

1

Señores:
COMISIÓN ESPECIAL DE SELECCIÓN DE CANDIDATAS O CANDIDATOS APTOS PARA LA ELECCIÓN DE
MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Congreso de la República

Palacio Legislativo
Plaza Bolívar s/n
Tercer piso, oficina 338

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
"Comisión Especial de Selección de Candidatas y Candidatos Aptos
para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional"

28 OCT 2020

RECIBIDO

Registro
Hora 16:19 Firma

[Handwritten signature]

casas

FORMATO 1

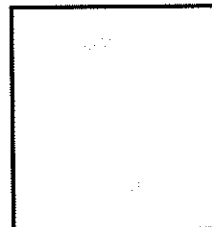
FICHA DE INSCRIPCIÓN

APELLIDO PATERNO		APELLIDO MATERNO		NOMBRES			
GUTIERREZ		TICSE		LUIS GUSTAVO			
EDAD	ESTADO CIVIL	LUGAR DE NACIMIENTO			FECHA DE NACIMIENTO		
47	DIVORCIADO	DISTRITO	PROVINCIA	DEPARTAMENTO	DÍA	MES	AÑO
		EL TAMBO	HUANCAYO	LIMA	08	05	73
SEXO		DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓN					
F	M	DNI	RUC	BREVETE	OTRO		
	X	09928094	10099280943	P09928094			
DOMICILIO ACTUAL							
DIRECCIÓN			Núm. / Lt / Mz / Dpto. / Int.	DISTRITO	PROVINCIA	DEPARTAMENTO	
AV. AREQUIPA 1388			205	LIMA	LIMA	LIMA	
TELÉFONOS / CORREO ELECTRÓNICO							
FIJO		CELULAR		CORREO ELECTRÓNICO			
7781732		954862237		gustavgutierrez85@gmail.com			

Lima, 28 de octubre de 2020

Firma

DNI 09928094



Huella digital
Índice derecho

FORMATO 2

HOJA DE VIDA

*La información contenida en el presente documento
tiene carácter de declaración jurada.*



Foto

1. DATOS PERSONALES

APELLIDO PATERNO	APELLIDO MATERNO	NOMBRES
GUTIERREZ	TICSE	LUIS GUSTAVO

2. FORMACIÓN ACADÉMICA

CARRERA DE DERECHO	NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN	ESPECIALIDAD	MES / AÑO		AÑOS DE ESTUDIO
			DESDE	HASTA	
DOCTOR					
MAGÍSTER	PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ	DERECHO CONSTITUCIONAL	2003	2006	3 años
TÍTULO PROFESIONAL (1)	UNIVERSIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES	DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS	1990	1996	7 años
CARRERAS AFINES A LAS CIENCIAS JURÍDICAS	NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN	PROFESIÓN	MES / AÑO		AÑOS DE ESTUDIO
			DESDE	HASTA	
DOCTOR					
MAGÍSTER					
BACHILLER					
DOCTOR					
MAGÍSTER					
BACHILLER					

(1) Título inscrito en el Registro Nacional de Grados Académicos y Títulos Profesionales de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu)

3. INFORMACIÓN RESPECTO A COLEGIATURA

COLEGIO PROFESIONAL	NÚM. COLEGIATURA	CONDICIÓN A LA FECHA (2)
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA	27819	HABILITADO

(2) Habilitado o no habilitado

4. INVESTIGACIONES EN MATERIA JURÍDICA

LABOR DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA JURÍDICA				
Título de la investigación	Editorial	Fecha de publicación	Lugar de publicación	Libro / revista
1. COMENTARIOS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ VOLUMENES 1 Y 2	EDITORIAL GRIJLEY	2020	LIMA	LIBRO
2. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA		2020	https://institutodelperu.academia.edu/GustavoGutierrezTicse	PÁGINA WEB
3. EL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN EN EL PERÚ		2020	https://institutodelperu.academia.edu/GustavoGutierrezTicse	PÁGINA WEB
4. PRIVILEGIO O PRERROGATIVA: UN NUEVO CONCEPTO DEL ANTEJUICIO POLÍTICO EN EL PERÚ		2020	https://institutodelperu.academia.edu/GustavoGutierrezTicse	PÁGINA WEB
5. LA TEORÍA DEL DERECHO DE RONALD DWORKIN: UNA LECTURA EN CLAVE LATINOAMERICANA		2020	https://institutodelperu.academia.edu/GustavoGutierrezTicse	PÁGINA WEB
6. LOS APORTES DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812 EN LA FORMACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO PERUANO		2020	https://institutodelperu.academia.edu/GustavoGutierrezTicse	PÁGINA WEB
7. EL DERECHO A LA SALUD: CAMBIO DE PARADIGMAS A PARTIR DEL CASO AZANCA ALHELÍ MEZA Y LA COVID19		2020	https://institutodelperu.academia.edu/GustavoGutierrezTicse	PÁGINA WEB
8. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	EDITORIAL GRIJLEY	2019	LIMA	LIBRO
9. COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL	EDITORIAL GRIJLEY	2018	LIMA	LIBRO

10. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL	EDITORIAL GRIJLEY	2010	LIMA	LIBRO
11. EL PROCESO COMPETENCIAL	EDITORIAL GRIJLEY	2009	LIMA	LIBRO
12. EL ROL CONSTITUCIONAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y EL CONTROL SIMULTÁNEO	EDITORIAL GACETA JURÍDICA	2020	LIMA	REVISTA GACETA CONSTITUCIONAL
13. LA IMPORTANCIA DEL PARLAMENTO EN TIEMPOS DE EMERGENCIA		2020	https://lpderecho.pe/	REVISTA ELECTRÓNICA LP PASIÓN POR EL DERECHO
14. EL JOKER: UN ENFOQUE DESDE LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS		2020	https://lpderecho.pe/	REVISTA ELECTRÓNICA LP PASIÓN POR EL DERECHO
15. JUNTA NACIONAL DE JUSTICIA: MERITOCRACIA E INTEGRIDAD	DIARIO OFICIAL EL PERUANO	2019	LIMA	REVISTA JURÍDICA
16. EL CASO SALAVERRY Y UN NUEVO INTENTO POR JUDICIALIZAR LA POLÍTICA		2019	https://lpderecho.pe/	REVISTA ELECTRÓNICA LP PASIÓN POR EL DERECHO
17. ROMPIENDO MEDIAS VERDADES SOBRE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA SU VIABILIDAD CONSTITUCIONAL		2019	https://lpderecho.pe/	REVISTA ELECTRÓNICA LP PASIÓN POR EL DERECHO
18. EL REFERÉNDUM: ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES		2018	https://lpderecho.pe/	REVISTA ELECTRÓNICA LP PASIÓN POR EL DERECHO
19. EL INDULTO COMO ATRIBUCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA		2018	https://lpderecho.pe/	REVISTA ELECTRÓNICA LP PASIÓN POR EL DERECHO
20. EL INDULTO FRENTE A LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL		2018	https://lpderecho.pe/	REVISTA ELECTRÓNICA LP PASIÓN POR EL DERECHO
21. ¿ES POSIBLE UN JUICIO POLÍTICO CONTRA EL FISCAL DE LA NACIÓN Y LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?		2017	https://lpderecho.pe/	REVISTA ELECTRÓNICA LP PASIÓN POR EL DERECHO

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la Universalización de la Salud"

22. LA PENA DE MUERTE: UNA REFORMA BIZANTINZA		2020	https://lpderecho.pe/	REVISTA ELECTRÓNICA LP PASIÓN POR EL DERECHO
23. LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA IDEOLOGÍA DE GÉNERO: A PROPÓSITO DE LA RECIENTE SENTENCIA SOBRE LA CURRÍCULA EDUCATIVA	DIARIO OFICIAL EL PERUANO	2017	LIMA	SUPLEMENTO JURÍDICA
24. ¿ES NECESARIA LA REFORMA DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA?		2017	https://lpderecho.pe/	REVISTA ELECTRÓNICA LP PASIÓN POR EL DERECHO
25. ¿PUEDE UN MINISTRO SOLICITAR UNA CUESTIÓN DE CONFIANZA?		2017	https://lpderecho.pe/	REVISTA ELECTRÓNICA LP PASIÓN POR EL DERECHO
26. EL INDULTO EN LA CONSTITUCIÓN: A PROPÓSITO DEL CASO FUJIMORI		2017	https://lpderecho.pe/	REVISTA ELECTRÓNICA LP PASIÓN POR EL DERECHO
27. PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y DÁDIVAS	DIARIO OFICIAL EL PERUANO	2016	LIMA	SUPLEMENTO JURÍDICA
28. ¿Y QUIÉN DICE QUE NO EXISTEN LAS POLITICAL QUESTIONS? LA SENTENCIA EN EL CASO TOLEDO	GACETA JURÍDICA	2015	LIMA	GACETA CONSTITUCIONAL
29. EL INFORME SOBRE EL CASO TINEO CABRERA	GACETA JURÍDICA	2015	LIMA	GACETA CONSTITUCIONAL
30. ¿NECESITAMOS "AUTONOMÍA PROCESAL" O "AUTOCONTENCIÓN" EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?	GACETA JURÍDICA	2013	LIMA	GACETA CONSTITUCIONAL
31. LOS VIAJES DEL PRESIDENTE	GACETA JURÍDICA	2013	LIMA	REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ
32. LA EXCEPCIONALIDAD CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO	GACETA JURÍDICA	2011	LIMA	GACETA CONSTITUCIONAL
33. BREVE ESTUDIO SOBRE LA RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS MINISTROS	GACETA JURÍDICA	2011	LIMA	GACETA CONSTITUCIONAL
34. LA CREACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN POR SALTO ¿OTRA VEZ LA SUPUESTA AUTONOMÍA PROCESAL?	GACETA JURÍDICA	2011	LIMA	GACETA CONSTITUCIONAL
35. ALGUNAS NUEVAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL ANTEJUICIO POLÍTICO	GACETA JURÍDICA	2011	LIMA	GACETA CONSTITUCIONAL
36. EL ANTEJUICIO POLÍTICO EN EL PERÚ	GRIJLEY	2008	LIMA	LIBRO COLECTIVO
37. JUSTICIA MILITAR: UNA POSICIÓN EN DEFENSA DE LAS COMPETENCIAS DEL CONGRESO	GRIJLEY	2008	LIMA	JUS CONSTITUCIONAL

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la Universalización de la Salud"

DE LA REPÚBLICA				
38 ¿INTÉRPRETE O CONSTITUYENTE?: A PROPÓSITO DEL AMPARO CONTRA AMPARO	GRIJLEY	2007	LIMA	JUS CONSTITUCIONA L

**5. HABILIDADES ADQUIRIDAS EN DOCENCIA, SOLUCIÓN DE CONFLICTOS,
CONFERENCIAS, ARBITRAJES Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, ENTRE OTRAS**

HABILIDADES
1. PROGRAMACIÓN DIDÁCTICA Y LA ORGANIZACIÓN DE LA ENSEÑANZA PARA UN APRENDIZAJE SIGNIFICATIVO Universidad San Martín de Porres –Facultad de Derecho La Molina, junio 2019
2. USO DE AULAS VIRTUALES Universidad San Martín de Porres La Molina, setiembre de 2018
3. PAUTAS PARA LA ELABORACIÓN DE LOS MANUALES DE ENSEÑANZA UNIVERSITARIA Universidad San Martín de Porres Lima, 30 de mayo de 2009
CURSOS DE ESPECIALIZACIÓN
1. CURSO DE POST GRADO "ORGANIZACIÓN DEL PODER Y DEMOCRACIA" Universidad Carlos III de Madrid Madrid, 9 de febrero de 2007
2. CURSO DE ESPECIALIZACIÓN "PARLAMENTO Y ESTRUCTURA TERRITORIAL" Fundación CEDDET y Congreso de los Diputados de España Lima 2006 – Madrid y Zaragoza 2007
3. CURSO DE ESPECIALIZACIÓN "FUNCIONARIOS JURÍDICOS LEGISLATIVO" Fundación CEDDET y Congreso de los Diputados de España Lima 2007
4. CURSO DE ESPECIALIZACIÓN "TÉCNICA LEGISLATIVA" Fundación CEDDET y Congreso de los Diputados de España Lima 2008
CONFERENCIAS
1. LA CONSTITUCIÓN Y LOS ÓRGANOS DE PODER Ponente virtual Instituto de Derecho Público Lima, 14, 15, 21 y 22 de octubre de 2020
2. LOS DDHH EN EL ESTADO DE EMERGENCIA Ponente virtual Instituto de Derecho Público Lima, 14 y 15 de julio y 17 y 18 de agosto de 2020
3. LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL Ponente virtual Universidad de Jaén-España Lima, 24 de septiembre de 2020
4. VACANCIA PRESIDENCIAL A LA VISTA. CASO VIZCARRA Ponente virtual Cápsulas jurídicas

Lima, 11 de septiembre de 2020	
5.	TRATAMIENTO JUDICIAL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Expositor Corte Superior de Justicia de Huara Huacho, 18 de julio de 2019
6.	LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA: UN ÚLTIMO BASTIÓN DEL PODER POPULAR Ponente XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional Buenos Aires, mayo de 2019
7.	LA REFORMA CONSTITUCIONAL Expositor Universidad César Vallejo Lima, 24 de septiembre de 2018
8.	EL ROL DEL CNM EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL Expositor Módulo Básico de Justicia de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín Tarma, octubre de 2017
9.	EL ROL DEL CNM EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL Expositor Módulo Básico de Justicia de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín Tarma, octubre de 2017
10.	JUSTICIA Y CONSTITUCIÓN Ponente Corte Superior de Justicia de Huánuco Huánuco, 11 de noviembre de 2017
11.	LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Ponente I Congreso Inka Cusco, 17 de junio de 2017
12.	DERECHO ELECTORAL Expositor Universidad Privada Antenor Orrego Trujillo, junio de 2017
13.	EL EXTRAÑO CASO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993: DE SEMÁNTICA A NORMATIVA Ponente I Congreso Nacional Amazónico de Derecho y CCPP Puerto Maldonado, 27 de mayo de 2017
14.	CONSTITUCIÓN Y REFORMA Ponente Universidad Nacional de Cajamarca Cajamarca, 29 de octubre de 2016
15.	EL DEBIDO PROCESO EN LAS COMISIONES INVESTIGADORAS Expositor Corte Superior de Justicia del Cusco Cusco, 24 de julio de 2015
16.	CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Ponente Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México México DF, 4-5 de septiembre de 2014
17.	LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Ponente Corte Superior de Justicia de Huaura Huaura, 18 de julio de 2012

18. LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Ponente

III Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional

Universidad Privada Los Andes

Huancayo, octubre de 2011

19. LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Ponente

III Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional

Universidad Privada Los Andes

Huancayo, octubre de 2011

20. LOS CONSEJOS DE LA JUDICATURA

Ponente

Congreso Internacional "El constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina

Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional

Puebla, 4 de febrero de 2010

21. DESAFÍOS DEL CONTROL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA MAGISTRATURA: HACIA UN SISTEMA DE VALORES ÉTICOS

Expositor

Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial

Lima, 19 y 20 de abril de 2007

6. CONOCIMIENTOS INFORMÁTICOS

CONOCIMIENTOS	BÁSICO	INTERMEDIO	AVANZADO
1. WORD			X
2. EXCEL			X
3. POWER POINT			X
4. ZOOM, GOOGLE MEET, TEAMS			X
5. CONOCIMIENTO Y MANEJO DE REDES SOCIALES		X	
6. OTROS:			

7. IDIOMAS

IDIOMA	BÁSICO	INTERMEDIO	AVANZADO
1. INGLÉS	X		
2.			
3.			

8. EXPERIENCIA LABORAL PROFESIONAL Y EXPERIENCIA ACADÉMICA

NOMBRE DE LA ENTIDAD: GUTIÉRREZ TICSE & ASOCIADOS ABOGADOS CONSULTORES	
Área: LITIGIO	
Cargo: SOCIO PRINCIPAL	Tiempo de servicios:
Funciones principales: LITIGIO Y CONSULTORIA	Inicio: (mes y año): 11/02/2016
	Fin: (mes y año): En funciones
Modalidad de contratación: -----	
Motivo de Retiro: -----	
Nombre y cargo del jefe directo: GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE Socio Principal	Teléfono Of. o contacto: 017781732
NOMBRE DE LA ENTIDAD: CONGRESO DE LA REPÚBLICA	
Área: COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO	
Cargo: ASESOR PRINCIPAL	Tiempo de servicios: 6 MESES Y 4 DÍAS
Funciones principales: RESPONSABLE DE LA ELABORACIÓN DE LOS DICTÁMENES	Inicio: (mes y año): 25/08/2015
	Fin: (mes y año): 29 /02/2016
Modalidad de contratación: CONFIANZA	
Motivo de Retiro: RENUNCIA	
Nombre y cargo del jefe directo: FREDY OTÁROLA PEÑARANDA Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento	Teléfono Of. o contacto:
NOMBRE DE LA ENTIDAD: CONGRESO DE LA REPÚBLICA	
Área: DESPACHO DEL CONGRESISTA JUSTINIANO APAZA	
Cargo: ASESOR PRINCIPAL	Tiempo de servicios: 2 MESES Y 9 DIAS
Funciones principales: RESPONSABLE DE LA ELABORACIÓN DE PROYECTOS DE LEY	Inicio: (mes y año): 21/05/2015
	Fin: (mes y año): 30 /07/2015

Modalidad de contratación: CONFIANZA	
Motivo de Retiro: RENUNCIA	
Nombre y cargo del jefe directo: JUSTINIANO APAZA Congresista de la República	Teléfono Of. o contacto:
NOMBRE DE LA ENTIDAD: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACIÓN LABORAL	
Área: INTENDENCIA DE PREVENCIÓN Y ASESORÍA	
Cargo: INTENDENTE	Tiempo de servicios: 3 MESES Y 5 DÍAS
Funciones principales: RESPONSABLE DE LA PROMOCIÓN Y DIFUSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES	Inicio: (mes y año): 15/12/2014
	Fin: (mes y año): 20/03/2015
Modalidad de contratación: CONFIANZA	
Motivo de Retiro: RENUNCIA	
Nombre y cargo del jefe directo: GORKI GONZALES MANTILLA Superintendente de Sunafil	Teléfono Of. o contacto:
NOMBRE DE LA ENTIDAD: CONGRESO DE LA REPÚBLICA	
Área: OFICINA DE DEFENSA DE LAS LEYES	
Cargo: JEFE	Tiempo de servicios: 1 AÑO 3 MESES Y 18 DÍAS
Funciones principales: ELABORACIÓN DE CONTESTACIÓN DE DEMANDAS, INFORMES ORALES Y ALEGATOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	Inicio: (mes y año): 12/08/2013
	Fin: (mes y año): 01/12/2014
Modalidad de contratación: CONFIANZA	
Motivo de Retiro: RENUNCIA	
Nombre y cargo del jefe directo: FREDY OTÁROLA PEÑARANDA Presidente del Congreso	Teléfono Of. o contacto:
NOMBRE DE LA ENTIDAD: PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS	
Área: GABINETE DE ASESORES	
Cargo: ASESOR	Tiempo de servicios: 8 MESES Y 6 DÍAS

Funciones principales: RESPONSABLE EN ELABORACIÓN Y COORDINACIÓN DE MEDIDAS LEGISLATIVAS		Inicio: (mes y año): 03/12/2012
		Fin: (mes y año): 09/08/2013
Modalidad de contratación: CONFIANZA		
Motivo de Retiro: RENUNCIA		
Nombre y cargo del jefe directo: JUAN JIMÉNEZ MAYOR Presidente del Consejo de Ministros		Teléfono Of. o contacto:
NOMBRE DE LA ENTIDAD: CONGRESO DE LA REPÚBLICA		
Área: COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO		
Cargo: ASESOR PRINCIPAL		Tiempo de servicios: 11 MESES Y 11 DÍAS
Funciones principales: RESPONSABLE EN ELABORACIÓN DE DICTAMENES		Inicio: (mes y año): 15/08/2011
		Fin: (mes y año): 26/07/2012
Modalidad de contratación: CONFIANZA		
Motivo de Retiro: TERMINO		
Nombre y cargo del jefe directo: FREDY OTÁROLA PEÑARANDA Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento		Teléfono Of. o contacto:
NOMBRE DE LA ENTIDAD: CONGRESO DE LA REPÚBLICA		
Área: DESPACHO DEL CONGRESISTA RAÚL CASTRO STAGNARO		
Cargo: ASESOR PRINCIPAL		Tiempo de servicios: 3 AÑO 10 MESES Y 23 DÍAS
Funciones principales: RESPONSABLE DE LA ELABORACIÓN DE PROYECTOS DE LEY		Inicio: (mes y año): 03/09/2007
		Fin: (mes y año): 26/07/2011
Modalidad de contratación: CONFIANZA		
Motivo de Retiro: TERMINO		
Nombre y cargo del jefe directo: RAÚL CASTRO STAGNARO Congresista de la República		Teléfono Of. o contacto:
NOMBRE DE LA ENTIDAD: CONGRESO DE LA REPÚBLICA		

Área: COMISIÓN DE JUSTICIA Y DDHH	
Cargo: ASESOR PRINCIPAL	Tiempo de servicios: 10 MESES Y 30 DÍAS
Funciones principales: RESPONSABLE DE LA ELABORACIÓN DE DICTAMENES	Inicio: (mes y año): 01/09/2006
	Fin: (mes y año): 31/07/2007
Modalidad de contratación: CONFIANZA	
Motivo de Retiro: TERMINO	
Nombre y cargo del jefe directo: RAÚL CASTRO STAGNARO Presidente de la Comisión de Justicia y DDHH	Teléfono Of. o contacto:
NOMBRE DE LA ENTIDAD: CONGRESO DE LA REPÚBLICA	
Área: DIRECCIONES DE COMISIONES	
Cargo: ESPECIALISTA PARLAMENTARIO	Tiempo de servicios: 9 MESES Y 24 DÍAS
Funciones principales: ELABORACIÓN DE INFORMES JURÍDICOS	Inicio: (mes y año): 07/11/2005
	Fin: (mes y año): 31/08/2006
Modalidad de contratación: CONFIANZA	
Motivo de Retiro: RENUNCIA	
Nombre y cargo del jefe directo: CÉSAR DELGADO GUEMBES Director de Investigaciones	Teléfono Of. o contacto:
NOMBRE DE LA ENTIDAD: CONGRESO DE LA REPÚBLICA	
Área: DESPACHO DEL CONGRESISTA FAUSTO ALVARADO DODERO	
Cargo: ASESOR PRINCIPAL	Tiempo de servicios: 2 AÑOS 3 MESES Y 3 DÍAS
Funciones principales: RESPONSABLE DE LA ELABORACIÓN DE PROYECTOS DE LEY	Inicio: (mes y año): 01/08/2003
	Fin: (mes y año): 04/11/2005
Modalidad de contratación: CONFIANZA	
Motivo de Retiro: RENUNCIA	
Nombre y cargo del jefe directo: FAUSTO ALVARADO DODERO	Teléfono Of. o contacto:

Congresista de la República	
NOMBRE DE LA ENTIDAD: CONGRESO DE LA REPÚBLICA	
Área: COMISIÓN DE TRABAJO	
Cargo: ESPECIALISTA PARLAMENTARIO	Tiempo de servicios: 11 MESES Y 14 DÍAS
Funciones principales: RESPONSABLE DE LA ELABORACIÓN DE PROYECTOS DE LEY	Inicio: (mes y año): 13/08/2002
	Fin: (mes y año): 27/07/2003
Modalidad de contratación: CONFIANZA	
Motivo de Retiro: TERMINO	
Nombre y cargo del jefe directo: CARLOS ALMERI VERAMENDI Congresista de la República	Teléfono Of. o contacto:
NOMBRE DE LA ENTIDAD: UNIVERSIDAD SAN MARTIN DE PORRES	
Área: FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS	
Cargo: PROFESOR	Tiempo de servicios: 12 AÑOS Y 7 MESES
Funciones principales: Profesor de Derecho Procesal Constitucional y de Ciencia Política	Inicio: (mes y año): 03/03/2008
	Fin: (mes y año): -----
Modalidad de contratación: CONTRATADO	
Motivo de Retiro: EN FUNCIONES	
Nombre y cargo del jefe directo: ERNESTO ALVAREZ MIRANDA Decano	Teléfono Of. o contacto: 3657000
NOMBRE DE LA ENTIDAD: UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO	
Área: FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS	
Cargo: PROFESOR	Tiempo de servicios: 3 AÑOS Y 6 MESES
Funciones principales: Profesor de Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional General	Inicio: (mes y año): 03/04/2017
	Fin: (mes y año): -----
Modalidad de contratación: CONTRATADO	

Motivo de Retiro: EN FUNCIONES

Nombre y cargo del jefe directo:
RAÚL LOZANO PERALTA
Director de la Escuela de Derecho

Teléfono Of. o contacto:

9. REFERENCIAS LABORALES

Núm.	NOMBRE DE LA ENTIDAD O EMPRESA	CARGO DE LA REFERENCIA	NOMBRE DE LA PERSONA	TELÉFONO ACTUAL
1	FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD SAN MARTÍN DE PORRES	DECANO	ERNESTO ALVAREZ MIRANDA	013657000
2	ESTUDIO CASTRO STAGNARO	SOCIO PRINCIPAL	RAÚL CASTRO STAGNARO	999048087
3	FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO	DIRECTOR	RAÚL LOZANO PERALTA	996967518

Suscribo el presente en señal de conformidad con los datos consignados.

Lima, 27 de octubre de 2020

Firma

DNI 09928094



Huella digital
Índice derecho



15
pase

El presente documento es una copia del original
que se encuentra en la sede de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lima, 23 OCT 2023

Beir
FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL PERÚ

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL PERÚ

EN NOMBRE DE LA NACIÓN

EL RECTOR DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

confiere el grado de

**Magíster en Derecho con mención en Derecho
Constitucional**

a don

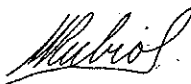
LUIS GUSTAVO GUTIERREZ TICSE

quien, después de haber cumplido como estudiante de la **Escuela de Posgrado** en la **Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional**, con los requisitos exigidos por las disposiciones legales vigentes, optó por dicho grado el día **20 de julio del 2016**.

OCR 96342

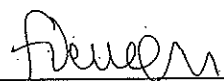
POR TANTO: Viene a expedirle el presente DIPLOMA para que lo hayan y reconozcan como tal.

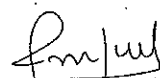
Dado y firmado en Lima el **10 de agosto del 2016**.


MARCIAL ANTONIO RUBIO CORREA
RECTOR


RENE ELMER MARTIN ORTIZ
CABALLERO
SECRETARIO GENERAL




ANA MARIA FRANCESCA DENEGRI
ALVAREZ CALDERON
DECANA a.i.


JENNIFER KATHERINE ZARATE
CORDOVA
SECRETARIA ACADÉMICA

**PERÚ**

Ministerio de Educación

Superintendencia Nacional de
Educación Superior UniversitariaDirección de Documentación e
Información Universitaria y
Registro de Grados y Títulos16
diciembre

CONSTANCIA DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO NACIONAL DE GRADOS Y TÍTULOS

La Dirección de Documentación e Información Universitaria y Registro de Grados y Títulos, a través del Jefe de la Unidad de Registro de Grados y Títulos, deja constancia que la información contenida en este documento se encuentra inscrita en el Registro Nacional de Grados y Títulos administrada por la Sunedu.

INFORMACIÓN DEL CIUDADANO

Apellidos **GUTIERREZ TICSE**
Nombres **LUIS GUSTAVO**
Tipo de Documento de Identidad **DNI**
Numero de Documento de Identidad **09928094**

INFORMACIÓN DE LA INSTITUCIÓN

Nombre **PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**
Rector **MARCIAL ANTONIO RUBIO CORREA**
Secretario General **RENE ELMER MARTIN ORTIZ CABALLERO**
Decana A.I. **ANA MARIA FRANCESCA DENEGRI ALVAREZ CALDERON**

INFORMACIÓN DEL DIPLOMA

Grado Académico **MAESTRO**
Denominación **MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL**
Fecha de Expedición **10/08/16**
Resolución/Acta **001/2016-GYT**
Diploma **96342**

**CÓDIGO VIRTUAL 6032931**

Santiago de Surco, 21 de Octubre de 2020

JESÚS ANDRÉS VEGA GUTIÉRREZ
JEFEUnidad de Registro de Grados y Títulos
Superintendencia Nacional de Educación
Superior Universitaria - Sunedu

Firmado digitalmente por:
Superintendencia Nacional de Educación
Superior Universitaria
Motivo: Servidor de
Agente automatizado.
Fecha: 21/10/2020 10:17:20-0500

Esta constancia puede ser verificada en el sitio web de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria - Sunedu (www.sunedu.gob.pe), utilizando lectora de códigos o teléfono celular enfocando al código QR. El celular debe poseer un software gratuito descargado desde Internet.

Firma mecánica al amparo del numeral 4.4 del artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y de los artículos 141° y 141°-A del Código Civil.

(*) El presente documento deja constancia únicamente del registro del Grado o Título que se señala.

(**) Tiene una vigencia de 180 días calendario que vence el 19 de Abril de 2021



REPUBLICA DEL PERU

UNIVERSIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES
A NOMBRE DE LA NACION

El Rector de la Universidad de San Martín de Porres

Por Cuanto:

El Consejo Universitario ha otorgado el

Título de Abogado

a don Luis Gustavo Guerrero Tiose

quien después de haber sido aprobado en la Facultad de:

Derecho y Ciencias Políticas

con los requisitos exigidos por las disposiciones legales vigentes, optó dicho
Título Profesional el día **07** de **Octubre** de 1998

Por tanto:

- Expide el presente, para que se le reconozca como tal.

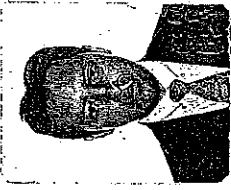
Dado y firmado en Lima el 18 de Mayo de 1998

RECIBO
1933. JOSE ANTONIO CHAVEZ ESCOBAR
RECTOR

DR. ROQUE CAVILAND-OLIVER
SECRETARIO GENERAL

Registrado a folios 418. B

del Libro de
Títulos N.º 10

[illegible]

3000

dos. e Te

7

**PERÚ**

Ministerio de Educación

Superintendencia Nacional de
Educación Superior UniversitariaDirección de Documentación e
Información Universitaria y
Registro de Grados y Títulos18
diado

CONSTANCIA DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO NACIONAL DE GRADOS Y TÍTULOS

La Dirección de Documentación e Información Universitaria y Registro de Grados y Títulos, a través del Jefe de la Unidad de Registro de Grados y Títulos, deja constancia que la información contenida en este documento se encuentra inscrita en el Registro Nacional de Grados y Títulos administrada por la Sunedu.

INFORMACIÓN DEL CIUDADANO

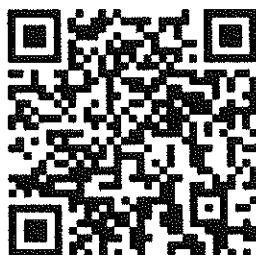
Apellidos **GUTIERREZ TICSE**
Nombres **LUIS GUSTAVO**
Tipo de Documento de Identidad **DNI**
Numero de Documento de Identidad **09928094**

INFORMACIÓN DE LA INSTITUCIÓN

Nombre **UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES**
Rector **JOSE ANTONIO CHANG ESCOBEDO**
Secretario General **RODOLFO GAVILANO OLIVER**
Decano **RUBEN GUEVARA MANRIQUE**

INFORMACIÓN DEL DIPLOMA

Título profesional **ABOGADO**
Fecha de Expedición **18/05/1998**
Resolución/Acta **367-1998-R-USMP**
Diploma **A147571**

**CÓDIGO VIRTUAL 4638631**

Santiago de Surco, 21 de Octubre de 2020

JESÚS ANDRÉS VEGA GUTIÉRREZ
JEFE**Unidad de Registro de Grados y Títulos**
Superintendencia Nacional de Educación
Superior Universitaria - Sunedu

Firmado digitalmente por:
Superintendencia Nacional de Educación
Superior Universitaria
Motivo: Servidor de
Agente automatizado.
Fecha: 21/10/2020 10:18:40-0500

Esta constancia puede ser verificada en el sitio web de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria - Sunedu (www.sunedu.gob.pe), utilizando lectora de códigos o teléfono celular enfocando al código QR. El celular debe poseer un software gratuito descargado desde internet.

Firma mecánica al amparo del numeral 4.4 del artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y de los artículos 141° y 141°-A del Código Civil.

(*) El presente documento deja constancia únicamente del registro del Grado o Título que se señala.

(**) Tiene una vigencia de 180 días calendario que vence el 19 de Abril de 2021

19
de octubre



4989-2020/CAL-CONST-V

Colegio de Abogados de Lima
Secretaría General

EL SECRETARIO GENERAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA, QUE SUSCRIBE:

CERTIFICA

Que, el señor Abogado **GUTIERREZ TICSE LUIS GUSTAVO**, Miembro de la Orden con registro CAL N° 27819 e incorporado el 07 de agosto de 1998, se encuentra **ACTIVO** para el ejercicio de la profesión.

Se expide la presente constancia a solicitud del interesado, en la ciudad de Lima, a los veinte días del mes de octubre del año 2020.




Marco Antonio Ulloa Reyna
Secretario General

Periodo de validez de la presente constancia : Hasta el 31/01/2021.

CRÉDITO FOTOCOPIA

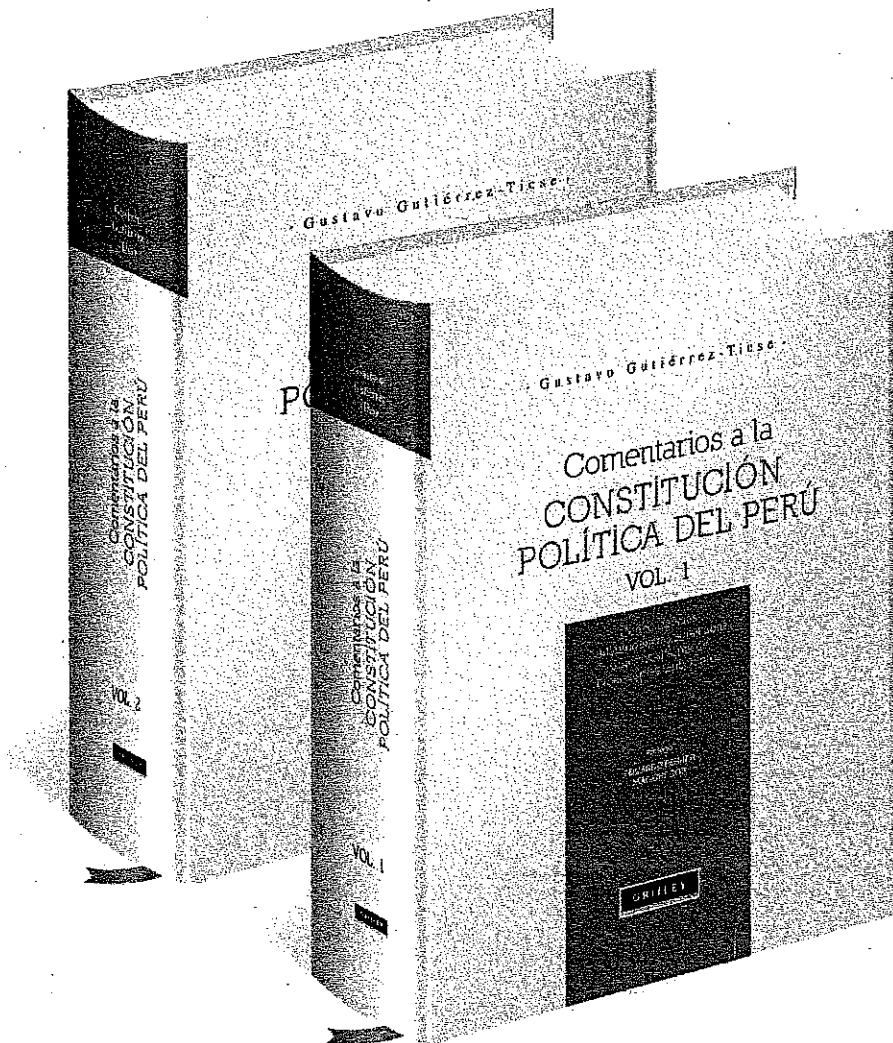
El presente documento es idéntico al original
en su forma y contenido, pero no es una
reproducción.

20
cent

23 OCT 2023

Ber

SECRETARÍA DE CULTURA
BIBLIOTECA NACIONAL



LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA: EL CASO PERUANO¹

AUTOR: GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE

Resumen

Desde de una perspectiva socio-jurídica, el presente trabajo tiene por objeto contribuir al análisis de la política criminal peruana frente a los conflictos sociales, sobre todo a partir del uso de figuras penales para delitos comunes con la finalidad de hacerlas extensivas a los pobladores que no se encuentran conformes con las políticas del Estado. O en los casos en donde la actividad económica empresarial, sobre todo las dedicadas a la extracción de minerales (minería a gran escala), requieren del consentimiento comunal para iniciar o continuar con sus actividades extractivas. En este mismo segmento, se pone de manifiesto la criminalización de la defensa ambiental.

Para ello, en una primera parte se muestra la evolución normativa de los delitos comunes, y la desnaturalización de su configuración típica, así como el sobredimensionamiento de las penas.

En una segunda parte, se analiza cómo este movimiento normativo ha sido utilizado para criminalizar la protesta, al distorsionar el derecho para emplearlo como un arma eficaz en la represión de los ciudadanos, en especial, comuneros campesinos y nativos en zonas de extracción de minerales o ligadas a la actividad minera.

¹ El presente trabajo de investigación ha sido desarrollado como parte de las actividades del Programa de Cursos Intensivos para el doctorado en la Universidad de Buenos Aires. Ha sido actualizado con ocasión de la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N.º 0009-2018-PI/TC, y que reconoce el derecho a la protesta.

Palabras clave

Constitución. Derecho a la protesta. Criminalización. Delitos.

Sumario

1) Introducción. 2) Método. 3) La legislación inicial en materia penal y la configuración de los delitos con incidencia en la protesta. 4) La utilización de las figuras delictivas para la criminalización de la protesta. 5) Resultado y discusión. 6) Conclusiones. 7) Bibliografía y fuentes.

1) Introducción

En América Latina el derecho usualmente en la *praxis*, tiene un grave efecto negativo. Mientras en el papel puede ser garantista, en los hechos suele ser estigmatizante con determinados grupos sociales.

En los últimos años, esta situación se ha extendido a los conflictos sociales, distorsionando el sentido de las leyes, afectando el derecho constitucional a la protesta², el cual garantiza a todos los ciudadanos el poder concurrir a las calles para manifestar públicamente las diferencias con la imposición de determinada política de Estado, o decisión de los poderes públicos, y de quienes ostentan posiciones de dominio en la sociedad.

² El derecho a la protesta social es una conjugación que se desprende del derecho a la libertad de expresión y del derecho a reunión, ambos reconocidos en una serie de tratados internacionales de derechos humanos, tanto del sistema universal como interamericano de protección de los derechos humanos. Vid: Protesta Social y Derechos Humanos: Estándares Internacionales y Nacionales. Disponible en el siguiente link: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/04/PROTESTA-SOCIAL.pdf>

La protesta, como asevera Gargarella, "aparece así, en un sentido importante al menos, como el "primer derecho": el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos"³.

En efecto, son los sectores más vulnerables que, finalmente en caso de la violación de sus elementales derechos tienen en la protesta, vía la concentración en áreas públicas, uno de los grandes instrumentos para poder combatir a la arbitrariedad gubernamental y privada.

Constitucionalmente el amparo de la protesta se encuentra prevista en los instrumentos internacionales y nacionales. Así, el artículo 2, inciso 12, de la Constitución Política del Estado, establece que todo peruano tiene derecho:

"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".

Ciertamente la norma no es del todo explícita en reconocer en sede constitucional el derecho de los ciudadanos a recurrir a las calles como medida de protesta. Sin embargo, es un marco para su exigibilidad. En efecto, para Saldaña y Portocarrero, la protesta es un derecho que se encuentra reconocido de forma implícita en la Constitución peruana de 1993 y en los tratados de derechos humanos que el Perú ha suscrito, a partir de su relación con los derechos a la libertad de expresión, a la participación y a la libertad de reunión (especialmente

³ Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta, el primer derecho*, Buenos Aires: Ediciones Ad Hoc, 2007, p. 19.

con este último). En un informe reciente, la CIDH (2015, pp. 56-59) se ha referido a un derecho implícito a la protesta social⁴.

Sin embargo, el tema no ha resultado del todo claro, sino que, en una lectura restrictiva, en los últimos años ha habido un proceso de “vaciamiento” de este derecho.

Por ejemplo, para Salcedo Cuadros, en posición nulificante de la protesta, escribe lo siguiente:

“Al ser una manifestación del derecho de reunión, la protesta social se encuentra sujeta a los mismos criterios para ejercerlo y limitarlo. Siendo así, para que la protesta social sea considerada como una legítima manifestación del derecho o libertad de reunión y, por lo tanto, sea reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico y constitucional, debe ejercerse pacíficamente y sin armas, y no afectar derechos fundamentales de terceros.

No toda protesta social es pacífica y, a veces, puede degenerar en actos de vandalismo y violencia. Si bien el Estado se encuentra obligado a respetar el derecho a la protesta social pacífica, también se encuentra legitimado a reprimir la protesta social violenta y, por supuesto, a tipificarla como delito.

La tipificación de las conductas violentas y violatorias de los derechos fundamentales de terceros, que se pretenden camuflar tras el derecho a

⁴ Saldaña Cuba, José – Portocarrero Salcedo, Jorge. La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y criminalización de protestas socioambientales en el Perú. En Revista Derecho PUCP, N° 79. Lima: Fondo Editorial PUCP: 2017, p. 315.

la protesta social pacífica, no puede calificarse como “criminalización de la protesta social”⁵.

Dicha postura, es sin duda alguna la que justifica la represión de los sectores poblacionales menos favorecidos por el desarrollo económico y social en el Perú. Enfrentar la protesta como un evento delictivo, es decir, considerar a sus actores como delincuentes comunes, es una calificación altamente polémica, que genera una severa distorsión del modelo democrático.

Como lo hemos advertido, más notorios en países como el nuestro, manejados por aparatos de poder usualmente autoritarios intimamente conectadas con los grupos de poder, sobre todo en la dación de normas con énfasis criminalizador⁶.

En efecto, es evidente la indolencia gubernamental. Espinoza Bonifaz, en posición similar afirma que es “evidente la violencia estructural que genera la indolencia de nuestros gobernantes por gestionar adecuadamente a los individuos, bienes, riquezas, recursos, etc. a fin de cubrir convenientemente las necesidades humanas básicas de la población. Ello está causando que las manifestaciones de violencia directa y cultural sean cada vez más frecuentes entre los ciudadanos”⁷.

Ante ello, -prosigue el citado autor- “nuestras autoridades recurren crónicamente a la adopción de leyes, sobre todo penales, con la finalidad de prevenir y sancionar las manifestaciones de violencia directa y cultural de los ciudadanos. Al respecto, sostienen que es la mejor manera de controlarlas y reducirlas”⁸.

⁵ Salcedo Cuadros, Carlo Magno. El derecho constitucional de reunión y la protesta social. En *Revista Gaceta Constitucional*, N° 19. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 83.

⁶ Una arista que devela lo expuesto puede verse de los graves eventos de corrupción generalizada en América Latina con la comprobación de las coimas gubernamentales de Odebrecht en el caso Lava Jato.

⁷ Espinoza Bonifaz, Augusto. Gobernar a través del delito o gobernar el crimen: la política en la cuestión criminal. En *Revista Vox Juris*, N° 35. Lima: Fondo Editorial de la USMP, 2018, p. 22.

⁸ Loc. cit.

Teniendo en cuenta además, que la criminalización de la protesta es crucial, porque -explica Viegas- “es el factor que permite luego justificar social o judicialmente la represión, sea de un piquete, una toma de terrenos, una huelga, una fábrica recuperada, etc.; tanto con la cárcel como con la muerte”⁹.

En suma, este movimiento crimiñalizador viene generando severos problemas en el ejercicio de este derecho, por lo que es imperativo evaluar el marco legal que habilita inconstitucionalmente este marco represivo.

2) Método de análisis

Desde una perspectiva socio-jurídica, el objetivo de esta investigación es contribuir al estudio del tratamiento normativo de la protesta, con énfasis en los conflictos sociales, su distorsión como delito, y la necesidad de su revaloración en el estado democrático constitucional.

En este sentido, por un lado, efectuaremos un análisis de la evolución normativa para identificar a los actores y razones jurídicas y políticas que han justificado este tratamiento legal.

Por otro lado, partiendo de la base de que la protesta es un acto sublime que se efectúa en defensa de los derechos, como es que no solo los agentes de poder sino grandes sectores ciudadanos avalen su tratamiento criminal.

Desde el punto de vista metodológico, el trabajo está basado en tres fuentes principales de información: a) documental, b) bibliográfico, y c) periodístico.

En principio, la investigación se centra en realizar un análisis de las fuentes normativas que elaboraron los tipos penales en el código penal vigente de 1991,

⁹ Viegas Barriga, Fabián, La construcción concreta y simbólica de la criminalización de la protesta social. Disponible en el siguiente link:
<https://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/question/article/view/940/840>

así como las que motivaron sus cambios en los periodos legislativos siguientes: exposición de motivos, dictámenes, intervenciones parlamentarias.

Por otro lado, la investigación supuso un trabajo bibliográfico centrado en el estudio del tratamiento de la protesta y su vinculación con el estado democrático constitucional.

Finalmente, se analizaron reportes periodísticos, documentos producidos por las organizaciones sociales, y revistas de prensa de diversos medios de comunicación entre los años 2000 al 2019.

3) La legislación inicial en materia penal y la configuración de los delitos con incidencia en la protesta

La dación de un nuevo Código Penal en el Perú en el año de 1991, catapultó el extenso trabajo de un grupo de penalistas liderados por Luis Bramont Torres y Raúl Peña Cabrera, basados en un humanismo científico.

En efecto, como se expresa en la Exposición de Motivos del referido instrumento normativo:

“El Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa que el Derecho Penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho”.

Precisamente, bajo ese sendero, el legislador desarrolló los tipos penales en sentido garantista, procurando que la imposición de penas sea proporcional al daño ocasionado, y sobre todo en atención a los mandatos constitucionales de la resocialización previstos en el artículo 139 inc. 2 de la Carta Política vigente:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

De esta manera, el cuadro de ilícitos penales permitían la aplicación de penas simbólicas, reconvertibles y eximentes. Todas ellas fracasaron debido a los altos índices del delito, lo que ha generado un Código Penal totalmente desfigurado con penas disímiles y figuras montadas de manera antitécnica. El aumento de penas ha sido una constante. Robo y homicidio han sido figuras recurrentemente modificadas para aumentar las penas.

Ello se hizo mas notorio además, debido a la revolución tecnológica y los cambios sociales, lo que condujo de modo inevitable a la creación de nuevas figuras penales como por ejemplo, los delitos de lavado de activos, el crimen organizado, entre otros.

En frente de esta nueva realidad, los delitos ligados a la protesta que habían sido previstos por el legislador en el Código Penal de 1991 de manera simbólica, solo podía advertirse con la figura penal de los disturbios, el mismo que, en su modalidad agravada máxima, no superaba en caso de actos de violencia agravada, de unos dos años de pena privativa de la libertad. Hoy en día en cambio, por la modificación realizada a través del Decreto Legislativo N° 1237 de 26 de septiembre de 2015, puede llegar a ser sancionado con quince años de prisión. Sin embargo, y en razón de la reforma del año 2013, “se incorporó un agravante que establece que, si durante la ocurrencia de disturbios, ocurren ataques a la integridad seguidos de muerte, el hecho será considerado como un asesinato, es decir, como un delito de máxima gravedad penado con no menos de veinticinco años de prisión (ley 30037)”¹⁰.

¹⁰ Saldaña Cuba, José – Portocarrero Salcedo, Jorge. *Op. cit.*, p. 335.

Sin embargo, se debe decir que ésta figura no fue creada para controlar la protesta, sino para garantizarla. Así, el ejercicio del derecho constitucional a la reunión en lugares públicos se conecta con el tipo penal de los disturbios, para reprimir a quienes atentan contra ella.

Es decir, si un sujeto, aprovecha una reunión pública, y atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada, entonces estamos ante el delito de disturbios. Si se observa, el ilícito no es consecuencia de la reunión pública aún este termine produciendo excesos, sino para reprimir a quien se aprovecha de ella para cometer lesiones a la integridad o al patrimonio público o privado fuera del margen o el fundamento de la protesta.

Es decir, hablamos de actos donde hay congregaciones de personas por diferentes razones y no solo manifestaciones de protesta, como pueden ser espectáculos deportivos, o culturales, y en donde algunos sujetos aprovechando estos eventos cometan disturbios.

Es este el diseño inicial que ha sido manipulado. La figura no solo ha evolucionado para ampliar la represión contra los actores sociales responsabilizándolos de hechos realizados por terceros, sino además se vienen aplicando sendas figuras delictivas de índole ordinario para controlar la protesta.

4) La utilización de las figuras delictivas para la criminalización de la protesta

El cuadro de delitos en su conjunto vienen siendo empleados por los actores gubernamentales para controlar las protestas sociales. No solamente se han alterado las figuras típicas aplicables a los excesos de manifestantes sino además los delitos comunes vienen siendo reconfigurados para ser utilizados contra los pobladores.

A ello se suma, la habilitación de un conjunto de normas procedimentales que permiten que los policías puedan reprimir violentamente las manifestaciones. Y en algunos casos, las Fuerzas Armadas intervengan en forma directa. Para ello, el Gobierno peruano el 01 de septiembre de 2010, aprobó el Decreto Legislativo N° 1095, el cual establece reglas para el empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

Esta norma, como exclama Ardito, “genera una impunidad sin precedentes y resulta totalmente contraria a los derechos a la vida y a la integridad física de los ciudadanos y a la obligación del Estado peruano de respetarlos y protegerlos pues esta disposición legislativa permite que policías o militares puedan lesionar o matar sin ser procesados”¹¹.

Dentro de este nuevo escenario, los jueces emplean criterios maximalistas en contra de los actos de protesta imponiendo a sus activista penas por delitos propios de la delincuencia común, como son la asociación ilícita para delinquir, el secuestro, entre otras figuras, e inclusive criterios subjetivos para la determinación de las penas. Por ejemplo, con fecha 08 de marzo de 2011, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, consideró que hay autoría mediata en comisión por omisión en el delito de disturbios.

A partir de esta interpretación, los dirigentes del Comité de Gestión para la Creación de la Municipalidad del Centro Poblado de Manchay que organizaron una marcha hacia la Municipalidad de Pachacamac en la ciudad de Lima, terminaron siendo condenados por este delito por no haber apaciguado a la turba que realizó desmanes:

¹¹ Ardito, Wilfredo. La criminalización de la protesta en el gobierno de Alan García. SERVINDI. Disponible en el siguiente link:
<https://www.servindi.org/node/43460>

“Que la sentencia recurrida se sustenta en la autoría mediata en comisión por omisión (posición de garante), pues los encausados como organizadores de la marcha asumieron el control de la fuente de peligro, por lo que cualquier resultado lesivo como consecuencia de la omisión de controlar dicha fuente de peligro les es imputable a título de autoría; les es imputable a título de autoría; que los encausados Coronel Rodríguez y Gallardo Rojas, como directivos del Comité de Gestión para la creación de la Municipalidad del Centro Poblado de Manchay organizaron la marcha hacia la Municipalidad de Pachacamac e ingresaron a dialogar con el Gerente de Asesoría Legal de dicha Municipalidad Danilo Cabrera Torres (hecho que aceptaron los encausados), quien al notar que la turba ubicada al frontis de la Municipalidad se estaba exaltando les solicitó que salieran a apaciguarlos, sin embarho, éstos hicieron caso omiso a dicha petición; que esta omisión conllevó a que los manifestantes produjeran desmanes en las instalaciones de la referida comuna, y siendo que el control de dicha fuente de peligro estaba a cargo de los encausados Coronel Rodríguez y Gallardo Rojas las consecuencias les son imputables a título de autoría, por lo que su argumento de defensa en el sentido de que no causaron directamente los disturbios no tiene sentido, pues la imputación es en comisión por omisión”. [R.N. 206-2010, Lima]

En ese sentido, la extensión de la represión no sólo se ha enfocado en los que ejecutan cualquier tipo de disturbios sino además en los dirigentes de gremios, juntas vecinales, etc. La formula empleada, una supuesta autoría mediata.

Este discurso estatal en realidad ya tenía antecedentes. En 01 de enero del 2005, el entonces comandante Antauro Humala, protagonizó un acto denominado por él y sus seguidores como de insurgencia en contra en gobierno del presidente Alejandro Toledo. Humala asaltó una comisaría con un grupo de hombres

armados y pretendió la renuncia del presidente y la restitución de la Constitución de 1979.

En este caso, si bien hay un alzamiento en armas, dicha protesta no ha sido tratada como un acto político ilegal, sino como un delito común. A Humala se le imputó y condenó como autor mediato de los delitos de homicidio, secuestro, entre otros. Viene purgando una condena de 19 años de cárcel. Lo insólito del tema es que las instancias judiciales dictaron sentencia en autoría mediata sin definición de los autores inmediatos, lo que hace ver que en el caso de Humala primaron los intereses políticos tomando en cuenta que su aparición se gestó como un acto de protesta radical frente al sistema político.

Aquí no ha quedado el sentido represivo del Estado, a lo largo de los últimos quince años, se han aumentado las penas para determinados delitos comunes que han sido aplicados para protestantes.

Por ejemplo, el delito de secuestro agravado (extorsión) previsto y penado en los artículos 152 y 200 respectivamente, de manera recurrente. La primera norma que aumenta las penas para esta figura data del 24 de mayo de 1998. El Decreto Legislativo N° 896, el tipo base se aumentó en su pena máxima, de doce a veinte años. Posteriormente, a través de la Ley N° 27472 del 5 de junio del 2001, en la cual se ratifica la severidad de estas penas. En una siguiente reforma, a través de la Ley N° 28760 de fecha 13 de junio de 2006, la cual aumenta en sus penas máximas a 30 años de edad, y a cadena perpetua.

Pero en lo que significó una notoria criminalización de la protesta, ocurrió en el año 2007, cuando el Gobierno del ex presidente Alan García, modificó el delito de extorsión para extender dicha figura penal a los actos de protesta, y tipificarlos como delito común con penas que parten desde los cinco años de prisión hasta la cadena perpetua.

En efecto, el gobierno a través del Decreto Legislativo N° 982, tipificó una nueva modalidad de extorsión para las protestas de la siguiente manera:

“El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años”.

No obstante, como lo dijimos, el tipo descrito es base; a ella se suman las agravantes -que en caso de protestas son componentes (dos o más personas)- con lo cual las penas pueden llegar a extremos de treinta años o inclusive de cadena perpétua.

En la misma línea, se ha agravado el delito de atentado contra la seguridad común. Modificada primero en el año 2006, y una última del 2016, contiene penas que van desde los seis hasta los diez años de cárcel por crear peligro para la comunidad, cuando se atenta contra fábricas, obras, infraestructura, etc.

De esta manera, el Estado ha criminalizado la protesta. Y ha respondido frente a cualquier tipo de reclamo social, a través del uso abusivo de la ley.

Es el caso de los comuneros de los caseríos de Huallacancha y Taruscancha (San Marcos, Áncash), Narciso Espinoza Amado y Melitón Gregorio Cadillo Arce, fueron sentenciados a 24 años de cárcel, por encabezar una protesta contra la empresa minera Antamina,. Los comuneros fueron acusados por los delitos de secuestro y entorpecimiento a los servicios públicos, en agravio de dos funcionarios mineros.

Aun cuando uno de los supuestos agraviados haya desmentido que se le haya privado de su libertad, y la misma Sala de Huari haya desestimado que el otro haya sido víctima de secuestro, los magistrados Calderón Alonso, Hilda Celestino Narcizo y Juan Valerio Cornejo Cabilla resolvieron condenarlos (Mediante resolución tres del expediente N° 103-2012-0).

En otro caso de criminalización de la protesta, durante el año 2018, 18 comuneros de Cotabambas, Apurímac, han sido acusados por el Ministerio Público por disturbios y tenencia ilegal de explosivos, durante una huelga contra minera a finales de setiembre de 2015.

La Fiscalía Mixta de Challhuahuacho los denunció por haber participado en las protestas de setiembre de 2015, en contra de la modificación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del proyecto minero Las Bambas, propiedad de MMG Limited.

Aquel día hubo enfrentamientos con la Policía, cuando los manifestantes intentaron ingresar al campamento de la mina. Hubo tres campesinos muertos y decenas resultaron heridos. La Fiscalía Provincial Mixta de Challhuahuacho solicitó para los acusados entre 11, 15 y 17 años de prisión por los presuntos delitos de disturbios, daño agravado, además de tenencia ilegal de armas y explosivos. Pidió, además, una reparación civil de 20 mil soles a favor del Estado. En tanto, la compañía MMG Limited ratificó su pedido de reparación civil por 88 mil 600 dólares por daños a la propiedad privada.

Los citados acontecimientos son, en puridad de verdad, algunos de los tantos que se han venido sucediendo en Las Bambas. Este proyecto minero registra protestas en los años 2011, 2015, 2016, 2017 y 2019. En esencia, el delito usualmente imputado a los comuneros, es el bloqueo de la carretera hacia el proyecto minero Las Bambas.

Como puede observarse, el movimiento criminalizador de las protestas es manifiesto. Tal cual, es incompatible con el modelo democrático, menos con una *democracia deliberativa*, en donde los actores sociales tienen un alto protagonismo en la toma de decisiones. Tampoco puede compaginarse con una *democracia participativa*.

Estas dos dimensiones asevera Penna, "de la democracia, por un lado como participación y por otro como deliberación, permiten justamente la inclusión de los implicados (también grandes colectivos) en determinada decisión, insertos en una lógica dialógica. En consecuencia significa una democratización de las decisiones, y en el caso de la actuación del poder judicial tiende a la "democratización de la justicia"¹².

En la Argentina, el Fiscal Javier De Luca citando entre otros muchos argumentos el voto en disidencia del Juez Douglas en el caso "Adderley v. Florida" de la Corte de Estados Unidos de America ha glosado lo siguiente: "... el derecho de petición para reparar agravios tiene una antigua historia y no se limita a la redacción de una cara o el envío de un telegrama a un miembro del congreso, no está limitado a la comparecencia ante el Consejo del municipio local o la redacción de cartas al Presidente, Gobernador o el alcalde. Los métodos convencionales de petición pueden ser y menudo han sido imposibles para nutridos grupos de ciudadanos. Los legisladores pueden hacer oídos sordos, las quejas formales pueden ser desviadas en el laberinto burocrático, los tribunales pueden permitir que las ruedas de la justicia giren muy lentamente. Los que no controlan la televisión, la radio, los que no pueden pagar la publicidad de los periódicos o difundir folletos completos, quizá dispongan a lo sumo de un tipo mas limitado de acceso a los funcionarios públicos. Sus métodos no deben ser condenados como tácticas de obstrucción y

¹² Penna, Gonzalo. Por una respuesta democrática frente a la criminalización de la protesta social. En Revista *Crítica Penal y Poder*. 2016, nº 10, marzo. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2016, p. 20.

presión...” (Dictamen Nro. 10647 “Acosta Josefina s/ entorpecimiento de servicios públicos” Causa N FSM 3884/2013/5/CFC2 Sala 4 FN 97504/2013)¹³.

Lamentablemente, el derecho a la protesta en vez de compaginar con la justicia social, está distanciada de los ideales y reivindicaciones que la justifican, en posición favorable a los que dominan el sistema quienes utilizan el derecho penal para reprimirlas, haciendo nulo los valores e ideales de la democracia contemporánea. Las autoridades al parecer, han cerrado filas desde sus respectivos sectores para defender el modelo económico y controlar cualquier acto que lo ponga en riesgo así sea mediante la criminalización de la protesta.

En síntesis, -enfatisa Ganon- “lo que debe tenerse presente es que la definición penalmente reprochable de una manifestación de protesta nunca depende de estándares fijos y determinables. No existe ni un derecho ni una justicia verdadera. Tampoco, un régimen único de presentación e interpretación. Los sentidos de como puede ser tratada, tipificada una protesta social no es patrimonio ni de los jueces ni del gobierno. Es que, en este juego del disenso, de la política, todos y todas somos y debemos ser partícipes de lo que se percibe, se piensa al respecto y de modificar esos contenidos que no pertenecen con exclusividad a nadie y muchos menos a los jueces, los abogados, los profesores de derecho. No basta con proclamar igualdades o libertades. Hay que luchar por la potencialidad de esas igualdades o esas libertades para que estas se materialicen, que sus efectos se verifiquen. En ese tránsito, insisto, está la disputa por las interpretaciones del reconocimiento de los derechos que hacen o que no hacen quienes tienen el poder de decir el derecho”¹⁴.

¹³ Citado por Ganon, Gabriel. *El derecho a la protesta social y la crítica de la violencia*. En REDEA. Derechos en Acción, Año 2, N° 3, Otoño 2017, p. 43. Disponible en el siguiente link: <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3476/3521>. Debe incarse sin embargo, que en este país, las protestas se realizan más en atención a la crisis laboral y los actos urbanos conducidos por trabajadores y desempleados. Un importante estudio puede verse: Artese, Matías. Cortes de ruta y represión: la justificación ideológica de la violencia política entre 1996 y 2002. Buenos Aires: Eudeba, 2013.

¹⁴ Ganon, Gabriel. *Loc. cit.*

Y es que, como expresa García Ruíz, "si, como parece, en la actualidad no estamos avanzando demasiado en la dirección de sociedades bien ordenadas y regidas por una idea de justicia como establecía Rawls para su idea de la desobediencia civil, sino más bien hacia su contrario, la protesta está llamada a constituir un mecanismo aún más fundamental de expresión política y de corrección de esas tendencias corrosivas y deslegitimadoras de nuestros órdenes de convivencia. Es preciso desarrollar los instrumentos y la sensibilidad apropiados para una escucha atenta de lo que necesiten decirnos las voces de la protesta, porque ello supondrá construir cultura legal y política en vez de destruirla"¹⁵.

5) La reciente sentencia del Tribunal Constitucional y el tratamiento del derecho a la protesta

Frente a todo este panorama, un punto de quiebre al carácter represivo del sistema peruano, apertura la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 00009-2018-PI/TC del 12 de junio de 2020. Aunque es una sentencia que declarara improcedente la pretensión, en realidad dispone un sentido interpretativo del derecho a la protesta en sintonía con la doctrina y el derecho internacional de los derechos humanos¹⁶:

[E]ste Tribunal considera que, a la luz de las opciones valorativas reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, entre las que destaca como prisma fundamental el principio democrático y su plasmación jurídica en la Constitución como marco garantista, lo que debe extenderse también a contextos de cambio y crisis de la

¹⁵ García Ruíz, Alicia. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 15, octubre 2018-marzo 2019. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2018, p. 218.

¹⁶ Demanda de inconstitucionalidad presentado por el Colegio de Abogados de Puno en el año 2018, se presenta en el contexto de los actos de protesta en el sur del Perú, conocido como el "aimarazo".

representación, resulta una exigencia del orden público constitucional el reconocimiento del derecho a la protesta como derecho fundamental, derecho que asiste a toda persona que mantiene una posición crítica frente al poder, sea este último público o privado, todo ello sobre la base de aspiraciones legítimas de quienes protestan y siempre que se respete la legalidad conforme al orden fundamental. Y es que la expresión de la crítica pública en democracia, así como el proceso de su elaboración y la construcción del pensamiento crítico son fundamentales para la comunidad política.

Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho a la protesta en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a un principio fundamental e identitario del Estado peruano bajo la Constitución Política del Perú de 1993, como es el principio democrático, en consonancia con otro principio igualmente fundamental, como es el de supremacía constitucional, que le sirve de marco de actuación, pero, especialmente, como fuente de legitimidad¹⁷.

Dicha posición, si bien no ha sido complementada con una decisión estimatoria de la pretensión de fondo; constituye sin embargo, en un paso trascendental para la revaloración de la protesta como un derecho constitucional de los pueblos. Ello debe ser tomada en cuenta en un proceso de reformas legislativas que permitan superar la visión represiva de la protesta y su poca comprensión como derecho humano. Derecho por cierto calificado como molesto porque siempre lleva consigo un acto incomodo que puede ocasionar alteración a la convivencia. Contenido esencial de este derecho, que no abarca la violencia ni los actos vandálicos.

6) Resultado y discusión

¹⁷ Exp. N.º 009-2018-PI/TC, ff.jj. 45-46.

Lo expuesto es una constante en el caso peruano. En la investigación desarrollada por Saldaña y Portocarrero, se da cuenta de los datos de la Defensoría del Pueblo (2012a, 2012b, 2013, 2014a, 2015, 2016), de enero de 2006 a diciembre de 2015, en los que se ha registrado 244 muertes y 3875 heridos a causa de conflictos sociales.

Tabla 1

Conflicto	Número de civiles muertos	Investigación por muertes de civiles	Investigación contra manifestantes y dirigentes sociales
Conga 2012	5	Archivada en etapa de investigación preliminar	Con acusación, se solicita 15 años de prisión para 19 campesinos.
Bagua 2009	15	Archivada en etapa de investigación preliminar	El proceso se prolongó por más de siete años. Llegó a juicio oral. Se solicitaron penas desde 6 años de pena privativa de la libertad hasta cadena perpetua contra 88 personas. En el juicio oral, todos los procesados fueron absueltos al comprobarse que no existían pruebas que sustentaran los gravísimos cargos imputados.
Espinar 2012	3	Archivada en etapa de investigación preliminar	El proceso lleva cinco años en curso y actualmente se encuentra en etapa de juicio oral. Se solicitan entre 4 y 10 años de prisión para 8 personas.

(Pérez Aguilera, 2017).

"En la tabla 1 se muestra el número de fallecidos en tres de los conflictos sociales más importantes de las últimas décadas. Resulta paradójico que, a pesar de que entre los muertos se cuentan policías y civiles, las investigaciones a policías por la muerte de civiles sean archivadas en la etapa de investigación preliminar. En contraste, las investigaciones contra manifestantes y dirigentes sociales, que son seguidas hasta sus últimas consecuencias.

Si partimos de que esta versión antagónica de la protesta social abre un escenario de disputa por hegemonía política entre grupos dominantes y agentes de cambio, el fenómeno de la criminalización de la protesta puede ser conceptualizado como una expresión de la violencia del derecho. Conocer las normas vinculadas a este fenómeno y comprender sus dinámicas con otros campos sociales resulta necesario para caracterizar con profundidad esta violencia.”¹⁸

En ese orden de ideas, queda claro que ha sido un paulatino proceso criminalizante de la protesta desde los inicios de los años dos mil y su focalización en el protestante, periodo en que coincidentemente se gestaron la ejecución de grandes obras y de una incesante extracción de recursos naturales, el más relevante ha sido la minería.

Tomando en cuenta que para el desarrollo de ésta actividad es necesario la exploración de tierras, la provisión de agua, y su impacto al medio ambiente de las comunidades aledañas, la criminalización de la protesta ha sido el medio más eficaz para combatir todo reclamo o manifestación que ponga en riesgo la imparable actividad económica de las empresas extractivas. Dicho contraste ha producido un aparato de poder represivo incompatible con un modelo democrático constitucional garante de los derechos que debe ser desmontado.

6) Conclusiones

La criminalización de la protesta desde diferentes perspectivas viene siendo uno de los grandes problemas sociales que afectan a la Región latinoamericana.

En el caso peruano, el asunto se hace cada vez más grave. Desde inicios de los años dos mil el aumento de penas, la reconfiguración de los tipos penales, la habilitación del uso excesivo de armas y la intervención de militares a través de un conjunto de modificaciones normativas, se suman a la actuación de los jueces,

¹⁸ Saldaña Cuba, José – Portocarrero Salcedo, Jorge. *Op. cit.*, p. 316.

quienes extienden a la protesta social, la aplicación de figuras penales comunes y de manera agravada.

Esto se ha convertido en una regla en vez de una excepción, sobre todo en protestas acaecidas en los conflictos sociales ligados a la minería. Casos como los de Conga, Bagua, Las Bambas, y en la actualidad Tía María, dan cuenta de que la fórmula que utilizan los jueces es condenar a comuneros y nativos a penas severas evidenciándose un criterio político en defensa del modelo económico. Y una estigmatización a los protestantes, como violentos, antisistema, subversivos, entre otros calificativos peyorativos, para imponerles reglas altamente represivas.

En ese orden de ideas, el Estado ha respondido a través del aparato legislativo y judicial imponiendo el derecho de modo abusivo, y por tanto, inconstitucional.

En ese sentido, resulta relevante la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente 00009-2018-PI/TC del 12 de junio de 2020), que reconoce a la protesta como un derecho humano. Este punto de quiebre debe dar lugar a reformular la regulación de los actos concurrentes a la protesta para establecer los límites dentro del margen de lo razonable en los actos de fuerza que son siempre molestosos por sus propia naturaleza.

Esto debe permitir un proceso de cambios, que van desde la sensibilización estatal y ciudadana, así como el desmontamiento de todas las normas represivas que ha criminalizado indebidamente la protesta social con figuras propias de la delincuencia común como la asociación ilícita para delinquir, secuestro, coacción, daños, resistencia a la autoridad, entre otras figuras inadmisibles para con la protesta.

Como asevera Gargarella, en posición que compartimos, "la respuesta penal contra los manifestantes no debería ser, necesariamente, la primera ni la principal respuesta a la que el Estado debería apelar. Cuando los jueces, despreocupada o apresuradamente, recurren a este tipo de soluciones represivas, comprometen al

Estado con el tipo de injusticia política que el Estado, justamente, debiera encargarse de erradicar”¹⁹.

7) Bibliografía y fuentes

Ardito, Wilfredo. La criminalización de la protesta en el gobierno de Alan García. SERVINDI. Disponible en el siguiente link:

<https://www.servindi.org/node/43460>

Artese, Matías. Cortes de ruta y represión: la justificación ideológica de la violencia política entre 1996 y 2002. Buenos Aires: Eudeba, 2013.

García Ruíz, Alicia. Eunomía, *Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 15, octubre 2018-marzo 2019. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2018.

Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta, el primer derecho*, Buenos Aires: Ediciones Ad Hoc, 2007.

Ganon, Gabriel. *El derecho a la protesta social y la crítica de la violencia*. En REDEA. Derechos en Acción, Año 2, N° 3, Otoño 2017. Disponible en el siguiente link:

<https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3476/3521>

Espinoza Bonifaz, Augusto. Gobernar a través del delito o gobernar el crimen: la política en la cuestión criminal. En *Revista Vox Juris*, N° 35. Lima: Fondo Editorial de la USMP, 2018.

Penna, Gonzalo. Por una respuesta democrática frente a la criminalización de la protesta social. En *Revista Crítica Penal y Poder*. 2016, n° 10, marzo. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2016.

Salcedo Cuadros, Carlo Magno. El derecho constitucional de reunión y la protesta social. En *Revista Gaceta Constitucional*, N° 19. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

Saldaña Cuba, José – Portocarrero Salcedo, Jorge. La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y criminalización de protestas socioambientales en el Perú. En *Revista Derecho PUCP*, N° 79. Lima: Fondo Editorial PUCP: 2017.

Viegas Barriga, Fabián, La construcción concreta y simbólica de la criminalización de la protesta social. Disponible en el siguiente link:

<https://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/question/article/view/940/840>

¹⁹ Gargarella, Roberto. *Op. cit.*, p. 45.

Documentos:

Código Penal de 1991

Decretos Legislativos y legislación complementaria

Fuentes:

Diario de Debates del Congreso de la República, 2000-2006. Disponible en el siguiente link:

<http://www.congreso.gob.pe/Diariodelosdebates/>

Leyes y proyectos de leyes. Disponible en el siguiente link:

[http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos de Ley y de Resoluciones Legislativas/PL0427420190502.pdf](http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0427420190502.pdf)

El proceso de descentralización en en Perú: marchas y contramarchas

Gustavo Gutiérrez Tiese

RESUMEN

Uno de los grandes problemas estructurales del Perú es el centralismo, el cual, desde la fundación de la República en 1821, ha sido una constante debido a que la forma del estado nacional se ha suscrito al modelo unitario; sin embargo, si bien pudo servir para evitar un mayor fraccionamiento del territorio nacional, lo cierto es que desde inicios del siglo XX dicho modelo ha sido paulatinamente relativizado con sendos procesos de delegación de atribuciones, y que ha dado lugar al estado unitario descentralizado.

Desde entonces el debate sobre la descentralización ha sido una constante, al punto de constituirse desde 1979, el modelo regionalizado como parte del programa constitucional.

En estos últimos 30 años, el proceso ha tenido importantes avances, grandes retrocesos, y muchos frenos, gran parte de ellos, por la falta de vocación descentralista de las autoridades y de los propios ciudadanos, perdiéndose o una expectante posibilidad de desarrollo que bien podría marcar un derrotero inigualable con el modelo transversal propuesto por el sabio peruano Manuel Pulgar Vidal.

PALABRAS CLAVE: Gobiernos Locales; descentralización, constitución, regionalización

MÉTODO

El método de empleo para el desarrollo del presente trabajo, es el de observación histórico comparativo, a través de las fuentes documentales y bibliográficas sobre las formas de estado, en una visión analítica y prospectiva para nuestra realidad.

La base de este trabajo, ha sido elaborado como parte de los Cursos Intensivos para el doctorado de la Universidad de Buenos Aires.

I. Introducción

Desde la fundación de la República del Perú en 1821, como resultado de la ola independentista en Hispanoamérica, el debate inicial sobre la forma del Estado no ha concluido, sobre todo en los países que adoptaron, más por necesidad que por opción, el modelo unitario, como es precisamente el caso del Perú.

El unitarismo, al preservar el centro de poder en una sola región ha devenido con el decurso del tiempo en un hipercentralismo, postergando el desarrollo de los pueblos del interior de manera grave y sin visos de solución.

En ese sentido, en las últimas décadas, la descentralización territorial y la desconcentración del poder, han sido objetivos claramente marcados en nuestros países; sin embargo, no han dado los resultados esperados o no han sido los que se esperaban. Los factores en contra, son diversos, pero entre los más notorios se encuentran los siguientes: la falta de una adecuada política de estado sobre la materia que incluya un nuevo concepto de la burocracia, una correcta articulación del poder y de los niveles de organización política subnacional, y una real integración ciudadana que supere el débil sistema de partidos y los conflictos sociales entre sectores poblacionales y la industria, sobre todo, las vinculadas a la minería.

Bercholz en la misma línea, formula este comentario:

“[L]a descentralización es un concepto complejo, que abarca niveles de acción variados, que genera efectos en diversas áreas de la vida institucional y social y que por ello debe ser abordado para su análisis, para tener un diagnóstico

adecuado y anticipatorio respecto de sus posibles efectos y beneficios y, por ende, tomar decisiones eficaces, desde una perspectiva interdisciplinaria”¹.

Es decir, estamos ante un complejo tema que no tiene salidas idénticas, más aún cuando cada país no requiere el mismo nivel de intensidad descentralizadora, sino ella va acorde a su mapa geográfico, y niveles de crecimiento.

En el caso del Perú en cambio, éste requiere de un proceso de transformación en materia de descentralización que podríamos calificar como de alta intensidad, en razón del marcado centralismo acaecido por diversos factores tal como hemos puesto de relieve, pero que podemos aseverar con mayor detalle, inicialmente en la necesidad de preservar los territorios, y en las últimas décadas en el desplazamiento de grupos poblacionales altoandinos hacia la ciudad capital, por el terrorismo, la extrema pobreza, la ausencia del Estado, entre otros factores, que requieren no solo de medidas inmediatas, sino y sobre todo, de repensar al Perú como nación.

II. Los inicios de la República: entre la consolidación del Perú como República o su desaparición

La influencia liberal con el asentamiento de la revolución francesa acaecida en 1789, y la formación de republicanismo norteamericano desde 1787, fueron qué duda cabe, la fuente para la formación de los nuevos estados en Hispanoamérica.

Marcados por el dominio de la Corona española, no es menos cierto que, inclusive en España, el absolutismo se batía en duelo por su supervivencia. Fernando VII (derrotado, y encarcelado). Es por ello que, la formación de las cortes de Cádiz y el juramento a la Constitución de 1812, no lograron preservar el régimen colonial, sino paradójicamente abundaron en el liberalismo político y fueron la partida para la gestación de los nuevos estados.

¹ Bercholz, Jorge. *Los procesos de descentralización en sistemas políticos democráticos en vías de consolidación*. Disponible en el siguiente link:
<https://revistas.rlcu.org.ar/index.php/Debates/article/view/132/106>

Es por ello que, llegadas al Perú, las grandes corrientes libertadoras estas no calaron fácilmente. La independencia, si bien tuvo un grito fundacional en 1821 con la declaración de Don José de San Martín, y su Reglamento Provisional, estas no fueron suficientes.

Sin embargo, el documento sanmartiniano sí fue importante para lo que en el futuro sería la organización territorial del Perú. El Reglamento Provisional de 1821, reconocía como base de la estructura de Perú, a los siguientes departamentos: Trujillo, (Trujillo, Lambayeque, Piura, Cajamarca, Huamachuco, Pataz y Chachapoyas), Tarma (Huancayo, Jauja, Paseo y Tarma), Huaylas (Huaylas, Cajatambo, Huamantla, Conchucos y Huánuco) y La Costa (Santa, Chanca y y Canta), el Departamento de la Capital formado por Lima, Cañete, Yauyos, Huarochirí e Ica.

Asimismo, por su propio impulso, se crean seis departamentos más en 1822 (Cusco, Huaylas, Huamanga, Huancavelica, La Costa, Trujillo, Lima, Mainas y Quijos, Puno y Tarma).

Este diseño es la base de la organización territorial del Perú, aunque el dominio colonial se mantuvo unos años más, ya que es recién en 1824, a raíz de la victoria militar en Junín bajo la conducción de Simón Bolívar y de José Andrés Bolognesi, que podemos afirmar que el Perú es una república.

Una república inconclusa por cierto, hecha por el movimiento continental independentista más que por el propio interés del pueblo, tuvo por varios momentos un tenso debate entre monarquistas y republicanistas, inclusive luego de la independencia.

Hay que recordar como es que en vez de impulsar la independencia, los mestizos peruanos eran reacios, al punto que, en las postrimerías de la colonia se impulsó la figura del Virrey Abascal para asumir una monarquía propia que finalmente no tuvo mayor interés:

49
Ac. H. y m. e. p.

“Don José Antonio de Lavalle en su estudio sobre Abascal cuenta que éste, cuyo prestigio era enorme contribuyendo con él a la falta de deseo revolucionario, fue acometido por varias tentaciones: Carlos IV le ordenó secretamente que no obedeciera a su hijo; Carlota le dio plenos poderes; José Bonaparte le dispensó honores; en Lima se le quería coronar, pues -sigue hablando Lavalle- era popular la fórmula “La Independencia con Abascal como soberano”. Esta última sugestión fue más poderosa: el día 13 de octubre de 1808 señalado para proclamar a Fernando VII fue el decisivo: hasta el último instante el anciano Virrey fue instado por sus amigos vacilando por un instante su lealtad para probar, luego, efectuándose la proclamación del monarca español”³.

Finalmente, derrotadas las ideas de una monarquía propia. El republicanismo inicial definió la organización territorial siguiendo el modelo francés recién con la Constitución de 1828, denominada como la madre de las constituciones peruanas.

El sistema unitario fue antes que una conveniencia una necesidad. No había nada que elegir. De haberse optado por el federalismo, era una inminente condena a la desaparición del Perú.

En ese sentido, la adopción del modelo unitario permitió concentrar el centro de poder de cara a toda la geografía nacional y consolidar el componente territorio del Perú; lamentablemente, los vaivenes del siglo XIX, en especial por los altos niveles de corrupción y el desgobierno generalizado durante y luego de la guerra con Chile, abonaron poco en el éxito de la forma del Estado, y en sentido opuesto la centralización de poder trajo consigo también otros problemas como la inmigración a las grandes ciudades y el abandono de importantes territorios por la ausencia de políticas públicas.

III. Las ideas renovadoras en el debate constitucional de 1933

³ Basadre, Jorge, *op. cit.*, p. 60.

SO
avante

El siglo XIX ha sido para el Perú una etapa nefasta. El autoritarismo, la corrupción, la falta de compromiso con la república, sin duda no abonaron en nada en favor del Perú.

El siglo XX en cambio, pese a los regímenes autoritarios que se sucedieron en determinadas etapas, fue fructífero desde una perspectiva democrática. La esperanza nacional para consolidar el estado peruano se aperturó con el nuevo siglo. Un país ya marcado por el centralismo. Excluyente de las clases sociales alto andinas. Ni qué decir de las comunidades nativas asentadas en las montañas, marcó un modelo excluyente que ha sido recién, traídas en serio con el debate constitucional de 1931 y su correlato, la Constitución Política de 1933.

En efecto, ésta Constitución fue aprobada sobre la base del Anteproyecto de Constitución del Estado de 1931 elaborado por un grupo de notables, bajo la dirección de Manuel Vicente Villarán. El citado documento, explica la problemática de la organización de Perú, y su alto grado de complejidad de la siguiente manera:

“Observadores superficiales ven en la topografía del Perú un hecho de la naturaleza favorable al régimen federal. Un estudio atento a la realidad nos lleva a la conclusión contraria. La fragmentación natural del territorio reclama, cierto grado de autonomía administrativa; pero precisamente porque la topografía multiplica y aísla, de modo tan anormal y extraño, las moléculas del cuerpo social, es preciso combatir la excesiva segmentación haciendo del Estado un instrumento político unificador. Los diversos segmentos geográficos, aislados y pobres, emparedados por desiertos, montañas y selvas, carecen suficiente recursos en hombres y riqueza para llenar las funciones de medianos y pequeños estados. Han desarrollado, por su pequeñez y su dispersión secular, hábitos mentales de localismo celoso que obstaculizan, a la par que la geografía, la aglutinación de las provincias y los departamentos. La misma descentralización administrativa encuentra en esta situación dificultades materiales y psicológicas que se tornan invencibles en cuanto se piensa en la formación de grupos mayores con la estatura jurídica de Estados”.

En ese sentido, los constituyentes en 1933, despejados de la idea de federalismo como una opción, buscaron fortalecer el proceso político en la formación del estado peruano a partir de un profundo cambio en la articulación de régimen unitario. No encuentran problema por tanto, en el cambio del modelo hacia el federalismo, sino en la búsqueda para reconceptualizar el modelo histórico marcadamente centralista. En la propia Exposición de Motivos se da cuenta de lo expuesto:

“Para vencer la hostilidad del territorio los incas crearon un Imperio intensamente centralizado. De ese remoto origen procede la unidad de Perú. A la unidad del Imperio sucedió el centralismo de la Colonia. La guerra de la Emancipación, por la forma de su desarrollo, favoreció la conservación de ese legado de la Metrópoli”.

Dentro de esta lógica, lo cierto es que el escenario político tuvo un fuerte aliento en el desarrollo de las ideas descentralistas de importantes pensadores como es el caso del filósofo Víctor Andrés Belaunde, quien en la década de los treinta en el siglo XX ya planteaba la necesidad de redefinir el Perú y su territorio:

“Bajo el ambiente creado por esta discusión, la Constituyente de 1931-1933, en que figuraba un partido llamado Descentralista, que recogió el movimiento iniciado en las provincias, debatió el problema, aceptando algunas indicaciones en que Mariátegui y yo coincidíamos: reemplazar el departamento, muchas veces artificialmente creado, por la región con definida fisonomía económica; conceder facultades de la regiones en todo lo relativo a los intereses verdaderamente regionales sobre los caminos, el progreso industrial y económico típico de cada región y la recaudación, no sólo en la contribución territorial sino de otros impuestos. La Constituyente, por desgracia, no aceptó la idea fundamental de establecer la autoridad regional a base de representación gremial y de dar a los municipios influencia decisiva al sufragio familiar”⁴.

⁴ Belaunde, Víctor Andrés. *Peruanidad, contorno y confín* (García Belaunde, Domingo y otro, coords.), Lima: 2007, Fondo Editorial de Congreso de la República, p. 493.

Pese a todas estas ideas renovadoras, la Carta de 1993 mantuvo el régimen interior de la República sobre la base de Consejos Departamentales. Aunque hubo un tibio avance en cuanto a la asignación de recursos y ejecución de políticas públicas, lo cierto es que los actores políticos no estaban preparados para guiar un cambio radical en el diseño del Perú. Pero, como lo dijimos, aún con todo, puede decirse que, en el papel, hubo importantes avances.

En el papel, porque la Constitución de 1933 en la *praxis* fue letra muerta. Nunca se le concedió las rentas a estos Consejos como se dispuso en el referido documento constitucional. Pero aún así, con las dificultades presupuestales eran esperanzadoras de implementarse como se quiso hacer años más tarde.

“Los ensayos de desconcentración económica se paralizaron hasta los años 1950, cuando aparecen las Corporaciones de Reconstrucción y Desarrollo, como la del Cuzco, (1957) y las juntas de Rehabilitación y Desarrollo, como la de Arequipa (1958). Por lo general estas instituciones dieron pobres resultados por limitaciones económicas y poca capacidad gerencial de sus responsables. La centralización se iba acentuando en favor de Lima y los desequilibrios regionales se volvían más notorios. Esto obligaba a buscar soluciones y las propuestas de organización regional eran más frecuentes. Una de estas fue de dividir al país en cuatro Organismos de Desarrollo Económico y Social (OERDENORTE, ORDECENTRO, ORDESUR y ORDEORIENTE) y en Corporaciones de Desarrollo Departamentales. Otra fue la propuesta del Instituto Nacional de Planificación en 1967, para organizar al país en ocho regiones: Metropolitana, (Prov. de Lima y la Prov. Constitucional del Callao), Norte (Depts. de Lambayeque, Piura, Tumbes); Norte Medio (Depts. Amazonas, Ancash, Cajamarca, La Libertad, San Martín); Nororiente (Dept. Loreto sin la Prov. Coronel Portillo); Central (Depts. Huanuco, Junín, Lima -excluyendo Prov. de Lima, Paseo, Loreto -Prov. Coronel Portillo); Sur Medio (Depts. Ayacucho, Huancavelica, Ica); Sur Oriente (Depts. Apurímac, Cusco, Madre de Dios); Sur (Depts. Arequipa, Moquegua, Cuzco, Tacna). Los argumentos de esta división regional señalados por el INP (1967: 167 -169) se basaron en los desequilibrios económicos regionales y especialmente en la dominancia de Lima metropolitana. Por eso se proponía una "política regional agresiva". Para ello se

establecieron prioridades: 1ra. Prioridad, se consideraron dos espacios: la Región Nor Media, considerada como el área con mayores recursos agropecuarios potenciales y la Región Centro. 2da. Prioridad, incluía a las Región Norte, Sur Oriente y Sur medio; y 3ra. Prioridad, que comprendía a las regiones Sur, Nor Oriente y Lima Metropolitana. A este orden de prioridades se señalaron estrategias, como la de creación de polos de desarrollo destinados a "frenar la intensidad de los desplazamientos humanos del campo a la ciudad y de las provincias a la Metrópoli, el crecimiento explosivo de Lima y la proliferación del desempleo urbano disfrazado" (Lévano 1969: 122). De aquí en adelante se pone en ejecución el desarrollo de polos industriales en Arequipa, Chiclayo, Huancayo, Trujillo, etc"⁵.

En los años setenta, surge la tesis de la regionalización transversal reformulada y optimizada por el sabio peruano Manuel Pulgar Vidal. El propio Pulgar Vidal señala las circunstancias de la formulación teórica:

"En 1975, el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas publicó el anteproyecto de Decreto Ley de Regionalización Administrativa del Perú; creo también una Comisión Asesora para estudiar el anteproyecto y aconsejar las modificaciones pertinentes. Junto con otras 11 personas, el autor fue designado miembro ad honorem de dicha comisión; y esta, después de varios meses de trabajo, presentó un estudio dividiendo al país en trece regiones administrativas, en lugar de las 11 regiones previstas en el anteproyecto del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas. Fue entonces que el autor, en su calidad de ciudadano peruano y de geógrafo profesional dirigió con fecha 17 de enero de 1976, una comunicación al primer ministro, General de división. Pepe. Don Oscar Vargas Prieto, con las siguientes consideraciones:

-Como cada una de las regiones va a crecer y desarrollarse socioeconómicamente, debe disponer de riquezas y recursos suficientes para lograr un progreso autosostenido durante largo tiempo. En consecuencia, es necesario que cada región abarque amplios espacios de Mar territorial, de la

⁵ Córdova Aguilar, Hildegardo. El proceso de regionalización en el Perú: ¿Una solución para el desarrollo?, en *Espacio y Desarrollo*, N° 6. Lima: PUCP, 1994, p. 33.

54
cach y
cach

costa, de la regiones andinas y de las selvas. Esto es, que la regiones deben ser transversales, en la dirección de los paralelos y acomodarse a las posibilidades de la geografía”⁶.

Lamentablemente política y academia no tuvieron una alianza solida, y el centralismo, como una necesidad de los gobiernos de facto, aplazó cualquier intento, hasta entrados los años ochenta.

La tesis de Pulgar Vidal, sin duda una propuesta sólida, pero encarpeta sin visos de implementación.

IV. La descentralización de baja intensidad (1980-2019)

El auspicioso movimiento académico descentralista, tuvo una nueva oportunidad a partir de 1980, en atención a los postulados plasmados en la Constitución de 1979.

Esta carta política incorporaba el programa descentralista en su seno al de desarrollar todo un capítulo sobre la descentralización, los gobiernos locales y regionales.

Si bien no se suscribió de la tesis de la transversalidad, sin embargo, dejaba abierta el diseño de mismo como unidades geoeconómicas. Y de acuerdo con el plan nacional de regionalización que se debía aprobar por ley.

Las regiones por mandato constitucional, se organizaban a través de una estructura de gobierno: la Asamblea Regional, el Consejo Regional y la Presidencia del Consejo.

Lamentablemente el primer quinquenio presidido por el Arq. Fernando Belaunde (1980-1985), no pudo implementar el programa descentralista. El fin de la polarización y la globalización generaron una honda debacle económica, ni qué

⁶ Pulgar Vidal, Javier. *Geografía del Perú*, Lima: Peisa, 1996, p. 258.

SS
Córdova y Aguilar

decir de la corrupción y la explosión de los movimientos terroristas. Fue sin duda un gobierno de transición preocupado en disminuir los altos niveles de pobreza a corto plazo.

El siguiente gobierno del ex presidente Dr. Alan García Pérez (1985-1990), fue en el papel más auspicioso. Los departamentos se denominaron Regiones y empezaron a transferirse algunas competencias.

Este intento puede decirse que es políticamente el más serio, al punto que, Córdova Aguilar señala lo siguiente:

“La regionalización en el Perú con fines de desarrollo se inició en 1987 después de la publicación de la ley de Bases de la Regionalización del Perú. Hasta 1990 ya se habían organizado 12 regiones quedando solamente por decidir la de Lima Metropolitana. Posteriormente se fueron juntando una serie de dificultades político-económicas que crearon descontento entre los habitantes de cada región.

Las nuevas sedes regionales se convirtieron en los lugares privilegiados mientras que sus periferias siguieron abandonadas como antes. Además la burocracia se extendió absorbiendo una buena porción de los magros presupuestos. Ello dio lugar a que la administración del Sr. Fujimori les quitara el respaldo político, dejando a las regiones como entidades administrativas, sin capacidad de decisión, y con un futuro incierto”⁷.

En efecto, esta fue una brisa descentralizadora que prontamente fue nublada por los problemas políticos, la ausencia de formación de clases académicas, la falta de sensibilización con la población sobre el tema, y la corrupción sin duda no solo impidieron que la descentralización sea un tema prioritario, sino que solo sirvió para alimentar las taras señaladas.

Es por ello que le fue fácil al ex presidente Ing. Alberto Fujimori (1990-2000), suprimir del papel los intentos regionalistas. En efecto, como explica Zas Fritz:

⁷ Córdova Aguilar, Hildegardo. *Op.cit.*, p. 33.

“La brevedad y la ausencia que con relación a esta materia existen en el texto constitucional se explican porque inicialmente la mayoría del Congreso Constituyente decidió omitir toda referencia a los gobiernos regionales. Esto explica, según Vega, que “exisren muchos artículos constitucionales que se refieren únicamente a los gobiernos locales y no a las regiones” y que la Comisión de Constitución llamó, en su propuesta inicial, al capítulo respectivo “De la Descentralización del Estado y las Municipalidades”.

(...)

Es así como la Constitución Política remite a la ley o no trata cuestiones significativas con relación a las regiones: no les reconoce expresamente potestad normativa ni iniciativa legislativa. Sin embargo, la misma Carta Política reconoce esta potestad, cuando señala que la acción de inconstitucionalidad procede también contra normas regionales de carácter regional.

(...)

La Constitución Política de 1993 tampoco señala expresamente las mateiras de competencia regional, ni cuáles son sus bienes ni sus rentas propias, ni cómo se estructuran sus órganos, ni sus funciones. De esta manera, la determinación de todos estos contenidos se remite por completo a la ley”⁸.

Tuvo que retomar el régimen democrático para restaurar el capítulo de la descentralización en la Constitución. Y a partir de allí, como programa, es una política de estado, aunque moderada, pese a los importantes postulados de ésta reforma que en criterio del que esto escribe es el segundo paso en el proceso.

La Ley de Reforma Constitucional, Ley N° 27680, del 6 de marzo del 2002 aprobó la incorporación del Capítulo XIV del Título IV sobre Descentralización. En este nuevo programa se define la descentralización y se consagra la organización regional progresiva.

En efecto, el nuevo artículo 188 de la Constitución reformula el texto inicial y precisa que la descentralización es “una forma de organización democrática y

⁸ Zas Frizt, Jhony. *El sueño obcecado*, Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República, 2001, p. 483.

57
Cruz y Sete

constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país”.

Asimismo, establece la progresividad ya que este proceso tendrá que hacerse por etapas “conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales”.

En el artículo 189 reformado agrega una clara definición del modelo a adoptarse en el Perú con el proceso de la descentralización. En el ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos, y en el ámbito del nivel local de gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados.

Finalmente, un artículo de suma relevancia, es el que se consagra en el 190, el mismo que dispone que la creación de regiones se realice sobre la base de “áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles”.

En este nuevo mandato da lugar a diseñar o rediseñar las estructuras regionales, pero marca una regla básica. Dentro de ese mismo horizonte, la reforma precisa que el proceso de regionalización se iniciará eligiendo gobiernos en los actuales departamentos y la Provincia Constitucional del Callao, y que la integración de más de dos departamentos se realizará por referéndum:

“Mediante referéndum podrán integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región, conforme a ley. Igual procedimiento siguen las provincias y distritos contiguos para cambiar de circunscripción regional”.

Se desarrollan otros dispositivos en clave regionalista para ser regulados por Ley.

V. La fragilidad de los partidos políticos y la ausencia de programas de gobierno

58
Cual y como

Desde los años dos mil, el programa descentralista ha sido retomado inicialmente con mucha atención; sin embargo, el paso de los años el interés político ha venido disminuyendo al punto que, nuevamente, está fuera de la agenda política.

Un primer hito trascendental en la afirmación de la democracia y el relanzamiento del debate sobre la descentralización se dio con el impulso del Acuerdo Nacional, concretizado a iniciativa del Gobierno del entonces Presidente de la República Alejandro Toledo, el 22 de julio de 2002.

El Acuerdo Nacional en su Primera Política de Estado hace énfasis en el fortalecimiento de régimen democrático y precisa el carácter descentralizado del estado:

“(…) Con este objetivo el Estado: (a) defenderá el imperio de la Constitución asegurando su funcionamiento como Estado constitucional unitario y descentralizado, bajo los principios de independencia, pluralismo, equilibrio de poderes y demás que lo integran; (…)”.

Se crea además, ese mismo año (22.06.2002), el Consejo Nacional de la Descentralización, por el Artículo N° 23 de la Ley N° 27783, Ley de Bases de Descentralización, el cual se le otorga status como organismo independiente y descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, cuya función era la de conducir, ejecutar, monitorear y evaluar las transferencias de competencias y funciones del Gobierno Central a los Gobiernos Regionales y Locales.

Lamentablemente, el cambio del régimen de gobierno centralizó nuevamente los poderes del gobierno, y dispuso mediante Decreto Supremo N° 007-2007-PCM la fusión por absorción del Consejo Nacional de Descentralización a la Presidencia del Consejo de Ministros, creandose al efecto una Secretaría.

Sin embargo, en este periodo, se aprobó el Plan Nacional de Descentralización 2003-2006, así como se dieron importantes normas como las leyes orgánicas tanto de los Gobiernos Regionales (Ley N° 27867) y de Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 27972).

El Plan Nacional de Descentralización 2003-2006 traía un auspicio programa. En su exposición de motivos se puede leer lo siguiente:

“La descentralización es un proceso de carácter capital que el Perú aguarda ansioso desde hace varias décadas y que, en esencia supone cambiar una tendencia histórica de desarrollo económico pernicioso y territorialmente desigual, mediante la integración de vastos espacios regionales y sistemas de ciudades.

El Plan Nacional de Descentralización establece una hoja de ruta dirigida a orientar el progreso de la descentralización durante sus primeros tres años de vida. Al mismo tiempo, el Plan plantea al país lo que los peruanos y nuestras instituciones debemos hacer con el fin de alcanzar los beneficios inherentes a un desarrollo descentralizado e incluyente”.

En ese sentido, se dieron importantes normas conducentes a la descentralización, las cuales pese a ello, no han permitido afirmar la descentralización como una política de Estado integral de cara hacia un rediseño del Estado:

- Año 2002
 - o Ley de Reforma Constitucional (Ley N° 27680)
 - o Ley de Elecciones Regionales, Ley N° 27683
 - o Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783
 - o Ley de Demarcación y Organización Territorial, Ley N° 27795
 - o Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867
 - o Ley Marco de Modernización del Estado, Ley N° 27658
- Año 2003
 - o Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972

- Ley Marco del Presupuesto Participativo, Ley N° 28056
- Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, Ley N° 28059
- Año 2004
 - Descentralización Fiscal, Decreto Legislativo N° 955
 - Ley del Sistema de Acreditación de los Gobiernos Regionales y Locales, Ley N° 28273
 - Ley de Incentivos para la integración y conformación de Regiones, Ley N° 28274
- Año 2007
 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158

En este proceso, la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, señalaba el proceso de formación de macro regiones por etapas via Referéndum.

La primera etapa impulsó al gobierno de entonces, a convocar a un proceso de referéndum que permitiera, por primera vez en la historia de la República, la integración de los departamentos como grandes regiones a través de la participación ciudadana.

Se propuso la creación de 5 macroregiones. Así se llevó a cabo el referendum en el año 2005, el cual, fracaso totalmente. Los intereses electorales ante las elecciones generales y presidenciales del año 2006, así como la desinformación y la decisión de incluir en el escrutinio los votos nulos y en blanco, abocaron al plebiscito al fracaso.

Aquella vez, ganó el no, en donde más de 7 millones de peruanos rechazaron este planteamiento. En otras palabras, todo el animo progresista en materia de descentralización tuvo un freno radical en el año 2004.

Ha tenido que pasar un quinquenio, para que el gobierno de Ollanta Humala (2011-2016) retomara el programa de la descentralización a través de la aprobación de Plan Nacional de la Descentralización 2012-2016. Este documento, enfocado en la descentralización de los programas sociales, ha sido un aporte pero siempre en clave moderada.

Otro factor relevante en desmedro de la descentralización ha sido el rol de los partidos políticos. Un sistema hiper fragmentado, vencido por los temas coyunturales, totalmente divididos como consecuencia de los fuertes rezagos del régimen fujimorista, y el gobierno que éste condujo durante los años noventa, marcan una permanente tensión que no permite un sistema de partidos establece y que se ocupe de los temas nacionales.

El debate político siempre está en los asuntos de coyuntura, los partidos son altamente frágiles y sin trascendencia. Hoy existen 24 partidos políticos, con lo cual, las propuestas de largo plazo no son parte de la agenda.

En efecto, las propuestas políticas se enfocan en temas de política económica o en represión criminal. Los partidos no tienen programas, solo lineamientos de coyuntura.

VI. La dura burocracia

La construcción de la descentralización encuentra un fuerte escollo en la burocracia nacional. Enquistada en el aparato gubernamental desde los inicios de la República, en muchos casos poco reacia a transferir sus funciones de administración.

Bercholz nos recuerda que algo parecido ocurre en la Argentina: “Este es un aspecto muy importante a tener en cuenta. Se debe ser prudente ante el impulso de un proceso de desburocratización de los entes estatales centrales, pues la proliferación de entes descentralizados está produciendo una evidente

62
Giro f y d

superposición de estructuras burocráticas y como lógica consecuencia, una abundancia normativa, producto de esas estructuras”⁹.

Se trata de otro de los problemas que frenan la descentralización: la sobreburocracia, que en muchos casos, obstaculizan la ejecución de las políticas públicas, produciéndose una grave desconexión entre el gobierno central, los gobiernos regionales y locales, y la ciudadanía.

En el proceso peruano, el Poder Ejecutivo ha sido siempre el eje central para la implementación de las políticas públicas. Un modelo regional en cambio, hace un transvase de competencias a las regiones. Las disposiciones constitucionales y la Ley de Bases de la Descentralización iban sin duda, en ese sentido.

Un segundo factor para desalentar el proceso, ha sido qué duda cabe, la dura burocracia. Reacio a transferir sus competencias, en el quinquenio 2006-2011, con la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, se fortaleció al poder central, y se implementaron radicales medidas opuestas a la descentralización como fue el caso de la inversión directa en obras públicas de parte del gobierno central, en las que correspondían a las regiones y provincias, a través de los denominados “núcleos ejecutores”.

Una burocracia central que no se sensibiliza con los mandatos constitucionales, y relega el rol de las autoridades regionales, quienes deben concurrir a las sedes de los ministerios para lograr el desembolso de recursos con el objetivo de financiar sus obras, ha sido, sin duda, la clara expresión del centralismo mental del estado y de su burocracia.

Trabas burocráticas en la ejecución de los proyectos regionales y municipales que no solamente no cuentan con los recursos para autogobernarse sino que, además, deben tramitar en los ministerios sus expedientes y un conjunto de acreditaciones y pagos de tasas que sin duda mantienen en su poder el desarrollo de las autonomías subnacionales.

⁹ Bercholz, Jorge. *Ibíd*

Sin embargo, y paradójicamente, aparecen mecanismos de participación no institucionalizada, no formal, como en el caso argentino que de alguna manera han atemperado esta distensión entre burocracia y la ciudadanía de las unidades subnacionales. Bercholz por ejemplo, explicando este fenómeno, asevera que: “es el caso de la proliferación de las ONG de diversos intereses, de los piqueteros, de los assembleístas entrerrianos que cortan los puentes que conectan a la provincia argentina de Entre Ríos con el Uruguay y del cotidiano paisaje en la ciudad de Buenos Aires de marchas y manifestaciones con reivindicaciones de todo tipo. No se puede decir que lisa y llanamente exista un problema de apatía o de escasa participación. En todo caso, no hay un problema de apatía o de privatización de los intereses de los individuos, sino un problema en las poleas naturales de transmisión de la democracia -por caso los partidos políticos-; por lo que se generan mecanismos de participación informal o no institucionalizada”¹⁰.

En efecto, el debate sobre la descentralización se ha mantenido abierto sobre todo en atención al desarrollo de estudios y acciones operativas de la sociedad civil.

VII. Las tensiones sociales: un enfrentamiento de nunca acabar

Otro factor que genera graves tensiones e impiden el desarrollo del proceso de descentralización son los conflictos sociales, los cuales ocurren esencialmente, por la falta de una adecuada compensación a las comunidades campesinas en las regiones de extracción minera, las cuales no han cesado, frenando así cualquier intento serio de descentralización.

Dos eventos de capital importancia, pese a que ya se sucedieron, se mantienen en ciernes. El 5 de junio del 2009, el segundo gobierno de Alan García (2006-2011), promovió una política de inversiones como parte de la ejecución del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos.

¹⁰ Bercholz, Jorge. *Ibídem*

Varios decretos legislativos suscritos afectaban directamente a las comunidades indígenas de la Amazonía. La ira de los nativos llega a extramos debido a que la minera Afrodita pretendía ocupar una zona protegida legalmente. La represión fue de tal magnitud que dejó como saldo la muerte de 33 personas, y graves violaciones de los derechos humanos, que hasta el día de hoy siguen judicializados.

En tiempos más recientes, el conflicto por la explotación minera de proyecto Tía María en la Región Moquegua sigue siendo una constante. El debate entre los defensores de la agricultura o de quienes promueven la minería es frontal.

Estos conflictos en realidad son una constante. Reportes de la Defensoría del Pueblo registran a Marzo del presente año, 183 conflictos sociales.

VIII. Qué nos depara el futuro

El bicentenario de la República debe servir como una oportunidad para repensar el Perú. La oportunidad de la descentralización es impostergable.

No solamente se trata de asignar competencias a los gobiernos subnacionales, sino y sobre todo, de otorgarles atribuciones de gobierno, en un claro diseño regionalizado.

Ello debe tomar en cuenta además la difícil geografía peruana. Por lo que, siguiendo la tesis de Manuel Pulgar Vidal, la regionalización debe ser transversal.

En efecto, si el proceso no es estructural es un fracaso. Como dice Bercholch, “la descentralización no es buena por sí misma y como fin último, por lo que se debe analizar su contexto dependiendo de la densidad y la cualidad de las demandas que se deben satisfacer. Algún grado de centralización permite mayor mediación y una capacidad y eficacia tal vez más fluida en la toma de decisiones en algunas áreas en especial. Cuando hay un exceso de

demandas, tanto cuantitativas como cualitativas, los filtros pueden ser eficaces para preservar de algún modo esquemas democráticos endebles o nonatos, aunque éstos sólo alcanzan los niveles representativos o formales¹¹.

Es lo que ha venido ocurriendo entre estas marchas y contramarchas descentralizadoras en el Perú. Hace falta un enfoque estructural que rediseñe el mapa territorial al punto que reformule los niveles de integración. Tomando en cuenta la geografía peruana, el trazo costa-sierra-selva, de cara al mar territorial, debe ser la base para la asignación de competencias.

Ni que decir, de la vocación descentralista que debe imperar no solamente en las autoridades políticas sino en la ciudadanía. De lo contrario, cualquier intento descentralista tendrá el mismo revés de los inicios del dos mil.

IX. Discusión y resultado

Esta investigación tuvo como propósito diagnosticar el proceso de descentralización en el Perú. Sus falencias estructurales, en un contexto comparado, donde los estados tienden a desconcentrar el poder y a autoorganizarse bajo sistemas de gobiernos nacionales y subnacionales debidamente articulados.

El Perú, desde la fundación de la República en 1821, como resultado de la ola independentista en Hispanoamérica, el debate inicial sobre la forma del Estado no ha concluido.

El unitarismo, al preservar el centro de poder en una sola región ha devenido con el decurso del tiempo en un hipercentralismo, postergando el desarrollo de los pueblos del interior de manera grave y sin visos de solución.

¹¹ Bercholch, Jorge, Ibid.

En el caso del Perú en cambio, éste requiere de un proceso de transformación en materia de descentralización que podríamos calificar como de alta intensidad, en razón del marcado centralismo acaecido por diversos factores.

El siglo XIX ha sido para el Perú una etapa nefasta. El autoritarismo, la corrupción, la falta de compromiso con la república, sin duda no abonaron en nada en favor del Perú.

El siglo XX en cambio, pese a los regímenes autoritarios que se sucedieron en determinadas etapas, fue fructífero desde una perspectiva democrática.

En los años setenta, surge la tesis de la regionalización transversal reformulada y optimizada por el sabio peruano Manuel Pulgar Vidal. Lamentablemente política y academia no tuvieron una alianza sólida, y el centralismo, como una necesidad de los gobiernos de facto, aplazó cualquier intento, hasta entrados los años ochenta.

La tesis de Pulgar Vidal, sin duda una propuesta sólida, pero encarpeta sin visos de implementación.

La Ley de Reforma Constitucional, Ley N° 27680, del 6 de marzo del 2002 aprobó la incorporación del Capítulo XIV del Título IV sobre Descentralización. En este nuevo programa se define la descentralización y se consagra la organización regional progresiva.

Desde los años dos mil, el programa descentralista ha sido retomado inicialmente con mucha atención; sin embargo, el paso de los años el interés político ha venido disminuyendo al punto que, nuevamente, está fuera de la agenda política.

Otro factor relevante en desmedro de la descentralización ha sido el rol de los partidos políticos. Un sistema hiper fragmentado, vencido por los temas coyunturales, totalmente divididos como consecuencia de los fuertes rezagos del régimen fujimorista, y el gobierno que éste condujo durante los años noventa,

marcan una permanente tensión que no permite un sistema de partidos establece y que se ocupe de los temas nacionales.

Un segundo factor para desalentar el proceso, ha sido qué duda cabe, la dura burocracia. En efecto, el debate sobre la descentralización se ha mantenido abierto sobre todo en atención al desarrollo de estudios y acciones operativas de la sociedad civil.

Otro factor que genera graves tensiones e impiden el desarrollo del proceso de descentralización son los conflictos sociales, los cuales ocurren esencialmente, por la falta de una adecuada compensación a las comunidades campesinas en las regiones de extracción minera, las cuales no han cesado, frenando así cualquier intento serio de descentralización.

En suma, el bicentenario de la República debe servir como una oportunidad para repensar el Perú. La oportunidad de la descentralización es impostergable.

IX. Bibliografía

Bercholz, Jorge. *Los procesos de descentralización en sistemas políticos democráticos en vías de consolidación*. Disponible en el siguiente link:

<https://revistas.rlcu.org.ar/index.php/Debates/article/view/132/106>

Basadre, Jorge. *La iniciación de la República*, Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002.

Basadre, Jorge. *Historia de la República (1822-1823)*, Tomo I, 8va. Edición, Santiago: Cochrane S.A., s.a.

Belaunde, Víctor Andrés. *Peruanidad, contorno y confín* (García Belaunde, Domingo y otro, coords.), Lima: 2007, Fondo Editorial de Congreso de la República.

Córdova Aguilar, Hildegardo. *El proceso de regionalización en el Perú: ¿Una solución para el desarrollo?*, en Espacio y Desarrollo, N° 6, Lima: PUCP, 1994.

Pulgar Vidal, Javier. *Geografía del Perú*, Lima: Peisa, 1996.

Zas Fritz, Jhony. *El sueño obcecado*, Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República, 2001.

68
Santa y ocu

Documentos:

Reporte de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo N° 181. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/Conflictos-Sociales-N%C2%B0-181-Marzo-2019.pdf>

Plan Nacional de Descentralización 2003-2006

Plan Nacional de Descentralización 2012-2016

*¿Privilegio o prerrogativa?
Un nuevo concepto del antejuicio político
en el Perú*

Autor: Gustavo Gutiérrez Ticse

I. Introducción

Hasta la Constitución de 1979, el antejuicio político, era una institución del poder con un perfil claramente definido, caracterizado por ser una prerrogativa de los más altos funcionarios del Estado¹, por medio del cual son investidos de un control prejudicial frente a cualquier requerimiento que les impute delitos de función.

Pero en lo que es más de relieves, el tema común durante nuestra historia constitucional es que hasta la Carta de ese año (1979), el parlamento no asumía un rol *cuasi* jurisdiccional, sino exclusivamente habilitante -de aprobarse una acusación constitucional- de la puesta del dignatario sujeto a juicio conforme a Ley,

¹ **Artículo 183.**Corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado, a los miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Garantías Constitucionales y a los altos funcionarios de la República que señala la ley, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en estas.

Artículo 184.Corresponde al Senado declarar si hay o no lugar a formación de causa a consecuencia de la acusaciones hechas por la Cámara de Diputados.
En el primer caso, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de su función y sujeto a juicio según ley.

70
se la te

Gustavo Gutiérrez Ticse

Sin embargo, la institución varió con la reforma constitucional en 1993, ya que se modificó la forma y contenido de la institución². El profesor Valentín PANIAGUA³ intentando explicar las razones de esta transformación nos dice que diversos procesos constitucionales instaurados a partir de 1990– y de modo señalado el seguido contra Alan García –se frustraron parcial o totalmente, por inconducta de funcionarios del Ministerio Público y de la Corte Suprema.

Esos hechos altamente cuestionables –pero que podían enmendarse en la ley– indujeron a que los constituyentes del 93 modificaran las normas constitucionales que regulaban el antejuicio, imponiendo a la acusación del congreso un carácter mandatorio. Por tanto, el fiscal tiene que denunciar, y el Poder Judicial aperturar proceso, sin posibilidad de rechazo del acto parlamentario.

Este es el primer cuestionamiento a la Constitución de 1993. El antejuicio, como una prerrogativa procesal, ha sido desnaturalizado al punto que se ha convertido al parlamento, en una suerte de Fiscal. Pero de otro lado, se ha configurado un juicio político por infracciones a la Constitución (*impeachment*), los cuales rebasan el sentido comparatista de esta, tornándose en sancionador. Este último, más que una prerrogativa es un mecanismo de control político, y será materia de otro análisis.⁴

² **Artículo 99.-** Acusación por infracción de la Constitución Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

³ PANIAGUA CORAZAO, VALENTIN. *La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 3, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999, pp. 183-184.

⁴ En efecto, el *impeachment* es ciertamente una institución de índole político sustanciada ante un órgano de carácter político, con propósitos y fines políticos, que tiene por finalidad la de proteger al Estado y no castigar delinquentes. Cf. BLACK, CHARLES (jr). *Juicio Político*, Buenos Aires: Prolam, 1975, p. 10 y ss.

II. Razón del título y descripción del marco teórico

El título elegido da cuenta de un permanente debate en las democracias latinoamericanas, con énfasis en el caso peruano, en donde las prerrogativas son permanentemente cuestionadas en tanto y en cuanto la ciudadanía las percibe como privilegios.

Y un privilegio, incompatible además con el principio de igualdad, por lo que se propone un análisis tendiente a reformularlas para preservar su condición de prerrogativa estricta para el cumplimiento de la función estatal del dignatario⁵.

En efecto, para EGUIGUREN conceptualmente el antejuicio político como institución del derecho comparado, “es una prerrogativa que el Derecho Constitucional otorga a determinados altos magistrados del Estado, con la finalidad de que no sean procesados ante el Poder Judicial sin antes recibir la venia del Congreso a través del procedimiento establecido, tanto en la Constitución como en el Reglamento del Congreso.”⁶

En ese mismo horizonte, Marcial RUBIO sostiene que el antejuicio “es una prerrogativa porque el principio general es que toda persona pueda ser demandada o denunciada ante los tribunales y, en tal caso, queda sometida a jurisdicción. Cuando se trata de las personas a quienes se hace antejuicio, la situación es distinta: ninguna

⁵ Por prerrogativa, según la primera acepción que usa el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se entiende al “*privilegio, gracia o exención que se concede a alguien para que goce de ello, anejo regularmente a una dignidad, empleo o cargo*”.⁵

⁶ EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO.- *La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios*, en Estudios Constitucionales, Lima: Ara editoriales, 2002, p. 451. Se dice que es una prerrogativa porque el principio general es que toda persona puede ser demandada o denunciado ante los tribunales y, en tal caso, queda sometida a jurisdicción. Cuando se trata de las personas a quienes se hace antejuicio, la situación es distinta: ninguna demanda o denuncia que se haga contra ellos los somete a jurisdicción de los tribunales, a menos que el Congreso autorice tal procedimiento

Gustavo Gutiérrez Ticse

demanda o denuncia que se haga contra ellos los somete a jurisdicción de los tribunales, a menos que el Congreso autorice tal procesamiento”.⁷

Hasta aquí todo claro. Sin embargo, como ya lo hemos adelantado, en el Perú, la institución ha sido distorsionada de su finalidad. Y pese a que importantes autores como Valentín PANIAGUA consideren que sigue siendo un proceso político jurisdiccional “en el cual no se juzga ni prejuzga sobre la responsabilidad del encausado”⁸; en realidad esta posición es polémica por cuanto al tener la acusación un carácter vinculante, entonces más que un proceso político-jurisdiccional, pareciera que el constituyente lo que ha pretendido consagrar es un procedimiento *cuasi* jurisdiccional.

Ello genera un conflicto de naturaleza constitucional, que pone en tensión los principios democráticos y los derechos. El poder como herramienta del constitucionalismo y la primacía del principio-derecho igualdad como regla, así como de acceso a la justicia, de aquellas personas que requieren impulsar el enjuiciamiento de una autoridad a raíz de un interés propio o público.

En resumen, el marco conceptual se integra de los siguientes ámbitos de estudio; derecho constitucional, prerrogativas del poder, control político, democracia, separación de poderes, y derechos (igualdad, acceso a la justicia, entre otros).

⁷ RUBIO CORREA, MARCIAL.- *Estudios de la Constitución Política*, Tomo IV, Lima: PUCP, 1999, p. 125.

⁸ El antejuicio, que es una de las pocas instituciones a las que nuestro precario sistema constitucional ha dado vida en los últimos 30 años, posee ciertos rasgos inherentes ya a nuestra Constitución histórica. Todos ellos demuestran que, en ella, sólo hay y hubo antejuicio, tal como lo establece, con toda propiedad, el Reglamento del Congreso. La circunstancia que éste le califique como «político», no cambia la esencia de la institución. Sigue siendo un proceso político jurisdiccional previo e indispensable para hacer posible el juicio de responsabilidad que se sustancia ante la Corte Suprema. No es, ni podría ser un juicio. No mientras la Constitución declare —como lo hace en su numeral 43— que el gobierno de la República «se organiza según el principio de separación de poderes». PANIAGUA CORAZAO, VALENTIN.- *Acusación constitucional, antejuicio o juicio político*, en *La Constitución de 1993, Análisis y Comentarios II*, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales, Lima; CAJ, 1999, p. 129.

III. Método y objetivos

Se emplea el método de observación histórico-comparativo. A partir de este se busca identificar los siguientes objetivos:

- a) Evaluar en perspectiva comparada, las características del antejuicio político como prerrogativa procesal para el enjuiciamiento de un dignatario.
- b) Reformular el ámbito de protección del Antejuicio Político peruano, en resguardo y adecuado balance con los principios de igualdad y de acceso a la justicia, entre otros derechos que se manifiesten en conflicto.

IV. Planteo del problema

En el estado democrático constitucional, el poder no está exento de control. DIEZ PICAZO recuerda al respecto que, “a diferencia de lo que ocurre en los regímenes absolutistas y dictatoriales, el Estado democrático de derecho no es sino la manifestación más compleja y evolucionada, hasta la fecha, de los ideales del constitucionalismo. Se funda sobre la tensión entre dos grandes principios rectores: la investidura de los gobernantes por los gobernados a través de elecciones libres y la sujeción de los gobernantes a la legalidad.”⁹

Esto se debe esencialmente a la superación del poder despótico de los Reyes y sus cortes, que actuaban con absoluta arbitrariedad. En la actualidad, aún en los regímenes monárquicos, los gobernantes en el ejercicio del poder deben regirse por los principios de transparencia y honestidad en el manejo de los bienes públicos, de suerte que no cabe impunidad de ninguna índole¹⁰.

⁹ Cf. DIEZ PICAZO, Luis María, *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona: Crítica, 1996, p. 20.

¹⁰ Así, Díez Picazo sostiene que todo ello es aún más importante cuando se trata del Estado democrático de derecho, porque éste se apoya sobre un conjunto de delicados equilibrios, que pueden resumirse en el binomio igualdad ante la ley y confianza de los ciudadanos en los gobernantes. Por esta razón, desde el punto de vista del contrato social —es decir, la decisión colectiva fundamental de organizar la convivencia según principios liberal-democráticos, propios del Estado democrático de derecho—, no es errado sostener que los gobernantes tienen un especial deber de diligencia, pues son particularmente

Se trata, de la superación del Estado totalitario para transitar hacia el Estado democrático constitucional. Es decir, hacia las relaciones entre el poder y la ciudadanía sobre los dispositivos prescritos por las normas legales emitidas por el parlamento como expresión de la soberanía popular. En ese sentido, queda claro que los gobernantes no solamente reciben un mandato para dirigir a los pueblos, sino además un deber de actuar en defensa de los intereses de la comunidad.

No obstante, las autoridades del más alto nivel, están expuestas a los poderes fácticos, a la persecución y la venganza, a la denuncia mediática. Es por ello que, con la finalidad de protegerlos, se les concede un conjunto de prerrogativas que les permitan conducir, dentro de un ambiente adecuado, el rol que la Constitución les ha asignado.

Es cierto que el ejercicio de las tareas de Estado generan adversarios. El poder político, económico, social y otros agentes encubiertos, podrían (como que pueden), objetar la conducta de un alto funcionario por móviles nada justificables.

Ello implica que el Estado, a la par de garantizar la fiscalización del poder, deba prever mecanismos que, sin menoscabar o tornarse privilegios, constituyan medios de protección legítima de sus gobernantes.

Dentro de esas prerrogativas, tal como lo hemos dicho tenemos el privilegio procesal del antejuicio. Es, en esencia, una cuestión de preservar el decoro de la función pública.

responsables del clima moral global de la sociedad. Toda la tradición del constitucionalismo, en consecuencia, rechaza por principio la idea misma de que los gobernantes puedan gozar de inmunidad penal. No existe ejemplo histórico alguno del país que genuinamente constituido como Estado democrático de derecho, haya declarado a sus gobernantes exentos de responsabilidad penal. DIEZ PICAZO, Luis María, *Op. cit.*, p. 22.

Gustavo Gutiérrez Ticse

Enrique Bernalles sostiene que: “(Si bien) Uno de los principales derechos constitucionales de toda persona es el de la igualdad. ... Sin embargo, el propio texto constitucional incorpora ciertas *prerrogativas* a favor de determinados funcionarios que no infringen el principio de la igualdad ante la ley porque no se establece en razón de las personas, sino en función del cargo que las mismas ocupan, por considerarlo de especial importancia para la vida política del país y con la finalidad de garantizar el libre ejercicio por el titular de las funciones que requiere el cargo”.¹¹

En consecuencia, para procesar a un dignatario por algún delito de función, el Ministerio Público o algún ciudadano debe formular la correspondiente denuncia, lo que activará el procedimiento de la acusación constitucional en vía de antejuicio político. Una vez aprobado, se traslada al propio Ministerio Público para que se dé inicio al procedimiento judicial correspondiente, preservando su autonomía funcional conforme lo establece la propia constitución, al asignarle a este órgano el rol de la persecución penal.

En otras palabras, el parlamento determina que la denuncia tenga forma jurídica por la forma y por el fondo. Y el Ministerio Público, con la acusación enviada, inicie o continúe con la investigación penal correspondiente.

A nivel del derecho comparado, de un somero análisis del antejuicio político y su vigencia en las constituciones latinoamericanas podemos inferir que, en países como Argentina, Chile, Colombia y Ecuador, los altos dignatarios cuentan con ésta prerrogativa. Pero en todos estos casos, el parlamento no sustituye al Fiscal, sino cumple, en estricto, un rol habilitante. Solamente, en los casos de acusaciones por infracción a la constitución (juicio político), llevan en su seno el procedimiento con la finalidad de separar de cargo al dignatario, pero no para sancionarlo.

¹¹ BERNALLES, Enrique y otros.- *Manual parlamentario*, Serie Democracia N° 5, Comisión Andina de Juristas, Lima 2002, p. 73.

Gustavo Gutiérrez Ticse

En ese orden de ideas, una vez separado del cargo, el funcionario acusado, queda suspendido o destituido de cargo, y en caso de imputarse delito de función, sometido a juicio según ley.

Ha sido así la figura en el constitucionalismo histórico peruano. Sin embargo, la Constitución de 1993, trae un cambio radical. El parlamento es un fiscal, y el procedimiento es uno *cuasi* jurisdiccional. En consecuencia, la asamblea actúa como si fuera un órgano jurisdiccional, tornándose así el procedimiento del antejuicio en uno propio de los tribunales, perdiéndose de vista la finalidad de la institución.

Se plantean entonces severos problemas: Sobreprotección de quienes controlan el poder, afectación del principio de separación de poderes, quiebra desproporcional de la regla de igualdad, entre otras incidencias a la tabla de principios y valores constitucionales.

Sin embargo, no debe perderse de vista las razones que llevaron a los constituyentes de 1993, a definir este nuevo modelo de Antejuicio. Es innegable que resultó ser una respuesta coyuntural frente al archivo parcial de la acusación constitucional aprobada por el congreso de la República contra el ex presidente Alan García.

Frente a esta situación de crisis política, se dispuso darle a la acusación constitucional el carácter de mandatorio; de suerte que, el Fiscal solo le queda formular denuncia, y al juez aperturar instrucción en los términos aprobados por el congreso.

Sin lugar a dudas, el constituyente pensó superar las deficiencias judiciales del procedimiento del antejuicio; pero no supuso que ésta devendría en un gran problema luego de concluido la etapa autoritaria del ex Presidente Alberto Fujimori, y que al haber terminado como resultado de una cadena de eventos delictivos que tuvieron como corolario el famoso video Kuori-Montesinos¹², dio como resultado una cadena

¹² El 14 de septiembre de 2000, se hizo público un video en el que se ve al ex asesor presidencial del gobierno peruano, Vladimiro Montesinos Torres entregando fajos de dinero al entonces congresista Alberto Kouri, para que se cambie de bancada.

Gustavo Gutiérrez Ticse

de denuncias constitucionales contra los principales funcionarios del régimen fujimorista recién fenecido, y la activación inmediata de una cadena de acusaciones constitucionales.

Esto ha traído como resultado que el parlamento no tenga la capacidad suficiente para poder afrontar los problemas constitucionales que el nuevo diseño del antejuicio político de la Carta de 1993. De esta manera, la situación se ha visto mermada al punto que la cantidad de acusaciones constitucionales que supera los doscientos por año según fuentes del departamento de estadística procesal del parlamento peruano, nos hacen ver que la dificultad con la que la labor legislativa ha tenido que afrontar.

Todos estos hechos han permitido evidenciar una manifiesta manipulación de las acusaciones constitucionales. Algunas operativizadas, sobre todo frente al adversario, y las otras en los archivos del congreso, totalmente encarpetadas. Es decir, si bien la reformulación del antejuicio político procuró que este se conduzca para que las acusaciones constitucionales se sustancien en la vía judicial, lo cierto es que el problema de fondo se mantiene, toda vez que, las acusaciones constitucionales son fácilmente manipulables.

Inclusive, se han dado casos en que, se cuestiona al parlamento, haber franqueado acusaciones por delitos menores y desechar los ilícitos graves para dignatarios imputados, con el objetivo de protegerlos. Así, en el reciente suceso de los jueces involucrados en el famoso caso de los cuellos blancos, los consejeros del ex Consejo Nacional de la Magistratura Guido Aguila Grados, e Iván Noguera¹³, fueron acusados constitucionalmente por delitos menores para protegerlos de una eventual prisión.

Este vídeo es considerado el detonante para el fin del régimen de Alberto Fujimori, que a los días convocó a nuevas elecciones.

¹³ El caso "CNM audios (Cuellos Blancos del Puerto)" surgió a partir de una revelación de audios, producto de interceptaciones telefónicas lícitas que tuvieron origen en una investigación previa vinculada al crimen organizado, por delitos como narcotráfico, sicariato- que involucraban a jueces y fiscales; luego, se advirtió que consejeros del extinto Consejo Nacional Magistratura, un ex magistrado de la Corte Suprema e, incluso, empresarios estaban involucrados en una serie de presuntos actos de corrupción, en especial, con los delitos de tráfico de influencias y otros relacionados. Esta situación significaría que dentro del sistema de justicia –en especial de las más altas autoridades- habría funcionado un banco de favores guiado por intereses personales en desmedro del interés público.

Gustavo Gutiérrez Ticse

De manera que hoy en día, en el mismo parlamento se cuestiona la institución al grado tal que una reciente propuesta tendiente a modificar en forma inmediata el Artículo 100 de la Constitución ha sido recientemente aprobada en la Comisión de Constitución del Congreso de la República, y que retorna una vez más el tema del antejuicio a su fórmula originaria, es decir, al pleno respeto de las decisiones tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial para poder discernir discrecionalmente sobre la decisión del parlamento en una acusación con contenido penal.

No es esto suficiente, tal como ya lo hemos advertido. Garantizar la independencia funcional de los poderes del Estado cubre en esencia un estándar democrático. Pero, utilizada indebidamente, se percibe como un manto de inmunidad en favor de los dignatarios ya que a través de ellos se auto protegen, dilatan los pronunciamientos en el tiempo, o si los hacen, es con menoscabo de las conductas y de su ilicitud.

Ello implica, una reformulación del antejuicio político. Y, por tanto, se absuelvan algunas interrogantes desde una perspectiva constitucional:

¿Cumple el Antejuicio político, su verdadera finalidad en el estado constitucional?
 ¿Se sostiene dicha institución, hoy en día, en donde el poder se especializa y divide en sus funciones, y la igualdad ante la ley resulta ser una máxima constitucional?
 ¿Cuáles deben ser sus presupuestos para hacerlas eficaces para la tutela de los dignatarios frente a imputaciones sin base jurídica? ¿Cuáles son sus límites para no tornarse en privilegios y mecanismos de impunidad?

Entre los principales involucrados se encuentran el ex Presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao, Walter Benigno Ríos Montalvo; el ex magistrado supremo de la Corte Suprema, César José Hinostroza Pariachi; los ex consejeros del CNM Julio Atilio Gutiérrez Pebe, Guido César Aguila Grados, Sergio Iván Noguera Ramos y Orlando Velásquez Benites; el empresario Edwin Antonio Camayo Valverde, así como también el ex presidente de la Federación Peruana de Fútbol, Edwin Oviedo Picchotito.

V. Resultado y análisis

Durante el último periodo legislativo, se ha podido advertir que, el Antejucio siguen siendo un complejo mecanismo que frena el desarrollo del control político en vez de ser una garantía para la institucionalidad gubernamental.

De hecho se han frenado varios pedidos de acusación constitucional, lo que ha generado un espacio para la confrontación política recurrente. Ha tenido buenos y no tan auspiciosos resultado. Por un lado, la acusación de un juez y varios ex consejeros del desactivado Consejo Nacional de la Magistratura en el caso llamado “Los Cuellos Blancos del Puerto”, aunque alguno de ellos con imputaciones simples; pero por otro lado, pareciera no resultar eficaz como con el caso de la ex congresista Luciana León quien, pese a los audios y correos que evidencian potenciales coordinaciones para el desarrollo de actividades ilegales en el distrito de La Victoria, la acusación constitucional en su contra no se ha activado por largo tiempo.

Evidencia lo expuesto la necesidad de redefinir la figura del antejucio para evitar que se constituya un manto de impunidad en favor de los altos dignatarios, sobre todo para el caso de los parlamentarios, ya que estos no ejercen funciones gubernamentales, por tanto, el antejucio no es propiamente una figura pertinente para el cargo representativo que ostentan los legisladores (a quienes en sentido contrario al populismo reformista de los últimos tiempos, debe preservarse a su favor, la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria).

En cuanto al resto de dignatarios que cumplen funciones gubernamentales, si bien es imperativo preservar el antejucio pero únicamente como mecanismo de control político, sin condicionar la acusación como un mandato imperativo que limite las prerrogativas del Ministerio Público ni del Poder Judicial.

Debe quedar en claro que la reforma de la carta de 1993 es válida, pero la *praxis* parlamentaria y su origen popular, resultan complejos para garantizar un estándar

procesal mínimo, por lo que debería ceñirse únicamente el rol del Poder legislativo a formular la acusación para que las instancias jurisdiccionales resuelvan la calificación delictiva.

Lo otro sería, mantener la inmunidad tal como está diseñada en la Constitución, y por tanto deberá constituirse un cuerpo de letrados profesionalizados en la materia a fin de garantizar la sustanciación de la acusación, lo que hoy en día no ocurre y no ha podido realizarse en todos estos años.

V. Conclusiones

- El antejuicio político es una prerrogativa procesal en el derecho comparado, que protege a los altos dignatarios señalados por la Constitución o por la ley, frente a requerimientos judiciales donde se les imputen delitos de función en el ejercicio del cargo público.
- Es un procedimiento político jurisdiccional, por tanto, el rol político (a cargo del congreso), y el rol jurisdiccional (a cargo del Ministerio Público y el Poder Judicial), asumen determinados roles. En el caso del parlamento, el rol que cumple es evaluar la pertinencia de la denuncia ajena a todo móvil político.
- Dicha fórmula ha sido recepcionada desde la Constitución de 1823 hasta la Constitución de 1979. A través de ella, el parlamento formula acusación constitucional contra un alto dignatario que se le imputa un delito de función. El rol del parlamento es levantarle el fuero al dignatario para que quede sujeto a juicio conforme a Ley.
- Con la Constitución de 1993, el antejuicio adquiere carácter *cuasi* jurisdiccional, de manera que, si el parlamento declara haber lugar a formación de causa, obliga a que el Ministerio Público formule denuncia, y el Poder Judicial aperture instrucción. Dicha construcción, se pone en ciernes, frente al reparto constitucional de competencias, y el respeto al principio de separación de

Gustavo Gutiérrez Ticsé

poderes. Ya que la decisión del congreso es prácticamente la que constitucionalmente le corresponde al Ministerio Público.

- No obstante, esta distorsión no solo pone en cuestionamiento a la institución, sino también debido a sus propios fundamentos, toda vez que las prerrogativas solo son admisibles en la democracia constitucional, en la medida que sean necesarias. Contrario *sensu*, se tornan en privilegios.
- En ese sentido, hace falta repensar la institución del antejuicio político para que resulte compatible con los fundamentos de la democracia constitucional: los principios-derecho de igualdad y de acceso a la justicia.
- Asimismo, debe realizarse determinados cambios, que, preservando la institución, se evite que las mayorías legislativas, generen un espacio de impunidad frente a los requerimientos judiciales por las inconductas funcionales de los dignatarios.

VI. Bibliografía básica consultada

- 1973 BERGER, RAOUL. *Impeachment: the constitutional problems*, Harvard University Press., Massachusetts.
- 2002 BERNALES, Enrique y otros.- *Manual parlamentario*, Serie Democracia N° 5, Lima: Comisión Andina de Juristas, 2002.
- 1975 BLACK, CHARLES (jr). *Juicio Político*, Prolam, Buenos Aires.
- 1996 DIEZ PICAZO, LUIS MARIA. *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, Barcelona.
- 1998 DERMIZAKY, PABLO. *Derecho constitucional*, Cochabamba.
- 2002 EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. *La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios*, en Estudios Constitucionales, Ara editores, Lima.

Gustavo Gutiérrez Ticse

- 1999 PANIAGUA CORAZAO, VALENTIN. *La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 3, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- 1999 PANIAGUA CORAZAO, VALENTIN. *Acusación constitucional, antejuicio o juicio político*, en La Constitución de 1993, Análisis y Comentarios II, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales, Lima: CAJ.
- 1999 RUBIO CORREA, MARCIAL. *Estudios de la Constitución Política*, Tomo IV , Lima: PUCP.
- 1982 LOEWENSTEIN, KARL. *Teoría de la Constitución*, 2 Edición, Ariel, Barcelona.

MONTESQUIEU. *Del espíritu de la Leyes*.

Constituciones del Perú

Constitución Política del Perú de 1993

Reglamento del Congreso de la Republica

La teoría del derecho de Ronald Dworkin: una lectura en clave latinoamericana

"Si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho".

Ronald Dworkin, Los derechos en serio, *Barcelona: Ariel*, 1995, p. 303.

RESUMEN

Luego de la histórica confrontación ideológica entre el liberalismo y el socialismo, los cuales han procurado regímenes donde determinados enfoques casi siempre opuestos o de difícil compenetración han estado en conflicto, autores como Rawls, Dworkin, o Nozick, han venido a plantear, en una perspectiva liberal, nuevas alternativas en la búsqueda del bienestar, la justicia, y la libertad, a partir de una re-conceptualización del derecho.

Dworkin desarrolla su propia concepción liberal y democrática desde el activismo judicial norteamericano, donde pone de relieve a los derechos frente al dominio de las mayorías políticas. De ésta manera, frente a la majestad de la regla, la imposición de los principios (derechos morales).

En ese orden de ideas, nos ofrece un liberalismo igualitario, alzaprimando los dos ideales compartidos por el modelo democrático: libertad e igualdad. Aunque en su aplicación resulta en determinados momentos distorsionados por la moral de los jueces que resuelven casos sobre la base de su propia posición ideológica y no del modelo constitucional preestablecido.

PALABRAS CLAVE: Justicia; derechos, moral, liberalismo; Ronald Dworkin

MÉTODO

El método de empleo para el desarrollo del presente trabajo, es el de observación histórico comparativo, a través de las fuentes documentales y bibliográficas sobre la filosofía del derecho, en una visión analítica y prospectiva para nuestra realidad.

La base de este trabajo, ha sido elaborado como parte de los Cursos Intensivos para el doctorado de la Universidad de Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

Ronald Dworkin fue el sucesor de H.L.A. Hart en la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford. Pero no solamente este evento es el que resulta sumamente relevante, sino y sobre todo la crítica de Dworkin a las ideas de Hart sobre su perspectiva positivista del derecho, lo cual además, lo ha convertido en uno de los filósofos más importantes de las últimas décadas. Y su libro "Los derechos en serio" (publicado en 1977), una obra de lectura obligada. En ella Dworkin condensa sus principales escritos hasta dicha fecha.

Se trata de un libro capital, por lo que notables autores como el propio H.L.A. Hart y Joseph Raz, se han pronunciado contundentemente sobre el aporte del Dworkin:

"En palabras de H.L.A. Hart: "En la filosofía del derecho, al sugerir que podemos estar ante el fin de una época y en el comienzo de una nueva, pienso en la obra de mi sucesor estadounidense en la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford, el profesor Ronald Dworkin". Y en las de Joseph Raz, su sucesor en la misma cátedra: "Dworkin: un nuevo eslabón en la cadena"¹.

No acaba allí el aporte de Dworkin, pero qué duda cabe que es un referente de paso obligado en las nuevas tendencias filosóficas de la justicia.

LOS DERECHOS, EN SERIO

Con Dworkin, en consecuencia, se abre una perspectiva filosófica para replantear el concepto de derecho desde un modelo liberal que, en vez de fundarse en reglas, se termine afincando en los principios.

Ahora bien, como enfatiza Calsamiglia, "Dworkin no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables. La teoría del autor americano no es una caja de caudales trascendental que permite solucionar todos los problemas y que fundamenta la validez y la

¹ Flores, Imer B. Ronald Dworkin (1931-2013), Vida y Obra. Documento de Trabajo del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México: UNAM. Disponible en el siguiente link: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4658-documentos-de-trabajo-del-instituto-de-investigaciones-juridicas-2016>

justicia del derecho. Dworkin rechaza el modelo de razonamiento típico del naturalismo -que se basa en la existencia de una moral objetiva que el hombre puede y debe descubrir. El autor americano intenta construir una tercera vía -entre el iusnaturalismo y el positivismo- fundamentada en el modelo reconstructivo de Rawls. Se parte del presupuesto de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones. Las intuiciones de nuestros juicios son los datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios. Esta tarea reconstructivo-racional del pensamiento moral no es exclusiva de éste, ya que Dworkin la extiende al pensamiento jurídico. Por eso se puede afirmar con Neil MacCormick que el propósito de Dworkin es reinstaurar la relación íntima entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico que desde Bentham y Austin se había separado radicalmente y desde entonces ha constituido el auténtico hilo conductor de las doctrinas positivistas².

En efecto, para Dworkin "[l]os derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio"³.

Ello no implica una posición en favor de los grupos desfavorecidos, pero el enfoque es utilitarista, es decir, en base a la materialización de individuo. En efecto, los derechos individuales resultan ser pilares del bienestar, por más que haya un objetivo comunitario este debe concatenarse con el interés de la persona. Se trata por tanto de un liberalismo igualitario.

Barbarosh sobre el tema asevera lo siguiente: Así la fórmula abstracta acuñada por Dworkin, de la igual consideración y respeto es posible que sea el fundamento último o más abstracto de aquellas teorías de la justicia que admiten como valores indiscutibles tanto la libertad como la igualdad. Porque aún aquellas tesis maximalistas de la defensa de las libertades -como la de Nozick- que critican severamente la noción de la igualdad en el plano de las oportunidades, como en la distribución de ingresos y riquezas, admiten que la asignación de las libertades o derechos a los individuos deben ser iguales⁴.

² Calsamiglia, A. Prólogo a la obra de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1995, p. 12.

³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, (Traducción de Martha Guastavino), 2da. Reimpresión, Barcelona: Ariel, 1995, p. 12

⁴ Barbarosh, Eduardo, *Teoría de la Justicia y la Metaética Contemporánea*, 2ª Edición, Buenos Aires: La Ley, p. 49.

Allí importan con relevancia, los principios. Frente a la regla (denominada regla de reconocimiento por Hart). Nuevamente Barbarosh, en esa misma lógica asevera que: “[u]na teoría general del derecho debe ser para Dworkin, a la vez conceptual y normativa, la parte normativa obligatoria que debe abarcar una teoría de la legislación, de la adjudicación y de la obediencia al derecho. Para Dworkin estos aspectos contemplan las cuestiones normativas del derecho desde el punto de vista del legislador, del juez y del ciudadano común. Con esto el autor plantea los puntos significativos de una teoría del derecho como ser la teoría de la legitimidad que permite determinar cuando un grupo de personas está autorizado a legislar y de la justicia legislativa, que describir que los legisladores tienen derecho de hacer o están obligados a hacer; la teoría de la adjudicación que determina quienes son competentes para juzgar; y una teoría de la controversia, que supone toda la adjudicación, esto es que normas han de utilizar los jueces para decidir los casos difíciles. El tercer aspecto lo vinculante con los límites de la obligación ciudadana de obediencia al derecho y la justificación de la coacción”⁵.

Lo expuesto resulta sumamente interesante, en tanto y en cuanto, en países como los nuestros, donde impera la desigualdad, la concurrencia de los principios va permitir consolidar un método de resolución de casos en donde las disposiciones-reglas tengan que validarse con la esencia de los derechos, y en ella, el rol de los jueces, resulta sumamente relevante frente a la arbitrariedad del legislador. El enfoque por tanto, no solamente es válido en favor del individualismo, sino también puede servir para tutelar derechos sociales, económicos, y culturales.

No obstante, las tensiones se manifiestan en la resolución de los denominados casos difíciles, y la validez de la decisión judicial sin que esta sustituya el rol de legislador. Para Dworkin, “De hecho, sin embargo, los jueces no son ni deben ser legisladores, y el conocido supuesto según el cual cuando van allá de las decisiones políticas tomadas ya por algún otro, están legislando, es engañoso”⁶.

Dworkin asevera que: “Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo. El argumento en favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa Nacional, es un argumento político. Los argumentos de principio justifican una

⁵ Barbarosh, Eduardo, Los principios en la teoría del derecho de Ronald Dworkin, p. 2. Disponible en: https://www.academia.edu/5834483/Los_principios_en_la_teor%C3%ADa_del_derecho_de_Ronald_Dworkin

⁶ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 148.

decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o de grupo. El argumento en favor de las leyes que se oponen a la discriminación [racial en los Estados Unidos], y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio. Con estos dos tipos de argumentos no se agota el espectro de las discusiones políticas. A veces, por ejemplo, una dirección política -como la de permitir que los ciegos se examinan de ciertos aspectos del impuesto sobre la renta- puede ser defendida más bien como un acto de virtud o de generosidad pública que sobre la base de una directriz política o de un principio. Pero estos últimos son los fundamentos principales de la justificación política⁷.

Ello implica en consecuencia, la posibilidad de liberar a determinados sectores de la imposición de reglas represivas, como puede ocurrir -nuevamente en latinoamérica- con las disposiciones relativas a la criminalización de la protesta, o en el caso de la imposición de medidas que lesionen los derechos de grupos como de aquellos que no desean realizar el servicio militar obligatorio o se opongan a la explotación minera. Entonces, frente a la regla, la afirmación de los principios puede dar lugar a resolver los casos difíciles colocando a los derechos de los potenciales afectados en una situación preeminente.

Hablamos entonces de una democracia comunitaria. Como refiere Aguilera Portales, acerca de la postura de Dworkin, este propone: "operar sobre un modelo ideal de sociedad democrática. Una sociedad democrática es una sociedad en la cual se respetan los siguientes principios. Los principios de equidad, justicia, principio de legalidad, integridad. En primer lugar, una sociedad no es democrática si no otorga a todos los miembros de su comunidad igual poder de decisión sobre los asuntos colectivos. El principio de *igualdad política* viene expresado en la fórmula de dar un voto a cada uno de los individuos. En segundo lugar, el principio de *justicia*. Este principio se refiere fundamentalmente a los resultados que producen las decisiones, en este sentido, la equidad se refiere al procedimiento y la imparcialidad, mientras la justicia se refiere a los resultados. En tercer lugar, el principio de legalidad, en una sociedad democrática sólo es admisible el poder legítimo jurídicamente, es decir, según los cauces que determine la ley. Una sociedad democrática no puede admitir policías paramilitares ni el uso de la fuerza no jurídica. En cuarto lugar, el principio de *integridad*. Una sociedad democrática está bien diseñada si responde a la virtud de la integridad. La virtud de la integridad supone la existencia de unos principios y una organización coherente. Sin duda, este es un aspecto fundamental de la comprensión del Derecho como integridad que

⁷ Dworkin, Ronald, *ibidem*

88
de la y ocho

desemboca en una hermenéutica o teoría interpretativa: los derechos humanos morales y jurídicos encarnan el modelo de justicia que debe ser actuado por el juez en las resoluciones de los casos⁸.

Asimismo, "Dworkin considera que la igualdad es una virtud fundamental de la democracia. Un gobierno legítimo tiene que tratar a todos sus ciudadanos como iguales, esto es, con igual respeto y consideración"⁹.

En consecuencia, el modelo comunitario permite por un lado asumir la responsabilidad colectiva, y de otro, el juicio individual como una forma de integración del individuo en la comunidad. En esta lógica, la asignación de los derechos se toman serios. Y el rol del Juez cual Hércules, se configura en relevante para encontrar los principios antes que la regulación semántica de las reglas. Barbarosh trayendo un caso visto por la Corte Suprema de los Estados Unidos señala lo siguiente:

"En el mundo real, los casos judiciales, en los que el profesor Dworkin se interna, entiende que le dan la razón a su crítica del positivismo jurídico. El caso Riggs vs. Palmer en donde se juzgó si había que diferir la herencia testamentaria a un nieto que había asesinado a su abuelo, pues creía que el anciano que había contraído nuevo matrimonio no iba a cambiar su testamento, supongo que le confiera la razón a su ataque al positivismo jurídico.

El tribunal solicitó el caso, rechazando la petición de la herencia que el homicidio pretendía obtener, si bien no había una norma legal que impidiera tal solicitud, pues el era del testamento válido. Las hijas de Delaware cujus sostenían lo contrario. El alegato de Elmer, el nieto, era que si desconocía su derecho, el tribunal reemplazaría el texto de la ley y el testamento por sus propias convicciones morales.

El profesor Dworkin entiende que una cosa es el texto de la ley, como es el texto de un poema, y otra cosa es derecho real, como lo es el poema real. Los jueces para interpretar la ley o el precedente necesitan de una teoría, como ocurre también en la literatura. Piensa, nuestro autor, que el aspecto semántico no tiene un papel central, como supuestamente pensaba Hart. Ni la ley ni el testamento a favor de Elmer padecían de vaguedad ni ambigüedad. Lo que había

⁸ Aguilera Portales, Rafael, *Los derechos humanos como triunfos políticos en el estado constitucional: el dilema entre democracia comunitaria y liberal en Ronald Dworkin*, en Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, N° 9, Ene-Dic., 2015, pp. 388-389.

⁹ Aguilera Portales, Rafael, op. cit., p. 391.

que interpretar el verdadero estatuto en las circunstancias particulares del caso. El derecho real para Dworkin acecha por detrás de las normas y la tarea del juez es descubrirlo"¹⁰.

Ello implica una conexión directa entre el argumento teórico y la norma. Eso implica que el juez, al momento de resolver un caso difícil el Juez debe descubrir el argumento de principio, se queda únicamente en el argumento político. Por ejemplo, en el caso peruano, resulta manifiestamente desbordaba bajo el argumento de una real lectura de Dworkin, la entrega de la tutela de un pedido de amparo en favor del ex presidente de la República, Alan García, a través del cual un juez dispuso anular el informe emitido por una comisión investigadora del Congreso. En otros casos parecidos, algunos jueces han admitido amparos en favor de congresistas por la imposición de sanciones éticas.

En ambos eventos, el juez no solamente prescindió de la naturaleza de las pesquisas legislativas, sino además su poder de autocomposición para amonestar a sus pares por comportamientos lesivos a la propia corporación parlamentaria.

En todos estos casos, sin duda ha prevalecido el argumento político antes que los argumentos de principio. No es por tanto, el argumento de Dworkin el que les ha otorgado la fortaleza para derrumbar las decisiones políticas como si fueran Hércules, sino una distorsión de la justificación filosófica para derribar las reglas conforme al mismo Dworkin.

El juez Hércules, como enfatiza García Amado, "[e]s quien sabría dar con lo justo y objetivamente verdadero de entre los argumentos enfrentados en cada debate moral o jurídico. Es como el ser humano puro anterior al pecado original. Ese "auditor" universal o ese juez Hércules, por puros, por "inhumanos" más humanos que nadie, por incontaminados de vida e intereses elementales, sabrían siempre dónde está la verdad, la solución más justa y acorde con las normas más verdaderas. Más aun, no es que ellos sean capaces de dar con la solución justa a ellos preestablecida en algún orden del Sein o del Sollen, no es que esa solución propiamente preexista y ellos la averigüen; es al revés, la solución justa para cada caso existe porque ellos podrían establecerla, porque ellos podrían constituirla al hallarla entre los argumentos o los principios en cada ocasión y para caso enfrentados. Intelectualismo y voluntarismo vuelven a darse la mano como en la teología y el iusnaturalismo medievales y, una vez más, razón y voluntad se acomodan en el jurista ideal hipotético ahora, como hace siglos se conciliaban en Dios, en un Dios que, de propina, era uno y trino"¹¹.

¹⁰ Barbarosh, Eduardo, *op. cit.*, p. 20.

¹¹ García Amado, Juan Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, México: Tirant lo blanch, 2017, p. 46.

Sin embargo, “[p]or seguir con la comparación dworkiniana, y tomándola en lo que valga, lo que decidiría Hércules es por definición lo objetivamente correcto y lo único objetivamente correcto, pero lo que decidiría Hércules nada más que él lo sabría, porque Hércules no existe y porque asumido está hasta por Dworkin que los jueces de carne y hueso, por no ser “hercúleos”, nunca pueden saber lo que Hércules sabría. Solo tienen que esforzarse para poder creer que deciden como decidiría Hércules y cuanto más lo crean, más se parecerán a él; se trata nada más que de que no sean escépticos y de que no se desanimen en su búsqueda insaciable de lo justo; que presupongan lo justo para que lo justo exista, puesto que el argumento dworkiniano es que lo justo existe porque los jueces lo presuponen al buscarlo”¹².

En efecto, pese a que los jueces en algunos casos adoptan los argumentos filosóficos de Dworkin y a través de ellos imponen una decisión que puede llegar a ser un argumento político, este riesgo debe ser siempre modulado mediante una permanente retroalimentación de la propia finalidad de la justicia. Para Dworkin las reglas existen tendientes a asegurar los derechos individuales en atención al fin último del liberalismo.

De esta manera, tal como asevera Quispe Ponce, “la teoría del Derecho que Dworkin concibe se asienta en presupuestos filosófico-políticos y filosófico-morales, siendo su filosofía política bisagra entre su filosofía del Derecho y su filosofía moral; por tanto, resulta de trascendental importancia en la edificación de su proyecto teórico. Su propuesta liberal igualitaria se fundamenta, en última instancia, en una interpretación concreta de la igualdad: “Igual consideración” (y un determinado tipo de relación con la libertad). En virtud de ésta, se demanda a los gobiernos (y los poderes públicos) tratar a los ciudadanos como iguales, “con igual consideración y respeto”. Un criterio que además se presenta simultáneamente como “una teoría política, como una máxima moralmente justificada y como tesis que explica la peculiaridad del desenvolvimiento de lo jurídico”¹³.

Pero, como sostiene Barbarosh, ésta afirmación de Dworkin se funda en que “existirían juicios morales verdaderos pues éstos validarían la verdad de una proposición jurídica. Para que

¹² García Amado, Juan Antonio, *ibidem*.

¹³ Quispe Ponce, María Candelaria, *Liberalismo igualitario y derechos sociales: Rawls, Dworkin y Sen*, Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, p. 184. Disponible en el siguiente link: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22544/Tesis_mariacandelaria_quispe_ponce_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

existan juicios morales verdaderos se requiere afirmar la existencia de hechos morales objetivos que serían la referencia de los jueces morales¹⁴.

En definitiva, como concluye Aguilera Portales, sin duda, "éste es uno de los aspectos más positivos y relevante de la teoría de Dworkin, el reconocer y otorgar un papel predominante dentro de la teoría político-jurídica a los principios y valores en las decisiones políticas y jurídicas"¹⁵.

Conclusiones: resultado y discusión

Ronald Dworkin es uno de los filósofos del derecho más importantes de los últimos tiempos. Su aporte al desarrollo del derecho y su reconceptualización para solucionar casos difíciles más allá de la aplicación de las reglas es sumamente relevante.

Sin embargo, la aplicación de sus teorías, sobre todo en los casos difíciles donde interviene el Juez, son espacios posibles de confusión entre los argumentos políticos y jurídicos, generando tensiones en el sistema democrático, en vez de fortalecer la defensa de los derechos en serio.

Ello genera polémica, por cuanto pone en tensión los componentes del sistema democrático, dándole al juez un poder inusitado que, en un uso excesivo de sus potestades jurisdiccionales, puede terminar diluyendo los principios y valores del modelo de organización política. En ese orden de ideas, el empleo de la tesis de Dworkin no ha sido pacífica, todo lo contrario, en muchos casos han generado tensiones, como lo hemos señalado en el presente trabajo.

En varios de ellos, los jueces han frenado sendas pesquisas políticas, por ejemplo, y en otras el activismo filosófico dworkiniano de algunos jueces ha procurado cerrar determinados procesos o aperturarlos al margen de los principios democráticos. En ese sentido, el balance si bien puede ser positivo en la promoción de los derechos, en otros deconstruye la democracia, por lo que debe haber un permanente procesos de retroalimentación entre los propios jueces que permitan aplicar los conceptos filosóficos con prudencia.

¹⁴ Barbarosh, Eduardo, *Teoría de la Justicia y la Metaética Contemporánea*, cit., p. 95.

¹⁵ Aguilera Portales, Rafael, op. cit., pp. 402-403.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilera Portales, Rafael, *Los derechos humanos como triunfos políticos en el estado constitucional: el dilema entre democracia comunitaria y liberal en Ronald Dworkin*, en Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, N° 9, Ene-Dic., 2015.

Barbarosh, Eduardo, *Teoría de la Justicia y la Metaética Contemporánea*, 2ª Edición, Buenos Aires: La Ley, 2014.

Barbarosh, Eduardo, Los principios en la teoría del derecho de Ronald Dworkin, p. 2. Disponible en el siguiente link:
https://www.academia.edu/5834483/Los_principios_en_la_teor%C3%ADa_del_derecho_de_Ronald_Dworkin

Calsamiglia, A. Prólogo a la obra de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1995.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, (Traducción de Martha Guastavino), 2da. Reimpresión, Barcelona: Ariel, 1995.

Flores, Imer B. Ronald Dworkin (1931-2013), Vida y Obra. Documento de Trabajo del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México: UNAM, s.a. Disponible en el siguiente link:
<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4658-documentos-de-trabajo-del-instituto-de-investigaciones-juridicas-2016>

García Amado, Juan Antonio, *Decidir y argumentar sobre derechos*, México: Tirant lo blanch, 2017.

Quispe Ponce, María Candelaria, Liberalismo igualitario y derechos sociales: Rawls, Dworkin y Sen, Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, p. 184. Disponible en el siguiente link:
https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22544/Tesis_mariacandelaria_quispe_ponce_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

93
vasta y fca

Los aportes de la Constitución de Cádiz de 1812 en la formación del constitucionalismo peruano

Gustavo Gutiérrez Ticse

Resumen

El presente ensayo desarrolla algunos aspectos de capital relevancia para la aprobación de la Constitución de Cádiz en 1812, y su influencia en el debate constitucional inicial en los virreinos de América, en especial, en el Perú, así como su importancia en prospectiva.

Cádiz y su cónclave integracionista, se convierte en un antecedente en el proceso republicano, que deja aun muchas interrogantes abiertas hasta la actualidad: ¿Cuál es su importancia en el constitucionalismo peruano? ¿La ciudadanía y las libertades han sido entendidas en su real dimensión?

Las respuestas a las interrogantes pasan por evaluar sus fuentes, así como la definición del concepto de ciudadanía, y el ejercicio del poder durante su vigencia así como su influencia en el devenir de la República.

Método

El método de empleo para el desarrollo del presente trabajo, es el de observación histórico comparativo, a través de las fuentes documentales e históricas sobre el proceso gaditano. Ha sido elaborado como parte de los Cursos Intensivos para el doctorado de la Universidad de Buenos Aires.

Palabras clave

Constitucionalismo. República. Monarquía. Cortes de Cádiz. Libertad de pensamiento. Censura. Territorio, Nación. Soberanía. Nación. Ciudadanía. Identidad.

I. Introducción

A un año de celebrarse el bicentenario de la fundación del Perú como República (1821-2021), el debate constitucional acerca de la nación sigue siendo una constante. La ausencia de un proyecto nacional no sólo es un problema de cara al futuro, si no también la falta de cohesión entre todos los peruanos que genera diferencias e impide un cabal desarrollo integral. Hay un divorcio entre grupos sociales y políticos que no se encuentran, y se enfrentan como si fueran enemigos, su causa se pierde en la génesis republicana.

Se suma a ello, la falta de un compromiso cívico y ciudadano con los valores republicanos, en gran parte como consecuencia del desconocimiento de nuestras instituciones históricas y la importancia que ellas traen consigo, y que al no ser conocidas en muchos casos genera una incertidumbre ciudadana y se torna en un gran obstáculo para la formación de una nación, que como tal debería conocer el proceso político que materializa la república, siempre oteada en su propio espacio espacio-tiempo histórico con el único objetivo de identificar instituciones que permitan generar una propuesta sólida para la unidad cívica, pero sobre todo para generar una conciencia nacional, que es la única manera de poder afirmar el modelo de Estado de bienestar. Entendido este último, como una fórmula que permita ampliar al mayor nivel posible de ciudadanos, las ventajas de la economía.

En definitiva, sin el conocimiento y reconocimiento del pasado es difícil avanzar de manera integral porque faltará el elemento conciencia, aún cuando la mecánica del mercado puede aparentar algún grado de bienestar para los connacionales, este no es sino parcial y más para unos cuantos y casi nada para muchos otros.

En ese sentido, revalorar el proceso político peruano es un deber. Allí, Cádiz no solo ha sido desvalorada, sino que en gran parte ni siquiera ha sido adecuadamente estudiada, pese a que hay una larga y prolija lista de artículos y ensayos sobre esta Constitución, algunos autores como por ejemplo, Hernández, consideran que la Constitución de Cádiz son falaces en tanto y en cuanto si bien reconocen la ciudadanía única, "en el fondo subyace un eufemismo que radica en la sutil pero categórica diferenciación entre el ser español y ciudadano fincada en el reconocimiento para su goce y ejercicio de las libertades civiles reservadas sólo a los españoles.

(...)

Tales limitaciones quedan en evidencia al no ser reconocida la capacidad para elegir y ser electo a menores, incapaces, mujeres, castas americanas, analfabetas, sirvientes domésticos y aquéllos sin oficio."¹

Ello es una posición debatible, por cuanto no se puede perder de vista el momento histórico y político en el que se suscribe y juramenta la Constitución de Cádiz. El voto de la mujer, solo para citar un caso, ha sido recién revalorada en el siglo XX, de suerte que cuestionar a esta Carta por tal hecho es descontextualizar el mensaje gaditano.

De esta manera, la Constitución de Cádiz, si bien ha servido para la afirmación de la ciudadanía, propiciando una conexión entre América y España, paradójicamente ha permitido la fundación de las nuevas repúblicas y el advenimiento de las corrientes liberales.

En definitiva, el presente trabajo se centra en el análisis de los aportes más resaltantes de la Constitución de Cádiz, en perspectiva histórico-comparativa, procurando buscar coincidencias para fomentar la unidad republicana en clave constitucional.

II. La formación del Estado peruano

El Perú es la simbiosis de dos grandes culturas: la andina y la hispana. Como asevera Del Busto, los padres de la peruanidad son Pachacutec y Francisco Pizarro². Ello expone lo complejo que fue pasar del incanato a la colonia, y de manera abrupta, a la República, tomando en cuenta la tradición oral y colectivista originaria, frente al sistema escribal e individualista europeo.

Dentro de este decurso, ha habido importantes momentos históricos; pero, desde una perspectiva constitucional, qué duda cabe que, la Constitución de Cádiz de 1812, constituyó un evento -acaso el más importante- para la formación del constitucionalismo peruano.

¹ Hernández, María del Pilar, El concepto de Nación y ciudadano en la Constitución de Cádiz, en Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 300. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3525/18.pdf>

² Del Busto, Juan Antonio, *Pizarro*. Tomo I, Lima: Ediciones Copé, 2000, p. 18.

Nótese que en 1821, es decir, en menos de una década a la aprobación de la Constitución doceañista, el General Don José de San Martín proclama la independencia del Perú, y en los años sucesivos se elaboran importantes documentos constitucionales que se resumen en la promulgación de la Constitución de 1823, la de 1826 y sobre todo, la de 1828, considerada como la madre de todas nuestras constituciones.

Durante todo este proceso, -como en el resto de iberoamerica-, las corrientes reformistas derivadas de la revolución francesa de 1789, y de la norteamericana a partir de la Declaración de Virginia de 1776 y la Constitución de 1787, sin duda, sirvieron para la plasmación del Perú como república. Pero en este interregno, Cádiz con sus innovaciones, así como el proceso político español marcador un derrotero confuso, sobre todo en una Metrópoli virreinal como era el caso del Perú.

En efecto, para Landa, "[l]as ideas del patriotismo constitucional que gestó la Independencia del Perú en 1821 emanaron de un proceso que hunde sus raíces a mediados del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, donde juega un rol especial la Constitución de Cádiz; por ello, se podría señalar que los orígenes remotos del constitucionalismo nacional se encuentran básicamente en el nacimiento del pensamiento liberal. Ello se explica debido a una serie de acontecimientos políticos que se producían en la Metrópoli española: la entrada de la casa de los Borbones en 1756 y la modernización que emprendieron con la expulsión de los jesuitas de todo el Imperio en 1764, el manejo de la crisis económica mediante las reformas políticas y económicas de Floridablanca, Jovellanos y Campomanes; así como, el impacto de la Independencia de los Estados Unidos de 1776 y el inicio de la Revolución en Francia en 1789, y, finalmente la derrota de la invencible armada imperial española por la flota naval inglesa en San Vicente y Trafalgar al mando del Almirante Nelson (1797-1805)."³

No se puede dejar de observar también los sucesos acaecidos al interior del virreinato. Sobre todo a partir de las gestas de Juan Santos Atahualpa y Tupac Amaru, entre otros actos de relevancia para la formación de las bases constitucionales de Perú.

III. Las Cortes de Cádiz

Las especiales circunstancias en España, como consecuencia del derrocamiento de Fernando VII y la invasión francesa en 1808. La devolución del trono a Carlos IV para su inmediata abdicación en favor de José Bonaparte, condujeron al pueblo español a resistir frente a la ocupación francesa y a alimentar el germen liberal a través de la formación de las Cortes de Cádiz.

No se puede perder de vista que España se batía en un caos generalizado como consecuencia de la dominación francesa, por lo que crearon Juntas provinciales y de defensa, espacio desde donde se convocan a las Cortes.

Como nos informa Varela: "Las Cortes Generales y Extraordinarias se reunieron por vez primera el 24 de septiembre de 1810, en la ciudad de Cádiz, una de las más liberales de España. Las elecciones fueron bastante complicadas dada la situación de guerra y la falta de experiencia, además de por el innovador y complejo sistema electoral que había aprobado la Junta Central, a cuyo tenor se atribuía la elección

³ Landa, Cesar, El rol de la Constitución de Cádiz en la gestación de la independencia del Perú, *Historia Constitucional*, N° 13, 2012, p. 317. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=2590/259027585014>

de los diputados a las Juntas Provinciales, a las ciudades con voto en Cortes y a los Reinos. Se había regulado además la figura del diputado suplente, que debía elegirse en representación de las provincias de ultramar o de las provincias peninsulares ocupadas por los franceses.”⁴

Las Cortes estuvo compuesta por unos trescientos diputados. Entre ellos se eligieron a 29 diputados suplentes, en razón que pese a las “instrucciones para las elecciones por las provincias fueron mandadas en febrero y, excepto el representante de Puerto Rico, ningún propietario había llegado. La urgente apertura de sesiones, exigida por numeros grupos para llenar el vacío institucional provocado por el cautiverio del Rey, llevo a la Regencia a adoptar un sistema de suplencia. Los criollos residentes en Cádiz fueron convocados para elegir entre sí a los suplentes que representarían a América, en espera de los propietarios.”⁵

En efecto, las dificultades de la época, tanto políticas como de desarrollo, hacían complejo el desplazamiento hacia España, lo que motivó que el sistema de suplentes permitir que las Cortes sesiones sin problemas.

En ese orden de ideas, para el Virreinato del Perú se eligieron 5 Diputados suplentes. Ellos fueron: Vicente Morales Duárez, Dionisio Inca Yupanqui, Blas Ostolaza, Ramón Feliú, y Antonio Zuazo.

Cabe indicar que, participaron también los Diputados propietarios elegidos por las respectivas circunscripciones de manera directa. Aunque, en el caso del Perú, la actuación de los suplentes fue más relevante.

Como explica Llontop, “[e]s sin embargo paradójico, al menos en el caso peruano, que los diputados más conocidos fueran precisamente los suplentes ya que ellos estuvieron mayor tiempo en las Cortes y su participación es más notoria. Muchos titulares, (...), apenas si alcanzaron a jurar y aún peor llegaron cuando las Cortes habían sido clausuradas.”⁶

Inclusive el diputado suplente Vicente Morales Duárez, pese a su trágico final, llevo a presidir las Cortes. En efecto, apenas culminada la obra constituyente, el diputado peruano fallece el 2 de abril de 1812.

La Constitución una vez aprobada, tuvo poca posibilidad de éxito, tomando en cuenta que en 1814, de vuelta al trono Fernando VII, la desconocía y en iberoamerica surgian con más fuerza los movimientos independentistas. Aunque por cierto, la Constitución de Cádiz de 1812 fue referente capital en las nacientes repúblicas.

⁴ Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812 (una visión de conjunto). En *Anuario de Derecho Parlamentario*, N° 26, Madrid: p. 191.

⁵ Rieu-Millan, Marie Laure, Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1990, p. 2.

⁶ Llontop Sánchez-Carrión, Susana, Actuación de los Diputados Peruanos Titulares 1812-1814, Tesis para optar el grado de doctor en Historia, Lima: Pontificia Universidad Católica, 2012, p. 19. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/1578?show=full>

IV. Los aspectos centrales del debate constitucional

En las Cortes -expresa Escobar- existían tres tendencias ideológicas: los conservadorss, los radicales y los simpatizantes del Antiguo Régimen; los liberales, eran conocidos por la defensa de los valores de la Ilustración; y los eclécticos que aceptaban la democracia política liberal, pero abogaban por conservar importantes raíces tradicionales. Los diputados doceañistas en atención a su profesión y antecedentes estaban clasificados así: eclesiásticos 97, entre los que se destacaba 6 obispos 2 inquisidores; catedráticos 16; militares 37; abogados 60; funcionarios públicos 55; propietarios 15; marinos 9; comerciantes 5; escritores 4; maestrantes 3; médicos 2.”⁷

Desde el plano material, el debate en Cádiz se desarrolló, como no podía ser de otra manera, dentro del contexto político de la época, fuertemente influenciada por las ideas de la corriente iluminista francesa.

“No hay que olvidar -señala Hampe- que las Cortes gaditanas traen consigo el primer ensayo de democracia en el ámbito hispanoamericano. La convocatoria hecha por la Junta Central de gobierno en octubre de 1809 incluye a ambas partes del Imperio hispánico, la europea y la americana, para constituir en la isla de León o San Fernando la asamblea de los representantes de la monarquía hispánica, leales a su deseado rey en el exilio, Fernando VII. Se da pues la gestación de un mandato, incluyendo ribetes constitucionales, que llevarán los diputados, inicialmente a la isla de León y luego (a partir de febrero de 1811) a la ciudad de Cádiz.”⁸

La convocatoria misma ya era un gran aporte en la formación del constitucionalismo, toda vez que implicaba un cónclave basado en el reconocimiento del principio de la soberanía popular, al posibilitar que la América hispana tuviera por primera vez, voz y voto en una asamblea convencional. Aunque, claro está, dentro de su propio contexto histórico, tomando en cuenta que el sufragio era entonces legitimamente, censitario.

El artículo 1 de la Constitución de Cádiz materializa dicha unión en el siguiente enunciado:

Art. 1º. La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios.

Las libertades individuales son uno de los aspectos centrales en el debate constitucional. Los diputados doceañistas en su mayoría, influenciados por las corrientes del contactualismo social, llevaban un claro mensaje sobre el reconocimiento de la plena facultad de los hombres para constituirse libremente como parte de su propia naturaleza. Ello materializo como enunciado normativo, el reconocimiento de las libertad en el mismo sentido marcado por la Revolución Francesa de 1789, y la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano del mismo año. Así, la Constitución de Cádiz señala taxativamente lo siguiente:

⁷ Escobar Fornos, Iván, *La constitución de Cádiz, modelo de constitucionalismo*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 16, Madrid: 2012, p. 1972.

⁸ Hampe, Teodoro, *Sobre la Constitución de 1812: las Cortes gaditanas y su impacto en el Perú*, p. 29. *Trocadero*, (24), 27-36. Recuperado a partir de <https://revistas.uca.es/index.php/trocadero/article/view/1955>

98
mu. ta b. o. d. o.

Art. 4º. *La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.*

Cabe indicar, por cierto, que no se pretendía poner a debate la instauración de una Republica, sino de una monarquía moderada que reúna como base los presupuesto liberales, donde residiendo la soberanía en la propia comunidad, el monarca mantiene legitimidad de gobierno.

En efecto, el Artículo 3 de la Carta doceañista es manifiesta al respecto:

Art. 3º. *La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivam ente el derecho de establecer sus leyes fundamentales.*

(...)

Art. 174. *El Reino de las Españas es indivisible, y sólo se sucederá en el trono perpetuamente desde la promulgación de la Constitución por el orden regular de primogenitura y representación entre los descendientes legítimos, varones y hembras, de las líneas que se expresarán.*

Las Cortes alzaprimaryaron en este derroteros las libertades, y entre ellas, además de la reseñada, las de expresión y opinión, las cuales plasmadas en la libertad de imprenta poscribieron la abolución de la censura. Antonio Escudero trae una cita del diputado Flórez Estrada que da cuenta de la importancia de este derecho:

[C]onstituida la Comisión de Cortes, Flórez Estrada remitió a ella unas Reflexiones sobre la libertad de imprenta que concluían así:

«Desengañémonos, sin libertad de imprenta no pueden difundirse las luces, y sin ellas no puede haber reforma útil y estable ni los españoles podrán jamás ser libres y felices. Sin esta libertad el patriotismo se amortigua y desaparece [...]».⁹

Ello hizo que las Cortes, por el Decreto de 10 de Noviembre de 1810 (complementada el 10 de junio de 1813), se configura la primera Ley de imprenta titulada como Libertad política de Imprenta.

La Constitución de Cádiz en este extremo consagra este derecho en la misma línea del aludido Decreto, y le confiere a las Cortes el deber de protegerla.

Art. 131. *Las facultades de las Cortes son:*

(...)

Vigésimacuarta. Proteger la libertad política de la imprenta

(...)

Art. 371. *Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes.*

⁹ Escudero, José Antonio, *Las Cortes de Cádiz: Génesis y reformas*, Anuario de Estudios Atlánticos, núm. 59, Las Palmas: 2013, p. 19.

99
contenida y nueva

Ello permitió una profusa cantidad de revistas y folletos, los cuales empezaron a generar una mayor conciencia cívica en España y sus territorios.

Hay otros cambios de mucha trascendencia como es el caso de la reforma de la tierra y la reformulación de los privilegios, la abolición de la inquisición y la tortura, pero la redifinición de la ciudadanía es quizás lo más relevante de este momento constitucional.

V. Un nuevo concepto de ciudadanía

La Constitución de Cádiz significó una reconducción del proceso político en España. Si nos situamos en el ámbito de la ciudadanía, fue el comienzo de la construcción de un nuevo tejido social, en el que, el reconocimiento de la igualdad ante la Ley de todos los españoles, tanto los residentes en la península, como en el resto de los reinos de España fue uno de los cambios más importantes.

El primer artículo de la Carta doceañista es taxativo:

Art. 1º. La nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios.

El Artículo 5 de la referida carta constitucional, y de modo complementario al primer dispositivo, señala a quienes se considera españoles:

Art. 5º. Son españoles:

Primero. Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos.

Segundo. Los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes cartas de naturaleza.

Tercero. Los que sin ella lleven diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía.

Cuarto. Los libertos desde que adquieran la libertad en las Españas.

El referido artículo no fue sino fruto de los debates de la constituyente. Y aprobado inclusive ya a través del Decreto V del 15 de octubre de 1812.

Lo que se observa en Cádiz es sin duda alguna un sentimiento de integración y unidad. El compromiso político por arribar a una nueva nación en donde todos los ciudadanos son españoles.

Respecto al término de ciudadano, "Chust y Frasquet señalan que las Cortes al decretar la soberanía nacional, el reconocimiento de Fernando VII, la separación de poderes, la igualdad entre españoles y americanos, una amnistía para los encausados en revueltas insurgentes, la publicación inmediata de todos los decretos en América, la libertad de imprenta, la libertad de cultivo y de industria, la abolición de determinados estancos, de los derechos señoriales y de los coloniales —como la encomienda, la mita, el tributo indígena, los repartimientos—, de los gremios, de la tortura y de la Inquisición, provocaron la existencia de una interpretación trascendental y revolucionaria en donde se incorporaba a los antiguos

súbditos y territorios americanos del rey como ciudadanos y provincias en igualdad de derechos del nuevo estado-nación.”¹⁰

Esto que podría ser una necesidad para preservar el dominio español en los territorios de ultramar, marcaba un nuevo derrotero en la historia de iberoamérica, tomando en cuenta el contexto histórico, la recepción de las ideas liberales, y sobre todo, la reconfiguración del estatus de los colonizados e inclusive de aquellos considerados esclavos libertos, sin dejar de observar la eliminación del yugo económico al que estaban sometidos los indígenas.

No puede dejar de perderse de vista el proceso gaditano en su contexto y tiempo, tomando en cuenta el proceso político de recepción de las nuevas ideas liberales. Por ello, es desproporcional que algunos autores cuestionen la exclusión de analfabetos o mujeres entre otros, para el ejercicio de los derechos políticos. No es un postulado de la Carta de Cádiz, es un proceso de adaptación del iluminismo francés.

Es por ello que, consideramos que, es una declaración con una alta dosis de ilusión todavía, pero ya una necesidad para los ciudadanos de los virreynatos, quienes siendo libres tenían menos derechos que los españoles europeos. Mantener esa inequidad, sumadas a la traición de Fernando VII, fueron parte de las causas para la explosión de movimientos independentistas que desencadenaron en la formación de nuevas repúblicas independientes del Reino de España. La invocación gaditana ergo, no se pudo asentar frente al sentimiento del americano libre -pese a aceptar la fidelidad al Rey- de abierto rechazo al funcionario regio.

En efecto, si bien, el objetivo de formar una nación española única no prosperó, lo cierto es que la consagración de la ciudadanía cambió radicalmente el sentimiento cívico, la independencia era el inevitable camino, aunque más por un sentimiento libertario que por la cohesión de las clases populares.

VI. Su proyección en la formación de la República y el constitucionalismo peruano

La Constitución de Cádiz de 1812 es un hito singular en el proceso de formación del Estado y del constitucionalismo peruano. En principio, la afirmación de la soberanía popular, el cual se plasma en el reconocimiento del derecho a consentir el estado.

Este postulado forma parte del constitucionalismo histórico peruano. No ha cambiado dicho modelo en las once constituciones republicanas.

De otro lado ocurre también con los derechos y libertades. Estos han sido consagrados como dogmas desde la Constitución de 1823. Y han sido relevantes para la defensa de las personas frente a la arbitrariedad.

Dentro de esta lógica, la libertad de expresión, y su correlato, la libertad de imprenta ha tenido también la misma recepción. Y constituyeron -como de hecho

¹⁰ Citado por Vázquez Saldaña, Marco, El concepto de ciudadanía. De la Constitución de Cádiz a la Constitución Política del Estado Libre de San Luis Potosí, Tesis para optar el grado de Maestro en Historia, San Luis Potosí, 2017, p.5. Disponible: <https://colsan.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/>

hasta la actualidad- un espacio para la defensa no solo de los derechos sino del modelo democrático.

En efecto, la primera, de capital relevancia, más aun impregnada de las ideas liberales, sobre el origen del contrato social y la imperiosa necesidad de garantizar la libertad del hombre por ser un hecho natural. A partir de allí, libertad individual no solo es una manifestación convencional, sino a la par de ser un derecho, resulta un principio de constitucionalismo peruano, y del constitucionalismo democrático en puridad.

En igual postura Carpio Marcos señala que entre lo más trascendente de Cádiz está "el rechazo al despotismo absoluto, fundado en el derecho divino de los reyes, y la afirmación en su lugar del principio de la soberanía popular; así como el reconocimiento de los derechos y libertades esenciales del hombre y, entre ellos, de la libertad de imprenta".¹¹

De asentarse los postulados de la Constitución de Cádiz en el siglo XIX; de haberse extendido su vigencia, y recibido el respaldo del monarca, la estructura social del virreinato habría tenido un devenir diferente, con una clase política más madura, y con una población mas comprometida con los ideales de la nación. Con ello, y frente a la inevitable formación de las repúblicas americanas que eran inevitables, nos hubieran permitido contar con mayor conciencia cívica de la que hoy, aún carecemos.

VII. Conclusiones: resultado y discusión

La Constitución de Cádiz, pese a su densidad, trae consigo importantes conceptos y contenidos que forman parte del constitucionalismo peruano. Ratifica además el influjo de las ideas liberales materializadas con la Revolución francesa de 1789, y su correlato la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano.

Es un momento histórico irrepetible, donde a raíz de la necesidad de frenar la invasión francesa de España, los patriotas peninsulares a través de las Juntas, posibilitaron colocar en el debate, la unidad de sus territorios bajo un concepto amplio de nación, para lo cual se convocan a las Cortes.

La participación de representantes de los virreinos y de los pueblos de las nuevas Españas, aún con la inclusión de los diputados suplentes, hizo que surgieran nuevos intereses liberales, pero bajo, el juramento de fidelidad a la Corona.

Dentro de los grandes temas en debate, la ciudadanía unificada, donde los españoles de ambos hemisferios no tengan diferencias, es un evento histórico que, de haberse afianzado en los territorios españoles virreinales, probablemente habrían impedido los cónclaves independientes, y con ello, las nuevas repúblicas no hubieran surgido, o habrían sido creadas con posterioridad, en las siguientes décadas todavía. Del mismo modo, Cádiz sirvió para el desarrollo de importantes conceptos como el territorio, la soberanía, la identidad, la presencia de la Iglesia Católica, la abolición de la esclavitud y la eliminación de la tortura, entre otros temas que han impregnado fuertemente en el constitucionalismo latinoamericano, ni que decir, del peruano.

¹¹ Carpio Marcos, Edgar y otro, Evolución del constitucionalismo peruano, en Revista *Vox Juris*, Nº 31, Lima: USMP, 2016, p. 34.

Lamentablemente, la propia deslealtad de Fernando VII, su desconocimiento a la Constitución a la que se había sometido inicialmente, encendió el espíritu libertario de los americanos con el nacimiento de las nuevas Repúblicas. De esta manera, cuando se buscó el retorno a la Carta de Cádiz ya no era más que un simple acto simbólico, frente a los vaivenes políticos que abrieron las brechas con la monarquía. A ello se suma, la creación de movimientos independientes que culminaron con el inicio de la República del Perú luego de la declaración de su independencia.

Pese a todo, la Constitución de Cádiz es un antecedente con un fuerte influjo en la constitución histórica. Desde la Constitución de 1823, hasta la vigente Constitución de 1993, la carta doceañista sigue viviendo en su esencia, no solamente por la elevación a dogmas de las ideas liberales, sino además porque sus posturas nacionalistas, aún mantienen una fuerte conexión entre las repúblicas americanas con España.

Y ello que duda cabe, debe ser fuente de permanente revaloración en aras a forjar una nación sólida, conocedora de su pasado común, de cara a un futuro que demanda mayor compromisos en conjunto. A ello, la Pepa¹², y no solamente por lo prescrito en el texto constitucional, sino por todo el proceso político que significó desde su génesis hasta la aprobación de una serie de decretos convencionales, deben ser materia de permanente reflexión de cara a la unidad de los países americanos y, por supuesto, del Perú, aun hoy fracturado en gran parte por la ausencia de elementos de cohesión que se podrían extraer de la Constitución gaditana, si seguimos enfocando sus aportes, en clave prospectiva.

VIII. Bibliografía

Carpio Marcos, Edgar y otro, Evolución del constitucionalismo peruano, en Revista *Vox Juris*, N° 31, Lima: USMP, 2016, p. 34.

Del Busto, Juan Antonio, *Pizarro*. Tomo I, Lima: Ediciones Copé, 2000.

Escobar Fornos, Iván, *La constitución de Cádiz, modelo de constitucionalismo*, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 16, Madrid: 2012.

Escudero, José Antonio, *Las Cortes de Cádiz: Génesis y reformas*, Anuario de Estudios Atlánticos, núm. 59, Las Palmas: 2013.

Hampe, Teodoro, *Sobre la Constitución de 1812: las Cortes gaditanas y su impacto en el Perú*, p. 29. *Trocadero*, (24), 27-36. Disponible en: <https://revistas.uca.es/index.php/trocadero/article/view/1955>

Hernández, María del Pilar, El concepto de Nación y ciudadano en la Constitución de Cádiz, en Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3525/18.pdf>

¹² La Constitución de Cádiz de 1812, es conocida popularmente como la Pepa, por haber sido promulgada el 19 de marzo de 1812, el día del Padre y festividad de San José.

Landa, Cesar, El rol de la Constitución de Cádiz en la gestación de la independencia del Perú, *Historia Constitucional*, N° 13, 2012. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=2590/259027585014>

Llontop Sánchez-Carrión, Susana, Actuación de los Diputados Peruanos Titulares 1812-1814, Tesis para optar el grado de doctor en Historia, Lima: Pontificia Universidad Católica, 2012, p. 19. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/1578?show=full>

Rieu-Millan, Marie Laure, Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1990, p. 2.

Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín, Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812 (una visión de conjunto). En *Anuario de Derecho Parlamentario*, N° 26, Madrid: p. 191.

Vázquez Saldaña, Marco, El concepto de ciudadanía. De la Constitución de Cádiz a la Constitución Política del Estado Libre de San Luis Potosí, Tesis para optar el grado de Maestro en Historia, San Luis Potosí, 2017, p.5. Disponible: <https://colsan.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/>

EL DERECHO A LA SALUD: CAMBIO DE PARADIGMAS A PARTIR DEL CASO AZANCA ALHELÍ MEZA Y LA COVID19

Gustavo Gutiérrez Ticse¹

I Introducción

Numerosos han sido los documentos internacionales –entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 1966, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la OEA–, que han elevado el reconocimiento de la salud como un derecho humano². Sin embargo, esta revalorización ha encontrado una serie de dificultades de carácter operativo; en principio, estamos ante un derecho de carácter prestacional y de eficacia condicional. Es por esta razón que la doctrina la clasifica como un derecho de segunda generación, es decir, como parte de los denominados, derechos económicos, sociales y culturales.

En ese sentido, el ejercicio del mismo no se plasma sino a condición de la atención que los Estados le otorguen, destinen presupuestos, y generen políticas públicas. Y no solo en la habilitación de hospitales sino además en el tratamiento de una serie de afectaciones que deben ser desarrolladas en base a las necesidades de cada uno de los sectores de la población.

En el caso del Perú, la Constitución de 1993, en su artículo 9, prescribe el derecho a la salud, de la siguiente manera:

El Estado determina la política nacional de salud. El poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma

¹ Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad San Martín de Porres y Universidad Privada Antenor Orrego (PERÚ).

² Cf. Brena Sesma, Ingrid Lilian. *El derecho y la salud*. México: UNAM, 2004, pp. 102 y 103.

plural y descentralizadora para facilitar a todo el acceso equitativo a los servicios de salud.

Dicha norma, como se observa, es indeterminada. Por tanto, los gobiernos no le han dado un trato preferencial ya que prefieren invertir en infraestructura o programas sociales que sean más visibles. En ese orden de ideas, la salud no es prioridad estatal. La condicionalidad a su regulación legal le resta eficacia bajo el argumento de la falta de recursos.

Ha sido recién un mandato jurisdiccional evacuado el año 2004, en el que se da un giro sobre el tratamiento del derecho fundamental a la salud. E impacta en las políticas públicas del Perú.

El litigio es el siguiente: Azanca Alhelí Meza García, con fecha 13 de agosto del 2002, interpone acción de amparo contra el Estado peruano, representado en este caso por el Ministerio de Salud. Afirma que desde la fecha en que fue diagnosticada de tener VIH (1996), el Estado no ha cumplido con otorgarle un tratamiento integral, recetándole únicamente medicinas para tratamientos menores; que al no contar, en modo alguno, con los recursos económicos necesarios para afrontar el alto costo del tratamiento de esta enfermedad, agravada al habersele detectado cáncer de tiroides.

Por las razones expuestas, solicita que se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA, la que deberá consistir en las siguientes acciones:

- a) La provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, a efectuarse a través del programa del hospital Dos de Mayo; y
- b) La realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiera.

El Estado contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente. Señala que no implica una obligación por parte del Estado de prestar atención sanitaria ni facilitar medicamentos en forma gratuita a la demandante ni a otra persona, siendo la única excepción el caso de las madres gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada, según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Supremo N.º 004-97-SA, Reglamento de la Ley N.º 26626; añadiendo que, según los artículos 7º y 9º de la

Constitución, el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un mero plan de acción para el Estado, más que un derecho concreto.

El juez civil de Lima, con fecha 29 de octubre de 2002, declara fundada la demanda, sustentando que la Ley N.º 26626 establece que las personas con VIH/SIDA tienen atención a un tratamiento médico integral, por lo que no es admisible pretender que solo las gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada tenga derecho al tratamiento antiviral, más aun cuando las limitaciones a derechos se establecen por ley y no vía reglamento. Dicha sentencia es apelada por la demandada en razón que no establece un mandato concreto.

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 13 de agosto de 2003, revoca la sentencia apelada, declara fundada, en parte, la demanda, considerando que la situación de la demandante (madre de familia, enferma de cáncer, sin recursos económicos y sin amparo familiar previsible) debe equipararse excepcionalmente a lo previsto en el artículo 10º del Decreto Supremo N.º 004-97-SA. Nuevamente no establece ningún mandato

Con fecha 20 de abril de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, dicta sentencia constitucional, la cual concluye a favor de la recurrente no solo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por *razones fundadas* en la propia legislación de la materia que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA, mediante la promulgación de la Ley N.º 28243, que modifica la Ley N.º 26626. En ese orden de ideas, resuelve con el siguiente *decisum*:

1. Declarar **FUNDADA** la acción de amparo.
2. Ordena que se considere a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, lo que incluirá la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante y bajo su responsabilidad.
3. Exhorta a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley N.º 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.

407
auto no k

4. Ordena que la dirección del hospital tratante dé cuenta a este Tribunal, cada 6 meses, de la forma como viene realizándose el tratamiento de la recurrente.

El caso citado, es el punto de quiebre del desarrollo del derecho a la salud en el Perú, el cual si bien permitió avanzar en la ampliación de los servicios de salud, lo cierto es que el tema se ha colocado nuevamente en la cresta de la ola, con el advenimiento de la pandemia de la COVID19, y la necesidad de otorgar atención médica a los contagiados y la evidencia de las notorias carencias de los programas sanitarios.

II Metodología

Desde un enfoque normativo y jurisprudencial, el objetivo de esta investigación es contribuir al desarrollo del derecho constitucional a la salud en todas sus vertientes, como una condición sustancial para el desarrollo humano.

En este sentido, tomamos como referencia una sentencia del Tribunal Constitucional peruano, que marca un antes y un después en la tutela del derecho a la salud, lo que ha dado lugar a la implementación de políticas públicas para el acceso a los centros hospitalarios y atención medica progresiva; sin embargo la pandemia de la COVID19-

Para el análisis del problema, la presente investigación basa su análisis en tres fuentes principales de información: a) normativo, b) jurisprudencial, y c) bibliográfico.

La base de este trabajo, ha sido elaborado como parte de los Cursos Intensivos para el doctorado de la Universidad de Buenos Aires.

III Análisis crítico

El estado democrático constitucional tiene, dentro de sus deberes contemporáneos, el concretizar la plena vigencia de los derechos sociaales, entre ellas, la prestación de los servicios de salud como una política pública permanente. Ello no solo implica la

atención a las enfermedades y dolencias inmediatas, sino la transformación de la calidad de vida de las personas y, en consecuencia, de su bienestar general³:

Como expone el Tribunal Constitucional:

“La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento orientado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar los medios que al enfermo le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social”⁴.

En esta perspectiva, darle realce constitucional a la salud no solo significa mejores condiciones sanitarias en la atención que brinda el Estado, sino sobre todo el deber de no justificar su inacción en la falta de presupuesto. Por todo ello, si bien la inclusión de los programas de salud requiere de gasto e inversión, la atención que le brinde el gobierno a la salud demostrará la verdadera vocación de servicio de los gobernantes. Precisamente, aquí es uno de los grandes nudos entre el deber de tutela y la inacción de la autoridad.

En el caso Alehí Azanca Meza, la accionante demandaba que se le otorgara atención médica integral por ser paciente con VIH; sin embargo, tal tipo de atención solo era procedente para madres gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada, según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Supremo N.º 004-97-SA, Reglamento de la Ley N.º 26626; con lo cual, la norma complementaria que configuraba el derecho en cuestión la excluía del beneficio del tratamiento gratuito.

Los órganos judiciales si bien consideran que Azanca Meza debe recibir atención gratuita, no concretizan un mandato a la administración. Es por ello que la accionante

³ Cf. *Mesa de Trabajo de Bogotá sobre Desplazamiento Interno*. Boletín N.º 13 del 2005. Disponible en el siguiente link:
<http://www.disaster-info.net/desplazados/informes/mencoldes/13/bole-tin13.pdf>

⁴ Exp. No. 2945-2003-AA/TC.

recurre al Tribunal Constitucional, el mismo que emite una sentencia relevante en dos niveles: El primero, en favor de Azanca Meza para su tratamiento. Y, el segundo, en favor de la implementación de los derechos sociales y su proscripción de la discrecionalidad gubernamental en su ejecución bajo el argumento de insuficientes recursos presupuestales. En efecto, el Alto Tribunal señala lo siguiente:

“Es importante que la ejecución presupuestal en las políticas sociales deje de ser vista como un mero gasto y se piense, más bien, en inversión social en aras del cumplimiento de un fin comunitario. Únicamente cuando todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar, podrán realizar satisfactoriamente sus planes de vida y, por consiguiente, brindar un mejor aporte a la sociedad en su conjunto, lográndose, de este modo, un mayor desarrollo como país”⁵.

Pero aún más, estos derechos deben merecer un tratamiento adecuado. El Tribunal deja sentada su posición al respecto:

“No se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente”⁶.

Sin embargo, la decisión del Alto Tribunal planteó un problema (como el que ahora asumimos con mayor atención por la pandemia del COVID19): la ausencia de presupuesto adecuado, una falta notoria de compromiso gubernamental, y la codirección de la economía nacional por la tecnocracia, con las instituciones internacionales, más interesadas en el pago de servicio de la deuda externa y en reducir el aparato estatal para imponer el modelo económico basado en el mercado.

⁵ Exp. N.º 2945-2003-AA/TC, f.j. 44.

⁶ Exp. N.º 2945-2003-AA/TC, f.j. 11.

En efecto, como lo hacen notar Aldao y Clérigo para el caso de Argentina, que en clave similar aplica al Perú: “Este estuvo dado por fuertes políticas neoliberales recetadas desde los organismos de crédito internacional, léase, entre otros, FMI y Banco Mundial. Esa política se concretizó a través de leyes y varios decretos de necesidad y urgencia sobre emergencia económica y, por el otro lado, reforma del Estado. Estas normas tenían como transfondo la reducción del aparato estatal, la privatización y desregulación de los servicios públicos, la descentralización del sistema de salud, la profundización de la descentralización de sistema de educación básica y terciaria, la flexibilización laboral. Para asegurar los contratos surgidos de las privatizaciones y de otras inversiones el Estado firmó más de cuarenta tratados bilaterales de comercio que, entre otras, cláusulas establecen la sujeción de los conflictos que surge de la implementación de esos contratos al arbitraje del CIADI. En fin, los gobernantes de entonces aceptaron que el Estado perdiera en buena parte el poder regulatorio estatal (BIDART CAMPOS 1999 y VITA 2013).¹⁰ Para PISARELLO¹¹ (2011) la reforma de 1994 responde a constituciones (interpretamos como constituciones fácticas en el sentido de LASALLE (1964: 61) que incluían una mayor contención del gasto público, la apuesta a las privatizaciones, por la liberación del comercio internacional, las inversiones extranjeras y la retirada de los controles públicos sobre los poderes del “mercado”⁷.

Es lo mismo que ocurre en el Perú. Sujeto a las condicionantes internacionales, la inversión en el gasto público, esta focalizada en los intereses de los grandes agentes económicos.

En consecuencia, en el Perú, si bien con la sentencia aludida se abre paso a un mayor reconocimiento a la salud como garante de la dignidad y su proyección en derechos intrínsecos como vida, libertad e igualdad, no es menos cierto que significó un verdadero avance.

Aldao y Clérigo sostienen lo mismo: “Así nos queda, apenas sancionada la reforma, un mapa amplio de la igualdad, que no obstante permanece encorsetado por un marco neoliberal y por ende incapaz de desplegar todo su potencial. En suma, en qué medida la idea de Constitución actual sea pertinente para pensar en arreglos institucionales

⁷ Aldao, Martín – Clérigo, Laura. La igualdad “des-enmarcada”: A 20 años de la reforma constitucional argentina de 1994. En *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año VIII, No. 13, Buenos Aires: 2014, p. 12.

eficaces para generar condiciones materiales de existencia digna de cara a la concentración de poder en el ámbito nacional y de concentración de poder económico y financiero en el marco global dependerá, fundamentalmente, de la capacidad de los pueblos para revertir este des-enmarcamiento (mis-framing)¹³ (FRASER 2008: 43) que mantiene atado el potencial igualitario de la Constitución. Porque este corrimiento del Estado, y por ende de la política tradicional, partidaria asociada a éste, fue precisamente lo que dio lugar al desarrollo de procesos democrático-participativos que tuvieron como protagonistas durante la primera década de este milenio a los pueblos de Latinoamérica”⁸.

En efecto, las demandas de salud de personas vulnerables, como es el caso de niños y adultos mayores, personas afectadas por daños psicológicos (salud mental), y por enfermedades letales como el dengue en la amazonía peruana, y ahora con el COVID19, evidencian la grave situación por la ausencia de políticas públicas durante estos años de parte del Estado en materia de derechos sociales.

Y es que, como enfatizan Aldao y Clérico, el Estado tiene en materia de salud por lo menos, de tres tipos de hacer:

“a) De aprobar leyes u otras normas que terminen de generar las condiciones para que el sujeto titular pueda hacer uso de su derecho sin necesidad de tener que transitar la vía administrativa, judicial o de cualquier otro tipo para reclamar por el ejercicio efectivo de los derechos; por ejemplo, las leyes sobre sistema nacional de salud (Leyes 23.660 y 23.661), las normas sobre Programa Médico Obligatorio (PMO y PME), las leyes sobre Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable (Ley 25.673 y Decreto 1282/03) y sobre Anticoncepción Quirúrgica (Ley 26.130), de Fecundación Asistida (Ley 26.862), la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Personas con Discapacidad Ley 24.901), la Ley Reguladora de las Empresas de Medicina Prepaga (Ley 26.682), y sobre objetivos específicos (HIV, Plan Materno-Infantil, Plan Federal de Chagas, entre otros);

b) De organización y procedimiento que exigen que el Estado haga algo suficiente y eficaz en el sentido de determinar y disponer de la organización y procedimientos indispensables para que se puedan realizar los derechos, controlar, fiscalizar y coordinar

⁸ Aldao, Martín – Clérico, Laura. Ibidem.

las acciones de los agentes de salud para prevenir incumplimientos y establecer procedimientos eficaces de exigibilidad para los casos de incumplimiento por acción u omisión de las obligaciones. Asimismo, implican obligaciones de organización y procedimiento para implementar acciones positivas para dar respuesta a las fuertes desigualdades en el “desarrollo humano” entre las provincias, generadas por fuertes diferencias en las estructuras políicoadministrativas, económicas y sociales de las diferentes provincias, que implican que no todas cuenten con las mismas armas para cumplir con las obligaciones que surgen del derecho a la salud. Si, por ejemplo, el estado nacional ponderó que las prestaciones - que surgen en forma enumerativa de la ley 24.901-, estén a cargo de las obras sociales, tiene que generar un sistema de control eficaz para que aquellas obras sociales no adheridas logren garantizar, por lo menos, prestaciones similares. De lo contrario no hace más que petrificar la desigualdad de hecho de las personas en situación de desventaja estructural que el constituyente del 94 diagnosticó (art. 75 incisos 23 y 73 CN) y que mandó a remediar, además, a través de medidas de acción positiva (argumento del art. 75 incisos 22 y 23 CN); y

c) De dar, por ejemplo, la entrega de medicamentos, prótesis, sillas de ruedas, etc.; la prestación directa de servicios de salud; Hnanciamiento de tratamientos y operaciones”⁹.

Estas actividades no se han dado en toda su magnitud como debió ocurrir, pero en lo que es más la vía de la actuación judicial si bien se habilitado en el Perú, con el caso Azanca Meza, lo que ha dado lugar a otras importantes decisiones como por ejemplo en el derecho a la salud mental (Exp. No. 3081-2007-PA/TC), el derecho al agua potable (6534-2006-PA/TC), lo cierto se advierte la necesidad de que no solamente las políticas del Estado deben ser implementadas permanentemente, sino además que se habiliten adecuadamente los mecanismos jurisdiccionales para su tutela.

Como asevera León Florián, “[e]stos casos son ciertamente los más complejos y suelen enfocarse desde perspectivas y técnicas especiales insertas en lo que se conoce como el litigio estructural o complejo. Este litigio se caracteriza porque su solución no involucra solo a la autoridad o funcionario que deniega la atención del derecho, sino porque supone la superación de un estado de cosas complejo y estructural que implica una

⁹ Aldao, Martín – Clérico, Laura. La protección del derecho constitucional a la salud en Argentina, en Revista *Gaceta Laboral*, Vol. 21, No. 3 (2015). Maracaibo: Universiad de Zulia, 2015, pp. 43-244.

coordinación compleja de diversas instituciones del Estado que permitan diseñar la política pública adecuada que realice el derecho social a favor de un grupo amplio de personas que se encuentran privados de su goce efectivo. Estos casos, sin embargo, se encuentran marcados también por fuertes controversias respecto a su viabilidad y legitimidad, tanto por la mentada falta de capacidad técnica e institucional de los jueces para hacerse cargo de asuntos complejos, como por la aludida invasión de competencias de los jueces en asuntos que les correspondería a las autoridades políticas”¹⁰. En efecto, como señala Pisarello, “De lo que se trataría, por el contrario, es de señalar la existencia de múltiples órganos e instituciones que pueden y deben intervenir en su protección, con prioridad incluso sobre aquellos de tipo jurisdiccional: desde los órganos legislativos y administrativos hasta las diversas variantes de órganos externos de control, como las defensorías del pueblo o los tribunales de cuentas”¹¹.

Pero quizás, de los instrumentos más relevantes, son los de tipo jurisdiccional, es decir, los procesos, o denominados también, garantías constitucionales (hábeas, corpus, amparo, acción de cumplimiento, entre otros). Sin ellos, los derechos serían meras declaraciones en papel. La idea central del estado democrático constitucional, es la plena vigencia y efectividad de los mismos. En ese orden de ideas, estos mecanismos, deben servir para combatir la inequidad, la injusticia, y la diferencia de trato o desatención de personas vulnerables.

He allí el reto en la afirmación de los derechos fundamentales de índole social. Ávila Santa María enfatiza al respecto: “es de esperar que esta herramienta la usen los más necesitados y no los que tienen mayor acceso a la administración de justicia”.

Nuestras Constituciones exigen jueces y juezas comprometidos, con considerables dosis de imaginación jurídica y hasta cierta inventiva judicial, activistas, comprometidos no con la ley sino con los derechos. Las garantías permiten que los funcionarios del Estado, particularmente los jueces y juezas, puedan alterar la realidad de exclusión, discriminación y sufrimiento”¹².

¹⁰ León Florián, Felipe Johan. El derecho a la salud en la jurisprudencia del TC peruano. En *Revista Pensamiento Constitucional*, No. 19. Lima: PUCP, 2014, p. 408.

¹¹ Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 112.

¹² Ávila Santamaría, Ramiro. *Las garantías constitucionales en perspectiva andina*. En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 25. Puebla: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2010, pp. 92-93.

III

La pandemia y su impacto en las políticas públicas en materia de salud

En este proceso de afirmación de la salud como derecho social de eficacia progresiva, qué duda cabe que la pandemia de la COVID19 ha freando por el alto impacto que ha evidenciado en el Perú, un déficit abismal en cuanto a infraestructura y programas sanitarios.

Los reportes de las entidades multilaterales y estatales en materia de salud han señalado que en el caso peruano, el índice de mortalidad ha sido altamente elevada. Mas de treinta mil muertos y cerca de novecientos mil contagiados¹³, ha sido el resultado no solamente de una deficiente administración gubernamental de la pandemia, sino además la falta de infraestructura básica debido a la falta de una inversión sostenible en el rubro, en personal médico, hospitales, camas para cuidados intensivos, oxígeno, entre otros insumos. Realidad por cierto a la que no escapa toda América Latina.

Es por ello que a nivel parlamentario, se viene discutiendo una reforma constitucional que habilite un porcentaje básico para la inversión estatal en materia de salud. Se plantea modificar el artículo 7 de la Constitución para que el presupuesto mínimo sea no menor de 6% del PBI.

Dicha propuesta, pese a que resulta inapropiada desde un punto de vista formal, ya que las constituciones perdurables son aquellas de carácter principista antes que las de tipo reglamentarista, tomando en cuenta que el presupuesto es finito y obedece a la dinámica de la economía, resulta sí un tema de alta relevancia y que puede dar lugar a sendas modificaciones legales a efectos de garantizar la inversión pública a todo nivel en materia de salud, ni qué decir, de un ineludible proceso de reforma del Estado que optimice la labor de la burocracia en la tutela de los derechos económicos, sociales, culturales, y ambientales (DESCA), como es el caso, del derecho a la salud.

Como concluye Costafreda, “[e]l impacto desigual de la crisis tiene dos expresiones preocupantes. Por un lado, el impacto desigual entre individuos, las desigualdades verticales, que lo sitúan en posiciones diferentes según el decil de distribución del

¹³ Ver: https://covid19.minsa.gob.pe/sala_situacional.asp

115
auto que

ingreso o renta al que pertenezcan. Por otro, el impacto desigual por el hecho de pertenecer a un colectivo, las desigualdades horizontales: por el hecho de ser mujer, indígena o afroamericana, lo que limita enormemente el marco de oportunidades de realización vital, y en el caso de la crisis, de sobreponerse a la misma”¹⁴.

Hay pues inequidades sociales que no son propias de la pandemia, pero que enfrentamos como consecuencia de la necesidad de operativizar los derechos sociales como es el caso de la salud, en donde el Gobierno y los poderes públicos tienen que implementar sendas políticas para su universalización, característica esencial de todo derecho social.

IV

Resultados y Discusión

La salud es un derecho social complejo, y que como parte de los derechos prestacionales que demandan presupuesto, resultan condicionados a la eficacia con la que las administraciones públicas. Ello ha generado que, en muchos casos, el Estado no brinde los servicios necesarios para poder otorgar un servicio adecuado en situaciones impostergables como ocurre con las enfermedades epidémicas, las de grave degeneración o aquellas en donde la extrema pobreza o el riesgo a la vida del colectivo resulten altamente potenciales.

Ciertamente, todo el modelo social y económico internaliza que la salud no es un deber ni un mandato, sino un servicio que cuesta al ciudadano.

La crisis de la COVID19 ha puesto de relieve, como una vez más, como explica Costafreda, la importancia de lo público. “La coyuntura de la pandemia será la prueba de fuego para recuperar la legitimidad de resultados de las democracias en América Latina. Una región donde, según el Latinobarómetro, cerca de un 80% de la ciudadanía cree que se gobierna para unos pocos”¹⁵.

¹⁴ Costafreda, Andrea. Lluvia sobre mojado en América Latina: El impacto social de la pandemia en una región atravesada por las desigualdades. En Revista *Pensamiento Iberoamericano*, N° 9, Madrid: Secretaría General Iberoamericana, 2020, p. 85.

¹⁵ Costafreda, Andrea. Op. cit., p. 88.

En el mismo horizonte, el especialista *Ciro Maguiña* ha sido claro de cara al proceso de adaptación a los nuevos tiempos: “una vez pasada la epidemia, exigirá al Estado Peruano, el inicio de una profunda reforma sanitaria, que apunte a un sistema único y universal de la salud, integrado y coordinado, donde se retome el rol rector del Ministerio de Salud, y que además se cuente con recursos económicos sólidos y reales, que sirvan a su vez para tener una red nacional de laboratorios moderna, integrada y de excelente calidad en beneficio de toda la Sociedad Peruana”¹⁶.

IV Conclusiones

La salud forma parte de los llamados derechos económicos sociales, culturales y ambientales (DESCA). Es un derecho denominado de eficacia condicionada, prestacional, progresivo, mediato. El ejercicio del mismo no se plasma sino a condición de la atención que los Estados le otorguen, destinen presupuestos, y generen políticas públicas.

En el Perú, ha sido recién a través de un mandato jurisdiccional evacuado el año 2004, en el que se da un giro al tratamiento de la salud como un verdadero derecho fundamental. Es la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el año 2004, en el caso amparo interpuesto por Azanca Alhelí Meza García por violación de su derecho a la vida, la salud, y su dignidad, al negarsele la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, así como a la realización de exámenes periódicos, y pruebas de CD4 y carga viral, las cuales si son otorgadas por Ley y Reglamento, a las madres gestantes infectadas con el VIH y todo niño nacido de madre infectada.

La decisión del Alto Tribunal amparó el pedido de tutela, pero además, planteó un problema (como el que ahora asumimos con mayor atención por la pandemia del COVID19): la ausencia de presupuesto adecuado, una falta notoria de compromiso gubernamental, y la codirección de la economía nacional por la tecnocracia, con las

¹⁶ Maguiña Vargas, *Ciro*. Reflexiones sobre el COVID-19, el Colegio Médico del Perú y la Salud Pública. Disponible en el siguiente link:
http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1728-59172020000100008&script=sci_arttext

147
auto de este

instituciones internacionales, más interesadas en el pago de servicio de la deuda externa y en reducir el aparato estatal para imponer el modelo económico basado en el mercado. Complejidad social y política usual en latinoamerica como ocurre en la Argentina, Colombia, el Perú, etc.

Esta decisión del Tribunal Constitucional marca un antes y un después. Es un punto de referencia para la revaloración de la salud, y de todos los derechos que forman parte de los llamados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

En ese orden de ideas, resulta relevante afianzar las garantías constitucionales como el caso del proceso de amparo, para combatir la inequidad, la injusticia, y la diferencia de trato o desatención de personas vulnerables.

He allí el reto en la afirmación de los derechos fundamentales de índole social, lo que impone al poder político la ejecución de políticas públicas, con mayor énfasis en el mundo *post* pandemia, el cual ya no será el mismo, y las alertas para el control de contagios de nuevas enfermedades deberá dar lugar a una mayor focalización del gasto público en el derecho a la salud de sus ciudadanos.

De lo contrario, corresponderá a los jueces y tener que actuar en última ratio para reivindicar los derechos de los grupos más vulnerables en el acceso a la salud.

IV Bibliografía

- Aldao, Martín – Clérico, Laura. La igualdad “des-enmarcada”: A 20 años de la reforma constitucional argentina de 1994. En *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año VIII, No. 13, Buenos Aires: 2014.
- Aldao, Martín – Clérico, Laura. La protección del derecho constitucional a la salud en Argentina, en *Revista Gaceta Laboral*, Vol. 21, No. 3 (2015). Maracaibo: Universiad de Zulia, 2015.
- Avila Santamaría, Ramiro. *Las garantías constitucionales en perspectiva andina*. En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 25. Puebla: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2010.
- Brena Sesma, Ingrid Lilian. *El derecho y la salud*. México: UNAM, 2004, pp. 102 y 103.

117-6
Cto de Te
6

- Costafreda, Andrea. Lluve sobre mojado en América Latina: El impacto social de la pandemia en una región atravesada por las desigualdades. En Revista *Pensamiento Iberoamericano*, N° 9, Madrid: Secretaria General Iberoamericana, 2020.
- León Florián, Felipe Johan. El derecho a la salud en la jurisprudencia del TC peruano. En Revista *Pensamiento Constitucional*, No. 19. Lima: PUCP, 2014, p. 408.
- Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 112.
- Maguiña Vargas, Ciro. Reflexiones sobre el COVID-19, el Colegio Médico del Perú y la Salud Pública. Disponible en el siguiente link: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1728-59172020000100008&script=sci_arttext
- *Mesa de Trabajo de Bogotá sobre Desplazamiento Interno*. Boletín N.º 13 del 2005. Disponible en el siguiente link:
- <http://www.disaster-info.net/desplazados/informes/mencoldes/13/bolet- tin13.pdf>

Sobre la obra

La obra continúa la obra de los estudiosos de la materia en el sistema constitucional de la República, especialmente en el ámbito del Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

Ante la necesidad de una obra que sirva de apoyo a los estudiantes de la carrera de Derecho, el autor ha querido reunir en esta obra los conocimientos que ha adquirido en su experiencia profesional y académica, así como los conocimientos que ha adquirido en su experiencia profesional y académica, así como los conocimientos que ha adquirido en su experiencia profesional y académica.

En la obra se han incluido los conocimientos que ha adquirido en su experiencia profesional y académica, así como los conocimientos que ha adquirido en su experiencia profesional y académica, así como los conocimientos que ha adquirido en su experiencia profesional y académica.

Sobre el autor

Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es profesor de la materia de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima. Es autor de la obra "Derecho Constitucional" publicada por la Universidad de Lima. Es autor de la obra "Derecho Constitucional" publicada por la Universidad de Lima.

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad San Martín de Porres (Lima) y en la Universidad Alameda (Lima). Es autor de la obra "Derecho Constitucional" publicada por la Universidad de Lima. Es autor de la obra "Derecho Constitucional" publicada por la Universidad de Lima.



La Constitución Política y el Código Procesal Constitucional

Gustavo Gutiérrez Tinsa



La Constitución Política y el Código Procesal Constitucional

Estudios introductorios, jurisprudencias sumuladas, concordancias, índices analíticos

Gustavo Gutiérrez Tinsa

178

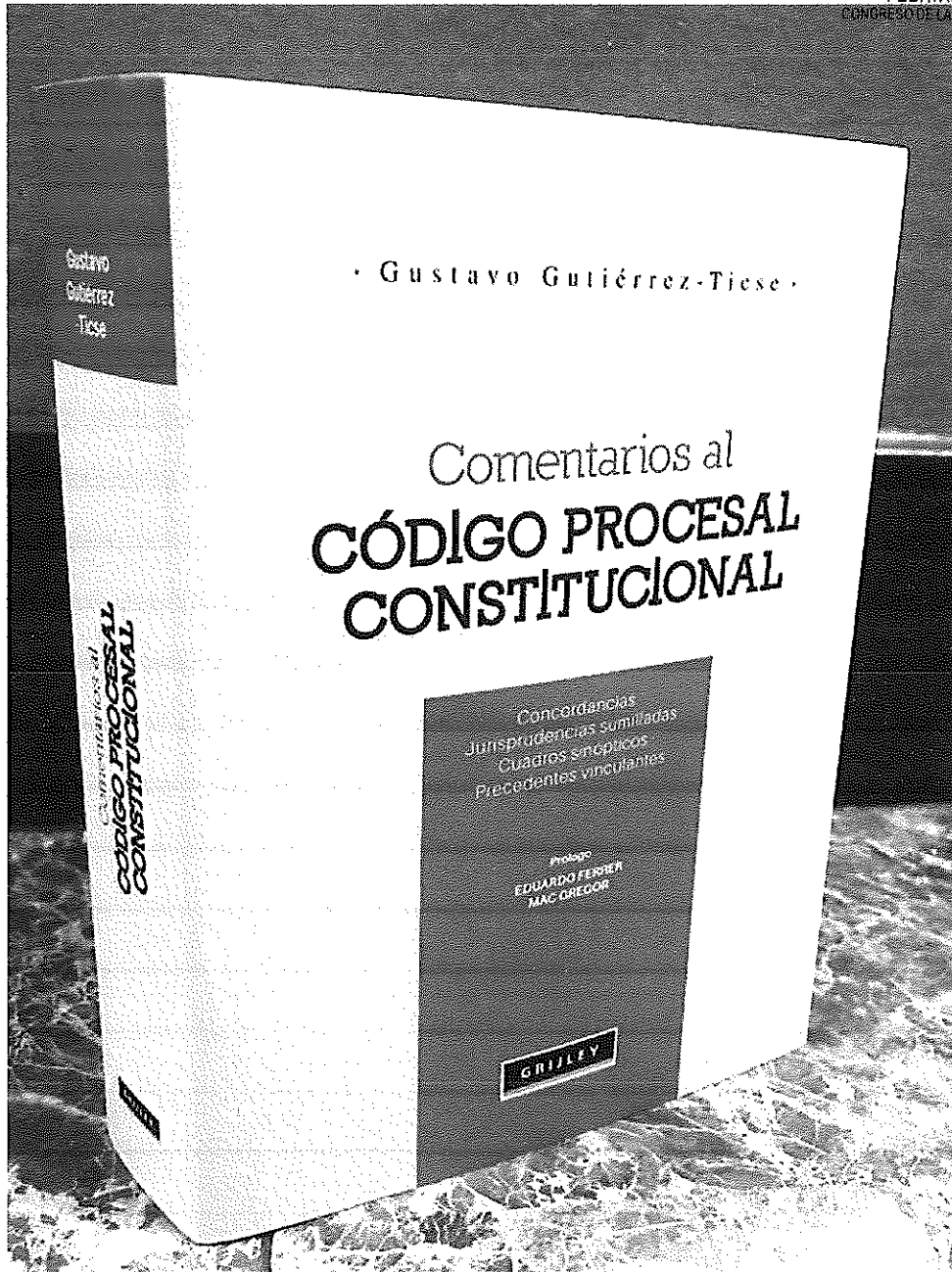
119
CERTIFICO QUE:

El presente documento es idéntico al original
que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo
responsabilidad.

auto dice

Lima, 28 OCT 2020

Beker
BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA



TESTIFICACIÓN

El presente documento se adjunta al original
que se encuentra en la sede de la
responsabilidad.

Libro

23 OCT 2020

3
SEPT 2020
LIBRERIA
C/ALFONSO XARAYO, 1
08001 BARCELONA

Introducción al derecho procesal constitucional con el fin de
comprender el funcionamiento de la justicia constitucional y el
sistema de control de la actividad de la administración pública.

El presente libro es una obra de carácter divulgativo y de
carácter informativo que pretende dar a conocer el funcionamiento
del sistema de control de la actividad de la administración pública
y el sistema de control de la actividad de la administración pública.
El presente libro es una obra de carácter divulgativo y de
carácter informativo que pretende dar a conocer el funcionamiento
del sistema de control de la actividad de la administración pública
y el sistema de control de la actividad de la administración pública.



GRILEY

INTRODUCCION AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Gustavo Gutiérrez

Gustavo Gutiérrez

INTRODUCCIÓN AL
DERECHO
PROCESAL
CONSTITUCIONAL

GRILEY

EXEMPLEO DE:

El presente documento es
cua tengo a la vista, la ver-
dad y la responsabilidad.

Una.

23 OCT

Ben

Prácticos
de procesos
constitucionales

GUSTAVO GUTIERREZ

PROCESO COMPETENCIAL



GRILEY

Lima, 23 OCT 2020

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

El rol constitucional de la Contraloría General de la República y el control simultáneo

Gustavo GUTIÉRREZ TICSE*

El autor reflexiona sobre el rol de la Contraloría General de la República y aborda su función de control gubernamental a la luz de la reciente Ley N° 31016. Para tales efectos, en primer lugar, desarrolla la importancia del control gubernamental; en segundo lugar, advierte la necesidad de regular la potestad sancionadora de la Contraloría; y, finalmente, se pronuncia sobre el control simultáneo así como critica la ley recientemente promulgada en el actual contexto de estado de emergencia.

RESUMEN

» PALABRAS CLAVE

Contraloría General de la República / Control simultáneo / Ley N° 31016 / Habilitación presupuestal / COVID-19

Recibido : 22/04/2020

Aprobado : 23/04/2020

I. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LA IMPORTANCIA DE CONTROL GUBERNAMENTAL

La Contraloría General de la República es una institución tutelar que ha evolucionado a lo largo de la historia de la República. La Constitución inicial ya disponía la creación de una Contaduría General con un jefe y los

empleados necesarios para “examinarse, glosarse y fenecerse las cuentas de todos los productos en inversiones de la Hacienda”.

Sin embargo, es recién en el siglo XX, como recuerda García Cobian, que “se crea la Contraloría General de la República. Su primera mención formal se hace a través del Decreto Supremo S/N de 26 de setiembre de 1929, durante el gobierno de Augusto B. Leguía” (García, 2014, p. 18).

A partir de entonces la Contraloría General asume el control de la actividad financiera del Estado. Se afianza como un órgano autónomo y técnico sujeto a su ley orgánica. Al tratarse de un órgano de control de todo el aparato estatal, el Contralor es designado

* Profesor de Derecho Constitucional USMP-UPAO.

de manera mixta bajo una fórmula de contrapeso, entre el Poder Ejecutivo que lo propone, y el Congreso que lo elige. El periodo es por siete años, para no equiparar ni coincidir con la elección del Presidente de la República, su mayor controlado en tanto que personifica al Gobierno.

En ese sentido, el control de la actividad gubernamental se constituye un instrumento de capital relevancia para el desarrollo nacional. El ejercicio del poder por los cánones constitucionales impone no solo el reparto funcional de competencias nacionales y subnacionales, sino además de mecanismos reales de fiscalización, tanto por los estamentos políticos como el que desempeña el Congreso de la República, como el funcional, que es propiamente el rol de la Contraloría y del Sistema Nacional de Control que éste preside, y la integran los Órganos de Control Institucional de las entidades estatales, y las sociedades de auditoría externa independientes, cuando son designadas por la propia Contraloría.

Se trata de una entidad, *ergo*, no solo de alta relevancia, sino además de gran complejidad, tomando en cuenta que el universo del control es amplio al tener el Estado no solo la función de gendarmería, sino además el bienestar general, lo que quiere decir que la Contraloría tienen que supervisar la legalidad y ejecución del presupuesto de Estado, que se destina anualmente a todas las actividades donde se fijan las inversiones estatales. En otras palabras, ejerce el control gubernamental, conforme lo señala el artículo 6 de la Ley N° 27785, consistente en

(...) la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la

Mientras el Presidente de la República es el dignatario encargado del gobierno y rector del gasto, el Contralor es quien va verificar el correcto uso de dichos recursos y liderar la lucha contra la corrupción estatal.

CERTIFICO QUE:

El presente documento es idéntico al original que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad.

gestión pública, en su acción al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines

de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes.

En todo esto es significativo el liderazgo que asume el Contralor General de la República, quien no sólo debe ser una persona con altas credenciales profesionales y éticas, sino también de clara afirmación de los principios democráticos. Mientras el Presidente de la República es el dignatario encargado del gobierno, por tanto, rector del gasto, el contralor es quien va controlar el correcto uso de dichos recursos y liderar la lucha contra la corrupción estatal. Por tales razones, su ascendencia y capacidad para asumir esta función compleja deben ser solventes.

II. LOS PODERES DE LA CONTRALORÍA: LA NECESIDAD DE REGULAR LA POTESTAD SANCIONADORA

La Constitución es escueta en cuanto a las competencias de la Contraloría, por lo que debería desarrollarse *de lege ferenda*, una reforma constitucional, aunque en lo fáctico sus atribuciones son implícitas y están reguladas en su ley orgánica.

Ello implica que la regulación legal contemple *in extenso* su poder de control (previo, simultáneo y posterior), y un marco normativo que regule los tipos infractorios administrativos.

23 OCT 2020

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

CERTIFICO QUE:

El presente documento es idéntico al original que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad.

ANÁLISIS Y CRÍTICA

129
23 OCT 2020
Beker
BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Sin embargo, el control gubernamental no ha tenido un derrotero feliz. El Tribunal Constitucional, mediante la STC Exp. N° 00020-2015-PI/TC, declaró inconstitucional la Ley N° 29622, que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República para expulsar del sistema jurídico, el marco de infracciones administrativas con la que sanciona la entidad, por una deficiente técnica de tipificación del artículo 46 de la citada norma al remitir al reglamento materias propias de la Ley.

Para el alto tribunal, la configuración de infracciones administrativas de la Ley N° 29622 es arbitraria en tanto y en cuanto vulnera los principios de legalidad y de tipicidad. Así lo precisa en los fundamentos 46 y 56 de la citada sentencia:

Por tanto, al desarrollar normas con rango de ley, los reglamentos no pueden desnaturalizarlas creando infracciones sin una debida base legal. Admitir lo contrario implicaría aceptar una desviación de la potestad reglamentaria y vaciar de contenido los principios de legalidad y tipicidad que guardan una estrecha relación con el derecho fundamental al debido proceso.

(...)

Por todo lo expuesto, corresponde declarar fundada la demanda en este extremo y; en consecuencia, declarar inconstitucional el artículo 46 de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley N° 29622,

La STC Exp. N° 00020-2015-PI/TC ha generado un menoscabo en las competencias de la Contraloría. Paralizó la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores. Y pese a ello, la nueva regulación está pendiente de ser aprobada por el Congreso.

en su totalidad. (STC Exp. N° 00020-2015-PI/TC, ff. jj. 46 y 56).

La tipificación de las inconductas administrativas, las cuales, al ser expresiones de la función represiva del Estado, deber ser preestablecidas y claramente definidas en su núcleo básico a nivel de la ley.

En otras palabras, si bien es admisible la configuración de algunos presu-

puestos externos de un tipo administrativo en atención al principio de colaboración subordinada del reglamento, ello no puede significar una apertura a la administración para que sustraiga de la Ley, las infracciones administrativas en su estructura básica.

Esta declaratoria de inconstitucionalidad ha generado un menoscabo en las competencias del órgano rector del control gubernamental. Paralizó la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores. Y pese a ello, la nueva regulación normativa está pendiente de ser aprobada por el Congreso de la República.

III. EL CONTROL GUBERNAMENTAL Y SUS MODALIDADES

Por otro lado, el control gubernamental es otra de las funciones básicas de la Contraloría. De acuerdo al artículo 7 de la Ley N° 27785, Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República:

El control interno comprende las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control, con la finalidad que la

23 OCT 2020

Baker

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectúe correcta y eficientemente. Su ejercicio es previo, simultáneo y posterior.

Sin embargo, el control simultáneo es excepcional. Así, el artículo 8 de la citada Ley, dispone lo siguiente:

En concordancia con sus roles de supervisión y vigilancia, el control externo podrá ser preventivo o simultáneo, cuando se determine taxativamente por la presente Ley o por normativa expresa, sin que en ningún caso conlleve injerencia en los procesos de dirección y gerencia a cargo de la administración de la entidad, o interferencia en el control posterior que corresponda.

El control simultáneo externo surge como una fórmula que permite contener los actos gubernamentales deficientes, usualmente en manos de la propia entidad que ejecuta el gasto. Precisamente, en la fase de la ejecución es donde se concretizan los actos irregulares tales como sobrevaloraciones de precios, direccionamiento de proveedores, etc. El control simultáneo externo, en cambio, con la intervención de la Contraloría, permite mejorar la calidad del gasto ya que se reduce la posibilidad para lo ilegal. Lo hemos visto con las obras realizadas para los Juegos Panamericanos, y lo vemos en recientes casos en los que la Contraloría ha advertido mediante informes de orientación de oficio, la sobrevaloración de compras tales como ventiladores, mascarillas descartables, etc.; entre otros requerimientos para la lucha contra la COVID-19.

El Congreso aprobó la Ley N° 31016, y dispuso la intervención simultánea de la Contraloría durante el periodo de la emergencia sanitaria. Es una norma reiterativa y que coloca en ciernes dicha competencia, al establecerse una disposición de sujeción presupuestal al Gobierno.

En ese orden de ideas, más allá de darle ~~esta~~ competencia —que, por cierto, ya la tiene—, la Contraloría requiere contar con el presupuesto necesario que le permita ejecutar dicho control de manera simultánea. Sin embargo, el Congreso de la República ha aprobado la Ley N° 31016, a pedido del gobierno, para disponer la intervención simultánea de la Contraloría durante el periodo de la emergencia sanitaria por

la COVID-19. Se trata tal cual, de una norma reiterativa, pero que, además, coloca en ciernes dicha competencia, al establecerse en su primer artículo una disposición de sujeción presupuestal al Gobierno. El artículo 1 de la citada Ley, en su último párrafo, señala someramente lo siguiente: “El Poder Ejecutivo asigna los recursos presupuestales adicionales necesarios para aplicar el control simultáneo a los recursos públicos destinados a la emergencia sanitaria por el COVID-19”.

Se trata, de la manera como ha sido aprobada, de una ley innecesaria y sin mayor relevancia. El control simultáneo existe legalmente, lo que no se provisionan son los recursos presupuestales necesarios para su implementación. En efecto, acompañar el proceso de ejecución del gasto público de miles de entidades estatales demanda que la Contraloría cuente que el personal y material necesario.

Lo que sí resulta capital, *ergo*, es que una nueva Ley establezca algunos mecanismos de articulación entre el control simultáneo con el posterior, pero, sobre todo, la habilitación presupuestal para que este se realice de manera ordinaria. Sería un importante avance en la consolidación de sistema

126

with ser

2-3 OCT 2020

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

de control gubernamental, y la mejor herramienta para la lucha contra la corrupción.

Además de ello, se hace necesario garantizar la autonomía. Los órganos encargados de fiscalizar el gasto deben contar con el presupuesto claramente señalado en la Ley, y no dejarse en manos de la administración para que este los asigne de forma discrecional. En otras palabras, como esquematizó el tema el actual contralor Nelson Shack, la fórmula que se adopte no puede terminar dando el poder de definir el ámbito del control al controlado, como ha sucedido con la Ley N° 31016.

En definitiva, el control simultáneo es una atribución de la Contraloría. Se hace imperativo su desarrollo en todas las entidades del Estado. La Ley debe definir la asignación presupuestal en la misma norma para evitar el menoscabo de tan importante rol de parte del Poder Ejecutivo. De lo contrario, será muy difícil articular un sistema de control a todo nivel, cuando con los recursos presupuestales los determina el "controlado". En consecuencia, la presencia real en todas las entidades estatales entre nacionales, regionales y municipales, se hace nominal.

IV. CONCLUSIONES

El control gubernamental constituye un instrumento de capital relevancia para el desarrollo nacional. Optimiza los recursos estatales y afirma la ética pública, como condición esencial en el ejercicio de la función estatal.

En este sentido, la norma constitucional configura un Sistema Nacional de Control, el cual tiene a la Contraloría General de la República como su órgano superior.

Los órganos encargados de fiscalizar el gasto deben contar con el presupuesto claramente señalado en la Ley, y no dejarse en manos de la administración para que este los asigne de forma discrecional.

Por lo tanto, este organismo constitucional tiene por finalidad supervisar la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. En otras palabras, ejerce el control gubernamental, conforme lo señala el artículo 6 de la Ley

N° 27785, consistente en

(...) la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes.

En ese orden de ideas, si bien el mandato supervisor es claro, en cuanto al deber correctivo, su competencia es parte de su propia condición de órgano de control, sobre todo en el modelo peruano, que configura el diseño de la Contraloría a partir de su Ley Orgánica, formando en este extremo un bloque constitucional de competencias.

El control simultáneo forma parte de las variantes del control gubernamental previstas en la Ley, consiste en ejecutar acciones de orientación para que la entidad estatal corrija los hallazgos encontrados y puedan subsanarse de manera oportuna; dicho control no limita el posterior, el cual por ser el principal, puede dar lugar a la definición de

127
ante
repositorio

responsabilidades funcionales de los funcionarios y servidores públicos.

La activación del control simultáneo, *ergo*, resulta necesaria, sobre todo en el Perú por los altos niveles de corrupción que se genera en la Administración Pública. No puede dejar de mencionarse que, de acuerdo a reportes oficiales, el Perú tiene pérdidas por más de 10 mil millones de soles anuales. Lo que demuestra que, el control posterior es insuficiente.

Ello amerita que el sistema se active preventivamente, pero no de forma nominal como ha sido consagrado en la Ley N° 31016, sino de modo material, lo que demanda altos niveles

de autonomía de la Contraloría General de la República, para cumplir el rol constitucional que se le ha asignado, con eficacia y probidad, habida cuenta que se juegan allí los principios y valores del Estado constitucional y el futuro de nuestra democracia.

213 OCT 2020

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

REFERENCIA

- García, E. (2014). *Análisis de constitucionalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para sancionar por responsabilidad administrativa funcional y su relación con el principio del "ne bis in idem"*. Tesis para optar el grado académico de magíster en Derecho Constitucional. Lima: PUCP. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5509>

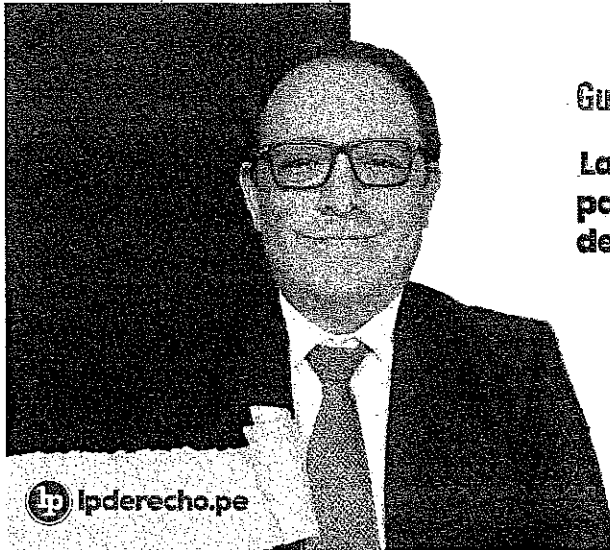
La importancia del Parlamento en tiempos de emergencia, por Gustavo Gutiérrez Ticse

POR GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE - 14 ABRIL, 2020

El presente documento es idéntico al original que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad.

Lima,

23 OCT 2020



Gustavo Gutiérrez Ticse

La importancia del
parlamento en tiempos
de emergencia

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Una de las instituciones más impopulares en el estado democrático constitucional, es el Congreso. Pero no el Congreso peruano de los últimos tiempos, sino el Congreso como institución.

Basta otear el contexto comparado para ver el rechazo que obtiene en los Estados Unidos o en España. Más cerca, en cualquier país latinoamericano. O revisar los documentos históricos para comprobar que los congresos en el Perú, siempre están en la cresta de la crítica. En el siglo XIX, un famoso cuadro de Manuel Atanasio Fuentes, expresa el rechazo ciudadano a sus legisladores.

No quiere esto decir, que el parlamento post fujimorista sea el mejor. De ninguna manera. Lo que pretendemos decir, es que estamos ante una institución en crisis, y no debe sorprender sus bajos niveles de aprobación, sin que ello signifique que no procuremos optimizar la calidad de la representación. Al contrario, los parlamentos están siempre en proceso de cambios, y debemos propender hacia ello.

Aún con todo, esta institución para el modelo constitucional es imprescindible. Sin parlamento no hay democracia. El poder del gobierno no tendría ningún contrapeso. El presidente sería un déspota. Y el poder judicial estaría maniatado a su voluntad. Es por ello que, los cierres de los congresos en el constitucionalismo comparado, no son admisibles sino bajo causales expresas, porque mientras funcione la representación, el régimen tiene que dialogar y concertar.

Con mayor razón en tiempos de anormalidad constitucional. Los estados de emergencia, concentran poder, y el gobierno ejecuta medidas restrictivas a todo nivel. Y dispone de ingentes recursos del tesoro público. Surge entonces el parlamento como un contrapeso a dicho poder, sobre todo cuando el gobierno dicta medidas favorables para los poderes económicos dominantes en desmedro de las clases medias y bajas de una colectividad.

En efecto, el sistema económico implantado, beneficia a los dueños del mercado. Las transnacionales lo que buscan es mantener el modelo, aún en tiempos de emergencia. Articulan niveles de relación con los ministerios. ¿Donde encuentran al enemigo de sus intereses? En el Congreso. Solo el Congreso puede crear empresas públicas por ley, puede variar el régimen de exoneraciones, o darle mayores derechos a los trabajadores, entre otras medidas permisibles desde la propia Constitución.

Entonces, se mira al Congreso como un enemigo al que hay que desacreditarlo, minimizarlo, restarle prerrogativas, publicarle paginazos, para tenerlo controlado. Funciona magistralmente la manipulación mediática de la que ya Sartori nos venía hablando hace años en el libro a vista de cuyo contenido no asumo que genera en la población una percepción negativa hacia sus legisladores. Sin embargo, ello no resta que debemos mejorar la calidad de los congresistas, pero no por eso, debemos menospreciar a la entidad.

CERTIFICO QUE:

El presente documento es idéntico al original que tengo a vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad

Lima,

23 OCT 2020

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

No puede entonces el Congreso claudicar a su rol. Tiene el deber de cumplir los mandatos que le asigna la constitución: legislar y controlar. Aún en tiempos de pandemia. La tecnología debe permitir viabilizar la labor legislativa, porque solo así podemos hablar de democracia, en tanto la asamblea dicte leyes favorables para las clases más vulnerables, controle los excesos del gobierno, recambie los órganos constitucionales, y defienda los valores democráticos, que en muchos casos se pone en riesgo cuando los gobernantes y los altos dignatarios ven apetitoso perpetuarse en sus cargos, anulando así el sentido de la democracia.

Como dice Ferrajoli, "existen democracias más sólidas o menos sólidas, más vulnerables o menos vulnerables; hay diversos grados de aproximación al modelo ideal, pero aún en la más alejada del modelo no puede ser de ninguna manera confundida con un Estado autocrático y mucho menos con uno totalitario". Ni en tiempos de pandemia. De ninguna manera.

GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con cursos de especialización en la Universidad Carlos III de Madrid y en el Congreso de los Diputados de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Investigador del Instituto de Derecho Público. Asesor y consultor en materia constitucional y legal con más de 15 años de experiencia. Ha sido asesor principal de las comisiones de Constitución, Justicia y Trabajo del Congreso de la República. Ex jefe de la Oficina de Defensa de las Leyes del Congreso de la República; ex intendente de Prevención y Asesoría de la SUNAFIL. En la actualidad es presidente del Instituto de Derecho Público. Se desempeña como profesor

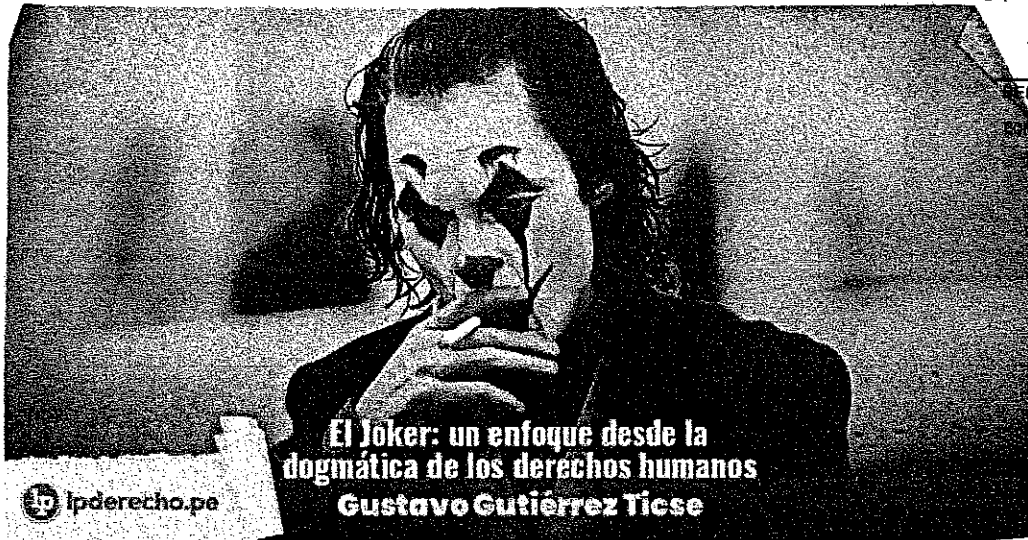
El Joker: un enfoque desde la dogmática de los derechos humanos, por Gustavo Gutiérrez Ticse

POR GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE - 19 FEBRERO, 2020

CERTIFICO QUE:
El presente documento es idéntico al original
que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo
responsabilidad.

Lima,

23 OCT 2020



BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
BOGOSO DE LA REPUBLICA

1. Cine y Derecho

En las últimas décadas, el aporte del cine para la interpretación jurídica ha venido en avanzada.

Como explica Rivaya, "a los estudios de Derecho y cine debe concedérseles una enorme importancia, al menos a juzgar por la relevancia que poseen los dos conceptos que une el sintagma. Si el Derecho es un fenómeno que nació con los primeros estados, con las ciudades, la administración y la escritura, y que fue cobrando mayor relevancia conforme aumentaba la población de las sociedades, hay que esperar que siga cobrándola en las excesivas megalópolis que ya se han implantado y seguirán creciendo en todos los continentes. (...) En cuanto al cine, a nadie se le oculta que hoy vivimos en un mundo audiovisual en el que las imágenes son un divertimento que ocupa nuestro ocio, a la vez que moldean el comportamiento de las personas, razón por la que otro cometido de la educación ha de ser el de potenciar la capacidad crítica frente al control del pensamiento que pueden ejercer. Por supuesto, existe el audiovisual bueno y el malo: en las últimas grandes transformaciones sociales emancipadoras, la revolución de la mujer, por ejemplo, el cine ha jugado un papel fundamental, pero también lo ha jugado para conseguir beneficios para las grandes empresas tabaqueras haciendo precisamente que las mujeres comenzaran a fumar. Dadas las dimensiones de ambos fenómenos, cabe esperar que aquello a lo que se refiera "Derecho y cine" también sea grandioso, aunque nazca como un sencillo experimento de mestizaje"[1].

Más aún hoy en tiempos de la globalización, donde los audiovisuales se han convertido en uno de los medios más utilizados para la transmisión de información. En ese orden de ideas, la cinematografía es relevante para la enseñanza del derecho, a partir del tratamiento no solo de temas recreativos, sino además y sobre todo, en tanto en cuanto problemas de índole social.

En efecto, para Narváez Hernández, "el cine es por sí mismo importante para una sociedad y la construcción de sus imaginarios; incluso para la construcción de una comunidad global imaginada en términos de Benedict Anderson; pero es además importante conocer los efectos que generó la proyección de la película, primero, para motivar a su visión, pero también para tener puntos de comparación con las sensaciones y experiencias de otros espectadores. Es más, si es posible, de diferentes sectores sociales, culturales, educativos, profesionales, etc"[2].

2. La película: Joker

Joker, conocido en América Latina como El Guasón, es una película dirigida por el estadounidense Todd Phillips y protagonizada por **Joaquin Phoenix**.

CERTIFICO QUE:

El presente documento es idéntico al original que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad.

Se trata de una trama que se ubica en frente del clásico enfoque en el superhéroe Batman. En esta propuesta, el personaje principal es su super archienemigo: el Joker.

Lima,

23 OCT 2020

El film esta ambientando en los años 80 y trata sobre la conversión de **Arthur Fleck**, un fracasado aspirante a comediante, interpretado por un elogiado Phoenix, en el psicópata asesino apodado como El Joker.

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Pero su enfoque no es propiamente la de develar el crimen y sus planes para pelear contra Batman y sus afanes para la destrucción de Ciudad Gótica, sino sobre su origen y su transición hacia el mundo del crimen y la violencia con la que actúa al convertirse en villano.

La versión desde su puesta en estreno ha generado polémica. En varios países, sobre todo, en los Estados Unidos, se cree que ensalza la violencia, en caso de ser mal visto o utilizado de manera errática para inspirar a los jóvenes a cometer los actos que se ponen de manifiesto en la película.

Esta polémica ocurre -tal como reporta la BBC-, "en un país donde se han cometido **2.220 tiroteos masivos** desde el ataque en 2012 a la escuela primaria de Sandy Hook, en Connecticut"[3].

En ese sentido, es sin lugar a dudas la preocupación ciudadana razonable, toda vez que el enfoque del filme es demostrar que el Joker es un villano producto del abandono social, antes que por su propia maldad.

Pese a ello, también resulta relevante la proyección del mensaje en clave positiva, ya que permite conocer las deficiencias del sistema y la quiebra no solo de los derechos sino además de los principios y valores del liberalismo democrático que sustenta a nuestras naciones.

3. De la violencia social a la tutela de los derechos humanos: El Joker, víctima de la sociedad

En la trama de la película se evidencia en principio, el grave problema de la salud mental, y sus implicancias en la sociedad moderna. Arthur Fleck es un hombre con enfermedades mentales y pese a ello se enfrenta a una sociedad que lo descuida. No solo en la atención médica que venía llevando, sino desde el momento mismo es que es adoptado por una enferma mental, y rechazado en vez de habersele recibido en un hogar consolidado como el de la familia Wayne. Sin embargo, el rechazo es recurrente, y es el punto central para la distorsión mental absoluta de Fleck.

Como ya lo dijimos, Fleck quiere ser un comediante, pero su humor no es del agrado de los colectivos. Vive una vida amargada, con su madre también mal de salud mental, ha sido golpeado y víctima de abusos de niño, por lo que su estabilidad emocional es muy endeble y es permeable a cualquier tipo de acción en contra de lo calificado por la sociedad como normal.

Los servicios sociales dedicados al tratamiento de casos de salud mental cierran por falta de presupuesto estatal, y por tanto, hay un manifiesto abandono a estos grupos poblacionales que abona en el desquiciamiento absoluto de Fleck.

4. La salud mental como un derecho humano constitucionalizado

Desde la dogmática constitucional, los derechos son exigibles. Aún se traten de aquellos de carácter prestacional, como es el caso del derecho a la salud.

Numerosos han sido los documentos internacionales -entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 1966, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la OEA, que han elevado el reconocimiento de la salud como un derecho humano básico el cual incluye, además, los derechos a la seguridad y el bienestar de la familia[4].

Se trata, como en los demás casos que enumera el presente artículo, de un derecho prestacional, de eficacia condicional, parte de los derechos económicos y sociales, por medio del cual el Estado promueve al individuo dotándolo de las condiciones adecuadas para su plena determinación, y para lo cual pues, adopta una serie de medidas con la finalidad de impulsar la materialización y/o consecución del pleno ejercicio de estos derechos.

Lima,

23 OCT 2020

Al Estado le corresponde formular las políticas públicas necesarias para masificar la salud. Por ello, precisamente, la Constitución peruana en su Artículo 9 señala taxativamente lo siguiente:

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONSEJO DE LA REPÚBLICA

El Estado determina la política nacional de salud. El poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

En efecto, no estamos ante un derecho de eficacia mediata a simple vista. Al contrario, su indisoluble ligazón con el derecho a la vida, hace que el Estado asuma una función activista en esta materia, dándole el realce y valor que ostenta el derecho a la salud en la actualidad. Para ello, se deben implementar servicios sociales que brinden este servicio a las personas.

La lógica, es que la salud como tal, debe ser tutelado en todas sus manifestaciones. Una de ellas, precisamente la integridad síquica, entendida como salud mental.

La salud mental, qué duda cabe es un problema contemporáneo. El Tribunal Constitucional peruano ha señalado al respecto lo siguiente:

"El derecho a la salud mental se encuentra reconocido en las fuentes normativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, según el artículo 12.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, toda persona tiene derecho al "disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". Por su parte, el Protocolo de San Salvador prevé, en su artículo 10.º, que toda "persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social"[5].

Ello es sumamente relevante para analizar la película de marras. El filme Joker es pues una clara demostración de lo peligroso que significa la ausencia de políticas políticas para proteger la salud mental.

Pese a que la película esta ambientada en los años ochenta, no puede sustraerse del análisis desde la actualidad, donde la perturbación de la salud mental es aun mucho mas notorio en sus variantes y sus consecuencias.

Es ese el sentido por el que hay un deber de los Estados de adoptar políticas públicas para prevenir y atender a las personas afectadas mentalmente, no solo por condiciones congénitas sino también sociales y culturales.

Valencia Vargas señala que, "en la mayoría de casos la situación de pobreza familiar hace imposible que el cuidado de la salud mental recaiga en manos exclusiva de la familia"[6]. Es por ello, factible invocar que el Estado cumpla con atender el derecho a la salud mental, lo que debe incluir inclusive al tratamiento a los propios familiares de las víctimas quienes también suelen verse naturalmente afectados.

El Tribunal Constitucional peruano, no solamente ha reconocido a la salud mental como un derecho humano, sino además ha señalado que éste incluye, "por una parte, la interdicción de intromisiones estatales en la esfera individual, y por otra, un elenco de garantías en beneficio de la dignitas personae, lo que implica una enorme variable de factores socio-económicos imprescindibles para el desarrollo sano del ser humano. En otras palabras, el derecho a la salud mental tiene como contenido esencial los elementos que son inherentes al derecho a la salud, pero con la particularidad de que sus titulares constituyen un sector de la población altamente vulnerable, que requiere de una visión de sus derechos fundamentales desde una óptica que no

solo entraña categorías jurídicas, sino también médicas, antropológicas, sociológicas, entre otros aspectos que han sido considerados por los estándares internacionales de protección de los derechos humanos"[7].

CERTIFICACIÓN:
El presente documento es idéntico al original
que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo
responsabilidad.

Es el caso del Joker, quien expuesto a la ausencia de un tratamiento especial y la provisión de medicamentos, propició el descontrol de su comportamiento social. Produciéndose con ello un individuo lleno de alucinaciones, y por tanto proclive a la violencia y la frialdad de sus actos, sin distinguir entre lo socialmente correcto y lo indebido.

Una 23 OCT 2020

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

De retorno al caso, peruano, ha sido muy importante la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con ocasión de la demanda de amparo suscrita por doña R.J.S.A. Vda. de R., a nombre propio, y en su calidad de curadora representante de su hija G.R.S. contra Essalud, en razón que se pretendía retirar a su hija de la atención hospitalaria interna a la que tenía derecho por padecer *esquizofrenia paranoide*.

El Alto Tribunal peruano no sólo ha desarrollado en ésta decisión, los fundamentos para concretizar el derecho a la salud mental, sino además ha establecido una serie de considerandos que deben servir como parámetros interpretativos en casos similares. En ese orden de ideas, resuelve el caso, tomando en cuenta que, los requerimientos de atención de la beneficiaria, le resultan a la madre imposible de asumir, toda vez que se trata de una anciana sola y en extrema pobreza.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional declara fundado el pedido de tutela, y ordena que el Seguro Social de Salud (ESSALUD), otorgue a G.R.S., atención médica y hospitalización permanente e indefinida, y la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad mental, así como la realización de exámenes periódicos.

Esta importante jurisprudencia, se ha vuelto a reiterar. En el caso Matilde Villafuerte Vda. de Medina, en su condición de curadora de su hijo Ramón Medina Villafuerte, el Alto Tribunal se pronunció resolviendo el amparo, y disponiendo un conjunto de exhortaciones a la administración pública para el tratamiento de casos de salud mental:

1. Qué, el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud (ESSALUD), implementen un organismo público descentralizado, o un órgano de línea, o una unidad rectora, o un órgano de dirección, que conduzca, dirija y supervise exclusivamente la aplicación y cumplimiento de las políticas de salud mental.
2. Que, en el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud (ESSALUD), en la mayoría de sus hospitales brinden atención psiquiátrica.
3. Que, el Ministerio de Economía y Finanzas solicite ante el Congreso de la República la aprobación de un crédito suplementario a fin de que el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud (EsSalud) implemente estos requerimientos.
4. Que, el Congreso de la República y/o al Ministerio de Salud que amplíen la cobertura del Seguro Integral de Salud para la atención de las enfermedades y/o trastornos mentales o del comportamiento, en cumplimiento del artículo 7.º de la Constitución".

En definitiva, con el derecho a la salud mental, el Estado de bienestar asume un rol protagónico. Les corresponde a las agencias estatales cubrir las demandas de atención con tanta intensidad como cuando cautela la propia libertad. Es la única manera que se puede preservar la condición de ser humano.

El amparo y los demás instrumentos jurídicos que se habilitan en defensa de la salud, ergo, resultan herramientas de capital importancia para procurar la atención estatal, y resguardar así, el principio dignidad humana. Soporte esencial del estado democrático constitucional.

El asunto quizá con ella, es también el sentido de solidaridad de la comunidad. Como en el caso del Joker, éste sufre el desprecio de su entorno, sin posibilidad de obtener ni directamente de los servicios asistenciales, ni tampoco de la justicia, una inmediata reposición de la atención médica.

En consecuencia, si es que no se toma en serio la atención de este grave flagelo social, entonces los asesinatos, los tiroteos, la violencia en general tiene aquí una especie de parásitos del mal que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad.

Dentro de esa lógica, el Tribunal Constitucional peruano ha venido advirtiendo el tema de manera seria, por ello en su jurisprudencia no solo ha tutelado los pedidos de atención de salud mental sino además ha explicitado los alcances del derecho:

"Pues bien, teniendo presente que el derecho a la salud mental tiene por finalidad la protección de los derechos a la salud, a la integridad personal y a una vida en condiciones dignas, corresponde señalar de manera enunciativa las manifestaciones que integran su contenido y que pueden ser ejercidas y exigidas. Así pues, que el derecho a la salud mental comprende:

1. El derecho a acceder a tratamientos adecuados e idóneos, sean ellos de orden preventivo, curativo o paliativo, cuando las personas tengan problemas para disfrutar del más alto nivel posible de salud mental, tratamientos que deben formar parte del sistema de salud y seguridad social. La ausencia de un tratamiento con los estándares más altos de calidad puede poner en riesgo la vida de las personas e incluso ocasionarles un perjuicio irremediable.
2. El derecho a que la atención médica sea integral, es decir, que comprenda todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados, así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud mental del paciente"[8].

En definitiva, la postura de Tribunal Constitucional peruano resulta interesante, y sin duda, en el caso de Fleck hubiera sido relevante.

4.- El derecho a la salud mental y la proscripción de la discriminación

La dignidad es un valor inherente a la persona que implica como mandato, el que todos tienen derechos que se concretizan en la vida en comunidad. En ese sentido, ninguna persona puede ser discriminada ni por razón de sexo, raza, opinión o idioma, o de cualquier otra índole. Ello significa que tampoco puede haber discriminación, por razones de salud.

Se trata del principio y derecho a la vez, de igualdad, el mismo que no solo ha sido reconocido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino que, para el caso del Perú, tiene soporte constitucional en el artículo 2, inc. 2, de la Constitución de 1993.

Constituye además de un principio rector de la organización y actuación del Estado democrático de Derecho. Y se presenta como un derecho fundamental de la persona⁽⁴¹¹⁾.

De esta manera, el derecho a la igualdad se convierte en una expresión de equidad, libertad y promoción humana, tan necesaria aún hoy en día en una sociedad como la nuestra donde la discriminación sigue siendo una constante.

De más está recordar los actos discriminatorios en razón de la condición económica o racial. Las discotecas «exclusivas» que marginan el acceso a determinadas personas por su origen, o los restaurantes que no admiten personas que constituyen parte de grupos sociales minoritarios, son dos claros ejemplos del trato desigual injustificado.

Ello es, qué duda cabe, discriminación. Pero no solo es usual en todos los sectores sociales, sino, además, en el propio Estado, el mismo que tiende a generar tratos desiguales entre los ciudadanos. Personas afro americanas, indígenas, homosexuales, o afectados por enfermedades graves como el VIH por citar unos cuantos ejemplos, no solo son marginadas sino estigmatizadas como si fueran vidas residuales.

El cine ha servido para advertir estos eventos con mayor capacidad de sensibilización. Moonlight (2017), por ejemplo, es una reconocida película premiada en varios festivales internacionales, que

narra la infancia, adolescencia y madurez de Chiron, un chico afroamericano, huérfano de padre, que crece en un suburbio deprimido y conflictivo de Miami.

CERTIFICO QUE:
El presente documento es idéntico al original
que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo
responsabilidad.

En *Malcom X* (1992), se narra la cruda historia del hombre que luchó por los derechos civiles de los negros en Estados Unidos, transformando para siempre al país más poderoso del mundo, hasta lograr la aceptación de las minorías y el llamado black power.

La discriminación por orientación sexual, cobró mayor notoriedad con la impecable película protagonizada por Tom Hanks, Denzel Washington y Antonio Banderas: *Filadelphia* (1993). Este filme, es una cruda exposición del trato que la sociedad norteamericana le otorga a un exitoso abogado (Hanks), al contraer el virus del VIH en la cima de su carrera.

En efecto, la película expone el desprecio y el escarnio social cuando hace público que es portador, en una época en que los tabúes sobre esta enfermedad existían de manera sobredimensionada en la sociedad. *Philadelphia* muestra la fragilidad del individuo ante las injusticias del sistema y frente la crueldad humana ante la caída de las personas.

En términos generales, es la misma línea que advertimos de la propuesta de Todd Phillips. El protagonista de la historia es una víctima de una sociedad desigual. Donde recibe un trato discriminatorio desde la niñez. No se le da un tratamiento adecuado, ni una formación básica, y es permanentemente maltratado por la sociedad como tal. Pero en este caso, el daño es extremo, y pone en riesgo absoluto a toda la población.

Es decir, no sólo se evidencia el acto estatal abiertamente lesivo de la salud por omisión. Se muestra además otro de los grandes factores en la deconstrucción de la sociedad occidental, hablamos de la frialdad e indiferencia de la sociedad frente a los problemas de los individuos, a quienes se les considera peligrosos. Ciertamente, hay una estereotipación negativa de las personas con trastornos mentales. Difícilmente aceptados por el temor a ser agredidos.

Pese a ello, se han empezado a propiciar acciones institucionales para sensibilizar a la colectividad. El 10 de octubre se celebra el Día Mundial de la Salud Mental, a través del cual se busca concientizar y movilizar a la población acerca de cuestiones relativas a la salud mental.

Reportes de la Organización Mundial de la Salud dan cuenta que, "cada año, cerca de 800 000 personas fallecen por esta causa, y otras muchas intentan suicidarse. Cada suicidio es una tragedia que afecta a una familia, a una comunidad o a todo un país y que tiene consecuencias duraderas en las personas cercanas a la víctima. El suicidio no respeta edades y es la segunda causa de defunción entre los jóvenes de 15 a 29 años".

Se trata de un dato sumamente preocupante, hoy en día en donde vemos que, un villano, y más que eso, un super villano, puede ser una creación del Estado y de la sociedad, si persistimos en mantener este modelo individualista, en donde, supuestamente ni la política ni la comunidad deberían entrometerse.

Visión errónea, en razón que el estado de ánimo de una persona va ligado a su salud. Y el daño mental, puede terminar siendo el factor central en la destrucción de la humanidad. Joker puede ser posible, solo basta continuar con este enfoque ideológico dogmático casi invencible del "dejar hacer dejar pasar", que disgrega injustificadamente los derechos humanos, en niveles.

5.- Conclusiones

En las últimas décadas, el aporte del cine para la interpretación jurídica ha venido en avanzada.

Más aún hoy en tiempos de la globalización, donde los audiovisuales se han convertido en uno de los medios más utilizados para la transmisión de información. En ese orden de ideas, la cinematografía es un medio relevante para la enseñanza del derecho a partir del tratamiento no solo de temas recreativos sino además y sobre todo, de problemas de índole social.

Joker, conocido en América Latina como El Guasón, es una película dirigida por el estadounidense Todd Phillips, y protagonizado por **Joaquin Phoenix**.

El film esta ambientando en los años 80 y trata sobre la conversión de **Arthur Fleck**, un fracasado aspirante a comediante, interpretado por un elogiado Phoenix, en el psicópata asesino apodado como El Jóker.

La versión desde su puesta en estreno ha generado polémica. En varios países, sobre todo, en los Estados Unidos, se cree que ensalza la violencia; en caso de ser mal visto o utilizado de manera errática, puede inspirar a los jóvenes a cometer los actos que se ponen de manifiesto en la película.

Pese a ello, también resulta relevante la proyección del mensaje en clave positiva, ya que permite conocer las deficiencias del sistema político y la quiebra no solo de los derechos sino además de los principios y valores del liberalismo democrático que sustenta a nuestras naciones.

En la trama de la película se evidencia en principio, el grave problema de la salud mental, y sus implicancias en la sociedad moderna. El filme *Joker* es pues una clara demostración de lo peligroso que significa la ausencia de políticas públicas para proteger la salud mental.

El Tribunal Constitucional peruano, no solamente ha reconocido a la salud mental como un derecho humano, desarrollando un conjunto de parámetros para su implementación.

Por otro lado, encontramos también graves incidencias al principio-derecho igualdad, como consecuencia de la discriminación que sufren las personas con enfermedades mentales como es el caso de Fleck.

Ciertamente, hay una estereotipación negativa de las personas con enfermedades mentales. Difícilmente aceptados por el temor a ser agredidos. Por eso, se hace imperativo, una permanente sensibilización de la humanidad en estos casos, que al fin y al cabo, forman villanos debido a la frialdad, abandono, y decadencia de la sociedad actual y del Estado.

En ese orden de ideas, el final de la película podría haber sido otro, si es que Fleck hubiera sido adoptado por una familia consolidada, tratado permanentemente a través de las agencias de salud del Estado, pero sobre todo, si la sociedad no actuara de forma excesivamente individualista y extraña a los problemas del prójimo; todo ello demuestra que la dogmática del "dejar hacer dejar pasar" ha caducado, y el estado debe asumir un rol protagónico en el desarrollo de las naciones, sin que ello implique retumbar los fundamentos centrales de la democracia liberal.

6.- Bibliografía

- Brena Sesna, Indrid Lilian, *El derecho a la salud*, México: UNAM, 2004.
- Narváez Hernández, José Ramón, *Los jueces en el cine*, Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2016, p. 69.
- Rivaya, Benjanín, Una introducción a los estudios de Derecho y cine. Recuperado: <http://polermos.pe/una-introduccion-los-estudios-derecho-cine/>
- Valencia Vargas, Areli, El derecho a la salud mental en la esfera del Tribunal Constitucional, en Revista *Gaceta Constitucional*, Tomo 16, Lima: Gaceta Jurídica, 2009

Links utilizados:

CERTIFICO QUE:

El presente documento es idéntico al original que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad.

Lima,

23 OCT 2020

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

CERTIFICO QUE:

El presente documento es idéntico al original que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad.

Lima,

23 OCT 2020

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

IMPACTO EN EL DEBER CONSTITUCIONAL DE RESGUARDAR AL PODER JUDICIAL

Junta Nacional de Justicia: meritocracia e integridad

GUSTAVO
GUTIÉRREZ
TIGSEConstitucionalista.
Profesor de derecho constitucional
de la Universidad de San Martín
de Porres y Universidad Privada
Antenor Orrego.

La Junta Nacional de Justicia (en adelante JN) se edifica sobre el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), por lo que se trata, a primera vista, de un cambio más nominal que sustantivo. Se inspira en el sistema profesionalizado de selección de magistrados construido en Europa, a la sazón de las constituciones francesa (1946) e italiana (1948).

Guarda sintonía, entonces, con el modelo comparado, y en lo que lo distingue acaso en el fondo es en la sustitución de la variante peruana, que había permitido darle mayor pluralismo a su composición en aras de afirmar un modelo altamente deliberativo.

En efecto, el CNM ha estado compuesto no solo por especialistas en materia jurídica, sino también por profesionales de otras disciplinas. Todos ellos elegidos, más que por criterios meritocráticos y de consideraciones éticas, por razones de representatividad. Así, por ejemplo, el delegado del Colegio de Abogados era elegido con base en los votos. Lo mismo ocurría con el representante de los otros colegios profesionales.

La idea esencial del CNM era evitar toda



jurídica

Director: Ricardo Montero Reyes | Subdirector: Omar Swayne Recuenzo | Editora: María Avalos Cisneros (mavalos@editoriajuridica.com.pe)
Coordinador: Paul Herrera Guerra | Jefe de Edición: Julio Rivas de la Cruz | Teléfono: 315-0400 (2016)

Las opiniones vertidas son de exclusiva
responsabilidad de los autores.
Suplementos y comentarios:
mailto:suplementos@juridica.com.pe

Jurídica es una publicación de
El Peruano
2019 © todos los derechos reservados

138
Cort
Int 1/000

conexión política de este órgano para que no hubiera riesgo de politización. Mientras que en el modelo comparado estos consejos mantienen dicha conexión política, en tanto y en cuanto sus integrantes continúan siendo elegidos por los poderes de Estado; en el caso peruano, el CNM no tenía ninguna conexión más que con los propios estamentos corporativos de donde nacía su fuente de poder.

Esta fórmula la hacía interesante en razón de que añanzaba una fórmula más democrática. Hay que recordar que hace unos años atrás un informe comparativo de los Consejos de la Magistratura de Argentina, Bolivia, El Salvador, Paraguay y Perú concluía aseverando que "en ninguno de los cinco países existen representantes de la sociedad civil en la integración de los Consejos de la Magistratura. El único matiz que vale rescatar es el caso de Perú [...]".

Lamentablemente, este auspicioso CNM no funcionó del todo. Una opción atendible hubiera podido ser la de cualificar a sus integrantes mediante la adición de requisitos meritocráticos y de integridad, pero preservando su matiz pluralista. Pero el constituyente optó por cerrar esta apertura al pluralismo y reconducir su diseño hacia un modelo altamente técnico.

Comisión especial

En esa perspectiva, la reforma establece una comisión especial del más alto nivel compuesta por dignatarios bajo la presidencia del defensor del Pueblo e integrada por el presidente del Poder Judicial, el fiscal de la Nación, el presidente del Tribunal Constitucional, el contralor general de la República y dos rectores elegidos por universidades licenciadas con más de 50 años de antigüedad.

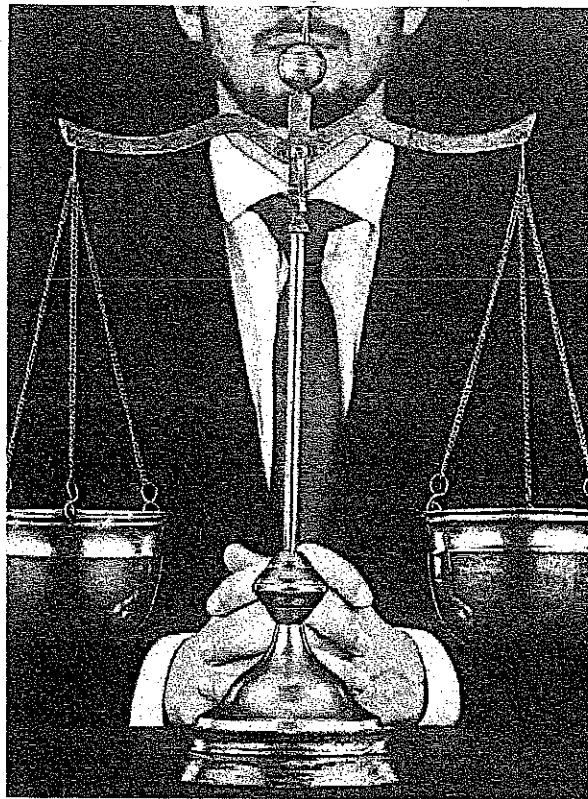
Esta comisión tiene, además, un conjunto de parámetros preestablecidos e incorpora como conceptos basilares la meritocracia y la integridad. En ese sentido, establece tres tipos de pruebas de confianza a los que deben ser sometidos los aspirantes a la JNJ: i) Prueba patrimonial; ii) Prueba socioeconómica; y, iii) Prueba psicológica y psicométrica.

Como hemos adelantado, lo que busca la nueva fórmula es alzar el mérito y la integridad. Sin embargo, hay algunas observaciones que por un lado merecen relevar en modo saludable, y otras que deben ser sometidas a una mayor valoración en la praxis, a fin de que, *de lege ferenda*, proceda a su corrección.

Por ejemplo, entre los aspectos más importantes advertimos la incorporación de la evaluación parcial del desempeño de jueces y fiscales. Es decir, con la reforma, antes del procedimiento de ratificación cada siete años, se tendrá una medición previa a la mitad del período.

En esta evaluación, la JNJ contará con la participación de la Academia de la Magistratura, y tiene por finalidad diagnosticar falencias para ser corregidas en el resto del período hasta la etapa de la ratificación.

Debe indicarse que esta propuesta es de la Ceriajus (2004); lamentablemente, el recelo de los propios jueces y fiscales a ser sometidos a una evaluación permanente fue uno de los primeros obstáculos a su concreción normativa.



LA NUEVA FÓRMULA OTORGA A LA JNJ POTESTAD PARA SANCIONAR, DISCIPLINARIAMENTE Y DE OFICIO, A JUECES Y FISCALLES DE TODAS LAS INSTANCIAS. SIN DUDA, UN REQUERIMIENTO TAMBIÉN ESPERADO DESDE HACER VARIOS AÑOS.

Ahora la oportunidad resulta auspiciosa en la medida en que se entienda que la evaluación parcial lo que busca es que el evaluado se quede en el cargo, al cumplir determinadas metas de interés de la judicatura.

Asimismo, la nueva fórmula otorga a la JNJ potestad para sancionar, disciplinariamente y de oficio, a jueces y fiscales de todas las instancias. Sin duda, un requerimiento también esperado desde hace varios años.

Era, sin duda, un menoscabo funcional que el CNM pueda destituir, pero no de oficio sino únicamente a pedido de la Corte Suprema o de la Fiscalía de la Nación. Y aún habiendo pedido

de destitución, no puede aplicar sanciones menores, como la amonestación o la suspensión de funciones.

La actual ley de la JNJ, en cambio, sí habilita a que este órgano pueda actuar de oficio y aplicar sanciones que permitan un eficaz control disciplinario de los jueces y fiscales de todos los niveles.

Debemos poner énfasis también en la incorporación del principio de no discriminación en la selección de los miembros de la JNJ. A los pedidos de algunos sectores sociales de incorporar la regla de la paridad en su composición, esta no guardaba lógica con un modelo meritocrático, en razón de que coloca una regla de desigualdad por razones de género y no de mérito. Es interesante dicho principio, ya que se convierte en una garantía de medición que impone a los miembros de la comisión especial evaluar en estricto la trayectoria profesional.

Proceso de selección

Por otro lado, hay algunas disposiciones que deben, sin embargo, ser evaluadas. En principio, el proceso de selección de los integrantes de la JNJ. La norma, al procurar que esta etapa sea lo más rigurosa, no advierte que muchos connotados juristas no necesariamente van a estar animados a pasar por un examen de conocimientos, de corte cancelatorio.

En efecto, al ser la JNJ un alto estamento de poder la lógica demanda que el trato a sus integrantes deba ser el mismo que sus pares (jueces de la Corte Suprema). De acuerdo con

la Ley de la Carrera Judicial, la prueba de conocimientos para el caso de los jueces supremos no es cancelatoria. En el caso de la JNJ sí lo es.

Hay que tomar en cuenta, además, que un órgano como este no es propiamente un consejo de científicos, sino un estamento de estadistas, es decir, de magistrados con una alta formación académica, pero además con un elevado nivel cultural que le permita afrontar adecuadamente el rol constitucional asignado. Más que ser abogado, lo que requiere el sistema es un consejero con una visión multidisciplinaria, altamente enriquecida con la experiencia en todos los ámbitos de la sociedad.

Estamos, pues, ante la reinauguración de nuestro CNM, ahora denominado JNJ. La idea es la misma, transferir el poder a los jueces y fiscales para que estos impartan justicia con independencia e imparcialidad.

Ahora será un colegiado más técnico y menos plural, lo cual resulta innegable, pero ello no lo hace en ningún modo inconstitucional, sino que advierte la toma de posición sobre un modelo específico. De lo que no debe quedar duda en todo esto es que la creación de los Consejos de la Magistratura constituye un gran paso para afirmar al Poder Judicial como un verdadero poder. Y al Ministerio Público como severo perseguidor del delito.

Extremo importante

Del juez "neutro" expresado por Montesquieu al juez como actor social reconfigurado con la constitucionalización del derecho se advierte que la fórmula de elección por el poder político ya es una pieza de museo que forma parte de la historia del constitucionalismo. Aunque es verdad que en el derecho anglosajón se mantienen incólumes a razón de sus peculiares tradiciones jurídicas estas son imposibles de ser copiadas en realidades como las nuestras.

En suma, consideramos de extremo importante a la JNJ, habida cuenta que pese a los cambios realizados en contrasentido al pluralismo, al eliminarse la participación de los sectores corporativos del país, lo cierto es que continúa siendo una opción viable que asegure un alto grado de independencia de sus magistrados.

Y ello no obstante que se ha habilitado la participación de otros poderes públicos en la génesis de su composición por medio de la comisión especial de selección de los integrantes de la JNJ. Visto en un primer plano, parecería que ello pone en riesgo la autonomía de este poder del Estado; sin embargo, el hecho de que la comisión especial sea excepcional y, por tanto, temporal, nos permite concluir que cualquier grado de interferencia terminará diluyéndose. En otras palabras, si la Comisión Especial hubiera tenido carácter permanente, entonces sí habría serias dudas sobre la independencia de la JNJ.

En conclusión, pese a las marchas y contramarchas de la reforma, la norma cumple el deber constitucional de resguardar al Poder Judicial, como diría López Guerra, del influjo de otros poderes del Estado, al garantizar a la JNJ de un alto grado de autonomía y de importantes herramientas para el cumplimiento de sus funciones. ▀

CERTIFICO QUE:

El presente documento es idéntico al original que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad.

Lima,

23 OCT 2020

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

El caso Salaverry y un nuevo intento por judicializar la política, por Gustavo Gutiérrez Ticse

POR GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE - 11 JUNIO, 2019

CERTIFICO QUE:
El presente documento es idéntico al original
que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo
responsabilidad.

Lima, 23 OCT 2020

En el estado democrático constitucional, el Parlamento ya no es más el primer poder del Estado como lo fue en el siglo XIX. Esto no significa en ningún modo que todos sus actos puedan ser controlados por otros estamentos de poder. Ni siquiera del Poder Judicial. Al menos no, aquellos que forman parte de lo que la doctrina denomina los "actos políticos no justiciables" (en inglés *political questions*).

Una lectura ortodoxa del control judicial es tan inadmisibile como lo es la politización de la justicia. Sin embargo, los jueces de un tiempo a esta parte han entrado a conocer amparos y hábeas corpus contra el poder político, como lo hicieron en su momento ante las preterisiones de Alan García, Alejandro Toledo, el mismo Rodolfo Orellana, y hace poco la legisladora Maritza García.

Lamentablemente estamos advirtiendo una forma de hacer justicia que se ha puesto en los extramuros de la Constitución, y en la mayoría de los casos por responsabilidad de los propios actores políticos.

Esto ha dado como resultado que los jueces, en una mala lectura de Zagrebelsky y de Dworkin, se asuman los nuevos "señores del derecho", y, como arenga a lo Duncan Kennedy, invadan esferas políticas bajo el atractivo lema "no hay zonas exentas de control judicial". En consecuencia, sienten que no solo pueden resolver causas ordinarias, sino además corregir decisiones políticas. No faltará en algún momento que un Juez declare fundado un amparo que ordene la reposición de un Ministro censurado por el congreso.

El caso Salaverry es un nuevo intento por controlar la política desde un despacho judicial. El juez no advierte que la actuación de la Comisión de Ética es absolutamente política. Es una comisión de autocomposición, y sus decisiones son usualmente valorativas. Es por ello que, la potestad del congreso cuando considera que uno de sus integrantes ha infringido sus normas éticas es limitada. No hay sanción. La medida es impedirle participar de la actividad parlamentaria por un plazo máximo que no puede exceder de los 120 días de suspensión.

Tampoco es resultado de un procedimiento jurisdiccional, ni *cuasi* judicial, ni de una investigación administrativa (casos en donde sí es admisible la intervención judicial). En las comisiones de ética se consensuan acuerdos para suspender a uno de sus integrantes por un periodo de tiempo, en atención a la necesidad de legitimarse ante la ciudadanía reprimiendo el comportamiento indecoroso de uno de sus miembros.

Se trata de una creación del parlamentarismo inglés. El modelo histórico es aún más discrecional y no regulan normas éticas de manera expresa. Y ha funcionado en el Perú y funcionan así en países como Colombia, México o Costa Rica. Demás está recordar las reiteradas suspensiones a congresistas como Fernando Olivera o Ricardo Letts, las cuales no pasaban por ninguna comisión. Bastaba el pronunciamiento del pleno para que ésta se haga efectiva.

Entonces, cuando un Juez se hace notar por la concesión de un apremio estamos judicializando la política, lo que resulta sumamente peligroso, porque atenta contra la autonomía del poder popular.

Loewenstein, en esta misma línea, recuerda primariamente que, la "judicialización de la política" y el espectro del Poder Judicial como "superpoder", resultarían trastocadas al sustituirse la decisión política por un acto judicial "que, aunque revestido jurídico-constitucionalmente, no es en el fondo sino un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a caso esta función".

No se pretende decir que las esferas políticas no justiciables constituyan una doctrina que impida cualquier control de la actuación política. De ninguna manera. Al contrario, convenimos que dichas esferas son cada vez más reducidas, pero -como señala Vanossi, existen. Y van a existir, porque hay actos de los gobernantes que, de ser controlados por los jueces, terminarían haciendo que la política se defina en el escritorio de algún juzgado, lo cual no guarda fidelidad con un modelo que resguarde los tres grandes principios del modelo democrático constitucional: supremacía de la constitución, soberanía popular, y separación de los poderes.

140
cabe
avere

CERTIFICO QUE.

El presente documento es idéntico al original
que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo
responsabilidad.

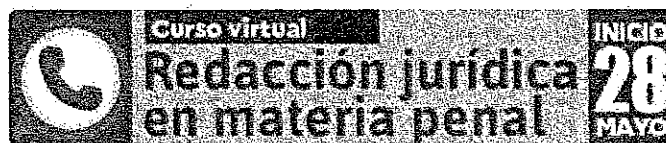
Lima,

23 OCT 2020

Beker
BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con cursos de especialización en la Universidad Carlos III de Madrid y en el Congreso de los Diputados de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Investigador del Instituto de Derecho Público. Asesor y consultor en materia constitucional y legal con más de 15 años de experiencia. Ha sido asesor principal de las comisiones de Constitución, Justicia y Trabajo del Congreso de la República. Ex jefe de la Oficina de Defensa de las Leyes del Congreso de la República; ex intendente de Prevención y Asesoría de la SUNAFIL. En la actualidad es presidente del Instituto de Derecho Público. Se desempeña como profesor de Derecho Constitucional en la USMP, UFV y en la Academia de la Magistratura, así como en calidad de visitante en las diversas universidades del país.



Rompiendo medias verdades sobre la inmunidad parlamentaria y algunas propuestas para su viabilidad constitucional

POR GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE - MAYO 16, 2019

CERTIFICO QUE:

El presente documento es idéntico al original que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad.

Lima, 23 OCT 2020



El tránsito hacia el actual modelo de estado demo-liberal asentado a partir del periodo de entreguerras durante el siglo XX, que privilegia los derechos fundamentales y los principios y valores constitucionales (entre ellos el principio de igualdad), advierte la necesidad de valorar la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria a la luz de los nuevos parámetros de la democracia contemporánea.

Reformarla. No eliminarla ni anularla, porque a pesar de las críticas imperantes en contra de la institución de la inmunidad parlamentaria, ésta sigue siendo un instrumento necesario para el funcionamiento de las cámaras legislativas. En los países latinoamericanos donde ésta no existe o ha sido limitado al extremo de no servir para la defensa de la asamblea la experiencia ha sido dramática. En Colombia los reportes que se tiene de ella son poco auspiciosos para el asentamiento de la institucionalidad. En los años noventa muchos parlamentarios fueron encarcelados bajo imputaciones en muchos casos difamatorias. Es por ello que la Unión Inter Parlamentaria Internacional frecuentemente cuestionó a los gobiernos colombianos por el daño a la asamblea legislativa.

En el caso de Inglaterra cierto es que el modelo constitucional es todas luces insólito. Con una cámara compuesta por aristócratas que ejercen funciones judiciales, y la instalación de fuero especiales para determinados delitos, lo que advierte es que existen otros mecanismos de protección de las cámaras haciendo inútil la inmunidad como tal. No se puede negar, *contrario sensu*, que en este país la protección de los congresistas es más fuerte que en aquellos que cuentan con la referida prerrogativa. Además por cierto los ingleses nunca conocieron de la prerrogativa, lo que tuvieron es una gracia llamada *freedom from arrest or molestation* destinada a proteger de cualquier detención por deudas a los representantes de los condados del reino.

Esto es verdad, si tomamos en cuenta además que las propias cámaras tienen jurisdicción para procesar a sus pares en casos de delitos de alta lesividad como resultan ser las acusaciones por corrupción (*bribery*), que en Inglaterra no están sujetas a procesamiento en la jurisdicción penal ordinaria sino en la propia sede legislativa. También debe exponerse el hecho en sí por medio del cual la Cámara de los Lores se convierte en un Supremo Tribunal de Apelaciones, con lo cual, se evidencia la prescindencia de la inmunidad en un sistema en donde es el Poder Legislativo el que finalmente se avoca a una causa criminal contra uno de sus miembros. Por tanto, la comparación con el congreso británico es sin duda por desconocimiento.

De otro lado, la experiencia comparada demuestra que en los países con mayor estabilidad democrática la institución no se ha eliminado, sino se ha relativizado a través de la incorporación de sendas cláusulas limitantes. En el caso de España por ejemplo, la fórmula del silencio positivo ha cerrado el debate. Igual en Italia, donde la prerrogativa protege únicamente por delitos imputados en el cargo.

En definitiva parece conveniente mantener la inmunidad parlamentaria como prerrogativa en la medida que resulte compatible con los principios y derechos constitucionales. La razón es que el parlamento no solo tiene los clásicos enemigos históricos, sino además nuevos adversarios, entre ellas las ongs, los medios de comunicación, las empresas de gran capital, entre otros poderes fácticos que fácilmente pueden manchar la reputación de un congresista o enviarle un ejército de abogados para empapelarlo. Además por cierto que, ha quedado demostrado su utilidad frente a regímenes autoritarios como hoy mismo sucede en Venezuela. Los congresistas que hoy luchan por la democracia en ese país poco o nada hubieran podido hacer sin inmunidad.

Es por ello necesario que sea el propio congreso quien evalúe si en el requerimiento judicial hay un móvil político. Sería incongruente que sea la Corte Suprema la que se encargue de valorar la intencionalidad política cuando este organismo es un ente eminentemente jurisdiccional, además por cierto, las causas penales donde más demoran son en el propio sistema judicial, donde los juicios importantes superan fácilmente una década.

Ahora bien, no se puede negar que, en algunos casos, el uso de la inmunidad genera descontento ciudadano. En ese sentido, convenimos en que deben hacerse mejoras con el propósito de garantizar su plena compatibilidad con los intereses de la ciudadanía.

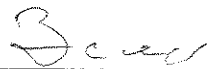
En ese orden de ideas, proponemos las siguientes reformas:

CERTIFICO QUE:

El presente documento es idéntico al original que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad.

Lima,

23 OCT 2020


BEKE CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1. Se incorpore la figura del silencio positivo, lo que significa que, en caso el congreso no se pronuncie en el plazo de 30 días hábiles de haber recibido el pedido de la Corte Suprema de Justicia de la República, se entenderá por concedido y levantada la inmunidad.

2. Se de valor al allanamiento del legislador al requerimiento judicial. En estos casos, el Pleno del Congreso de la República adoptará las medidas necesarias para pronunciarse de manera inmediata concediendo la autorización.

3. Se estatuya el fuero especial para el enjuiciamiento de los congresistas. La Corte Suprema de Justicia de la República asumirá competencia en el procesamiento tanto para quienes cometan delitos durante el ejercicio del cargo o antes de haber sido elegidos. El juez de la causa deberá elevar los actuados a la máxima instancia jurisdiccional para que se sustancie el proceso tomando en cuenta la investidura de los parlamentarios.

citado
anexo 7
fue

4. Se enuncien algunos parámetros para evaluar si hay un ánimo político en el requerimiento judicial.

Por ejemplo, si en el contenido del pedido hay de por medio una denuncia anónima, retraso excesivo en la presentación de la denuncia, acusación de desacato a un juez, mediando provocación del Ministerio Público, reconocimiento manifiesto por el denunciante de su interés en dañar al parlamentario, persecución judicial de un solo de los autores de los hechos.

Esto permitirá que los congresistas puedan determinar con mayor objetividad si es que hay o no de por medio intencionalidad política de juzgamiento.

5. Se retire la inmunidad para los magistrados del Tribunal Constitucional y del Defensor del Pueblo, y se les preserve el fuero especial de juzgamiento por delito común en la Corte Suprema de Justicia de la República.

6. Se habilite el proceso de Amparo para los procedimientos de levantamiento de fuero por delitos contra el honor.

7. Constituir una Comisión de Levantamiento de Fuero para los 5 años del periodo congresal. Se evitará así pérdida de tiempos entre la constitución de una y otra comisión, y el conocimiento de las causas.

8. Se Replique el mecanismo que utilizan los legisladores alemanes que, a cada inicio de legislatura se comprometen a resolver rápidamente los pedidos de levantamiento de la inmunidad. Dicha declaración de voluntad puede estar expresamente contenida en el Reglamento del Congreso.

En suma, preservar la inmunidad como defensa del parlamento frente a sus enemigos y adversarios, es defender la democracia. Sin embargo, ello no puede significar que sea un medio para la impunidad. Razones que hacen necesaria las reformas indicadas para zanjar finalmente este debate recurrente.

CERTIFICO QUE.

El presente documento es idéntico al original que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad.

Lima,

23 OCT 2020


BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

CERTIFICO QUE:

El presente documento es idéntico al original que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad.

Lima, 23 OCT 2020

BEKER CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con cursos de especialización en la Universidad Carlos III de Madrid y en el Congreso de los Diputados de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Investigador del Instituto de Derecho Público. Asesor y consultor en materia constitucional y legal con más de 15 años de experiencia. Ha sido asesor principal de las comisiones de Constitución, Justicia y Trabajo del Congreso de la República. Ex jefe de la Oficina de Defensa de las Leyes del Congreso de la República; ex intendente de Prevención y Asesoría de la SUNAFIL. En la actualidad es presidente del Instituto de Derecho Público. Se desempeña como profesor de Derecho Constitucional en la USMP, UFV y en la Academia de la Magistratura, así como en calidad de visitante en las diversas universidades del país.

**REDACCIÓN DE ESCRITOS ANTE EL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**CURSO DE ESPECIALIZACIÓN
PROCESOS
CONSTITUCIONALES**

**Inicio
9
JULIO**

El referéndum: algunas precisiones conceptuales

POR GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE - 11 AGOSTO, 2018

CERTIFICO QUE:
El presente documento es idéntico al original
que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo
responsabilidad.

Lima, 23 OCT 2020

BEKER CANO AGUIRRE
PEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA



El **referéndum** es una institución de la democracia directa que surge en los parlamentos medievales europeos. Se utiliza como asevera Oliver, "para designar la técnica a través de la cual los representantes de los territorios, cuando sobre un tema carecían de instrucciones concretas, no tomaban sus decisiones en firme sino "ad referéndum", es decir "refiriendo el asunto a sus mandantes" y bajo la reserva de su ratificación"[1].

Con posterioridad, explica **De Los Santos**, "el referéndum modifica su función inicial de dar cuenta de toda cuestión pública importante por parte de los delegados a sus electores, en el sentido de revestir un carácter de legislación por parte del pueblo, lo que implica que esta institución funciona mediante la consulta al cuerpo político-social, por parte de la autoridad, para que aquél se pronuncie a favor o en contra sobre una propuesta articulada en forma de ley"[2].

En América Latina, nos informa Miró Quesada Rada, "el referéndum se introduce en la Constitución uruguaya de 1917, pero con el nombre de plebiscito. Los uruguayos llaman indistintamente a la consulta popular, referéndum o plebiscito. En los últimos años se prefiere hablar de referéndum."[3]

Estamos en consecuencia, ante una institución excepcional que ha servido como válvula de escape frente a tensiones sociales, que ha dado resultado sobre todo en países con poblaciones pequeñas.

No obstante, el tema que proyecta en países con grandes cantidades de habitantes es la eventual posibilidad de ser utilizado para convalidar actos autoritarios o, en su defecto, populistas, con el riesgo de aprobarse temas que requieren tal vez de una visión más racional y menos emotiva. El caso del **Brexit**, por medio del cual el pueblo británico ha votado a favor de retirarse de la Unión Europea es una muestra de lo que afirmamos; por esta razón es que el referéndum debe ser utilizado de manera excepcional y debe además contar con una regulación adecuada que resulte compleja (pero posible), para evitar su distorsión.

En el caso peruano, de acuerdo al artículo 32 de la Constitución, concordado con la Ley N° 26300, pueden ser sometidas a referéndum: 1. La reforma total o parcial de la Constitución; 2. La aprobación de normas con rango de ley; 3. Las ordenanzas municipales; y 4. Las materias relativas al proceso de descentralización.

CERTIFICA QUE
El presente documento es idéntico al original
que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo
responsabilidad.

Como se puede observar, el constituyente consideró trascendental la consulta popular, y se la confirió al pueblo en la más alta esfera decisoria, como es la aprobación de una reforma total o parcial de la Constitución. Se trata sin duda de la posibilidad que prevé el artículo 206 y que permite al Congreso pueda someter a referéndum una propuesta de reforma constitucional, cuando no haya alcanzado las votaciones calificadas que se exigen para estos casos. Es una formula combinada donde el poder constituyente derivado y el originario coadyuvan para obtener un cambio que no logra los consensos necesarios en el Congreso.

Cabe además la posibilidad del referéndum legislativo. En este caso, el pueblo participa en calidad de actor principal en la elaboración de una norma legal. En la *praxis*, recuerda Abad Yupanqui, “[e]l 03 de octubre del año 2010 se llevó a cabo el primer referéndum (legislativo) promovido en el Perú por un importante número de ciudadanos. Más de nueve millones de personas, es decir, el 66.47% del total de votos válidos, decidieron aprobar el proyecto de ley sometido a referéndum. En virtud de dicha votación “el pueblo se convirtió en legislador directo”.[4]

Sin embargo, cabe advertir que éste fue el desenlace de un largo proceso que tardó varios años en hacerse realidad. Pero aún con todo, se trata de un mecanismo sumamente relevante que puede servir como una alternativa de la ciudadanía intervenga en la toma de decisiones de Estado. No es propiamente una opción del gobierno, que para eso cuenta con los canales correspondientes sino de la población frente a la ausencia de los sujetos legitimados para desarrollar los procedimientos legislativos.

Finalmente, la última modalidad del referéndum es el consultivo. Este se admite exclusivamente en materias relativas al proceso de descentralización. Hay que recordar que el 30 de octubre de 2005, se llevó a cabo un referéndum para la conformación de cinco macro regiones en el Perú.

Lamentablemente, el resultado fue adverso, en razón de la ausencia de compromisos con la unidad nacional y un marcado chauvinismo provinciano que deberán ser superadas más temprano que tarde en atención a los objetivos de la integración y de la regionalización.

¿Es posible llevar a referéndum el sometimiento de temas de interés nacional, y especial trascendencia, como es admisible en España por ejemplo? ¿Puede plantearse una consulta para que el pueblo decida de modo censitario si está de acuerdo con el matrimonio gay, el cierre del congreso, o la pena de muerte para los violadores?

La respuesta es negativa. En el caso peruano tal como ya lo hemos hecho notar líneas arriba, no se ha previsto el referéndum consultivo (salvo para materias relativas al proceso de descentralización). En

ese sentido, el pueblo puede ser consultado a través de esta modalidad democrática siempre en cuando haya una formula normativa de por medio.

CERTIFICO QUE:

El presente documento es idéntico al original que tengo a la vista, de cuyo contenido no asumo responsabilidad.

Lima,

23 OCT 2020


BEKE CANO AGUIRRE
FEDATARIO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA