical o hubiere participado en actividades generadas por ella; en haber presentado el trabajador una queja administrativa o acción judicial contra el empleador; en razones de sexo, raza, religión; o en el embarazo (despido para evitar el descanso pre y posparto).

El despido calificado como nulo por la autoridad judicial, no surte efecto legal alguno por tratarse de un acto prohibido por la ley.

En esa hipótesis, el trabajador tiene derecho a alcanzar la reposición en su puesto de trabajo. Debe advertirse que la acción de nulidad de despido excluye la indemnización. No obstante, el trabajador puede optar por la indemnización una vez declarada judicialmente la nulidad.

4.9.3.2 La jornada de trabajo

Denomínase como tal a la duración máxima de labores que permite un ordenamiento jurídico.

Como bien afirma Pedro Flores Polo[37], implica

> "el tiempo o duración de la prestación de la actividad de un trabajador como contraprestación de la remuneración que recibe de su empleador".

Esta expresión normativa tiene su antecedente en los males del capitalismo decimonónico, que, a la par que el desarrollo y avance tecnológico, trajo consigo nuevas formas de explotación y degradación humana vía la faena laboral en condiciones casi semejantes a la esclavitud y la servidumbre.

El notable escritor inglés Charles Dickens ya había denunciado a mediados del siglo XIX, a través de sus novelas *David Copperfield*, *Oliver Twist* y *Cuentos de Navidad*, las extenuantes jornadas de trabajo de hasta quince horas.

Contra esa situación, el movimiento obrero *in genere* inició una cruzada para obtener una jornada máxima de trabajo de ocho horas diarias.

Así, el 4 de mayo de 1886, miles de obreros norteamericanos, muchos de ellos anarquistas, se reunieron en la plaza de Haymarket (Chicago) para protestar contra la brutalidad policiaca expuesta en la lucha por la conquista de las ocho horas diarias como jornada máxima de trabajo.

Durante la protesta obrera explotó una bomba que ocasionó la muerte de un agente policial. A pesar de no descubrirse al responsable de dicho estallido, cuatro huelguistas anarquistas fueron condenados injustamente a la pena de muerte, y tres más sufrieron cadena perpetua.

El sacrificio de Augusto Teodoro Spies, Miguel Schwab, Luis Lingg, Jorge Engel, Samuel Fielden, Óscar W. Neebe, Adolfo Fischer y Alberto Parsons, será la semilla para que a partir de 1887 empiece a germinar la consagración normativa de tan importante conquista laboral.

Como bien adelantó Adolfo Fischer:

> "¡La sangre de los mártires hará maravillas en la aceleración de su causa justa! Grande es la verdad y la verdad prevalecerá."

---

37 FLORES POLO, Pedro. *Diccionario jurídico*. Lima: Ed. Cultural Cuzco.

Más textual aún, Augusto Teodoro Spies, en el umbral del cadalso recitó:

> "¡Salud, tiempos en que nuestro silencio será más poderoso que nuestras voces que hoy se sofocan con la muerte!"

En el Perú, como bien señala Jorge Basadre[38]:

> "La lucha por la jornada de ocho horas fue inscrita como lema de una reforma inmediata por la Federación de Obreros Panaderos Estrella del Perú, en su declaración de principios del 1 de mayo de 1905."

En mérito al activismo gremial y la sensibilidad social del presidente Guillermo Billinghurst, se expidió el primer decreto que estableció la jornada de ocho horas para los trabajadores portuarios del Callao.

Posteriormente, el gremialismo anarquista encabezado por Nicolás Gutarra, Fausto Narvarte, Adalberto Fonken, etc., promovió un paro general que duró del 13 al 15 de enero de 1919, en pro de la extensión de dicho derecho para todos los trabajadores. En ese contexto, singular importancia tuvo la intervención de la delegación de la Federación de Estudiantes de San Marcos, conducida en la práctica por Víctor Raúl Haya de la Torre, que intermedió ante el Gobierno.

El contenido del decreto firmado por el presidente José Pardo, en que se otorgaba la jornada máxima diaria de ocho horas de labores, fue comunicado por Haya de la Torre a los obreros, al grito de: "¡Hemos triunfado, compañeros!"

Esta atribución aparecerá, en el derecho constitucional comparado, en la Constitución mexicana de 1917. En el Perú dicho mérito le corresponderá a la carta de 1979.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución actual, la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar el segundo de los límites arriba señalados.

La *jornada ordinaria* –que alude a ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales– es aquella que se realiza en el tiempo de ma-

---

38 BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Lima: Ed. Perú América.

nera común, regular o usual, en forma continua y sin intermitencias de ningún tipo.

La *jornada acumulativa o atípica* –que alude a una prestación de servicios en período especial– es aquella que se realiza en el tiempo de manera intermitente o discontinua, en razón de la naturaleza del trabajo, de factores climatológicos, etc.

En este tipo de jornada se encuentran comprendidos los trabajadores de transporte interurbano, los médicos de guardia, los vigilantes o guardianes nocturnos, etc.

Ahora bien, en atención al criterio expuesto por el Convenio 1 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), no se encuentran sujetos a la jornada máxima diaria ni semanal los trabajadores de una empresa en la que únicamente prestan servicios los miembros de una familia, ni los que ocupan un puesto de inspección, dirección o confianza, así como tampoco aquellos que desempeñan labor sin fiscalización inmediata.

4.9.3.3 El descanso laboral

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución, los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. En ese sentido, su disfrute y compensación se regulan por ley o por convenio.

El descanso laboral se entiende como aquel lapso en donde el trabajador se encuentra amparado por la ley para hacer una pausa o interrupción en su ciclo de labores. Dicho descanso se clasifica en semanal y anual.

a) El descanso semanal

El trabajador tiene dentro de cada semana el derecho a veinticuatro horas consecutivas como mínimo de descanso, el mismo que preferentemente se otorga en día domingo.

Ahora bien, cuando los requerimientos de la producción o prestación del servicio lo requieren con carácter de indispensable, el empleador se encuentra facultado para establecer un régimen de descanso alternativo o acumulativo.

Es oportuno señalar que la OIT establece que el descanso semanal no es obligatorio en los casos de trabajo efectuado por miembros de una misma familia y sin la colaboración de personas extrañas a ella, así como tampoco en el caso de personas que intervienen en labores exclusivamente de dirección, inspección, o que no están sujetas a fiscalización superior inmediata.

La remuneración por el día de descanso semanal obligatorio, para los trabajadores que reciben contraprestación pecuniaria semanal, es equivalente al de una jornada ordinaria y se abona en forma proporcional al número de días efectivamente trabajados durante el referido lapso.

Por excepción, nuestra legislación considera como días efectivamente trabajados los siguientes:

- Las inasistencias motivadas por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, o por enfermedades debidamente comprobadas, hasta que el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) asuma la cobertura de tales contingencias.
- Los relativos a suspensión de la relación laboral con pago de remuneración por parte del empleador.
- Los relativos a huelga declarada procedente y legal por la autoridad de trabajo.
- Los relativos al devengamiento de remuneraciones en los procedimientos de impugnación del despido, de la retribución correspondiente por la labor efectuada, con un plus del 100%.

b) El descanso anual

El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios a un mismo empleador.

El año de labor exigido se computa desde la fecha en que el trabajador ingresó al servicio del empleador o desde aquella que determine el empleador en caso de que éste *compensare pecuniariamente* la fracción de servicios correspondiente.

La remuneración vacacional es equivalente a la que el trabajador hubiera percibido habitualmente en caso de haber continuado laborando, la misma que debe ser abonada antes del inicio del goce del descanso.

El trabajador puede convenir por escrito, con su empleador, acumular hasta dos descansos consecutivos, siempre que después de un año de servicios continuo, disfrute por lo menos de un descanso semanal de siete días naturales.

Ahora bien, en caso de no disfrutarse del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquel en que se adquirió el derecho, el trabajador percibirá lo siguiente:

- Una remuneración por el trabajo realizado.

- Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado.
- Una indemnización equivalente a una remuneración, por no haber disfrutado de dicho descanso.

4.9.3.4 Las remuneraciones

La remuneración es aquel pago que se recibe como contraprestación por la realización de un servicio de carácter laboral y con cargo a que, en reconocimiento de la dignidad humana, procure condiciones de existencia moralmente aceptables para el trabajador y su familia.

Esta concepción de las remuneraciones se nutre del bagaje ideológico contenido en la Constitución mexicana de 1917, la Constitución italiana de 1947, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), etc. En nuestro constitucionalismo fue recogida por primera vez en la carta de 1979.

En atención a que la creación de la riqueza, la renta y el interés del capital son frutos eminentes del trabajo humano, es deber del cuerpo político y de la comunidad el posibilitar que el trabajador reciba una retribución moral y material que satisfaga sus necesidades vitales para él y su familia y que sea compensatoria del rendimiento obtenido y del esfuerzo realizado.

Como bien se señala en la doctrina social de la Iglesia –fundamentalmente a través de León XIII y Píc XI–, la retribución equitativa y suficiente es aquella que permite que el trabajador viva como "hombre", de modo tal que pueda satisfacer las necesidades vitales propias y las de su familia.

Al respecto, similar concepción se aprecia en el artículo 24 de nuestra Constitución.

Ahora bien, el pago por concepto de remuneración puede consistir en la entrega de dinero o especies, cualquiera sea la forma o denominación que se le asigne (sueldo, jornal, etc.), siempre que se otorgue con el criterio de *libre disposición* del trabajador.

En principio, dicho pago se efectúa en forma directa al trabajador, salvo que éste hubiere designado para tal efecto a un apoderado.

Los poderes que se otorgan para tal fin, están circunscritos únicamente al cónyuge, hijo, hermano mayor o padre del trabajador.

En la parte *in fine* del artículo 24 de la Constitución se señala que las *remuneraciones mínimas* se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y empleadores.

Esta noción alude al pago indispensable que podría recibir un trabajador por concepto de remuneración, la misma que asegura, en teoría, el nivel de vida del laborante y su familia.

Dicha remuneración, en principio asignable a los trabajadores no calificados, se reajusta periódicamente a través de la expedición de un decreto supremo.

En la actualidad existe el Comité Nacional de Remuneración Mínima Vital, el cual se encuentra encargado de estudiar y proponer al Estado los montos de remuneraciones mínimas de acuerdo a la realidad de cada región y en atención a las distintas actividades económicas.

Ahora bien, la Constitución señala que el pago de remuneraciones y beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador.

En puridad, ello implica una suerte de prelación o privilegio del crédito laboral.

Cabe advertir que la noción de *beneficios sociales* se entiende como el conjunto de derechos que corresponden a los trabajadores, sea por mandato de la ley o por convenio o acto de liberalidad del empleador. En este último caso, su percepción fija y permanente en el tiempo establece la obligatoriedad de su satisfacción. Estos derechos comprenden aspectos tales como la compensación por tiempo de servicios, las vacaciones, el seguro de vida-ley, etc.

4.9.4 Los derechos colectivos

4.9.4.1 La libertad sindical

Se la define como el conjunto de atribuciones referidas a la *sindicalización* de los trabajadores.

En ese contexto, implica un haz de facultades al ejercicio autonómico, referido a aspectos tales como:

- El derecho a fundar organizaciones sindicales.
- El derecho de libre afiliación a las organizaciones sindicales existentes.
- El derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes les asignan, en defensa de los intereses de sus afiliados.

Como bien afirma Alfredo Villavicencio Ríos, el reconocimiento actual de la libertad sindical como derecho fundamental, es producto de

una larga y sacrificada historia de lucha de los trabajadores contra el capitalismo decimonónico.

Debe recordarse que ya con la "ley Le Chepelier" (1791) –aprobada en pleno auge de la Revolución francesa– se prohibía a los trabajadores la asociación para la defensa de sus intereses. La raíz de dicho dispositivo puede encontrarse en un esquema político, social y económico gobernado por conceptos pertenecientes a una visión individualista de la vida, y en una marcada defensa de los intereses del capital.

La "ley Le Chepelier" promovió una legislación penal sancionadora de la creación y participación en torno a organizaciones sindicales.

La participación obrera en la instauración de la segunda República Francesa en 1848, así como la proclamación de la Comuna de París en 1871, abrirán paso al paulatino reconocimiento de la libertad sindical.

A nivel constitucional, ella aparece con el denominado constitucionalismo social, gestado a partir de finales de la primera guerra mundial.

En el Perú las organizaciones sindicales aparecerán a finales del siglo XIX con los gremios de artesanos, los cuales en 1886 conseguirán centralizarse en la denominada Confederación de Artesanos Unión Universal.

Empero, las primeras organizaciones sindicales propiamente dichas provendrán de las canteras del anarquismo (la Federación de Obreros Panaderos Estrella del Perú, en 1904; la Federación Obrera Regional Peruana, en 1913; la Federación Obrera Social de Lima, en 1918).

A nivel constitucional, en la carta de 1933 la libertad sindical quedará implícitamente comprendida dentro del derecho general de asociación; por ende, mediante decreto supremo de 23 de marzo de 1936 se creará el Registro Sindical.

A la Constitución de 1979 le corresponderá el mérito de plantear de manera expresa el derecho a la libertad sindical.

El alcance de la libertad sindical

Esta facultad se manifiesta en dos planos: el individual y el colectivo.

a) La libertad sindical individual plantea dos aspectos:

- *Aspecto positivo*
  Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de ese contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical.
- *Aspecto negativo*
  Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafiliarse de una organización sindical.

b) La libertad sindical colectiva plantea tres aspectos:

- *Ante el Estado*
  Comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica, la pluralidad sindical.
- *Ante los empleadores*
  Comprende el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales.
- *Ante las otras organizaciones sindicales*
  Comprende la pluralidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales, etc.

La libertad sindical individual se encuentra amparada por el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución. Empero, una lectura integral de dicho texto demuestra que se encuentran excluidos de su goce:

- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (art. 42).
- Los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial (art. 153).
- Los miembros de la Administración pública, con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza o dirección (art. 42).

Debe advertirse que en el último de los casos citados –los altos funcionarios públicos con poder de decisión, etc.– dicha limitación no guarda relación con el compromiso contraído con la OIT mediante el Convenio 87.

Constitución y sindicatos

El sindicato es una organización o asociación integrada por personas que, ejerciendo el mismo oficio o profesión, se unen para alcanzar dos objetivos:

a) Estudio, desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses de sus miembros.
b) Mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.

Esta forma de organización nace con el desarrollo del sistema capitalista. Como bien afirman Bernales y Rubio[39], se encuentra "inserta

39 BERNALES BALLESTEROS, Enrique, y RUBIO CORREA, Marcial. *Perú: Constitución y sociedad política.* Lima: Desco.

en la lucha del trabajador por lograr mejores condiciones de trabajo y de vida".

Los orígenes del sindicato se remontan a la Inglaterra de la segunda década del siglo pasado. Ello se explica porque la revolución industrial surgió también en los predios anglosajones.

El sindicato surgió como expresión de la necesidad de unión en la lucha que tenían los obreros frente a los abusos del patrón.

Es evidente que los ofertantes de la fuerza de trabajo, dentro de un contexto de jornadas de dieciséis horas sin descanso semanal ni vacaciones, con condiciones de trabajo lacerantes a la dignidad humana y con jornales miserables, se vieron obligados a la lucha colectiva en pro de eliminar o atenuar dichas injusticias.

La lucha sindical, sin perder su propósito reivindicativo-laboral, se adscribirá a determinadas corrientes políticas. Ello se producirá al develarse, en la práctica, que las condiciones económico-laborales tenían relación vertical y directa con el propio sistema político, económico y social.

La posterior presencia del Estado en la solución de los conflictos entre trabajadores y empleados, atenuará en buena medida la relación entre sindicalismo y política.

En nuestro país, la obnubilación y el sectarismo por la propuesta política harán que el papel de los sindicatos se desvirtúe en lo relativo a sus objetivos concretos.

El *derecho a la sindicalización* aparece por primera vez a nivel constitucional en la Constitución de Weimar (Alemania, 1919). En nuestro país, dicho mérito es asignable a la carta de 1979.

Actualmente se encuentra recogido en el artículo 27 de nuestra Constitución.

De acuerdo con lo previsto en la ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, los sindicatos se clasifican de la siguiente manera:

a) Sindicatos de empresa

Son aquellas organizaciones formadas por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades, que prestan servicios para un mismo empleador.

b) Sindicatos de actividad

Son aquellas organizaciones formadas por trabajadores de diversas profesiones, especialidades u oficios, de dos o más empresas de la misma rama de actividad comercial o industrial.

c) Sindicatos de gremio

Son organizaciones de trabajadores de diversas empresas, que

desempeñan una misma profesión, especialidad u oficio.

d) *Sindicatos con pluralidad ocupacional*

Son organizaciones formadas por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades, que laboran en empresas diversas o de distinta actividad, cuando en determinado lugar, provincia o región el número de dependientes no alcanza el mínimo legal necesario para constituir un sindicato de otro tipo.

Al respecto, para su constitución y posterior subsistencia, las organizaciones sindicales deberán obtener la afiliación mínima de 20 trabajadores, en el caso de los sindicatos de empresa, y de 100 trabajadores, en los de otra naturaleza.

Entre los principales fines y funciones que nuestra legislación establece para los sindicatos, aparecen los siguientes:

- Representar al conjunto de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva.
- Celebrar convenciones colectivas de trabajo, y dentro de ese contexto exigir su cumplimiento.
- Representar o defender a sus miembros a su solicitud, en las controversias o reclamaciones de carácter individual.
- Promover la creación de organismos de auxilio y promoción social de sus miembros (cooperativas, cajas-fondos, etc.).
- Promover el mejoramiento cultural, la educación general, técnica y gremial de sus miembros.

Requisitos de sindicalización

Para ser miembro de un sindicato, la legislación nacional exige lo siguiente:

- Ser trabajador de la empresa, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato, y dentro de ese contexto haber superado el período de prueba.
- No formar parte del personal de dirección ni desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto de la empresa expresamente lo admita.
- No encontrarse afiliado a otro sindicato.

4.9.4.2 La huelga

Este derecho consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los

trabajadores. La ley exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo.

En puridad, la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho.

El ejercicio del derecho de huelga presupone que se haya agotado previamente la negociación directa con el empleador, respecto de la materia controvertible.

Este derecho se plasma a nivel constitucional en la Constitución de Querétaro (México, 1917) y en la de Weimar (Alemania, 1919). En nuestro país aparece con los decretos supremos de 1913 y 1920.

Fue previsto en el anteproyecto de la Comisión Villarán (1931). Le correspondió el mérito a los constituyentes de 1979, de incorporarlo por primera vez a nivel constitucional en el Perú.

Debe señalarse que la huelga puede comprender a una empresa, rama de actividad o hasta un gremio.

La declaratoria de huelga puede ser establecida a tiempo determinado o indefinido.

Requisitos

La ley exige como presupuestos para el ejercicio del derecho de huelga, los cuatro siguientes:

a) Que tenga como objeto la defensa de los derechos e intereses profesionales de los trabajadores comprometidos en dicha acción.
b) Que la decisión sea adoptada por más de la mitad de los trabajadores reunidos en asamblea, mediante votación universal, individual, directa y secreta.
   El acta de la asamblea deberá ser refrendada por notario público. A falta de este funcionario, dicha certificación deberá ser asumida por el juez de paz de la localidad.
c) Que la decisión sea comunicada al empleador y a la autoridad de trabajo por lo menos con cinco días de anticipación. La ley exige diez días en los casos de centros de trabajo que presten servicios públicos.
d) Que la negociación colectiva generadora de la acción de huelga no se encuentre sometida a arbitraje.

Las situaciones especiales

La ley exceptúa de la suspensión de actividades a aquellas que fueren indispensables para la empresa y cuya paralización genere peli-

gro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes. También incluye aquellas faenas que impidan la reanudación inmediata de las actividades de la empresa una vez levantada la huelga.

Asimismo, en los casos del ejercicio del derecho de huelga en empresas suministradoras de *servicios públicos esenciales*, los trabajadores deberán garantizar la permanencia del personal indispensable que asegure la continuidad de las actividades que exija el interés público.

Los servicios públicos esenciales son aquellas prestaciones tendientes a la satisfacción concreta de necesidades colectivas que tienen el carácter de vitales y primarias para la comunidad. Tal es el caso de los servicios sanitarios y de salubridad, electricidad, agua y desagüe, gas, combustible, transporte, etc.

La legalidad de la huelga

De conformidad con lo establecido en nuestra legislación, una huelga es considerada *ilegal* en razón de cualquiera de cuatro circunstancias:

a) Cuando la huelga se materializa a pesar de haber sido considerada improcedente por el Ministerio de Trabajo.
b) Cuando la huelga se materializa con actos de violencia sobre las personas o bienes vinculados con las partes en conflicto.
c) Cuando la huelga se materializa con omisión de las reglas relativas a los casos especiales arriba anotados.
d) Cuando la huelga se mantiene a pesar de haberse notificado el laudo o resolución definitiva que pone término legal al conflicto.

Terminación de la huelga

De conformidad con lo establecido en la ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la huelga termina en razón de cualquiera de tres circunstancias:

- Por acuerdo de las partes en conflicto.
- Por decisión unilateral de los trabajadores.
- Por mandato del Supremo Gobierno, mediante la expedición de una resolución suprema fundamentada.

  Esta disposición se dicta cuando una paralización de labores se prolonga excesivamente, comprometiéndose gravemente la estabilidad de una empresa o sector productor, y cuando deriva en actos de violencia o asume características graves por su magnitud o consecuencias.

En ese contexto, el Órgano Ejecutivo interviene disponiendo la inmediata reanudación de las labores, amén de promover el arreglo directo u otras formas de solución pacífica.

Las limitaciones

La Constitución señala textualmente que se encuentran impedidos de ejercer el derecho de huelga:

a) Los funcionarios de la Administración pública, con poder de decisión o con cargo de confianza o de dirección (art. 42).
b) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (art. 42).
c) Los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial (art. 153).

Finalmente, debe anotarse que el inciso 3 del artículo 28 señala, con grueso error conceptual, que la huelga debe ejercerse en armonía con el *interés social.*

En el campo del derecho público es evidente la diferencia conceptual entre el interés público y el interés social. Este último se utiliza como una medida tuitiva en favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida.

En puridad, la huelga debe ejercerse en armonía con el *interés público,* el mismo que hace referencia a las medidas dirigidas a proteger aquello que beneficia a la colectividad en su conjunto.

4.9.4.3 La convención colectiva

Se la define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales.

La convención colectiva permite la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efectos de reglamentar, gobernar y administrar por sí mismos sobre sus intereses en conflicto.

Esta convención es establecida por los representantes de los trabajadores expresamente elegidos y autorizados para la suscripción de acuerdos, y por el empleador o sus representantes.

La convención colectiva –y más precisamente, su producto: el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas– constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral, así co-

mo para conseguir un equilibrio entre las exigencias sociales de los trabajadores y la realidad económica de la empresa.

Su regulación constitucional a nivel nacional aparece de manera expresa en la carta de 1979.

Los elementos de la convención colectiva

Los elementos de este instituto son tres:

- Los agentes negociadores.
- El contenido negocial.
- La fuerza normativa y la eficacia de la convención colectiva.

Tipología de las convenciones colectivas

Desde un punto de vista doctrinario se presentan dos modelos:

a) El modelo vertical

La normatividad estatal limita en términos bastante específicos el poder negocial de los trabajadores y empleadores.

b) El modelo horizontal

La normatividad estatal deja en gran medida a discrecionalidad de las partes de la relación negocial los alcances de las convenciones colectivas.

Nuestro país se ha adscrito a esta modalidad.

El carácter y alcance de la convención colectiva

La Constitución de 1979 declaraba que la convención colectiva tenía *fuerza de ley entre las partes.*

Ello implicaba lo siguiente:

- El carácter normativo del convenio colectivo, que lo convertía en un precepto especial del derecho laboral.
- Su alcance de norma con rango de ley.

En cambio, el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución actual señala que las convenciones colectivas tienen *fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.*

Esta noción ha sido recogida de la Constitución española, y se la concibe como referente al carácter normativo del acuerdo laboral. Tal como refiere el tratadista nacional Javier Neves Mujica[40], esto implica

40 NEVES MUJICA, Javier. Op. cit.

"la aplicación automática de los convenios colectivos a las relaciones individuales comprendidas en la unidad negocial correspondiente, sin necesidad de su recepción por los contratos individuales, y su relativa imperatividad frente a la autonomía individual, que sólo puede disponer su mejora pero no su disminución".

Al igual que en los otros apartados de los denominados *derechos laborales*, en este caso se acredita un "rebajamiento" de los beneficios del trabajador, al haberse disminuido tácitamente el rango jerárquico de la convención colectiva. Así, de su ubicación como norma con rango de ley, ahora se encuentra en la condición de mera norma con interés de parte.

En suma, dentro del contexto arriba anotado, la *fuerza vinculante* implica que en la convención colectiva las partes pueden establecer el alcance, las limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden con arreglo a ley.

La vigencia de los acuerdos contenidos en una convención colectiva es de un plazo no menor de un año, pudiendo las partes celebrantes establecer lapsos mayores.

De conformidad con lo establecido en la ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la convención caduca automáticamente al vencimiento del plazo fijado, salvo en aquellos casos en que las partes celebrantes hubieren acordado expresamente su renovación o prórroga.

La intervención estatal

De conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución, la intervención del Estado en esta materia se dirige a dos aspectos muy concretos, a saber:

a) Fomentar la convención colectiva.
b) Promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales en caso de existencia de discrepancias entre los agentes negociadores de la convención colectiva.

En cuanto al primer aspecto, el fomento se viabiliza a través de la expedición de la ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

En cuanto al segundo aspecto, la promoción se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.

Esta promoción se justifica en razón de las siguientes consideraciones:

a) Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo; por consiguiente, con ello se pretende consolidar la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica.
b) Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral.

La *conciliación* se define como el acto de ajustar o componer los ánimos de las partes, que tienen posturas opuestas entre sí.

El origen de este instituto proviene del derecho internacional público, el mismo que ha sido recogido por el derecho laboral y el derecho procesal, entre otros.

La *conciliación laboral* se gesta cuando las partes negociadoras de una convención informan a la Autoridad de Trabajo la terminación de la negociación colectiva, en razón de existir una abierta discrepancia sobre la totalidad o parte de las materias objeto del conflicto. Dentro de ese contexto, solicitan el impulso de dicho procedimiento.

Más aún, la legislación nacional prevé que aun cuando las partes no promovieran el procedimiento de conciliación, la Autoridad de Trabajo tiene facultades para gestarlo de oficio.

El conciliador –que puede ser un particular o un funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción Social– desempeña un papel activo en la promoción del avenimiento de las partes.

En puridad, el conciliador interpone sus "buenos oficios" a efectos de que las partes se avengan a encontrar por sí mismas el acuerdo que ponga fin al conflicto.

La *mediación* se define como el acto de interposición de fórmulas de avenimiento a la solución del conflicto.

El origen de este instituto proviene del derecho internacional público, el mismo que ha sido recogido por el derecho laboral.

La *mediación laboral* se gesta cuando los agentes negociadores solicitan o autorizan específicamente al conciliador la presentación de una o varias propuestas de solución.

En puridad, el tercero interviniente en la solución del conflicto juega como *mediador* un rol más activo que como *conciliador*, en razón de que directamente sugiere las propuestas de solución.

El *arbitraje* se define como el acto de resolución extrajudicial de un conflicto laboral.

El origen de este instituto proviene del derecho internacional público, el mismo que ha sido recogido por el derecho laboral.

El *arbitraje laboral* se gesta cuando los actos de conciliación o mediación no han logrado la solución del conflicto. Dentro de ese contexto, los agentes negociadores deciden someter el diferendo a arbitraje.

El arbitraje puede estar a cargo de un árbitro impersonal, un tribunal *ad hoc*, la Autoridad de Trabajo, etc.

El laudo que se expide como consecuencia del arbitraje concordado por los agentes negociadores, tiene carácter de inimpugnable e imperativo.

No obstante lo expuesto, nuestra legislación permite *excepcionalmente* la impugnación judicial del laudo en dos casos:

- Por razón de vicio de nulidad.
- Por establecer menores derechos a los contemplados por la ley en favor de los trabajadores.

El efecto vinculante

Tal como lo dispone el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución, la fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado obliga:

- A las personas celebrantes de la convención colectiva.
- A las personas representadas en la suscripción de la convención colectiva.
- A las personas que se incorporen a la empresa con posterioridad a la celebración de la convención colectiva.

Los alcances de la convención colectiva no se extienden a aquellos trabajadores que ocupen puestos de dirección o desempeñen cargos de confianza.

4.9.4.4 La participación en las utilidades

La expresión *participación en las utilidades* alude al derecho de los trabajadores consistente en la retribución adicional y extraordinaria que se les concede en proporción a las ganancias obtenidas por el empleador en un ejercicio determinado. Ello indica un reconocimiento a la aportación del factor trabajo al proceso productivo, así como un aliciente para recompensar la eficacia productiva.

En ese sentido, el artículo 29 de la Constitución señala que el Estado reconoce a los trabajadores el derecho a participar en las utilidades de las empresas, amén de promover otras formas de participación.

Este régimen de participación se encuentra fijado en el decreto legislativo 677, de 2 de octubre de 1991.

Los trabajadores de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría y que se encuentran sujetas al régimen laboral de la actividad privada, participan de las utilidades a través de un porcentaje de la renta anual previa a la deducción de impuestos, conforme al siguiente esquema:

- Empresas mineras: 8%.
- Empresas pesqueras: 10%.
- Empresas industriales: 10%.
- Empresas de telecomunicaciones: 10%.
- Empresas de comercio al por mayor y al por menor y restaurantes: 8%.
- Empresas que realizan otras actividades: 5%.

La renta anual arriba indicada está referida a la que tiene carácter de neta después de haberse compensado las pérdidas de ejercicios anteriores.

De acuerdo con la legislación laboral vigente, las cooperativas, las empresas autogestionarias, las sociedades civiles, las empresas cuyo número de trabajadores no excede de 20, y las empresas establecidas en las zona francas industriales o turísticas, se encuentran excluidas de la participación en las utilidades.

Para tal efecto, el pago de utilidades se verifica siempre que las empresas tengan una utilidad neta mayor del 10% de su capital.

El antecedente de la participación en las utilidades puede encontrarse en la Constitución de 1979, la cual incluso extendía la participación de los trabajadores a la gestión y propiedad de las empresas.

Debe reconocerse que la *cogestión laboral* no cumplió los fines para los que fue prevista. La falta de comprensión de dicha institución y la politización acabaron por cancelar lo que en su momento pudo ser un mecanismo de relación laboral importante.

5 *LOS DERECHOS Y DEBERES POLÍTICOS*

Los derechos y deberes políticos son consecuencia del ejercicio de la ciudadanía.

La ciudadanía es un derecho derivado de la nacionalidad, en cuya virtud se ejercen y se cumplen los derechos y deberes políticos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Constitución, son ciudadanos, con potestad para ejercer y cumplir los derechos y deberes de la naturaleza arriba descrita, aquellas personas que reúnen dos consideraciones:

a) Tener la nacionalidad peruana.
b) Acreditar ser mayor de dieciocho años de edad.

Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere de la previa inscripción electoral.

La parte *in fine* del artículo 31 de la Constitución declara expresamente:

> "Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos."

Ahora bien, el propio texto constitucional señala que es posible la suspensión del ejercicio de la ciudadanía en razón de la existencia de alguna de tres condiciones:

a) Existencia de resolución judicial de interdicción.
b) Existencia de sentencia con pena privativa de la libertad.
c) Existencia de sentencia que conlleve la inhabilitación de los derechos políticos.

En un capítulo aparte insistiremos sobre el tema de la ciudadanía.

5.1 Los derechos políticos

Son aquellas facultades, atribuciones y responsabilidades que surgen de nuestra condición de ciudadanos.

Éstas aluden al conjunto de condiciones que posibilitan al ciudadano el participar en la vida política. A través de ellas se viabiliza la relación entre el ciudadano y el Estado y se fortalece el diálogo entre gobernantes y gobernados.

Se configuran como formas de *compartir* –bien sea de manera personal o colectiva– los procesos de formación de las decisiones políticas.

Como bien afirma el colombiano Juan Carlos González Hernández[41], la nota imprescindible para legitimar activamente al sujeto en el ejercicio de tales derechos es la condición de ciudadano. Tal cualidad implica automáticamente su reconocimiento como titular de estos derechos y garantiza su realización en el marco jurídico del Estado.

Estos derechos son atributos esenciales derivados del *status* de ciudadano (*status activae civitis*). Son facultades *intuitu personae*, o sea, no pueden ser objeto de transmisión o renuncia.

---

41 GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos. En: AA. VV. *Diccionario electoral.* San José (Costa Rica): Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CAPEL).

El ejercicio de los derechos políticos está ligado a la persona misma que los ostenta, y sólo pueden ejercerse por ésta y no por terceros subrogados.

Los derechos políticos pueden ser clasificados de la siguiente manera:

a) Derecho de sufragio

Alude a la capacidad de elegir y ser elegido como representante de la ciudadanía ante algún órgano estatal cuya titularidad nace de la voluntad ciudadana (Presidencia de la República, Parlamento, municipios, regiones, etc.). Este derecho se vincula con la noción de *representación.*

La representación, vía *el sufragio,* es una forma de racionalización de la actividad del poder estatal. A través de ella se convierte al *Gobierno* en el responsable de las decisiones que adopte en nombre de la *ciudadanía.*

En puridad, es un mecanismo de presencia ciudadana indirecta en los asuntos concernientes a la estructuración y dirección del sistema político, en virtud del cual una persona o grupo de personas se encuentran facultadas de asumir la conducción del Estado por encargo de la comunidad política a la que pertenecen.

b) Derecho de designación

Alude a la capacidad de poder ser designado como responsable de la conducción política de un organismo estatal (ramas del Órgano Ejecutivo, organismos autónomos, etc.).

La designación implica la facultad política de ser nominado para ocupar un cargo de naturaleza política. Tal es el caso de los ministros de Estado, el superintendente de Banca y Seguros, etc.

c) Derecho de participación

Alude a aquellas facultades que se manifiestan como un mecanismo de acción directa por medio del cual cada ciudadano, *per se,* contribuye a la toma de decisiones o a la fiscalización de las mismas.

En unos casos se ejerce individualmente, y en otros, de consuno con la voluntad de otros ciudadanos.

d) Derecho de organización

Alude al conjunto de facultades de actuación política a través de partidos políticos, movimientos políticos, organizaciones sindicales, etc.

Se trata de facultades que se ejercen de consuno y en asociación con otros ciudadanos.

5.2 *Los derechos políticos de participación en la Constitución de 1993*[42]

El artículo 31 de la Constitución menciona expresamente los distintos mecanismos de participación política.

En relación a este tema, es menester ofrecer previamente los siguientes elementos de juicio y comentarios.

En términos generales, puede afirmarse que el sentido de la *representación política* consiste en la posibilidad de controlar –por parte de quien no puede ejercer el poder en persona– el poder político.

Se trata, por consiguiente, de un mecanismo político que establece una relación de control entre gobernantes y gobernados.

El *representante* es un mandatario fiduciario, dotado de cierto margen de autonomía, que refleja el pensamiento de sus electores. El margen de autonomía aparece como fundamental para que el representante pueda cumplir a cabalidad su función. Por otra parte, debe asegurar un cierto grado de control de los ciudadanos sobre el poder político.

Este control se expresa en un elemento de garantía otorgado a través de comicios electorales, de forma tal que la representación política se confunde con una representación electiva y, más propiamente, parlamentaria.

Así, una larga tradición doctrinaria ha visto en el representante a aquel que, habiendo recibido la confianza de la ciudadanía, deviene en su comisionado ante el poder político y que, por ende, cuida de sus intereses.

En este esquema, y de acuerdo con la legislación del país, la cultura política y las características del proceso electoral, la representación asume dos expresiones:

- *En una primera hipótesis*, la relación básica se establece entre los partidos y el electorado. Así, es directamente el partido quien se presenta al electorado, y es sobre aquél que se ejerce el control ciudadano.
- *En una segunda hipótesis*, los parlamentarios o representantes son quienes constituyen el eslabón entre el electorado y los partidos.

Como se puede apreciar, en ambos casos se da la relación *electorado-partido político-representante*, aunque con distinto énfasis. Sin embargo, el núcleo fundamental de la representación se encuentra en la

---

42 Cfr. MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. *Democracia directa y derecho constitucional*. Lima: Concytec.

renovación periódica del mandato, a la cual están sujetos los actores políticos en competencia.

Ello implica la existencia de *responsabilidad*, esto es, ellos están llamados a rendir cuentas ante aquellos que tienen el poder de su elección. Por eso es que algunos teóricos políticos señalan que la representación política es un "sistema institucionalizado de responsabilidad política, realizado a través de la escogitación (sic) electoral libre, de ciertos órganos políticos fundamentales".

5.2.1 Las teorías de la representación

La *representación* está estrechamente relacionada con el concepto de *soberanía nacional*, ya que ésta sólo puede expresarse a través de portavoces calificados, esto es, de representantes. A los ciudadanos electores tomados individualmente no se les considera habilitados para hablar en su nombre. Por consiguiente, la teoría de la representación va ligada a la nación que detenta y ejerce la soberanía.

El representante no es objeto de un mandato imperativo. Así, aun cuando se le ha elegido para representar a la nación y expresar su soberanía, aquél tiene la libertad necesaria para interpretar la voluntad nacional de la cual es portavoz y adaptarla a los acontecimientos. Por su parte, el elector tiene por única misión escoger a los representantes.

Por lo demás, la ciudadanía, al participar en la votación, más que ejercer un derecho estaría ejerciendo una función.

La *teoría de la soberanía nacional* puede llevar a peligrosas derivaciones que nieguen a la democracia. Estos riesgos son evidentes, ya que si se postula que la elección de representantes es la expresión de una función, también puede llegar a sostenerse que esta elección debe estar reservada sólo a determinadas personas, las que en exclusividad tendrían la facultad de nombrar a los representantes de la nación.

Señálese además que la idea de representación, llevada a su exageración, podría extenderse hasta confiar esa facultad a un dictador, el cual, por lo demás, asumiría su cargo en su carácter de "verdadero y legítimo" representante de la nación.

La insuficiencia del concepto –no obstante su gran aporte a la consolidación de los regímenes democráticos– llevó a dar paso a la *teoría de la soberanía popular*, que consiste en admitir que el poder de mandar reside de forma directa en la universalidad de los ciudadanos.

Esta teoría presenta, como diferencia frente a la anteriormente señalada, dos nociones:

a) La posibilidad de elegir se convierte en un derecho. Si cada ciudadano posee una parte de la soberanía, no se le puede negar a la persona que cumple con los requisitos generales de edad y capacidad mental, el derecho de votar.
b) La soberanía popular lleva necesariamente a un sistema de gobierno democrático.

Ya vimos que la teoría de la soberanía nacional podía justificar una dictadura.

La *soberanía popular*, al enlazar el ejercicio del poder político con la voluntad de la totalidad de los ciudadanos, exige que éstos decidan a quién otorgan el mandato para actuar como autoridades. De allí que nadie pueda arrogarse la representación sin la existencia de una voluntad popular libremente expresada.

Resulta interesante observar que Constituciones modernas como la francesa de 1958 y la española de 1978 han llegado a una síntesis según la cual la soberanía se califica de nacional, mas –se aclara– reside en el pueblo. Por otra parte, la extensión del derecho de sufragio ha hecho desaparecer los temores acerca de la instrumentalización del concepto de soberanía nacional para justificar las dictaduras.

5.3 La democracia participativa

La teoría de la soberanía popular nos lleva al tema de la *participación popular*. En un sentido general, se incluyen en el concepto las prácticas, orientaciones y procesos típicos de las democracias occidentales.

En la actualidad se reconocen tres formas de participación:

a) La designada con el término de *presencia* es la forma menos intensa y más marginal de participación política. Se trata de comportamientos esencialmente receptivos o pasivos, como la concurrencia a reuniones de carácter político, la audiencia o lectura de mensajes políticos, etc.; es decir, situaciones en las cuales la persona no hace ninguna aportación personal.
b) La designada con el término de *activación* plantea que la persona desarrolle, dentro o fuera de una organización política, una serie de actividades en calidad de delegado permanente, encargado o promotor político. Esta figura se da cuando se hace proselitismo, se trabaja en una campaña electoral, se participa en una protesta, etc.

c) La designada con el término *participación*, entendido en sentido estricto, puede reservarse a las situaciones en las cuales la persona contribuye de manera directa o indirecta en una decisión política. Esta contribución se puede dar en forma directa sólo en contextos políticos muy pequeños; en la mayoría de los casos la contribución es indirecta y se manifiesta en la elección de los dirigentes.

El ideal democrático prevé una ciudadanía atenta al desarrollo de la cosa pública, informada sobre los acontecimientos políticos, capaz de elegir entre las distintas alternativas propuestas por las fuerzas políticas, y comprometida de manera directa o indirecta en alguna forma de participación.

No obstante lo expuesto, la observación de los medios políticos demuestra que la realidad es diferente.

Así, el interés por la política está circunscrito a un grupo muy limitado de personas; y a pesar del relieve dado a los acontecimientos nacionales por los medios de comunicación de masas, el grado de información política es muy limitado. En lo que se refiere a la participación propiamente dicha, la manera más común es la de carácter electoral. Ahora bien, una cierta importancia han adquirido formas nuevas de participación que conllevan un cierto grado de violencia, como son las protestas, la ocupación de edificios, etc. Según algunos, estaríamos en presencia de una revitalización de la participación política, que se articularía en formas nuevas.

En verdad, se trata de fenómenos aislados, de gran resonancia en la opinión pública, pero en los que intervienen pocas personas y que normalmente no llevan a la creación de instrumentos organizativos, esto es, a la institucionalización de la participación política.

Las estructuras de participación más importantes están vinculadas, en los sistemas democráticos, a los mecanismos de competencia entre fuerzas políticas y generalmente están institucionalizadas en los procedimientos que afectan la renovación de los cargos públicos.

La *democracia participativa* se percibe como un conjunto de prácticas, instituciones y políticas que permiten a las personas –de manera específica y concreta– "compartir" residualmente el ejercicio del poder.

Esta participación se genera de manera directa y sin ningún tipo de intermediación.

5.4 *Mecanismos de participación política directa*

La mayoría de las Constituciones del siglo XIX regulaban la participación exclusivamente a través de la elección periódica de las autoridades gobernantes.

En el presente siglo se han establecido formas directas de democracia que permiten que el ciudadano pueda ejercer influencia en el proceso político a través de diversos procedimientos de participación. Ésta puede ejercerse, genéricamente, para dar iniciativa a un proyecto ante el cuerpo legislativo, para confirmar o rechazar una propuesta del Gobierno, o para ratificar o no ratificar la confianza en un representante.

El objeto principal de las formas directas de democracia es permitir una mayor participación del electorado en el proceso político en general. A través de ellas se logra que el ciudadano exprese su voluntad con mayor frecuencia y, por lo tanto, tenga mayores oportunidades de ejercer un control político sobre los representantes.

Las democracias modernas requieren de canales de participación amplios y abiertos. A través de ellos, los ciudadanos actúan con mayor continuidad y compromiso en la formación de decisiones políticas. Empero, a modo de crítica, hay quienes afirman que por el uso de estos mecanismos el sistema democrático termina en crisis, debido a la sobrecarga que sufre por el exceso de demandas. Sin embargo, se pueden destacar dos efectos fundamentales que se logran a través de una más amplia participación, a saber:

a) Se profundiza el valor de la democracia, en cuanto la participación viabiliza procedimientos de discusión organizados, dirigidos a converger en la aceptación de las mismas normas de conducta.
b) Se genera un valor instrumental, en cuanto se logra que el ciudadano se sienta parte del sistema y se convierta en su decidido defensor al incorporarse decisiones y normas que devienen de su participación y expresa decisión.

Al respecto, en nuestro caso, la Constitución de 1979 y la de 1993 permiten la institucionalización de estos instrumentos, necesarios para la sociedad actual, que podrían hacer desaparecer paulatinamente el llamado "síndrome de la democracia recortada", en donde el ciudadano, después de elegir a sus representantes, queda como mudo y absorto testigo del manejo de la cosa pública.

Dichos instrumentos son cuatro: la iniciativa popular, el referéndum, la revocación o remoción de autoridades y la demanda de cuentas.

5.4.1 La iniciativa popular

Se trata de una prerrogativa reconocida a la ciudadanía para presentar, *per se*, propuestas legislativas a un estamento parlamentario, a efectos de que éste después de considerarlas las apruebe, desapruebe o enmiende. Por extensión, se le reconoce similar potestad para sugerir acciones de carácter administrativo. Su origen se entronca con la democracia suiza y con algunas prácticas establecidas en algunos estados de la Unión Americana.

Esta prerrogativa conduce a que un número de ciudadanos –determinado por la ley– puedan presentar por sí mismos una propuesta legislativa, la misma que será sometida, previo el cumplimiento de algunos requisitos, a la discusión del Parlamento.

Esta institución permite que el pueblo, mediante peticiones regladas por la ley, pueda solicitar o proponer acciones de normatividad gubernamental.

La iniciativa popular –además de abrir nuevos canales de participación directa y convertir a los electores en cuasi gobernantes– representa una magnífica alternativa legal ante la inacción de los Congresos. Ello es así porque permite al pueblo impulsar determinadas decisiones que sus representantes no han considerado o no quieren considerar.

Como bien afirma el tratadista argentino Germán Bidart Campos, ella impulsa el proceso legislativo o la acción ejecutiva en su fase introductoria, para lo cual se vale de alguna de dos alternativas:

- Una moción simple y no formulada, o
- Un proyecto articulado.

Si bien con la iniciativa el cuerpo electoral no legisla ni ejecuta actos de administración, hace posible que ello se verifique en la práctica, máxime cuando el órgano de poder queda obligado a pronunciarse (aunque no está obligado a acceder a lo solicitado).

En la actualidad, uno de los países que más ha utilizado esta institución es Estados Unidos, en donde 21 miembros estaduales de la Unión la emplean habitualmente.

En el Perú se la incorporó de manera práctica mediante lo dispuesto en el inciso 14 del artículo 27 de la ley de Bases de la Regionalización, en donde se establecía que la Asamblea Regional transmitía al Consejo Regional las demandas e iniciativas de la población.

A la luz de nuestra legislación, la iniciativa popular se circunscribe a la presentación de uno o más proyectos de ley.

La presentación de la iniciativa popular debe ir acompañada de un padrón de firmas comprobadas de no menos de 0,3% de la población electoral nacional.

Dicha iniciativa recibe preferencia en el trámite en el Congreso, y debe ser dictaminada y votada en un plazo de noventa días calendario.

La iniciativa presentada al Congreso es publicada en el diario oficial *El Peruano*, a efectos de que sea conocida por el resto de la ciudadanía.

Este *derecho de iniciativa* comprende todas las materias, salvo la limitación sobre temas tributarios y presupuestales, que también opera sobre los congresistas.

La redacción de la iniciativa se hace bajo el formato de proyecto articulado.

Los ciudadanos que presentan la iniciativa están facultados para nombrar dos representantes para la sustentación y defensa del proyecto.

El artículo 15 de la ley 26300 plantea que, en los casos en que existan varios proyectos que versen sobre el mismo tema y hubieren sido presentados por esta misma vía, cada uno de ellos deberá ser votado por separado.

Debe consignarse que, cuando la iniciativa popular es rechazada por el Congreso, no obstante puede ser sometida a referéndum.

Igualmente, procede similar acción cuando el proyecto aprobado hubiere sido objeto de modificaciones sustanciales que tergiversen su finalidad primigenia.

Ahora bien, el derecho de iniciativa *para la reforma constitucional* –sea de carácter total o parcial– requiere igualmente de la suscripción de un número de ciudadanos equivalente al 0,3% de la población electoral nacional.

El artículo 19 de la ley 26300 impide la presentación de iniciativas que recorten los derechos constitucionales consagrados en el artículo 2 del texto fundamental.

5.4.2 El referéndum

Es la expresión típica de consulta popular, mediante la cual el cuerpo electoral –los ciudadanos–, a través del sufragio ratifica o desaprueba, con carácter definitivo, expresiones normativas generadas por los órganos representativos. Se levanta como una de las más importantes variables de la democracia directa.

Emana de los albores del siglo XVI, y contiene una rememoración de los comienzos del ejercicio de gobierno de dos cantones aliados a la Confederación Helvética.

Al respecto, es de verse que los municipios de Grambuden y Valais constituían unidades político-sociales poco unidas e integradas. Ante tales circunstancias, sus delegados se encontraban en la necesidad política de dar cuenta de toda cuestión importante a sus electores, y les reclamaban el señalamiento de "instrucciones" sobre el sentido que debían dar a sus opiniones y decisiones dentro del seno de las Asambleas federales de Región.

A esta consigna u orden de carácter político se le denominaba "estar comisionado" (*ad audiendum et referendum*). El devenir histórico jurídico ha conservado de dicha institución tan sólo el nombre.

El concepto actual se liga ajustadamente con los de "moderna democracia" y "soberanía popular", ya que encuentra su razón de ser sólo cuando éstos se encuentran arraigados en una sociedad determinada.

En esta versión moderna aparece elaborado y promocionado con el resto del ideario republicano francés.

Así, en acción consecuente y vinculada al proyecto constitucional de 1793, la Comuna, inspirándose en la tesis de Juan Jacobo Rousseau y Antoine Caritat, marqués de Condorcet, aprobó una resolución por la que establecía que todo texto fundamental debía ser aceptado por el pueblo. Al respecto, Xifra las Heras señala que por este principio, salvo las cartas de 1791, 1848 y 1875, las restantes fueron ratificadas por el cuerpo de ciudadanos.

Lustros más tarde, en 1802, la Constitución suiza, propuesta por una asamblea de notables, fue sometida al voto de todos los ciudadanos mayores de veinte años para que se pronunciaran sobre su aceptación o rechazo.

Esta institución se inserta en la tradición norteamericana desde 1778, a efectos de lograr la aprobación de las cartas de los estados de Massachusetts y New Hampshire. A partir de mediados del siglo pasado, se generaliza en todo el país. No obstante lo expuesto, debe señalarse que si bien para las reformas de sus textos básicos los estados federados han optado por el sistema de referéndum, no ha ocurrido lo mismo con las 22 enmiendas incorporadas a la Constitución nacional.

El *referéndum* es el acto por el cual el cuerpo electoral opina, aprueba o rechaza una decisión de los representantes políticos del pueblo.

El pueblo, mediante este instrumento político-jurídico participa en la formulación o reforma de una norma constitucional o legislativa. Tal

acto ciudadano entraña una manifestación de autogobierno. Es, pues, una herramienta de educación cívica de la ciudadanía.

La doctrina exige el cumplimiento de cinco circunstancias para su empleo:

a) Debe ser solicitado por una fracción importante de electores.
b) El Estado debe ofrecer al cuerpo electoral una completa información acerca de la cuestión controvertida.
c) En lo posible, debe encontrarse desligado del influjo de los partidos políticos.
d) Su convocatoria debe circunscribirse a cuestiones muy precisas.
e) Su celebración no debe coincidir con los procesos electorales.

Por sus efectos, el referéndum puede ser *constitutivo*, *modificativo* o *abrogativo*, según se trate de dar existencia, alterar o extinguir los alcances de una norma legal.

Atendiendo a su naturaleza jurídica, puede ser *obligatorio*, cuando el texto fundamental del Estado lo reserva para ciertos campos o categorías normativas; o bien *facultativo*, cuando el Congreso tiene la potestad de someter a la ratificación del pueblo las leyes que inicialmente aprueba.

De conformidad con su origen, se le estima como *popular*, cuando es instaurado por el pueblo; *gubernamental*, cuando proviene de la voluntad de algún poder del Estado; y *regional*, cuando emana de asambleas representativas de circunscripciones regionales.

Desde otro aspecto podemos distinguirlo como *consultivo*, cuando tiene como objeto advertir la opinión del pueblo sobre la conveniencia o inconveniencia de tomar una determinada resolución legislativa; o como *decisorio*, si se le emplea para ratificar o rectificar una decisión ya adoptada (ergo, la norma pende de este acto para su total y definitiva validez).

Con el referéndum se quiere enervar el fortalecimiento de legislaturas susceptibles de ser dominadas por fuerzas políticas no conciliadas con el bien común o con los intereses generales, o dependientes de facciones económicas.

Los atributos objetivamente reconocidos en pro del referéndum son tres:

a) Expresa una garantía y una revisión del sistema electivo de representación popular.

b) Afirma, en circunstancias de suma importancia, el ejercicio del derecho de ejecución en favor del poder popular.
c) Permite la posibilidad de una directa decisión del pueblo; es decir, expresa la voluntad ciudadana sin intérpretes ni personeros.

No es, doctrinariamente, fácil efectuar una distinción general y científica entre referéndum y plebiscito. Más aún, en Suiza son utilizados como expresiones sinónimas.

El referéndum es un instrumento por el cual el pueblo expresa su voluntad respecto de una ley determinada, o sea, de una norma previamente tamizada por el Órgano Legislativo.

El tratadista italiano Paolo Biscaretti di Ruffia[43] sostiene que el *plebiscito* es un acto excepcional vinculado a problemas relativos a la estructura esencial del Estado o a su funcionamiento. No afecta a los actos de naturaleza normativa, que caen dentro del dominio del referéndum. En tal virtud, su campo de aplicación son los actos políticos, las medidas de gobierno. Frecuentemente se le ha utilizado para definir cuestiones territoriales en disputa.

El referéndum es una modalidad de consulta sobre una materia debatida y resuelta por el Congreso, en tanto que el plebiscito se atiene a la decisión directa del pueblo alrededor de opciones de conducta gubernamental y frente a problemas no ligados a actos legislativos.

El referéndum aparece en la legislación peruana a través del artículo 260 de la Constitución de 1979, relacionándose con la creación legislativa de las regiones comprendidas en el Plan Nacional de Regionalización. Allí se precisó:

> "Las modificaciones en la demarcación regional requieren el pronunciamieto previo y directo de las poblaciones afectadas, conforme a ley."

Asimismo, el artículo 4 de la ley de Regionalización indicó:

> "Las modificaciones en la demarcación de las regiones requieren el pronunciamiento previo y directo de las poblaciones afectadas, mediante referéndum convocado por el

43 BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional.* Madrid: Ed. Tecnos.

> Poder Ejecutivo. El proceso es conducido por el Jurado Nacional de Elecciones."

Actualmente, a la luz de la Constitución de 1993, el referéndum es el derecho de la ciudadanía para pronunciarse –conforme a la Constitución– sobre aquellas materias normativas que se le consulten. Esta facultad incluye la prerrogativa ciudadana de solicitar la realización de dicha consulta.

El referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10% del electorado nacional.

Es procedente la *consulta-referéndum* en cuatro casos:

a) La reforma total o parcial de la Constitución.
b) La aprobación de las leyes, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.
c) La desaprobación de leyes, normas regionales, ordenanzas municipales, decretos legislativos y decretos de urgencia.
d) Las normas sobre la constitución de regiones, así como las relativas a la integración o cambio de circunscripciones regionales de provincias y distritos contiguos.

De manera inconstitucional, y contra la naturaleza misma del referéndum, la mayoría aprobó la ley 26597, en donde se exige que la realización de esta modalidad de participación requiere de una previa iniciativa legislativa que hubiere sido desaprobada por el Congreso, la misma que puede ser sometida a referéndum siempre que cuente con el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de miembros del Congreso (48 representantes).

Se establece así una intermediación que desnaturaliza gravemente un mecanismo de participación directa y exclusiva en favor del pueblo.

No pueden ser objeto de referéndum las siguientes materias:

a) La supresión o la disminución de los derechos fundamentales de las personas.
b) La supresión de normas de carácter presupuestal o tributario.
c) La supresión de los tratados internacionales.

El resultado del referéndum determinará la entrada en vigencia de las normas aprobadas o la derogación inmediata de las desestimadas por el electorado, siempre que se haya obtenido un pronunciamiento, en un sentido o en otro, por una mayoría calificada (la mitad más uno

de los votantes). No se toman en cuenta, para el cómputo, los votos nulos y blancos.

Debe advertirse que una norma aprobada mediante referéndum no puede ser objeto de modificación dentro de los dos primeros años de haber entrado en vigencia, salvo existencia de una nueva consulta ciudadana o mediante acuerdo del Congreso, en dos legislaturas, con el voto favorable de las dos terceras partes del número legal de sus miembros (80 congresistas).

La convocatoria a referéndum le corresponde a la autoridad electoral, en un plazo no menor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas legislativas.

Debe consignarse que aquellas iniciativas legislativas presentadas por la población, que hubieren sido *rechazadas o modificadas sustancialmente* por el Congreso, también pueden ser objeto de referéndum. Para tal efecto se adicionará a las firmas inicialmente presentadas aquellas que fueren necesarias para completar el porcentaje exigido por la ley de la materia (10% del electorado nacional).

La convocatoria a procesos electorales para el ejercicio de este particular y específico derecho político, puede ser postergada por la autoridad electoral en tres casos:

a) Proximidad de elecciones políticas generales.
b) Proximidad de elecciones políticas regionales.
c) Proximidad de elecciones políticas municipales.

En tales supuestos, los procesos se desarrollarán *simultáneamente* o dentro de los siguientes cuatro meses.

5.4.3 La revocación y la remoción de autoridades

Esta institución debe ser entendida como una acción electoral anulativa de un encargo.

La *revocación* –conocida también como *recall*– confiere al cuerpo electoral la facultad de dar término al ejercicio del poder antes de vencerse el período normal de duración que la Constitución o la ley asignan en favor del portador del órgano.

En realidad, se trata de un procedimiento sustitutorio cuyas fórmulas son múltiples, a saber:

- Una fracción de la ciudadanía puede provocar la consulta a toda la población.

– Una fracción de la ciudadanía puede requerir al portador de la representación su dimisión. La ciudadanía coparticipa con algún órgano de poder en el procedimiento destitutorio.

La revocación puede graficarse en la Constitución de Weimar (Alemania, 1919), donde el presidente de la República podía ser destituido mediante votación popular, previa instancia del *Reichstag*, cuya resolución requería de dos tercios y suspendía a aquél de su cargo. Ahora bien, si el cuerpo electoral rechazaba la destitución, el presidente se consideraba reelecto, y el *Reichstag*, disuelto.

En la Constitución española de 1931 se adoptó un mecanismo equivalente.

El antecedente es de origen norteamericano y fue usado por primera vez en 1904, en la ciudad de Los Ángeles, para remover del cargo a un concejal.

Puede, además, encontrársele entroncamiento histórico en las jornadas de la Comuna de París, en 1871.

Como bien se sabe, el pueblo francés –luego de la victoria prusiana y de la caída del segundo Imperio al mando de Napoleón III– promovió su autoorganización política. Entre las medidas que se adoptaron se incluyó aquella por la cual los representantes parlamentarios podían perder la representación en caso de incumplimiento de sus responsabilidades.

En la extinta Unión Soviética fue implantada mediante lo previsto en el artículo 107 de la Constitución de 1977.

Esta institución se basa en el principio de convivencia práctica, denominado "good business principles", esto es, la vigencia de la regla de respetar o cambiar a un funcionario según la buena fe en la gestión pública.

En los Estados Unidos se ejercita cuando un número de ciudadanos que varía entre el 20% y 25% del total de electores solicita el adelantamiento de un proceso electoral aduciendo razones morales o políticas.

Una ley específica, sobre la materia, determina las razones arriba aludidas. Actualmente opera en 13 estados.

La posibilidad de revocación no funciona hasta que el funcionario haya cumplido, como mínimo, un período de seis meses de labores.

En el Perú apareció de manera genérica en la ley de Bases de la Regionalización. Así, en el inciso 5 del artículo 14 del referido texto se señalaba que las instituciones representativas de las actividades culturales, económicas y sociales podían revocar el mandato del represen-

tante acreditado ante la Asamblea Regional.

Igualmente, el artículo 22 permitía a la Asamblea Regional revocar el mandato de su presidente, para lo cual se requería el voto favorable de las dos terceras partes del número legal de sus miembros.

Hoy, a la luz de la Constitución de 1993, la revocación es el derecho político que tienen los ciudadanos para obtener la destitución de las siguientes autoridades:

- Alcaldes y regidores.
- Autoridades regionales que provengan de elección popular.
- Magistrados que provengan de elección popular.

La mayoría parlamentaria, adicta al presidente Alberto Fujimori, no admitió la posibilidad de que la revocación pudiera extenderse a los propios miembros del Congreso de la República. Ello a pesar de haberse planteado como una propuesta electoral.

La solicitud de revocación debe hacer referencia a una o a varias autoridades, de manera particular o concreta. Dicha petición debe ser fundamentada por escrito, sin que ello implique la obligación de la probanza de las imputaciones formuladas. Este pedido debe ser acompañado con un padrón de firmas que cubran el 25% del electorado de la circunscripción en donde ejerce funciones la autoridad cuestionada (la ley dispone un máximo de 400.000 firmas de adherentes).

La autoridad electoral debe convocar a consulta electoral dentro de los noventa días calendario siguientes de recibida la solicitud arriba referida.

La revocación surte efecto cuando se obtiene la votación favorable de la mitad más uno de los electores. En caso contrario, la autoridad se mantiene en el cargo, no existiendo posibilidad de una nueva petición hasta después de dos años de realizada la primera consulta.

La revocación obliga a que la autoridad electoral –el Jurado Nacional de Elecciones (JNE)– acredite como reemplazante a quien se encontrare acreditado como accesitario del revocado, a efectos de que complete el mandato de éste. Dicha regla no alcanza a los magistrados, para quienes se dictará una norma especial sobre la materia.

El artículo 25 de la ley 26300 señala, adicionalmente, las siguientes reglas:

- Cuando se confirma la revocación de más de un tercio de los miembros de un concejo, se convocará a nuevas elecciones ediles.
- En ese contexto, de manera interna asumen los cargos municipales los accesitarios señalados en la ley electoral.

La *remoción* es una variante de la revocación, que se define como la deposición o apartamiento de una autoridad administrativa que ejerce una función por acto de designación.

Debe señalarse que, de manera aleatoria, tiene antecedentes en el derecho civil (remoción de albaceas, curadores y tutores).

Esta variante institucional de la revocación no tiene antecedentes constitucionales en nuestro país.

De conformidad con lo dispuesto en la Constitución de 1993, la remoción es el derecho político que tiene la ciudadanía para deponer a las autoridades designadas por el Gobierno –central o regional– en la jurisdicción regional, departamental, provincial y distrital.

La remoción no incluye a los jefes político-militares en las zonas declaradas en estado de emergencia.

La remoción se produce cuando la autoridad electoral comprueba que más del 50% de los ciudadanos de la correspondiente jurisdicción electoral o judicial, formula la petición.

El funcionario removido no puede volver a desempeñar el mismo cargo en los siguientes cinco años de su deposición.

5.4.4 Demanda de rendición de cuentas

Se trata de una institución participatoria que permite a la ciudadanía la obtención de información sobre la administración de los recursos públicos.

Su origen primario se vincula con el conocimiento de los resultados de una gestión en el campo comercial o civil. El auge de la democracia participatoria permite su utilización en el ámbito del derecho constitucional. Así, de su naturaleza primariamente judicial o extrajudicial, deviene en un mecanismo de carácter administrativo-político.

Hoy, a la luz de la Constitución actual, consiste en el derecho de *interrogar* a un cierto tipo de autoridades sobre la ejecución presupuestal y uso de los denominados recursos propios de las entidades públicas que conducen.

Este control alcanza a los fondos destinados a satisfacer los requerimientos logísticos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; empero, esta acción fiscalizadora se verificará a través de la dación de una ley especial.

Las autoridades que se encuentran sujetas a una *demanda de rendición de cuentas* son las siguientes:

- Alcaldes y regidores.
- Autoridades regionales que provengan de elección popular.
- Magistrados que provengan de elección popular.
- Autoridades designadas por el Gobierno central.
- Autoridades designadas por los Gobiernos regionales.

Estas autoridades se encuentran obligadas a dar respuesta a las demandas de rendición de cuentas que les remita la autoridad electoral por encargo ciudadano.

No están comprendidas las autoridades con rango de jefes político-militares en las zonas declaradas en estado de emergencia.

La demanda debe ser efectuada por no menos del 20% del electorado de la circunscripción a la que pertenece el interrogado (con un máximo de 50.000 firmas de adherentes).

La respuesta al pliego interrogatorio debe efectuarse dentro de los sesenta días calendario de recibido.

Con lamentable incuria, la ley 26300 –dictada por el Congreso adicto al presidente Fujimori– no prevé las implicancias de la negativa de respuesta a la demanda de rendición de cuentas.

En todo caso, consideramos que esta "rebeldía administrativa" podría ser combatida de la siguiente manera:

a) Interpelación y eventual censura al ministro que ejerce autoridad sobre el interrogado.
b) Presentación de una acción de cumplimiento, en razón de existir renuencia para acatar un acto administrativo electoral.
c) Presentación de una denuncia penal por el delito de violencia y resistencia a la autoridad (art. 368 del Código Penal).

5.5 Las organizaciones políticas

Son colectividades humanas que se organizan con el objetivo de desarrollar y cumplir determinados propósitos de naturaleza política.

El artículo 35 de la Constitución señala que ellas concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular.

Esta voluntad es manifestada a través del sufragio y de mecanismos de decisión política del pueblo en su conjunto.

De conformidad con lo expuesto por el constitucionalista César Landa Arroyo[44], los elementos de una organización política son tres:

a) *Elemento humano*
   Se instituye a partir de la reunión de una pluralidad de ciudadanos que, dejando de lado sus especificaciones de individualidad, asumen la calidad de miembros de una organización política, con la denominación de *afiliados.*
   Entre los afiliados existe un *espíritu de grupo* con vocación de permanencia, en función del cual se acredita un signo político identificatorio.
b) *Elemento orgánico*
   Se fija una estructura organizativa dirigida al cumplimiento de un fin, ideal u objetivo político.
c) *Elemento normativo*
   Se establece un conjunto de normas institucionales coherentes con las normas de orden público, a efectos de regular su funcionamiento.

La inscripción registral de las organizaciones políticas les concede personalidad jurídica; a partir de allí ostentan aptitud para ser sujetos de derecho. Ello implica la potestad de actuar jurídica y políticamente.

En el futuro, una ley especial fijará las normas que permitan asegurar los siguientes aspectos:

a) Funcionamiento democrático de las organizaciones políticas.
b) Determinación y utilización de las fuentes de financiamiento de las organizaciones políticas.
c) Acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado, en forma proporcional al último resultado electoral general (elecciones presidenciales).

Las organizaciones políticas se pueden manifestar de tres maneras: partidos políticos, alianzas políticas y movimientos políticos.

5.5.1 Partidos políticos

Se trata de organizaciones estables, permanentes y jerárquicas, integradas por ciudadanos con ideas políticas comunes, que coordinan esfuerzos para ejercer la conducción del Estado o participar en él, a

---

44 LANDA ARROYO, César. En: AA. VV. *Diccionario electoral.* San José (Costa Rica): Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CAPEL).

efectos de establecer, difundir o reformar un determinado modelo de sociedad.

La agrupación de ciudadanos en torno a una organización estable radica en la necesidad de alcanzar el ejercicio del poder político para realizar un programa de gobierno estructurado en función de una ideología.

En puridad, se convierten en un *canal de comunicación* entre la estructura social y el poder político.

El tratadista alemán Karl Loewenstein[45] señala que la historia obliga a inducir que existe una relación causal entre el surgimiento de los partidos políticos y la integración de la masa electoral en el proceso del poder por medio de la institución del sufragio.

Los partidos políticos son consecuencia del *elan* liberal y el Estado democrático. Al principio surgieron del seno de la representanción parlamentaria, con la intención de presentar una misma postura ideológica y la defensa colectiva de determinados intereses de carácter político, económico y social. Posteriormente se formaron parcialidades extraparlamentarias, con el objeto de alcanzar representación ante dicho poder estatal.

Entre las principales funciones que ejecutan los partidos tenemos las tres siguientes:

a) Encauzar la voluntad política de la ciudadanía, sea como expresión de gobierno, opción u oposición.
b) Promover la educación política de sus afiliados y simpatizantes a través de la difusión de su ideología, doctrina, programa e historial partidario.
c) Formar líderes y reclutar técnicos para las labores de acción gubernamental.

En lo relativo a las razones que originaron la existencia de los partidos políticos dentro de un contexto expecífico, cabe consignar las siguientes:

a) *Razones de participación*
   Aparecen cuando nuevos grupos sociales formulan demandas que no son atendidas de manera suficiente o adecuada por las hasta ese entonces existentes organizaciones políticas.
b) *Razones de autonomía o integración*
   Aparecen cuando minorías étnicas, religiosas, etc., asentadas

45 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ed. Ariel.

en un territorio específico, se ven en la necesidad de organizarse políticamente a efectos de intervenir en la defensa de sus específicos intereses.
Estas razones pueden orientarse en cualquiera de los siguientes comportamientos:

- Búsqueda de la integración con el resto de la población.
- Búsqueda de la asociación o separación del resto de la población (como el caso de los republicanos irlandeses, el Partido Separatista de Quebec, etc.).

c) *Razones revolucionarias*

Aparecen cuando emerge una posición radicalmente contestataria y transformadora de la realidad político-social existente. Estas razones pueden promover el surgimiento de un partido político por alguna de las siguientes vías:

- Creación de un partido político para la conquista del poder y la transformación del Estado y la sociedad. Es el caso del Partido Aprista Peruano (Perú, 1930).
- Creación de un partido político para institucionalizar el proceso revolucionario. En este caso, la conquista del poder se ha producido a través de una vanguardia política triunfante. Es el caso del Partido Republicano del Pueblo, creado por Kemal Ataturk (Turquía, 1923), y el Partido Revolucionario Institucional –PRI– (México, 1929).

Los partidos políticos, en el sentido arriba descrito, se asientan en la vida política de los Estados a partir del siglo XVIII. Así,

> "la confrontación entre el Parlamento y la corona inglesa dio lugar a las formas partidarias embrionarias. En torno al Parlamento y en defensa de la capacidad de éste para defender los intereses de la burguesía emergente, se formó el grupo de los 'whigs', que pugnaban por la tolerancia en materia religiosa y por un incremento en la participación política"[46].

46 RIAL, Juan. En: AA. VV. *Diccionario electoral.* San José (Costa Rica): Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CAPEL).

En favor de los privilegios reales se organizaron los *tories*, integrantes, en general, de la aristocracia tradicional y beneficiarios de la autoridad indisputada del rey.

La Revolución Gloriosa (1688) –promotora de la asunción al trono del príncipe de Orange con el nombre de Guillermo II, luego de derrocar a Jacobo II– trasladó el centro de poder de la corona al Parlamento, convirtiéndolo así en el campo de batalla entre los *tories* y los *whigs*, que empezaron a actuar como formaciones partidarias.

Asimismo, en los fragores de los debates ante la Gran Asamblea Nacional de los Estados Generales (Revolución francesa, 1789-1793), surgen las formaciones de los liberales monárquicos y los republicanos demócratas. Las expresiones *girondinos* y *jacobinos* se reconocen como parcialidades políticas.

En el Perú, surgen con la aparición del Partido Civil, bajo el influjo de Manuel Pardo (1872). Posteriormente aparecerán el Partido Nacional, de Nicolás de Piérola Villena (1882); el Partido Constitucional, de Andrés Avelino Cáceres (1882); el Partido Demócrata, también de Nicolás de Piérola Villena (1884); la Unión Nacional, de Manuel Gonzáles Prada (1891), etc.

Desde un punto de vista histórico, el partido más importante del país es el fundado por Víctor Raúl Haya de la Torre. El Partido Aprista Peruano (1930) es, a la fecha, el que mayores adhesiones y rechazos ha despertado –signo evidente de su trascendencia–. En menor medida, es digno de mencionar el Partido Acción Popular, fundado por Fernando Belaunde Terry (1956).

Los partidos políticos pueden ser clasificados de tres maneras:

a) Partidos de masas y de cuadros

Los partidos de *masas* son aquellos que ostentan una amplia base de afiliación. Poseen una compleja estructura interna y ofrecen una influencia real y directa en donde operan.

Los partidos de *cuadros* son aquellos que ostentan una reducida base social de afiliación. Usualmente se conforman en torno a un conjunto de personalidades notables, rodeado de técnicos y profesionales. Obtienen influencia a través del apoyo que les brindan los grupos de presión.

b) Partidos de clase y pluriclaristas

Los partidos de *clase* son aquellos que representan intereses y expectativas monosociales.

Surgen bajo la égida del pensamiento de Carlos Marx y Vladimir Ilich Ulianov (Lenin).

Los partidos *pluriclaristas* son aquellos que representan intereses y expectativas socialmente más plurales y expansivas. Surgen como respuestas del socialismo democrático y la socialdemocracia a la influencia inquietante del marxismo-leninismo.

c) *Partidos de conformación directa, indirecta y mixta*

Los partidos de conformación *directa* son aquellos en donde la afiliación se produce a título personal. Existe un vínculo inmediato y sin intermediación entre el adherente y el partido.
Los partidos de conformación *indirecta* son aquellos en donde la afiliación se realiza a través de entes de intermediación. Su conformación radica en la unión de diversos grupos (gremiales, territoriales, culturales, etc.) identificados por aspiraciones comunes. Es el caso de un afiliado a la Confederación de Trabajadores de México, la que a su vez está adherida al PRI.
Los partidos de conformación *mixta* son aquellos en donde existe un proceso de afiliación combinada, es decir, afiliaciones a título personal y afiliaciones mediante la adscripción a un determinado grupo (gremio, etnia, etc.). Es el caso del Partido Laborista Inglés.

Siguiendo en parte con lo expuesto por Triefel, más nuestra propia opinión, consideramos que en la evolución de las relaciones entre el Estado y los partidos políticos pueden apreciarse cinco etapas:

a) *Etapa de rechazo*

Empieza a fines del siglo XVIII.
En los *primeros estadios* de la consolidación del liberalismo político (Francia y Estados Unidos) se consideró que los partidos subvertían el gobierno y fomentaban la división irreconciliable entre los ciudadanos.
Al respecto, James Madison (1751-1836), político de gran ascendencia en el proceso político norteamericano –incluso llegó a ser presidente de la República de 1809 a 1817–, escribió en el *Correo de Nueva York*:

> "Por cada fracción entiendo cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común o por un interés adverso a los derechos ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerados en conjunto."

b) Etapa de tolerancia

Discurre a lo largo del siglo XIX.

En esta etapa aparece la indulgencia estatal de permitir la constitución, organización y funcionamiento de los partidos políticos; ello aun cuando el Estado manifieste silencio sobre la materia.

c) Etapa de reconocimiento

Se desarrolla en la primera parte del siglo XX.

En ese sentido, la Constitución mexicana de 1917, la Constitución soviética de 1936, la Constitución cubana de 1940, la Constitución ecuatoriana de 1940, la Constitución francesa de 1946, la Constitución italiana de 1947 y la Constitución alemana de 1949, dejaron constancia de la admisión formal de los partidos políticos.

d) Etapa de confusión

Empieza después de la segunda guerra mundial.

El auge del ideario marxista-leninista ocasionó que a nivel constitucional se identificasen los fines del partido político con los fines estatales. Ello llevaría a la institucionalización de los denominados *partidos únicos.*

e) Etapa de reformulación

Se gesta a finales del presente siglo.

Este proceso de replanteamiento en los fines, organización, normatividad interna, tipo de liderazgo y articulación con la sociedad civil, se produce como consecuencia de la caída del Muro de Berlín (que cancela la bipolaridad ideológica), la formación de bloques estatales, el surgimiento de nuevos actores políticos y sociales, la aparición de nuevos paradigmas políticos, etc.

En este contexto, los movimientos políticos y las alianzas políticas han cobrado singular auge.

En el Perú, los partidos políticos se gestan a partir de finales del siglo XIX.

De manera lamentable, el reconocimiento constitucional surge torpemente en la Constitución de 1933.

Así, en el artículo 53 de dicha carta se señala:

> "El Estado no reconoce la existencia legal de los partidos políticos de organización internacional. Los que pertenecen a ellos no pueden desempeñar ninguna función política."

En puridad, dicho precepto –promovido por la mayoría sanchecerrista– intentó erradicar la presencia del Partido Aprista Peruano (Apra) y, en menor medida, del Partido Comunista Peruano (PCP). Ello al extremo de que en 1932, entre otras razones, se llegó a instaurar un proceso penal contra Víctor Raúl Haya de la Torre.

Exponemos que de manera "lamentable" se produce el reconocimiento constitucional de los partidos políticos, en razón de que el trasfondo consistió en proscribir a algunos de los partidos ya creados.

En la Constitución de 1979 aparecen normas sobre la materia, sustentadas con coherencia y organicidad.

5.5.2 Alianzas políticas

Se trata de parcialidades organizadas que pactan transitoriamente, con fines electorales; ergo, buscan mancomunadamente asumir la posición política electoral de los partidos coaligados.

El uruguayo Juan Rial[47] sostiene:

> "Normalmente se conforman en vista a un programa común para cambiar una situación precedente o para lograr un resultado más favorable en una elección."

Desde un punto de vista doctrinario, se presentan varios tipos de *alianzas electorales*, a saber:

a) Alianzas electorales que rigen en todo el territorio o en algunas circunscripciones electorales.
b) Alianzas electorales *in totum*, en donde los coaligados presentan un mismo candidato; o *parciales*, cuando sólo una parte de los candidatos es común.

5.5.3 Movimientos políticos

Se trata de parcialidades organizadas cuyo grado de estructuración, formulación y fijación de metas u objetivos es menor que el relativo a un partido político.

En puridad, tienen una condición intermedia entre un grupo de presión y un partido político. Expresan generalmente a un sector social emergente o carente de representación política.

---

47 RIAL, Juan. Op. cit.

La doctrina establece como características fundamentales de un *movimiento político* las cuatro siguientes:

a) Son organizaciones con escaso o muy flexible grado de estructuración.

   En ese sentido, carecen de normas rígidas de organización o las rechazan.

b) Son organizaciones con escasa o inexistente formalización legal.

   En gran medida, aparecen como instituciones extrasistema en la vida política.

c) Son organizaciones con fijación de metas u objetivos muy amplios.

   En ese sentido, se orientan en base a objetivos globales y de gran vaguedad ideológica, y carecen usualmente de un proyecto político detallado o específico.

d) Son organizaciones que históricamente aparecen como vanguardias políticas y que posteriormente adquieren consistencia organizativa y precisión ideológica. Es el caso del aprismo, el peronismo, el mirismo, etc.

Capítulo IV

Sufragio y sistema electoral

1 *ASPECTOS GENERALES*

El *sufragio* representa una técnica y un procedimiento institucionalizado que permite a la ciudadanía comunicar y expresar de consuno una decisión, opinión u opción. En puridad, se trata de una acción a través de la cual se alcanzan propósitos comunes. Se funda y legitima en el Estado contemporáneo por la necesidad de dar a la sociedad un medio de expresión social, genéricamente de carácter político.

Como bien afirma Raúl Chanamé Orbe[1]: "el sufragio es uno de los grandes mitos del liberalismo. Así, el pensamiento ilustrado, desde Rousseau hasta Hume, consideró al acto de elegir u optar como la más genuina expresión de la voluntad del hombre", amén de que, a la vez, esta voluntad basada en el derecho ínsito se asemeja con uno de los postulados del cristianismo: "La igualdad de todos los hombres sobre la tierra." Esta noción de igualdad, a la manera del racionalismo burgués, transforma al *hombre* en *ciudadano* mediante un derecho que lo identifica con el poder: el sufragio.

Como bien expresa el español Enrique Arnaldo Alcubilla[2], una de las características básicas del Estado contemporáneo –de raigambre democrático-liberal– es la libre competencia por el poder, es decir, la elección de opciones en disputa, de manera libre, periódica y sin exclusiones. Para ello se requiere de un procedimiento que viabilice dicha peculiaridad. Éste no puede ser otro que el sufragio.

El sufragio implica la manifestación de una voluntad individual que, en concurrencia con otras de igual carácter, se dirige a la formación de una determinación colectiva:

---

1 CHANAMÉ ORBE, Raúl. "El sufragio en el Perú". En: *Socialismo y Participación* 52.

2 ALCUBILLA, Enrique Arnaldo. En: AA. VV. *Diccionario electoral*. San José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos (CAPEL).

Con ella se designa a los titulares de determinados cargos concernientes al ejercicio del poder público o privado, así como se decide acerca de asuntos que interesan a grupos sociales o integrados. También, a través de ella, se fija una opinión.

Es de verse que la determinación colectiva es sólo "imputada", ya que existen consistentes críticas doctrinales en el sentido de que el sufragio no forma una genuina declaración popular ni tampoco da a conocer una voluntad gregaria, sino que es únicamente el resultado de una multiplicidad de opiniones que se inventarían numéricamente. Por ende, no constituye ninguna decisión popular ni común.

Mediante el sufragio se consagra la prerrogativa de la participación en los siguientes aspectos: elegir autoridades, adoptar decisiones político-institucionales y transmitir opiniones de interés público.

Como puede colegirse, en *stricto sensu* no tiene que ostentar una connotación político-gubernamental, ya que puede ser utilizado dentro del conjunto de las instituciones de la sociedad civil.

El sufragio permite que la ciudadanía denote su asentimiento y confianza en la idea de la democracia.

Como expresión del *asentimiento*, declara una voluntad tendiente a aceptar o rechazar una propuesta o acuerdo; en tanto que como declaración de *confianza*, denota aliento, vigor, esperanza y ánimo colaborador con la organización y funcionamiento del Estado.

Ahora bien, cuando la voluntad ciudadana se manifiesta para elegir autoridades políticas, conduce a la forma más conocida y difundida del constitucionalismo moderno: el sufragio político. Desde esa específica perspectiva, supone un modelo de participación del pueblo y de representación política a través de los gobernantes.

Ello supone la presencia de dos criterios sustantivos: una forma de contribución del pueblo en el ejercicio del poder estatal, y el modo de legitimar a las autoridades con la calidad de representantes del pueblo.

Los ciudadanos, a través del sufragio coadyuvan en la conformación del Estado-aparato, por lo que, en consecuencia, determinan a los operadores de dicho aparato y dan integración funcional a la sociedad política.

Debe advertirse de manera tajante que a través del sufragio el pueblo no gobierna ni ejerce una supuesta soberanía o un poder político –el cual sería particular–, sino que colabora con el gobierno expresando su opinión.

Desde una visión de agudo componente sociológico, Víctor Andrés Belaunde señalaba:

"El sufragio es presentista, pues refleja la coincidencia de voluntad en un momento específico. La llamada voluntad popular engendra una soberanía que podría llamarse la soberanía del instante. Poco tiempo después de una elección, las corrientes de opinión empiezan a variar, lo que es más notorio después, cuando el respaldo popular amengua o crece de modo visible; siendo más frecuente lo primero."

2 *NATURALEZA DEL SUFRAGIO*

Debe ser entendida como el develamiento de sus esencias, propiedades y características.

Al respecto, se presentan tres teorías:

- El sufragio como expresión de un derecho.
- El sufragio como expresión de una función.
- El sufragio como expresión binaria.

2.1 El sufragio como expresión de un derecho

Se trataría de la potestad o prerrogativa perteneciente a un ciudadano, que le permitiría participar en la designación de las autoridades y formar parte de la decisión de algún asunto de interés político u opinión sobre aspectos sustantivos de carácter administrativo o político.

Esta tesis surge de manera concomitante con la doctrina de la soberanía popular desarrollada en los siglos XVII y XVIII. En atención a ello, la soberanía se encontraría dividida en partes iguales, entre todos los ciudadanos, que tendrían el derecho a contribuir con su voto en la expresión de la voluntad general. Así, cada individuo, al ser titular de una fracción de la soberanía del pueblo, tiene la atribución de colaborar en la organización del gobierno.

Dicha concepción puede, a su vez, subdividirse en dos planos, ya sea como parte de una prerrogativa natural o de una facultad nacida del derecho positivo.

En referencia a lo primero, se le advierte como el ejercicio de una atribución originaria concebida por la razón y fundada en la naturaleza del hombre. El sufragio deviene en una *prerrogativa innata* por el simple hecho de que el hombre tiene la potestad de intervenir en los asuntos públicos en cuanto miembro de un Estado.

En referencia a lo segundo, se le presenta como una facultad legal surgida y garantizada por una norma emanada del Estado. Se refiere a

un mero "poder legal", del cual el ciudadano-elector no puede disponer discrecionalmente. Los conceptos jurídicos que lo organizan se aplican inmediatamente a la ciudadanía, sin que ésta pueda premunirse de pretendidos "derechos adquiridos".

2.2 El sufragio como expresión de una función

Se trataría de la práctica de una actividad política, ya que su objeto se vincula con la organización del Estado y con el ejercicio del poder. Así, denota una operación que acciona en un hombre con derecho electoral activo.

El concepto *función* se entiende como aquel complejo de potestades y exigencias cuyo ejercicio resulta indispensable para el normal desenvolvimiento del quehacer estatal.

En este contexto, el sufragio es entendido como el conjunto de servicios y obligaciones sin los cuales no podría desenvolverse el Estado –ya que faltarían elementos aptos y merecedores de la confianza popular, que actuasen como operantes de los órganos del Estado–, y como un instrumento decisorio para viabilizar la democracia semidirecta (referéndum, plebiscito, revocación de mandato).

Establecido el sufragio como expresión de una función, surge el concepto del *deber electoral,* mediante el cual el elector expone su voto como parte de una responsabilidad dirigida a asegurar la conveniencia general.

En razón de todo lo expuesto, el ciudadano-elector no manifiesta su voto como un derecho fundamental –que puede exponer a capricho, con propósitos particulares o frívolos–, sino como un elemento de la sociedad, que ha de contribuir al óptimo servicio del Estado. Ésa es la única consideración que ha de guiarle al momento del sufragio; por tanto, el elector ha de atender a la conveniencia general.

El francés A. Esmein Nezard señala que se desprende del principio de soberanía nacional, que atribuye a toda la nación en su conjunto la facultad de determinar quiénes de sus miembros pueden practicar la función electoral.

El poder electoral se otorga al ciudadano que reúne determinados requisitos en calidad de órgano encargado de designar representantes, etc. El ciudadano-elector cumple una tarea pública; por tanto, no manifiesta una prerrogativa o atribución.

2.3 El sufragio como expresión binaria

Se trata del abigarramiento o unión de las tesis reseñadas, las cuales no presentan entre sí una incompatibilidad sustancial.

Si bien esencialmente es una función que cumple un ciudadano como componente de un órgano estatal, concomitantemente a ello debe reconocerse que es también un derecho, en cuanto proviene del amparo de la legislación dictada por el Estado con el objeto de promover su participación para *elegir, decidir* u *opinar* sobre un asunto de interés público.

Sin embargo, debe advertirse que una facultad legal es distinta de los derechos naturales, ya que carece del atributo de la incondicionalidad; esto es, no ostenta absolutez y se encuentra sujeta a una serie de restricciones y requisitos, tales como ciudadanía, edad, etc.

Se le entiende como un derecho en la medida en que el elector no se circunscribe a la mera posibilidad –vacía de eficacia– de aparecer en el poder electoral, sino que incluso dentro del marco de la ley puede también ser elegido como autoridad, amén de viabilizar su intervención en la cosa pública.

3 EL CUERPO ELECTORAL

El sufragio, factualmente, deviene en la parte atribuida a cada ciudadano dentro del marco de una organización política; por tanto, sobre él se erige la legalidad y legitimidad del Estado democrático. El sufragio como expresión binaria se ejerce a través del denominado *cuerpo electoral.*

Este concepto se refiere a aquel órgano colegiado integrado por todas las personas que ostentan la condición de ciudadanos-electores.

Con este concepto se engloba al conjunto de individuos que conforme a ley tienen la potestad de votar. Los citados reciben la denominación de *electorado activo.*

Los sufragantes o electores que en conjunto conforman el cuerpo electoral, son aquellas personas que reúnen las condiciones exigidas por la Constitución o las leyes para ejercitar su derecho de elección, preferencia u opción política.

En puridad, se trata de una fracción de la sociedad, que acredita tener la prerrogativa de votar. Ello se desprende de las exigencias democráticas que hacen coincidir el *corpus* jurídico de la nación con la totalidad de las personas que gozan de la capacidad jurídica efectiva, atribuyéndosela a todos los individuos políticamente activos.

El acto de sufragio tiene carácter colectivo y no particular; por ende, existe la obligatoriedad de sufragar, así como situaciones de carácter administrativo y penal contra el ejercicio anómalo de dicho derecho.

De otro lado, se denomina como electorado activo a la pléyade de individuos que, por cumplir con determinadas exigencias legislativas para ocupar determinados cargos públicos, tienen la capacidad de ser elegidos para los mismos.

Este electorado presenta dos limitaciones, a saber:

a) *La inelegibilidad.* Entendida como el valladar que impide a determinadas personas ocupar determinados cargos, lo que lógicamente les impide el mero hecho de la postulación a ellos.
b) *La incompatibilidad.* Entendida como una limitación consistente en que no se puede aceptar un coejercicic de dos o más cargos públicos –es decir, ejercerlos de manera simultánea.

4 *LAS MODALIDADES DE SUFRAGIO*[3]

El gran poeta, escritor y abogado cubano José Martí (1853-1893), anunció proféticamente que "cuando el sufragio es ley, la revolución está en el sufragio", convirtiendo, así, la cédula electoral en el estandarte para la participación popular razonada y plena.

En razón de la importancia de ese concepto, los estudiosos del derecho constitucional señalan que se pueden ordenar hasta doce maneras de ejercer el acto del voto.

4.1 Clasificación

4.1.1 El sufragio público

Es aquel en que los votantes deben manifestar su voluntad de manera notoria y patente, para el pleno conocimiento de los demás. Con ello se promueve que la intencionalidad del elector sea conocida por quienes se encuentran presentes en el momento de la votación.

Es usualmente empleado para la adopción de decisiones en el seno de Asambleas, Parlamentos o Dietas. Permite que todos los componentes de dichos cuerpos legislativos puedan percatarse del sentido en que se expresa una determinada e individual voluntad. Con ello se ase-

---

3 Cfr. ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. *Introducción a la ciencia política.*

gura la fidelidad a específicas propuestas electorales o el control de la disciplina partidaria.

4.1.2 El sufragio secreto

Es aquel consistente en asegurar que no sea conocida por terceros la voluntad del elector, la que surte efectos con toda reserva y sigilo.

Se le conoce como un *palladium* de su libre emisión, para descartar el temor frente al accionar de quienes tienen el poder, o la posibilidad de cohecho o de cualquier otra forma de influencia extraña y corrosiva.

4.1.3 El sufragio directo

Es aquel que permite que la expresión de voluntad ciudadana decida, sin intermediarios, quiénes serán los gobernantes. Esto implica que el sujeto sabe que su decisión influirá de manera inmediata en dicha designación.

4.1.4 El sufragio indirecto

Es el que consiste en que el sufragante no vota por quienes postulan a ocupar cargos públicos, sino por un elector intermediario conocido bajo la denominación de *compromisario*, quien a su vez expresa una opinión para la designación definitiva.

4.1.5 El sufragio obligatorio

Su característica está en que el ordenamiento legal lo impone como una responsabilidad compulsiva.

4.1.6 El sufragio facultativo

Existe cuando el elector se encuentra premunido de la prerrogativa de ejercitar el acto de sufragio o de abstenerse de él.

4.1.7 El sufragio uninominal

Se impone por la circunstancia de tener que votar por un solo candidato, es decir, de tener que expresar adhesión a un único postulante.

4.1.8 El sufragio plurinominal o por lista

Por medio de este sufragio el elector expresa su conformidad con una relación de candidatos. Esta modalidad puede expresarse bajo la forma de voto preferencial o voto bloqueado.

La primera efectiviza la potestad del elector, de escoger, dentro de una lista partidaria o agrupación independiente, a uno o varios de sus integrantes.

La segunda implica un condicionamiento por el que el elector no puede tachar, preferir o sustituir a ninguno de la lista postulante, a la cual él se conforma. En suma, su determinación es *in totum.*

4.1.9 El sufragio único

Se expresa cuando el voto es aritméticamente singular.

Se le expresa en la clásica fórmula de "un hombre, un voto", a lo que se le agrega aquella otra que señala: "un hombre, un voto, un solo y único valor electoral".

4.1.10 El sufragio reforzado

Opera en el hecho de que el elector se encuentra autorizado para emitir más de un voto en una misma circunscripción electoral. Se produce cuando, por razón de alguna función o condición (como sindicalista, cabeza de familia, etc.), el elector puede ejercer una doble o triple preferencia. Con ello se pretende asegurar las distinciones, mediante la adicionalidad, en favor de los electores supuestamente más responsables o experimentados.

4.2 El deslinde entre el sufragio universal y el sufragio restringido

El primero de los citados es aquel que es reconocido a todos los individuos que cumplan un *minimun* de exigencias establecidas en el derecho positivo.

Dicho *minimum* se justifica porque, siendo el sufragio básicamente una función, es necesaria la existencia de un reducido conjunto de requisitos que garanticen un buen desempeño por parte de quien lo ejercite. Su inserción en los distintos ordenamientos legales, se ampara en el reconocimiento del principio de igualdad política para todos los miembros de una misma comunidad.

El *sufragio universal* se proclamó originariamente en la Constitución francesa de 1793, pero en realidad sólo se aplicó en 1848, en Francia y Suiza. A partir de ese período se irá generalizando a lo largo de toda Europa occidental. Así, Grecia lo implantará en 1864; España en 1869; el Imperio alemán en 1870; Bélgica en 1893; Austria en 1907; Italia en 1912, y, curiosamente, la ejemplar democracia inglesa sólo a partir de 1918.

Su denominación tiende a connotar la concesión de intervenir en los comicios a un número cada vez mayor o creciente de personas, reduciéndose así, de manera significativa, las reglas limitativas; haciendo que éstas, en todo caso, se refieran a características intrínsecas del individuo y no a la mera posesión de bienes o conocimientos.

En homenaje a la verdad, una denominación más ajustada a la cronología de la humanidad sería la de *sufragio amplio o extensivo*. Ello porque, en *stricto sensu*, lo ejercen casi todos los individuos. Desde una perspectiva histórica, representa un avance cualitativo y cuantitativo del derecho de sufragio, heredado de la Edad Media. Es al influjo de la Revolución francesa que su consagración se formaliza.

El escritor J. Barthélémy nos advierte que el sufragio ampliado sólo puede ser definido de modo negativo:

> "Es aquel que restringe en detrimento de la población, a unos pocos dentro de la sociedad."

A nuestro criterio es certero el juicio de F. Carreras y J. Valles, cuando opinan que todo sufragio ha sido restringido y nunca ha sido universal. Es de advertirse que estas restricciones no se dirigen a tratar de obstaculizar la práctica del sufragio en un cuerpo electoral extenso y numéricamente significativo. Su intencionalidad manifiesta es conseguir que sea una emanación de pureza cívica, rectitud de ánimo, libertad sin cortapisas, responsabilidad, prudencia e interés concreto.

A diferencia del sufragio restringido, esta modalidad no intenta consolidar privilegio o impedir el acceso electoral a otras personas, sino, por el contrario, asegura un acto de sufragio extendido, racional, libre y virtuoso.

Analizado desde la perspectiva de su paulatina ampliación, se le asocia a limitaciones tales como la ciudadanía, edad, instrucción, domicilio, dignidad y ocupación.

La limitación de la *ciudadanía* se expresa en el criterio por el cual las decisiones políticas sólo corresponden a los nacionales.

La de la *edad* considera que el individuo tiene discernimiento pleno para participar en los asuntos electorales sólo a partir de determinado momento de su vida. Su aspiración se dirige y plasma en una participación madura y responsable. Esta restricción ha ido variando con el tiempo. Así, la Constitución francesa de 1793 la fijó en 21 años, mientras que otras legislaciones de corte más conservador exigían entre 23 y 25 años de edad.

La tendencia promedio en el mundo contemporáneo se sitúa en los 18 años, aun cuando en América latina, a través de la legislación cubana y brasileña, ha sido rebajada hasta los 16 años.

Las corrientes políticas defensoras del *statu quo*, históricamente han tratado de impedir la disminución del requisito de edad mínima, más que por razones de carácter científico (aptitud y madurez emocional para participar responsablemente), por la tendencia de los jóvenes a solidarizarse con las propuestas de cambios o de reformas estructurales.

La limitación de la *capacidad* es la restricción dirigida a garantizar una práctica electoral con plenitud mental. Se vincula con la aptitud psíquica que goza de la atribución de discernimiento político.

La del *domicilio* es vista como la exigencia de residir permanentemente en la circunscripción en donde se efectúa el proceso electoral. Con ello se intenta vincular directamente al sufragante con las autoridades que habrá de elegir.

La limitación de la *instrucción* se funda en la idea de que la persona analfabeta carece de criterio suficiente para discernir políticamente. Por ello, durante gran parte de la mitad del siglo pasado era exigible que el elector tuviese instrucción elemental.

La de la *dignidad*, como reserva legal se liga a la noción del merecimiento de participar en la decisión colectiva. Usualmente está referida a la comisión de infracciones de orden penal que enervan el derecho a la práctica del sufragio. Se promueve, con ello, un ánimo político compatible con el reconocimiento y promoción de la virtud ciudadana.

La limitación de la *ocupación* es el confinamiento legal de miembros de determinadas corporaciones, que no se encuentran en condiciones –por las propias funciones que desempeñan– de pronunciarse con libertad real en un proceso electoral. Se sostiene que el hecho de pertenecer a instituciones cerradas, disciplinadas y con fijación de valores particulares, puede perturbar la libre deliberación e independencia que necesariamente impone un proceso electoral. Tal sería el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

En lo atinente al *sufragio restringido,* puede definírsele como aquel que se concede a los que cumplen ciertos requisitos de fortuna, ilustración especial o sexo. A través de él se intenta arraigar el derecho de sufragar sólo para un grupo de personas que han acreditado reunir algunas condiciones específicas.

El alemán Johan Fichte llegó a afirmar en el siglo XVIII que el sufragio universal significaría:

> "el señorío de las incultas masas populares, víctimas de los demagogos, en lugar de la dirección del Estado por una clase culta e ilustrada."

Entre sus principales variables encontramos las siguientes:

El *sufragio censitario* se plantea como consecuencia de la acreditación de determinados avales económicos, como serían la obtención de un mínimo de ingresos o el tener una propiedad territorial. Este último requisito primó en Inglaterra hasta 1832.

Este término proviene de la denominación *censo electoral,* que se daba en algunos países a la cifra de contribuciones necesarias para adquirir el derecho a voto.

Se sustenta en el criterio de que solamente aquellos que contribuyen en determinada medida para el sostenimiento del Estado deben arrogarse el derecho a participar políticamente.

La capacidad económica supone, según sus escasos *a láteres,* que la persona acomodada tiene acceso a cierta instrucción, a cierta aptitud para regirse y desenvolverse en la vida con sentido de responsabilidad.

En suma, sería una supuesta garantía de orden y recta decisión.

Al respecto, Boissy D'angles sintetizó esta posición durante los debates de la acción termidoriana, diciendo:

> "Un país gobernado por los propietarios se halla en pleno orden social; un país donde gobiernan los no propietarios se halla en estado de naturaleza."

El *sufragio capacitario* es aquella expresión restrictiva que se funda en el requerimiento de cierta capacidad intelectual para poder votar. Dicho atributo se mide en un talento intelectual superior, propio de filósofos y escritores. En puridad, se le utiliza para "ampliar" el cuerpo electoral producto de requisitos de carácter crematístico (sufragio censitario).

El *sufragio masculino* es aquel que restringe la participación únicamente en favor de los varones. Se cimienta en prejuicios sobre una presunta incapacidad política de las mujeres.

Sin embargo, debe advertirse que a raíz de la actuación de los mal llamados "miembros del sexo débil" durante las conflagraciones bélicas; a raíz de la relajación de los vínculos domésticos; a raíz de la emancipación económica; del mero espíritu de las actuales generaciones, etc., se ha ido posibilitando la participación de las mujeres.

Al respecto, es significativo el aserto de J. Barthélémy:

> "Hace algunos años eran curiosidades constitucionales los países donde votan las mujeres; hoy parecen fósiles los países en donde ellas no votan."

Los angloamericanos fueron los primeros en romper este valladar injustificado. El estado de Wyoming (EE. UU.) lo hizo en 1890, ejemplo que se extendió, a raíz de una enmienda constitucional en 1920, a los demás estados de la Unión. Inglaterra permitió el sufragio femenino en 1926. A manera de curiosidad, debe anotarse que la democrática sociedad suiza recién reconoció este sufragio en 1971.

El *sufragio étnico* es aquella expresión restrictiva que se funda en la "superioridad" de un grupo de personas asentado en una comunidad política pluriétnica.

Esta supuesta superioridad se establece en función de "las diferencias naturales y culturales" de un grupo social respecto a los restantes. Fue el caso de Sudáfrica, algunos años atrás, y hasta de los Estados Unidos.

Debe recordarse que hasta 1860 en la sociedad norteamericana sólo votaban los ciudadanos blancos.

Como resultado de la guerra de Secesión, formalmente –mediante la enmienda constitucional de 1870– el sufragio se extendió a la comunidad surgida de los inmigrantes del África negra. No obstante, los estados sureños continuaron excluyendo a los negros, requiriéndoles exigencias de distinto orden.

A partir de 1915, a través del caso Guin vs. United States, y posteriormente mediante la Vetin Rights Act de 1965, desaparecieron los obstáculos para el sufragio de la comunidad negra.

4.3 Distinción entre sufragio y voto

Como bien afirma Pedro Planas Silva[4], el sufragio implica un acto de presencia ante la masa electoral, en tanto que el voto es la voluntad personal expresada en la cédula electoral. En consecuencia, el sufragio es un acto obligatorio de acuerdo con nuestra legislación; empero, el voto siempre es libre.

5 *VISIÓN HISTÓRICA DEL SUFRAGIO EN EL PERÚ*

Las manifestaciones del sufragio en el Perú se entroncan con la histórica Constitución de Cádiz de 1812.

Este texto fundamental –iniciador del culto constitucional en América española– promovió las primeras elecciones en Hispanoamérica, de conformidad con lo establecido en el decreto de la Junta Central, con sede en Sevilla, en mayo de 1803.

En tal virtud, el virrey Fernando de Abascal convocó a palacio a las principales personalidades vinculadas al mundo de la cultura de la ciudad capital, y procedió a colocar en un ánfora los nombres de tres de las presentes: José Baquíjano y Carrillo, José Goyeneche y José Silva Olano. Acto seguido, y con el objeto de otorgarle imparcialidad al acto eleccionario –y hasta para darle un toque de elegancia femenina–, pidió a su simpática hija Ramona que extrajera el nombre del elegido por los hados de la suerte, siendo el último de los nombrados el favorecido.

Ello lleva a que Vicente Ugarte del Pino[5] afirme que la primera persona políticamente votante en nuestro país fue nuestra compatriota doña Ramona Abascal.

El ilustre elegido llegó a viajar a España en octubre de 1849 para representarnos en su condición de diputado ante la Junta Suprema Central; mas, habiendo desaparecido ésta en el ínterin de la elección y el traslado de Silva Olano a tierras ibéricas, se tuvo que proceder a designar una nueva representación ante el recién creado Consejo de Regencia.

Estos comicios electorales se llevaron a cabo también en la forma anteriormente descrita, por carecerse de un estatuto o reglamento electoral. La persona designada fue Francisco Salazar.

---

4 PLANAS SILVA, Pedro. *Rescate de la Constitución*. Lima: Ed. Abril.

5 UGARTE DEL PINO, Vicente. *Historia de las Constituciones del Perú*. Lima: Ed. Andina S.A.

El tercer proceso electoral para elegir representantes específicos ante las Cortes de Cádiz, se efectuó en febrero de 1810. Un grupo de ellos fue elegido en Lima, y el restante en la propia ciudad sede del Congreso constituyente, entre los peruanos residentes en España.

Los integrantes de la representación nacional fueron, entre otros: Vicente Morales y Duárez, Ramón Olaguer Feliú, Dionisio Inca Yupanqui, Antonio Suazo, Blas Ostolaza, José Lorenzo Bermúdez, Pedro García Coronel y José Joaquín Olmedo.

5.1 La evolución

Desde esas históricas jornadas pre-independentistas han transcurrido ciento ochenta y siete años, lapso en el que nuestro ordenamiento electoral ha pasado por seis estadios:

- Estadio de la génesis del sistema.
- Estadio de la consolidación del sistema.
- Estadio de la autonomía electoral.
- Estadio de las garantías al sufragio ciudadano.
- Estadio de la ampliación del proceso de participación sufragante.
- Estadio de la estructuración sistémica.

5.1.1 Estadio de la génesis del sistema

Este período comprende de 1812 a 1855, es decir, abarca un total de cuarenta y cuatro años de desarrollo.

Durante él se dictaron los siguientes dispositivos que expresa o tácitamente regularon los aspectos electorales:

- Constitución de 1812.
- Reglamento de Elección, de 22 de abril de 1822.
- Constitución de 1823.
- Ley de 3 de marzo de 1824.
- Constitución de 1826.
- Ley de 24 de marzo de 1828.
- Constitución de 1828.
- Ley de 4 de abril de 1839.
- Constitución de 1839.
- Ley de 2 de diciembre de 1851.

Las características principales de este primer estadio son las siguientes:

a) El ejercicio de la ciudadanía se encontraba sujeto a condiciones tales como:
   - Tener veinticinco años de edad o, en su defecto, acreditar el estado civil de casado.
   - Tener propiedad inmueble o acreditar copropiedad rentista o practicar una profesión, industria u oficio.
   - Saber leer y escribir, excepto si se trataba de indígenas.

b) La modalidad de sufragio empleado fue la indirecta, a través de los colegios electorales parroquiales y provinciales.
   Los colegios electorales de parroquia se constituyeron con la pluralidad de ciudadanos en ejercicio, pertenecientes a una circunscripción vecinal.
   Este conjunto de vecinos sufragrantes designaban a un elector por cada cierto número de pobladores.
   Los colegios electorales provinciales eran demarcaciones administrativas delimitadas por la referencia de un poblado principal; es decir, comprendían varias circunscripciones vecinales.
   En este contexto se realizaron las primeras elecciones presidenciales de 1829, con la presentación de un solo y único candidato: Agustín Gamarra.

c) La conducción de los procesos electorales estaba a cargo del jefe político o autoridad edil del lugar; los restantes miembros (el secretario y los escrutadores) eran designados momentos antes del acto de sufragio, entre los participantes.
   En puridad, en los colegios electorales se producían dos actos comiciales: el primero para completar la mesa electoral, y el segundo para designar al elector (parroquias) o representantes (provincias).

d) La representación parlamentaria se fijaba en relación al volumen poblacional.

e) El Parlamento era el órgano de justicia electoral encargado de resolver los problemas de validez o nulidad de los comicios electorales, así como de calificar las credenciales de los ciudadanos elegidos como representantes. Así, se aplicó el sistema francés de la verificación de poderes ante el Congreso de la República.
   En la práctica, dicho criterio sirvió para incorporar sólo a los partidarios de la mayoría dominante, así como para descartar a los adversarios. Para ello no se requería precisar ninguna causal específica.

Sentenciando este accionar vicioso, José Matías Manzanilla declararía:

> "La mentira política en el registro de los ciudadanos, en la composición de los cuerpos electorales, en las votaciones y en los escrutinios, no desaparecían ni con el acreditamiento del poder de las cámaras, sobre las cuales flota el recuerdo de la dualidad y de las infinitas miserias de las calificaciones."

La designación de los sufragantes como miembros de mesa, ciudadanos-electores o representantes, implicaba una función política; por tanto, era inexcusable y no cabía posibilidad alguna de renuncia o desistimiento.

f) Se carecía de un padrón electoral permanente. En consecuencia, para cada proceso electoral se elaboraba un registro de electores.

Debe aclararse que el ilustre historiador nacional Jorge Basadre calificó este período como el del "encierro y toma de mesas".

Tal denominación surgía del hecho de que, en la víspera de la fecha de los comicios, personas interesadas en los resultados del sufragio se reunían en clubes eleccionarios con la finalidad de asaltar las mesas. Todo empeño era dirigido a arrojar a los adversarios de la plaza pública.

Ello generaba que previamente se dilucidara por la fuerza la ocupación del entorno público; en dichas revueltas participaban las propias autoridades locales, inclinando en favor de alguna de las facciones la fuerza material institucionalizada.

La victoria de alguno de los grupos tenía inmediatamente su correlato en las ánforas.

Por lo general, los expulsados de la plaza no solían resignarse a la derrota electoral: en otro lugar simulaban la elección, lo que originaba un proceso dual.

Un ejemplo de lo expuesto puede tomarse de la forma como se llevaron a cabo las llamadas "elecciones supletorias" para la composición del primer Congreso Constituyente. Así, Riva Agüero, en su manifestación de 1824, alude concretamente al caso de Manuel Antonio de Colmenares, quien obtuvo la representación de Huancavelica:

> "Ante la imposibilidad material de efectuar los comicios en ese lugar, por encontrarse ocupado por las fuerzas realistas, hubo de llevarse a cabo en Lima, con los naturales de la zona

> con residencia en la capital. El tal Colmenares tomó unos cuantos indígenas que trabajaban como cargadores en la puerta del mercado; los condujo al recinto electoral proveyéndoles de cédulas escritas para que votaran por él y por los demás que figuraban en la misma lista; y así salió elegido diputado, curiosamente por ocho o nueve individuos que él mismo reunió para el acto de sufragio."

Por todo ello, Manuel Vicente Villarán llegó a afirmar que *quien tenía* las mesas había ganado la elección. Para conseguirlo se necesitaba de la exaltación de los golpes y los tiros.

Debe resaltarse, además, la significativa presencia de la Iglesia como institución legitimadora de los escrutinios. Así, antes del acto eleccionario se llevaba a cabo una ceremonia religiosa en donde se elevaban oraciones al Supremo Hacedor, e incluso el sacerdote ofrecía exhortaciones acordes con las circunstancias.

5.1.2 Estadio de la consolidación del sistema

Este período se inicia a comienzos de 1855 y se extiende hasta 1931, habiendo cubierto un total de setenta y seis años.

Durante ese lapso se expidieron los siguientes dispositivos:

- Decreto de 5 de febrero de 1855.
- Constitución de 1856.
- Ley de 10 de enero de 1857.
- Ley de 4 de abril de 1860.
- Constitución de 1860.
- Ley de 4 de abril de 1861.
- Constitución de 1867.
- Ley de 7 de noviembre de 1896.
- Ley de 20 de noviembre de 1896.
- Ley perentoria 1777, de 26 de diciembre de 1912.
- Ley 2108, de 4 de febrero de 1915.
- Ley 4907, de 30 de enero de 1924.

Sus características principales fueron las siguientes:

a) El ejercicio de la ciudadanía se encontraba sujeto a condiciones tales como:
   - Ser varón mayor de veintiún años o acreditar el estado civil de casado.
   - Tener bien inmueble o capital rentista; en su defecto,

acreditar copropiedad rentista o practicar una profesión, industria u oficio.
- Saber leer y escribir, excepto tratándose de los indígenas hasta la reforma constitucional del texto de 1860 (noviembre de 1895).

La polémica sufragista de 1860 tuvo connotaciones vinculadas con el sufragio restringido de carácter étnico.
Así, en el fragor de dicha discusión el conservador Bartolomé Herrera llegó a señalar:

> "El derecho no tiene su origen en la voluntad humana, sino en la naturaleza. No era un castigo a los indígenas y mestizos declarar que no podían votar; porque se puede carecer de un derecho no sólo por la comisión de un delito, sino también por incapacidad natural. La naturaleza humana se desenvuelve según sus facultades. El niño y la mujer ven restringidos sus derechos civiles; así también el analfabeto debe carecer de derechos políticos, aunque forme la mayoría de la población del país. (...) negar el sufragio a la mayoría de los indios no es degradarlos; darles participación es la verdadera obra maldita de la degradación y repugnante envilecimiento de esa raza infeliz."

b) En cuanto a su modalidad, el sufragio fue directo, público y mediante doble cédula firmada (con el objeto de evitar falsificaciones).
Debe admitirse que esta modalidad se ejecutó con intervalos. Su aplicación se remonta a las consecuencias del histórico triunfo de los liberales y Castilla en La Palma, contra las huestes de Rufino Echenique. En tal virtud, el Gobierno Revolucionario, mediante decreto de 5 de febrero de 1855, se apresuró a convocar una convención nacional de diputados –los que fueron elegidos por sufragio directo– para que dictara la Constitución y las leyes orgánicas que necesitaba la República.
Las únicas personas excluidas de la votación fueron los partidarios del gobierno depuesto –los echeniquistas–. No se exigió probanza de renta, profesión o instrucción.
Posteriormente se consagró el sufragio directo a nivel constitucional mediante el histórico artículo 37 de la carta liberal de 1856 y el artículo 39 de la Constitución de 1867. En tanto, la Constitución intermedia de 1860 se limitó a señalar que una

ley específica determinaría los alcances de la materia electoral. Finalmente, dicho concepto se consagró de manera definitiva en la ley de 20 de noviembre de 1896.

La historia confirma que a lo largo del siglo xix el sufragio directo sólo fue empleado en cuatro oportunidades: para elegir representantes a la Convención de 1855; para elegir al presidente y vicepresidente de la República en 1858; para las elecciones de 1859; y finalmente, gracias a Nicolás de Piérola, en 1896.

c) La conducción de los comicios quedó encargada a funcionarios especialmente nombrados por el Gobierno, los mismos que eran responsables de la designación de los miembros de mesa.
d) Se estableció la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Electoral, el cual fue creado como un organismo técnico, independiente y centralizador de la administración electoral.
e) Se creó la Junta Electoral Nacional como órgano de justicia electoral, la cual estuvo integrada de la manera siguiente:
   - Dos delegados de la Cámara de Senadores;
   - Dos delegados de la Cámara de Diputados;
   - Cuatro delegados del Poder Judicial (por intermedio de las respectivas Cortes Superiores), y
   - Un delegado del Poder Ejecutivo.

   Los partidos políticos tenían derecho a designar, ante este organismo, un adjunto con capacidad deliberante.

   Se instituyeron además las denominadas juntas electorales provinciales, que se encontraban integradas por prominentes ciudadanos en su condición de representantes de diversos grupos sociales. Estos organismos se encargaban de elaborar el Registro Cívico General de las Provincias, así como de designar las comisiones respectivas de sufragio mediante la modalidad de sorteo entre los mayores contribuyentes del lugar.
f) Se estableció en favor de la Corte Suprema la atribución de órgano revisor de los procesos electorales, con facultades anulativas sobre los mismos.

Este período queda graficado en la práctica a través de las expresiones de Luciano Benjamín Cisneros, quien afirmó en 1902 lo siguiente:

> "¿Qué ha sido el llamado poder electoral, salvo en la radiante aurora de la República, sino fuente inagotable de inmoralidad política, abyecto cortesano de profanaciones liberticidas,

agente audaz de atropelladas e insensatas ambiciones? Armado con el puñal homicida, dominador de las plazuelas, todo lo ha profanado hasta la conciencia, desde los templos hasta la tribuna, que se convirtió en el impúdico engendro de dualidades, en repugnante palenque de enfurecidas pasiones."

5.1.3 Estadio de la autonomía electoral

El tercer período abarca de 1932 a 1962, comprendiendo treinta y un años de vida republicana.

Durante ese lapso se dictaron los siguientes dispositivos:

- Estatuto electoral. Decreto ley 7177, de 26 de mayo de 1931, modificado por el decreto ley 7287, de 28 de agosto de 1931.
- Constitución de 1933.
- Ley 8932, de 4 de junio de 1934.
- Ley 9812, de 4 de agosto de 1939.
- Ley 10316, de 15 de diciembre de 1945.
- Decreto ley 11100, de 1 de setiembre de 1949.
- Decreto ley 11226, de 10 de diciembre de 1949.
- Decreto ley 11308, de 17 de marzo de 1950.
- Decreto ley 11400, de 14 de junio de 1950.
- Decreto ley 12106, de 23 de agosto de 1954.
- Ley 12461, de 9 de diciembre de 1955.
- Ley 12462, de 9 de diciembre de 1955.
- Ley 12467, de 9 de diciembre de 1955.
- Ley 12491, de 20 de diciembre de 1955.
- Ley 13713, de 30 de octubre de 1961.

Este período se inicia con la caída del régimen de la *Patria Nueva*, hasta ese entonces conducido por Augusto B. Leguía.

La Junta de Gobierno de David Samanez Ocampo, mediante una resolución de 13 de mayo de 1931, nombró una comisión *ad honorem* integrada por Luis E. Valcárcel, Luis Alberto Sánchez, José Antonio Encinas, Jorge Basadre, César A. Ugarte, Alberto Arca Parró, Federico More, Carlos Manuel Cox y Carlos Enrique Zelaya (secretario), a efectos de elaborar un anteproyecto de ley electoral sobre las bases siguientes:

- Registro electoral único.
- Poder Electoral autónomo.
- Representación de las minorías.

Su trabajo se convirtió en ley mediante el decreto ley 7160, de 26 de mayo de 1931.

Sus características principales fueron las siguientes:

a) El ejercicio de la ciudadanía se iría ampliando de manera paulatina.

   El 7 de setiembre de 1955, mediante norma dictada durante el gobierno del general Manuel A. Odría, se reconoció por primera vez el voto a las mujeres.

b) Se creó el Jurado Nacional de Elecciones como máximo órgano electoral, el mismo que estaba integrado de la siguiente manera: el fiscal más antiguo de la Corte Suprema, quien era el presidente, además de un delegado por las universidades nacionales y cuatro delegados –escogidos por sorteo– de las Juntas Departamentales. Como puede observarse, desaparecieron así los delegados de los otros poderes públicos.

c) Se estableció en definitiva el Registro Electoral, en forma técnica y permanente, con disposiciones que apuntaban a garantizar la autenticidad del sufragio.

   Los partidos políticos estaban obligados a inscribirse en el Registro de Partidos, a fin de obtener personería y postular candidatos.

d) Se estableció el voto secreto con el objeto de preservar la pureza del acto electoral; asimismo, se promovió el sistema de las cédulas electorales de iguales características, tanto en la calidad de papel, color, formas, etc., sin distintivo alguno y con los nombres impresos de los candidatos, a efectos de votar marcando únicamente un signo o símbolo.

e) La representación se estableció sobre la base del volumen poblacional y con tendencia a la proporcionalidad.

5.1.4 Estadio de las garantías al sufragio ciudadano

Este período comprende de 1962 a 1979, abarcando diecisiete años de vida republicana.

Durante ese lapso se dictaron los siguientes dispositivos:

- Decreto ley 14207, de 25 de setiembre de 1962.
- Decreto ley 14250, de 5 de diciembre de 1962.
- Decreto ley 21949, de 21 de octubre de 1977.
- Decreto ley 21995, de 4 de noviembre de 1977.

Este período se inicia en las postrimerías del gobierno militar de Nicolás Lindley.

Las dos primeras disposiciones citadas surgieron sobre la base de un proyecto de ley formulado tiempo atrás por el senador Dammert Muelle.

Su característica principal fue que se instauró un nuevo sistema electoral de base proporcional, con el método creado por el matemático belga Víctor D'Houndt. Con ello se consiguió que el sistema electoral otorgase a cada organización política un número de representantes que guardara relación con los votos que hubiere obtenido. A partir de allí se asegura que la representación política sea fiel reflejo del cuerpo electoral.

5.1.5 Estadio de la ampliación del proceso de participación en el sufragio

Este período comprende de 1979 a 1993. Durante él se han expedido los siguientes dispositivos legales:

- Decreto ley 22652, de 27 de agosto de 1979.
- Constitución de 1979.
- Ley 24872, de 29 de junio de 1988.
- Ley 25012, de 9 de febrero de 1989.
- Ley 25077, de 16 de julio de 1989.
- Ley 25076, de 18 de julio de 1989.
- Decreto supremo 057-89-PCM, de 29 de julio de 1989.
- Decreto supremo 050-89-PCM, de 21 de agosto de 1989.

Las características del período son las siguientes:

a) El ejercicio de la ciudadanía se encuentra sujeto a condiciones tales como:
   - Tener dieciocho años de edad
   - Expresión sufragante por parte de los ciudadanos analfabetos.

b) Opción ciudadana por el voto preferencial para escoger a los representantes al Parlamento.

c) Ampliación de la participación ciudadana mediante la práctica de la democracia semidirecta, a través de mecanismos como el referéndum y la revocación de mandato.

d) Consolidación de la cifra repartidora, para permitir la representación de las minorías políticas.

e) Sustentación de la doble vuelta electoral para la elección del jefe de Estado.

5.1.6 Estadio de la estructuración sistémica

Este período comprende de 1993 a la fecha.

Durante este lapso se han dictado los siguientes dispositivos:

- Constitución de 1993.
- Ley 26304, de 4 de mayo de 1994.
- Ley 26344, de 25 de agosto de 1994.
- Ley 26430, de 5 de enero de 1995.
- Ley 26486, de 17 de junio de 1995.
- Ley 26487, de 22 de junio de 1995.
- Ley 26497, de 28 de junio de 1995.

Sus características principales son las siguientes:

a) Constitucionalización de un conjunto de instituciones de democracia directa, tales como el referéndum, la iniciativa popular, la remoción y revocación del mandato, etc.
b) Creación de un sistema electoral conformado por tres órganos, a saber: el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (Onpe) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec).
c) Constitucionalización del derecho de voto de las personas residentes en el extranjero.

6 EL PROCESO SUFRAGIAL

Como hemos referido anteriormente, el sufragio consiste en una técnica de designación de las autoridades políticas, las mismas que ejercerán el poder en representación y en nombre del pueblo.

El proceso sufragial ata el acto de escoger, proponer u optar entre una pluralidad de ofertas políticas, con la vigencia efectiva de normas que garanticen los derechos políticos de la ciudadanía.

6.1 Tipos de proceso

Dentro del contexto arriba descrito, el proceso sufragial o electoral puede ser clasificado en función de los criterios de oportunidad y libertad[6], a saber:

---

6 Cfr. NOHLEN, Dieter, y FERNÁNDEZ BAEZA, Mario. En: AA. VV. *Diccionario electoral.* San José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos (CAPEL).

- *Procesos competitivos*
  Son propios de los Estados que se adhieren al ideario democrático.
  A través de ellos se busca legitimar el ejercicio del poder político, amén de asegurar la recta participación de la ciudadanía.
- *Procesos semicompetitivos*
  Son propios de los Estados que se adhieren al ideario del autoritarismo.
  A través de ellos se busca asegurar la continuación del respaldo al gobierno de turno.
- *Procesos no competitivos*
  Son propios de los Estados que se adhieren al ideario totalitario.
  A través de ellos se busca perpetuar la dominación política y social del gobierno.

6.2 Sujetos del proceso sufragial o electoral

Este proceso se encuentra diseñado en nuestra legislación como un conjunto de actividades confiadas a diferentes sujetos sufragiales o electorales, a saber:

- *Las autoridades políticas*
  Encargadas de la elaboración de las normas sufragiales o electorales, de las convocatorias comiciales, de la extensión de recursos económicos, del resguardo policial, etc. (Ejecutivo y Legislativo).
- *Las autoridades electorales*
  Encargadas de la administración electoral y la justicia electoral.
- *Las organizaciones políticas*
  Encargadas de presentar propuestas, candidatos, etc.
- *El cuerpo electoral*
  Encargado de cumplir la expresión binaria del sufragio, amén de satisfacer las cargas públicas (conformación de mesas electorales, etc.).
- *Los medios de comunicación social*
  Encargados de las tareas de difusión masiva de las propuestas y la relación de candidatos; encargados también de la fiscalización externa del proceso electoral, etc.

6.3 El iter *del proceso sufragial o electoral*

Denomínase como tal al conjunto de actos que permiten develar la

determinación ciudadana en la selección de autoridades políticas, revocación de las mismas, etc.

Dicho proceso puede ser clasificado en tres grandes etapas:

6.3.1 Etapa preparatoria

Comprende actos tales como:

- *La convocatoria*

  Implica la determinación de la realización del proceso, esto es, el señalamiento claro e indiscutible del motivo del proceso, la fecha, etc.

  En nuestro país, la convocatoria a elecciones presidenciales, de representantes al Congreso y de alcaldes, corresponde al presidente de la República (inc. 5 del art. 118 de la Constitución).

  La convocatoria a consulta de revocación de autoridades (alcaldes, regidores, autoridades regionales que provengan de elección popular y magistrados que provengan de elección popular) la realiza el JNE (art. 21 de la ley 26300).

  La convocatoria a referéndum corresponde al JNE (art. 43 de la ley 26300).

- *La inscripción y admisión de candidaturas*

  Implica la manifestación de voluntad de las organizaciones políticas *in genere*, de participar en un proceso sufragial o electoral.

  Las tareas de inscripción y admisión de candidaturas se encuentran compartidas entre el JNE y la Onpe.

- *La campaña política*

  Implica la realización de actividades de propaganda, destinadas a hacer conocer y explicar los principios ideológicos, programas de gobierno, atributos y méritos personales de los candidatos, etc.

6.3.2 Etapa constitutiva

Comprende actos tales como:

- *El sufragio*

  Implica la presencia del ciudadano hábil electoralmente ante la mesa de sufragio, a efectos de cumplir con su obligación de depositar en el ánfora correspondiente su cédula de sufragio con su respectiva determinación electoral.

– *El escrutinio*

Implica llevar a cabo el conteo o cómputo de los votos, así como establecer la asignación cuantitativa –de éstos– que corresponde a cada candidato en particular. Dicha tarea está a cargo de la Onpe. En doctrina, esta fase se clasifica de la siguiente manera:

a) Escrutinio en mesa

Representa el conteo o cómputo que se efectúa en cada mesa de sufragio.

b) Escrutinio general

Representa el recuento y suma de los resultados parciales obtenidos en las distintas mesas electorales correspondientes a una misma circunscripción electoral, y, luego, su consolidación a nivel nacional.

El artículo 185 de la Constitución señala que el escrutinio de los votos, en cualquier clase de procesos electorales, se realiza con atención a cuatro presupuestos:

– *Acto público*

El conteo en la propia mesa de sufragio se efectúa en presencia de los personeros y candidatos y dentro de un marco de absoluta libertad de información.

– *Acto irrevisable*

El resultado del conteo en la propia mesa de sufragio, en principio, no puede ser objeto de modificación alguna. Los votos deben ser destruidos, conservándose tan sólo aquellos que han sido objeto de impugnación, a efectos de que el JNE se pronuncie sobre su validez o invalidez.

Ahora bien, y por excepción, de conformidad con lo establecido en la parte *in fine* del artículo 185 de la Constitución, es posible la revisión del escrutinio en mesa en los siguientes casos:

– *Existencia de error material*

Este error consiste en aquella equivocación o gazapo que no compromete la sustancia, sino la forma de presentación de los resultados del escrutinio. Por ejemplo, un error numérico o de cálculo.

– *Existencia de impugnación intraórgano*

Esta impugnación es aquella objeción, rebatimiento, con-

tradicción o refutación que efectúa el personero de un candidato o lista, respecto del escrutinio de los votos. Es resuelta por el JNE.

En suma, los presupuestos expuestos, así como las excepciones reseñadas, permiten lo siguiente:

- Promover la transparencia y pulcritud del escrutinio.
- Promover la fiscalización del escrutinio, a efectos de coadyuvar al respeto pleno de la voluntad popular.
- Garantizar a los interesados y afectados directos con los resultados del escrutinio, el acudir a la justicia electoral en demanda de la defensa de la legalidad del mismo.

Cabe recordar aquella anécdota que comenta Francisco Chirinos Soto[7], ocurrida en Arequipa, a propósito de las elecciones de 1939, cuando Víctor N. Benavente protestaba porque al escrutarse el ánfora en donde él había votado, ni siquiera se computó su propio voto en su favor. Benavente era candidato de oposición y, en ese momento, los presupuestos del escrutinio en mesa no tenían presencia activa en nuestros procesos electorales.

6.3.3 Etapa de conocimiento y decisión sobre las materias contencioso-electorales

Implica la realización de la administración de justicia electoral, en razón de la presentación de cuestionamientos o impugnaciones sobre el escrutinio. Esta tarea está a cargo, de manera exclusiva y excluyente, del JNE.

6.3.4 Etapa de proclamación y de extensión de credenciales

Implica la determinación formal, a cargo del JNE, de los candidatos, listas, etc., elegidos, así como su acreditación como nuevos miembros del ente estatal para el que se hubiere convocado el proceso sufragial o electoral.

---

7 CHIRINOS SOTO, Enrique, y CHIRINOS SOTO, Francisco. *Constitución de 1993. Lectura y comentario.* Lima: Ed. Normas S. L.

6.3.5 Etapa de investidura

Comprende el acto de juramentación y toma del cargo objeto de la convocatoria a proceso sufragial o electoral.

7 EL SISTEMA ELECTORAL PERUANO

A nuestro entender, esta noción hace referencia plural al conjunto de normas, organismos, procedimientos y técnicas de representación política vinculados con la participación ciudadana mediante las elecciones y demás tipos de consulta ciudadana.

Los organismos electorales son aquellos entes especializados y autónomos –respecto del resto del aparato estatal– encargados de ejercer tareas relativas a la actividad electoral.

La actividad electoral –a cargo de un complejo institucional– alude a las tareas de preparación y dirección y control pre y postsufragial, incluyendo la impartición de justicia electoral.

En lo relativo a los organismos electorales nacionales, el artículo 177 de la Constitución señala una conformación trípode, ya que aparecen tres instituciones vinculadas bajo el principio de la coordinación funcional: el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (Onpe) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec).

A diferencia de lo establecido en las Constituciones de 1933 y 1979, en donde el JNE era la única organización vinculada con la temática electoral, la actual Constitución distribuye el tratamiento de diversos aspectos de la temática electoral en una pluralidad de instituciones.

Con ello, como bien afirma el constitucionalista Valentín Paniagua Corazao[8]:

> "Se han deprimido y debilitado gradualmente las tareas usuales del Jurado Nacional de Elecciones. La reforma planteada por los constituyentes de 1993 no guarda concordancia con la Constitución histórica del Perú; no tiene paralelo ni precedente en el derecho constitucional comparado; subvierte la racionalidad de la estructura tradicional del Estado peruano, y no tiene justificación a la luz de nuestra experiencia político-electoral."

8 PANIAGUA CORAZAO, Valentín. En: AA. VV. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios.* Lima: Comisión Andina de Juristas.

Se trata de otra "novedad novedosa"; ergo, absurda y con graves consecuencias para el futuro del país.

Los organismos arriba citados actúan con autonomía y mantienen entre sí relaciones de coordinación funcional.

La *autonomía* debe ser entendida como el ejercicio privativo de autoridad –con plenas facultades de administración y jurisdicción sobre los asuntos de su competencia– que la Constitución le asigna a cada uno de los órganos señalados en su artículo 177.

La *coordinación funcional* debe ser entendida como aquellos actos conjuntados guiados por la reunión, asociación y ordenación de esfuerzos comunes para la búsqueda y logro de objetivos precisos.

De conformidad con lo expuesto en el artículo 176 de la Constitución, nuestro sistema electoral tiene por finalidad:

- Asegurar que el sufragio traduzca la expresión auténtica, libre y espontánea de la ciudadanía.
- Asegurar que el escrutinio sea el reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa.

En razón de ello, tiene como funciones básicas las siguientes:

- El planeamiento, organización y ejecución de los procesos electorales y demás tipos de consulta ciudadana (art. 176).
- El mantenimiento y la custodia de un registro único de identificación de las personas, así como el registro de los actos que modifican el estado civil (art. 176).
- Administrar justicia en materia electoral (art. 178).

Ahora bien, la relación de coordinación funcional se efectúa bajo el principio de *primus inter pares*. Ello en razón de que el JNE cuenta de manera canija con los siguientes atributos:

- Le corresponde presentar, en nombre de todos los órganos electorales, el respectivo proyecto de presupuesto del sistema electoral, que incluye, por separado, las partidas propuestas por cada órgano (art. 178, in fine).
- Le corresponde sustentar, en nombre de todos los órganos del sistema, los alcances del respectivo proyecto de presupuesto. Dicha tarea se efectúa ante el Congreso (art. 178, *in fine*).
- Le corresponde absolver las consultas de carácter genérico no referidas a casos concretos, que le formulen los demás órganos

electorales, sobre la aplicación de las leyes electorales (inc. *p* del art. 5 de la ley 26486).
- Le corresponde autorizar, para cada proceso electoral, el uso del padrón electoral elaborado por el Reniec (inc. *w* del art. 5 de la ley 26486).

Debe advertirse que, en lo relativo a la titularidad del pliego presupuestal del sistema electoral, ella se ejerce de manera colegiada, quedando cada uno de los órganos a cargo de la ejecución de su propia partida.

De otro lado, en atención a lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 26486, los conflictos de competencia que se susciten entre todos los órganos del sistema electoral son resueltos por el Tribunal Constitucional.

7.1 El Jurado Nacional de Elecciones

Se trata de un organismo autónomo que cuenta con personería jurídica de derecho público interno, encargado fundamentalmente de administrar justicia en materia electoral, así como de la fiscalización en pro de la legalidad del ejercicio del sufragio. Como tal, vela por el respeto y cumplimiento de la voluntad popular manifestada en los procesos electorales.

Tiene su domicilio legal y sede central en la capital de la República.

Ejerce sus funciones a través de sus órganos jerárquicos constituidos, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 178 al 181 de la Constitución, y en la ley 26486.

7.1.1 Funciones

Entre las principales funciones que ejerce aparecen las siguientes:

a) Administrar justicia en materia electoral

La expresión *justicia electoral* comprende todo lo relacionado con la actividad jurisdiccional referente a las elecciones.

Los aspectos contencioso-electorales, a cargo del JNE, implican la facultad de revisar determinados actos del proceso sufragial o electoral, a efectos de hacer respetar la legítima voluntad ciudadana.

En doctrina, la administración de justicia electoral se realiza a través de tres sistemas:

a. Sistema parlamentario

La facultad de conocer los asuntos contencioso-electorales está a cargo del Parlamento.

El órgano parlamentario asume dicha tarea en atención al criterio técnico de su carácter de soberano; por tanto, no admite ninguna jurisdicción superior a la suya.

Este sistema fue el que imperó en nuestro país durante el estadio que hemos denominado "de la génesis del sistema" (1812-1855). Fue sustituido debido a la desconfianza sobre la imparcialidad de las propias mayorías parlamentarias, que tendían a apoyar sin tapujos a los miembros de su propia organización.

b. Sistema jurisdiccional

La facultad de conocer los asuntos contencioso-electorales está a cargo de órganos de justicia *stricto sensu*.

Este sistema tiene sus orígenes en Inglaterra, a través de la Parlamentary Election Act de 1868.

Esta jurisdicción puede ser *ordinaria*, por la vía del Órgano Judicial o los Tribunales Constitucionales; o puede ser *especial*, por la vía de las cortes electorales, jurados electorales, etc.

Nuestro país adoptó este sistema tibiamente durante el estadio denominado "de consolidación del sistema electoral" (1855-1931), aunque fundamentalmente a partir del estadio "de la autonomía electoral" (1931) se consolidará de manera definitiva.

c. Sistema mixto

Los asuntos contencioso-electorales quedan a cargo de instituciones parlamentarias y judiciales, en momentos distintos de su conocimiento y resolución. Es el caso de Alemania, en donde la comprobación de la validez de los actos electorales corresponde al *Bundestag*, y posteriormente, en vía de impugnación, al Tribunal Constitucional.

El artículo 181 de la Constitución señala que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones resuelve los asuntos contencioso-electorales con arreglo a ley, y en caso de vacío o laguna legal acude a los principios generales del derecho.

Señala además que debe apreciar los hechos que originan un contencioso-electoral, con criterio de conciencia.

El criterio de conciencia es una noción adoptada del derecho procesal penal, que otorga al juzgador la facultad para trazar y valorar *per se* los alcances jurídico-electorales de los hechos contrastables.

Este criterio es un aporte del genio intelectual de Napoleón Bonaparte, quien se enfrentó a los juristas nombrados –por él– para la elaboración del Código Penal francés, en lo relativo al grado de justicia que contiene el sistema de la prueba tasada. Al respecto, Francisco Chirinos Soto[9] rememora que Napoleón argumentó en contra de la prueba tasada señalando que:

> "a través de ella era posible que el testimonio de dos bribones hiciera condenar a un hombre honrado, mientras que el testimonio de un hombre honrado no podía condenar a dos bribones."

Por medio del criteric de conciencia cada miembro del Pleno del JNE tiene la facultad de *valorar* –sin que exista una tasación previa fijada por la ley electoral– acerca de los alcances de los hechos materia de controversia. Obviamente, dicha facultad no es irrestricta, sino que se ejerce dentro de los parámetros que la ley electoral fija y la razonabilidad jurídica exige.

Dicho criterio fue incorporado a la normatividad constitucional electoral con la carta de 1979.

b) Declarar la nulidad de un proceso electoral. La cosa juzgada electoral

De conformidad con lo establecido en el artículo 184 de la Constitución, el JNE tiene la responsabilidad funcional de declarar la nulidad de un proceso electoral o de cualquier otro tipo de convocatoria a sufragio ciudadano, cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias:

- Existencia de votos *nulos* que superen los dos tercios del número de votos emitidos (66,66%).
- Existencia de votos *en blanco* que superen los dos tercios del número de votos emitidos (66,66%).
- Existencia de votos *nulos y blancos* que, *tomados en conjunto*, superen los dos tercios del número de votos emitidos (66,66%).

Al respecto, es necesario efectuar algunas precisiones terminológicas:

---

9 CHIRINOS SOTO, Francisco. Op. cit.

Se entiende que hay *nulidad de un proceso electoral* cuando, en razón de cualquiera de las circunstancias arriba expuestas, éste no produce efecto legal alguno. Por ende, quedan invalidados todos los actos que normalmente pudieran haberse derivado de aquél.

Se entiende que hay *voto nulo* cuando la voluntad ha sido deformada. Esto se aprecia cuando, por ejemplo, aparece en la respectiva cédula de sufragio más de una señal de voto sobre una misma figura, símbolo o número electoral; también, cuando éste se consigna fuera del recuadro en donde aparecen las figuras, etc.; igualmente, cuando se añaden otros signos (nombres, firmas, arengas, etc.); y finalmente, cuando se vota en cédulas no validadas por el órgano electoral.

Debe advertirse que, en nuestro país, la señal de voluntad de voto se grafica en una cruz o un aspa.

Se entiende por *voto en blanco* aquel en donde no se hubiere marcado señal de voto sobre la figura, símbolo o número destinado para la anotación del voto.

Se entiende por *votos emitidos* la totalidad de cédulas utilizadas para la expresión de la voluntad política de los sufragantes hábiles para participar en un proceso. En suma, los votos emitidos son análogos al universo de ciudadanos que aparecen consignados en el padrón electoral.

El artículo 184 de la Constitución señala que la proporción de dos tercios que determina la nulidad de un proceso, puede variar para el caso de elecciones municipales.

Señálese, adicionalmente, que las resoluciones que expide el JNE en *materia electoral* son dictadas en instancia final y tienen el carácter de cosa juzgada, ya que no son susceptibles de revisión. Contra ellas no procede recurso ni acción de garantía alguna.

Esta irrevisabilidad se justifica por la necesidad de otorgar estabilidad a la nación, la misma que podría verse afectada de manera significativa en caso de que una elección a la presidencia o a la representación parlamentaria quedara a merced de las horcas caudinas de un proceso judicial, por lo general lento y engorroso.

c) *Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos sufragiales* in genere, *así como también elaborar los padrones electorales*

En puridad, el JNE cautela la transparencia y legitimidad del proceso, así como también el correcto ejercicio –con apego a lo que dispone la Constitución y la ley– de los derechos electorales que se han concedido a los sujetos participantes en los comicios sufragiales o electorales.

El padrón electoral hace referencia a la lista o relación de los ciudadanos que se encuentran legalmente aptos o habilitados para ejercer su derecho al sufragio en un comicio determinado.

La fiscalización de la legalidad de la elaboración de los padrones electorales se produce luego de la actualización y depuración final –previa a cada proceso electoral– que realiza el Reniec.

d) Mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas, así como velar por el cumplimiento de las normas sobre dichos entes y demás disposiciones referidas a materia electoral

El registro de organizaciones políticas hace referencia al padrón en donde aparece la relación de partidos, movimientos políticos, etc., que se encuentran aptos para participar en los comicios electorales.

En lo relativo a las normas que regulan la vida institucional de estas organizaciones, ellas son a la fecha inexistentes. Es de esperar que prontamente se apruebe una ley de organizaciones políticas.

e) Proclamar a los candidatos elegidos en una justa sufragial

La proclamación es aquel acto electoral que reconoce –luego de haberse efectuado el escrutinio y resuelto las impugnaciones que franquea la ley electoral–, a un postulante a un cargo electivo, el haber obtenido la primera mayoría en las preferencias ciudadanas.

f) Extender las credenciales de proclamación

Las credenciales son documentos que nombran al candidato como ganador en un comicio.

7.1.2 La estructura orgánica del Jurado Nacional de Elecciones

El JNE se compone jurisdiccionalmente de dos órganos:

El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 de la Constitución y la ley de la materia, es la máxima autoridad del JNE.

Está conformado por un colegiado de cinco miembros, los cuales son elegidos de la siguiente manera:

- *Un miembro elegido por la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados o en actividad.*

  Esta elección tiene el carácter de universal, secreta, directa, y se verifica con el criterio de mayoría simple.

En caso de que el elegido fuere un magistrado supremo en actividad, deberá concedérsele licencia para ejercer el cargo.
Este miembro representante de la Corte Suprema es quien asume la presidencia del JNE.
Como presidente del JNE, ejerce su representación legal, correspondiéndole la convocatoria y presidencia de las sesiones del Pleno. Por mandato de la ley, es el ejecutor del presupuesto del Jurado.

- *Un miembro elegido por la Junta de Fiscales Supremos, entre los fiscales supremos jubilados o en actividad.*
  Esta elección tiene el carácter de universal, secreta, directa, y se verifica con el criterio de mayoría simple.
  En caso de que el elegido fuere un fiscal supremo en actividad, el Ministerio Público deberá concederle licencia para ejercer el cargo.
- *Un miembro elegido por el Colegio de Abogados de Lima (CAL), entre sus miembros.*
  El procedimiento de elección es similar al que se utiliza para la elección del decano y la junta directiva del CAL.
- *Un miembro elegido por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades públicas, entre sus exdecanos.*
  Esta elección tiene el carácter de universal, secreta, directa, y se verifica bajo el criterio de mayoría simple.
  La convocatoria y presidencia del acto electoral corresponde al decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; ello en razón de ser la Facultad de Derecho más antigua entre las públicas.
- *Un miembro elegido por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades privadas, entre sus exdecanos.*
  Esta elección tiene el carácter de universal, secreta, directa, y se verifica con el criterio de mayoría simple.
  La convocatoria y presidencia del acto electoral corresponde al decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; ello en razón de ser la Facultad de Derecho más antigua entre las privadas.

Debe advertirse que, conjuntamente con la elección de los representantes titulares al Pleno del Jurado, se eligen dos suplentes.

Los suplentes reemplazan, sucesivamente, de ser el caso, al miembro titular en caso de muerte, incapacidad permanente o temporal

mientras dure ésta, o en caso de impedimento sobreviniente.

El nombramiento tiene una vigencia de cuatro años. Se admite la posibilidad de una reelección inmediata.

La renovación del Pleno es alternada cada dos años. El proceso se inicia con la elección del nuevo representante del CAL, y continúa con la elección del representante de las facultades de Derecho de las universidades públicas.

Cabe consignar que los miembros del Pleno del JNE no se encuentran sujetos a mandato imperativo.

Requisitos

Para ser nombrado miembro del Pleno del JNE se requiere acreditar:

- Ser peruano de nacimiento.
- Gozar del derecho de sufragio.
- Tener no menos de cuarenta y cinco años de edad, pero no más de setenta.

Inelegibilidad

Se encuentran impedidos de postular las siguientes personas:

- Los postulantes a cargos de elección popular.
- Los que desempeñan cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas (partidos, alianzas, movimientos, etc.).
- Los que hubieren desempeñado cargos directivos de carácter nacional en los últimos cuatro años anteriores al período de verificación del proceso de nombramiento.
- Los que tengan la condición de miembros activos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.

Incompatibilidades

El cargo se ejerce de manera exclusiva y excluyente de cualquier otra función pública, con excepción de la docencia universitaria de tiempo parcial.

Vacancia

Son causales de vacancia las siguientes:

- Renuncia. No obstante lo expuesto, el artículo 16 de la ley 26486 –ley orgánica del Jurado Nacional de Elecciones– señala que los cargos al Pleno son irrenunciables durante el período del proceso electoral.

- Muerte.
- Incapacidad física grave, temporal mayor de doce meses o permanente, e incapacidad mental comprobada.
- Impedimento sobreviniente.

Dignidades del cargo

Por mandato expreso de la ley 26486 –ley orgánica del Jurado Nacional de Elecciones–, los miembros del Pleno gozan, durante el ejercicio de sus funciones, de los mismos honores y preeminencias que los vocales de la Corte Suprema.

De conformidad con lo dispuesto en la ley 26486, el Pleno del Jurado sesiona con un quórum de cuatro miembros.

Para la adopción de decisiones o la emisión de un fallo se requiere el voto de la mayoría simple de los miembros concurrentes, salvo en los casos en que la ley disponga lo contrario. En caso de empate, el presidente del Jurado tiene voto dirimente.

El Pleno del Jurado puede deliberar en secreto, pero emite sus decisiones en audiencia pública.

Los titulares de los otros organismos del sistema electoral pueden concurrir a las sesiones del Pleno y participar en sus debates con las mismas prerrogativas que los miembros de éste, pero no pueden votar. Concurren también cuando son invitados para informar.

Los Jurados Electorales Especiales

Se trata de organismos temporales –instalados para cada proceso sufragial en particular– encargados de administrar justicia electoral en primera instancia, amén de desarrollar buena parte de las funciones del JNE en el nivel de una circunscripción electoral determinada.

En ese sentido, convocado un proceso sufragial, el Pleno del JNE define las circunscripciones en las cuales se instalarán los Jurados Electorales Especiales.

Las circunscripciones electorales son aquellas áreas administrativo-electorales en las cuales los sufragios emitidos por la ciudadanía constituyen el fundamento para el reparto de escaños a los candidatos o partidos, con independencia de los votos emitidos en otra zona administrativo-electoral.

Los Jurados Electorales Especiales se conforman de la siguiente manera:

- Un miembro nombrado por la Corte Superior en cuya circunscripción se realiza el proceso sufragial, entre sus magistrados

jubilados o en actividad. En este último caso, se le concede licencia para ejercer el cargo.
Este miembro asume la presidencia del Jurado Electoral Especial.

– Cuatro miembros designados por el Pleno del JNE mediante sorteo, en acto público, de una lista de veinticinco ciudadanos que residen en la sede del Jurado Electoral Especial.
La lista sobre la cual se realiza el sorteo es elaborada por tres miembros del Ministerio Público, elegidos de acuerdo a las normas electorales correspondientes.

Debe advertirse que, en todos los casos, con la elección de los titulares del Jurado Electoral Especial se elige también a los respectivos suplentes.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la ley 26486, el cargo es irrenunciable, salvo impedimento debidamente fundamentado.

Los cargos de los miembros de los Jurados Electorales Especiales se mantienen vigentes hasta la proclamación y extensión de credenciales de los nuevos miembros elegidos en sus respectivas circunscripciones electorales.

7.2 La Oficina Nacional de Procesos Electorales

Se trata de un organismo autónomo con personería de derecho público interno, encargado de las etapas de organización y ejecución de los procesos electorales y demás tipos de convocatoria a sufragio ciudadano. Como tal, vela por la obtención fiel y libre expresión de la voluntad popular.

Tiene su domicilio legal y sede central en la capital de la República.

Su regulación normativa se establece en el artículo 182 de la Constitución y en la ley 26487.

Entre las funciones que ejerce aparecen seis principales:

– Organizar los procesos electorales y demás tipos de convocatoria a sufragio ciudadano.
– Elaborar y diseñar la respectiva cédula de sufragio.
– Entregar las actas y demás material necesario para la verificación de los escrutinios.
– Difundir los resultados derivados de los escrutinios.
– Brindar información permanente sobre el cómputo electoral, desde el inicio de los escrutinios en las mesas de sufragio.

– Coordinar con el Reniec la elaboración de los padrones electorales.

La jefatura de la Oficina Nacional de Procesos Electorales

Es la autoridad máxima de la Onpe. Ejerce su representación legal y es la encargada de dirigir y controlar su marcha institucional.

Es nombrada por el Consejo Nacional de la Magistratura, por un período de cuatro años. Procede su ratificación inmediata, de ser el caso.

El nombramiento y, eventualmente, la posterior ratificación inmediata están sujetos a la previa realización de un concurso público.

De conformidad con lo dispuesto en el reglamento aprobado por el Consejo Nacional de la Magistratura el 26 de junio de 1995, dicho concurso tiene las siguientes etapas: convocatoria, postulación, evaluación del expediente de postulación, entrevista y proclamación.

Requisitos

Para ser nombrado jefe de la Onpe se requiere:

– Ser peruano de nacimiento.
– Gozar del derecho de sufragio.
– Tener no menos de cuarenta y cinco años de edad, pero no más de setenta.
– Acreditar experiencia probada en administración e informática.

El nombramiento se realiza por votación secreta y con el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura.

Inelegibilidad

Se encuentran impedidos de postular al cargo las siguientes personas:

– Los candidatos a elección popular.
– Los que desempeñen cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas (partidos, alianzas, movimientos).
– Los que hubieren desempeñado cargos directivos a nivel nacional en las organizaciones políticas, en los cuatro años anteriores al período de verificación del proceso de nombramiento.
– Los miembros activos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Incompatibilidades

La jefatura se ejerce de manera exclusiva y excluyente de cualquier otra función pública, con excepción de la docencia universitaria de tiempo parcial.

Vacancia

Ésta se genera por renuncia, muerte, incapacidad física grave o temporal mayor de doce meses, permanente incapacidad mental comprobada, impedimento sobreviniente y remoción.

La renuncia al cargo es improcedente durante el período de realización de un proceso electoral o de cualquier otro tipo de convocatoria a sufragio ciudadano.

El artículo 182 de la Constitución señala que el jefe de la Onpe puede ser removido por el Consejo Nacional de la Magistratura por la comisión de falta grave.

Ahora bien, ante la omisión total de la tipificación de la falta grave, consideramos que en vía de analogía es aplicable lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 26497 –ley orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil–, que a mero título enunciativo considera como falta grave –entre otras que precisará el Consejo– la comisión de actos que comprometan la dignidad del cargo u ocasionen su desmerecimiento en el concepto público.

7.3 El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

Se trata de un organismo autónomo con personería de derecho público interno, encargado de la organización y actualización permanente del Registro Único de Identificación de las Personas Naturales, así como de la inscripción de los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil.

Tiene su domicilio legal y sede central en la capital de la República.

Su regulación normativa se establece en el artículo 183 de la Constitución y en la ley 26497.

Entre las funciones que ejerce figuran cuatro principales:

- Planear, dirigir, coordinar y controlar las actividades de registro e identificación de las personas naturales.
- Emitir las constancias de inscripción de nacimientos, matrimonios, defunciones y demás actos que modifiquen el estado civil de las personas naturales.

- Preparar y mantener actualizado el padrón electoral. Para tal efecto, coordina con la Onpe.
- Proporcionar al JNE y a la Onpe la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

Para el ejercicio de sus funciones mantiene estrecha y permanente coordinación con instituciones tales como municipalidades, el Instituto Nacional de Bienestar Familiar, consulados, comunidades campesinas y nativas, centros de salud públicos o privados –que intervengan en el proceso de certificación de nacimientos o defunciones–, el Órgano Judicial, etc.

La jefatura del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

Es la autoridad máxima del Reniec; ejerce su representación legal y es la encargada de dirigir y controlar su marcha institucional.

Es nombrada por el Consejo Nacional de la Magistratura por un período de cuatro años. El jefe de la Reniec puede ser objeto de ratificación inmediata, de ser el caso.

Su nombramiento se formula sobre la base de una terna propuesta por el Comité Consultivo del Reniec, el cual tiene la siguiente composición:

- Un representante de la Corte Suprema.
- Un representante del Ministerio de Justicia y Culto.
- Un representante del Ministerio del Interior

Requisitos

- Ser peruano de nacimiento.
- Gozar del derecho de sufragio.
- Tener no menos de cuarenta y cinco años de edad, pero no más de setenta.

Inelegibilidad

Se encuentran impedidos de postular al cargo las siguientes personas:

- Los candidatos a elección popular.
- Los que desempeñen cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas (partidos, alianzas, movimientos).
- Los que hubieren desempeñado cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas (partidos, alianzas, movimientos).

Incompatibilidades

El cargo se ejerce de manera exclusiva y excluyente de cualquier otra función pública, con excepción de la docencia universitaria de tiempo parcial.

Vacancia

Ésta se genera por renuncia, muerte, incapacidad física grave o temporal mayor de doce meses, o por impedimento sobreviniente.

El documento nacional de identidad

Se trata de un documento público, personal e intransferible. Constituye la única cédula de identidad personal para todos los actos civiles, comerciales, administrativos, judiciales y, en general, para todos los casos en que por mandato legal debe ser presentado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la ley 26497 –ley orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil–, deviene el único título de derecho al sufragio.

Este documento es otorgado a las siguientes personas:

- Los peruanos nacidos dentro o fuera del territorio de la República, desde la fecha de su nacimiento.
- Los nacionalizados, desde que obtienen la nacionalidad peruana.

8 *SUFRAGIO Y REPRESENTACIÓN PLURIPERSONAL O PARLAMENTARIA*

La doctrina señala que la representación política puede surgir de la aplicación de un sistema por mayoría, o por representación proporcional.

La *representación en un sistema por mayoría* se basa en que el candidato que obtenga la más alta cantidad de votos es quien ocupa el cargo en disputa. En ese sentido, los votos emitidos en favor del resto de los candidatos no tienen efecto jurídico-político alguno. Como bien afirma el mexicano Eduardo Andrade Sánchez[10], aquí se aplica el principio de "todo para el vencedor"; por ende, éste asume la representación de todos los electores (tanto de aquellos que votaron por él como de los que optaron por preferir a sus adversarios derrotados).

10. ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. Op. cit.

Este sistema de representación ofrece una pluralidad de modalidades, a saber:

- Mayoritario a una vuelta.
- Mayoritario a doble vuelta.
- Mayoritario por preferencia absoluta.
- Mayoritario por preferencia mínima, etc.

La *representación por un sistema proporcional* se basa en que los cargos se ocupan en función de respetar las distintas tendencias expuestas por el electorado. Ello significa que en atención a la regla de proporción, participan del ejercicio del poder tanto la organización política que obtuvo la mayoría de las preferencias, así como aquellas otras que hubieren obtenido preferencias en minoría.

El propósito de esta representación es que el órgano de poder sea una suerte de paisaje político que represente a todos los elementos que integran las posturas políticas de la nación, en sus debidas proporciones de adhesión.

El artículo 187 de la Constitución señala que en las elecciones pluripersonales –por ejemplo, las correspondientes al Congreso de la República– existe representación proporcional, conforme a los criterios que establece la ley electoral.

En ese sentido, la ley orgánica electoral fija una serie de reglas.

La elección de congresistas se hace por el sistema proporcional, con el método de la cifra repartidora, con voto preferencial y opcional.

La cifra repartidora es un método de cálculo que permite convertir los votos escrutados en representaciones asignables (escaños ocupados), según la proporcionalidad de las preferencias obtenidas.

El voto preferencial y optativo consiste en la facultad que tiene el elector de escoger, al interior de la lista de su adhesión, a aquellos candidatos que son de su particular simpatía, sin importar el orden en que aparecen en la referida lista. En nuestro país, en una lista de 120 candidatos al Congreso, el elector puede optar, si lo quiere, por otorgar su preferencia a dos de ellos.

Las representaciones parlamentarias serán ocupadas siguiéndose el orden de cada lista, de manera separada, de la siguiente manera:

- El total de los votos obtenidos por cada lista electoral se divide, sucesivamente, por 120 (este número alude a la cantidad de representaciones o curules parlamentarias en disputa).
- La totalidad de cocientes electorales obtenidos son colocados en orden normal y decreciente hasta obtener un número de

ellos que sea igual al de las representaciones parlamentarias por elegir (120).

Es decir, se colocan en orden decreciente los cocientes, desde el cociente electoral más alto hasta llegar al que ocupe el puesto 120; ello sin distinguir a qué lista pertenecen.

El cociente electoral que ocupa el último lugar en ese orden decreciente –el que aparece en la relación en el puesto 120–, constituye la cifra repartidora.

Debe aclararse que la cifra repartidora se percibe como el número de votos necesario para obtener una de las 120 representaciones sometidas a elección popular.

El total de votos válidamente obtenidos por cada lista se divide por la cifra repartidora, a efectos de determinar la cantidad de representaciones o escaños parlamentarios que corresponde a cada una de ellas.

Al interior de cada lista y en función del número de representaciones obtenidas, se asignan éstas de conformidad al mayor número de votos preferenciales que hubieren obtenido sus candidatos.

En caso de no existir voto preferencial, las representaciones al interior de cada lista quedarán sujetas al orden que ocupen los candidatos en éstas.

8.1 La circunscripción electoral

La Constitución, en su sétima disposición final y transitoria, establece que el primer proceso de elecciones generales de carácter pluripersonal (elecciones al Congreso) que se realice a partir de su vigencia, se efectuará por *distrito electoral único*. Ello en tanto se desarrolla el proceso de descentralización.

El distrito electoral único se caracteriza por la sumatoria de los votos obtenidos por un representante, de todos los electores de cualquier parte del territorio.

En la práctica, esta opción elimina las posibilidades de representación de aquellas poblaciones de mediano y menor electorado relativo. En ese sentido, la presencia de representación de los ciudadanos de Madre de Dios, Tacna, etc., es poco probable.

9 *EL SUFRAGIO DE LOS PERUANOS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO*

La parte *in fine* del artículo 187 de la Constitución señala:

> "La ley contiene disposiciones especiales para facilitar el voto de los peruanos residentes en el extranjero."

Al respecto, el reglamento para la emisión de voto de los ciudadanos peruanos residentes en el extranjero señala, entre otras, las siguientes reglas:

- El sufragio es emitido en la misma fecha señalada para las elecciones en el territorio de la República.
- El sufragio se efectúa en el local de la oficina consular del Perú, o en el que, debido a la insuficiencia física del anterior, señala el funcionario consular.

Para los efectos del sufragio, el Ministerio de Relaciones Exteriores remite al órgano electoral correspondiente la relación de peruanos que figuran en los registros de nacionales que, en cada país, llevan las oficinas consulares del Perú, con indicación del número de la libreta electoral de cada ciudadano.

Sobre la base de esta relación se formula el padrón de electores peruanos residentes en el extranjero, para cada país en específico.

Capítulo V

El defensor del pueblo

1 ASPECTOS GENERALES

El poder casi omnímodo de los oficinistas –más conocidos como *burócratas*–, e incluso la indolencia de las empresas particulares en la administración de algunos servicios esenciales, ha obligado a los Estados modernos a presentar al defensor del pueblo como una alternativa viable de la ciudadanía para la salvaguarda de sus derechos fundamentales y de sus intereses más calificados.

Es evidente que la Administración pública ha alcanzado una enorme proyección social, al extremo de no existir actividad humana que escape a su intervención o supervigilancia.

En los tiempos actuales, la relación *individuo-administración* se establece desde los primeros gritos en la cuna y se prolonga hasta la sepultura. Su presencia en nuestro ordenamiento jurídico es un signo inequívoco de búsqueda de afirmación e identidad democrática; de allí la necesidad de establecer que dicha relación sea justa y armoniosa. El defensor del pueblo tiene un importante cometido en esa tarea.

Más aún, dentro o fuera del ámbito de la Administración pública, la institución del Defensor del Pueblo se presenta como la primera y quizá más importante opción con que cuenta el ciudadano para afirmar la vigéncia plena de sus derechos básicos o esenciales (derechos humanos).

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En las organizaciones estatales del antiguo Oriente, Egipto y China, existió una estructura social basada en el total predominio de las concepciones religiosas, lo que determinó el apogeo de gobiernos de carácter teocrático.

Dentro de estas condiciones de vida, era muy difícil que se reconociera algún tipo de derecho o prerrogativa a los gobernados, o que se crearan instituciones jurídicas que controlasen el poder estatal. En consecuencia, la protección al hombre en sociedades esclavistas fue una quimera; por el contrario, como lo disponía el *Phtah Holtp* egipcio, a los seres "inferiores" se les enseñaba sometimiento y humildad frente a los "superiores".

En la antigua Grecia, durante el siglo VI a. de C., la Ciudad Estado de Esparta se caracterizaba por ser una monarquía diárquica. En ese contexto, Licurgo, organizador de dicho cuerpo político, proveyó los llamados *éforos*, los que elegidos por la asamblea del pueblo en número de cinco, se encargaban de controlar la labor de los reyes. Su cargo duraba un año.

En Roma, como bien sabemos, se presentaron tres fases históricas: la Monarquía, la República y el Imperio.

Con el advenimiento de la segunda de ellas (510 al 61 a. de C.), como resultado de los continuos reclamos de los plebeyos frente al abuso frecuente de los patricios en el Senado, y a efectos de buscar un equilibrio social, se creó la institución jurídica del Tribunado de la Plebe, encargado de la defensa de los derechos de los plebeyos, respecto a los excesos o abusos del poder estatal.

Refieren los historiadores que su inserción legal tuvo origen en los actos de insubordinación y huelga que promovieron las milicias en el año 492 a. de C. contra las frecuentes y abusivas prácticas de la leva. El Senado romano sofocó la acción rebelde mediante una concesión de la naturaleza descrita.

Se trataba de un órgano colegiado cuya conformación llegó a alcanzar diez miembros que gozaban del atributo de *jus intersecciorís*, prerrogativa que les permitía interceder por iniciativa propia o a petición de los plebeyos, ante los miembros del Senado y demás magistrados, cuando estimaban que los actos emanados de éstos eran contrarios a los derechos de libertad de la plebe.

Los *tribunos de la plebe* gozaban del derecho a *veto*, lo que si bien no anulaba ni invalidaba el acto intercedido, en cambio impedía o paralizaba su ejecución.

Fue tal la importancia que adquirió la institución, que el romanista Carlos Moya, en su obra denominada *Curso de derecho romano*, manifiesta:

"La intercesión tribunicia, considerada como la salvaguarda de la libertad humana, constituía tanto un deber como una prerrogativa; a tal punto que no era permitido a un tribuno pasar la noche fuera de Roma."

Durante el apogeo del rey de los francos y emperador de Occidente, Carlo Magno (742-814), sus dominios fueron divididos en distritos cuya conducción y justicia administrativa se encontraba sometida con regularidad a los *missi dominici.*

Estos funcionarios, por lo común, formaban pareja (uno solía ser clérigo y el otro seglar) y estaban encargados de vigilar a los funcionarios y mandatarios mediante visitas de inspección, y de conocer las quejas de los administrados.

En la España ocupada por los musulmanes aparece el *sahid-al-mazaliin*, como una suerte de magistrado personal del sultán, encargado de atender y resolver las quejas contra el poder delegado.

Empero, esta institución propiamente surge en Suecia (1703), al influjo del rey Carlos XII, quien luego de permanecer doce años fuera de su país, encontró una serie de errores y arbitrariedades en el ejercicio de la función pública, por lo que ordenó la institucionalización de un "canciller de Justicia" (en puridad, supremo representante) a fin de ejercer vigilancia sobre los funcionarios de gobierno. Se pretendía, así, asegurar, además de la eficacia de los funcionarios del gobierno, el cumplimiento de las leyes y las responsabilidades públicas.

Posteriormente, en 1809, como consecuencia de la derrota sueca frente al ejército ruso, se firmó el Tratado de Paz de Friedriksman, que tuvo consecuencias políticas de singular importancia, como fueron: el cuestionamiento de la monarquía por su conducción del Estado, la que había llegado al extremo de la humillación bélica; la pobreza generalizada; así como la pérdida del territorio de Finlandia (que se convirtió en un gran ducado, dependiente de Rusia).

Es por ello que el rey Gustavo IV es destronado y desterrado a Suiza. Estos hechos condujeron a la expedición de una nueva Constitución, en donde se recortaron las atribuciones del rey.

En el artículo 96 de la citada carta se prevé que corresponde al Parlamento designar un jurisconsulto de probada ciencia y especial integridad, en calidad de mandatario (*ombudsman*), encargado, según instrucciones, de controlar la observancia de las leyes por los tribunales y funcionarios, y de perseguir ante los órganos competentes a aquellos que en cumplimiento de sus funciones hubieren cometido irregulari-

dades o negligencias debido a parcialidad, favor o cualquier otro motivo, en desmedro de los derechos fundamentales de los súbditos suecos.

A partir de ese momento, al *ombudsman* se le alude como la "longa manus" ("larga mano") del Parlamento.

En dicho momento su labor es semejante a la de un fiscal dentro del seno de la Administración pública. Paulatinamente, su preocupación se extendería a la temática de los derechos ciudadanos.

Se debe dejar constancia de que la institución del ombudsman traspasó las fronteras del área escandinava, como consecuencia de la reconstrucción de los Estados europeos después de la segunda guerra mundial. A partir de allí, bajo la égida de un Estado social de Derecho, surgieron vigorosas administraciones públicas que debían ser objeto de supervisión. Asimismo, se acrecienta de manera muy significativa la "sensibilidad" por la protección de los derechos humanos, luego de la barbarie nazifascista.

En el ámbito peruano encontramos un personaje similar en el apogeo del Imperio del Tahuantinsuyo. Al organizarse los *suyos* o regiones se estableció la creación de una institución burocrática cuyos funcionarios eran conocidos con el apelativo de *tucuricuy* ("el que todo lo ve").

Estos funcionarios vigilaban, visitaban, fiscalizaban e incluso, en algunos casos, hasta administraban justicia. Se encargaban del pleno y exacto cumplimiento de la ley, de la supervigilancia de las tareas encargadas a los *chunca, pachaca, huaranga* y *humo camayoc.* El tucuricuy era un informante del Inca.

Estos funcionarios eran elegidos entre los tíos o hermanos del monarca, y la duración de sus cargos dependía de la voluntad imperial. Se les trasladaba de ubicación en forma periódica.

Con el inicio de la Conquista se trasplanta la concepción jurídica castellana.

En 1575, durante la gestión del virrey Francisco de Toledo, se crea la figura del *protector general de naturales,* quien tenía la responsabilidad de colaborar con la corona en el control de las autoridades administrativas, políticas y judiciales en sus relaciones funcionales con nuestros indígenas. Por ende, debía vigilar el cumplimiento de la ley y proponer mejoras para su condición.

En provincias actuaba un funcionario denominado *protector provincial;* éste y el anterior debían servir de *intermediarios* tuitivos entre la administración y los indígenas.

La institución fue creada a iniciativa del sacerdote doctrinero indiano, Bartolomé de Las Casas. Correspondió su formulación legal al

cardenal Cisneros, regente del reino, mediante real cédula de 17 de setiembre de 1516. Según los cronistas, la institución desapareció del Perú tras el mandato de Francisco de Toledo, a causa de lo "indefinido de sus funciones".

Estos funcionarios gozaban de remuneración estatal; eran escogidos entre los señores de capa y espada. No era requisito exigible el que fuesen abogados.

Su desempeño fue poco rescatable en la práctica, lo que motivó aquel sardónico dicho: "Sólo quiere a los indios el que 'realmente' no los quiere."

No obstante lo expuesto, debe dejarse constancia del papel desempeñado por fray Gerónimo de Loayza, quien a mediados del siglo XVI (1543) dio muestras palpables de su lucha por el buen tratamiento de nuestros indígenas.

En la génesis de la República (1826), con Simón Bolívar en el poder, se elaboró la denominada Constitución Vitalicia, en la cual se creó la Cámara de Censores. Ésta se encontraba integrada por funcionarios públicos con carácter de vitalicios, y tenía obligaciones de suma importancia, tales como:

- Velar por que el Gobierno cumpla y haga cumplir la Constitución, las leyes y los tratados.
- Acusar ante el Senado, de las infracciones que el Ejecutivo cometa en contra de la Constitución, las leyes y los tratados.
- Pedir al Senado la suspensión del vicepresidente y secretario de Estado, si la salud de la República lo demandara con urgencia.

También, al amparo de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Vitalicia, los censores estaban facultados para:

- Proteger la libertad de imprenta.
- Condenar a oprobio eterno a los usurpadores de la autoridad pública, a los grandes traidores y a los criminales insignes.

Al respecto, el historiador Jorge Basadre[1] señaló que a los censores correspondía "la instrucción y la fiscalización política y moral". Asimismo, dejaba constancia de que la Administración pública, si bien quedaba en manos de los ministros, estaba sujeta a la fiscalización de los censores.

---

1 BASADRE, Jorge. *Historia de la República*. Lima: Ed. Perú América, tomo I.

En la Constitución de 1856 se creó la institución del Fiscal de la Nación, como ente encargado de la defensa de la legalidad. Dicho funcionario debía ser nombrado por el Congreso previa propuesta en terna doble por el Poder Ejecutivo. Posteriormente, por ley de 7 de julio de 1857, se precisó que al fiscal de la nación, entre otras funciones, le correspondía inspeccionar las oficinas del Estado dando parte al Congreso de las infracciones y abusos que cometieran los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, amén de cautelar el ejercicio pleno de los derechos políticos durante los comicios electorales.

Esta institución no llegó a implementarse en la práctica, aun cuando se llegó a elegir a Manuel Toribio Ureta como primer fiscal de la nación.

A modo de conclusión, los antecedentes históricos nos permiten afirmar lo siguiente:

a) Los primeros mecanismos de control sobre el poder administrativo tuvieron como objetivo básico el afirmar la voluntad del monarca, así como asegurar una mayor eficiencia y eficacia administrativa.
b) Posteriormente el control se dirigió a salvaguardar los derechos fundamentales de la persona frente al ejercicio anómalo del poder administrador, amén de garantizar la correcta prestación de los servicios públicos destinados a la satisfacción de las necesidades comunitarias.
c) Los actuales modelos de Defensoría del Pueblo han terminado integrando, de manera armoniosa, todos los objetivos anteriormente expuestos.

3 EL DEFENSOR DEL PUEBLO

3.1 Marco conceptual

La expresión *ombudsman*[2] denota aquella persona que da trámite o que tramita. En puridad, se trata de un medio institucional destinado a velar por la defensa de los derechos ciudadanos ante el aparato de la administración gubernamental, así como a asegurar la eficacia y eficiencia del funcionamiento del Estado –que incluso puede alcanzar a las empresas privadas– en el área de los servicios públicos. El Instituto

2 Cfr. PADILLA, Miguel. *La institución del comisionado parlamentario.* Buenos Aires: Ed. Plus Ultra.

Libertad y Democracia[3] lo percibe como una suerte de gestor público que promueve la solución de los problemas burocráticos que movilizan la capacidad de queja de los ciudadanos.

Ante la errada opinión de que el defensor del pueblo u ombudsman verifica una labor análoga a los tribunales administrativos, cabe afirmar lo siguiente:

a) Los tribunales administrativos generan la revocación de decisiones administrativas, o, en su defecto, señalan las compensaciones económicas correspondientes.
   El defensor del pueblo u ombudsman expresa meras opiniones, recordatorios, etc.
b) Los tribunales administrativos encauzan su actividad dentro de la formalidad administrativa.
   El defensor del pueblo u ombudsman actúa con mayor liberalidad, al extremo de no exigir acreditación profesional de defensa, pago de tasas, etc.
c) Los tribunales administrativos aplican el derecho y son neutrales ante las partes en conflicto.
   El defensor del pueblo u ombudsman promueve la defensa de la vigencia de la ley, y su acción consiste en auxiliar al administrado.

3.2 Atribuciones del defensor del pueblo

Las competencias del defensor del pueblo se manifiestan en dos planos muy concretos. Ello en razón de los antecedentes históricos arriba expuestos.

Primer plano

- Defensor de los derechos humanos.
  En lo genérico: dentro y fuera de la Administración pública.
  En lo específico: exclusivamente, dentro de la Administración pública.

Segundo plano

- Supervisor de los servicios públicos:
  En lo genérico: administrados por el Estado y los particulares.
  En lo específico: administrados por el Estado.

---

3 Instituto Libertad y Democracia. *Cuaderno de Trabajo* 1. Lima: Ed. ILD.

Entendemos que ambos planos pueden armonizarse sin contradicción alguna.

En ese rumbo, consideramos que las principales atribuciones del defensor del pueblo serían cinco:

- Salvaguardar la vigencia plena de los derechos humanos de los habitantes de un país, frente a los abusos excesivos o surgidos desde el poder (ámbito general o específico).
- Promover el conocimiento de los derechos arriba citados.
- Legitimación para promover acciones de garantía.
- Supervisión de los servicios públicos a efectos de promover niveles óptimos de eficiencia, eficacia, legalidad y moralidad por parte de sus operadores.
- Iniciativa legislativa en materia de derechos humanos y supervisión de servicios públicos.

La naturaleza doctrinaria de esta institución puede sintetizarse en doce pautas:

a) Se trata de una institución contralora político-administrativa, independiente de los poderes públicos y autárquica en lo relativo a su normatividad interna.

b) Su operatividad y funcionamiento cabal sólo es admisible en aquellos Estados que se adhieren con lealtad y firmeza a los principios de la democracia.

En esa perspectiva, el ejercicio de la queja ciudadana influye en gran medida para la vigencia plena de los derechos humanos y la prestación jurídicamente igualitaria de los servicios públicos esenciales.

Debe reconocerse que en algunas ocasiones las quejas ciudadanas pueden promover cambios cualitativos de mayor significación que aquellos que se intentan por la vía del sufragio.

La experiencia en torno a la institución acredita su enorme importancia, en la petición ciudadana, para afirmar el sistema político-jurídico.

c) Se trata de un funcionario público convertido en el "escudero" de los intereses ciudadanos, frente a una burocracia estatal cuya actividad pudiera verse afectada por el abuso, el error, la incuria, la negligencia, la labor canina o la inmoralidad. En su papel de intermediario cautelador de los derechos ciudadanos de los administrados, contribuye al pleno imperio del Estado de Derecho, así como a la acción eficaz, diligente y ética del

servicio estatal. Indirectamente, permite consolidar la seguridad jurídica de los administrados.

Se inclina, desde el principio, a convertirse en un funcionario tuitivo de las expectativas de los administrados. A diferencia del juez, que ofrece neutralidad entre las partes, el defensor del pueblo promueve la tuitividad del ciudadano ante la vulneración de sus derechos fundamentales.

d) La institución presenta un altísimo grado de adaptabilidad ante las diferentes formas de gobierno (presidencial, parlamentario, mixto, etc.)

   Empero, debe destacarse que en la mayoría de los casos su titularidad emana de una elección parlamentaria.

e) Actúa dualmente, ya a petición de parte o de oficio.

   En el primer caso, recae en el ciudadano la decisión de poner en movimiento la acción de la institución. La queja escrita o verbal se convierte en el hecho desencadenante para la defensa de un derecho vulnerado y para la rectificación del ejercicio del poder en sentido genérico.

   En el segundo caso, el defensor del pueblo actúa *per se*, como "vocero de los sin voz" (menores, enfermos psiquiátricos, reclusos, etc.), así como para defender los denominados *derechos de carácter difuso* (por ejemplo, medio ambiente).

f) El responsable de su conducción es usualmente un jurista de calidades públicas y de elevado respeto ciudadano. Se le exige, por tanto, la asociación de tres condiciones: especialización en materias legales (derecho administrativo, derecho constitucional, etc.); ejercicio profesional con acreditada idoneidad, y reconocida moralidad profesional y social.

g) Ejerce una magistratura persuasiva e influyente. Así, para deshacer los entuertos burocráticos hace únicamente uso de su alta calidad profesional, cívica y moral; de la contundencia de sus conclusiones al resolver la queja ciudadana; y de la razonabilidad de sus recomendaciones. Es decir, sus resoluciones carecen de compulsividad, remitiéndose a hacer sólo sugerencias, recordatorios, admoniciones e incluso reprimendas.

h) Carece de atributos para revocar las actos administrativos, aun cuando constatase en ellos una expresión clara e inequívoca de injusticia o deficiencia administrativa.

i) Los actos procesales que enmarcan su actividad funcional se distinguen por su simpleza, sencillez y gratuidad. Ello en razón de

que por la naturaleza misma de los hechos materia de investigación se requiere de un tratamiento sumario, so pena de generar daños irreparables en desmedro de los ciudadanos. Asegura la defensa plena del imperio de la legalidad administrativa y los derechos consagrados en favor de los administrados.

j) Su intervención promueve y fortalece la responsabilidad de los responsables del ejercicio del poder *in genere*, y de los regentes de la administración de los servicios públicos en el desarrollo de sus tareas y en sus relaciones funcionales con los administrados.

k) La posición que adopta se respalda en el apoyo de la publicidad de las resoluciones que dicta. Éstas pueden aparecer en los medios de comunicación gubernamental, servicios de prensa privados, así como en los informes anuales que se ofrecen al pueblo, representado en el Parlamento.
La intervención de los medios de comunicación social permite crear sensibilidad y atención a las recomendaciones del titular de la institución.

l) Se convierte en el más significativo verificador de los vacíos e incongruencias legislativas. Por ende, usualmente se le otorgan facultades de iniciativa legislativa.
Su experiencia directa en el campo de la aplicabilidad o inaplicabilidad de los derechos fundamentales en el interior de la estructura estatal, le aseguran esta característica.

3.3 Los modelos institucionales

Los distintos ordenamientos jurídicos generados desde la dación de la Constitución sueca de 1809 han promovido, dentro de la naturaleza doctrinaria del ombudsman o defensor del pueblo, una serie de modelos institucionales.

Dichos modelos adquieren originalidad, fundamentalmente, en torno al proceso de nombramiento, a la autonomía o dependencia funcional, o a la extensión de sus atribuciones.

En la actualidad se pueden mencionar tres modelos:

– El *modelo avanzado*, plasmado en Suecia, recibe tal denominación por los ajustes y replanteamientos que se han hecho en el citado país desde la década de los años 50. Sin abandonar sus características esenciales, han enriquecido la institución para acrecentar la defensa de los derechos de los administrados.

- El *modelo ortodoxo* es el plasmado en el esquema original de la Constitución sueca de 1809. Aquí se inscriben Finlandia, Dinamarca, España y buena parte de los países de América latina que han recogido la institución.
- El *modelo heterodoxo* es el plasmado en la fusión de tareas estatales adscritas a un mismo ente encargado de ejecutarlas, o en su desconexión con el nombramiento de origen parlamentario, etc. Aquí aparecen Francia, Israel, Inglaterra, Portugal, Venezuela, Colombia, etc.

Al respecto, podemos establecer algunas consideraciones sobre estos modelos.

3.3.1 El modelo avanzado

La protección de los derechos del ciudadano en sus contactos con las autoridades es fundamental para la vigencia del Estado de Derecho en Suecia.

En este contexto, la institución del ombudsman constituye una garantía contra la mala administración dentro del sistema judicial y la burocracia civil ordinaria, y contribuye al fomento de la confianza pública.

Existen tres tipos de ombudsman:

- Los ombudsman del Parlamento.
- Los ombudsman del Gobierno.
- Los ombudsman semioficiales.

a) Los ombudsman parlamentarios

Por mandato de la Constitución de 1975, existen cuatro funcionarios de este rango elegidos por el *Riksdgg* (Parlamento).

En tal virtud, la comisión principal del Parlamento (Comisión de Constitución), integrada usualmente por quince representantes, nomina en su interior una delegación compuesta por seis miembros encargada de proponer la elección de los ombudsman.

Aprobada la propuesta, ejercen dicha función por el lapso de cuatro años y pueden ser objeto de reelección.

La propia Comisión de Constitución se encarga de examinar la labor de los elegidos a través de los obligatorios informes anuales. Se puede llegar al extremo de la remoción del cargo por pérdida de confianza. Para tal efecto se requiere acuerdo mayoritario del Parlamento.

Entre estos funcionarios existe un *jefe de administración* (primer

ombudsman), quien es el responsable de la marcha del organismo y orientador principal de sus actividades. Se encarga además del conocimiento de los problemas del acceso público a los documentos oficiales, el procesamiento de datos oficiales, y del ámbito administrativo municipal.

El segundo ombudsman supervisa los tribunales de justicia, Ministerio Público, fuerzas policiales y establecimientos penales.

En lo relativo al servicio judicial, la labor se orienta a los asuntos de naturaleza formal (retardo procesal, comportamientos impropios).

El tercer ombudsman supervisa el área de recaudación de impuestos y de bienestar social.

El cuarto ombudsman supervisa las fuerzas armadas y demás materias sobre administración civil.

Como puede comprobarse, la supervisión no alcanza a la representación parlamentaria.

Estos funcionarios carecen de atribuciones para investigar las decisiones de los funcionarios elegidos por sufragio (parlamentarios y autoridades ediles), así como para investigar los actos aprobados por el Consejo de Ministros.

Gozan de plena autonomía respecto del Parlamento; empero, carecen de atribuciones para promulgar órdenes.

La operatividad de la institución del ombudsman en Suecia

– *Quejas provenientes del público.* Cualquier ciudadano que considere que se ha faltado, de alguna manera, a sus derechos, puede remitir una queja por escrito. Cada año son tramitados alrededor de 3.500 reclamos de este tipo. Como estos funcionarios no pueden examinar todos los casos, tienen que concentrarse en los que tienen mayor importancia.

El Parlamento les ha dado poderes para decidir a discreción qué asuntos se han de investigar. También se les ha autorizado a remitir a otras dependencias u organismos gubernamentales los casos que, por su índole, deben ser examinados en primer lugar por esas instancias.

– *Inspecciones.* Tienen la misión de inspeccionar ocasionalmente a las autoridades que están bajo su supervisión.

– *Investigaciones.* Realizan investigaciones de carácter normativo que se extienden por períodos prolongados y que a menudo implican una revisión de leyes vigentes y la verificación de su aplicación. Las propuestas de control de esta índole llegan de diversas fuentes; muchas veces son cuestiones planteadas por la prensa o quejas del público.

Para emprender una investigación, no se tiene que aducir ninguna causa en particular.

– *Evaluaciones.* Emiten opiniones con conclusiones y recomendaciones. El informe oficial que expiden es examinado por una de las comisiones parlamentarias permanentes.

b) Los ombudsman del Ejecutivo

Los nombrados por el ente administrador son los siguientes:

– *El ombudsman de la libre competencia.* La dependencia fue instituida en 1954. Sus actividades están sustentadas en la ley de Defensa de la Competencia. El propósito de este instrumento legal es promover en la economía toda competencia que sea deseable desde el punto de vista del interés público.

Existen dos clases de prácticas comerciales prohibidas y sujetas a sanciones penales: el control de precios de venta al público y la oferta colusoria; sin embargo, bajo ciertas condiciones se conceden excepciones.

Se considera normalmente que una limitación de la competencia tiene efectos nocivos, sea porque es contraria a los intereses públicos, afecta indebidamente la fijación de los precios, restringe la productividad en las actividades económicas, o en razón de que impide u obstaculiza la actividad de otros sujetos en el mercado.

La mayoría de los casos se resuelven por medio de negociaciones con las empresas involucradas. En la hipótesis de que el ombudsman no tuviere éxito en sus intentos de conciliación, puede llevar la causa al Tribunal del Mercado.

Este organismo, en puridad, es una magistratura especial compuesta de juristas, expertos en materia económica y representantes de la industria, del comercio y de los consumidores.

Este tribunal puede imponer alguna prohibición a una empresa impidiéndole la aplicación de determinadas prácticas comerciales. Así, puede ordenar el suministro de mercancías en condiciones equivalentes a las ofrecidas a otras empresas.

La ley de Defensa de la Competencia contiene también un sistema para el control de las fusiones. Cuando una empresa, por medio de la adquisición de otras, consigue una posición dominante en el mercado, y si ello, a su vez, conduce a efectos nocivos al interés público, el Tribunal del Mercado intentará remediar esos efectos por medio de nego-

ciaciones, pudiendo, en último término, impedir la consumación de la fusión. Esa prohibición entrará en vigor contra la empresa sólo si el Gobierno la mantiene. El ombudsman realiza las investigaciones iniciales y decide cuándo el tema debe ser llevado a conocimiento del Tribunal.

Otras funciones son las de emprender acciones contra medidas reguladoras que impidan indebidamente la competencia, y dar una gran divulgación de las cuestiones de esta naturaleza.

– *El ombudsman de los consumidores.* Este funcionario entró en funciones por primera vez en 1971, con la misión de garantizar el cumplimiento de dos leyes de protección al consumidor: la ley de Prácticas Comerciales y la ley sobre Términos Contractuales Impropios.

La ley de Prácticas Comerciales se aplica a empresas y comerciantes que venden mercancías, servicios, etc., mas no se extiende a la publicidad de opiniones ni a la propaganda política, que están protegidas por la ley de Libertad de Prensa.

Una práctica comercial puede prohibirse cuando es contraria a las modalidades aceptadas en la actividad económica, o cuando es considerada inadecuada en aspectos particularmente concretos.

La finalidad que se persigue es proteger al consumidor y al comerciante, de la publicidad engañosa. La ley puede invocarse cuando, por ejemplo, un empresario mediante la publicidad engañosa promete demasiado o pretende atraer a los clientes ofreciendo artículos a precios que luego no mantiene.

En este contexto, rige como principio fundamental "la inversión de la carga probatoria", en virtud de la cual la persona responsable de cualquier práctica comercial tiene que probar la veracidad de la información, las afirmaciones y las promesas presentadas en su publicidad.

Además, a las empresas y otras personas ocupadas en la comercialización se les puede exigir que mediante publicidad o cualquier otro medio suministren información de especial importancia para el consumidor, tal como detalles relativos al precio o naturaleza de las mercancías o servicios en cuestión. Ahora bien, siempre que haya riesgo de que una mercancía pueda causar daño a alguna persona o propiedad, puede prohibirse su venta o alquiler. También pueden vetarse los artículos que demuestren, claramente, ser inadecuados para su propósito principal.

La ley sobre Términos Contractuales Impropios se ha elaborado para proteger al consumidor contra cláusulas irrazonables empleadas por

comerciantes, especialmente en formularios de contratos uniformes destinados a la venta de bienes de consumo duraderos y de servicios. Según esa ley, en caso de que los términos de un contrato favorezcan de forma no equitativa al vendedor a expensas del comprador, ellos pueden prohibirse.

– *El ombudsman para la igualdad entre los sexos.* Es el ombudsman encargado de asegurar el cumplimiento de la ley para la Igualdad entre los Sexos en las Relaciones Laborales, la misma que entró en vigor en 1980 con el objeto de promover la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer en lo referente al trabajo, a las condiciones laborales y a las posibilidades de desarrollo en ese ámbito.

Este funcionario debe tratar, ante todo, de persuadir a los empresarios para que cumplan dicha ley de manera voluntaria. De no conseguirlo, debe negociar el avenimiento. En caso de mantenerse la discriminación, puede llevar el asunto ante el Tribunal de Trabajo.

Debe participar, asimismo, en los esfuerzos comunes para fomentar la igualdad en las relaciones laborales y para formar la opinión pública en ese sentido.

c) El ombudsman semioficial (la Prensa)

Este ombudsman colabora en la defensa cabal de los derechos ciudadanos afectados por la falta de ética periodística. Se vincula con el Consejo de la Prensa, llamado también el Tribunal de Honor sueco, que fue creado en 1916 y es la magistratura más antigua del mundo en su género. Fue instituido por el Club de Prensa Nacional, la Unión de Periodistas y la Asociación de Editores de Prensa.

Este tribunal está conformado por un juez, que actúa como presidente, y sendos representantes de las entidades mencionadas, además de dos miembros de la población en general, que no deben tener vínculos con editores de periódicos ni organizaciones de prensa.

Cualquier interesado puede protestar ante el ombudsman por noticias o comentarios de prensa que considere representan violación de la ética periodística. La persona a la cual atañe el artículo denunciado tiene que dar su consentimiento si quiere que a raíz de la queja se censure al medio de comunicación.

El ombudsman que recibe una queja tiene el deber de averiguar si ésta puede satisfacerse mediante una rectificación o réplica en el órgano periodístico cuestionado. Para ello, puede ponerse en comunicación con el órgano periodístico. Si la disputa no se lograra resolver por esta vía, puede realizar una encuesta cuando considere que pudiera haberse

violado la buena práctica periodística. Concluida la investigación, tiene tres opciones:

- Considerar que el asunto carece de fundamento para reprender al periódico.
- Señalar que la investigación obtenida es sumamente grave e importante, y que, por ende, es necesario someter el caso al Consejo de Prensa.
- Censurar al órgano periodístico sin necesidad de recurrir al Consejo, por haber comprobado una violación menor de la ética periodística.

Nada le impide al demandante llevar la causa ante un tribunal ordinario una vez que ha sido examinada por el ombudsman y el citado consejo.

La presentación de cualquier queja es gratuita. Señálese además que el ombudsman responde a consultas de la comunidad sobre cuestiones de ética periodística.

Cuando se determina alguna violación de normas éticas por algún periódico, éste tiene obligatoriamente que publicar el fallo del Consejo de Prensa o las conclusiones de la investigación del ombudsman. En algunos casos tiene que pagar también una multa por gastos administrativos.

3.3.2 Los modelos institucionales ortodoxos

Finlandia

Aquí la institución se crea en 1919 –es el segundo país en recogerla–, y se preserva en la Constitución vigente de 1971.

Tal como señala el español Víctor Fairen Guillén[4] en su artículo "Normas y tratos sobre el ombudsman de Finlandia", se le encomienda –por disposiciones que el Parlamento señala– el controlar la observancia de las leyes por parte de los tribunales y funcionarios, así como el perseguir ante los órganos jurisdiccionales competentes, a aquellos que por su parcialidad, favor o cualquier otro motivo cometan, en el ejercicio de sus funciones, actos dolosos o negligentes en el cumplimiento de sus tareas.

El ombudsman participa como consultor del Gabinete ministerial, teniendo incluso derecho a participar y opinar en las sesiones.

---

4 FAIREN GUILLÉN, Víctor. "El ombudsman y sus posibilidades en España y países iberoamericanos". En: *Revista de Derecho Frocesal* 3. España.

Dinamarca

Aquí la institución se implementa mediante una reestructuración constitucional en 1953, convirtiéndose en el tercer país en promoverla.

Su función principal –sin ser la única– es la de verificar las quejas contra la Administración. Sin embargo, el Órgano Judicial no se encuentra dentro de su esfera funcional. Conoce de dichos asuntos, de oficio o a petición de parte.

España

La legislación española la ha incorporado mediante el artículo 54 de la Constitución Política, que textualmente refiere:

> "Una Ley Orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales."

Su actividad incluye al sector castrense. Dentro de ese contexto, se encuentra legitimado para presentar acciones de amparo.

Cabe advertir que el título a que hace referencia ese artículo es el relativo a los derechos y deberes fundamentales.

La ley orgánica del Defensor del Pueblo Español se promulgó el 6 de abril de 1981, sobre la base de un proyecto preparado por el jurista Álvaro Gil Robles-Gil Delgado.

Se compone de 37 artículos, entre los cuales se establece que el mandato durará cinco años y que el defensor del pueblo contará con el apoyo de dos adjuntos. Apartándose de los cánones tradicionales, se deja abierta la posibilidad de que su elección recaiga en una persona no versada en derecho. El funcionario goza de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria.

El defensor del pueblo español es elegido por las Cortes Generales con el apoyo de las tres quintas partes de sus miembros.

3.3.3 Los modelos institucionales heterodoxos

Inglaterra

En este país existe un funcionario que comanda la institución con el nombre de *comisario parlamentario ante la Administración*, cargo que fue creado por disposición congresal de 22 de marzo de 1967.

Su designación es potestad del Órgano Ejecutivo, efectuada por la corona. Dicho funcionario se mantiene en el cargo mientras observe buena conducta, pero sólo hasta que cumpla sesenta y cinco años de edad.

Su labor se canaliza a través de los miembros de la Cámara de los Comunes, quienes son los encargados de recibir los reclamos ciudadanos y de hacerlos llegar al comisario. Éste carece de la facultad de realizar visitas de inspección de oficio a los órganos administrativos.

Israel

Casi apenas creado el Estado israelí, se creó por ley fundacional de 18 de mayo de 1944, al *controlador del Estado.* Este mismo funcionario, en 1971, se convirtió además en *comisionado de reclamos públicos.*

Este funcionario es nombrado por el presidente del Estado sobre la base de la recomendación de la *Knesat* (Parlamento). Sus funciones principales se encuentran dirigidas a fiscalizar las finanzas públicas y su ejecución, así como la corrección y la eficacia en la administración del Estado y de las entidades sujetas al control de éste. Como puede verse, se fusionan aquí las labores del contralor de la República con las del defensor del pueblo. Sus labores tienen una duración de cinco años. Paralelamente, coexisten dos comisionados en los ámbitos policial y de las fuerzas armadas. Son designados por el ministro del ramo. Según las estadísticas internacionales, este sistema ha permitido conocer el mayor número promedio de quejas, así como ostentar el más alto índice de declaratorias de quejas fundadas.

Nueva Zelanda

Aparece por ley ordinaria de 7 de setiembre de 1962, con el nombre de *comisario inspector del Parlamento.* A través de ella la institución objeto de estudio aparece por primera vez en el sistema angloamericano.

Su nombramiento emana del gobernador general (representante político de la reina Isabel II), ya que la condición política de este país es la de dominio británico. La designación se efectúa sobre la base de una recomendación del Parlamento.

La duración del cargo es vinculante con la del Órgano Legislativo, la que por ley es de cuatro años. Su titular puede ser una persona lega en materia jurídica.

En la actualidad existen cuatro funcionarios con dicho rango. Ellos pueden nombrar su equipo de asesores, pero corresponde al primer

ministro aprobar el número y clase de sus miembros. El titular del portafolio de Hacienda debe aprobar las condiciones de su nombramiento y sueldo. Este control indirecto del Gobierno disminuye su independencia con respecto a éste. El grado de informalidad es tal, que al igual que el ombudsman de Hawai, el comisario recibe las quejas por teléfono.

Francia

La figura del *médiateur* (mediador) se promueve mediante ley ordinaria de 3 de enero de 1973. Es nombrado por decreto acordado en Consejo de Ministros, por el lapso de seis años. La norma no prevé requisito especial para su designación.

El legislador ha tenido sumo cuidado en no dar oportunidad a que este funcionario ejerza vigilancia sobre los asuntos judiciales, así como que tampoco interfiera en los campos del procedimiento contencioso-administrativo.

El radio de acción del médiateur se encuentra circunscrito a situaciones particulares, para las que la legislación francesa sólo ofrece soluciones de carácter muy genérico. La designación de este funcionario es potestad del Órgano Ejecutivo. Carece de acción de oficio; actúa por mandato de un representante parlamentario, el cual sólo cursa aviso si le parece admisible la necesidad de investigación.

Su misión no radica en censurar los actos de la Administración, sino en incitar a ésta, mediante sugerencias, a reorientar o reconsiderar su actuación.

Cabe afirmar rotundamente que el médiateur o mediador no ha pretendido erigirse en protector o defensor de los derechos públicos subjetivos, sino tan sólo en ser el portavoz de los intereses particulares frente a la Administración pública cuando ésta no ha dado satisfacción a sus legítimas pretensiones. Actualmente, por la escasa eficacia práctica que su ejercicio comporta, el funcionario tiene variados obstáculos para mediar con la Administración.

Finalmente, podemos advertir que es una institución enfocada, desde su creación, más al servicio del Gobierno que de los gobernados, sin particulares poderes y con competencia restringida.

Portugal

Incorporado al ordenamiento jurídico portugués aparece el *proveedor de justicia*, cargo que fue creado mediante decreto ley de 21 de abril de 1975.

Su nombramiento emana del presidente de la República, de conformidad con una terna que le proponen el primer ministro y el ministro de Justicia. Por imperio de la ley, cuenta con un adjunto, cuya elección a él corresponde.

Tiene rango de ministro de Estado. Es miembro del Consejo Superior de la Magistratura, e incluso tiene facultades de cuestionamiento sobre la legalidad y constitucionalidad de las prácticas administrativas.

3.3.4 El ámbito latinoamericano[5].

Venezuela (modelo heterodoxo)

Es importante consignar la originalidad planteada por la Constitución venezolana de 1961, en donde a través de su artículo 218 se fusiona subliminalmente la institución del ombudsman en el haz de atribuciones del fiscal general.

La norma expresa textualmente:

> "El Ministerio Público velará por la exacta observancia de la Constitución y de las leyes, y estará a cargo y bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal General de la República, con el auxilio de los funcionarios que determine la ley orgánica."

Esta última, data del 16 de setiembre de 1970.

El artículo 220 de la Constitución venezolana establece las siguientes atribuciones para el Ministerio Público:

1) Velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales.
2) Velar por la celeridad y buen nombre de la administración de justicia.
3) Ejercer la acción penal.
4) Velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos en las cárceles y demás establecimientos de reclusión.
5) Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos con motivo del ejercicio de sus funciones.
6) Las demás que le atribuyen las leyes.

---

5 GARCÍA TOMA, Víctor. *Constitución y derecho judicial.* Lima: Ed. Concytec.

En puridad, el legislador venezolano no tuvo la intención deliberada y consciente de consolidar ambas instituciones, sino que más bien intentó dotar al Ministerio Público del monopolio del control del poder en torno a la temática de los derechos humanos; mas su reinterpretación doctrinaria nos obliga a entenderlo como una expresión *sui generis* del ombudsman en América latina.

La legislación complementaria le otorga el rol de protector de los consumidores de bienes y servicios públicos; el coadyuvar al mejoramiento de la calidad de vida; la protección de los derechos humanos, y la salvaguarda del medio ambiente.

Colombia (modelo heterodoxo)

En el caso colombiano debe resaltarse el hecho de que su novísima Constitución (1991) ha aprovechado la valiosa experiencia de Venezuela y Perú.

Desde esa perspectiva, la función de defensoría del pueblo ha sido asignada a un órgano de control denominado Ministerio Público, el cual se encuentra bajo la responsabilidad del *procurador general de la nación.*

El procurador general de la nación es el supremo director del Ministerio Público. Es elegido por el Senado, por un período de cuatro años, de una terna integrada por candidatos del presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo del Estado.

Entre sus principales responsabilidades, establecidas en los artículos 118 y 275 de la ley fundamental, tiene las siguientes:

- Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
- Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del defensor del pueblo.
- Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas o haciendo hincapié en la conducta oficial de quienes las desempeñan.

El defensor del pueblo forma parte del Ministerio Público y ejerce sus funciones bajo la suprema dirección del procurador general de la nación. Es elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años, de una terna elaborada por el presidente de la República.

El citado funcionario tiene la responsabilidad de velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los llamados derechos fundamentales de la persona.

Dentro de esa perspectiva, le caben las siguientes atribuciones:

- Orientar e instruir a los habitantes del territorio colombiano y a los nacionales de ese país con residencia en el exterior, sobre el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.
- Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza.
- Invocar el derecho de hábeas corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados.
- Organizar y dirigir la defensoría del pueblo.
- Interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia.
- Rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones.

Debe dejarse constancia de que en el ordenamiento jurídico colombiano existe un organismo denominado Fiscalía General de la Nación (FGN), encargado de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Como se aprecia, se han fraccionado en dos entes autónomos las funciones del representante de la sociedad. Así, aparece como perseguidor del delito (FGN) y como defensor de la legalidad y los derechos humanos (defensor del pueblo).

El artículo 118 de la Constitución colombiana incluye dentro de la estructura del Ministerio Público al denominado *personero municipal.*

Este funcionario es elegido por cada concejo municipal, que funge de órgano vigilante encargado de velar por el cumplimiento de la Constitución, leyes, ordenanzas y órdenes superiores, así como también de fiscalizar la conducta de los empleados municipales.

Asimismo, actúa como defensor del pueblo y como agente en materia penal. En cuanto a lo primero, se encarga de recibir las quejas y reclamos que cualquier personero le haga llegar referente al funcionamiento de la Administración, al cumplimiento de los cometidos que le señalan las leyes, y a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Guatemala (modelo ortodoxo)

En el caso de Guatemala, el defensor del pueblo aparece en la Constitución de 1985 bajo la denominación de *procurador de derechos humanos.* Se adscribe al modelo ortodoxo (comisionado del Parlamento).

México (modelo heterodoxo)[6]

En el caso de México, aparece a nivel constitucional mediante la reforma constitucional del artículo 102 de la Constitución de 1917 (1992). Dentro de ese marco, mediante ley orgánica se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos, cuyo presidente es elegido por el Órgano Ejecutivo y ratificado por el Órgano Legislativo.

El Salvador (modelo ortodoxo)

En el caso de El Salvador, la Defensoría del Pueblo aparece como una consecuencia política de los Acuerdos de Paz (Ciudad de México, 27 de mayo de 1991), y por las reformas constitucionales de 1991. Tiene la denominación de Procuraduría de Derechos Humanos.

Paraguay (modelo ortodoxo)

Aparece también en la Constitución del Paraguay de 1992, como un típico comisionado del Parlamento, bajo la denominación de defensor del pueblo.

A nivel de legislación ordinaria, aparece en países como Costa Rica, Puerto Rico, etc.

4 *EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO*[7]

La inserción de esta institución se produjo en la Constitución de 1979, y tuvo como fuente de inspiración la Constitución española de 1978.

Al respecto, no debe olvidarse que el exconstituyente aprista Javier Valle Riestra mantuvo en la década de los años 70 un largo exilio en

---

6 En México se ha creado una institución sumamente interesante conocida como Defensor de los Derechos Universitarios. Funciona dentro de la estructura orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México. En una conferencia dictada en febrero de 1986, el titular de la institución, Jorge Basadre Graf, la definió como un ente universitario encargado de recibir las reclamaciones individuales de los estudiantes y de los miembros del personal académico, por la afectación de derechos que les otorga la legislación de la materia. Se encarga de realizar investigaciones, ya a petición de parte o de oficio. Asimismo, propone las soluciones que sean del caso. No tiene facultades para tramitar quejas contra resoluciones disciplinarias dictadas por autoridades competentes, ni tampoco sobre asuntos vinculados con las evaluaciones académicas.

7 Cfr. los trabajos de los siguientes autores: ELEJALDE ESTENSSORO, César. *El Ministerio Público.* Lima: Ed. Cultural Cuzco; y FLORES POLO, Pedro. *El Ministerio Público y el defensor del pueblo.* Lima: Ed. Cultural Cuzco.

Madrid, lo que lo hizo familiarizarse y mantenerse en permanente actualización con los avances de la legislación española.

El prestigioso jurista planteó la inserción de su función, inicialmente, como una de las funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales.

En puridad, este órgano de control constitucional fue ideado primigeniamente por Javier Valle Riestra para una compleja y multiforme tarea. Así, su actividad debía encuadrarse en lo siguiente:

a) Constituirse en el órgano contralor de la Constitución.
b) Constituirse en el órgano evaluador y seleccionador de las propuestas para el nombramiento de los funcionarios judiciales (Poder Judicial y Ministerio Público).
c) Constituirse en el órgano de defensoría del pueblo ante el seno de la Administración pública.

Esta concepción teórica no mereció atención por parte de las bancadas mayoritarias de la Asamblea Constituyente (Apra y PPC), lo cual obligó a Valle Riestra a bregar para "trasplantar" la defensoría dentro de las atribuciones del Ministerio Público.

En esa circunstancia, el 5 de noviembre de 1979 planteó ante la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente lo siguiente:

> "Podríamos concebir un fiscal autónomo cuya misión fuere en parte la tradicional del fiscal y la otra que recogiera lo que se llama hoy en la legislación española 'Defensor del Pueblo', siguiendo la genealogía del Ombudsman: aquel que está encargado de controlar la Administración pública y de incitar el cumplimiento de sus obligaciones."

Posteriormente, Javier Valle Riestra planteó el 13 de diciembre de 1979. lo siguiente:

> "... poniéndolo como contralor, como defensor del pueblo, tal como lo expone la Constitución española, el fiscal puede recibir queja ciudadana, de cualquier naturaleza, y procurar darle un remedio."

Sobre la base de dichas argumentacicnes se crea, en nuestro país, la institución del defensor del pueblo como una función adscrita y agregada a las funciones clásicas del Ministerio Público.

Posteriormente, el Congreso de la República, mediante ley 23223, de 16 de octubre de1980, otorgó facultades legislativas al Poder Ejecutivo

para dictar, vía decreto legislativo, la ley orgánica del Ministerio Público.

La redacción del proyecto estuvo a cargo de Nicanor Silva Salgado, quien dentro de un plazo de sesenta días lo presentó al seno del Poder Ejecutivo, aprobándose mediante el decreto legislativo 52.

El texto, en la parte relativa al defensor del pueblo, fue tomado casi literalmente del derecho comparado.

Este proceso de recepción combinó artículos completos de textos legales distintos y adscritos a modelos institucionales disímiles.

Así, a lo largo de la parte respectiva del texto desfilaron, con innegable transparencia, citas normativas del proyecto de ley del comisionado parlamentario, del Canadá (1974); del proyecto de ombudsman de Alberto (1967); de la ley del Ombudsman, de Hawai (1976), y principalmente del proyecto preparado por Álvaro Gil Robles, de España (1979).

La aplicación de la institución después de una década, llevó a que paulatinamente se reconociese que había fracasado.

Dentro de ese contexto, consideramos como fundamentales causas de dicho fracaso las siguientes:

La deficiente redacción del decreto legislativo 52, que incluso refundía dos funciones distintas, como son las labores de acción judicial y las específicas de intermediario de las quejas ciudadanas ante la Administración pública por la vulneración de derechos fundamentales vinculada con la prestación de servicios públicos.

Ello motivó –lo que pudo evitarse con una legislación clara y eficiente– que se comparase al Ministerio Público con aquel inolvidable personaje imaginado por Robert Stevenson (1850-1894) en su novela *El extraño caso del Dr. Jekyll y de Mr. Hyde*, en donde un científico desdoblaba su personalidad en un asesino conocido como Mr. Hyde. En puridad, parecía paradójico que se refundieran en un mismo órgano la labor denunciante y acusadora encargada del acopio de pruebas, y un rol tuitivo y protector.

Los miembros del Ministerio Público carecieron de un cabal conocimiento de las materias jurídico-administrativas propias de la Administración pública, e incluso ignoraron lo relativo a su organización y funcionamiento.

Asimismo, carecieron del interés y la pasión suficientes para acometer tareas fuera del ámbito judicial. La realidad nos descubrió un grupo de funcionarios que, habituados al quehacer judicial –en donde reina la vorágine de expedientes; impera el mundo de los recursos impugnatorios, los plazos procesales, etc.–, encontraron en las funciones del defensor del pueblo un "enemigo" de su tiempo y atención laboral.

El "espíritu fiscal" llevaba consigo –al igual que los camellos su joroba– la deformación profesional, los viejos hábitos y las malas costumbres que circundan nuestro Órgano Judicial.

La incuria, el desconocimiento y la falta de un real interés llevaron a la inoperancia casi total de una institución que dentro de los predios del Ministerio Público pudo haber dado buenos resultados porque, partiendo de nuestra realidad, permitía lo siguiente:

- Existencia de una vasta red nacional de funcionarios tuitivos de los derechos ciudadanos, ubicables fácilmente y que no generaban una nueva burocracia.
- Aseguramiento de los fines institucionales frente a una nativa burocracia, en donde la mera recomendación, sugerencia y admonición no "atemorizan".

Nuestra empleocracia no se amedrenta fácilmente; en cambio, la presencia del fiscal generaba una actitud más respetuosa y prudente.

Es curioso decirlo, pero una institución que carecía de facultades compulsivas, encargada a un ente –el Ministerio Público– que, entre otras funciones, se vincula con la represión y el castigo, creó –en los primeros momentos– un estado de ánimo más asequible para "escuchar" con más atención las quejas del pueblo.

4.1 La Constitución de 1993

El nuevo texto fundamental de la República ha establecido en su artículo 162 la institución del defensor del pueblo como un órgano autónomo e independiente de los poderes públicos (incluyendo, por cierto, al propio Ministerio Público).

Los debates en el seno de la Comisión Permanente de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente, celebrados a partir del 12 de abril de 1993, nos permiten establecer cuatro conclusiones:

a) Correspondió al constituyente Gonzalo Ortiz de Zevallos, exfiscal de la nación, asumir la posición de defensa del modelo heterodoxo –versión latinoamericana– presente en la Constitución de 1979.

En honor a la verdad, su posición careció de una fundamentación razonada, limitándose a considerar que, durante su gestión como conductor del Ministerio Público, las funciones del defensor del pueblo fueron cumplidas con satisfacción de la ciudadanía.

En la misma tesis se ubicaron los constituyentes Róger Cáceres Velásquez, Fernando Olivera Vega y Enrique Chirinos Soto. Los primeros plantearon algunos argumentos de mayor fuste, los que, sin embargo, no fueron suficientes para persuadir a los demás miembros de la Comisión Permanente.

b) El anteproyecto preparado por los constituyentes Carlos Ferrero Costa, Lourdes Flores Nano y César Fernández Arce, tomó como referencia específica la versión existente en la Constitución española de 1978.
Como puede observarse del referido anteproyecto, se trata de un trasplante casi mecánico y literal.

c) Durante los brevísimos debates planteados en torno al tema, el constituyente Fernando Olivera Vega logró introducir algunas modificaciones interesantes al anteproyecto; de allí que se incorporaron nociones como el establecimiento de la supervisión de la prestación de los servicios públicos.
Ello permitirá que el defensor del pueblo extienda su vocación tuitiva hasta el quehacer de las empresas privadas responsables de la administración de servicios públicos.
De esta manera, el defensor del pueblo en el Perú adopta algunas de las funciones del actual ombudsman sueco (ombudsman del Ejecutivo).

d) Igualmente, el fijar como edad mínima para ejercer dicha función los treinta y cinco años. El anteproyecto preveía la edad mínima exigida para ser magistrado de la Corte Suprema (mayor de cuarenta y cinco años).

4.2 La autonomía

La Defensoría del Pueblo goza de la prerrogativa de la autonomía. Ello implica la facultad, dentro del marco de la Constitución y de su ley orgánica (ley 26520), de establecer *per se* las políticas institucionales y su manejo económico-administrativo, amén de poseer competencias de autorregulación reglamentaria.

Así, se impide la injerencia de los poderes públicos en lo que es inherente y de competencia de la Defensoría del Pueblo.

En ese contexto, la parte *in fine* del artículo 162 de la Constitución le otorga la potestad de presentar su propio proyecto de presupuesto ante el Órgano Ejecutivo, y de sustentarlo por intermedio de su titular ante esa instancia y en el seno del Congreso.

4.3 Elección del defensor del pueblo

El titular de la institución es elegido por el Congreso con el voto aprobatorio de los dos tercios de su número legal.

Por ello, en atención a que el artículo 90 de nuestra carta política dispone que el número de congresistas es 120, para alcanzar el cargo se requiere el voto favorable de 80 de sus miembros.

Es evidente que dicha exigencia obligará a un saludable consenso de las fuerzas políticas acreditadas en el Congreso; por ende, la reputación ética y profesional del elegido deberá ser manifiesta y rotunda.

El cargo se ejerce durante cinco años, y por imperio de la autonomía concedida no se encuentra sujeto a ningún tipo de mandato imperativo de los congresistas.

Para ser removido –conforme a lo que dispone la ley orgánica de la materia–, el Congreso deberá *aprobar* dicha medida con el voto de por lo menos dos tercios del número legal de sus miembros.

Se señala además que la elección se efectuará dentro de los sesenta días anteriores a la expiración del mandato de aquel que se encontrare en ejercicio efectivo del cargo.

.Para tal efecto, el Pleno del Congreso designará una comisión especial integrada en lo posible respetando la proporción de cada grupo, partido o alianza política representados en el Congreso, a efectos de recibir las propuestas y efectuar la selección del candidato.

La candidatura propuesta por la comisión especial será votada de conformidad con lo que dispone la Constitución. El rechazo de la propuesta exigirá el pronunciamiento del Congreso sobre las nuevas propuestas que formule la comisión especial.

El defensor del pueblo goza de la prerrogativa de la inmunidad y demás dignidades asignadas a los miembros del Congreso.

La *inmunidad* consiste en la garantía de no asumir ninguna responsabilidad ante ningún tribunal ni autoridad por los votos u opiniones que emite en el desempeño de sus funciones. De esta manera se pretende afianzar la plena independencia del titular de la institución.

La inmunidad comprende desde el período de su elección hasta un mes después de haber cesado en sus funciones. Dicho criterio se acepta por aplicación analógica del artículo 93 de la Constitución.

Esta garantía no tiene carácter absoluto, ya que por excepción, en el caso de ser sorprendido en la comisión de delito flagrante, el defensor del pueblo puede ser puesto a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro del lapso de veinticuatro horas, a fin de que se

autorice o deniegue la solicitud de privación de su libertad y su posterior enjuiciamiento.

Tiene derecho también al procedimiento de acusación constitucional cuando es objeto ante el Congreso de una acusación por supuesta infracción de la Constitución o por delito vinculado con el ejercicio de sus funciones. Tal prerrogativa se extiende hasta cinco años después de que hubiere cesado en el cargo.

4.4 Incompatibilidades

Éstas expresan la imposibilidad jurídica que tiene una persona para el ejercicio de varias funciones públicas de manera simultánea.

De conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley orgánica del Poder Judicial, existe la modalidad de incompatibilidad *por razón del cargo*; esto es, que no pueden ser elegidos para asumir la titularidad de la Defensoría del Pueblo las siguientes personas:

- El presidente de la República.
- Los vicepresidentes.
- Los representantes al Congreso.
- El contralor general.
- Los ministros de Estado.
- Los miembros del Tribunal Constitucional.
- Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura.
- El subcontralor general.
- Los viceministros de Estado.
- Los directores generales de los ministerios.
- Los funcionarios que ejercen autoridad política (prefectos, subprefectos).
- Los alcaldes, etc.

La incompatibilidad subsiste mientras éstos permanezcan en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, se encuentran imposibilitados de ejercer cualquier otra actividad u obrar, tanto en el seno de entidades públicas como en las privadas, excepto en el caso de desempeño de la docencia universitaria.

Al respecto, la ley orgánica expresa que esta incompatibilidad se extiende a todo mandato representativo, cargo judicial o político, filiación política o sindical, cargo en asociación, fundación, o el simple ejercicio de cualquier profesión u oficio.

En este contexto, el defensor del pueblo deberá renunciar a toda

situación de incompatibilidad que pudiera afectarle, dentro de la semana siguiente a su nombramiento y antes de tomar posesión del cargo. Caso contrario, se entenderá su omisión como no aceptación del mismo.

4.5 La cesación en el cargo

El defensor del pueblo cesará por alguna de las siguientes razones:

a) Por renuncia. La declaración corresponde al presidente del Congreso.
b) Por vencimiento del plazo de designación. La declaración corresponde al presidente del Congreso.
c) Por muerte o incapacidad permanente sobrevenida. La declaración corresponde al presidente del Congreso.
d) Por actuar con negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes funcionales. La decisión respectiva será adoptada con el voto conforme de los dos tercios (80) del número de miembros del Congreso.
   Para tal efecto se llevará a cabo inicialmente una audiencia con el afectado, y posteriormente un debate parlamentario.
e) Por haber sido condenado, mediante resolución ejecutoriada, por la comisión de delito doloso. La declaración corresponde al presidente del Congreso.
f) Por incompatibilidad sobreviniente. La decisión respectiva será adoptada con el voto conforme de los dos tercios (80) del número de miembros del Congreso. Para tal efecto se llevará a cabo inicialmente una audiencia con el afectado, y posteriormente un debate parlamentario.

4.6 Estructura funcional

El artículo 32 de la ley orgánica de la Defensoría del Pueblo señala que ésta contará progresivamente con oficinas en cada capital de departamento, amén de la facultad de establecer otras en cualquier lugar de la República cuando fuere necesario.

Asimismo, el defensor del pueblo cuenta con el auxilio de adjuntos que lo representarán en el ejercicio de sus funciones, amén de ser los responsables de la conducción de las oficinas departamentales. De otro lado, tiene atribuciones para designar libremente a los asesores necesarios para el ejercicio de sus responsabilidades, de acuerdo con las normas de su reglamento interno y los límites presupuestales.

4.7 La colaboración interinstitucional

Las autoridades funcionales y servidoras de los organismos públicos están obligadas a lo siguiente:

a) Proporcionar las informaciones solicitadas por el defensor del pueblo.
b) Facilitar las acciones de inspección.

Con tal objeto, el defensor del pueblo está facultado para apersonarse, incluso sin previo aviso, a fin de obtener *in situ* los datos e informaciones que fueren menester para tramitar una queja ciudadana.

Estas acciones de inspección incluyen la realización de entrevistas personales, el estudio de expedientes y documentos, etc.

Todo lo arriba expuesto se cumplirá sin perjuicio de las restricciones legales en materia de secreto judicial, o de las existentes por invocación de interés superior del Estado.

Ambas limitaciones deberán ser justificadas por los órganos estatales objeto de una solicitud de información o visita de inspección. Esta fundamentación sólo procede en cuestiones relativas a:

- Seguridad.
- Defensa nacional.
- Relaciones internacionales.

La decisión de esgrimir la prerrogativa de restricción legal debe ser acordada por el jefe del sector respectivo, en concordancia con los ministros de Defensa, Interior o Relaciones Exteriores, según sea el caso. Para tal efecto se extenderá una certificación oficial que será remitida al defensor del pueblo.

De otro lado, la ley orgánica de la Defensoría del Pueblo señala que cuando un mismo hecho violatorio de derechos humanos está siendo investigado por otra autoridad, el titular de la Defensoría podrá tener acceso a las informaciones pertinentes, amén de poder aportar los elementos de juicio provenientes de su propia investigación.

4.8 Las funciones

La deficiente redacción empleada en el artículo 162 de la Constitución genera un problema de interpretación sobre las específicas funciones del defensor del pueblo.

Al respecto, la citada norma señala lo siguiente:

> "Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía."

Ello obliga a hacer, con suma reflexión, la elección entre una determinación subjetiva u objetiva del proceso de interpretación.

La *determinación subjetiva* incide en investigar la voluntad del legislador (*mens legislatoris*), es decir, lo que éste ha querido expresar en la ley. Ella parte del criterio de considerar en la interpretación las circunstancias personales y de hecho ligadas a la etapa de elaboración de la norma.

En esa perspectiva, la lectura de las actas de la Comisión Permanente de Constitución y Reglamentos del Congreso Constituyente Democrático, acredita que la función del defensor del pueblo es específica en lo relativo a la defensa de los derechos fundamentales de la persona y de la comunidad, supervisando para tal efecto el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

En suma, su función se resume en la actuación tuitiva en pro de los derechos humanos, la cual se ejerce ante la administración estatal o las empresas privadas ligadas a dichos derechos en razón a actos de administración, actos administrativos o prestación directa de servicios públicos.

La voluntad del legislador fue manifiesta en el sentido arriba expuesto.

La *determinación objetiva* incide en la investigación *per se* de la ley (*mens legis*), es decir, de lo que aparece como objetivamente prescrito en el texto. Allí se parte del criterio de considerar en la interpretación el empleo de los datos que son discernibles por el intérprete al "aprehender" la expresión de la norma.

En ese sentido, las representaciones mentales, expectativas y propósitos del legislador que no hubieren alcanzado *expresión* en la norma, carecen de relevancia jurídica y, por ende, están despojados de obligatoriedad. En puridad, sólo tiene valor aquella voluntad vertida en el precepto.

Ésta es la opción elegida por el legislador ordinario al expedir la ley 26520, ley orgánica del Defensor del Pueblo.

Según esto, el defensor del pueblo cumpliría una doble función:

La primera tiene que ver con la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, cuyo específico ejercicio sería precisado en la ley orgánica.

A manera de esbozo, dicho ejercicio se concreta en la tramitación de quejas ciudadanas; interposición de acciones de garantía vinculadas con derechos constitucionales de carácter difuso –medio ambiente, bienes o valores culturales, etc.–; interposición de acciones de control de la constitucionalidad o legalidad; exhortaciones; sugerencias e iniciativas legislativas ante los poderes públicos o sectores específicos de la sociedad civil.

La segunda función tiene que ver con preservar la eficiencia y eficacia de los actos de administración del aparato estatal, o en los servicios públicos.

A manera de esbozo, este ejercicio se concreta a través de visitas de inspección, visitas de supervisión e investigaciones; análisis sobre el carácter y contenido de las normas relativas a la materia; evaluaciones con recomendaciones sobre la calidad de la prestación de los servicios, etc.

Ahora bien, cabe precisar que los deberes de la Administración pública se encuentran referidos a aquella actividad que el Estado desarrolla para atender de manera inmediata los intereses generales que tiene a su cargo para el cumplimiento de los fines señalados en el artículo 44 de la Constitución, a saber:

- Defensa de la soberanía nacional.
- Preservación total de la vigencia plena de los derechos humanos.
- Protección a la población de las amenazas contra su seguridad.
- Promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación.
- Establecimiento y ejecución de la política de fronteras.
- Promoción del proceso de integración.
- Desarrollo y cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.

La expresión *intereses generales* comprende todo aquel conjunto de beneficios, ventajas o utilidades de orden material o espiritual atinentes a la mayoría de los miembros de la sociedad civil. En ese contexto, los servicios públicos expresan una de las modalidades más significativas para satisfacer tan calificados intereses.

La Administración pública comprende actualmente al Gobierno central y entes descentralizados (regiones, municipios); organismos autóno-

mos descentralizados; organismos centrales; instituciones públicas descentralizadas; sociedades de beneficencia y empresas públicas.

En lo relativo a los servicios públicos, éstos expresan las prestaciones de carácter colectivo realizadas y supervigiladas por la Administración pública, bajo un régimen de derecho público, tendientes a la satisfacción concreta de necesidades comunitarias tales como la educación, la salud, el transporte, etc.

Los servicios públicos suelen ser clasificados como *propios* cuando son administrados por el Estado *per se* o por medio de un particular sujeto a un régimen de concesión; o como *impropios* cuando son asumidos por particulares, con sujeción a un permiso o licencia especial; en este caso el Estado ejerce supervigilancia.

Dentro de dicho contexto, cuando las atribuciones del defensor del pueblo se realicen con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de un acto administrativo habilitante, él podrá instar a las autoridades administrativas competentes a la verificación del ejercicio de sus facultades de inspección y control.

Más aún, el defensor del pueblo tiene injerencia para supervisar la actuación de las personas jurídicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas, o la prestación de servicios públicos por particulares.

Como atribuciones adicionales, la ley orgánica de la Defensoría del Pueblo señala las siguientes:

- Promover la firma, ratificación, adhesión y efectiva difusión de los tratados internacionales relativos a derechos humanos.
- Organizar y administrar el Registro nacional de detenidos y sentenciados a pena privativa de libertad efectiva.
- Participar, de oficio o a petición de parte, en cualquier procedimiento administrativo –o iniciarlo–, en representación de una persona o grupo de personas, para la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

4.9 Examen de las quejas

La *queja* del administrado es la expresión escrita, oral o bajo cualquier otra forma, de una reclamación ante el defensor del pueblo.

Implica la sustentación del desagrado de una persona por haber sido vulnerada en alguno de sus derechos esenciales como consecuencia de un acto de inercia, negligencia u ocio, producto de una acción u omisión funcional.

Las quejas pueden estar motivadas por:

a) Violación de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad.
b) Violación de los deberes de la Administración pública y de la prestación de los servicios públicos, la misma que genera depredación de los derechos de la persona y de la comunidad.

Puede recurrir en queja ante el defensor del pueblo cualquier persona natural o jurídica, en forma individual o colectiva, sin restricción alguna.

No constituye impedimento, para ello, la nacionalidad, sexo, minoría de edad, residencia, incapacidad legal, condición de interno de un centro de readaptación social o de reclusión, escuela, etc. y, en general, cualquier relación especial de sujeción o dependencia, de hecho o de derecho, a una tercera persona o a la Administración pública.

El objeto de la presentación de una queja puede ser:

a) Hacer cesar la situación dañosa que pesa sobre una persona.
b) Promover el mejoramiento del servicio estatal.
c) Promover la sanción del funcionario o servidor público que incumple o desvirtúa una responsabilidad funcional.
d) Promover la adecuación de la legislación con la realidad concreta y con la jerarquía normativa existente en el país.

Las quejas se encuentran sujetas al cumplimiento de los siguientes requisitos:

– Presentación de un escrito debidamente firmado por el peticionante o su representante, con indicación de su nombre y domicilio.

Por excepción, es admisible la presentación de una queja utilizando las dos modalidades siguientes:

a) *Queja verbal.* Su aceptación se hará constar mediante el levantamiento de un acta. En este documento oficial se consignarán los datos arriba referidos.
   Esta modalidad se sustenta en un acto de discrecionalidad del defensor del pueblo, en atención a las circunstancias que rodean al peticionante (grado de cultura, enfermedad o defecto físico, etc.).
b) *Queja por medios administrativamente no convencionales.* Esta modalidad puede ejecutarse a través de una grabación, de un medio radiofónico, etc.

Su convalidación exige la debida identificación del quejoso o su representante.

– Fundamentación basada en la descripción de los hechos que la motivan, y expresión del objeto de la queja.

La ley orgánica señala expresamente la no existencia de cualquier otro requisito adicional.

En aquellos lugares donde no exista oficina de Defensoría del Pueblo, la queja puede ser presentada ante cualquier fiscal del Ministerio Público, quien la deberá transmitir inmediatamente, bajo responsabilidad, a conocimiento de la Defensoría del Pueblo.

No serán admitidas a trámite aquellas quejas que adolezcan de los siguientes vicios:

a) Cuando no cumplen los requisitos de presentación.
b) Cuando se advierta, de su contenido, mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión o fundamento fútil o trivial.
c) Cuando sobre la materia planteada exista proceso judicial en trámite.

Sin embargo, estos vicios no impiden la investigación sobre los problemas generales planteados en la queja.

La resolución de inadmisibilidad del trámite no es susceptible de impugnación. De ser necesario, se deberá dejar constancia de las correspondientes *vías administrativas o judiciales procedentes* para hacer valer el reclamo.

La investigación de la queja es sumaria. Para tal efecto se podrá solicitar la documentación y efectuar las diligencias que se consideren pertinentes.

La negativa u omisión de la entrega de los informes solicitados, por parte del funcionario responsable de su emisión, puede acarrear que el defensor del pueblo solicite al superior jerárquico de aquél la apertura del proceso disciplinario correspondiente.

La ley orgánica, de manera criticable, no establece alternativa de solución, ni vía de sanción por terceros, cuando ocurre un acto de resistencia al pedido del defensor del pueblo.

Ahora bien, la ley orgánica señala que la apertura de proceso disciplinario no rige para los siguientes funcionarios:

– Presidente de la República.
– Ministros de Estado.

- Miembros del Tribunal Constitucional.
- Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y fiscales.
- Vocales de la Corte Suprema.
- Contralor general.
- Miembros del sistema electoral.

Cuando la queja atañe a la *conducta funcional* de un funcionario o servidor público, se dará cuenta de la misma a éste y a su superior jerárquico.

Asimismo, cuando un superior jerárquico prohíbe a un funcionario o servidor público dar cumplimiento a un requerimiento planteado por el defensor del pueblo, deberá exponer de manera razonable las motivaciones de su decisión.

Cuando a pesar del conocimiento de las razones de la prohibición el defensor del pueblo considerase oportuno reiterar el cumplimiento, la medida dictada deberá ser inmediatamente levantada y deberá cumplirse con lo solicitado.

En todo caso, quien hubiere dispuesto la prohibición queda sujeto a las responsabilidades legales a que hubiere lugar, si se estableciera que carecía de justificación.

Cabe advertir que las quejas, a lo largo de toda su tramitación e incluso después de emitirse la resolución, no interrumpen ni suspenden los términos o plazos de procedimientos administrativos sobre los que puedan versar.

No obstante lo expuesto, en aquellos casos en que el defensor del pueblo se encontrara persuadido de que el cumplimiento riguroso de una norma legal o lo resuelto en un procedimiento administrativo pudieran generar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, se encuentra facultado para poner en conocimiento del órgano legislativo y/o administrativo su respectiva opinión sobre la materia, e incluso puede sugerir la adopción de las medidas de salvaguarda correspondientes.

4.10 Resoluciones

El defensor del pueblo, al concluir la investigación, procederá a formular las correspondientes advertencias, recomendaciones, recordatorios legales y sugerencias funcionales.

Particular importancia revisten las recomendaciones en torno a quejas en donde se hubiere advertido inconducta funcional por parte del funcionario o servidor público.

En aquellos casos en que se acreditase que las recomendaciones, advertencias, etc., no hubieran surtido efecto en el plazo inmediato de treinta días de presentadas, éstas serán elevadas a conocimiento de la autoridad de máxima jerarquía de la respectiva institución y, de ser el caso, a la Contraloría General de la República.

Con dicha medida –independientemente de sus resultados fácticos– concluye la actuación del defensor del pueblo.

4.11 Información al Congreso

El defensor del pueblo debe dar cuenta de su gestión mediante un informe anual sustentado, durante el período de legislatura ordinaria.

Es admisible la presentación de informes extraordinarios cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo ameriten.

Los extractos de los informes serán publicados gratuitamente en el diario oficial *El Peruano*. Copia de los mismos serán enviados para conocimiento del presidente de la República.

4.12 La actividad funcional en los estados de emergencia

Durante los estados de emergencia el defensor del pueblo se encuentra facultado para sugerir a las autoridades administrativas, judiciales y militares correspondientes, la revocación o modificación de aquellas medidas que sean abiertamente contrarias a la Constitución o que afectaren el núcleo esencial de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

4.13 Legitimación procesal

Por mandato de la Constitución y de su ley orgánica, el defensor del pueblo se encuentra autorizado para interponer la acción de inconstitucionalidad, la acción popular, la acción de hábeas corpus, la acción de amparo, la acción de hábeas data y la acción de cumplimiento.

Esta facultad la ejerce para tutela de los derechos fundamentales de la persona y de la comunidad.

Asimismo, cabe consignar su capacidad para intervenir en los procesos de hábeas corpus no interpuestos por él, a efectos de coadyuvar a la defensa del ciudadano perjudicado con la restricción de su derecho a la libertad personal y prerrogativas conexas.

4.14 La iniciativa legislativa

La Constitución le otorga al defensor del pueblo iniciativa en la formación de leyes vinculadas con su específico quehacer funcional. Con ese mismo propósito, puede también proponer todas las demás medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La experiencia de la aplicación de la institución en los distintos ordenamientos del mundo, ha logrado establecer algunas conclusiones provisionales:

- El defensor del pueblo puede ser, ciertamente, una ayuda a grupos humanos de cierta extensión, con determinados intereses especiales y específicos; empero, no alcanza a dar protección a la ciudadanía *in genere.*
- La burocracia puede eventualmente paralizarse en la toma de decisiones, por el temor a cometer errores que obliguen a la intervención del defensor del pueblo.
- La institución puede incitar enfermizamente a la presentación de quejas y reclamos baladíes que abrumen innecesariamente las labores de investigación del defensor del pueblo y los deberes de absolución de cargos y reparos por parte de la burocracia.

Capítulo VI

El control de la constitucionalidad y las acciones de garantía

1 | *ASPECTOS GENERALES*

El *control de la constitucionalidad* es aquella parte del derecho constitucional que, teniendo como presupuestos la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico y la necesidad de someter el ejercicio de la fuerza estatal a la racionalidad del derecho, se ocupa de garantizar el pleno respeto de los principios, valores y normas que establece la Constitución; entre ellos, los relativos al respeto de la persona, a través de la plena vigencia de sus derechos fundamentales.

Dicho concepto tiene antecedentes en la historia jurídico-política grecorromana, la experiencia británica de los siglos XIII al XIX, la experiencia francesa y norteamericana de los siglos XVIII al XX, etc. Puede verse que a través de esas experiencias se afirmó la vigencia de la acción de hábeas corpus, la acusación constitucional, la supremacía de la Constitución, etc.

No obstante lo expuesto, con mayor organicidad y tecnicismo, la noción *jurisdicción constitucional* aparecerá en la doctrina constitucional del presente siglo durante el período de entre guerras (1919-1939). Entre los primeros divulgadores destacan nítidamente el gran tratadista austriaco Hans Kelsen –creador del Tribunal Constitucional, la pirámide jurídica, etc.– y, en menor medida, Boris Mirkine Guetzévitch y Eisenmann.

La noción jurisdicción constitucional alude al conjunto de órganos, acciones de garantía y procesos vinculados con la defensa de la supremacía, cumplimiento e interpretación constitucional.

La jurisdicción constitucional está orientada a tres grandes ámbitos de acción:

a) La racionalización del ejercicio del poder

Con ella se busca organizar la sujeción del ejercicio del poder público al control del derecho, así como armonizarlo con los fines y valores que éste busca alcanzar en el plano de la sociedad.

b) *La supremacía constitucional*
Con ella se busca asegurar la preeminencia de la Constitución sobre el resto de las normas de nuestro ordenamiento jurídico.
c) *La vigencia plena de los derechos fundamentales*
Con ella se busca asegurar el respeto y protección de los derechos básicos de la persona humana.

Entre los fundamentos sobre los cuales se erige la noción de jurisdicción constitucional, aparecen los siguientes:

a) La Constitución es un *corpus normativo* que enuncia normas, principios y valores que la elevan a la condición de centro del ordenamiento jurídico-social de una colectividad, por donde transitan todos los aspectos del derecho nacional.
b) La Constitución tiene efectos vinculantes *erga omnes*, ya que es de acatamiento obligatorio tanto por los gobernantes como por los gobernados.
c) La Constitución *contiene* –a través de las normas, principios y valores que declara– un proyecto de vida comunitaria que se debe asegurar en su plasmación y goce.

* Esta jurisdicción está integrada de la siguiente manera:
  a) *Los órganos jurisdiccionales*
  Éstos hacen referencia a la pluralidad de entes públicos encargados de atender asuntos vinculados con la jurisdicción constitucional, a saber:
    – *El Tribunal Constitucional* (acciones de inconstitucionalidad; conocimiento en última y definitiva instancia de las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento; demandas sobre conflictos constitucionales de competencia y atribuciones).
    – *El Órgano Judicial* (acciones populares; excepciones de inconstitucionalidad; conocimiento inicial de las acciones de hábeas corpus, amparo, etc.).
    – *El Congreso de la República* (acusación constitucional; proceso de levantamiento de fuero).
  b) *Los procesos de naturaleza constitucional*
  Éstos hacen referencia a la pluralidad de acciones de garantía y procesos político-jurídicos vinculados con la jurisdicción constitucional, a saber:

- La acción de hábeas corpus.
- La acción de amparo.
- La acción de hábeas data.
- La acción de cumplimiento.
- La acción de inconstitucionalidad.
- La acción popular.
- La excepción de inconstitucionalidad.
- La acusación constitucional.
- El proceso de levantamiento de fuero.

1.1 El contenido de la jurisdicción constitucional

De conformidad con los criterios generales establecidos por el tratadista italiano Mauro Cappelletti, el contenido de la jurisdicción constitucional se basa en una concepción tripartita, a saber:

a) La jurisdicción constitucional de los derechos esenciales

Alude al conjunto de instrumentos procesales o acciones de garantía de naturaleza constitucional encargados de la protección y/o reposición del goce de los derechos fundamentales de la persona.

En ella se insertan la pluralidad de mecanismos procesales destinados a poner coto a las infracciones o violaciones de los derechos fundamentales, amén de asegurar que éstos adquieran pleno goce y efectiva vigencia en el seno de la sociedad.

El artículo 200 de la Constitución establece las siguientes garantías constitucionales:

- La acción de hábeas corpus.
- La acción de amparo.
- La acción de hábeas data.
- La acción de cumplimiento.

b) La jurisdicción constitucional del poder

Alude al conjunto de órganos y mecanismos procesales vinculados con la tarea de examinar íntegramente la constitucionalidad y legalidad de las normas que se dictan en el seno de una colectividad política; que permiten resolver los conflictos de competencia que se presentan entre los órganos con poder estatal y demás organismos constitucionales; y que finalmente aseguran un pronunciamiento en los procesos en que se encuentran incursos altos funcionarios públicos.

Los artículos 99, 100, 138, 200 y 201 de la Constitución establecen los siguientes mecanismos:

- La acción de inconstitucionalidad.
- La acción popular.
- La excepción de inconstitucionalidad.
- La demanda sobre conflictos constitucionales de competencia y atribuciones.
- La acusación constitucional.
- El levantamiento de fuero.

c) La jurisdicción supranacional

Alude a las facilidades que se brindan a la persona o al Estado a efectos de que puedan alcanzar remedio judicial a través de específicos mecanismos supraestatales, para la defensa de los derechos fundamentales reconocidos formalmente en los tratados internacionales, o para la vigencia y correcta aplicación de los compromisos internacionales *in genere*.

La jurisdicción supranacional se encuentra vinculada a los compromisos jurídicos que adquiere el Estado peruano con sus homólogos y con las organizaciones internacionales.

Este tipo de jurisdicción se crea en el marco de una organización internacional, o al interior de una convención multilateral, para conocer y fallar controversias planteadas exclusivamente dentro del ámbito de aplicación de sus disposiciones.

Nuestro país la constitucionaliza por primera vez en 1979, merced al talento e influjo personal del jurista Javier Valle Riestra.

Actualmente, el artículo 205 de la Constitución señala:

> "Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte."

A la fecha, dichos organismos son los siguientes:

- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos.

En puridad, estas vías se han establecido para poder hacer valer los derechos fundamentales de la persona ante tribunales con competencia

internacional cuando, agotada la vía interna o nacional, el afectado considera que sus facultades, prerrogativas o derechos básicos objeto de una reclamación no han obtenido reparo o restablecimiento.

Es evidente que la *superlegalidad de la Constitución* es uno de los fundamentos y sostén del llamado Estado de Derecho.

Es por ello valioso el estudio del control de la constitucionalidad, a efectos de velar por que la Constitución sea la égida de la organización del Estado, de las facultades político-administrativas de los gobernantes, y de los deberes y derechos de los ciudadanos.

2 *BASES HISTÓRICAS Y DOCTRINARIAS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL*

Aquí la cronología debe ser vista desde una doble perspectiva: desde la *supremacía constitucional*, y desde la *institucionalidad del ente encargado de la tuitividad y defensa de la Constitución.*

La idea de la supremacía constitucional aparece en Inglaterra, a través del Agreement of the People de 1647 y del Instrument of Government de 1653.

En estos textos se estableció la necesidad de promover una ley suprema, colocada fuera del alcance del Parlamento, limitante de sus poderes, y declarante, por vía de restricciones expresas, acerca de las competencias y atribuciones que el Estado se reserva inobjetablemente para sí.

Aun cuando el Agreement of the People jamás obtuvo sanción formal, sin embargo influyó notoriamente para la expedición del Instrument of Government, el cual, según opinión de buena parte de la doctrina, deviene en la primera Constitución escrita en el mundo y en la única que ha tenido Inglaterra.

El tratadista argentino Carlos Sánchez Viamonte[1] considera ambos documentos como los más antiguos antecedentes concretos relativos a los enunciados de la doctrina de la separación entre el *poder constituyente* y los *poderes constituidos*; más aún, considera que el Instrument of Government –elaborado por el consejo de oficiales de Oliverio Cromwell– estableció la separación entre el poder constituyente y el poder legislativo.

Esta concepción tuvo la relativa vigencia de treinta y cinco años (1653-1688).

---

1 Tomado del artículo publicado por JIMÉNEZ SOTIL, José. En: *La Crónica*, 14 de abril de 1987.

En el ordenamiento jurídico norteamericano podemos encontrar los siguientes antecedentes:

- En 1776, en el estado de Rhode Island, la Corte Suprema se negó a aplicar una ley local que no preveía el juicio por jurado en casos criminales, por considerar que por dicha razón era contraria a los principios de la Constitución del Estado.
- En 1782, el Tribunal de Apelaciones del Órgano de Virgina, en el caso Commonwealth vs. Caton, decidió la inconstitucionalidad de una ley local que anulaba la facultad de otorgar indultos al Órgano Ejecutivo, la misma que había sido conferida por la Constitución del Estado. El mismo principio fue reafirmado por el Tribunal Superior de Nueva York en el caso Rutgrrs vs. Waddington.
- Con posterioridad a la Convención de Filadelfia (1787), Alexander Hamilton afirmaría en *El Federalista*:

> "que ningún acto emanado de una autoridad delegada podía ser contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce; y por lo tanto, ningún acto del Parlamento, reñido con la Constitución, debía tener validez."

Bajo estas consideraciones, atribuyó al Órgano Judicial la trascendental atribución de interpretar las leyes, prefiriendo a la Constitución en caso de conflicto.

Finalmente, en 1803, la Suprema Corte de los Estados Unidos, a través de la resolución del célebre caso Marbury vs. Madison, delineó en definitiva la doctrina de la *supremacía de la Constitución*, así como su instrumentalización a través de la declaración judicial de inconstitucionalidad. Allí se estableció:

> "La Constitución es una ley suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios; o bien está a nivel de las leyes ordinarias y como las otras leyes puede ser modificada. Si la primera parte de la alternativa es cierta, una ley contraria a la Constitución no es ley; si la última parte es verdadera, la Constitución escrita es una tentativa absurda de parte del pueblo para limitar un poder que por su naturaleza misma no puede ser limitado."

El juez John Marshall, responsable directo de dicha decisión, tomó como soporte jurídico el artículo sexto de la Constitución americana, cuyo tenor establece:

> "Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulgaron; y todos los tratados hechos o que se hicieren, serán ley del país, y los jueces de cada estado estarán obligados a observarla."

En estricta relación a los órganos encargados del control de la constitucionalidad, ellos son propiamente una creación del período de la primera posguerra; empero, existen antecedentes históricos que no deben desconocerse.

Así, puede mencionarse que durante el reinado de Pedro IV el Ceremonioso, el *justicia mayor de Aragón* era quien tenía, en 1348, jurisdicción consultiva sobre la interpretación del fuero. Posteriormente, en 1652, aparecerá actuando junto con nueve lugartenientes –designados por sorteo o mediante la intervención de las Cortes y el rey–, como un cuasi tribunal de jurisdicción constitucional para defender el fuero.

A este tribunal correspondió, entre otras responsabilidades, recibir el juramento del rey, guardar las leyes, revisar sus cartas u órdenes; pudiendo, a instancia de parte, declararlas desaforadas o contrarias a las libertades del reino.

En el período de la augusta Revolución francesa apareció la concepción teórica del Jurado o Magistratura Constitucional, cuya elaboración correspondió al abate Emmanuel Sieyès. Éste propuso la creación de un cuerpo de censores encargados de vigilar que los actos del Órgano Legislativo se ajustasen a la Constitución. En puridad, puede considerársele como el origen propiamente dicho de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes.

Emmanuel Sieyès precisó su concepción en las llamadas "Opiniones" que presentó a la Convención, al decir que para hacer respetar una Constitución rígida se requería necesariamente un jurado con el poder de denunciar los actos e incluso las leyes que le fuesen contrarias.

El jurado debía componerse de 108 miembros, los cuales serían nombrados por primera vez por la Convención. Sería renovable todos los años, por tercios. Los actos que declarara inconstitucionales sufrirían el efecto de su nulidad o invalidez.

Sobre la materia, el asambleísta Thiabeu señalaría:

> "Este poder monstruoso sería 'todo' en el Estado; y queriendo ser un guardián de los poderes públicos, se le daría más armas que los encadenarían para guardarlos más fácilmente."

El proyecto fue rechazado por unanimidad.

No obstante, dicha tesis encontraría realización práctica en el Senado Conservador de Napoleón I, a través de la Constitución del 22 de Frimario del año VIII (1799), que igualmente recogería la Constitución imperial de Napoleón III, de 14 de enero de 1852.

A pesar de lo señalado, la experiencia norteamericana tiene un antecedente interesante.

La Constitución estatal de Pensilvania (1776) contempló un Consejo de Senadores, de composición renovable cada siete años y cuya función consistió en determinar las transgresiones hechas a la Constitución. Asimismo, podía señalar las leyes que estimaba debían derogarse por contrarias a los principios constitucionales. Este consejo se constituyó en 1778 y tuvo muy poca vigencia.

Finalmente, cabe mencionar que en 1919 el famoso jurista austriaco Hans Kelsen estableció la necesidad de crear un organismo especializado para conocer las cuestiones relativas a la conformidad de las leyes con la norma constitucional. Este sistema –que posteriormente explicaremos– quedó plasmado en la Constitución austriaca de 1920, de la cual su propio autor llegó a ser magistrado.

En el Perú, el tema del control de la constitucionalidad de las leyes fue frecuentemente ignorado en nuestros textos constitucionales, salvo la honrosa excepción de la Constitución de 1856. Ella en su artículo 10 señaló que era nulo y sin efecto cualquiera, todo cuanto infringiese el texto básico.

Cabe agregar que en el anteproyecto de la Constitución de 1931, preparado por la denominada Comisión Villarán, se estableció en el artículo 142:

> "Los jueces y tribunales al conocer de cualquier clase de juicio inaplicarán las leyes contrarias a la Constitución."

Como necesaria precaución se disponía que las cuestiones sobre inconstitucionalidad resueltas en primera o segunda instancia fueran elevadas a la Corte Suprema en pleno, por recurso de nulidad o en consulta.

En ese mismo sentido se conocieron los pronunciamientos del Colegio de Abogados de Lima y el Poder Judicial.

En oposición a todo lo planteado, la Constitución de 1933 sólo encargó al Congreso el tema de examinar las infracciones de la Constitución, siempre que se realizaran a título individual y por actos físicos imputables a personas concretas e identificables.

En puridad, esto funcionó sólo una vez. Esta notable excepción se dio en 1945, cuando el Congreso mediante ley 10334 dejó sin efecto la ley 8929, que había introducido numerosas e importantes reformas a la Constitución de 1933 sobre la base de los resultados del plebiscito convocado por el presidente Óscar R. Benavides el 18 de junio de 1939. Allí se declaró que, dado que las reformas constitucionales sólo podían ser efectuadas por el procedimiento prescrito en el artículo 236, esto es, a través del mismo Parlamento y en dos legislaturas ordinarias, el plebiscito realizado estaba fuera del marco constitucional, por lo que, en consecuencia, a partir de la mencionada ley la Constitución de 1933 recuperaba su plenitud total.

Posteriormente, con ocasión de la dación del Código Civil de 1936, se robusteció la necesidad de incorporar a nuestra legislación el principio de la no obligatoriedad de leyes contrarias a la Constitución.

Es por ello que en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil se consignó:

> "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera."

A pesar de que el mencionado dispositivo establecía expresamente dicha facultad, no tuvo prácticamente vigencia alguna. Más aún, cada vez que fue invocado se adujeron diversos argumentos en contra, tales como que se trataba de un enunciado de carácter general sin reglamentación alguna, imposible de ser trasladado al campo práctico; que dicha norma constituía un principio sólo aplicable para el ámbito del derecho privado; y, por último, que se trataba de una ley que podía ser exceptuada por otra posterior.

En 1956, la Corte Suprema, siguiendo tales interpretaciones y con ocasión de la interposición del recurso de hábeas corpus por parte de José Luis Bustamante y Rivero, quien reclamaba su derecho de regresar a nuestro país, se declaró incompetente para decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley. En dicha resolución se señaló tajantemente lo siguiente:

> "... el artículo 22 del Título Preliminar del Código Civil, en que se pretende sustentar la facultad judicial para no aplicar

las leyes, no puede regir sino en el campo restringido del derecho civil, ya que dicho código no es un estatuto constitucional, sino una ley que norma las relaciones de la vida civil, en cuyas controversias, cuando interviene el Estado, lo hace como sujeto de derecho privado, sin que ninguna disposición legal posterior haya extendido su aplicación a otros ordenes del campo jurídico, en el que actúa como sujeto de derecho público."

Más adelante, la mencionada ejecutoria establecía:

> "... para que el Poder Judicial pudiera aplicar la facultad que se le atribuye, sería necesario que ella emergiera en forma expresa o inequívoca de la propia Constitución, como acontece en los otros países cuyas cartas fundamentales consagran tal prerrogativa."

Empero, no podemos dejar de mencionar que aun cuando el Código Civil de 1852 no contenía artículo similar al precitado, la Corte Suprema, en ejecutoria de 26 de agosto de 1920, sostuvo:

> "A la ley suprema fundamental se encuentran fatalmente subordinadas todas las demás, siempre secundarias; que aun la soberanía del Congreso para el ejercicio de sus funciones legislativas está sujeta a sus preceptos, cuyas reformas requieren la intervención de dos legislaturas; que si bien la Corte Suprema no tiene la facultad de observar las leyes anticonstitucionales, al ejercer la jurisdicción en asuntos contenciosos no puede menos que apreciar, lo mismo que los tribunales inferiores, el alcance infractorio de las declaraciones de la carta que impusiere alguna ley común o de excepción; y que en presencia de un conflicto antagónico de legislación, se debe dar preferente aplicación al mandato primordial de aquellas declaraciones..."

En suma, pues, dejó claramente establecido que en materia de administración de justicia las leyes anticonstitucionales carecen de toda aplicación.

Es oportuno recordar que el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 quedó explicitado en 1963, con la dación de la ley orgánica del Poder Judicial. Así, en el artículo 8 del mencionado precepto se señalaba:

> "Cuando los jueces o tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentran que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueran apeladas las sentencias de primera instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema."

Más adelante, el mismo dispositivo señalaba:

> "Las sentencias de segunda instancia se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiera recurso de nulidad."

A pesar de que a partir de la regulación establecida en la citada ley los jueces tenían ratificado su poder-deber de preferir la Constitución sobre cualquier norma ordinaria, la jurisprudencia establecida durante ese período no deja constancia de su ejercicio.

3 *LOS SISTEMAS O MODELOS DE CONTROL (JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL)*

Debe advertirse que, en atención al tipo de órgano que tiene a su cargo la responsabilidad del control de la constitucionalidad, hablamos de dos tipos de control:

- El control político.
- El control jurisdiccional.
  a) Concentrado
  b) Difuso

3.1 El control político

Trata de la verificación del control por parte de algún órgano político del Estado, respecto de aquel encargado de la administración de justicia.

Este argumento se refuerza en virtud del principio genérico de la autonomía legislativa, que impide el juzgamiento, por parte del ente judicial, de la constitucionalidad de los actos que practica el Órgano Legislativo. En ese sentido, se sostiene que los magistrados solamente pueden participar *secundum legem* y no como *legisvus*.

Como bien se afirma, este sistema confía el control o salvaguarda de la carta fundamental a un órgano enteramente político como es el Parlamento.

Sus antecedentes remotos pueden encontrarse en el Jurado o Magistratura Constitucional propuesto por el abate Emmanuel Sieyès durante los debates de la primera carta francesa.

El modelo concreto se perfiló en la Constitución stalinista de 1936, el cual fue adoptado por los demás países insertos en la órbita exsocialista (Europa oriental)[2].

La razón de su aplicación se basa en la concentración y unidad de las funciones en el órgano asambleísta, al que se le considera como supremo poder estatal. Se asume que, siendo el portador de la soberanía nacional, corresponde sólo a él el ejercicio del control constitucional.

Como consecuencia de lo expuesto, surge la facultad de establecer normas, controlar su cumplimiento y vigilar la efectividad de su aplicación.

Según sus postulados, la soberanía del Parlamento –como inmediato y directo representante de toda la colectividad nacional– niega la posibilidad de que sus actos puedan ser observados por elementos extraños a su entorno. En este caso, la tutela de la supremacía constitucional se deposita en el propio Órgano Legislativo.

Corresponde al citado poder el conocer de las infracciones constitucionales provocadas por las normas por él mismo expedidas, por los actos del Ejecutivo y por los particulares.

Entre los procedimientos utilizados por los órganos de control político, tenemos los siguientes:

- El procedimiento de la cuestión previa.
- El procedimiento por acción popular.

El procedimiento de la cuestión previa

- Se manifiesta en el momento de deliberar sobre una propuesta de ley.

Corresponde al presidente del Parlamento el declarar que no abrirá paso a la deliberación de fondo de un proyecto de ley, en razón de que la propuesta normativa es aparentemente inconstitucional. En igual medida, se extiende dicha atribución a los demás legisladores.

En ambos casos se apela al seno del Pleno del Parlamento, para que éste decida si la propuesta es constitucional o inconstitucional.

El procedimiento por acción popular

- Se manifiesta por la petición que formula un número determinado

2 El sistema de control político fue implantado en Polonia, Rumania, en lo que fue Checoslovaquia, en lo que fue la URSS, etc.

de ciudadanos. En este caso, poco utilizado, se trata de un control posterior, forjado a solicitud de la ciudadanía.

3.2 El control jurisdiccional

El órgano de control se encuentra inserto de manera directa o indirecta en la esfera de la administración de justicia. Se le puede clasificar en:

- Sistema americano o jurisdicción difusa.
- Sistema europeo o jurisdicción concentrada.

3.2.1 El sistema americano o jurisdicción difusa[3]

En este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo del órgano judicial ordinario. En ese sentido, se otorga a la pluralidad de los jueces la potestad de apreciar la inconstitucionalidad de las leyes dentro del marco de una controversia judicial concreta; esto es, los alcances de dicha inconstitucionalidad son aplicables únicamente a las partes intervinientes en el proceso.

En este caso no existe un órgano contralor especial o *ad hoc*, sino que son los jueces comunes los que ante una controversia determinada deberán examinar si existe contradicción entre la norma invocada, para amparar un supuesto derecho, y los alcances de la propia Constitución. Por ende, de ser el caso, aplicarán el texto fundamental y dejarán de hacer uso de la ley inconstitucional.

En efecto, la facultad contralora no se concentra en una sola sala o tribunal, sino que se disemina en la vastedad de todos los órganos del ente judicial, los cuales poseen el poder-deber de no aplicar una ley inconstitucional en aquellos casos sometidos a su conocimiento.

La situación de inconstitucionalidad debe entenderse como una cuestión incidental respecto a la controversia concreta. Ergo, no puede ser planteada como una acción directa.

La decisión judicial tiene efectos declarativos; consiguientemente, al decidirse la inaplicabilidad de la ley al caso concreto, genera su inobservancia, por lo que dicha ley no surte efecto alguno en el caso sometido a consideración.

---

3 El sistema jurisdiccional de modelo americano se ha implantado en Taznania, Kenia, etc.

Al respecto, Gumercindo Trujillo Fernández[4] señala:

> "El juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, por lo que los efectos de su declaración son lógicamente retroactivos; y dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto." (Efectos *ex tunc* e interpartes.)
>
> Por tal motivo, la ley en pugna con la Constitución no queda afectada, en principio, en su vigencia general. Ahora bien, en aplicación del principio de *stare decisis*, los jueces quedan vinculados por la fuerza del precedente, por lo que, en la práctica, tal declaración tiene efectos de carácter total.
>
> En suma, a este sistema se le puede situar bajo el signo de la acción defensiva. La ley calificada de inconstitucional no es anulada, sino que simplemente es *rechazada* su aplicación dentro del pleito generado por un accionante. El juez, al estatuir interpartes, reviste su decisión con la autoridad de la cosa juzgada.
>
> Cabe recordar que este sistema surge en 1803, a partir del sonado caso Marbury vs. Madison, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos presidida por el juez John Marshall.
>
> En resumen, las características de la declaración de inconstitucionalidad en este sistema son tres:
>
> – *Extendida*
>
> Tal declaración es una atribución que corresponde ser ejercida por cualquier autoridad judicial, con prescindencia de su grado o jerarquía funcional.
>
> – *Incidental*
>
> El pronunciamiento de inconstitucionalidad surge a partir de la existencia previa de una cuestión judicial planteada ante una autoridad judicial.
>
> – *Eficacia relativa*
>
> El pronunciamiento de inconstitucionalidad sólo alcanza a las partes comprometidas en una cuestión judicial. En tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efectos interpartes e inaplicativos.

4. TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumercindo. *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*. Ed. Águila.

3.2.2 El sistema europeo o jurisdicción concentrada[5]

Este modelo se caracteriza porque el rol contralor se asigna a un órgano especial.

En este sentido, la declaración de inconstitucionalidad se desarrolla por vía principal y sin necesidad de que exista un conflicto particular previo. La decisión adoptada produce efectos generales.

Para este fin existe un órgano establecido especialmente para conocer las acciones de cualquier ciudadano que señale existir una ley contraria, en todo o en parte, al texto fundamental. Ergo, se establece un proceso contra dicha norma.

El resultado de la intervención jurisdiccional ocasiona que la ley cuestionada sea anulada. En ese contexto, se le considera como inexistente.

La decisión adoptada se reviste de la autoridad absoluta que emana de la cosa juzgada. Por ende, sus efectos son *erga omnes* y *ex nunc.*

La impugnación de la ley, por esta vía, puede llevar a su cancelación definitiva en el ordenamiento jurídico, generalmente desde el momento del pronunciamiento (efectos *erga omnes* y *ex nunc*).

El efecto *ex nunc* (a futuro) se explica por el propósito de tutelar principios tales como la estabilidad y seguridad jurídica, que podrían verse gravemente afectados en caso se admitiesen alcances retroactivos del fallo declaratorio de inconstitucionalidad.

En puridad, este sistema se basa en la existencia de un órgano del Estado, diferente y autónomo de los tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), que ejerce control a partir de una privativa jurisdicción constitucional.

A este ente, compuesto por magistrados ajenos orgánicamente al cuerpo administrador de justicia ordinaria, se le reserva el derecho excluyente y exclusivo de determinar la inconstitucionalidad de una ley o de un acto de gobierno y, por extensión, la facultad de su derogación con efectos rescisorios generales, así como el establecer los mecanismos de corrección del acto inconstitucional.

El tratadista español Eduardo García de Enterría[6] señala:

---

5 El sistema jurisdiccional de modelo europeo se ha implantado en Australia, Francia, España, Italia, etc.

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid: Ed. Civitas.

"Se trata de un control abstracto de las normas, que se rige no en función de un conflicto de interés, para cuya solución sea menester dilucidar con carácter previo la norma de decisión, sino simplemente por una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación a su compatibilidad con una ley singular."

Este sistema se inspiró en el pensamiento del tratadista austriaco Hans Kelsen, quien en su papel de asesor del canciller de la naciente república austriaca (ex Imperio austro-húngaro), lo propició con denuedo y pasión.

La creación de la Alta Corte Constitucional (Constitución austriaca, 1920) rompió con la tradicional concepción según la cual no se podía modificar, anular o suprimir la vigencia de una ley, ya que ella era, hasta ese entonces, la expresión omnímoda del pueblo reunido en el Parlamento.

Al respecto, debe anotarse que el barón de Montesquieu había señalado:

"El juez es simplemente la boca que pronuncia las palabras de la ley, un ser inanimado que no puede mitigar ni su fuerza ni su rigor."

América latina ha recibido la impronta de los modelos antes citados. Con gran acierto, el constitucionalista peruano Domingo García Belaunde afirma, en un artículo denominado "La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado" (*Lecturas constitucionales*. Comisión Andina de Juristas), que de este continente han surgido *modelos derivados*.

Estos modelos derivados han fusionado e integrado las vertientes de las jurisdicciones concentrada y difusa, promoviendo una fórmula mixta, o, como en el caso peruano, han adoptado ambas pero sin mezclarlas, viabilizándolas por separado y de manera paralela, promoviendo así una *fórmula dual*.

En resumen, las características de este sistema serían tres:

- *Condensado*
  La declaración de inconstitucionalidad corresponde ser ejercida única y exclusivamente por un órgano especializado.
- *Principal*
  El pronunciamiento de inconstitucionalidad se produce cuando se plantea directamente, ante el órgano especializado, un acto procesal denominado acción de inconstitucionalidad. Por

ello, no es necesaria la existencia previa de un juicio, causa o cuestión judicial.

- *Eficacia general*

  El pronunciamiento de inconstitucionalidad opera de manera abstracta y genérica. Las consecuencias de la decisión del órgano especializado no sólo afectan a las partes, sino que alcanzan a todos los individuos componentes del Estado. En tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos *erga omnes* y abrogativos.

4 *EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los órganos de poder estatal y demás organismos constitucionales.

Este órgano, cuya concepción se inscribe en el sistema o modelo de jurisdicción concentrada, se encuentra sometido única y exclusivamente a la Constitución y a su ley orgánica (ley 26435).

Por mandato de su ley orgánica, el Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Expresamente y con acuerdo de la mayoría de sus miembros, puede sesionar en cualquier otro lugar de la República.

En los hechos, se ha reiterado la tibia decisión de los constituyentes de 1979, de descentralizar la sede de los organismos constitucionales, correspondiéndole a la ciudad de Arequipa el ser sede del Tribunal Constitucional por sus blasones constitucionales y por la pléyade de sus grandes juristas. No obstante lo expuesto, es conocido que por distintas razones el funcionamiento de dicho ente ha continuado en Lima. Es de esperar que esta anomalía se corrija.

4.1 *Atribuciones*

En atención a lo dispuesto en el artículo 202 de la Constitución, al Tribunal Constitucional le corresponde:

- Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
- Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y de cumplimiento.

– Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Cabe advertir que, tal como declara el artículo 3 de la ley 26435, en ningún caso se puede promover contienda de competencia o atribuciones al Tribunal Constitucional respecto de los asuntos que le son propios de acuerdo con la Constitución y la ley 26435.

El Tribunal Constitucional aprecia de oficio su falta de competencia o de atribuciones.

4.2 Quórum y acuerdos

El quórum del Tribunal Constitucional es de seis miembros.

Resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para decidir la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los cuales se exigen seis votos conformes.

Esta exigencia establecida en el artículo 4 de la ley 26435 es absurda, ya que obliga a la casi unanimidad y puede convertirse en la mayor traba para la legitimación del Tribunal Constitucional ante la opinión pública.

4.3 La presidencia del Tribunal Constitucional

La elección de su presidente se produce entre sus miembros, en votación secreta.

Para la elección en *primera votación* se requieren no menos de cinco votos; en caso contrario se procede a una *segunda votación*, en donde sólo se exige alcanzar mayoría simple. En caso de empate se efectúa una última votación, y en la hipótesis de repetirse el empate, accede al cargo el magistrado de mayor antigüedad en la colegiación profesional y en defecto de este requisito, el de edad más elevada. El cargo dura dos años.

Es prorrogable por reelección, por la mitad de un período ordinario (un año).

Al magistrado que ocupe el cargo le corresponde asumir la representación del Tribunal Constitucional.

4.4 Composición

El Tribunal Constitucional se encuentra integrado por siete miembros. Son designados por el Congreso mediante resolución legislativa, con el voto aprobatorio de los dos tercios del número legal de sus miembros (80 representantes).

Para tal efecto, el Pleno del Congreso designa una comisión especial integrada por un mínimo de cinco y un máximo de nueve representantes, respetándose en lo posible la proporción de cada grupo parlamentario en el Congreso. Dicha comisión se encarga de recibir las propuestas y de seleccionar a los candidatos que a su juicio merecen ser declarados aptos para ser elegidos.

La comisión especial debe publicar en el diario oficial *El Peruano* la convocatoria para la presentación de propuestas. Asimismo, hace conocer, por la misma vía, la relación de personas propuestas, a fin de que se puedan formular tachas, las que deben estar acompañadas de prueba instrumental.

Declarados aptos uno o más candidatos, el Congreso procederá a la elección mediante votación individual por cédulas.

Ahora bien, son elegidos aquellos que obtuvieren la mayoría prevista en el artículo 201 de la Constitución.

En caso de que no se obtuviese la mayoría requerida, se procederá a una segunda votación.

En la circunstancia de que, concluidos los cómputos, no se lograre cubrir las plazas vacantes, la comisión especial deberá proceder, en un plazo máximo de diez días naturales, a formular sucesivas propuestas hasta que se realice la selección.

4.5 Duración del cargo

La designación para el cargo de magistrado del Tribunal Constitucional se hace por cinco años. No existe posibilidad de reelección inmediata.

4.6 Requisitos

De conformidad con lo establecido en el artículo 201 de la Constitución, para postular al cargo de miembro del Tribunal Constitucional se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema, a saber:

- Ser peruano de nacimiento.
- Ser ciudadano en ejercicio.
- Ser mayor de cuarenta y cinco años de edad.
- Haber sido magistrado de la Corte Superior o fiscal superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o desempeñado cátedra universitaria en disciplina jurídica por un período no menor de quince años.

4.7 Inelegibilidad

De conformidad con lo establecido en el artículo 201 de la Constitución y en el artículo 11 de la ley 26435, no pueden ser elegidos para el cargo las siguientes personas:

- Los magistrados del Órgano Judicial o del Ministerio Público que no hubieren dejado el cargo con un año de anticipación, o aquellos que fueron objeto de separación o destitución por medidas disciplinarias.
- Los abogados que han sido inhabilitados por sentencia judicial.
- Los que hubieren sido condenados o se encontrasen en condición de procesados por delito doloso.
- Los que hubieren sido declarados en estado de quiebra.

4.8 Régimen de dedicación

La función de magistrado del Tribunal Constitucional es a dedicación exclusiva. Por ende, se encuentran prohibidos de desempeñar cualquier otro cargo público o privado, o de ejercer cualquier profesión u oficio, a excepción de la docencia universitaria.

Los magistrados están impedidos de defender o asesorar, salvo en causa propia o de su cónyuge, ascendientes o descendientes.

4.9 Incompatibilidades

De conformidad con lo expuesto en el artículo 201 de la Constitución y en el artículo 12 de la ley 26435, los magistrados del Tribunal Constitucional están sujetos a tres incompatibilidades:

- Ejercicio simultáneo de cualquier otra función pública, con excepción de la de ministro de Estado.
- Ejercicio simultáneo de actividades como gerente, apoderado,

representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, suministros o de aprovisionamiento, o que administren rentas públicas o presten servicios públicos.
- Ejercicio simultáneo de actividades como gerente, apoderado, etc., en empresas que obtengan concesiones del Estado, así como en las empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.

4.10 Prohibiciones

De conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la ley 26435, los magistrados del Tribunal Constitucional se encuentran impedidos de afiliarse a organizaciones políticas.

4.11 Derechos y prerrogativas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 de la Constitución y en el artículo 14 de la ley 26435, los magistrados del Tribunal Constitucional gozan de los mismos derechos y prerrogativas que los congresistas, vale decir:

- No se encuentran sujetos a mandato imperativo.
- No responden por los votos ni opiniones que emiten en el ejercicio de sus cargos.
- No pueden ser denunciados ni detenidos durante su mandato, salvo en los casos de flagrante delito y de acusación constitucional.

4.12 Vacancia

El cargo de magistrado del Tribunal Constitucional se pierde por cualquiera de las siguientes causas:

- Renuncia.
- Incapacidad moral o incapacidad física permanente que lo inhabilite para el ejercicio de la función.
- Culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo.
- Violación de la reserva propia de la función.
- Condena por la comisión de delito doloso.
- Incompatibilidad sobreviniente.

4.13 Principios del Tribunal Constitucional

Desde una perspectiva doctrinaria, los principios rectores de este organismo son cinco:

a) Principio de autonomía.
b) Principio de defensa de la primacía normativa.
c) Principio de coherencia.
d) Principio de conocimiento por acción de parte.
e) Principio de facultad decisoria.

– Principio de autonomía

Es entendido como la libertad o amplitud para proceder o actuar. Se trata del ejercicio funcional no dependiente de ningún órgano estatal. La actuación del Tribunal Constitucional sólo se encuentra limitada por la Constitución y la ley.

El tratadista argentino Néstor Pedro Sagüés afirma que la condición básica para un eficaz control de la constitucionalidad consiste en que el ente encargado de este control sea ajeno o distinto de aquel sometido a la revisión de su labor normativa.

Es notorio que no podría existir un verdadero control si el ente encargado de éste fuese el propio órgano que legisla.

– Principio de defensa de la primacía normativa

Es entendido como la facultad que garantiza la jerarquía de los preceptos constitucionales frente a los de mero carácter ordinario. El tratadista argentino Jorge Reynaldo Vanossi[7] lo caracteriza como aquella función destinada a velar por el aseguramiento de la supremacía de la ley fundamental. Por ende, tutela la primacía de las normas que encabezan la pirámide jurídica.

– Principio de coherencia

Es entendido como la facultad que permite verificar la confrontación entre la norma constitucional y la ordinaria, de manera global e integral; pudiendo –conforme lo prescribe el artículo 38 de la ley 26435– fundarse la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto, aunque éste no hubiere sido invocado en el curso del proceso. Ergo, el Tribunal Constitucional puede extender su pronunciamien-

---

7 VANOSSI, Jorge Reynaldo. *Teoría constitucional.* Buenos Aires: Ed. Depalma.

to a otras normas distintas de las expresamente impugnadas, siempre y cuando dicha inconstitucionalidad devenga como consecuencia o conexión de la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos demandados y sea materia de la causa.

– *Principio de conocimiento por acción de parte*

Es entendido como la restricción que impide al Tribunal Constitucional conocer de oficio las acciones de inconstitucionalidad. Su actuación se genera por iniciativa de parte, la misma que es calificada.

– *Principio de facultad decisoria*

Es entendido en el sentido de que el órgano controlante se encuentra investido de facultad resolutoria con efectos vinculantes para con los órganos elaboradores o aplicadores de la norma inconstitucional. Ello significa que el Tribunal Constitucional debe ser quien decida en última instancia sobre la conformidad o disconformidad de la norma legal con la Constitución.

4.14 El Tribunal Constitucional y los conflictos constitucionales de competencia y atribución

Estos conflictos son aquellas situaciones que surgen entre los órganos de poder estatal y los organismos constitucionales, que se consideran simultáneamente facultados o no facultados para conocer, deliberar y resolver sobre un determinado asunto de carácter funcional.

En doctrina, la *competencia* se concibe como una facultad abstracta y genérica para actuar en una determinada materia; en tanto que la *atribución* constituye una concretización particular y específica de un poder para actuar en una determinada materia. En este último caso se hace referencia a un ejercicio modal de una competencia.

Entre ambos existe una relación de género a especie.

Ahora bien, en la carta de 1993, por razones de errónea técnica legislativa, las competencias y atribuciones constitucionales serían expresiones sinónimas; es decir, ambos conceptos identifican indistintamente lo mismo.

El conflicto de competencia o atribución se produce como consecuencia de la aplicación directa de normas pertenecientes al denominado *bloque de constitucionalidad.*

Dicho bloque está integrado por la Constitución y por las leyes orgánicas que regulan y definen la estructura, competencias, atribu-

ciones y funcionamiento de los órganos de poder estatal y organismos constitucionales. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución, que a la letra señala:

> "Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución..."

4.14.1 Elementos del conflicto

Los conflictos de los que tratamos se caracterizan por la existencia de dos elementos constitutivos:

+ Acción o inacción institucional

El conflicto versa sobre la opción de ejercer o no ejercer determinadas facultades competenciales-atributivas, por parte de dos o más órganos constitucionales.

Esta opción de ejercer o no ejercer se produce de manera expresa o tácita; por vía directa o indirecta.

+ Tecnicismo jurídico

El conflicto gira en torno a la tarea de aplicación o interpretación de las normas del bloque de constitucionalidad, relativas a la distribución de facultades competenciales-atributivas.

La asignación de competencias constitucionales puede ser clasificada con el carácter de:

+ Asignación total

Se produce cuando la competencia es asignada única, exclusiva y excluyentemente en favor de un solo órgano de poder estatal u organismo constitucional.

Es el caso de la fiscalización del ejercicio del derecho de sufragio, fiscalización que está a cargo del Jurado Nacional de Elecciones; la emisión de billetes y monedas, que está a cargo del Banco Central de Reserva, etc.

+ Asignación parcial

Se produce cuando la competencia es asignada, de manera compartida o concurrente, a dos o más órganos de poder estatal u organismos constitucionales.

Es el caso de las responsabilidades vinculadas con los servicios públicos, que, por razones de descentralización, pueden quedar a cargo del Ejecutivo, los municipios, el defensor del pueblo, etc.

4.14.2 Tipología de los conflictos constitucionales de competencia y atribución

De conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la ley 26435, los conflictos pueden ser de:

– *Carácter positivo*

Surgen cuando alguno de los órganos de poder estatal u organismo constitucional adopta decisiones que supuestamente afectan las competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional tiene la responsabilidad de establecer el verdadero y genuino titular de la competencia o atribución materia de controversia.

– *Carácter negativo*

Surgen cuando un órgano de poder estatal u organismo constitucional supuestamente rehúye de manera deliberada alguna actuación funcional. En puridad, se generan cuando dos entes constitucionales, de manera simultánea, se declaran incompetentes para resolver un determinado asunto funcional.

Ahora bien, tal como lo señala el artículo 48 de la ley 26435, en caso de que el conflicto verse sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, pero no perteneciente al bloque de constitucionalidad, se estima que la vía adecuada para su tratamiento es la acción de inconstitucionalidad.

Asimismo, cuando se promoviese un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviere pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste deberá suspender el procedimiento hasta las resultas de la litis que se siga ante el Tribunal Constitucional.

4.14.3 Ejercicio de la acción

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 26435, las siguientes personas se encuentran legitimadas para demandar la resolución del Tribunal Constitucional, que ponga fin al conflicto de constitucionalidad de competencia y atribuciones:

- Los titulares de los órganos con poder estatal (Ejecutivo, Legislativo, Judicial).
- Los titulares de los organismos de gobierno descentralizado (municipios, regiones).
- Los titulares de organismos autónomos (Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Contraloría General de la República, Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Consejo Nacional de la Magistratura, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Jurado Nacional de Elecciones).

Asimismo, también se encuentran facultados para recurrir ante el Tribunal Constitucional los particulares perjudicados por la negativa de una entidad estatal, de asumir una competencia o atribución (por entender que ha sido asignada a otro órgano del Estado). Para tal efecto, deben previamente acreditar haber agotado la vía administrativa.

Admitida la demanda a trámite, el Tribunal Constitucional puede solicitar a las partes las informaciones o precisiones que juzgue necesarias para la toma de su decisión.

En todo caso, la causa debe resolverse dentro de los sesenta días posteriores a la interposición de la demanda.

El demandante puede solicitar al Tribunal Constitucional la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto de conflicto, invocando perjuicios al interés general, de imposible o difícil reparación.

Para disponer la suspensión, se exige que en el Tribunal Constitucional se obtengan como mínimo cuatro votos conformes.

La sentencia tiene carácter vinculatorio para los órganos de poder estatal y demás organismos constitucionales. Sus efectos son de naturaleza *erga omnes*.

Mediante ella se establece la:

- Determinación de las competencias o atribuciones que corresponden a cada una de las partes controvertidas, en relación al asunto litigioso.
- Anulación de las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia.
- Resolución de las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos.

Debe advertirse que, en los casos de litis por conflicto negativo de competencia o atribuciones, además de determinarse la titularidad de

las mismas, se precisará el plazo dentro del cual el ente estatal deberá ejercitarlas.

El artículo 52 de la ley 26435 señala que las sentencias emitidas en este tipo de procesos deberán ser publicadas en el diario oficial *El Peruano.*

4.14.4 Los principios delimitadores de las competencias y atribuciones constitucionales

Los principios o reglas que permiten establecer las competencias y atribuciones de entes constitucionales en conflicto serían, entre otros, los siguientes:

a) Eficacia integradora

Se debe preferir aquella solución que promueve y mantiene vigente el "telos" de la Constitución, amén de asegurar la máxima eficacia finalista del mismo.

b) Preeminencia de especialización

Se debe preferir aquella solución que privilegie, en caso de duda de la titularidad de una competencia, a aquel órgano que ejerce la materia con carácter de actividad principal.

c) Orientación evolutiva

Se debe preferir aquella solución que auspicie su ligazón con las orientaciones rectoras del derecho constitucional comparado.

4.15 El Tribunal Constitucional y las acciones de garantía

Denomínanse *acciones de garantía* aquellos mecanismos jurídico-procesales de naturaleza constitucional que tienen por finalidad asegurar la vigencia y efectividad de nuestra Constitución y, fundamentalmente, los derechos básicos o esenciales que ella declara y reconoce.

De conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la Constitución, dichas acciones de garantía pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

Acciones de garantía del orden constitucional

- La acción de inconstitucionalidad.
- La acción popular.

Las acciones citadas se encargan de asegurar la vigencia y efectividad de la constitucionalidad y legalidad de las normas que dicte el Estado.

Acciones de garantía de la persona

- La acción de hábeas corpus.
- La acción de amparo.
- La acción de hábeas data.
- La acción de cumplimiento.

Las acciones citadas se encargan de asegurar la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales que la Constitución consigna y reserva en favor de las personas.

5 *LAS ACCIONES DE GARANTÍA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL*

5.1 *La acción de inconstitucionalidad*

Se trata de un instrumento procesal diseñado para cuestionar la *legalidad y vigencia de las leyes y normas de esta misma jerarquía*, cuando se presume que ellas son violatorias de algún precepto constitucional.

Al respecto, como bien señala Julio Ortecho Villenas[8]:

> "En esta acción no se cuestionan hechos o actos que agreden los derechos constitucionales o libertades, sino que se trata de normas legales que con su incompatibilidad agreden a la Constitución. De allí que se la califique como un mecanismo dirigido a preservar la supremacía constitucional."

Esta acción se encuentra determinada por el inciso 4 del artículo 200 de nuestra Constitución y por los artículos 20 y siguientes de la ley 26435. Se interpone contra las normas susceptibles de ser examinadas por esta vía, por vicios existentes tanto en la forma como en el fondo.

Estas normas son las siguientes:

- Leyes.
- Decretos legislativos.
- Decretos de urgencia.

---

8 ORTECHO VILLENAS, Julio. *Derechos y garantías constitucionales*. Trujillo: Ed. Normas Legales.

- Tratados.
- Reglamentos del Congreso.
- Normas regionales de carácter general.
- Ordenanzas municipales.

La *inconstitucionalidad de fondo o material* se produce cuando una norma infringe la Constitución; es decir, cuando presenta un contenido disconforme con los criterios y principios fundamentales de la carta política.

En estos casos el problema se centra en la confrontación entre una norma cuestionada y la Constitución, entendida esta última en un sentido amplio; es decir, como bien lo señalan Danós y Sousa:

> "No debe limitarse a considerar el texto escrito, sino todo el conjunto de valores, principios organizativos y relaciones sociales que la integran."

Situación interesante es aquella que prevé el artículo 21 de la ley 26435, cuando dispone se declare la inconstitucionalidad de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley, por contravención del artículo 106 de la Constitución, cuando incurriese en:

- Haber regulado materias reservadas a una ley orgánica.
- Haber modificado o derogado una ley orgánica.

La *inconstitucionalidad formal* se produce cuando una norma con categoría de ley contraviene la Constitución al no haber sido elaborada de acuerdo con los procedimientos establecidos para su formación. En puridad, se trata de la comprobación del incumplimiento de algún trámite previsto en el procedimiento de su elaboración.

La inconstitucionalidad puede tener un carácter parcial o total. Al respecto, de conformidad con lo señalado por el argentino Alejandro Ghigliani[9], podemos señalar que cuando

> "el vicio afecta sólo a una parte del acto normativo, la inconstitucionalidad es parcial; en cambio, es total cuando lo invalida en su conjunto".

---

9 GHIGLIANI, Alejandro. *El control jurisdiccional de la constitucionalidad.* Buenos Aires: Ed. Depalma.

Asimismo, Ghigliani señala que:

> "Los jueces, en principio, deben limitar la declaración de inconstitucionalidad a la parte viciada y mantener la otra. Pero ambas –la válida y la inválida– deben ser tan separables, que la parte legítima, sin la parte viciada, pueda subsistir. Ello, aunque las normas arregladas a la Constitución y las incompatibles con ella se encuentren contenidas en el mismo capítulo de la ley."

Sin embargo, advierte que esta regla no es absoluta, pues:

> "Si al declarar la inconstitucionalidad de una parte, desaparece la unidad del acto cuyas normas encierran una interna conexión entre sí, los jueces deben comprender todo el conjunto en la declaración de inconstitucionalidad."

Este criterio, cuyo antecedente se ubica en el artículo 39.1 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional español, es precisamente el seguido por nuestra legislación. En efecto, el artículo 38 de la ley 26435 señala:

> "Cuando la sentencia declara la inconstitucionalidad de un dispositivo de la norma impugnada, declara igualmente la de aquellos otros preceptos de la misma norma a los que debe extenderse por conexión o consecuencia y que hayan sido materia de la causa."

Más aún, el Tribunal Constitucional puede fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier norma constitucional, aunque no haya sido invocada en el curso del proceso.

5.1.1 El ejercicio de la acción de inconstitucionalidad

Se encuentran facultados para interponer esta acción:

– *El presidente de la República*

Para el efecto, el jefe del Ejecutivo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, designa a uno de sus ministros para que la plantee y lo represente en el proceso.

El ministro designado puede delegar su representación en un procurador público.

– *El fiscal de la nación*

La ley lo faculta para la interposición directa de la acción. Ello no obsta para que pueda actuar en el proceso mediante apoderado.

– *El defensor del pueblo*

La ley lo faculta para la interposición directa de la acción. Ello no obsta para que pueda actuar en el proceso mediante apoderado.

– *Los congresistas*

La ley los faculta para la interposición de la acción, siempre que ésta se encuentre respaldada como mínimo por el 25% del número legal de congresistas (30 representantes).

– *La ciudadanía*

La ley la faculta para la interposición de la acción siempre que ésta se encuentre respaldada como mínimo por 5.000 ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

Ahora bien, en caso de que el precepto cuestionado fuera una norma regional de carácter general u ordenanza municipal, la acción sólo requerirá del respaldo del 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda el número de firmas anteriormente señalado.

Los ciudadanos accionantes deben actuar con patrocinio de letrado y conferir su representación a uno solo de ellos.

– *Los presidentes de región*

La ley los faculta para la interposición de la acción contra normas con jerarquía de ley, siempre que éstas se vinculen con materias de su competencia. Para tal efecto, deben contar con el acuerdo favorable del Consejo de Coordinación Regional.

Estos presidentes actúan en el proceso *per se* o mediante apoderado y con patrocinio de letrado.

– *Los alcaldes provinciales*

La ley los faculta para la interposición de la acción contra normas con jerarquía de ley, siempre que éstas se vinculen con materias de su competencia. Para tal efecto, deben contar con el acuerdo favorable de su concejo.

– *Los colegios profesionales*

La ley los faculta para la interposición de la acción contra normas con jerarquía de ley, siempre que éstas se vinculen con materias de su disciplina o especialidad. Para tal efecto, deben contar con el acuerdo favorable de su junta directiva.

Actúan en el proceso con patrocinio de letrado y representados por sus respectivos decanos.

5.1.2 Prescripción de la acción

La acción de inconstitucionalidad de una norma se interpone dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha de publicación de la norma impugnada.

Ahora bien, vencido el plazo arriba señalado opera la figura de la prescripción de la acción; esto es, las normas con jerarquía de ley quedan *consolidadas* por el transcurso del tiempo. Éstas no pueden ser ya objeto de impugnación por la vía de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Ello no obsta para que se mantengan vigentes las consecuencias jurídicas previstas en los artículos 51 y 138 de la Constitución, vale decir:

- Que se siga considerando que la Constitución prevalece sobre toda otra norma legal de inferior jerarquía.
- Que la judicatura ordinaria aplique la denominada *excepción de inconstitucionalidad.*

  Esta excepción implica que en todos los procesos judiciales, en caso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera.

Ahora bien, es criticable que mediante la ley 26618 se haya reducido el plazo de prescripción de seis años a sólo seis meses. Aquel período permitía que, concluida la gestión de un Gobierno, se pudiera evaluar la constitucionalidad de las normas dictadas por éste.

Contra ese laudable propósito, la mayoría parlamentaria adicta al presidente Alberto Fujimori ha "cerrado" dicha posibilidad. Se trata de un rasgo claro de autoritarismo, que pone en la picota los valores democráticos.

5.1.3 El patrocinio legal

Para patrocinar ante el Tribunal Constitucional, se requiere ser abogado en ejercicio.

Se encuentran inhabilitados para ejercer este patrocinio aquellos abogados que hubieren sido magistrados del Tribunal, hasta dos años después de haber cesado en él, amén de que su cese se hubiere producido por renuncia, incompatibilidad o vencimiento del plazo de designación.

Ahora bien, la inhabilitación tiene carácter permanente en aquellos casos en que el cese se hubiere producido por incapacidad; por incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo; o debido a condena por comisión de un ilícito doloso.

El procedimiento

De conformidad con lo expuesto en el artículo 29 de la ley 26435, la *demanda de inconstitucionalidad* debe contener los siguientes requisitos:

- Los datos de identidad de los órganos o personas que ejercitan la acción, y su domicilio legal y procesal.
- La indicación precisa de la norma que se impugna.
- Los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta, y la relación numerada de los documentos que se acompañan.
- La designación del apoderado, y de sus sustitutos en caso fuere pertinente.

La admisión a trámite de una acción de inconstitucionalidad no suspende la vigencia ni la aplicación de la norma. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 51 y 138 de la Constitución. La admisibilidad es resuelta en un plazo que no excede de diez días.

En caso de que el Tribunal resolviere la inadmisibilidad de la demanda, deberá exponer como fundamento algunas de las siguientes consideraciones:

- Que la demanda ha sido interpuesta vencido el plazo de prescripción.
- Que la demanda ha sido interpuesta con omisión de los requisitos arriba expuestos, o sin el acompañamiento de los documentos que certifican la autorización para interponerla (acuerdo del Consejo de Ministros, certificación de la junta directiva del respectivo colegio profesional, certificación del acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, etc.).
- Que la demanda presentada es similar, en cuanto al fondo del asunto, a una anteriormente presentada y posteriormente desestimada.

No obstante lo expuesto, la ley 26435 señala que cuando el Tribunal Constitucional considere que el presupuesto procesal omitido es susceptible de ser subsanado, puede notificar a los actores para que cumplan con corregir la falencia.

Admitida a trámite la demanda, el Tribunal Constitucional correrá traslado de ella al órgano legislativo que emitió la norma (Congreso de la República, Ejecutivo, Gobierno regional, Gobierno local).

El órgano legislativo notificado se apersonará en el proceso y formulará obligatoriamente su alegato, en defensa de la norma impugnada, por medio de un apoderado nombrado especialmente para el efecto.

Dicho apersonamiento y el alegato se efectúan dentro del plazo de treinta días, improrrogables, contados a partir de la fecha de notificación de la demanda.

La vista de la causa se produce a los diez días útiles siguientes al vencimiento del plazo de absolución del traslado de la demanda. Cabe admitir que las partes pueden hacer uso del derecho de informar oralmente.

5.1.4 Las sentencias de inconstitucionalidad

Las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad tienen la autoridad de cosa juzgada.

Igual carácter tienen los actos que declaren la prescripción de la acción de inconstitucionalidad.

Estas sentencias vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

Tal como lo dispone el artículo 35 de la ley 26435, las sentencias se publican en el diario oficial *El Peruano* dentro de los tres días siguientes al de la recepción de la transcripción remitida por el Tribunal Constitucional. En defecto de lo expuesto, el fallo del Tribunal Constitucional ordenará que se publiquen en uno de los diarios de mayor circulación nacional, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

Ahora bien, cuando las sentencias versen sobre normas regionales o municipales se ordenará, adicionalmente, se publiquen en el diario donde habitualmente se difunden los avisos judiciales de la circunscripción. En caso de que no existan órganos escritos encargados de la publicación de los avisos judiciales, la resolución se hará conocer mediante bandos y carteles fijados en lugares públicos.

De conformidad con lo expuesto en el artículo 36 de la ley 26435, las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma, ya sea en todo o en parte, surten efecto desde el día siguiente de su publicación. Ergo, dicha norma es abrogada o derogada –según sea el caso– del ordenamiento jurídico peruano.

Cuando la declaración de inconstitucionalidad versa sobre normas tributarias, por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal Constitucional deberá determinar de manera expresa los efectos de su decisión en el tiempo, así como respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras aquellas normas estuvieron en vigencia.

Al respecto, debe recordarse que el artículo 74 de la Constitución hace referencia a que:

- Los tributos deben crearse, modificarse o derogarse exclusivamente por ley, o por decreto legislativo en caso de existir delegación de facultades. Quedan exceptuados los casos de aranceles y tasas, que se regulan mediante decreto supremo.
- Los Gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas; o exonerarse de éstas dentro de su jurisdicción, siempre que no excedan los límites que señala la ley.
- El Estado, al ejercer su potestad tributaria, deberá preservar los principios de reserva de la ley; igualdad y respeto de los derechos fundamentales, así como evitar que los tributos tengan efecto confiscatorio.
- Los decretos de urgencia y las leyes de presupuesto no pueden contener materia tributaria.
- Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del 1 de enero del año siguiente a su promulgación.

Debe advertirse que la sentencia denegatoria de la inconstitucionalidad de una norma impide la interposición de una nueva acción fundada en idéntico precepto constitucional.

Asimismo, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea impugnada ulteriormente por razones de fondo.

De otro lado, como bien señala el artículo 23 de la ley 26435, la desestimación de la acción por defecto formal de la demanda no es obstáculo para que la norma inicialmente impugnada pueda ser objeto de una nueva decisión, siempre que la nueva demanda se interponga dentro del plazo que permite dicha ley para su cuestionamiento ante el Tribunal Constitucional (seis meses de vigencia a partir de la fecha de publicación en el diario oficial *El Peruano*).

La declaración de inconstitucionalidad puede fundarse en la infracción de cualquier norma constitucional, aun cuando ella no hubiese sido invocada en el curso del proceso.

Los jueces están obligados a aplicar una norma cuya constitucionalidad hubiere sido confirmada por el Tribunal Constitucional. Asimismo, están obligados a suspender la tramitación de los procesos de acción popular sustentados en normas con categoría de ley, respecto de las cuales se hubieren planteado demandas de inconstitucionalidad, hasta las resultas de estos procesos.

Finalmente, deben precisarse los tres aspectos relativos a los efectos de una sentencia con declaratoria de inconstitucionalidad:

- La norma inconstitucional queda derogada o abrogada –es decir, deja de surtir efectos legales– a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario oficial *El Peruano*.
- Las sentencias con declaratoria de inconstitucionalidad *no tienen en modo alguno efectos retroactivos*; es decir, sólo operan hacia el futuro.

  En ese sentido, no es dable aceptar *se revivan* procesos fenecidos en los que se hubiere hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo el caso de que se trate de una norma de materia penal que, como consecuencia de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, resultare favorable al reo.
- La declaración de inconstitucionalidad de una norma no genera la recuperación de vigencia de aquellas disposiciones legales que ésta hubiere derogado.

5.2 La acción popular

Se trata de un mecanismo de control de constitucionalidad y legalidad de la normatividad subsidiaria del ordenamiento jurídico peruano.

En ese sentido, el profesor Jorge Danós Ordóñez[10] señala:

> "La acción popular se configura como un instrumento procesal constitucional capaz de movilizar a la jurisdicción ordinaria para que se pronuncie acerca de la legitimidad constitucional y/o legal de las normas de rango inferior a la ley."

10 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "La garantía constitucional de la acción popular". En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 4. Lima: Comisión Andina de Juristas.

Se trata de un medio procesal análogo y complementario de la acción de inconstitucionalidad.

La acción popular, entendida como una acción pública, tiene sus orígenes en el derecho romano.

En ese sentido, el Digesto autorizaba a "quisque di populo" –o sea, a cualquiera del pueblo– a ejercitar acciones de carácter penal en asuntos de interés de la comunidad.

Al respecto, el jurisconsulto la definía como "aquella que protege el propio derecho del pueblo".

En lo relativo a la acción popular propiamente como *acción de inconstitucionalidad o legalidad*, debe señalarse que se trata de una institución de origen típicamente latinoamericano, establecida en Venezuela (Constitución de 1858) y Colombia (reforma constitucional de 1901) durante la segunda mitad del siglo pasado e inicios del actual.

Se trata de una institución que se caracteriza por ser una facultad o poder jurídico otorgado a la ciudadanía *in genere*, a efectos de formular ante el Órgano Judicial la defensa de intereses generales consagrados en la Constitución y la ley, violados a través de una legislación subsidiaria.

Su inserción en el ordenamiento jurídico peruano se estableció en el artículo 133 de la Constitución de 1933.

Dicho precepto señalaba textualmente lo siguiente:

> "Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente."

Esta inserción en la Constitución de 1933 constituyó el primer gran atisbo de un sistema de *justicia constitucional* en nuestro ordenamiento jurídico.

Posteriormente, el artículo 7 del decreto ley 14605 –ley orgánica del Poder Judicial (1963)– estableció, en vía reglamentaria, el mecanismo procesal judicial para hacerla efectiva.

En tiempos más recientes, el artículo 295 de la Constitución de 1979, la ley 24968 –ley procesal de la Acción Popular– y el inciso 5 del artículo 200 de la Constitución de 1993 la han seguido formulando.

5.2.1 Características básicas

El instituto de la acción popular presenta cuatro características:

a) Mecanismo de control constitucional *a priori* o *a posteriori*, de las normas de carácter general y de rango inferior a la ley.
La acción popular puede promover un control *a priori* cuando se ejerce contra proyectos normativos en vía de publicación, o contra los que sin haber sido publicados vienen siendo aplicados en la práctica.
La acción popular puede promover un control *a posteriori* cuando se ejerce contra normas de carácter general y de rango inferior a la ley, formalmente vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.
Las normas de carácter general y de rango inferior a la ley son aquellas que describen hechos, acontecimientos o sucesos que involucran a un número no determinado pero significativo de personas, y cuya jerarquía se encuentra comprendida entre la tercera y quinta categoría de nuestra pirámide jurídica.
En puridad, se refieren a situaciones jurídicas dotadas de pluralidad. Se diferencian de las normas de carácter particular, en que éstas precisan y determinan específicamente al titular de un derecho o de un deber.

b) Poder jurídico de carácter público, ajeno a la comprobación de la existencia de un interés material o moral.
El ejercicio de la acción popular permite el acceso a la justicia de cualquier ciudadano que, sin necesidad de acreditar un interés directo y personal sobre la materia justiciable, encuentra necesario contribuir a la defensa del orden jurídico mediante su participación procesal.
El ciudadano ejecutante de la acción, en realidad expone una preocupación en torno a un interés público o general.

c) Acción justiciable y principal ante el Órgano Judicial.
La acción popular es ejercitable en vía de acción ante el Órgano Judicial, en razón de que este órgano del Estado accede al control de la constitucionalidad o legalidad a través de la demanda interpuesta por cualquier ciudadano, lo que origina un procedimiento especial efectuado directamente para ventilar la validez de la norma cuestionada.
En ese sentido, se diferencia de la acción de inconstitucionalidad (que cuestiona normas con jerarquía de ley), que se trami-

ta ante el Tribunal Constitucional, amén de distinguirse del *control de inaplicabilidad* previsto en la Constitución y que se ejerce al interior de un proceso judicial cualquiera, sea que ello se produzca por pedido de alguna de las partes, o en forma oficiosa por el juez.

d) Sentencia con efectos generales abstractos.

La acción popular promueve un resultado judicial común, absoluto y pleno.

Así, la referida garantía no tiene por objeto la protección de un derecho particular y específico, sino que cuestiona, *in genere*, la validez de la norma para la universalidad de los casos ligados con su materia.

5.2.2 Alcances

Las normas objeto de control constitucional o legal a través de la acción popular, incurren en vicio de inconstitucionalidad o ilegalidad en la totalidad o en parte de sus disposiciones cuando infringen la Constitución o las leyes, o cuando carecen de la forma prescrita taxativamente.

Al respecto, cabe desagregar doctrinariamente lo arriba expuesto, en dos aspectos:

5.2.3 Vicios de fondo o de inconstitucionalidad o ilegalidad material

La norma superior (la Constitución, o la ley en su caso) determina los principios, directivas o valores que deberá desarrollar el contenido de la norma inferior (norma administrativa).

En el caso de que la norma secundaria o subsidaria fuere incompatible con aquellos principios, direcciones o valores que inspiran la Constitución o la ley, nos encontraríamos ante un vicio de fondo al haberse rebasado los límites "sustanciales" o intrínsecos fijados por la norma superior.

5.2.4 Vicios de forma o de inconstitucionalidad o ilegalidad procedimental

La norma superior establece el procedimiento de gestación de la norma de inferior jerarquía. En caso de que aquél adoleciera de irregularidades, nos encontraríamos ante un vicio de la forma (o extrínseco) prevista por la norma superior.

Cabe señalar que la existencia de un vicio de formalidad acarrea la afección de todo el articulado de la norma.

Dentro de ese contexto, cabe citar los siguientes casos:

- Decreto supremo expedido sin el refrendo ministerial o presidencial.
- Decreto supremo refrendado por un ministro encargado de otro sector.
- Decreto supremo expedido sin el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, cuando éste es exigido expresamente por la ley.
- Edicto aprobado por menos de la mitad del número legal de miembros del concejo municipal.
- Edicto que concede exoneraciones tributarias, aprobado por menos de las dos terceras partes del número legal de miembros del concejo municipal.
- Edicto dictado por un concejo distrital, no ratificado por el concejo provincial.
- Decreto de alcaldía aprobado por quien carece jurídicamente de la condición de alcalde.

Puede plantearse también la existencia de un vicio en la publicación. Ello se produce cuando la norma no ha sido publicada oficialmente de la manera prescrita por la Constitución o la ley.

Al respecto, son citables los siguientes casos:

- Que no se efectúe la publicación oficial.
- Que la publicación se efectúe en un medio distinto al previsto por la Constitución o la ley.
- Que la publicación se efectúe en uno solo de los medios exigidos por la ley.

Ahora bien, también cabe la interposición de la acción popular contra aquellos proyectos normativos en vía de publicación, o contra aquellos que sin haber sido publicados han sido aplicados en la práctica.

Para esta hipótesis, la ley exige tres requisitos:

- Existencia de una norma formalmente aprobada, mas no publicada.
- Conocimiento extraoficial de que el proyecto lesiona o contraviene el orden constitucional o legal.
- Expresión, del demandante, de la manera como ha tomado conocimiento de su existencia.

Esta posibilidad tiene como ventajas:

- Impide la consumación de una violación constitucional o legal.
- Impide la incorporación de una norma inconstitucional o legal como parte integrante de nuestro ordenamiento.

La presentación de la acción popular no impide que el proyecto pueda publicarse.

5.2.5 Normas objeto de la acción popular

- Reglamentos y normas administrativas de carácter general.
- Resoluciones y decretos de carácter general.

Estas normas son expedidas por el Órgano Ejecutivo y los Gobiernos regionales y locales.

La acción popular también procede contra las normas expedidas por las demás personas de derecho público. Se trata de entes cuya existencia surge de la Constitución, el tratado o la ley, y que generalmente quedan incorporados como parte de la organización jurídico-política (Estado).

En esa condición, al encontrarse facultados para regular *per se* las materias, actividades o asuntos de su competencia, en el ejercicio pleno de sus funciones emiten disposiciones generales o disposiciones particulares bajo la forma de resolución.

Estos entes asumen las siguientes modalidades:

- Organismos autónomos no descentralizados.
- Organismos centrales.
- Instituciones públicas descentralizadas.

Entre las principales características de las citadas normas administrativas destacan tres:

- Aluden a reglas de conducta intersubjetivas, en donde se señala la obligación de hacer o no hacer algo de manera coactiva.
- Refieren aspectos vinculados con la organización y funcionamiento de la Administración pública. Por ende, regulan la organización político-administrativa del Estado, que es el instrumento a través del cual se ejerce la función de gobierno y se desarrollan determinados procesos generadores o cauteladores de bienes y servicios.
- Expresan contenidos normativos de carácter general. Ello implica que aluden a situaciones, hechos o acontecimientos

comunes a un número no precisado pero amplio y significativo de ciudadanos.
En modo alguno deben hacer referencia a individuos, sujetos o personas precisas o específicas.

En puridad, *las normas administrativas de carácter general* regulan procedimientos que vinculan de manera indiferenciada a sujetos de una relación administrativa comprendidos en un hecho, suceso o acontecimiento detallado prolijamente.

En cambio, *las normas administrativas de carácter particular* tienen por objeto central el determinar de manera específica y precisa a un sujeto de la relación administrativa, sobre quien recae un beneficio o responsabilidad.

En razón de lo expuesto, la legitimación procesal en el ámbito de la acción popular no necesita ampararse en la lesión de un interés personal –sea material o moral–, sino que se justifica simplemente en pro del sistema jurídico que sirve de sustento para la relación gobernantes-gobernados.

El ejercicio de la acción popular se entiende como una manifestación objetiva de la defensa del interés general o público, por parte de un ciudadano común y corriente que incluso puede no tener una relación administrativa directa y concreta con la norma cuestionada.

Cabe consignar que por interés general o público se entiende aquel beneficio, ventaja o utilidad de alcance comunitario que es declarado expresamente, por la ley, como parte de los fines propios y concretos del Estado. Por ende, éste tiene tareas detalladas en torno a su plasmación y tutela.

La acción popular se caracteriza por ser un proceso de cuasi puro derecho, es decir, donde casi no existe disensión sobre los hechos. Por tanto, no existen situaciones controvertidas que probar, así como tampoco aparece de manera cabal la existencia de una etapa probatoria. La única excepción se suscita cuando la demanda hace referencia a vicios de procedimiento en la formación de la norma.

5.2.6 Características procesales de la acción popular

Entre estas características aparecen dos:

- *Especialidad*
  Se trata de un proceso con reglas particulares y específicas.
- *Sumariedad*

Se trata de un proceso con plazos breves, formalidades simples y, excepcionalmente, de un limitadísimo y residual ofrecimiento de pruebas.

5.2.7 Esquema procesal

De manera sintética, el esquema procedimental es el siguiente:

En primera instancia

a) Demanda.
b) Publicación de admisibilidad.
c) Examen *in limini* de la demanda (examen desde el principio).
d) Contestación de la demanda.
f) Sentencia.
g) Apelación de la sentencia o consulta de oficio.

En segunda instancia

a) Dictamen fiscal.
b) Vista de la causa.
c) Sentencia.
d) Publicación en el diario oficial correspondiente.

5.2.7.1 Procedencia de la acción

Titularidad

La titularidad de la acción popular corresponde a "quisque populo"; es decir, cualquier ciudadano goza de la legitimación procesal para cuestionar la constitucionalidad o legalidad de una norma subsidiaria o secundaria de carácter general.

Esta legitimación procesal no necesita ampararse en la lesión de un interés personal, sea material o moral, sino que se justifica simplemente en pro de las normas que velan por la vida en relación.

En ese sentido, pueden interponer la demanda de acción popular las siguientes personas:

a) Los ciudadanos peruanos en el ejercicio pleno de sus derechos

El artículo 30 de la Constitución señala que son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere estar inscrito en el Registro Electoral.

El propio texto constitucional señala los casos de suspensión del ejercicio de la ciudadanía:

a) Por resolución judicial de interdicción.
b) Por sentencia que impone pena privativa de la libertad.
c) Por sentencia que lleva consigo la inhabilitación de los derechos políticos.

Desde nuestro punto de vista, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional pueden interponer demandas de acción popular. Amparamos nuestra opinión en lo siguiente:

a) Cumplen con el requisito de nacionalidad (art. 30).
b) Cumplen con la edad mínima exigida por la Constitución (art. 30).
c) Salvo la restricción de no poder votar ni poder ser elegidos en comicios electorales, no se encuentran sujetos a ningún otro tipo de restricciones (art. 34).

b) Las personas jurídicas constituidas o establecidas en el país, a través de sus representantes legales

Corresponde a los gerentes o administradores de las sociedades civiles o comerciales, así como a los jefes o presidentes de las corporaciones o entidades con personalidad jurídica, el suscribir la correspondiente demanda.

A nuestro modo de ver, la titularidad de la acción no alcanza a las personas de derecho público; ello en aplicación estricta del principio de argumentación a contrario (*contrario sensu*).

c) El Ministerio Público

Es el defensor de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos. Al respecto, el inciso 1 del artículo 159 de la Constitución le otorga la responsabilidad de promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad.

En esa perspectiva, la primera disposición complementaria de la ley 24968 señala:

> "Cuando en el ejercicio de sus funciones los jueces y fiscales identificaren normas administrativas que sean incompatibles con la Constitución o las leyes, darán cuenta de ellas al Fiscal de la Nación para que, previa evaluación, disponga la interposición de la respectiva demanda de acción popular."

Ahora bien, es oportuno consignar que el Ministerio Público, cuando no actúa como parte en el proceso, actúa dentro de él como órgano dictaminador.

5.2.7.2 Órgano judicial competente

Para establecer el órgano competente cabe determinar el carácter local, regional o nacional de las normas cuestionadas mediante la acción popular.

En el caso de las normas locales y regionales, corresponde conocer a la sala de turno por razón de la materia de la Corte Superior del distrito judicial al que pertenece jurisdiccionalmente el órgano público emisor de la norma cuestionada de inconstitucionalidad o ilegalidad.

En cambio, en el caso de las normas dictadas desde el Gobierno nacional o central, corresponde conocer a la sala de turno por razón de la materia de la Corte Superior del distrito judicial de Lima.

El traslado de la demanda se dirige:

- Al órgano estatal emisor de la norma o proyecto de norma objeto del proceso.
- Al órgano estatal de mayor jerarquía, cuando son varios los entes emisores.
- Al primer órgano emisor mencionado en la norma impugnada, en caso de que los entes suscriptores de la norma objeto del proceso fuesen de igual jerarquía.

Ahora bien, cuando la norma ha sido expedida por un portafolio del Órgano Ejecutivo, se debe notificar al ministro refrendante, amén de seguirse similar trámite con el procurador público competente.

En aquellos casos donde existen varios ministros refrendantes, el traslado se dirigirá a aquel que aparece en primer término en la publicación efectuada en el diario oficial *El Peruano.*

Puestos en la hipótesis de que el órgano estatal hubiere sido desactivado o hubiere dejado de funcionar, el traslado se dirigirá a aquel órgano encargado de asumir sus funciones.

5.2.7.3 Admisibilidad de la demanda

La admisibilidad configura lo jurídicamente aceptable al conocimiento judicial.

La Sala resuelve sobre su admisión en un término no mayor de cinco días; para tal efecto se verifica el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 11 de la ley 24968, de 23 de diciembre de 1988.

Los dictámenes

El Ministerio Público ejerce sus atribuciones, dentro de un proceso de acción popular, ya sea como parte o como órgano dictaminador.

En este último caso, la Sala que conoce de la litis, vencido el plazo para la presentación de la demanda, deberá ponerla en conocimiento del fiscal superior a efectos de que, sin desplazamiento del expediente y con la simple remisión del escrito de la demanda y sus recaudos, entregue su correspondiente dictamen.

El plazo para la emisión del dictamen es de diez días, dictamen que, según lo dispone el artículo 114 del Código Procesal Civil, debe ser entregado fundamentadamente.

Dicha fundamentación deberá abarcar dos aspectos centrales:

- Opinión sobre la actividad procesal seguida en la causa.
- Expresión sobre el fondo objeto de la litis.

5.2.7.4 Inexistencia de medidas cautelares

La admisión a trámite de una demanda de acción popular no suspende la vigencia de la norma impugnada. Tampoco puede generar la decisión de inaplicación temporal de la misma.

5.2.7.5 Acumulación

Es viable la reunión de varios procesos en uno solo, a efectos de asegurar orden, seguridad jurídica y economía procesal, siempre que esto se verifique en la primera instancia del proceso. En el caso de que la litis se ventile en diferentes juzgados, se deberá solicitar la acumulación ante el juez de la causa con mayor tiempo de admisibilidad a trámite.

5.2.7.6 Las excepciones

Es admisible que la parte demandada en un proceso de acción popular, pueda presentar excepciones como un medio de defensa para enervar el contenido de una demanda sin entrar a discutir sobre los fundamentos de derecho.

En ese sentido, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 446 del Codigo Procesal Civil y en armonía con las características de este tipo de proceso, cabe presentar las siguientes excepciones:

- Incompetencia (por razón de territorio, grado o materia).
- Incapacidad del demandante o de su representante.
- Litispendencia.
- Cosa juzgada.

5.2.7.7 Los actos judiciales de publicación

En los procesos de acción popular existe la obligatoriedad de la publicación judicial en los siguientes casos:

- Publicación del auto admisorio en el diario oficial *El Peruano*, cuando la demanda se promueve en la ciudad capital; o en el medio oficial de publicidad que corresponda, cuando es promovida en los demás distritos judiciales.
  La finalidad de las publicaciones radica, según Jorge Danós Ordóñez[11], en que

  > "la ciudadanía resulte advertida de que se está cuestionando en la vía jurisdiccional la legitimidad constitucional y/o legal de una determinada norma".

- Publicación de las sentencias al día siguiente de su expedición.
  El medio utilizado debe ser el mismo que en el caso de la publicación del auto admisorio.
  Ello guarda relación con los efectos generales abstractos (*erga omnes*) que produce la resolución judicial.

5.2.7.8 La consulta de oficio

Mario Matta la define[12] como:

> "el acto procesal de elevación del expediente ante un órgano de jerarquía superior, a efectos de obtener una ratificación o confirmación de lo resuelto".

En ese sentido, la Sala competente es la contencioso-administrativa de la Corte Suprema.

---

11 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op. cit.

12 MATTA, Mario. "La sentencia". En: *La Prensa*. Lima, 4 de febrero de 1967.

Esta consulta se produce cuando la sentencia de primera instancia no es objeto del recurso impugnatorio de apelación. Se sustancia mediante una tramitación breve y especialísima, ya que no requiere de dictamen del fiscal supremo ni de informes orales de las partes.

5.2.7.9 Los efectos de las sentencias

Las consecuencias jurídicas de una sentencia se generan a partir del día siguiente de su expedición y publicación judicial; ergo, tiene efectos *ex nunc*. En la práctica, aquí se alude a una derogación tácita.

En puridad, se trata de sentencias constitutivas, ya que la inaplicación *in genere* de la norma inconstitucional o ilegal se produce *a partir* de su publicación judicial (hacia el futuro). Ello a diferencia de las sentencias de amparo, que son declarativas, ya que sus efectos se producen desde la fecha en que se presentó la demanda (hacia el pasado; ergo, son retroactivas).

5.3 La acción de hábeas corpus[13]

Es un medio procesal de defensa de la libertad individual y demás derechos constitucionales conexos, frente a los abusos que sobre la materia perpetran las autoridades, funcionarios o particulares.

El tratadista nacional Luis Bramont Arias[14] señala que sus características son cuatro:

a) Se refiere a toda restricción de la libertad individual o derechos constitucionales conexos.
b) Busca asegurar la protección integral de la plenitud del goce de la libertad personal, al margen de quién sea el autor de su perturbación o restricción.
c) Se dirige no sólo contra los actos efectivos de privación de la libertad; también alcanza a los que sólo representan una amenaza.
d) Se considera que la amenaza o privación efectiva de la libertad individual debe producirse al margen del derecho, ya sea porque la autoridad, funcionario o persona particular carece

13 La eminente tarea emprendida por el constitucionalista Domingo García Belaunde en lo relativo a la vigencia y rigurosidad doctrinaria del hábeas corpus, se expresa inequívocamente en las Constituciones de 1979 y 1993 y en la ley 23506.

14 BRAMONT ARIAS, Luis. *Acciones de garantía*. Lima: Imprenta San Marcos.

> de facultad para ordenar la restricción, o porque teniendo en principio competencia para ello, la ejerce excediéndose de los límites determinados por la ley.

El hábeas corpus representa la garantía constitucional más antigua de la historia del derecho. Nuestro ordenamiento ha hecho acopio de todo su acervo doctrinario. Así, de conformidad con lo previsto en el inciso 1 del artículo 200 de la Constitución y en el artículo 12 de la ley 23506, esta acción protege las facultades básicas referidas a la libertad personal o física; o sea, aquellas que los romanos llamaban "jus movendi et ambulandi", es decir, el poder de movilizarnos según nuestra propia determinación. Ahora bien, esto último debe entenderse en forma amplia, por cuanto si bien la libertad de conciencia y creencia no son estrictamente facultades vinculadas con la libertad física, sin embargo, para ser coactadas o atentar contra ellas tiene que lesionarse necesariamente esta última.

La noción *libertad* aparece sustantivamente desde Grecia. Es allí donde políticos e historiadores la plantearon como fundamental para el desarrollo de la *polis*. No obstante, por inevitables limitaciones históricas sólo llegó a ser disfrutada por las clases económica o socialmente dominantes.

La libertad propugnada por Solón, Pericles y Aristóteles no impidió apartar de dicho beneficio a la mayoría de la población compuesta por metecos y esclavos, que, según el conocido censo del año 309 a. de C. en Atenas, era superior a 400 mil personas.

La libertad griega –con las limitaciones arriba señaladas– presentaba un estatuto de doble aspecto:

- Representaba la independencia humana, respecto a la sujeción personal.
- Expresaba la obediencia a la ley.

Esta concepción surgía de la ley, pero con sujeción a ella. Esto permite explicar la respuesta del embajador espartano ante un militar persa durante las guerras médicas: "Los griegos no tenemos más amo que la ley."

La aparición del derecho romano significó el inicio de la protección jurídica de la libertad, pero siempre dentro de las limitaciones ya señaladas.

Tal como está referido en el Digesto, la culminación de este proceso de protección jurídica se dio a través del interdicto *homine libero*

exhibiendo. Allí, el pretor expresaba: "Exhibe al hombre que con dolo malo retienes."

El supuesto de este interdicto era la existencia de un hombre libre. Ahora bien, no todos los hombres eran libres en la Roma antigua, por lo que es necesario establecer la diferencia entre hombre libre y esclavo. Este último tenía la condición de un ser que estaba bajo la propiedad de otro, que era su dueño. En suma, no era una persona; se trataba de una cosa.

La historia acredita la existencia de numerosas variedades de esclavos: por razón de nacimiento, cautiverio, sanción jurídica, rechazo del servicio militar, condena por robo, y hasta por omisión de registro en el censo.

El interdicto de que tratamos sólo podía ser interpuesto por aquel que no fuera esclavo.

Como hemos visto, se habla de restricción de la libertad con "dolo". Éste podía ser bueno o malo.

Se entendía por *dolo malo* aquella decisión espontánea y consciente de una acción u omisión sancionada por la ley. Se trataba de una maniobra fraudulenta empleada para engañar a una persona y para determinarla a dar su consentimiento en un acto jurídico. En cambio, el *dolo bueno* era concebido como un acto hábil para conseguir un resultado lícito.

En el derecho español aparecen los denominados *fueros o estatutos particulares*, que dictaban los monarcas en favor de los reinos de la península ibérica y de los nobles o moradores de las villas o ciudades: en beneficio de los primeros, como un medio de acrecentar la relación política; en beneficio de los otros, como una forma de premiar su valentía en defensa de los intereses monárquicos.

Ahora bien, en el siglo XIII, y específicamente en el reino de Aragón, aparecerá una institución judicial mediadora entre el rey y los súbditos, conocida como *justicia mayor*, a la que estos últimos podían apelar para defender su libertad o para exigir el cumplimiento de las leyes.

Este personaje, designado por el rey entre los integrantes del cuerpo de caballeros, gozaba de un peculiar *status* social. Entendido como la personificación de la justicia, era inamovible (no podía ser arrestado, citado o acusado ni siquiera por el rey). Más que como un funcionario, puede conceptuársele como un órgano de control del poder, un ente regulador o moderador; era una especie de freno y contrapeso de los distintos estamentos del Gobierno.

Este funcionario, con cargo vitalicio, contaba con la colaboración de otros nueve funcionarios conocidos como *lugartenientes.*

Pues bien, ante él se llevaba a cabo un proceso conocido como *juicio de manifestación.*

Éste era un recurso contra todo exceso de poder, que consistía en solicitar la manifestación (exhibición) de un particular que estuviese oculto o negado por otra persona. El justicia mayor contaba con facultades para extraer al detenido del lugar donde se encontrare.

Este beneficio alcanzaba a todos los habitantes de Aragón (excepto los acusados por herejía ante el Santo Oficio) que se encontraren detenidos sin proceso o por mandato de juez incompetente; que fuesen objeto de torturas o agravios, etc.

La acción se planteaba mediante una carta o súplica del perjudicado o de cualquier otra persona. (Al respecto, no debe olvidarse lo consignado actualmente en el artículo 13 de la ley 23506.)

Inmediatamente, el justicia mayor libraba una carta exhibitoria en donde exigía la entrega del agraviado. Cumplido esto, se procedía a la manifestación, vale decir, a su exhibición en la "Cárcel de los manifestados", en donde se debía esperar la respectiva sentencia. Este lugar tenía un gran ventanal a través del cual se mostraba al detenido ante el pueblo, a fin de acreditar su existencia.

Finalmente, en la España del siglo XVI se instituyó, en el reino de Vizcaya, un procedimiento análogo a nuestro actual hábeas corpus, con la finalidad de impugnar actos arbitrarios. Mediante este procedimiento se velaba por que ningún prestamista, magistrado o policía pudiese aprehender a persona alguna sin mandamiento de juez competente, salvo en el caso de comisión flagrante de delito.

En Inglaterra, país pródigo en declaraciones de derechos, el príncipe Juan sin Tierra tuvo que acceder en 1215 a firmar la Carta Magna. En el artículo XXIX de este documento se expresa lo siguiente:

> "Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión, o privado de su tenencia libre, o declarado fuera de la ley, o detenido o molestado de cualquier forma; y no procederemos contra él o enviaremos a nadie en su contra, si no es por el juicio legal de su país o por la ley del país."

El hábeas corpus existió desde 1154 (reinado de Enrique II). Los tratadistas ingleses señalan que esta primigenia garantía no servía tanto para sacar a una persona de la prisión, como para meterla en ella de manera legal.

Esta acción fue utilizada, sobre todo, como un medio procesal contra las detenciones efectuadas por los particulares.

A raíz del famoso caso Daniel's, el Parlamento inglés encontró un remedio contra los abusos de la monarquía, a través de la famosa "Petición de Derechos" de 1628.

En ella se expresó que:

> "cuando se le llevó a la presencia de vuestras justicias, por órdenes de vuestra Majestad, se pidió un hábeas corpus para recibir la sentencia. Entonces, después de haberse dispuesto a sus captores que certificasen la causa de la aprehensión, lamentablemente no se hizo así (...) por lo que suplicamos humildemente que ningún hombre libre sea detenido de la manera que se acaba de enunciar."

Ante esta petición, el rey contestó: "Hágase justicia tal como se pide."

Ahora bien, la experiencia inglesa mostraba que la eficacia del instituto podía desnaturalizarse a través de una mutación regresiva operada por la actuación de la judicatura.

Ello se generaba debido a la debilidad moral de determinados magistrados para imponer al monarca el cumplimiento de la ley, y por la inseguridad jurídica generada por la aparición de nuevos órganos judiciales –es el caso de la denominada "Corte de la Cámara Estrellada"–, con competencias insuficientemente delimitadas.

A mediados del siglo XVII la operatividad del instituto se prestaba a críticas muy severas, ya que carecía de adecuadas sanciones para el caso de desatención o incumplimiento del respectivo *writ* por parte de jueces y oficiales de la corona. Ello ocasionó que en 1676 se sancionara legislativamente el Habeas Corpus Act. Es curioso mencionar que su tramitación tuvo ribetes de ilegalidad, ya que durante la votación en la Cámara de los Lores, lord Grey hizo computar el voto de un obeso miembro de la cámara haciéndolo valer por diez. Con dicha argucia consiguió la aprobación de la ley.

En 1816 se ampliaron los alcances del instituto para garantizar la libertad de una persona privada de ella por particulares. Como puede apreciarse, esta preciada acción se fue gestando y definiendo, de manera espontánea y natural, dentro de la especial evolución de las instituciones británicas.

En nuestro país fue incorporada al ordenamiento jurídico al finalizar el siglo pasado, respaldando los derechos individuales de la Constitución de 1860.

Mediante ley de 21 de julio de 1897, el gobierno de Nicolás de Piérola dio inicio al cautelamiento de la libertad personal, en defensa de las situaciones arbitrarias generadas por parte de las autoridades.

Posteriormente, por ley 2223 –ley de Liquidaciones Preventivas– se ampliaron sus alcances. Al respecto, debe destacarse el inicial aporte de Mariano H. Cornejo y Mariano Nicolás Valcárcel, quienes fueron los inspiradores de su inserción en nuestra legislación.

En la Constitución de 1920, durante el régimen del presidente Augusto B. Leguía, se introdujo el hábeas corpus a nivel constitucional. Igualmente fue incluido en el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920. En la práctica, el régimen despótico y absolutista de Leguía hizo ilusoria la aplicación de esta garantía.

Fue incorporada en la Constitución de 1933, con la singularidad de abarcar la defensa de todos los derechos fundamentales. Es así que por mediación del congresista constituyente Luciano Castillo Coloma se confundieron las figuras del hábeas corpus y el amparo.

Finalmente, mediante el decreto ley 17083, dictado curiosamente durante el gobierno militar del general Juan Velasco Alvarado, se le otorgó un trámite *sui generis*, al extremo de que se fusionó este instituto con la acción de amparo.

5.3.1 Los derechos protegidos por el hábeas corpus

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 23506, procede la acción de hábeas corpus para tutelar:

- El guardar reserva sobre las convicciones políticas, religiosas, filosóficas o de cualquier índole; así como el guardar el secreto profesional.
- La libertad de conciencia y creencia, en forma individual o asociada.
- El no ser violentado para obtener declaraciones.
- El no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad en causa penal contra uno mismo, ni contra el cónyuge, ni los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- El no ser exiliado o desterrado o confinado, sino por sentencia firme.
- El no ser expatriado ni separado del lugar de residencia, sino por mandato judicial o por aplicación de la ley de Extranjería.
- En el caso del extranjero a quien se ha concedido asilo político,

el no ser expulsado a un país cuyo Gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
- En el caso de los nacionales o extranjeros residentes, el ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la ley de Extranjería o de Sanidad.
- El no ser detenido, sino por mandato escrito y motivado del juez, o por las autoridades policiales en el caso de flagrante delito; o el ser puesto el detenido, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el apartado *f* del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, salvo las excepciones que en él se consignan.
- El no ser detenido por deudas, salvo en los casos de obligaciones alimentarias.
- El no ser privado del derecho de obtener o renovar pasaporte, dentro o fuera de la República.
- El no ser incomunicado, sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y por el tiempo previstos por la ley, de acuerdo con el apartado *g* del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.
- El ser asistido por un abogado defensor elegido por el afectado, desde que es citado o detenido por la autoridad.
- El hacer retirar las guardas puestas a un domicilio o el suspender el seguimiento policial cuando ello atente contra la libertad individual.
- La excarcelación, en el caso de un detenido o procesado que haya sido amnistiado, indultado, sobreseído, absuelto, o cuando ha sido declarada prescrita la acción penal o la ejecución de la pena.
- El que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procesamiento o detención de las personas a que se refieren los artículos 99 y 100 de la Constitución.

5.4 La acción de amparo[15]

Se define como aquella garantía que protege los derechos fundamentales no relativos o vinculados a la libertad individual, frente a las

15 Alberto Borea Odría ha sido el principal propugnador de la implementación de la acción de amparo en el Perú.

acciones perpetradas por las autoridades, funcionarios o particulares, cuando éstos los vulneran o amenazan, y siempre que su afectación implique una ilegalidad.

Luis Bramont Arias[16] sostiene que la acción puede ser interpuesta en tres casos:

- Cuando el acto lesivo o amenaza de lesión de un derecho fundamental es perpetrado por una autoridad, funcionario o un particular.
- Cuando el acto lesione o amenace los derechos fundamentales en forma arbitraria o ilegal.
- Cuando el agravio o daño se efectúe en forma actual (violación) o inminente (amenaza).

Desde una perspectiva histórica, la acción de amparo ha seguido el siguiente derrotero:

La expresión *amparo* apareció por primera vez en la Constitución del estado de Yucatán, en México (1841), gracias al talento jurídico y esfuerzo de Manuel Cresencio Rejón. Posteriormente, en 1847, se llevó a cabo un congreso constituyente, donde se la consagró en las actas constitucionales y de reforma de la Constitución de 1842, adoptándose la institución, a nivel federal, como piedra angular para la defensa del Estado de Derecho. Este último aporte fue hecho por el jurista Mariano Otero.

Debe observarse que en la modalidad mexicana se revela como un medio de control o protección del orden constitucional, e igualmente como un medio de protección contra todo acto de autoridad que afecte o agravie los derechos fundamentales de cualquier ciudadano.

El amparo mexicano reúne en una sola institución cuatro de las previstas y señaladas por nuestra Constitución: el hábeas corpus, el amparo, la acción popular y la acción de inconstitucionalidad. Por tanto, su ámbito es muy diverso y se ejercita en el fuero constitucional, penal, civil y laboral.

El tipo de amparo más cercano a nuestra concepción legislativa proviene de la República Argentina. En este caso, a diferencia de otros pueblos, no surgió de la Constitución o la ley; no apareció por una decisión del legislador, ya que se implantó por la vía jurisprudencial.

A través de los históricos fallos en los casos de Ángel Siri (1956) y de la firma Samuel Kot S. R. L. (1958), se suplió la incapacidad de la

16 BRAMONT ARIAS, Luis. Op. cit.

institución del hábeas corpus para defender los derechos fundamentales no vinculados con los derechos relativos a la libertad personal.

Su creación fue muy aplaudida en la doctrina de ese país. Al respecto, el tratadista Linares Quintana afirmó:

> "No es posible que, porque la Constitución guarde silencio sobre los remedios jurídicos para hacer efectiva la protección de la libertad, quede ésta huérfana del amparo de los tribunales."

En el Brasil apareció con el nombre de "mandato de seguridad", en la Constitución Federal de 1934.

En el Perú, inspirado en la doctrina mexicana, Luciano Castillo Coloma logró incorporarla en el artículo 69 de la Constitución de 1933, haciendo que el hábeas corpus garantizase la defensa de todos los derechos fundamentales.

En los agitados y poco democráticos tiempos del general Juan Velasco Alvarado se dictó el decreto ley 17803, en donde se estableció la utilización del hábeas corpus para la libertad personal, la inviolabilidad de domicilio y la libertad de tránsito, el mismo que se hacía efectivo en el fuero penal; en tanto que los demás derechos reconocidos por la Constitución de 1933 eran materia de protección en el fuero civil.

Posteriormente, en 1973, mediante decreto ley 20554 se estableció un procedimiento conocido con el nombre de "amparo", con el único y exclusivo objeto de proteger a los propietarios de bienes rústicos que considerasen que el gobierno militar hubiere iniciado inapropiadamente un proceso de expropiación.

Finalmente, los constituyentes de 1979 insertaron la acción de amparo de manera independiente del hábeas corpus, en el artículo 295 del texto fundamental; dejándose a través de la ley 23506 la perfiladura de sus aspectos procesales.

5.4.1 Los derechos protegidos por la acción de amparo

Procede para defender:

- La inviolabilidad del domicilio.
- El no ser discriminado en ninguna forma, por razón de origen, sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- El ejercicio público de cualquier confesión religiosa, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

- La libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral, escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social.
- La libertad de creación artística, intelectual, técnica y científica.
- La inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones.
- El derecho de reunión.
- El derecho de asociación.
- La libertad de trabajo.
- El derecho de propiedad y a la herencia.
- El derecho de formular peticiones ante la autoridad competente.
- El derecho a la participación individual o colectiva en la vida política del país.
- El derecho a la nacionalidad.

5.5 Aspectos generales del hábeas corpus y el amparo

5.5.1 Objetivos de las acciones de garantía

a) Fin principal

Las acciones de garantía sirven para reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

b) Fin subsidiario

El juez, al concluir un proceso de hábeas corpus o de amparo, y siempre que se hubiera establecido e identificado plenamente al responsable de la agresión, procederá a dictar:

- Orden de apertura de instrucción.
- Orden de destitución del cargo público, con impedimento del ejercicio de la función pública hasta dos años después de haberse cumplido la condena principal.
- Pago de las costas del proceso e indemnización por el daño causado.

Ahora bien, salvo el caso del pago de las costas, las demás medidas no forman parte de la resolución que pone término al proceso.

Dichas acciones son complementarias y subsidiarias.

Cabe advertir que toda discusión ajena a la restitución de un derecho no forma parte de la tramitación de una acción de garantía.

En ese sentido, dicha acción no puede servir para *declarar un derecho*: éste ya debe formar parte del patrimonio material o espiritual del accionante.

Ordenada la apertura de instrucción por la violación dolosa de un derecho fundamental, esta incriminación penal crea una excepción a la participación del Ministerio Público en la iniciación de un proceso penal por la vía de la denuncia. En este caso, corresponde formularla directamente al juez penal competente.

La lesión de un derecho constitucional por mandato u orden superior, no libera a su ejecutor de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Cuando la violación o amenaza de violación hubiere sido cometida por alguno de los funcionarios públicos comprendidos en el artículo 99 de la Constitución, se debe dar cuenta inmediata al Congreso para los fines de la acusación constitucional.

5.5.2 Manifestación del carácter lesivo del acto

Este carácter se manifiesta de dos maneras:

- Por violación debida a acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio.
- Por amenaza de violación.

Ahora bien, cuando se ejerce una acción de garantía a causa de la violación de un derecho, por omisión de un acto debido, el fallo judicial deberá ordenar el cumplimiento incondicional e inmediato de dicho acto.

En el caso de reposición de un derecho –vía la exigencia del cumplimiento incondicional e inmediato de un acto debido, mas lamentablemente omitido–, se procederá de la manera siguiente:

a) Notificación con señalamiento de plazo de hasta veinticuatro horas, en los casos de acción de hábeas corpus.
b) Notificación con señalamiento de plazo de hasta diez días calendario, en los casos de acción de amparo.

Estos plazos operan siempre que no resulten perjudiciales al ejercicio del derecho reconocido por la resolución final.

La reiterancia de la omisión de actos debidos ocasiona la presentación de la acción penal por el delito de resistencia al mandato de la autoridad; así como la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que resulten del incumplimiento.

Ahora bien, los derechos fundamentales protegidos por las acciones de garantía deben ser interpretados dentro del contexto general de la Constitución, los convenios internacionales y los principios generales del derecho.

5.5.3 La arbitrariedad judicial

Las acciones de garantía son pertinentes cuando una autoridad judicial, fuera de un procedimiento de su competencia, emite una resolución o cualquier disposición que lesione un derecho constitucional.

5.5.4 Procedimiento regular[17]

Es el ajustado a lo previsto y prescrito en la ley. El procedimiento es regular cuando la autoridad judicial con competencia para el caso concreto –por materia, grado, cuantía, territorio– resuelve, previo cumplimiento de todos los actos judiciales señalados por la ley, dentro del orden y la sucesión previamente establecidos.

La *irregularidad* hace referencia a la decisión judicial no conforme a las formalidades procesales exigidas por la ley. Aquélla debe ser de tal magnitud que comprometa decididamente el resultado del proceso.

En este sentido, la irregularidad procedimental consistirá en impedir a una de las partes el ejercicio pleno de las garantías de la administración de justicia consagradas en el artículo 139 de la Constitución; así como los demás derechos al *debido proceso*, derivados de los convenios internacionales de los cuales el Estado peruano es suscriptor.

5.5.5 Inaplicabilidad de las normas carentes de constitucionalidad[18]

La *resolución de inaplicabilidad* no amerita la derogación, abrogación, etc., de una norma. Ésta continúa manteniendo su vigor para los demás casos en que no se hubiera planteado la protección judicial.

La norma cuestionada no surte efecto legal para el caso particular y concreto planteado en una acción de garantía. Por ende, la resolución

---

17 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "El amparo contra las resoluciones judiciales. Nuevas perspectivas". En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 6. Lima: Comisión Andina de Juristas.

18 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "La acción de amparo contra normas en el ordenamiento jurídico nacional". En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 7. Lima: Comisión Andina de Juristas.

judicial que se expida deviene en una *exención legal* en favor del actor.

En tal virtud, mantiene su aplicabilidad para el resto de las personas, las mismas que sólo podrán librarse de sus alcances presentando la respectiva acción de garantía e invocando el precedente judicial vinculante.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe consignar que el artículo 39 de la ley 26435, y la ley 24968, *restringen* la facultad inaplicativa ejercida por la vía de las acciones de garantía, *en los casos de las normas cuya inconstitucionalidad o ilegalidad hubiera sido desestimada por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema* mediante la declaratoria de improcedencia de una acción de inconstitucionalidad o una acción popular.

5.5.6 Improcedencia de las acciones de garantía

Esta improcedencia se plantea en los siguientes casos:

a) En caso de haber cesado la violación o la amenaza de violación

Las acciones de garantía no sirven para referirse a una acción u omisión que concluya con anterioridad a su iniciación. Ello en virtud de que la razón del ejercicio de una acción de garantía responde al hecho de *reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación.*

En los casos en que la cesación se produjese durante la tramitación del proceso, el juzgador se abstendrá de emitir resolución sobre el fondo del asunto, por habérsele sustraído la materia que era motivo de pronunciamiento.

Más aún, en esta hipótesis dicha resolución resultaría ineficaz, ya que ella no alteraría en absoluto el estado en el cual se encontraban las cosas antes de la sentencia.

No obstante lo expuesto, fuera del proceso de hábeas corpus o de amparo se podría plantear la aplicación de los alcances del artículo 11 de la ley 23506, relativo a los efectos subsidiarios de la acción.

b) Cuando la violación se ha convertido en irreparable

La *irreparabilidad* consiste en aquello que ya de ningún modo se puede enmendar, corregir o reparar.

La irreparabilidad puede ser física o jurídica, e imputable al agresor o a las funciones competenciales que éste desempeña.

Ahora bien, dicha irreparabilidad debe ser absoluta y total, ya que, en caso contrario, el juez deberá disponer, aunque sea parcialmente, la restitución del derecho constitucional conculcado.

c) Contra las resoluciones emanadas de un procedimiento regular[19]

El extinto Tribunal de Garantías Constitucionales, mediante resolución casatoria en la acción de amparo interpuesta contra la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, por Glicerio Cáceres Vega, señaló que los procedimientos irregulares eran aquellos que violaban las garantías de la administración de justicia que la Constitución consagra (arts. 2 y 233 de la Constitución de 1979, actualmente previstas en el art. 139 de la Constitución de 1993). En tal virtud, la resolución judicial no tomará en cuenta las irregularidades de orden procesal subsidiario que pudieran encontrarse contempladas en los códigos procesales o en la ley orgánica del Poder Judicial, para cuya corrección o, en su caso, sanción, la legislación ordinaria ofrece una serie de recursos y acciones.

d) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria

Esta hipótesis se presenta cuando el afectado decide obtener la reposición del derecho constitucional conculcado, o el cese de la amenaza de su vulneración, a través de los procesos judiciales comunes, habituales o usuales.

En puridad, se suscita cuando se ha ejercitado acción judicial en vía paralela.

e) En el caso de las dependencias administrativas, incluyendo las empresas públicas, contra los poderes del Estado y los organismos creados por la Constitución, por actos efectuados en el ejercicio regular de sus funciones

Como bien sabemos, los derechos constitucionales aseguran al hombre frente al ejercicio abusivo del poder.

En ese sentido, debe señalarse que los órganos del Estado no tienen derechos o facultades, sino competencias previas y taxativamente señaladas por la Constitución y las leyes.

Por ende, no les alcanza lo previsto en el inciso 24 del artículo 2 de nuestro texto fundamental, que expresamente señala:

> "Toda persona tiene derecho: (...) A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a) Nadie está obligado a

19 BOREA ODRÍA, Alberto. *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo.* Lima: Ed. JVC.

> hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe."

Esto es únicamente aplicable para las personas naturales; mas de ningún modo opera en favor del Estado.

La norma que comentamos impide a los organismos autónomos centrales, instituciones públicas descentralizadas y sociedades de beneficencia, accionar contra el Gobierno central, los organismos autónomos *in genere*, los Gobiernos regionales y locales.

Por interpretación se incluye el litigio entre estos últimos, sólo en aquellos casos de existencia de actos efectuados al margen del ejercicio regular de una función.

Este tipo de ejercicio anómalo hace referencia a aquella decisión no respaldada en una norma autoritativa.

Al respecto, cabe recordar los "curiosos" casos de acciones de amparo presentadas por el disuelto Instituto de Comercio Exterior contra la Contraloría General, y las de ésta contra el Ministerio Público. Mayor despropósito se pudo observar en las acciones presentadas por el Ministerio de Pesquería contra dos entes particulares (la Sociedad Nacional de Pesquería y la Corporación Nacional de Armadores Pesqueros), por supuesta violación de sus derechos a la libertad de contratación y la libertad de trabajo.

> *f) En el caso de intereses sobre derechos referidos en la undécima disposición final y transitoria de la Constitución (sólo para el caso de la acción de amparo)*

Esta disposición hace referencia a la imposibilidad de exigir el cumplimiento inmediato de derechos que exijan nuevos o mayores gastos públicos. Estos derechos son de aplicación progresiva.

5.5.7 Suplencia de deficiencia procesal e integración judicial

El juez debe, bajo responsabilidad, suplir las deficiencias procesales en que incurra la parte reclamante.

Con dicho criterio se trata de evitar que como consecuencia de una asesoría legal deficiente se "convalide" la violación de un derecho constitucional.

Por tal motivo, se exige al juez *suplir* las deficiencias procesales.

Así por ejemplo, cuando el actor incurre en error al nombrar la garantía constitucional que quiere que se ejecute en su favor, el juez tiene

la obligación de inhibirse de su conocimiento e inmediatamente remitir la impetración solicitada al que por ley ostenta competencia.

Igualmente, se encuentra obligado a dar preferencia a la tramitación de las acciones de garantía.

En ambos casos el incumplimiento ocasiona responsabilidad, bajo los siguientes parámetros:

- Determinación de responsabilidades por el órgano revisor de la resolución expedida.
- Determinación de responsabilidad de los jueces de última instancia por el Órgano de Control Interno del Poder Judicial.

Es importante señalar que la ley 23506 otorga facultades a la Corte Suprema y a las Cortes Superiores para integrar las resoluciones objeto de revisión cuando encontraren alguna omisión de pronunciamiento en la instancia inferior.

Incluso, se les otorga la facultad de pronunciarse sobre el fondo del asunto cuando en la instancia precedente no se hubiere expresado pronunciamiento sobre la materia; o cuando se encontraren en desacuerdo con el fallo.

5.5.8 La jurisprudencia vinculante

La ley dispone que las resoluciones sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas puedan desprenderse principios de alcance general.

Se entiende por *principios de alcance general* aquellos axiomas, pautas básicas o postulados que permiten regular de manera lógica, armónica y sistemática un aspecto oscuro de la legislación relativa a la defensa de los derechos humanos.

Al respecto, debe advertirse que el artículo 22 de la ley orgánica del Poder Judicial obliga a las salas especializadas de la Corte Suprema a ordenar la publicación trimestral, en el diario oficial *El Peruano*, de aquellas sentencias que tienen carácter vinculante.

Ahora bien, es admisible que un fallo se aparte de un principio general siempre que la autoridad judicial explique razonablemente los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta su resolución.

Cabe advertir que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia del regímen de excepción al que se refiere el artículo 137 de la Constitución (estado de emergencia y estado de sitio).

Ahora bien, cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, compete al órgano jurisdiccional el examinar la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo.

La *razonabilidad* implica encontrar justificación lógica en los hechos, sucesos y circunstancias que ameritan la declaratoria del régimen de excepción.

Es necesario acreditar la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para controlar y solucionar las situaciones de anormalidad dentro de las facultades ordinarias fijadas en la Constitución.

La *proporcionalidad* implica la necesaria disposición o correspondencia que debe existir entre la causa y el efecto, esto es, entre la situación de anormalidad y su conjuración. Por ende, se exige adoptar únicamente las medidas estrictamente necesarias para restablecer la normalidad; es decir, estas acciones deben guardar relación con las circunstancias existentes en el régimen de excepción.

En ese sentido, es posible que el órgano jurisdiccional asuma una acción tuitiva en defensa de un ciudadano al acreditar irrazonabilidad o ausencia de proporcionalidad en la restricción o suspensión de un derecho constitucional.

Debe advertirse que no corresponde al juez el cuestionar la declaración del régimen de excepción, ya que ella nace de un acto de discrecionalidad política a cargo del presicente de la República.

5.6 La acción de hábeas data

Ésta alude a un mecanismo procesal de naturaleza constitucional destinado a proteger específicos derechos fundamentales que pueden ser objeto de amenaza o violación por efecto del mal uso de la tecnología informática.

La expresión *habeas data* alude a "traer el dato"; en forma análoga a la locución *habeas corpus*, que significa "traer el cuerpo".

Esta acción de garantía es consecuencia del surgimiento del denominado *poder informático*. Al respecto, el tratadista argentino Néstor Pedro Sagüés[20] señalaba:

---

20 SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Hábeas data: su desarrollo constitucional". En: *Lecturas Constitucionales Andinas* 3. Lima: Comisión Andina de Juristas.

> "La capacidad de registro de las computadoras, la rapidez de consulta y de transferencia de datos y la cobertura de toda su información, genera para quien la posee o pueda acceder a ella, una fuerte dosis de poder."

Dicho poder puede ser utilizado de manera abusiva afectando una pluridad de derechos fundamentales; verbigracia, la intimidad, la propia imagen, el derecho a la información, etc. De allí que Gorki Gonzales Mantilla[21] nos recuerda que:

> "Las modalidades clásicas de injerencia arbitraria en la vida íntima, tales como el teatro, la literatura, la poesía, se fueron perfeccionando con la fotografía a distancia, la televisión, la radio, el teléfono, los mismos que hoy han quedado en cierto modo superados con la evolución de la electrónica y la informática."

Los *bancos de datos informáticos* hacen referencia a sistemas automáticos de acumulación, conservación, procesamiento, recuperación y transformación de datos de cualquier naturaleza.

Dichos datos o informaciones contenidos en archivos computarizados, tienen *per se* un creciente valor comercial, social y político, lo que ha obligado a su regulación y a la creación de institutos procesales a efectos de defender ciertos derechos fundamentales de la persona contra el abuso en que pudieran incurrir los *productores* (recolectores, traductores al lenguaje computarizado), los *gestores* (organizadores y conservadores de la información computarizada) y los *distribuidores* (difusores de la información computarizada) de esos datos.

El origen de esta preocupación puede encontrarse en el Land de Hesse (Alemania, 1970), en donde se dictó la primera ley de protección de la persona contra el mal uso de la información contenida en los bancos de datos. La República Federal Alemana recogió dicha concepción y la plasmó en una ley nacional en 1977.

También aparecen importantes antecedentes legislativos en Suecia (1973) y en la legislación estadounidense de Alaska, Arizona, California, Florida, Iowa, Montana, Ohio y Washington (a partir de la década de los 70).

---

21 GONZALES MANTILLA, Gorki. "El hábeas data y el derecho a la propia imagen en la Constitución de 1993". En: *Revista del Foro*, año LXXXI, número 2. Lima: Colegio de Abogados de Lima.

A nivel constitucional aparece en la Constitución portuguesa de 1976, la Constitución española de 1978, la Constitución brasileña de 1988, la Constitución colombiana de 1991 y la Constitución paraguaya de 1992.

En nuestro país aparece de manera controvertida en la Constitución de 1993. El texto inicial de la acción de hábeas data tuvo que ser modificado por la ley 26470, de 12 de junio de 1995. Ello en razón de crecientes protestas de sectores influyentes en la sociedad civil. Estas críticas se centraron en:

- La desnaturalización de la acción, al vincularla absurdamente con el derecho de rectificación ante cualquier medio de comunicación social.
- El peligro de su utilización para "frenar" la labor informativa de los medios de comunicación social.

De otro lado, como veremos más adelante, la utilización de este mecanismo procesal es deficiente y defectuosa en razón de que *no permite* que una persona, en aras de la defensa de su derecho a la intimidad personal y familiar, pueda exigir la rectificación, actualización o exclusión de determinados datos o informaciones consignados en un banco o base de datos informático en sentido genérico.

Cabe señalar que doctrinariamente, como bien afirma Gorki Gonzales Mantilla[22], los problemas que se intentan resolver mediante la acción de hábeas data surgen como consecuencia de lo siguiente:

- Inclusión de datos de una persona sin su previo consentimiento.
- Impedimento de acceder a la información referida a la propia persona interesada.
- Impedimento de facilitar a una persona el ejercicio del derecho de rectificación de datos erróneos o incompletos.
- Utilización indebida de los datos registrados acerca de una persona; esto es, con fines distintos de aquellos para los cuales fueron acopiados.
- Difusión, a terceros, de datos denominados "sensibles" de una persona, sin la previa y debida autorización de ésta.

Derecho de acceso a información oficial

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 200 de la Constitución, concordante con el inciso 5 del artículo 2 de la misma,

22 GONZALES MANTILLA, Gorki. Op. cit.

cualquier persona natural o jurídica puede solicitar, sin necesidad de expresión de causa, la información oficial que requiera de cualquier entidad pública.

En ese contexto, la entidad pública se encuentra obligada a entregar la información oficial solicitada, dentro del plazo que señala la ley, con el correspondiente cobro de costos que suponga la atención del pedido.

En tal sentido, a través de la acción de hábeas data es previsible la obtención de información oficial relativa a volúmenes de producción, importación, exportación; estadísticas sobre índices de salud, asistencia o deserción escolar; población, etc.

Derecho a la confidencialidad de la información

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 200 de la Constitución, concordante con los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la misma, una persona natural o jurídica puede solicitar que no se suministren a terceros informaciones registradas en servicios informáticos *in genere* –sean computarizados o de archivos ordinarios–, que afecten su intimidad personal o familiar.

La confidencialidad alude a la existencia de información específica que debe mantenerse hermética para terceros.

En este mismo contexto, el Estado se encuentra exceptuado de atender las solicitudes de información oficial cuando su suministro afecte la intimidad personal o familiar. Señálese además que también son objeto de reserva total y absoluta aquellas informaciones oficiales excluidas expresamente por la ley en sentido lato, o por razones de seguridad nacional.

En buena cuenta, las razones justificatorias de la confidencialidad de la información serían tres:

- Necesidad de preservar la intimidad personal y familiar.
  La Constitución acierta el exigir esta confidencialidad al Estado y los particulares.
- Necesidad de preservar determinados derechos y bienes jurídicos en atención al mandato de una ley expresa.
  Es el caso de la reserva tributaria, el secreto bancario, el secreto profesional, etc.
  La Constitución es imprecisa en la regulación de esta materia. En verdad, esta confidencialidad exigida por la ley incluye tanto al Estado como a los particulares.
- Necesidad de preservar la seguridad nacional.
  La Constitución es equívoca en esta materia, ya que no sólo el

> Estado tiene información clasificada, sino que ésta puede encontrarse en poder de particulares. Es el caso de las empresas que abastecen de armamentos, pertrechos y hasta servicios esenciales a nuestras fuerzas armadas.

Tal como describe Gorki Gonzales Mantilla[23], en la esfera del derecho a la intimidad aparecen como objeto de protección los siguientes aspectos:

- Los vínculos afectivos más cercanos.
- El lugar donde la persona habita o desarrolla su vida íntima.
- El estado de salud de la persona y sus antecedentes clínicos.
- La correspondencia.
- Las creencias.
- Los hechos de la vida pasada.

Ahora bien, tal como lo establece el tratadista argentino Néstor Pedro Sagüés, el hábeas data, en puridad, permite ser utilizado para preservar el derecho a la intimidad de cinco maneras, algunas de la cuales han sido omitidas flagrantemente por el constituyente de 1993.

Al respecto, tenemos lo siguiente:

Derecho a la actualización

Nuestra Constitución omite flagrantemente la posibilidad de que una persona pueda solicitar la incorporación de datos actuales y presentes en un banco o base de datos informático. Es el caso de la absolución alcanzada en un proceso penal; del ejercicio de la patria potestad o la revocación de ella, etc.

Derecho a la rectificación

Nuestra Constitución omite flagrantemente la posibilidad de que una persona pueda solicitar la corrección, por inexactitudes, de datos consignados en un banco o base de datos informático. Es el caso del entroncamiento familiar; las condiciones de salud, etc.

Derecho a la exclusión

Nuestra Constitución omite flagrantemente la posibilidad de que una persona pueda solicitar la cancelación o desaparición de datos consig-

---

23 GONZALES MANTILLA, Gorki. Op. cit.

nados en un banco o base de datos informatico. Es el caso de la existencia de información relativa a la filiación política, creencia religiosa, etc.

Ahora bien, por mandato expreso de la ley 26301, en tanto se dicte la ley orgánica que regule el ejercicio de todas las garantías constitucionales, la acción de hábeas data se tramitará ante el juez de primera instancia en lo civil de turno del lugar en donde tiene su domicilio el demandante; o del lugar en donde se encuentren ubicados los archivos mecánicos, telemáticos, magnéticos, informáticos o similares; o del lugar que corresponde al domicilio del demandado. Dicha opción recae única y exclusivamente en la voluntad del demandante.

Cuando la afectación de derechos se originase en archivos judiciales *in genere*, la demanda será conocida por la sala civil de turno de la Corte Superior respectiva, la misma que encargará a un juez de primera instancia en lo civil su trámite, reservándose para sí la resolución que ponga fin a la instancia.

La tramitación y conocimiento de esta garantía se efectúa, en términos generales, de manera análoga a la acción de amparo.

La ley 26301 establece como vía previa el requerimiento por conducto notarial, con una antelación no menor de quince días calendario, con las excepciones previstas en la Constitución y la ley.

5.7 La acción de cumplimiento

Ésta alude a un mecanismo procesal de naturaleza constitucional destinado a asegurar la *eficacia* del ordenamiento jurídico nacional. Se dirige específicamente a alcanzar que las autoridades y los funcionarios públicos cumplan con acatar una norma legal o un acto administrativo.

Como bien sabemos, la seguridad jurídica se logra cuando las normas jurídicas y los actos administrativos alcanzan la conocida *tríada jurídica*: vigencia, validez y eficacia.

Las normas jurídicas y los actos administrativos son *vigentes* cuando el Estado, a través de sus autoridades y funcionarios públicos, declara o reconoce la obligatoriedad de su cumplimiento.

Las normas jurídicas y los actos administrativos son *válidos* cuando cumplen con los requisitos de: competencia funcional para su declaración o reconocimiento; respeto de la jerarquía normativa, y verificación del procedimiento establecido para su elaboración.

Las normas jurídicas y los actos administrativos son *eficaces* cuando tanto las autoridades como la ciudadanía *in genere* las cumplen y respetan en el marco de las relaciones interpersonales.

Como bien afirma el constitucionalista César Landa Arroyo[24], esta garantía constitucional ayuda a proteger los derechos objetivos. Ello en razón a que si bien el cumplimiento cabal y concreto de las normas jurídicas y los actos administrativos representa una obligación jurídica de las autoridades y los funcionarios públicos, a través de esta acción sumaria tal cumplimiento deviene también en un derecho de los ciudadanos, quienes tienen la facultad de exigir judicialmente la expedición de un mandato judicial que compela, a los operadores oficiales del derecho nacional, a que apliquen real e íntegramente tales normas y actos.

Como afirma César Landa Arroyo[25], la acción de cumplimiento protege el derecho constitucional objetivo, ya que procura la eficacia de las normas jurídicas y los actos administrativos.

Las *normas jurídicas* se definen como aquellos preceptos generales que emanan o son reconocidos como tales por el Estado.

Los *actos administrativos* se definen como aquellas manifestaciones de voluntad provenientes de los órganos de la administración estatal, destinadas a producir efectos sobre los ciudadanos en su particular condición de vecinos, usuarios, consumidores, etc.

Los orígenes de la institución provienen de Inglaterra, con su posterior recreación norteamericana, y pueden encontrarse en el *Write of Mandamus* (mandato compulsivo o de ejecución), de origen inglés y de recepción norteamericana. Éste consiste en la solicitud que presenta un ciudadano ante un órgano de justicia a fin de que se expida un mandamiento dirigido a obligar, a una autoridad, a ejecutar un deber funcional que legalmente le ha sido impuesto, aun cuando su ejercicio no hubiere sido reglamentado.

El *mandamus* es la orden que se solicita al juez para que exija a un funcionario el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con lo dispuesto en una norma jurídica.

En América latina surge con la Constitución colombiana de 1991, de la cual hemos tomado la institución. En dicho texto aparece una acción para que los jueces ordinarios exijan a las autoridades renuentes y omisas el cumplimiento de sus responsabilidades (entre ellas, el cumplir y hacer cumplir las leyes y los actos administrativos). También aparece en la legislación de varias provincias argentinas.

---

24 LANDA ARROYO, César. "La acción de cumplimiento en el proyecto de Constitución de 1993". En: *Revista del Foro*, año LXXXI, número 1. Lima: Colegio de Abogados de Lima.

25 LANDA ARROYO, César. Op. cit.

César Landa Arroyo señala que también es citable el antecedente del tratado constitutivo del Tribunal Andino del Acuerdo de Cartagena, en donde se señala que cuando un país miembro incurre en incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas que integran el ordenamiento jurídico del Pacto Andino, la Junta del Acuerdo de Cartagena, o uno de los Estados integrantes, puede solicitar mediante la acción de cumplimiento el pronunciamiento del Tribunal, cumplidos los requisitos de procedimiento.

En nuestro país la institución aparece con la Constitución vigente. Al respecto, la impronta colombiana aparece de manera visible. Así, el inciso 6 del artículo 200 de nuestra Constitución señala:

> "La Acción de Cumplimiento (...) procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley." (Cfr. art. 87 de la Constitución colombiana de 1991.)

De manera transitoria, la acción de cumplimiento se ejercita a través de las disposiciones procesales contenidas en la ley 26301 y en las normas relativas al amparo.

La vía previa en esta acción, se verifica con el requerimiento por conducto notarial, con una antelación no menor de quince días calendario.

Debe anotarse que la acción de cumplimiento se ejercita independientemente de las demás acciones de responsabilidad política, penal, civil o administrativa a que estuviere sujeto la autoridad o funcionario público renuente al acatamiento de una norma legal o un acto administrativo.

5.8 El Tribunal Constitucional y las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento

El Tribunal Constitucional tiene la facultad de conocer en última y definitiva instancia los recursos extraordinarios contra las resoluciones denegatorias de una acción de garantía, emanadas de la Corte Suprema o de la instancia que la ley establezca.

El artículo 41 de la ley 26435 señala que pueden presentar el correspondiente *recurso extraordinario*:

- El demandante.
- El Ministerio Público.
- El defensor del pueblo.

El plazo para interponer el referido recurso es de quince días desde que es notificada la resolución denegatoria por parte de la instancia judicial correspondiente.

El Tribunal Constitucional debe resolver sobre el fondo y la forma del asunto en un plazo de diez días, en los casos de denegatoria de hábeas corpus, y en un plazo de veinte días, en el resto de las acciones de garantía.

Ahora bien, cuando el Tribunal Constitucional estimare que en el procedimiento cuya resolución denegatoria se cuestiona hubiere habido *quebrantamiento de forma*, declarará la nulidad de dicha resolución y ordenará la reposición del mismo al estado que tenía cuando se cometió el error. Para tal efecto, dispondrá la devolución de los autos al órgano judicial del que procede, para que dicte nueva sentencia con arreglo a derecho.

Debe señalarse que en la tramitación de este tipo de recursos extraordinarios no es procedente el ofrecimiento de nuevas pruebas ni la alegación de hechos nuevos.

El fallo en última y definitiva instancia en los casos de denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, agota la jurisdicción interna.

6 *LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL Y LAS ACCIONES DE GARANTÍA*[26]

La *jurisdicción supranacional* es aquella que facilita a una persona o Estado el alcanzar remedio judicial a través de específicos mecanismos supraestatales, ante el quebramiento de alguna norma de derecho internacional o la violación de algún derecho fundamental, reconocidos formalmente en los convenios internacionales.

El antecedente de este tipo de organismos puede encontrarse en la histórica Corte Centroamericana de 1907.

Este organismo estuvo constituido por Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador. Su competencia se extendía a todas las

26 Cfr. FERRERO COSTA Raúl. *Los derechos humanos, mecanismos internacionales de protección.* Lima.

controversias o cuestiones que entre los citados Estados hubieran sobrevenido, cualquiera fuese su naturaleza u origen.

Igualmente, puede mencionarse el intento fallido de la Corte de Justicia Arbitral y la de Presos, implementadas –en el papel– por la Conferencia de La Haya de 1907.

Finalmente, puede mencionarse la Corte Permanente de Justicia Internacional creada por la Sociedad de Naciones en 1920, la cual poseía jurisdicción sobre cualquier controversia de orden jurídico que le sometieran los Estados adscritos al pacto, además de poder emitir dictámenes u opiniones consultivas.

Nuestro país insertó la jurisdicción supranacional por primera vez en la Constitución de 1979, merced al talento e influjo personal del jurista Javier Valle Riestra (art. 305).

Al respecto, el artículo 205 de la Constitución de 1993 señala el reconocimiento de la jurisdicción internacional en aquellos asuntos relacionados con los derechos fundamentales de la persona. Por ende, permite recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados de los que nuestro país es parte.

Actualmente, dichos organismos son los siguientes:

- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos.

La validez y eficacia de una resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halla sometido nuestro país, no requiere de ningún tipo de reconocimiento, revisión o examen previo alguno.

En ese sentido, la Corte Suprema se limitará a recibir la sentencia y disponer su ejecución.

El máximo órgano de justicia nacional tiene la obligación de remitir a los organismos antes señalados, los datos siguientes:

- La legislación, la resolución y demás documentos actuados en el proceso o los procesos que originaron la petición.
- Los elementos que a juicio del organismo supranacional fueren necesarios para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su competencia.

6.1 La Organización de las Naciones Unidas y la jurisdicción supranacional

Después de la segunda guerra mundial se reunieron en 1945 cincuenta y un representantes de distintos Estados, en la ciudad de San Francisco, con el objeto de consolidar una paz duradera y la seguridad internacional.

Como consecuencia de esta acción surgió la necesidad de crear la Organización de la Naciones Unidas (ONU), cuya misión principal consistiría en

> "mantener la paz y la seguridad internacional; y, con tal fin, tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar sus amenazas, y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste de controversias o situaciones internacionales".

La carta constitutiva de la ONU es, en puridad, un tratado multilateral que obliga a todos los Estados signatarios. Ella presenta características especiales, por cuanto establece que en caso de producirse un conflicto entre las obligaciones contraídas y las que puedan haber contraído los Estados en razón de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las de la carta de la ONU, convirtiéndose así en un instrumento jurídico internacional de carácter privilegiado.

Este instrumento jurídico se ocupa en forma expresa y deferente de la defensa de los derechos humanos. Así, señala:

> "Los pueblos de las naciones están resueltos en afirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre; en la dignidad y el valor de la persona humana; en la igualdad de los derechos del hombre y la mujer y de las naciones grandes y pequeñas."

No obstante lo expuesto, cuando la comunidad de la ONU apreció en los aspectos relativos a la defensa de los derechos humanos, que no se habían determinado cuáles eran aquellas facultades –inherentes al ser humano– objeto de protección, consideró necesario formular una relación y enumeración de las mismas.

En tal virtud, la Asamblea General de la ONU aprobó en 1948, en el palacio de Chaillet en París, la conocida Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esta proclamación motivó la elaboración de los pactos sobre derechos humanos, y la ONU emprendió la tarea de redactar la aplicación de medidas y garantías efectivas para su cumplimiento.

Así, se establecieron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

6.2 El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

A través del artículo 28 de la carta de las Naciones Unidas se estableció un Comité de Derechos Humanos, el cual está compuesto por dieciocho miembros, los que deben reunir dos requisitos:

- Ser personas de gran integridad moral.
- Ser especialistas en materia de derechos humanos.

En dicho comité no puede participar simultáneamente más de un ciudadano de un mismo Estado. Su nombramiento emana de un proceso electoral generado en el seno de la propia ONU, para lo cual se tiene en cuenta la equitativa distribución geográfica de los miembros de la organización, la representación de las diferentes formas de civilización, y los principales sistemas jurídicos imperantes en el orbe.

Tan honroso encargo se genera por un lapso de cuatro años, con posibilidades de reelección inmediata.

Las funciones principales del comité son cuatro:

- Examinar los informes que presentan los Estados sobre las disposiciones que hayan adoptado y que tengan efecto en favor de los derechos reconocidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.
- Precisar el progreso que se hubiere alcanzado en cuanto al goce efectivo de los derechos fundamentales.
- Recibir y examinar las comunicaciones o denuncias que un Estado presenta contra otro, alegando que infringe las obligaciones contraídas en el pacto.
- Recibir y examinar denuncias (comunicaciones) de las personas afectadas.

En este sentido, los celebrantes del pacto reconocen la competencia del comité para recibir y considerar denuncias (comunicaciones) de individuos que se hallan bajo la jurisdicción de un Estado y que manifiestan ser víctimas de la violación de un derecho fundamental. El

interesado debe probar la infracción o acreditar que la solución del conflicto se viene prolongando injustificadamente por las autoridades judiciales o políticas del Estado denunciado.

En puridad, el comité es un organismo contralor no jurisdiccional, ya que a diferencia de una corte internacional que tiene que ajustarse a derecho, aquél, en su función conciliadora, puede orientar y buscar solución para las partes (Estado e individuo) sin ceñirse estrictamente a normas jurídicas; ello a efectos de proteger eficazmente el derecho del individuo y sin que lo expuesto represente una situación demasiado embarazosa para el Estado causante de la violación.

6.3 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Es un órgano de la Organización de los Estados Americanos (OEA), creado para promover la observancia y defensa de los derechos humanos, así como para servir de ente consultivo en dicha materia.

Se compone de siete miembros, que deben acreditar los siguientes requisitos:

- Ser personas con alta autoridad moral.
- Ser personas de reconocida versación en la materia.

Los miembros de la comisión son elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA, de una lista de candidatos propuestos por los Gobiernos de Estados adscritos a dicho ente.

Su elección cubre el período de cuatro años, pudiendo ser reelegidos una sola vez.

No puede integrar la comisión más de un nacional de un mismo Estado.

Entre las principales atribuciones y funciones de la comisión aparecen las siguientes:

- Formular recomendaciones a los Gobiernos para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones.
- Solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando ello sea necesario para evitar daños irreparables a las personas.

- Consultar a la corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre protección de derechos humanos.

Cualquier persona o entidad gubernamental legalmente reconocida puede presentar *peticiones* referidas a presuntas violaciones de un derecho humano reconocido, según sea el caso, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La comisión tiene facultades para dictar medidas cautelares, a efectos de evitar daños irreparables a las personas supuestamente afectadas.

Su accionar de fondo se dirige a promover una solución amistosa. En todo caso, el referido ente emitirá un Informe de proposiciones y recomendaciones para el cese de la controversia.

El Estado involucrado puede plantear que el caso objeto de Informe de proposiciones y recomendaciones sea visto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6.4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Este organismo tiene su origen en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, el cual fue firmado en dicho país a finales de 1969.

El Estado peruano lo suscribió en julio de 1978, habiendo alcanzado fuerza constitucional de conformidad con lo dispuesto en la decimosexta disposición general y transitoria de la Constitución de 1979.

Su atribución básica consiste en velar por la aplicación e interpretación de la Convención.

La corte se compone de siete jueces de distintos Estados adscritos a la OEA, elegidos a título personal previo cumplimiento de tres requisitos:

- Ser sujeto de reconocida autoridad moral.
- Tener reconocida competencia en materia de derechos humanos.
- Tener las condiciones exigidas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del país del cual es natural o del Estado que lo propone como candidato.

Su elección es por seis años y sólo es posible un período de reelección. Asimismo, no puede haber más de un juez de la misma nacionalidad.

La sede de la corte está ubicada en la ciudad de San José de Costa Rica. La corte tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención. Sus decisiones son motivadas, definitivas e inapelables. En caso de que se disponga una indemnización, ésta se puede ejecutar en el respectivo país, por el procedimiento interno vigente.

La presentación de una demanda ante la corte puede provenir de un Estado miembro, descontento con el Informe de proposiciones y recomendaciones preparado por la Comisión Interamericana, o en su defecto, de la propia comisión, para conocer su opinión consultiva sobre la interpretación de los alcances del tratado suscrito por los Estados partes de la OEA sobre derechos humanos.

Índice general

Tomo I

Palabras liminares 15

PRIMERA PARTE

Capítulo I

La tipología de la Constitución 19

1 Aspectos generales 19
2 Los antecedentes 22
3 La naturaleza de la Constitución 23
4 Constitución y sistema político moderno 24
5 El sentido de lo constitucional 25
6 Tipología de las Constituciones 27
6.1 Constituciones morfológicas 27
6.1.1 Primera clasificación: rígidas y flexibles 28
6.1.2 Segunda clasificación: escritas y consuetudinarias 28
6.1.3 Tercera clasificación: formales y materiales 29
6.1.4 Cuarta clasificación: principistas y reglamentaristas 30
6.1.5 Quinta clasificación: unitarias y federales 30
6.1.6 Sexta clasificación: otorgadas, pactadas y democráticas 30
6.2 Constituciones ontológicas 31
6.2.1 Primera clasificación: originarias y derivadas 31
6.2.2 Segunda clasificación: normativas, nominales y semánticas 32
6.2.3 Tercera clasificación: ideológicas y utilitarias 33
7 Las partes de una Constitución 33
8 El contenido constitucional 34
9 La tipología de la Constitución de 1993 35

Capítulo II

Aproximación a la Constitución de 1993 37

1 Aspectos generales 37
2 Los constituyentes 41

3 La participación 42
3.1 El *corpus* de la Constitución 43
3.1.1 El preámbulo 46
3.1.2 La parte orgánica. La organización y ditribución del poder 46
3.1.3 La parte dogmática 49
4 Los intérpretes 50
5 Las reformas constitucionales y la vigencia plena del Estado de Derecho 51

SEGUNDA PARTE

Capítulo III

Los derechos fundamentales 55

1 Aspectos generales 55
1.1 Características de los derechos fundamentales 57
1.2 Etapas de la consagración teórica y práctica de los derechos fundamentales 58
1.3 Clasificación de los derechos fundamentales 59
1.4 La verificación práctica de los derechos fundamentales 61
2 La persona humana, la sociedad y el Estado 62
3 Derechos fundamentales de la persona en la Constitución de 1993 66
3.1 A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar... 66
3.1.1 Derecho a la vida 66
3.1.2 Derecho a la identidad 71
3.1.3 Derecho a la integridad moral, psíquica y física 73
3.1.4 Derecho al libre desarrollo y el bienestar 74
3.2 A la igualdad ante la ley... 74
3.3 A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada... 77
3.3.1 La libertad de conciencia 77
3.3.2 La libertad religiosa 78
3.3.3 La opinión 79
3.3.4 El ejercicio público de las confesiones (opciones de religiosidad) 80
3.4 A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen... 80
3.4.1 La información 81
3.4.2 La opinión 81
3.4.3 La expresión 81
3.5 A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido... 83

3.6 A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar 84
3.7 Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias... 85
3.7.1 El honor 86
3.7.2 La buena reputación 86
3.7.3 La intimidad personal y familiar 86
3.7.4 La voz 89
3.7.5 El derecho a la propia imagen 89
3.8 A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto... 90
3.8.1 La libertad de creación 90
3.8.2 La protección del derecho de autor 91
3.9 A la inviolabilidad del domicilio... 93
3.10 Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados... 94
3.10.1 El secreto de las comunicaciones y documentos privados 94
3.11 A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él... 96
3.12 A reunirse pacíficamente sin armas... 98
3.13 A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley... 99
3.14 A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público 101
3.15 A trabajar libremente, con sujeción a ley 101
3.16 A la propiedad y a la herencia 103
3.16.1 La propiedad 103
3.16.2 La herencia 104
3.17 A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación... 105
3.18 A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional 107
3.18.1 La reserva sobre las convicciones personales 108
3.18.2 El secreto profesional 108
3.19 A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación... 108
3.20 A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente... 110
3.21 A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella... 111
3.22 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 112

3.22.1 El derecho a la paz y a la tranquilidad 113
3.22.2 El tiempo libre y el descanso 113
3.22.3 El ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida 113
3.23 A la legítima defensa 114
3.24 A la libertad y a la seguridad personales... 115
3.24.1 La libertad 115
3.24.2 La seguridad personal 115
3.24.3 Artículo 2, inciso 24, apartado a 115
3.24.4 Artículo 2, inciso 24, apartado b 116
3.24.5 Artículo 2, inciso 24, apartado c 118
3.24.6 Artículo 2, inciso 24, apartado d 119
3.24.7 Artículo 2, inciso 24, apartado e 120
3.24.8 Artículo 2, inciso 24, apartado f 121
3.24.9 Artículo 2, inciso 24, apartado g 123
3.24.10 Artículo 2, inciso 24, apartado h 124
4 Los derechos sociales y económicos 125
4.1 Naturaleza de los derechos económicos y sociales 128
4.2 Relaciones y diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales 128
4.3 Salud y seguridad social 131
4.3.1 Las drogas 133
4.3.2 Los tóxicos sociales 134
4.4 La protección especial de las personas en abándono 134
4.5 Población y paternidad responsable 135
4.6 Promoción de la familia y el matrimonio 138
4.6.1 La familia 139
4.6.2 El matrimonio 140
4.6.3 El Estado y las uniones de hecho 140
4.7 La seguridad social 141
4.7.1 Ámbito de las prestaciones de salud 143
4.7.2 Ámbito de las pensiones 143
4.7.3 Los fondos y reservas 145
4.8 La educación 146
4.8.1 Las responsabilidades estatales en materia educativa 147
4.8.2 Los niveles de enseñanza 148
4.8.3 Educación religiosa 151
4.8.4 Educación y medios de comunicación social 151
4.8.5 Educación y tributación 152
4.8.6 Educación y fiscalización 152
4.8.7 Gratuidad de la enseñanza 152
4.8.8 La carrera magisterial 153
4.8.9 Los promotores educativos 154
4.8.10 El papel de los padres de familia 154
4.8.11 Las universidades 155
4.8.12 La libertad de cátedra 157
4.9 El trabajo 158

4.9.1 Estado y trabajo 160
4.9.2 Los principios y la clasificación de los derechos constitucionales laborales 161
4.9.3 Los derechos laborales individuales 163
4.9.4 Los derechos colectivos 179
5 Los derechos y deberes políticos 191
5.1 Los derechos políticos 192
5.2 Los derechos políticos de participación en la Constitución de 1993 194
5.2.1 Las teorías de la representación 195
5.3 La democracia participativa 196
5.4 Mecanismos de participación política directa 198
5.4.1 La iniciativa popular 199
5.4.2 El referéndum 200
5.4.3 La revocación y la remoción de autoridades 205
5.4.4 Demanda de rendición de cuentas 208
5.5 Las organizaciones políticas 209
5.5.1 Partidos políticos 210
5.5.2 Alianzas políticas 216
5.5.3 Movimientos políticos 216

Capítulo IV

Sufragio y sistema electoral 219

1 Aspectos generales 219
2 Naturaleza del sufragio 221
2.1 El sufragio como expresión de un derecho 221
2.2 El sufragio como expresión de una función 222
2.3 El sufragio como expresión binaria 223
3 El cuerpo electoral 223
4 Las modalidades de sufragio 224
4.1 Clasificación 224
4.1.1 El sufragio público 224
4.1.2 El sufragio secreto 225
4.1.3 El sufragio directo 225
4.1.4 El sufragio indirecto 225
4.1.5 El sufragio obligatorio 225
4.1.6 El sufragio facultativo 225
4.1.7 El sufragio uninominal 225
4.1.8 El sufragio plurinominal o por lista 226
4.1.9 El sufragio único 226
4.1.10 El sufragio reforzado 226
4.2 El deslinde entre el sufragio universal y el sufragio restringido 226
4.3 Distinción entre sufragio y voto 231
5 Visión histórica del sufragio en el Perú 231
5.1 La evolución 232
5.1.1 Estadio de la génesis del sistema 232

5.1.2 Estadio de la consolidación del sistema 235
5.1.3 Estadio de la autonomía electoral 238
5.1.4 Estadio de las garantías al sufragio ciudadano 239
5.1.5 Estadio de la ampliación del proceso de participación en el sufragio 240
5.1.6 Estadio de la estructuración sistémica 241
6 El proceso sufragial 241
6.1 Tipos de proceso 241
6.2 Sujetos del proceso sufragial o electoral 242
6.3 El *iter* del proceso sufragial o electoral 242
6.3.1 Etapa preparatoria 243
6.3.2 Etapa constitutiva 243
6.3.3 Etapa de conocimiento y decisión sobre las materias contencioso-electorales 245
6.3.4 Etapa de proclamación y de extensión de credenciales 245
6.3.5 Etapa de investidura 246
7 El sistema electoral peruano 246
7.1 El Jurado Nacional de Elecciones 248
7.1.1 Funciones 248
7.1.2 La estructura orgánica del Jurado Nacional de Elecciones 252
7.2 La Oficina Nacional de Procesos Electorales 256
7.3 El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil 258
8 Sufragio y representación pluripersonal o parlamentaria 260
8.1 La circunscripción electoral 262
9 El sufragio de los peruanos residentes en el extranjero 263

Capítulo V

El defensor del pueblo 265

1 Aspectos generales 265
2 Antecedentes históricos 265
3 El defensor del pueblo 270
3.1 Marco conceptual 270
3.2 Atribuciones del defensor del pueblo 271
3.3 Los modelos institucionales 274
3.3.1 El modelo avanzado 275
3.3.2 Los modelos institucionales ortodoxos 280
3.3.3 Los modelos institucionales heterodoxos 281
3.3.4 El ámbito latinoamericano 284
4 El defensor del pueblo en el ordenamiento jurídico peruano 287
4.1 La Constitución de 1993 290
4.2 La autonomía 291
4.3 Elección del defensor del pueblo 292
4.4 Incompatibilidades 293
4.5 La cesación en el cargo 294
4.6 Estructura funcional 294

4.7 La colaboración interinstitucional 295
4.8 Las funciones 295
4.9 Examen de las quejas 298
4.10 Resoluciones 301
4.11 Información al Congreso 302
4.12 La actividad funcional en los estados de emergencia 302
4.13 Legitimación procesal 302
4.14 La iniciativa legislativa 303
A modo de conclusión 303

Capítulo VI

El control de la constitucionalidad y las acciones de garantía 305

1 Aspectos generales 305
1.1 El contenido de la jurisdicción constitucional 307
2 Bases históricas y doctrinarias de la jurisdicción constitucional 309
3 Los sistemas o modelos de control (jurisdicción constitucional) 315
3.1 El control político 315
3.2 El control jurisdiccional 317
3.2.1 El sistema americano o jurisdicción difusa 317
3.2.2 El sistema europeo o jurisdicción concentrada 319
4 El Tribunal Constitucional 321
4.1 Atribuciones 321
4.2 Quórum y acuerdos 322
4.3 La presidencia del Tribunal Constitucional 322
4.4 Composición 323
4.5 Duración del cargo 323
4.6 Requisitos 323
4.7 Inelegibilidad 324
4.8 Régimen de dedicación 324
4.9 Incompatibilidades 324
4.10 Prohibiciones 325
4.11 Derechos y prerrogativas 325
4.12 Vacancia 325
4.13 Principios del Tribunal Constitucional 326
4.14 El Tribunal Constitucional y los conflictos constitucionales de competencia y atribución 327
4.14.1 Elementos del conflicto 328
4.14.2 Tipología de los conflictos constitucionales de competencia y atribución 329
4.14.3 Ejercicio de la acción 329
4.14.4 Los principios delimitadores de las competencias y atribuciones constitucionales 331
4.15 El Tribunal Constitucional y las acciones de garantía 331
5 Las acciones de garantía del orden constitucional 332
5.1 La acción de inconstitucionalidad 332
5.1.1 El ejercicio de la acción de inconstitucionalidad 334

5.1.2 Prescripción de la acción 336
5.1.3 El patrocinio legal 336
5.1.4 Las sentencias de inconstitucionalidad 338
5.2 La acción popular 340
5.2.1 Características básicas 342
5.2.2 Alcances 343
5.2.3 Vicios de fondo o de inconstitucionalidad o ilegalidad material 343
5.2.4 Vicios de forma o de inconstitucionalidad o ilegalidad procedimental 343
5.2.5 Normas objeto de la acción popular 345
5.2.6 Características procesales de la acción popular 346
5.2.7 Esquema procesal 347
5.3 La acción de hábeas corpus 352
5.3.1 Los derechos protegidos por el hábeas corpus 357
5.4 La acción de amparo 358
5.4.1 Los derechos protegidos por la acción de amparo 360
5.5 Aspectos generales del hábeas corpus y el amparo 361
5.5.1 Objetivos de las acciones de garantía 361
5.5.2 Manifestación del carácter lesivo del acto 362
5.5.3 La arbitrariedad judicial 363
5.5.4 Procedimiento regular 363
5.5.5 Inaplicabilidad de las normas carentes de constitucionalidad 363
5.5.6 Improcedencia de las acciones de garantía 364
5.5.7 Suplencia de deficiencia procesal e integración judicial 366
5.5.8 La jurisprudencia vinculante 367
5.6 La acción de hábeas data 368
5.7 La acción de cumplimiento 373
5.8 El Tribunal Constitucional y las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento 375
6 La jurisdicción supranacional y las acciones de garantía 376
6.1 La Organización de las Naciones Unidas y la jurisdicción supranacional 378
6.2 El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 379
6.3 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 380
6.4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos 381

Tomo II

TERCERA PARTE

Capítulo VII

Estado y nación

23

1 Aspectos generales 23
2 Formas de Estado 24
2.1 Perfil jurídico de la forma de Estado 24
2.2 Perfil político de la forma de Estado 26
3 Formas de gobierno 27
3.1 Constitución y gobierno en el Perú. La República peruana: criterio clásico 28
3.1.1 República democrática 29
3.1.2 República social 30
3.1.3 República independiente 31
3.1.4 República soberana 31
3.1.5 El origen del poder estatal 34
3.2 Constitución y gobierno en el Perú. Criterio moderno 35
3.2.1 La representación política 35
3.2.2 Los modelos históricos de representación política 37
3.2.3 La separación de los órganos de poder estatal 39
4 Los deberes primordiales del Estado 40
5 Los idiomas oficiales 42
6 La capital de la República 42
7 Los símbolos patrios 43
8 El territorio del Estado. 45
8.1 Las características del territorio 45
8.2 Los elementos del territorio 46
8.2.1 Suelo 46
8.2.2 Subsuelo 46
8.2.3 Dominio marítimo 46
8.2.4 Espacio aéreo 51

9 La función pública 52
9.1 Consideraciones generales 52
9.2 La carrera administrativa 54
9.3 Las obligaciones constitucionales 55
9.4 Los derechos sindicales 56
10 Los procuradores públicos 56
10.1 Bases históricas y doctrinarias 57
10.2 Los principios institucionales 62
10.3 Base legal 62
10.3.1 Requisitos de nombramiento 63
10.3.2 Jerarquía funcional 63
10.3.3 Aspectos funcionales 63
10.3.4 La estructura organizativa 66
10.3.5 El Consejo de Defensa Judicial del Estado 66
11 Estado e Iglesia católica 67
11.1 Tipología de la relación 68
11.2 Reconocimiento del papel de la Iglesia católica 71
11.3 Los principios de la relación Estado e Iglesia católica 71
11.4 Las manifestaciones jurídicas de la relación Estado e Iglesia católica 72
11.5 El patronato eclesial 73
11.6 El Estado y las demás Iglesias 74
12 Los colegios profesionales 74
13 La estructura jerárquica de las normas en el Estado peruano 76
13.1 Fundamentos teóricos 77
13.2 Principios para establecer la aplicabilidad de las normas 82
13.3 Esquema jerárquico 85
13.3.1 Primera categoría. Las normas constitucionales y las normas con fuerza constitucional 85
13.3.2 Segunda categoría. Las leyes y normas con fuerza o condición de ley 88
13.3.3 Tercera categoría. Los decretos 101
13.3.4 Cuarta categoría. Las resoluciones 104
13.3.5 Quinta categoría. Normas con interés de parte 106
14 Los tratados 107
14.1 Los tratados y el derecho interno 108
14.2 La postura del Estado peruano 109
14.3 La celebración de tratados 111
14.4 La denuncia de los tratados 112
14.5 El control constitucional de los tratados 114

Capítulo VIII
Estado y régimen económico 115

1 Aspectos generales 115
2 La Constitución económica 116
3 Constitución y mercado 119
3.1 Constitución, mercado e interés general 121
3.2 El Estado y la creación de riqueza 122
4 La Constitución y la libre competencia 123
5 El pluralismo económico y la actividad empresarial pública 124
6 El Estado y las pequeñas empresas 127
7 El Estado y la contratación 128
8 Estado e inversión 130
9 Estado, producción, servicios y comercio exterior 131
10 Estado y moneda extranjera 132
11 La propiedad 132
11.1 La inviolabilidad de la propiedad 133
11.2 La propiedad en el caso de los extranjeros 134
11.3 Los bienes del Estado 135
11.3.1 El dominio público y el uso público 136
11.3.2 La concesión 137
11.4 Restricciones y prohibiciones en materia de propiedad 137
11.5 Propiedad y economía 139
12 Constitución y consumidor 141
13 El ambiente 143
13.1 Ambiente y recursos naturales 143
13.2 Antecedentes históricos 145
13.3 La política nacional del ambiente 146
14 Constitución y tributación 149
14.1 El caso de los aranceles 151
14.2 La distribución de la potestad tributaria 151
14.2.1 La potestad tributaria derivada 151
14.3 Principios reguladores de la potestad tributaria 152
14.4 La transgresión de la potestad tributaria 155
14.5 Vigencia de las leyes tributarias de periodicidad anual 155
15 Constitución y presupuesto 155
15.1 Antecedentes históricos 156
15.2 La ley de Presupuesto 157
15.2.1 Características del presupuesto 159
15.2.2 Principios 159
15.2.3 Etapas del presupuesto 160

15.2.4 El proceso legislativo de la ley de Presupuesto 160
15.2.5 Los ingresos públicos 161
15.2.6 Los gastos públicos 162
15.2.7 Restricciones 162
15.2.8 Modificación de la ley de Presupuesto 163
15.2.9 La ejecución del presupuesto 163
15.3 Presupuesto y licitación pública 164
15.4 Constitución y deuda pública 165
16 El Sistema Nacional de Contabilidad, la Contaduría Pública y la cuenta general de la República 167
16.1 La cuenta general de la República 168
17 La Contraloría General de la República 170
17.1 Los modelos técnicos de control 171
17.2 Antecedentes históricos 172
17.3 Nuestro ordenamiento jurídico y los tipos de control 174
17.3.1 Control interno 174
17.3.2 Control externo 175
17.4 Objetivos 176
17.5 Mecanismos procedimentales 177
17.6 Principios 177
17.7 La Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Administrativo-Financiero 178
17.8 El contralor general de la República 180
17.8.1 Impedimentos 180
17.8.2 Vacancia del cargo 181
17.8.3 Addenda 181
18 La moneda y la banca 182
18.1 Antecedentes históricos 183
18.2 El Banco Central de Reserva en la Constitución de 1993 184
18.3 La estructura funcional del Banco Central de Reserva 186
19 La Superintendencia de Banca y Seguros 187
19.1 La Superintendencia de Banca y Seguros en la actual Constitución 188
19.2 El superintendente de Banca y Seguros 189
19.2.1 Funciones 190
19.2.2 Colaboradores 191
20 Régimen agrario y de comunidades campesinas y nativas 192
20.1 Antecedentes históricos 192
20.2 Nuestro régimen agrario 193

Capítulo IX
Estado y gobierno: el Órgano Ejecutivo y el Órgano Legislativo 197

1 El poder estatal 197
1.1 El origen conceptual de la mal denominada "división de poderes" 200
1.2 Teoría de la distinción de órganos y distribución de funciones 203
1.2.1 Las funciones estatales 205
1.2.2 Los órganos 206
1.2.3 Las autoridades 206
1.3 Relación entre funciones, órganos y autoridades estatales 207
1.4 El desarrollo constitucional de las funciones estatales 207
1.4.1 Función normativa 208
1.4.2 Función administrativa 209
1.4.3 Función jurisdiccional 209
1.4.4 Función controladora 210
2 La relación entre los órganos políticos: las formas de gobierno 211
2.1 Gobierno presidencial 212
2.2 Gobierno parlamentario 214
2.3 La forma de gobierno en el Estado peruano 217
3 El Órgano Ejecutivo en la Constitución de 1993 218
3.1 La Presidencia de la República 218
3.1.1 Los orígenes de la institución 219
3.1.2 El proceso de elección 220
3.1.3 Período presidencial 223
3.1.4 La suspensión y la vacancia en el ejercicio de la Presidencia de la Repúbica 225
3.1.5 Los vicepresidentes 227
3.1.6 El caso del presidente del Congreso 229
3.1.7 El juramento presidencial 229
3.1.8 Las funciones del presidente 230
3.2 Los ministros de Estado 246
3.2.1 Antecedentes históricos 247
3.2.2 Los ministros de Estado y la Constitución de 1993 252
3.2.3 La refrendación y la responsabilidad ministerial 253
3.2.4 Requisitos para ser ministro de Estado 255
3.2.5 Nombramiento 256
3.2.6 Incompatibilidades 256
3.2.7 Encomienda del cargo 257
3.2.8 Atribuciones del ministro 257
3.2.9 La organización ministerial 259

3.2.10 El Consejo de Ministros 260
3.2.11 Las atribuciones del Consejo de Ministros 261
3.2.12 El papel del presidente del Consejo de Ministros 262
4 El Órgano Parlamentario 265
4.1 El carácter de la representación parlamentaria 266
4.1.1 La representación de la nación 266
4.1.2 La representación fraccional de la ciudadanía 267
4.2 Antecedentes históricos 270
4.2.1 El Magnum Concilium inglés 270
4.2.2 Los Estados Generales de Francia 271
4.2.3 El Congreso americano 272
4.2.4 El Parlamento nacional 272
5 El Órgano parlamentario y el sistema cameral 273
5.1 Unicameralidad 275
5.2 Bicameralidad 276
5.3 Requisitos de la postulación parlamentaria 277
5.4 Inelegibilidad 278
5.5 Las incompatibilidades 279
5.6 Las prohibiciones 281
5.7 Las prerrogativas parlamentarias 281
5.7.1 El origen de las prerrogativas 282
5.7.2 Las prerrogativas parlamentarias en la actual Constitución 284
5.8 El reglamento del Congreso 292
5.8.1 El período parlamentario 293
5.8.2 Quórum y mayorías 294
5.9 La Comisión Permanente 295
6 Atribuciones del Órgano Parlamentario 297
6.1 Atribuciones normativas 297
6.1.1 La función legislativa 299
6.1.2 La *ratio legis* de las leyes especiales 299
6.1.3 La retroactividad benigna de las leyes penales 299
6.1.4 La derogación de la ley 300
6.1.5 La proscripción del abuso del derecho 304
6.1.6 La delegación de facultades al Órgano Ejecutivo 305
6.1.7 La aprobación de las leyes orgánicas 306
6.1.8 El proceso de formación de las leyes 307
6.2 Atribuciones políticas 317
6.3 Atribuciones administrativas 317
6.4 Atribuciones contraloras 319
6.5 Atribuciones jurisdiccionales 323
7 La acusación constitucional en la Constitución de 1993 331
7.1 Las vías de acusación constitucional 334

7.1.1 Acusación constitucional en vía de juicio político 335
7.1.2 Acusación constitucional en vía de antejuicio político 336
7.2 El procedimiento 337
7.3 La acusación constitucional contra el presidente de la República 342
7.4 El procedimiento de remoción constitucional 344

Capítulo X
Seguridad y defensa nacional: el papel de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional 347

1 Aspectos generales 347
2 La categoría "orden" en el mundo del derecho 347
2.1 El orden público 348
2.2 El orden interno 352
3 Seguridad y defensa nacional 354
3.1 El papel de las Fuerzas Armadas 358
3.2 El papel de la Policía Nacional 358
3.3 La jefatura suprema de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional 361
3.4 El carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas 362
3.5 El proceso de movilización 363
3.6 Las reservas 364
3.7 El servicio militar obligatorio 365
3.8 El uso de las armas 365
3.9 La estructura institucional 366
3.10 La participación institucional 366
3.11 La asignación de personal y los recursos institucionales 367
3.12 Equivalencia de las carreras institucionales 368
4 El fuero militar y el Código de Justicia Militar 368

Capítulo XI
La descentralización y los Gobiernos descentralizados 375

1 Aspectos generales 375
2 La demarcación territorial 375
3 La descentralización 376
3.1 Los Gobiernos descentralizados 379
3.2 Los Gobiernos locales o municipales 379
3.2.1 Tipos de municipalidades 383
3.2.2 Régimen municipal 384
3.2.3 Estructura orgánica 385
3.2.4 Modelo de elección 385
3.2.5 Características de la representación 385

3.2.6 Las prerrogativas 386
3.2.7 Requisitos 386
3.2.8 Competencias municipales 387
3.2.9 Las asociaciones interinstitucionales 389
3.2.10 La cooperación en materia de seguridad ciudadana 389
3.2.11 Los Gobiernos locales y el endeudamiento 390
3.2.12 La iniciativa legislativa de naturaleza municipal 390
3.2.13 Las acciones de garantía y los Gobiernos locales 390
3.3 Los Gobiernos regionales 390
3.3.1 Estructura orgánica 391
3.3.2 Competencias regionales 391
3.3.3 La iniciativa legislativa de naturaleza regional 392
3.3.4 Las acciones de garantía y los Gobiernos regionales 392

Capítulo XII
El Estado y las situaciones de anormalidad 393

1 Aspectos generales 393
2 Naturaleza doctrinaria de los estados de excepción 395
3 Dimensiones de las situaciones de anormalidad y su correlato con los estados de excepción 396
4 Tipos de estados de excepción 397
5. Los estados de excepción en la Constitución de 1993 397
5.1 El estado de emergencia 397
5.1.1 Declaración 399
5.1.2 Efectos 399
5.2 El estado de sitio 399
5.2.1 Declaración 400
5.2.2 Efectos 401
5.3 Los estados de excepción y la noción de orden interno 401
5.4 El estado de excepción y las garantías constitucionales 402
5.5 El caso especial del estadc de crisis económica 403
6 El derecho a la insurgencia 404
7 El derecho de insumisión 405

CUARTA PARTE

Capítulo XIII
Los nombramientos judiciales 411

1 Aspectos generales 411
1.1 Los sistemas de nombramientos 414
1.1.1 Sistema de designación por los órganos de poder político 414

1.1.2 Sistema de designación por cooptación 416
1.1.3 Sistema de designación por elección popular 417
1.1.4 Sistema de designación por concurso 419
2 Los sistemas de nombramientos judiciales en el Perú 420
3 El Consejo Nacional de la Magistratura en la Constitución de 1993 426
3.1 El Consejo Nacional de la Magistratura 426
3.1.1 Los principios institucionales 427
3.1.2 Las funciones 428
3.1.3 Conformación y requisitos 430
3.1.4 La presidencia del Consejo Nacional de la Magistratura 431
3.1.5 Inelegibilidad 431
3.1.6 Características de la función de consejero 432
3.1.7 Cese de la función 433
3.1.8 El caso de la remoción por causa grave 434
3.2 El sistema de designación por elección popular 435

Capítulo XIV
La Academia de la Magistratura 437

1 Aspectos generales 437
1.1 Sistema de formación a través del ejercicio de la abogacía 437
1.2 Sistema de formación en pasantías previas 438
1.3 Sistema de formación en instituciones especializadas 439
2 La Constitución y la Academia de la Magistratura 441

Capítulo XV
El Órgano Judicial 445

1 Aspectos generales 445
1.1 La evolución histórica del proceso de administración de justicia 447
2 La administración de justicia en el Perú 449
2.1 La Constitución y los principios institucionales 452
2.2 La especialización judicial 453
3 Los principios y derechos de la función jurisdiccional 453
3.1 La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional... 453
3.1.1 La jurisdicción arbitral 455
3.1.2 La jurisdicción militar 457
3.2 La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional... 458
3.3 La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional... 461

3.4 La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley... 463
3.5 La motivación escrita de las resoluciones en todas las instancias... 464
3.6 La pluralidad de la instancia 466
3.7 La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias... 467
3.8 El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley... 469
3.8.1 Los principios generales del derecho 471
3.8.2 El derecho consuetudinario 475
3.9 El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos 477
3.10 El principio de no ser penado sin proceso judicial 479
3.11 La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales 479
3.12 El principio de no ser condenado en ausencia 483
3.13 La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada 485
3.14 El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso... 486
3.15 El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención 487
3.16 El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos... 487
3.17 La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley 490
3.18 La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida 491
3.19 La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prescrita por la Constitución o la ley... 492
3.20 El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley 493
3.21 El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados 493
3.21.1 Las penas 494

3.21.2 Establecimientos penitenciarios 495
3.22 El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad 496
4 El origen de la potestad de administrar justicia 497
5 La casación 498
6 La impugnación de las resoluciones administrativas 500
6.1 La excepción de irrevisabilidad 501
7 El presupuesto del Órgano Judicial 501
8 Las incompatibilidades 502
9 Las garantías de la actividad judicial 502
10 Prohibiciones 503
11 Organización del Órgano Judicial 504
11.1 Órganos jurisdiccionales 504
11.1.1 La Corte Suprema de Justicia 505
11.2 El presidente de la Corte Suprema 511
11.3 La Sala Plena de la Corte Suprema 512

Capítulo XVI
El Ministerio Público 517

1 Aspectos generales 517
2 La Constitución y el Ministerio Público 521
2.1 Atribuciones 521
2.2 Los principios institucionales 526
2.3 La organización 530
2.3.1 Los órganos procesales 531
2.3.2 Los órganos administrativos corporativos 533
2.4 Requisitos de designación 534
2.5 El papel de la Fiscalía de la Nación 534
2.6 Prohibiciones funcionales 537
2.7 Incompatibilidades 538
2.8 Derechos 539
2.9 Conclusión de la función 539

QUINTA PARTE

Capítulo XVII
La reforma de la Constitución 543

1 Aspectos generales 543
2 Noción general del poder constituyente 545
2.1 El modelo norteamericano 545
2.2 El modelo francés 546

BIBLIOTECA CENTRAL
ADQUISICIÓN

3	El poder constituyente originario	548
4	El poder constituyente derivado	549
5	Relación entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado	551
6	Procedimientos no formales de reforma constitucional	552
	6.1 La mutación constitucional	553
	6.2 La norma de habilitación	556
	6.3 La revolución	557
7	Los límites del poder constituyente	561
8	El proceso de reforma y el sentimiento constitucional	567
9	El fraude constitucional	569
10	Presupuestos doctrinarios para el proceso de reforma constitucional	569
	10.1 La necesidad de la reforma constitucional	569
	10.2 La oportunidad de la reforma constitucional	570
	10.2.1 El plazo de espera	570
	10.2.2 El plazo de estudio para la reforma	570
	10.2.3 Las disposiciones intangibles	571
	10.2.4 Las restricciones heterónomas	573
	10.2.5 La declaratoria de inconstitucionalidad de la reforma	573
11	La inconstitucionalidad de la reforma constitucional en el Perú	573
	11.1 Inconstitucionalidad por vicio formal	574
	11.2 Inconstitucionalidad por vicio sustancial	575
12	La responsabilidad del Estado por actos del poder constituyente	576
13	Visión histórico-normativa de la reforma constitucional en el Perú	578
14	La reforma constitucional en la Constitución peruana de 1993	580

UNIVERSIDAD DE LIMA
BIBLIOTECA
343.2C13 90573
G252
t.I
CK 2 0 98

Este libro se terminó de imprimir en junio de 1998
en el Departamento de Impresiones de la
Universidad de Lima