

**TEORÍA DEL ESTADO
Y
DERECHO CONSTITUCIONAL**

VÍCTOR GARCÍA TOMA

TEORÍA DEL ESTADO
Y
DERECHO CONSTITUCIONAL



TEORÍA DEL ESTADO Y DERECHO CONSTITUCIONAL

Tercera Edición: Junio 2010

Tiraje: 1000 Ejemplares

© VÍCTOR GARCÍA TOMA

© Editorial Adrus, S.R.L.
San José N° 311, Of. 314
Arequipa - Perú
Teléf. 054-227330
editorial_adrus@hotmail.com

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

N°
ISBN:

Diagramación de interiores:
José Luis Vizcarra Ojeda
jose_luis_v_o@hotmail.com

Corrección ortográfica:
Editorial ADRUS S.R.L.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

*A mi esposa y compañera Chela,
A mi hijo y amigo José Víctor*

PRESENTACIÓN

La edición corregida y aumentada del presente trabajo académico tiene por objeto atender la necesidad sensible y generalizada en nuestros predios universitarios en particular, y de la comunidad jurídica en general, para que los iniciados en la temática constitucional puedan contar con un manual introductorio sobre la Teoría del Estado y de las instituciones y categorías del Derecho Constitucional.

El contenido del libro deriva de la acumulación y sistematización de muchas notas y apuntes recolectados a efectos de desarrollar conferencias a públicos abiertos y exposiciones en clase durante más de una década. Por ende, los parámetros y enjuiciamientos de su contenido deberán tener en cuenta dicho origen.

La plasmación de estas notas y apuntes de clase en un texto orgánico no hubiera sido posible sin el invaluable apoyo de Chela, mi esposa, quien con paciencia cumplió la ardua tarea de su ordenamiento.

Con la intención de que la presente obra cumpla con los objetivos propuestos por el autor, queda a merced de los lectores.

Victor García Joma

MAYO DE 2010

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....

CAPÍTULO PRIMERO

EL HOMBRE Y LA SOCIEDAD POLÍTICA

1. LOS FUNDAMENTOS DE LA VIDA HUMANA.....
2. LA SOCIEDAD.....
 - 2.1. El proceso de la vida social.....
 - 2.1.1. La cultura.....
 - 2.1.2. La civilización.....
 - 2.1.3. El progreso.....
 - 2.1.4. Las castas.....
 - 2.1.5. Los estamentos.....
 - 2.1.6. Las clases.....
 - 2.1.7. El status.....
 - 2.1.8. Los roles.....
3. LA TIPOLOGÍA SOCIAL.....
 - 3.1. Las sociedades prepolíticas.....
 - 3.2. Las sociedades políticas.....
 - 3.2.1. La formación de las sociedades políticas.....
 - 3.2.2. Los componentes de las sociedades políticas.....
 - 3.2.3. Los factores, requisitos y tipología de las sociedades políticas.....

- 3.3. Las sociedades políticas iniciales.....
- 3.4. La sociedad política estatal.....
- 3.5. La definición del concepto de Estado.....
- 3.6. Las formas de institucionalización histórica del Estado.....
- 3.7. El principio de continuidad estatal.....
- 3.8. La extinción estatal.....
- 3.9. La naturaleza del Estado.....
- 3.10. El estudio del Estado.....

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS ELEMENTOS DEL ESTADO

- 1. EL PUEBLO.....
 - 1.1. El pueblo, la nación y la patria.....
 - 1.2. El pueblo y el principio de libre determinación.....
 - 1.3. La nacionalidad.....
 - 1.3.1. Los modos de adquisición de la nacionalidad.....
 - 1.4. El problema de la doble nacionalidad.....
 - 1.5. La pérdida y la renuncia de la nacionalidad.....
 - 1.6. La recuperación de la nacionalidad.....
 - 1.7. La relación entre nacionalidad y ciudadanía.....
 - 1.8. El caso de los extranjeros.....
- 2. EL PODER POLÍTICO.....
 - 2.1. Los componentes del poder.....
 - 2.2. El poder, los gobernantes y el derecho.....
 - 2.3. El origen del poder.....
 - 2.4. Las características del poder.....
 - 2.4.1. Los alcances de la soberanía.....
 - 2.4.2. La distinción entre soberanía y poder constituyente.....
 - 2.4.3. La soberanía, el dominio y la jurisdicción.....
 - 2.4.4. La soberanía, la globalización y la noción de supranacionalidad.....
 - 2.5. El papel institucional del poder.....

2.6. Las formas de manifestación del poder.....	
2.7. El poder y la arbitrariedad.....	
2.8. La noción de fuerza desnuda.....	
2.9. Los objetivos integracionistas y la cesión de competencias.....	
2.10. El aspecto jurídico de la supranacionalidad.....	
3. EL TERRITORIO.....	
3.1. Las funciones del territorio.....	
3.2. Las características del territorio.....	
3.3. La clasificación del territorio.....	
3.4. Las partes del territorio.....	
3.4.1. El suelo.....	
3.4.2. El subsuelo.....	
3.4.3. El dominio marítimo.....	
3.4.3.1. Las partes del dominio marítimo.....	
3.4.3.2. El Estado peruano y la tesis de las doscientas millas.....	
3.4.4. El espacio aéreo.....	
3.4.4.1. Las partes del espacio aéreo.....	
3.4.4.2. El problema del espacio exterior o ultraterrestre....	
3.5. Las fronteras del territorio.....	
3.6. Los modos de adquisición del territorio.....	

CAPÍTULO TERCERO

EL ESTADO DE DERECHO Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO

1. EL ESTADO Y EL DERECHO.....	
1.1. Las relaciones entre el Estado y el derecho.....	
1.2. La preexistencia del derecho y su entroncamiento con el Estado.....	
2. EL ESTADO DE DERECHO.....	

2.1. Los principios básicos para la construcción del Estado de Derecho.....	
2.2. Las condiciones de viabilidad para la construcción del Estado de Derecho (El Estado Constitucional).....	
2.3. La conversión del Estado de Derecho en Estado Constitucional.....	
2.4. Las características del Estado de Derecho (El Estado Constitucional).....	
3. EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.....	
3.1. Las notas propias de la democracia.....	
3.2. Los planos de la democracia.....	
4. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	
5. EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO.....	
6. LA CONJUNCIÓN TELEOLÓGICA Y AXIOLÓGICA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO.....	
7. LA OTRA VARIABLE TERMINOLÓGICA EN EL DERECHO COMPARADO.....	
8. EL ESTADO DE DERECHO (EL ESTADO CONSTITUCIONAL) Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO.....	
8.1. Las razones de asimilación conceptual.....	
8.2. El ámbito y los alcances del concepto de personalidad jurídica del Estado.....	
8.3. Las características de la personalidad jurídica del Estado.....	
8.4. Los elementos de la personalidad jurídica del Estado.....	
8.5. El carácter bifronte de la personalidad jurídica del Estado.....	
8.6. La voluntad y la responsabilidad personificadora del Estado.....	
8.7. Los efectos de la personalidad jurídica del Estado.....	

CAPÍTULO CUARTO
LAS FUNCIONES Y FINES DEL ESTADO

1. EL ORIGEN CONCEPTUAL DE LA MAL DENOMINADA DIVISIÓN DE PODERES.....

2. LA TEORÍA DE LA DISTINCIÓN DE ÓRGANOS Y DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES.....

2.1. Las funciones estatales.....

2.2. Los órganos estatales.....

2.3. Las autoridades estatales.....

2.4. La relación entre funciones, órganos y autoridades estatales.....

2.5. El sistema de frenos y contrapesos.....

3. EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LAS FUNCIONES ESTATALES.....

4. EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LOS ÓRGANOS ESTATALES.....

4.1. El Estado y la función jurisdiccional: el Órgano Judicial..

4.2. Los órganos constitucionales autónomos.....

4.3. Las competencias o poderes implícitos.....

5. EL ACTO ESTATAL CONSTITUCIONAL.....

5.1. La competencia y el acto estatal constitucional.....

5.2. Las notas condicionantes de la competencia del acto estatal.....

5.3. El contenido de los actos estatales.....

6. LOS FINES DEL ESTADO.....

6.1. Las teorías.....

6.2. La determinación de los fines del Estado.....

7. LOS DERECHOS Y DEBERES DEL ESTADO.....

CAPÍTULO QUINTO
EL ESTADO Y EL GOBIERNO

1. LAS FORMAS DE ESTADO.....

1.1. La tipología de las formas de Estado.....	
1.1.1. El Estado unitario.....	
1.1.1.1. El Estado unitario stricto sensu.....	
1.1.1.2. El Estado unitario desconcentrado.....	
1.1.1.3. El Estado unitario descentralizado.....	
1.1.1.4. El deslinde entre desconcentración y descentralización.....	
1.1.2. El Estado complejo.....	
1.1.2.1. La confederación.....	
1.1.2.2. La clasificación de las confederaciones.....	
1.1.2.3. El Estado federal.....	
1.1.2.4. Las diferencias entre el Estado confederado y el Estado federal.....	
1.1.2.5. El Estado libre asociado.....	
2. LAS FORMAS DE GOBIERNO.....	
2.1. Las formas clásicas de gobierno.....	
2.1.1. La monarquía.....	
2.1.2. La república.....	
2.2. Las formas modernas de gobierno.....	
2.2.1. Los sistemas políticos.....	
2.2.1.1. El gobierno absolutista.....	
2.2.1.2. El gobierno liberal.....	
2.2.1.3. El gobierno marxista-leninista.....	
2.2.1.4. El gobierno fascista.....	
2.2.1.5. El gobierno democrático social.....	
2.2.2. Los regímenes políticos.....	
2.2.2.1. El gobierno de asamblea.....	
2.2.2.2. El gobierno directorial.....	
2.2.2.3. El gobierno parlamentario.....	
2.2.2.4. El gobierno presidencial.....	
2.2.2.5. El gobierno mixto o compuesto.....	

2.2.2.6.El gobierno sultanático.....

CAPÍTULO SEXTO

EL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. EL PROCESO DE ESTUDIO DEL
DERECHO CONSTITUCIONAL.....

2. LA METODOLOGÍA
EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL.....

3. UBICACIÓN DISCIPLINARIA.....

4. EL DERECHO CONSTITUCIONAL
Y SUS RELACIONES JURÍDICO
INTRADISCIPLINARIAS E INTERDISCIPLINARIAS.....

5. LAS FUENTES CONSTITUCIONALES.....

5.1. La tipología de las fuentes constitucionales.....

5.2. La estructura del sistema de fuentes formales.....

5.3. La clasificación de las fuentes formales.....

5.3.1. Las fuentes formales directas.....

5.3.1.1. La legislación constitucional.....

5.3.1.2. La costumbre constitucional.....

5.3.1.2.1. La costumbre constitucional
y el uso constitucional.....

5.3.1.2.2. El aporte de la costumbre constitucional.....

5.3.1.3. La jurisprudencia constitucional.....

5.3.1.3.1. La tipología y los efectos
de la jurisprudencia constitucional.....

5.3.1.3.2. El precedente constitucional vinculante.....

5.3.1.4. El derecho internacional público.....

5.3.1.4.1. El proceso de incorporación
de los tratados al derecho estadual.....

5.3.1.4.2. El rango jerárquico de los tratados.....

5.3.2. Las fuentes formales indirectas.....

5.3.2.1. La doctrina constitucional.....

5.3.2.2. Los principios constitucionales.....

5.3.2.3. El derecho comparado.....
5.4. El bloque de constitucionalidad.....
5.5. El sistema constitucional.....

CAPÍTULO SÉTIMO
TEORÍA CONSTITUCIONAL

1. LA DEFINICIÓN Y LOS ALCANCES
DEL CONCEPTO CONSTITUCIÓN.....
1.1. El derrotero histórico del concepto Constitución.....
1.2. Los contenidos de la Constitución.....
1.3. El referente constitucional.....
1.4. La fundamentación conectiva: la fuerza normativa
de la Constitución.....
1.5. Los criterios de estudio de la Constitución.....
2. LA ESTRUCTURA DE LO CONSTITUCIONAL.....
3. LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO.....
3.1. Los elementos constitutivos
del constitucionalismo inicial.....
3.2. Las etapas del constitucionalismo.....
4. LAS CONCEPCIONES
ACERCA DE LA CONSTITUCIÓN.....
4.1. Las funciones de la Constitución.....
5. LAS PARTES DE LA CONSTITUCIÓN.....
5.1. El problema de la relación entre la parte dogmática
y la parte orgánica.....
6. LA CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS
CONSTITUCIONALES.....
7. LA TIPOLOGÍA DE LAS CONSTITUCIONES.....
7.1. Las constituciones morfológicas.....
7.2. Las constituciones ontológicas.....
8. EL CONTENIDO IN TOTUM
DE LA CONSTITUCIÓN.....

- 9. LA CONSTITUCIÓN Y LA CONSTITUCIONALIDAD....
- 10. LA FORMACIÓN TÉCNICA
DE LA CONSTITUCIÓN.....
- 11. LA EXTINCIÓN Y LA SUSPENSIÓN
DE LA CONSTITUCIÓN.....
- 11.1. La extinción de Constitución.....
- 11.2. La suspensión de la Constitución.....
- 11.3. La abrogación inconstitucional.....

CAPÍTULO OCTAVO

EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

- 1. LA NOCIÓN GENERAL DEL PODER
CONSTITUYENTE.....
- 2. EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO.....
- 2.1. Los alcances del poder constituyente originario.....
- 2.2. La tipología del poder constituyente originario.....
- 2.3. La actividad constituyente originaria.....
- 2.4. La función, la titularidad y ejercicio
del poder constituyente originario.....
- 2.5. La legitimidad del poder constituyente originario.....
- 2.6. Las características del poder constituyente originario.....
- 2.7. La justificación del poder constituyente originario.....
- 2.8. El íter político del poder constituyente originario.....
- 2.9. Los límites del poder constituyente originario.....
- 2.10. El fenómeno constituyente originario en la historia
- 2.11. El poder constituyente originario
y los poderes constituidos.....
- 3. EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO O
CONSTITUIDO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL...
- 3.1. Los alcances del poder constituyente derivado.....
- 3.2. Las características del poder constituyente derivado.....

3.3. La justificación de la reforma constitucional.....	
4. LA RELACIÓN ENTRE EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO.....	
5. EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL.....	
5.1. El proceso de reforma constitucional como medio para el cambio de Constitución.....	
5.2. Los presupuestos doctrinarios para el proceso de reforma constitucional.....	
5.3. La inconstitucionalidad de la reforma constitucional.....	
5.4. El proceso de reforma y el sentimiento constitucional....	
5.5. La Constitución, el poder constituyente y el sentimiento constitucional en el Perú.....	
5.5.1. La mimesis constitucionalista.....	
5.5.2. La ausencia del sentimiento constitucional.....	
5.6. La responsabilidad por los actos del poder constituyente.....	
6. LA REFORMA CONSTITUCIONAL NO FORMAL.....	
6.1. La mutación constitucional.....	
6.1.1. Los supuestos de la mutación constitucional.....	
6.2. La norma de habilitación constitucional.....	
6.3. El fraude constitucional.....	

CAPÍTULO NOVENO

LOS VALORES, PRINCIPIOS, FINES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONALES

1. LOS VALORES CONSTITUCIONALES.....	
1.1. La tipología de los valores constitucionales.....	
1.2. Las características de los valores constitucionales.....	
2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	
2.1. Las características de los principios constitucionales.....	
2.2. Los “contenidos” de los principios constitucionales.....	
2.3. Las funciones de los principios constitucionales.....	

2.4. El entroncamiento entre los principios y las reglas constitucionales.....	
2.5. La solución de los conflictos entre los principios de un mismo ordenamiento constitucional.....	
2.6. Los principios constitucionales y las normas jurídicas en sentido lato.....	
2.7. Los principios constitucionales y los principios fundamentales de otras disciplinas jurídicas.....	
2.8. La petrealidad de los principios constitucionales.....	
2.9. La tipología de los principios constitucionales.....	
2.10. Los principios constitucionales sustantivos.....	
2.11. Los principios constitucionales instrumentales.....	
3. LA RELACIÓN Y DISTINCIÓN ENTRE LOS VALORES Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	
4. LOS FINES CONSTITUCIONALES.....	
5. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	
5.1. La delimitación interpretativa del concepto Constitución.....	
5.2. La carta de navegación de los hermeneutas.....	
5.3. Los tipos de interpretación constitucional.....	
5.4. Los intérpretes constitucionales.....	
5.5. La interpretación constitucional y las indeterminaciones constitucionales.....	
5.6. La interpretación constitucional y el problema de las contradicciones.....	
5.7. La interpretación constitucional y las redundancias normativas.....	
5.8. La interpretación constitucional y las imprevisiones.....	
5.9. Los principios hermenéuticos.....	
5.10. Los límites de la interpretación constitucional.....	
5.11. Los criterios metodológicos en el proceso de interpretación constitucional.....	

- 5.12. El caso de la interpretación mutativa.....
- 5.13. La interpretación y la argumentación constitucional.....

CAPÍTULO DÉCIMO

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

- 1. LOS ALCANCES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
 - 1.1. Los presupuestos jurídicos de la jurisdicción constitucional.....
 - 1.2. La naturaleza de la jurisdicción constitucional.....
 - 1.3. Los ámbitos de la jurisdicción constitucional.....
 - 1.4. Los objetivos de la jurisdicción constitucional.....
 - 1.5. Los orígenes de la jurisdicción constitucional.....
 - 1.5.1. El caso Madison vs. Marbury.....
- 2. LOS SISTEMAS O MODELOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.....
 - 2.1. Los modelos originarios.....
 - 2.1.1. El control orgánico político o no jurisdiccional.....
 - 2.1.2. El control orgánico jurisdiccional.....
 - 2.1.2.1. El sistema americano o de jurisdicción difusa.....
 - 2.1.2.2. El sistema europeo o de jurisdicción concentrada.....
 - 2.1.3. Los modelos originarios y las variables de admisión, naturaleza del acto cuestionado y tiempo de impugnación.....
 - 2.2. Los modelos derivados.....
 - 2.2.1. El control orgánico mixto.....
 - 2.2.2. El control orgánico dual o paralelo.....
 - 2.2.3. Nuestra opinión en relación al caso peruano.....
- 3. EL EXAMEN DE INCONSTITUCIONALIDAD.....
 - 3.1. El examen de inconstitucionalidad material o de fondo.....

3.2. El examen de inconstitucionalidad procedimental o de forma.....	
3.3. El examen de inconstitucionalidad indirecta.....	
3.4. El examen de inconstitucionalidad por omisión legislativa.....	
3.4.1. Los elementos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa.....	
3.5. Los efectos del control constitucional.....	
3.6. La jurisdicción constitucional y los procesos constitucionales.....	
3.6.1. Los fines de los procesos constitucionales.....	
3.6.2. Los procesos para la defensa de los derechos fundamentales de la persona.....	
3.6.3. Los procesos para la defensa de la unidad, jerarquía y coherencia del orden jurídico nacional.....	
3.7. La jurisdicción constitucional y las tendencias interpretativas.....	
3.8. La jurisdicción constitucional y la denominada cuestión política.....	
3.8.1. La determinación de la existencia de las cuestiones políticas.....	
3.8.2. El contenido material de las cuestiones políticas.....	
4. LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA Y LA SUPREMACÍA NORMATIVA INTEGRACIONISTA.....	
4.1. La jurisdicción supranacional de alcance regional.....	

CAPÍTULO UNDÉCIMO

LA OBEDIENCIA CONSTITUCIONAL

1. EL ORIGEN DE LA OBEDIENCIA.....	
2. LOS FUNDAMENTOS DE LA NO OBEDIENCIA.....	
3. LA DESOBEDIENCIA CIVIL.....	

3.1. Las características de la desobediencia civil.....

4. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.....

4.1. Las características de la objeción de conciencia.....

5. LAS SEMEJANZAS Y LAS DIFERENCIAS ENTRE
LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y LA OBJECCIÓN
DE CONCIENCIA.....

6. EL PROBLEMA DE LA OBEDIENCIA FUNCIONAL.....

7. EL CASO DE LA ANARQUÍA.....

CAPÍTULO DUODÉCIMO
EL ESTADO Y LAS SITUACIONES
DE ANORMALIDAD CONSTITUCIONAL

1. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN.....

1.1. Los antecedentes históricos.....

1.2. Las características del régimen de excepción.....

1.3. Los elementos y las dimensiones
del régimen de excepción.....

1.4. El régimen de excepción, la razón de Estado
y el estado de necesidad.....

2. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN Y SUS
MODALIDADES DE EXCEPCIÓN.....

2.1. El estado de sitio.....

2.2. El estado de desorden interno o de emergencia.....

2.3. El estado de calamidad.....

2.4. El estado de crisis económica.....

2.5. El estado de prevención.....

2.6. El caso de los decretos de urgencia.....

3. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN Y LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES.....

3.1. El régimen de excepción
y las prerrogativas parlamentarias.....

3.2. El régimen de excepción y las acciones de garantía.....

3.3. El régimen de excepción y el control judicial y político.....

4. LA CIUDADANÍA Y LA ANORMALIDAD
CONSTITUCIONAL.....

4.1. El derecho a la insurgencia.....

4.2. El derecho de insumisión.....

CAPÍTULO DECIMOTERCERO
LOS GOBIERNOS DE FACTO

1. LAS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE
LOS GOBIERNOS DE FACTO.....

2. LA TIPOLOGÍA DE LOS GOBIERNOS DE FACTO.....

2.1. Los gobiernos de facto por razón de su origen.....

2.2. Los gobiernos de facto por razón de su ejercicio.....

3. LOS REQUISITOS DE CONSOLIDACIÓN INTERNA.....

3.1. La legitimidad o ilegitimidad de los gobiernos de facto.....

3.1.1. El golpe de Estado y la revolución.....

3.1.1.1. La revolución y el poder constituyente originario.....

3.1.1.2. La revolución y la normatividad prerrevolucionaria...

3.1.2. La resistencia contra la opresión.....

3.1.3. El deslinde conceptual entre revolución
y resistencia contra la opresión.....

4. LA DOCTRINA DE FACTO.....

5. LOS DOCUMENTOS CONSTITUTIVOS.....

5.1. La suspensión o abrogación in totum de la Constitución.....

5.2. La supraordinación del documento constitutivo
sobre la Constitución.....

5.3. La adecuación homologante entre Constitución
y el documento constitutivo.....

6. EL CASO DE LOS DECRETOS LEYES.....

6.1. El problema de la validez o no validez de los decretos leyes.....

6.1.1. La validez o no validez de los decretos leyes durante
la existencia de un gobierno de facto.....

6.1.2. La validez o no validez de los decretos leyes al restaurarse el Estado de Derecho.....	
6.2. Los decretos leyes en el Perú.....	
7. LA RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LOS GOBIERNOS DE FACTO EN EL PERÚ.....	
8. EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS GOBIERNOS DE FACTO.....	
8.1. La doctrina Tobar.....	
8.2. La doctrina Estrada.....	
8.3. La doctrina Betancourt.....	
8.4. La doctrina Rodríguez Larreta.....	
8.5. La doctrina de la Organización de los Estados Americanos....	
9. EL CASO DE LOS GOBIERNOS EN EL EXILIO.....	
BIBLIOGRAFÍA.....	

CAPÍTULO PRIMERO

EL HOMBRE Y LA SOCIEDAD POLÍTICA

SUMARIO:

1. LOS FUNDAMENTOS DE LA VIDA HUMANA. 2. LA SOCIEDAD. 2.1. El proceso de la vida social. 2.1.1. La cultura. 2.1.2. La civilización. 2.1.3. El progreso. 2.1.4. Las castas. 2.1.5. Los estamentos. 2.1.6. Las clases. 2.1.7. El status. 2.1.8. Los roles. 3. LA TIPOLOGÍA SOCIAL. 3.1. Las sociedades prepolíticas. 3.2. Las sociedades políticas. 3.2.1. La formación de las sociedades políticas. 3.2.2. Los componentes de las sociedades políticas. 3.2.3. Los factores, requisitos y tipología de las sociedades políticas. 3.3. Las sociedades políticas iniciales. 3.4. La sociedad política estatal. 3.5. La definición del concepto de Estado. 3.6. Las formas de institucionalización histórica del Estado. 3.7. El principio de continuidad estatal. 3.8. La extinción estatal. 3.9. La naturaleza del Estado. 3.10. El estudio del Estado.

Es indiscutible que el hombre, concebido como unidad corporal, racional y espiritual, posee una naturaleza sui generis. Esta fue definida por Aristóteles [*La política*. Madrid: Espasa-Calpe, 1943] como “aquella esencia por la cual los seres poseen en sí mismos y en cuanto tales, los principios que animan su obrar”. Esta conduce a la consecución de los fines propios de cada ser; por ende, de manera connatural, el hombre tiene dignidad.

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

El ser humano tiene como características esenciales y fundamentales el concebirse como un fin en sí mismo y el poder realizarse plenamente como persona. Este posee dignidad no por libre determinación, sino por serle connatural a su esencia creada.

De allí que Juan Pablo II [*Enseñanzas al pueblo de Dios*. Madrid: Librería Vaticana, 1980] expusiese que “Hay que afirmar al hombre por

él mismo, y no por ningún otro motivo o razón [...] sin subterfugios, sin otro pretexto y por la sola razón [...] que posee una dignidad única y merece ser estimado por sí mismo”.

Este respeto a la persona humana en sí, obliga a la consagración de dos reglas básicas:

- La sociedad y el Estado existen para el ser humano.
- La sociedad y el Estado encuentran su justificación organizacional a través de la defensa del ser humano y la búsqueda de su promoción y bienestar.

Tal como plantea Rafael Domingo Osle [*¿Qué es el derecho global?* Lima: Universidad de Lima, 2009] persona y dignidad son dos realidades inseparables, ella deviene en el origen, sujeto y fin de toda organización política o social.

Por ende, es preexistente, subordinante y legitimadora de su constitución y forma de actuación.

Alberto Oehling de los Reyes [“Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de dignidad humana”. En: *Pensamiento Constitucional*, N° 12. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007] consigna que la dignidad conlleva al respeto de los derechos derivados de la propia calidad de persona, así como el desenvolvimiento de todas sus potencias físicas, intelectuales y espirituales.

Ahora bien, el hombre es un ser cuya peculiar naturaleza se diferencia de los demás seres por el goce y ejercicio de la razón, la espiritualidad, la voluntad libre y la inexorabilidad de su sociabilidad. Ocupa así la más alta jerarquía sobre los demás seres vivos.

La *razón* es aquella facultad por medio de la cual el hombre puede discurrir y juzgar. Se trata de una capacidad inherente al ser humano, que permite ajustar conscientemente su pensamiento a las exigencias diarias de la existencia y coexistencia social.

Por medio de ella se reconoce como ser y conoce además el mundo de los objetos. A través de su ejercicio llega a saber lo que él es. El hombre, al reconocerse y conocerse, hace que su existencia sea cualitativamente distinta a las otras especies.

El hombre, a través de la razón, está en condiciones de discernir entre los aspectos éticos de la sociedad y los físicos del orden univer-

sal; así, se encuentra en condiciones de saber como actuar.

La racionalidad implica poseer la capacidad de abstracción y de formación de conceptos y juicios. Ello, por la aplicación de las normas del obrar a las concretas situaciones en las que el hombre se encuentra o pueda encontrarse, le permite obtener la regulación precisa para cada caso concreto.

La formulación de juicios permite un encuentro con la verdad lógica, lo que significa la adecuación del pensamiento al mundo de los objetos, amén de la correspondencia entre la idea concebida en la mente humana y la realidad que esta quiere captar.

En suma, la racionalidad humana permite realizar una serie de funciones complejas, como analizar, deliberar, exponer conclusiones, reflexionar sobre sí mismo y los demás, e internalizar intelectualmente sobre el sentido y destino de la existencia. Asimismo, le permite percibir valores como la justicia, y alcanzar la plenitud de conciencia moral para aforar la bondad o perversidad de las acciones coexistentiales del hombre.

La espiritualidad hace que en el ser humano se encuentre siempre presente el objeto y el sujeto de la conciencia de sí que apunta a su vivificación. Esta le confiere el aliento finalista y le abre la facultad del sentimiento; lo que le permite participar sensitivamente en todas las actividades de la vida existencial y coexistencial.

El ser humano se aferra a su conciencia, para de la reflexión interior intuir y sentir las bondades de las producciones éticas, intelectuales y artísticas.

La *voluntad libre* es entendida como el pleno albedrío y la posibilidad de proceder según la propia determinación: consiste en disponer de sí mismo. En ningún caso expresa una especie de propiedad adjudicada al hombre, sino que este es inobjetablemente, *per se*, libertad. Como afirmara Jean Paúl Sartre [Citado por Víctor Quintanilla Young y Vilma Cuba de Quintanilla. *Pensamientos y refranes seleccionados y clasificados*. Lima, 1989], “el hombre es libertad”.

La libertad es constitutiva. Por ende, José Faustino Sánchez Carrión [Citado por Víctor Quintanilla Young y Vilma Cuba de Quintanilla. ob. cit.] señalaba que “ella nace desde el momento en que uno se pertenece a sí mismo; por ello, para ser dueño de sí o ser libre es indispensable obedecer las leyes que custodian las preeminencias propias”.

Se trata de una facultad inherente que conduce a elegir lo conveniente a nuestro propósito, y es consecuencia de un bien que es propio de los que gozan de razón. Ella otorga al hombre la dignidad de estar en manos de su propio consejo y de tener la potestad de sus acciones.

Esta capacidad de autodeterminación y de elección entre opciones diversas, presupone el goce de la racionalidad. En ese sentido, toda decisión libre comporta un conocimiento previo de lo que se elige o se excluye.

La naturaleza humana es abierta. La vida del ser humano no se encuentra totalmente “hecha”, sino que sobre algunas coordenadas inmutables al ser, este la construye diariamente a través de una serie de decisiones que la van haciendo y la van desarrollando.

Debe advertirse que la libertad del hombre se expresa incluso en las situaciones más adversas; es decir, el hombre siempre poseerá el albedrío para elegir la manera de reaccionar ante aquellas.

A diferencia del instinto animal, la conducta humana siempre será la consecuencia de la propia volición. Como bien afirma Carlos Fernández Sessarego [*Protección jurídica de la persona*. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1992], el hombre es libre para “ser”, para crear, para vivir; es decir, es el artífice y alarife de su propio proyecto de vida, aun cuando no llegue a tener plena conciencia de ese atributo innato.

1.- LOS FUNDAMENTOS DE LA VIDA HUMANA

El hombre necesita crear su propia vida, y para esta tarea tiene facultades y posibilidades que no aparecen en los animales. Los alcances de la existencia humana no están ni pueden ser predeterminados; esto implica que el hombre elige, decide y actúa sobre su propia vida. El ejercicio de su razón, libertad y sociabilidad le permite construir, reformar o destruir su propio mundo, algo imposible para los animales, por más especializados y perfectos que sean sus instintos.

El hombre cumple libremente y de modo singular su quehacer en la vida. Erige su ámbito espiritual y se dirige hacia los valores que prefiere. Toma sus decisiones y es el responsable de su existencia ética. Por ende, orienta su acción hacia nuevos rumbos o rectifica su conducta; regresa sobre sus propios actos y asume sus responsabilidades.

El ser humano tiene la capacidad de superarse y perfeccionarse. Como afirma José Ortega y Gasset [Citado por Aftalión, García Olano, Vilanova. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: El Ateneo, 1960], “es una realidad de libertad, y, a la fuerza, libre”.

La posibilidad humana de la libre elección es necesariamente ética. Las opciones que se le presentan al hombre suponen una opción o preferencia. Su decisión reclama una justificación (el hombre debe darle sentido y valor a su determinación); por tanto, es una necesidad, y lo es porque debe ocurrir obligatoriamente dadas ciertas condiciones.

La libertad no es una potencia psicológica o una energía, sino aquello que ante la relación del hombre y sus circunstancias, le presenta a este una pluralidad de posibilidades y le impele a la necesidad de elegir por sí mismo y con responsabilidad. Así, su existencia deviene en vida biológica más biografía; el hombre es aquello que hace, es lo que ocurre; en suma, *lo que es*.

Su contorno psíquico, biográfico, geográfico y social promueve, para él, su ámbito de vida y el catálogo de posibilidades que esta le depara.

La libertad hace que el hombre se constituya en un ente que es singular respecto de los demás y, por ende, irrepetible. Como diría Juan Donoso Cortés [Citado por Víctor Quintanilla Young y Vilma Cuba de Quintanilla. ob. cit.]:

“Dios hizo a la sociedad para el hombre, y el hombre para sí”.

Ahora bien, es evidente que el hombre es solo individuo en la instancia en que es gobernado por sus instintos; en cambio, deviene en persona cuando su inteligencia y voluntad se apegan a lo que es la vida del espíritu, es decir, en el momento que somete su cuerpo a los dictados de los valores del que es *naturalmente portador*.

Es evidente que lo que distingue al hombre es su espíritu, el cual tiene la aptitud suficiente para contrariar la línea del instinto. La *espiritualidad* es aquella libre fuerza que es vida y es amor. Por ende, no se trata de la manifestación física del devenir humano, sino de la inserción del espíritu en el mundo.

Por ello, no encontramos “personalidad” más destacada que la del santo o la del héroe, porque en ellos se da el más potente triunfo del espíritu sobre el instinto. El santo ha vencido la complacencia de los

sentidos; el héroe ha derrotado al instinto de conservación.

La subordinación del hombre hacia los valores no lo sojuzga, sino, por el contrario, lo hace libre, ya que lo exonera de los condicionamientos de la materia, permitiéndole encaminarse hacia la realización de su más íntima vocación: el infinito. Así, mientras el individuo es atraído por el interés de las cosas, la persona depende de elementos supremos, bajo cuya influencia crea y actúa. Tales elementos son los valores (lo bueno, lo justo, lo bello).

La dignidad de cada persona le confiere la capacidad de realizarse por medio de la espiritualidad y la razón, siendo esta la que le indica qué acción debe plasmar para conseguir lo que se propone y, por medio de la libertad, elegir el camino por el que quiere optar.

El hombre, durante su existencia, tiende a la consecución de determinados fines, a saber:

- La conservación y generación de la vida.
- El perfeccionamiento físico, espiritual e intelectual.
- La participación en el bien común y la afirmación del sentido de seguridad.

2.- LA SOCIEDAD

Para la consecución de los fines antes citados, el ser humano tiene la necesidad de un “medio” que haga posible un verdadero encuentro con sus congéneres, ya que de estos depende, en gran medida, su propia esencia. Ese “medio” es conocido con el nombre de *sociedad*.

La persona humana es un ser gregario de manera inevitable, dado que no puede prescindir de la sociedad, pues siempre requiere del concurso y del apoyo de los demás para ser genuinamente un ser humano. La sociedad viene a ser la unión de una pluralidad de hombres que aúnan sus esfuerzos de modo estable para la realización de fines individuales y comunes [Gustavo Palacios Pimentel. *Elementos de derecho civil*. Lima, 1971]. Ella existe por “mandato” de la naturaleza humana. Ergo, plantea la trama de las relaciones intersubjetivas en un mismo espacio y tiempo.

Alfredo Poviñe [*Sociología*. Córdoba: Assendri, 1954] expone que la sociedad alude a la reunión de individuos que obran en consuno dentro de formaciones colectivas relativamente permanentes, con el

propósito de alcanzar fines predeterminados. Ello significa convivir por y para algo; esto es, existir y vivir con otros en pro de alcanzar algo comúnmente útil.

La noción de sociedad apunta a revelar conductas humanas libres pero mutuamente interferidas entre sí en razón a algo común. Asimismo, estas acciones conllevan a la existencia y praxis de normas e instituciones que generan una dinámica en el tiempo y que crean una historia.

Esta plantea la existencia de un grupo humano orgánico e histórico, constituido sistemáticamente por elementos materiales y espirituales, por cuya interacción se desenvuelve la existencia humana; que por tal tiene carácter gregario. En ese contexto la determinación de roles, status, etc., apunta a la consecución de los fines de la vida.

Al respecto, Robert M. Mac Iver y Charles H. Page [*Sociología*. Madrid: Tecnos, 1958] señalan que en la sociedad existen reglas y procedimientos que correlacionan la conducta de los individuos a efectos de regular las relaciones interpersonales. Por su parte, Henry Pratt Fairchild [*Diccionario de sociología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1960] expone que las conductas orientadas por reglas e instituciones expelen fuerzas vitales articuladas tras actividades colectivas tendientes a satisfacer intereses compartidos.

La sociedad debe ser entendida como un conjunto de relaciones sociales en las que cada acción social se encuentra inspirada en la unión o enlace de intereses consolidados por su racionalidad y albedrío. Implica toda forma de convivencia entre los hombres. Aquellos intereses coexistentiales se expresan a través de fines y valores, ya sean de carácter material o inmaterial.

El cuerpo social se cohesiona sobre la base de los tres factores siguientes:

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

No puede concebirse a la persona humana fuera de la sociedad, ni mucho menos en contra de ella, pues es a través de las relaciones sociales que este *complementa* su condición de indigencia biológica (necesidades), establece comunicación (lenguaje), desarrolla su ética (fraternidad) y obtiene seguridad y bienestar (justicia). Debe recordarse que Aristóteles señalaba que la existencia de un ser aislado y solitario llevaba a la conclusión de que se trataba de un dios o de una bestia.

La persona humana no conforma una unidad cerrada; se trata más bien de un “todo” abierto; no es un pequeño dios; no es un ídolo que no ve, no oye, ni habla; por el contrario, tiende por su propia naturaleza a la vida social, a la comunicación, a la solidaridad y al amor. Como bien dijera el poeta francés Paul Valery (1871-1945) [Citado por Alberto Ruiz Eldredge. *La Constitución comentada de 1979*. Lima, 1980]:

“Ser humano es sentir vagamente que hay de todos en cada uno y de cada uno en todos”.

La actividad humana no se realiza en un mundo de abstracciones; se verifica en un ámbito concreto donde la acción propia de la persona humana alcanza su desarrollo. El “hacerse hombre” se inscribe en las coordenadas del tiempo y del espacio; en un “ahora” y en un “aquí”.

El ser humano, de consuno con sus congéneres, asume la tarea de la correalización de sus posibilidades internas y externas.

En resumen, no se es persona humana, sino en cuanto se es con otro semejante; es decir, uno junto a los otros. La personalidad no se determina desde dentro, por ser el hombre un agregado de células, sino desde fuera, por ser un innato portador de relaciones. Como señala Giorgio del Vecchio [*Estudios de filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, 1971]:

“El hombre pertenece a ella (la sociedad) desde su nacimiento, y cuando adquiere conciencia de sí, ya se encuentra precedido de una red múltiple de relaciones sociales. Se manifiestan en sociedad todos sus instintos, tanto los egoístas como los altruistas, desde el de la propia conservación de la especie. Y con el progresivo desarrollo de sus facultades añade nuevos motivos y encuentra la integración de su vida, en sus variadas manifestaciones, y la posibilidad de alcanzar sus fines, de los más elementales a los más altos”.

Existe un factor que hace comprender la vivencia social del ser humano: *la incapacidad de satisfacer por sí mismo todas sus necesidades*. En

ese aspecto Carlos Trinidad García [*Apuntes de introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1986] señala:

“Normalmente la vida del hombre se desarrolla en sociedad, porque así lo imponen las leyes de la naturaleza a que está sujeta nuestra especie. La vida humana es una vida de relación; las actividades de los hombres se desenvuelven las unas al lado de las otras, tendiendo a alcanzar propósitos dependientes entre sí, o en común objeto, o bien persiguiendo por medios encontrados fines opuestos y dando nacimiento a inevitables conflictos”.

Queda claro entonces que el ser humano requiere de la sociedad por una mera necesidad de supervivencia, entendida esta en su sentido lato (física, moral, espiritual, etc.).

La necesidad de supervivencia que la sola existencia del hombre impone, produce la obvia dependencia respecto de los otros.

Señálese además que la coexistencia social se ve impulsada por la inevitabilidad humana de proponerse fines no incubados por el mero instinto de vivir, sino de existir para “algo”. Como se ha afirmado antes, la idea de *sociedad* implica una colaboración continua y orientada a fines comunes, por lo que esta unión tiene irremediamente que regularse, convirtiéndose el derecho en la expresión reglamentadora de la convivencia y la acción común.

Es dable consignar que cuando una sociedad articula orgánica y estructuralmente una interacción de mando y obediencia, a efectos de asegurar de manera consciente y deliberada determinados propósitos convivenciales, ello indica que le ha abierto paso al Estado. A nuestro modo de ver, en ese contexto la sociedad queda “engarzada” en la trama de la vida política a través del derecho.

Los fundamentos de las normas jurídicas se encuentran en la naturaleza humana, en razón de que:

- a) Los hombres se relacionan entre sí conforme a tendencias naturales de realización.
- b) Las referidas tendencias necesitan, para desarrollarse, de un orden que fije límites éticos y que permita dicha realización coexistencial de manera justa entre los miembros de la especie humana.
- c) Los hombres conocen naturalmente, mediante la razón, los primeros principios jurídicos generales necesarios para ordenar la convivencia y el bien común.

Las normas jurídicas representan a aquel conjunto de preceptos que, fundados en la naturaleza humana, configuran el orden social. Así, las tareas básicas del derecho serían las cuatro siguientes:

- a) Definir las relaciones generales de comportamiento.
- b) Designar las autoridades para el ejercicio del poder y su encauzamiento dentro de los fines y valores socialmente deseados.
- c) Descubrir las cosas que perturban la vida normal de la sociedad, permitiendo el restablecimiento de la armonía y la convivencia.
- d) Reorganizar y reedificar las relaciones entre las personas y los grupos cuando cambian o se alteran las formas de vida.

2.1.- El proceso de la vida social

Dicho *íter* consiste en la multitud de acciones e interacciones de los seres humanos, actuando en forma individual o colectiva. Del referido proceso se desprenden algunos conceptos de particular significación para la sociedad y el Estado: la cultura, la civilización, el progreso, las castas, los estamentos, las clases, el rol y el *status*. En atención a su señalada importancia, los describiremos de manera breve.

2.1.1.- La cultura

Como afirma E.B. Taylor [*Cultura primitiva*. Buenos Aires: Ediciones Sudamericana, 1986], la cultura "es ese todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y otras acciones adquiridas por el hombre como miembro de una sociedad". Comprende productos inmateriales como el lenguaje, la música, la poesía y todos los productos del pensamiento. Asimismo, incluye productos materiales como el teléfono, el automóvil, el fax, la computadora, etc.

En suma, es la ronda de la vida en su ciclo entero, transmitida, aprendida y comprendida. Es, simultáneamente, producto y factor de las interacciones e interrelaciones humanas.

Fernando Silva Santisteban [*Antropología*. Lima: Universidad de Lima, 1986] refiere que la cultura "es una abstracción del comportamiento humano; por ende, no puede observársela directamente, sino a través de las manifestaciones sociales; es decir, en ligazón con lo que los hombres hacen y refieren, los hábitos y las costumbres, los proce-

dimientos y las técnicas que emplean, etc.

[...] El comportamiento humano es muy diverso y se encuentra comprendido en un sinnúmero de actitudes y actividades que constituyen las formas de vida social. De allí que la cultura comprenda la manera total de vivir de las sociedades y de cómo estas se adaptan al ambiente geográfico y logran transformarlo”.

Cada sociedad humana tiene una “cultura” diferente, es decir, un sistema de modelos de vida históricamente derivado.

Ahora bien, los términos *cultura* y *sociedad* deben ser precisados en tres campos:

- a) La sociedad expresa un conjunto orgánico de personas adscritas a un entorno geográfico, en tanto que la cultura manifiesta el comportamiento social de dicho grupo. Esta última es el resumen o síntesis de los sistemas normativos que orientan la forma de vida de las personas.
- b) Las necesidades humanas son las que fomentan el dinamismo de la cultura.
- c) La cultura es el resultado de la interacción entre los hombres y el medio ambiente. Es el conjunto organizado de actitudes mediante las cuales la sociedad se enfrenta a la naturaleza exterior, a efectos de transformarla y asegurar la adaptación y supervivencia de los miembros de la sociedad.

Es evidente que el entorno geográfico y las personas que se adscriben a él no expresan aspectos separados de la realidad, sino que entre ambos existe una interacción constante.

El ser humano observa y reflexiona sobre su sociedad y el mundo, con las “anteojeras” de su cultura, y los entiende a través de un determinado contexto de valores, juicios, criterios, etc. El hombre carece de imparcialidad; así, aquello que le resulta extraño o desagradable deviene casi causalmente en carente de significado ético o valor.

Fernando Silva Santisteban [ob. cit.] estima que “la vida de un determinado individuo [...] es un proceso de acomodación a las normas y pautas tradicionalmente transmitidas; por lo que la cultura se convierte en la lente a través de la cual se mira la realidad”. Señala que existen pueblos que consideran algunas de las costumbres occidentales como verdaderamente repugnantes (es el caso de los nativos de

una comunidad africana, quienes al ver por primera vez besarse a una pareja de europeos, se escandalizaron y se refirieron a ellos como “los que comen las salivas de los otros”).

Debido a ese carácter de la cultura, el *etnocentrismo* es conceptualizado como una visión de las cosas en la que el *propio grupo* es el centro de “todo”. Esta unidad cultural –llamada *etnia*– refleja a un grupo humano en el que todos los que lo conforman comparten las mismas propiedades culturales en todas sus formas de vida.

El origen del hecho étnico parte de circunstancias concurrentes como el ámbito geográfico, la acumulación de experiencias históricas, etc. Cada etnia se encuentra situada en un tiempo y en un punto del espacio determinado.

A través del etnocentrismo se quiere manifestar que los valores –entre ellos los relativos al derecho– son la resultante del modo de vida de un pueblo, al cual no se le puede comprender aislado de esta visión. De allí que la realidad muestra la variedad de formas en que los hombres se han comportado y se comportan en amplias zonas de la vida social.

Es frecuente encontrar que determinado comportamiento o conducta puede ser aprobado por una cultura y condenado por otra; o que, con el transcurso del tiempo, su autorización o prohibición varíe. Empero, en todas ellas existen ciertas uniformidades culturales surgidas de la identidad de necesidades a las que todos tenemos que hacer frente (seguridad, organización familiar, relación con los muertos, etc.), amén de que ninguna cultura se ha desarrollado en completo aislamiento, libre e incontaminada de los vientos y tormentas de doctrinas y prácticas ajenas.

Por lo tanto, los denominados patrones universales de cultura expresan básicamente las respuestas generales a comunes necesidades esenciales y no aluden de ningún modo a las formas de esas respuestas; asimismo, incluyen las prácticas asimiladas por el encuentro entre dos culturas, dentro de una relación política usualmente de dominación.

2.1.2.- La civilización

Alude al calificado avance de la vida material de un pueblo.

Expresa los “resultados” de la cultura, en la medida en que se re-

fiere a las cosas de orden utilitario sujetas a los criterios de eficacia, es decir, aquellos objetos que pueden medirse y perfeccionarse continuamente. Así, de la cultura que expone el reino de los valores y las ligaduras emocionales y aventuras intelectuales, se materializan los bienes, servicios, técnicas, etc.

Entre la civilización y la cultura existe una diferencia en el *proceso de transferencia*. La adquisición de elementos utilitarios difiere, en aspectos muy significativos, de la adquisición de ideas, valores y religiones.

La civilización se refiere al grado de adelanto de la vida de un pueblo, así como al control y la mutación provechosa sobre el medio ambiente. Ello implica una aplicación compleja y utilitaria de los avances del hombre en el campo de la especialización del trabajo, la organización social, las ciencias, las armas, la vida política, etc.

2.1.3.- El progreso

Esta noción encierra un rasgo específico de la civilización: el mejoramiento creciente y general de todos los planos de la vida coexistencial. Este se halla ligado estrechamente al desarrollo de la ciencia moderna, a la lucha y el reconocimiento de los derechos fundamentales y a la rápida transformación industrial y comercial.

Esta idea está íntimamente asociada con el avance de la ciencia moderna y del capitalismo, debido a que por primera vez en la historia fue posible que el ser humano se convirtiese en dueño y señor de la naturaleza, la misma que durante largo tiempo lo había sometido.

Dicha noción percibe a la historia como el terreno de una empresa humana que, bajo la égida de la razón, incrementa el acervo de las sociedades.

El progreso depende de los esfuerzos y de la voluntad del hombre; no es un mero proceso mecánico o automático. Debe conformarse con los criterios éticos imperantes (moral y derecho). Como acertadamente señalan Jay Rumney y J. Maier [*Sociología*. Buenos Aires: Paidós, 1966]:

“El progreso es, en última instancia, una cuestión ética; una interrogante de lo que los hombres piensan que deben ser en lugar de lo que son”.

2.1.4.- Las castas

Aluden a un tipo de estratificación social con connotación en la vida política; la misma que sobre la base de una estructura jerarquizada separa a los miembros de una colectividad en capas o estratos impermeables al ingreso de los individuos de una casta a otra. En puridad, se trata de una población dividida irremisiblemente por barreras sociales, en unidades endogámicas y por peculiaridades culturales.

Desde una perspectiva histórica son citables los casos del Imperio Egipcio, el Imperio Incaico y el Imperio Bizantino. Actualmente existen en la India y en la Polinesia.

2.1.5.- Los estamentos

Aluden a un tipo de estratificación social establecido en función a la propiedad o no propiedad de la tierra. Dicha modalidad fue propia de la Edad Media; y a pesar de su rigidez no impidió en términos relativos el desarrollo individual de procesos de movilidad social vertical.

2.1.6.- Las clases

Aluden a un tipo de estratificación social sustentada en la acumulación de riqueza, ingresos económicos o prestigio gregario; y que dentro de ese marco se estimulan ciertas formas de educación, consumo, patrones de comportamiento, etc. Dicha modalidad es propia de las sociedades industriales y a diferencia de los casos anteriores carece de rigidez para los procesos individuales de movilidad social.

2.1.7.- El status

Alude a la situación, posición, nivel o grado de prestigio social que una persona alcanza entre los distintos grupos que constituyen la sociedad. Por consiguiente, cada ser humano tiene, en principio, diferentes *status*, ya que participa en muy diferentes aspectos de la vida en relación, alcanzando en cada uno posiciones disímiles.

Así, una persona tiene un *status* económico que es consecuencia de su nivel de ingresos o de la riqueza que ha acumulado o heredado, empero también tiene un *status* intelectual que es resultado de su reconocido talento o conocimientos, y así sucesivamente.

El *status general* significa la suma total de todas las posiciones que una persona ocupa en el seno de la sociedad.

2.1.8.- Los roles

El *status* implica la asunción de *roles*. Estos son las formas o pautas de conducta que el derecho, como instrumento de la regulación social, exige por razón de la existencia y ostentación de la tenencia de un determinado *status*.

El rol permite aseverar que el hombre, es una identidad indisoluble de materia y espíritu. Su actuación en la sociedad se manifiesta a través de pautas de conducta intersubjetivas que ejecuta en su calidad de miembro de determinados grupos de la sociedad, bajo la mirada tuitiva o fiscalizadora del derecho.

La sociedad se presenta como una interacción recíproca de roles específicos, en tanto que el derecho se revela como la expresión compulsiva que exige o ampara la verificación de una conducta predeterminada.

En razón de lo expuesto, es evidente que los seres humanos se distinguen no solo por sus peculiares caracteres y condiciones físicas, sino adicionalmente por las condiciones sociales: bienes materiales, posición que ocupan en la escala social, cultural, etc.

Ahora bien, aun cuando la sociedad ha mantenido invariable su esencia *-la necesidad de vivir, y vivir para algo-*, ha cambiado cualitativa y cuantitativamente de acuerdo con las diferentes circunstancias de espacio y tiempo. Con sujeción a los condicionamientos surgidos de la ubicación de los grupos humanos en un lugar y tiempo determinados, se han ido estableciendo y transformando las formas de asociación humana, hasta llegar hoy al Estado.

En ese sentido, tal proceso puede ser estudiado en función del carácter estrictamente social, o con el componente político de dicho común histórico.

3.- LA TIPOLOGÍA SOCIAL

La sociedad puede ser observada desde el punto de vista del poder político, a través de la siguiente clasificación: sociedades prepolíticas y sociedades políticas iniciales o estatales.

Al respecto, veamos lo siguiente:

3.1.- Las sociedades prepolíticas

Se trata de colectividades humanas que carecieron de una organización política. Ello implicó la inexistencia de una articulación orgánica y estructural entre quien mandaba y quienes obedecían.

En puridad dichas sociedades adolecieron de un proceso ordenador y funcional tendente a asegurar de manera consciente y deliberada determinados propósitos convivenciales. Dicha omisión originó que no se definiera el “lugar público” que debía ocupar cada uno de los miembros del grupo social, así como tampoco se les estableciese el papel asignable en la empresa de coexistir para “algo”.

En suma, se les denomina prepolíticas porque la actividad de disposición y limitación conductual fue débil y careció de autonomía institucional.

Estas sociedades se caracterizaron por lo siguiente:

- a) Existencia del ejercicio de la autoridad integralmente social encargada del aseguramiento conductual de la defensa común, el culto, la regulación coexistencial, etc.
- b) La acción coactiva no estuvo reservada a “alguien” en particular.
- c) Ubicación cambiante o poco definida, en relación con el asentamiento territorial.
- d) Interrelación por vínculos de parentesco, amén de presentar homogeneidad social y escaso número de integrantes.
- e) Desarrollo de actividades económicas de subsistencia. Ello en razón de que las personas productivamente hábiles de la colectividad laboraban única y exclusivamente para la satisfacción de sus necesidades personales básicas y elementales o, a lo sumo, en favor del grupo familiar inmediato al que pertenecían.

En casi todas las sociedades prepolíticas se crearon lazos locales entre quienes compartían –aun cuando fuere transitoriamente– un área territorial común que hacía posible la cooperación coexistencial.

No existió en ellas la división formal y rígida entre gobernantes y gobernados, es decir, entre aquel grupo con funciones de mando definidas y desempeñadas generalmente de modo exclusivo, y el resto de la sociedad. Tampoco se dio un monopolio de la autoridad, amén de que esta se ejerció de manera relativa y circunstancial.

José Mejía Valera [*Introducción a las ciencias sociales*. Lima: Universidad Nacional Federico Villarreal, 1973] consigna que en las sociedades prepolíticas existió una autoridad, más en modo alguno esta tuvo connotaciones *políticas* en razón a que se trataba del ejercicio de un poder simplemente *social*.

En esa perspectiva, Fernando Silva Santisteban [*Introducción a la antropología jurídica*. Lima: Universidad de Lima, 2000] hace referencia a las *jefaturas*. Expone que “estas son de hecho, las primeras personalidades que emergen de la masa social. Su situación excepcional, que las coloca por encima de las demás, les proporciona una fisonomía y, en consecuencia, les confiere individualidad”. A lo anotado agrega que “en las sociedades de jefatura no existían instancias ni cuerpos especializados para gobernar y hacer cumplir las leyes. Estas funciones se *combinaban* con las de naturaleza económica, militar, e incluso religiosa”.

Es evidente que las sociedades de jefaturas no se constituyeron en instituciones independientes, habida cuenta que se encontraban estrechamente vinculadas a la familia, a la hoy denominada sociedad civil y hasta con las tareas religiosas.

Asimismo, carecían de un sistema de normas jurídicas explícitas a cuyo cumplimiento quedara obligado el grupo (bajo coerción).

Las sociedades prepolíticas abarcaron cuatro tipos de expresiones: la horda, el clan, la tribu y la confederación tribal.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La horda

Alude a un pequeño número de personas de vida trashumante, carentes de regulación político-jurídica articulada y fija, amén de haberse encontrado sometidos a la promiscuidad sexual más abierta posible (la existente entre sus miembros, obligó a establecer la relación parental tomando como referencia a la mujer).

Desde una perspectiva histórica la horda aparece como el primer aglutinamiento social.

Su conformación inorgánica a la par de espontánea surgió de la necesidad de la conservación de la especie mediante la defensa gregaria nómada y la consecución asociada de medios de subsistencia básicos.

El mando del grupo provenía, fundamentalmente, de la exhibición de fuerza física, valentía o habilidades para alcanzar obediencia dentro del grupo. La variopinta como cicatera normatividad coexistencial era la expresión de la mera voluntad o ánimo del jefe del grupo.

El desconocimiento de las técnicas de laboreo de la tierra obligó al nomadismo en pro de la satisfacción de las necesidades básicas; en ese sentido, la caza, la pesca y la recolección de los frutos silvestres se constituyeron en las principales fuentes de abastecimiento de estas sociedades. La filiación como noción constructiva del grupo social, tomaba como referencia a la mujer. Ello en razón a la abierta promiscuidad sexual entre sus miembros y la convergente improbabilidad de identificación del progenitor paterno.

Como afirma Pitirim Sorokin [*Sociedad, cultura y personalidad*. Nueva York, 1928], “se trataba de cavernarios erráticos, devenidos en tropas armadas que tenían un jefe y que se procuraban para sí sus propios suministros”.

b) El clan

Alude a un grupo de personas unidas por el vínculo de sangre y de filiación unilineal, basado en la descendencia común y tradicional.

El parentesco implicaba la existencia de un lazo de sangre entre los miembros del clan, el cual se graficaba en la tenencia de un tótem común.

En un lento proceso social las hordas convergen en un clan, grupo más numeroso y con una jefatura más nítida.

El clan es consecuencia de la evolución de los hábitos y costumbres del grupo social y la consolidación de la necesidad de ser solidarios.

Dicha sociedad poseía un tótem considerado progenitor de la misma; y que se “personificaba” transitoriamente en la figura del jefe.

El tótem era aquel ser animado o inanimado –usualmente un animal, planta u objeto material– que servía de emblema e identificación colectiva. En ese contexto aquello que ataba y solidarizaba a los miembros del clan era el parentesco de sangre y el tótem era lo que generaba que recíprocamente se atribuyesen como descendientes de un antepasado común.

Horacio Sanguinetti [*Curso de derecho político*. Buenos Aires: Astrea, 2000] señala que “el factor religioso y mitológico afirmaba la au-

toridad del jefe del clan, identificado como un tótem protector –un animal, planta, objeto o elemento–, propio del anclaje, que caracterizaba al grupo y era una especie de deidad protectora”.

Dentro del clan casi no existieron diferencias de rango. Entre las excepciones aparecía la figura del varón más anciano, el mismo que supuestamente sabio y experimentado ejercía la autoridad.

La autoridad desempeñaba actividades indiferenciadas (tareas religiosas, militares, políticas, etc.), siendo su capacidad de aseguramiento de la defensa del grupo, cuestión vital para la preservación del poder.

El clan tuvo una tendencia firme a la vida sedentaria, por lo que podía ubicársele fijado a un área geográfica. Su actividad económica se caracterizó por el laboreo de la tierra y la domesticación y crianza de animales.

La filiación tomaba como referencia a la mujer; ello se explica por la práctica de la sexualidad abierta y la consiguiente imposibilidad de la identificación del progenitor paterno.

c) *La tribu*

Alude a aquel grupo social que abarcaba un gran número de clanes. Se caracterizó por la posesión de un territorio delimitado y ciertamente más extendido que en las manifestaciones sociales anteriormente señaladas.

Dicha sociedad se caracterizó por la división de la tierra y el trabajo. Implicó una forma de asociación más estructurada y piramidalmente organizada.

La tribu expresó la particularidad del uso de un dialecto común, la pertenencia a una cultura homogénea, así como el establecimiento del ejercicio de una autoridad colegiada.

Al respecto, José Mejía Valera [ob. cit.] señala que su conducción estaba a cargo de un consejo integrado por los jefes de cada clan, de entre los cuales se designaba a uno de ellos para su representación. Este cuerpo colegiado deliberaba en forma pública y se ocupaba fundamentalmente de regular las relaciones con las tribus vecinas, declarar la guerra o la paz, etc. Esta actividad estuvo dotada de algunos rasgos específicos de juridicidad.

La regulación social se enraizó en la costumbre. Con la tribu nace la denominada *economía agraria*.

d) La confederación tribal

Alude a una liga o unión de varias tribus, una suerte de alianza que surgió de la similitud de poderío bélico y de la vocación conjunta para una defensa eficaz o para actos de conquista. Esta coalición tribal –exigida para el éxito de empresas bélicas– creó diferencias significativas de rango y autoridad con los pueblos sometidos.

La confederación conservará gran parte de las características de la vida tribal; empero debilitará el vínculo de sangre, emergiendo en su reemplazo el vínculo de suelo.

El gobierno de la confederación también descansó sobre un cuerpo colegiado, pero dotado de mayores atribuciones que en el caso de la tribu. Asimismo, el dominio territorial se acrecentó de manera significativa.

Señálese adicionalmente que los factores económicos promovieron su consolidación: las transacciones, los cambios y los incipientes mercados influyeron grandemente.

Esta modalidad de sociedad presentó una mayor evolución cultural que las anteriores, amén de haberse convertido en la “puerta de ingreso” a las denominadas sociedades políticas.

3.2.- Las sociedades políticas

Se trata de colectividades que aparecen como consecuencia del proceso de una mayor y mejor delimitación territorial y poblacional, así como de la aparición de dos grupos sociales: el primero encargado de las funciones de organización y control de las actividades socio-económicas mediante el uso de una energía social denominada poder; y el segundo responsable de ejercitar *per se* las actividades productivas. Por ende, la necesidad de institucionalizar el sistema de producción, propiedad, reciprocidad, redistribución, intercambio de los bienes económicos y el aseguramiento de la paz y el orden público inspiró fuertemente su creación.

En estas colectividades emergieron tres instituciones básicas: el fisco, la fuerza armada y el fomento de las obras públicas.

Fruto de lo anteriormente expuesto surgirán conflictos internos que obligarán a la *institucionalización política* de los roles: unos se auparán como titulares de la autoridad, y los otros se subordinarán a ella.

Esta institucionalización del fenómeno político permitirá la producción y la distribución de decisiones dirigenciales y la formulación de acciones públicas.

Debe quedar claro que las sociedades políticas no surgen por generación espontánea, ni son creadas porque “uno” o “algunos” formalicen su existencia mediante un acto ritual.

José Mejía Valera [ob. cit.] precisa que las sociedades políticas no se formarán simultáneamente en todos los sistemas sociales, porque para ello se requería de ciertas condiciones favorables no siempre existentes.

En puridad aluden al conjunto de núcleos humanos en donde el comportamiento coexistencial se proyecta como influencia o acción de una energía social (poder) que decide, define, defiende o transforma la forma o el orden de la convivencia.

Andrés Serra Rojas [*Diccionario de ciencia política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998] señala que en las sociedades políticas existen dos planos, a saber:

- a) El primero con contenido subjetivo está referido a las decisiones y ordenes que afectan las conductas de los demás miembros del grupo social.
- b) El segundo con contenido objetivo está referido a las reglas y formas de organización que se imponen como pautas de comportamiento coexistencial.

En suma, se trata de colectividades que aparecieron como consecuencia del proceso de conexión entre la demarcación del espacio propio y el asentamiento poblacional; así como de la diferenciación de un grupo dirigente encargado de la dirección y control de las actividades de interés general y de otro dirigido encargado personalmente de la realización de las actividades productivas, de defensa, etc.

3.2.1.- La formación de las sociedades políticas

Desde nuestro punto de vista, la formación de las sociedades políticas puede explicarse por alguna de estas tres teorías: la formación consensuada, la formación determinista y la formación binaria.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La formación consensuada

Esta teoría plantea que la aparición de la sociedad política es el resultado de una convención nacida –en mayor o menor medida– del albedrío de los seres humanos, quienes deciden asociarse políticamente para la consecución de fines compartidos y permanentes. Este consenso parte de una voluntad colectiva basada en el reconocimiento de experiencias coexistentiales que justifican la convivencia asociada de signo político; la misma que permite la satisfacción de un conjunto de necesidades de interés general.

Dentro de esta tesis pueden ser incluidas las consideraciones de Tomás Hobbes (1588-1679) y Juan Jacobo Rousseau (1712-1867).

Tomás Hobbes –en su obra *El leviatan*– plantea la aparición del cuerpo político como respuesta a la necesidad de someter y refrenar los instintos arbitrarios de los hombres, lo cual consagra una amenaza contra la integración y supervivencia de la sociedad.

Juan Jacobo Rousseau –en su obra *El contrato social*– plantea la aparición del cuerpo político como expresión de voluntad libre de los hombres de ceder parte de su soberanía personal, a efectos de concretar democráticamente las expectativas comunes de bienestar, autodeterminación en sociedad, seguridad y justicia.

b) La formación determinista

Esta teoría plantea que el instinto gregario y el paulatino proceso de evolución en las relaciones coexistentiales, genera inevitablemente la constitución de la sociedad política.

Así, se sostiene que siendo inherente a la persona humana la interrelación coexistencial con sus congéneres, la aparición del cuerpo político es fruto de la progresiva, imprescindible e irremediable fuerza del mero hecho de coexistir. En resumen, la libertad y el albedrío de los seres humanos carecen de relevancia sustancial para el establecimiento de la sociedad política.

Dentro de esta tesis pueden ser incluidas las formulaciones de Herbert Spencer (1820-1903) y las en consuno formuladas por Carlos Marx (1818-1883) y Federico Engels (1820-1895).

Herbert Spencer –en su obra *Principios de sociología*– plantea la aparición del cuerpo político como respuesta organicista o evolucionista de un proceso natural y propio; el cual es análogo a lo que acontece

en el mundo animal y vegetal, en donde se nace, se crece y se perece.

Carlos Marx y Federico Engels –en el conjunto de todas sus obras– plantean la aparición del cuerpo político como respuesta al control de una clase social dominante, en aras de disponer la organización de la sociedad y la actividad económica, de conformidad con sus específicos y concretos intereses.

c) La formación binaria

Esta teoría plantea que la aparición de la sociedad política es la consecuencia de la conjunción de dos factores:

- Un factor de *naturaleza política* surgido del instinto gregario y de la irremisibilidad de la necesidad de la presencia de una autoridad política en el seno de la colectividad.
- Un factor de *naturaleza cultural* consecuencia de las experiencias de coexistencia social que promueven una forma superior de organización político-jurídica.

Es evidente que la entidad o ser de la sociedad política deriva de la confluencia, por un lado, de la sociabilidad humana –es decir, parte de un hecho material vinculado al instinto gregario–, y por el otro, del reforzamiento del aprendizaje colectivo en el arte de coexistir.

Por ende, como consecuencia de la conjunción de ambos factores, se elige aquella forma de vida organizada en donde se tejen las relaciones, competencias y derechos derivados de la condición de gobernantes y gobernados.

3.2.2.- Los componentes de las sociedades políticas

La formación de una sociedad política requiere necesariamente de tres componentes: el pueblo, el poder y el territorio.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) El pueblo

Indica la presencia de un grupo humano vinculado y compenetrado con la realización y verificación práctica de intereses comunes, entre los que figura de modo invariable su propio mantenimiento y preservación.

La sociedad comprende la *continuidad* y *permanencia* de relaciones

coexistenciales complejas y entremezcladas con elementos diferenciados como la edad, el sexo, etc.

b) *El poder político*

Indica la presencia de un aparato de gobierno que canaliza la energía social en pro de la realización y verificación práctica de intereses comunes.

c) *El territorio*

Indica la presencia del asentamiento humano y su capacidad de disposición privativa dentro de un área geográfica más o menos precisa.

3.2.3.- Los factores, requisitos y tipología de las sociedades políticas

Entre los factores y requisitos que intervienen de manera imprescindible en la formación y mantenimiento de la sociedad política, pueden mencionarse los cinco siguientes:

- a) Internalización del poder político; es decir, el establecimiento permanente y constante de la relación gobernante-gobernados. Ello incluye la creación de aparatos de represión social y de defensa militar.
- b) Establecimiento de un específico y diferenciado sistema de normas jurídicas; ello en relación a las restantes conformantes de la constelación normativa (morales, religiosas y reglas de trato social).
- c) Establecimiento de un equipo burocrático y la adopción de sistemas elementales de contabilidad, registro y estadística.
- d) Legitimación ideológica del ejercicio del poder (mitología, religiosidad, ritualidad, etc.).
- e) Control de los excedentes de producción a través del reparto de la riqueza, la organización laboral, el manejo de la tecnología, etc.

En lo que se refiere a la tipología de las sociedades políticas, cierto sector de la doctrina los clasifica en sociedades políticas iniciales y sociedades políticas estadales.

3.3.- Las sociedades políticas iniciales

Dichas sociedades reciben esta denominación a efectos de distinguirlas académicamente de aquellas surgidas después del Renacimiento (siglo XVI) y que son conocidas con la denominación de *estados*.

Se trata de conjuntos humanos que lograron establecer una estructura y organización de mando y obediencia, a la par de crear y sostener una pluralidad de instituciones jurídicas y administrativas tendentes a la consecución de determinados fines coexistenciales.

Dicho poder político a diferencia de la voluntad estadual, solo se ejerció residualmente sobre el territorio; o sea, solo operó sobre los centros poblados.

En las sociedades políticas iniciales el poder fue ejercido en función de las características personales del gobernante, y usualmente las reglas se establecían y cambiaban en razón de los atributos de este.

El poder sobre el territorio era materialmente limitado (centros poblados), además de que las poblaciones vivían en muchos aspectos al margen de la acción política. Ellas desarrollaban gran parte de sus actividades sociales de conformidad con las reglas consuetudinarias, es decir, coexistían mediante la creación de sus propias normas.

Mario de la Cueva [*La idea del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996] señala que para dicho tipo de sociedades “el territorio no era sino la tierra sobre la que se eleva la casa, la aldea y la ciudad, este era la porción de tierra que hacía sedentaria la vida de la comunidad [...] el territorio era una condición para la vida sedentaria, pero no era un *elemento integrante de la comunidad humana*”.

El entroncamiento de los pueblos con el poder político se sujetaba a los aspectos tributarios y las cargas milicianas (levas, campañas bélicas de defensa o ataque, etc.).

Al respecto, Marcial Rubio Correa [*El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Colección de Textos Jurídicos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993] señala:

“Podemos así distinguir entre gobierno y Estado. Gobierno hubo siempre, hasta en las sociedades menos evolucionadas, pero esa capacidad de mando (normalmente basada en la simple fuerza y por tanto volátil) no es equivalente al Estado contemporáneo, donde, por más defectos y debilidades que

existan, hay ciertos órganos, principios y normas que trascienden a cada gobierno y, muchas veces, a cada época”.

Señálese adicionalmente que este tipo de sociedades carecieron de la concepción de ser unidades políticas soberanas; es decir, independientes ante sus homólogos en el marco de las relaciones internacionales y supra y centrípetas en el ejercicio del poder político en lo relativo hacia el interior de sus propios dominios territoriales.

Como bien refiere Héctor Rodolfo Orlandini [*Principios de ciencia política y teoría del Estado*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1985], el Estado a diferencia de las demás expresiones de sociedad política se caracteriza por ser una forma de poder político ordenado e institucionalizado en coordinación con el territorio y el pueblo adscrito a él.

Entre las principales sociedades políticas iniciales destacan el Imperio Egipcio, la *Polis* Griega y el Imperio Romano. Dicho período arranca en el año 3000 a.C. con la aparición de Menes como faraón de Egipto y se extiende hasta el siglo XVI.

La relación cronológicamente anotada –como bien advierte Raúl Ferrero Rebagliati [*Ciencia política*. Lima: Studium, 1975]– no tiene necesariamente un carácter mecánicamente evolutivo; es decir, no es un punto incontrovertible el que una sociedad anterior en el tiempo constituya el presupuesto de otra posterior.

Prueba de ello fue la involución desde la perspectiva del poder político, producido durante el período del medioevo.

a) El Imperio Egipcio

Alude a una organización política constituida alrededor del año 3000 a.C. gracias a Menes primer faraón de Egipto. Esta alcanzó su mayor esplendor durante la conducción de Ramsés II (1290-1223 a.C.).

Entre sus principales características aparecen las cuatro siguientes:

- Existencia de un fundamento de organización despótica y teocrática. El faraón era considerado una divinidad; esta legitimidad justificaba su poder, por lo cual el orden se vinculaba a su mera voluntad.
- Existencia de cierto grado de estructuración jurídico-política en lo relativo a la regulación de los intereses públicos.
- Presencia de una administración estatal profesionalizada. Desta-

case la labor emprendida por los visires, quienes se encargaban del control de la hacienda pública y la administración de los granos y del ganado. Cabe resaltar el establecimiento de servicios públicos esenciales (régimen de irrigaciones, granos públicos, comercio exterior, etc.).

- Inexistencia absoluta de regulación jurídica de la relación gobernante-gobernados.

b) *La Polis Griega*

Alude a la organización política que se constituye, en sus rasgos más significativos, entre los años 584-404 a.C. con el auge de Atenas y Esparta. Esta alcanzó su mayor esplendor bajo la égida de Alejandro Magno, quien a partir del año 336 a.C. emprendió sus famosas guerras de conquista en Asia y África.

La expresión polis equivale a ciudad-Estado, e indica el área geográfica, social y cultural en el que se desenvolvía la vida de los griegos. Entre estos no existió un sentimiento nacional, pues aún no aparecía en la historia la idea de Nación, por lo que la unión se forjaba de la relación hombre-ciudad.

Entre sus principales características aparecen las siete siguientes:

- Extensión territorial exigua, hasta el extremo que Luis Sánchez Agesta [*Principios de teoría política*. Madrid: Nacional, 1983] la califica como una "aldea fortificada". Esta modalidad política se componía territorialmente de un centro poblado y una zona aleada o tierra de nadie.
- Presencia de una minúscula población.
- Existencia de una cierta idea de limitar el ejercicio del poder político a los cánones del derecho. Cabe aquí destacar al legislador ateniense Dracón, quien inició la cancelación de la denominada justicia privada, por el monopolio jurisdiccional del cuerpo político, interposición entre victimarios y víctimas.
- Existencia de un aparato político predominante, más no monopolizador del mando y la coacción.
- Posesión de una estructura administrativa integral y orientada por personal especializado.
- Presencia de un gobierno sustentado en las costumbres sociales,

que funcionaban gracias a la extrema cohesión moral y la intercambiabilidad de los integrantes de la sociedad. Bajo el influjo de las ideas de Platón y Aristóteles la *polis* existe para la realización de la virtud: la ética y la acción política devienen en aspectos de una misma actividad. El gobierno se considera un arte.

- Existencia frágil, canija y segmentada de una esfera de libertad personal frente al poder político. Empero, a pesar de ello, a Grecia se le considera como la gestante del concepto jurídico de libertad individual, amén de promotora del nacimiento del sentimiento cívico. En este aspecto el “buen griego” no era aquel que buscaba el progreso solo para provecho propio, sino aquel que con ese objetivo buscaba además ser útil a sus congéneres y a su patria.

c) *El Imperio Romano*

Alude a una organización política que se constituyó en sus rasgos más significativos con la ascensión de Augusto en el año 27 a.C. Este alcanzó su mayor esplendor bajo la égida de Diocleciano (gobernante del 284 al 305 d.C.), el mismo que para impedir la anarquía militar organizó la tetrarquía política.

Entre las principales características aparecen las seis siguientes:

- Existencia de un gobierno observado como *res pública*, es decir, como cosa de todos. En ninguna etapa del proceso político romano el ejerciente de la autoridad dejó de ser un mandatario, ya que asumió el poder en nombre del conjunto de la sociedad política y no por derecho propio (como sí fue el caso de los entes despóticos orientales).
- Creación de la idea de la personalidad jurídica del cuerpo político, así como de la delegación funcional como fundamento del poder. Esta obligación funcional creó una compleja burocracia con atribuciones político-administrativas.
- Establecimiento de un trípode orgánico: la potestad tribunicia, el imperio proconsular y el sumo pontificado.
- Existencia de un vínculo nacional a consecuencia de la aplicación del principio jurídico del *ius sanguinis*. Este derecho de sangre consistía en que la nacionalidad y los derechos de una persona se regían por la ley de su patria familiar de origen.

- Aplicación de los conceptos embrionarios de soberanía e imperio. En este sentido el poder se ejercía como un atributo inherente al cuerpo político: este se presentaba como una potestad de la organización política en sí misma, la cual se ejercía solo en nombre de ella, cualquiera que fuera el criterio de legitimidad para designar a quien dirigía la sociedad política.
- Consolidación de ciertas estructuras jurídicas e interrelación reglada entre gobernante y gobernados. Al respecto, se empieza a verificar la existencia de órganos de control del poder como el Tribuno de la Plebe.

d) El caso de la Edad Media

En dicho período de la historia el contenido del poder político estaba muy limitado, es decir, poseía reducidas competencias; amén de la existencia de un grado muy grande de reparto del poder.

En puridad, fue la expresión de una sociedad poliárquica; vale decir, con una pluralidad de fuentes de mando.

Los estratos sociales –nobleza y clero–, los municipios, los monasterios, los señoríos no solo consiguen controlar buena parte de las actividades de los monarcas gobernantes, sino que incluso llegan a ejercer “cuotas” de poder, al extremo que en los señoríos apareció la facultad de acuñar moneda propia.

Álvaro Echeverri Uruburu [*Teoría constitucional y ciencia política*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2002] señala que “Dicha modalidad se caracterizó por una pirámide trunca; con sucesivos encadenamientos de lealtades, pero que no encuentran un vértice de confluencia”.

El cuerpo político solo aparece con nitidez cuando declara la guerra, recauda impuestos o dirime en los conflictos interindividuales de naturaleza jurídica.

Entre sus principales características aparecen las tres siguientes:

- a) Existencia de un poder político disperso y fragmentado.
- b) Existencia de una influencia política determinante por parte de la Iglesia Católica.
- c) Existencia de una nobleza con capacidad de acción política; por la cual incluso podía expresarse a través de entes representativos.

A modo de reflexión, Álvaro Echeverri Uruburu [ob. cit.] recuerda que en dicho período el Papa Inocencio III fue calificado como “el más grande monarca de su época”.

3.4.- La sociedad política estatal

La palabra *Estado* fue acuñada por el político e historiador italiano Nicolás de Maquiavelo [Citado por Walter Theimer. *Historia de las ideas políticas*. Barcelona: Ariel, 1969] (1469-1527) en su obra capital *El Príncipe* (1513), en donde manifestó lo siguiente:

“Cuantos estados, cuantas denominaciones ejercieron y ejercen control soberano sobre los hombres, fueron y son repúblicas y principados”.

Así, unas y otros se configuraban en conceptos y reglas que podían aplicárseles indistintamente.

La reflexión sobre su realidad circundante llevó a Nicolás de Maquiavelo a entender que las organizaciones políticas de su época podían resumirse en dicho vocablo.

Es conveniente indicar que la expresión surgió dentro del contexto histórico del proceso de unificación política italiana después del Medioevo, y que se irá divulgando lentamente en los siglos XVI y XVII hasta hacerse de uso universal. Con esta expresión concluye un largo proceso de evolución conceptual de lo que hoy se define como Estado.

Como bien afirma Mario de la Cueva [ob. cit.] el término Estado fue ajeno a la Antigüedad, época en la que se usaron las denominaciones de *polis*, *civitas*, *res pública* e *imperium*.

Tal como expone, “el cambio terminológico no fue un mero accidente: Maquiavelo se encontró con una Europa nueva, cuyas naciones o pueblos firmemente asentados sobre territorios determinados, habían formado comunidades plenamente unidas, independientes unas de otras y con un poder político que había logrado centralizar todos los poderes públicos. Estas nuevas unidades habían roto la jerarquía medieval y destruido el sistema feudal; eran comunidades con un poder político unitario”.

La acepción acuñada por Nicolás de Maquiavelo (*stato*) deriva de la no utilizada voz latina *status*, que aludía a la constitución o condición de algo resguardado por una autoridad unívoca. Dentro de su marco de referencia histórica el florentino lo insertó como un término

genérico y comprensivo a las distintas formas de gobierno de una comunidad política (reino, imperio, república, etc.). En suma, aparece como *la definición de un orden político resguardado por una autoridad señera que comprende una pluralidad de formas de gobierno.*

La definición anotada reitera su importancia histórica para ubicar cronológicamente su utilización; empero, tiene el grave defecto de su imprecisión.

A nuestro modo de ver, el Estado o sociedad política moderna es el resultado de los tres acontecimientos siguientes:

- a) Las pugnas políticas entre los poderes externos existentes en el medioevo; esto es, entre la Iglesia y el imperio o la monarquía.
- b) Las pugnas internas entre el emperador o el rey y los señores feudales.
- c) La formación de las comunidades nacionales asentadas firmemente sobre porciones específicas del territorio.

Al respecto, debe señalarse que ya en 1214 el rey francés Felipe II Augusto (r. 1180-1214) tras derrotar al emperador germano Oton IV en la batalla de Beuvives, consiguió adicionalmente afirmar la tesis de que el rey era política y jurídicamente par e igual a un emperador; por ende, dentro de su territorio no reconocía ninguna autoridad superior a él.

Asimismo, es citable que cuando en 1301, el Papa Bonifacio VIII emite su famosa bula *Ausculta fili* (escucha hijo), en la que insiste en la supremacía del poder espiritual sobre el poder temporal de los emperadores y monarcas, aparecerá la figura del rey francés Felipe IV El Hermoso (r.1285-1314) convocando a los Estados Generales en 1302; los cuales concluirán declarando el poder supremo y absoluto de dicho monarca dentro de sus dominios, así como su independencia política frente al Papado. Ante los mismos hechos, el Parlamento británico expresará que “merced a su condición real y apoyada en una costumbre cuidadosamente observada, los reyes de Inglaterra – gobernaba a la sazón Eduardo I- nunca han admitido un juez o una sentencia ni espiritual ni temporal”.

Debe advertirse que desde el siglo X se había instaurado el denominado Sacro Imperio Románico Germánico, el cual había sido establecido por acuerdo entre la Iglesia y los monarcas europeos. Ello

planteó un pacto entre el poder espiritual y el poder temporal.

Dicho pacto se inicia con el rey alemán Oton I El Grande (r. 936-973) quien se hace coronar por el Papa Juan XII como emperador; esto es, se le adjudicó el título de mayor dignidad y, por ende, con capacidad para ejercer vasallaje sobre los reyes y príncipes.

La formación de las nacionalidades española, francesa e inglesa respectivamente afirmó la trocha hacia una nueva modalidad de estructuración política de la sociedad. Así, Inglaterra expondrá el principio del reconocimiento y protección de las libertades, la noción del órgano parlamentario, etc. Francia incluirá el desarrollo de la tesis de Montesquieu en lo relativo a la separación de funciones del poder y los conceptos de nación y representación política.

Joseph M Valles [*Ciencia política*. Barcelona: Ariel, 2000] señala que tras los referidos hechos políticos aparecerá la necesidad de la construcción intelectual del concepto Estado. Así, en ese papel destacan Nicolás de Maquiavelo, Jean Bodin y Thomas Hobbes.

Nicolás de Maquiavelo (1496-1527) en el contexto del proceso de unificación italiana aquilata la importancia de la concentración del poder.

Jean Bodin (1530-1596) en el contexto de la lucha político-religiosa entre católicos y hugonates en Francia, estima que la subsistencia de una comunidad política solo es posible con un poder soberano.

Thomas Hobbes (1588-1679) en el contexto de la guerra civil y posterior caída del rey inglés Carlos I, considera que la seguridad de la comunidad solo es viable mediante la consensuada renuncia de sus miembros a gobernarse a si mismos, a efectos de otorgarle el poder al soberano.

Ignacio Sotelo ["La cuestión del Estado. Estado de la cuestión desde una perspectiva latinoamericana". En: *Encuentro*, N° 35. s.l., 1956] justifica su institucionalización global, en el reconocimiento a una "situación anómala de crisis generalizada de las estructuras sociales, políticas e ideológicas, que se pone de manifiesto en un aumento continuo de las discordias civiles. Las nuevas clases sociales -burguesía, comerciantes y menestrales- que han crecido al amparo de las ciudades, exigen el establecimiento de un nuevo orden que facilite su desarrollo; hasta la población rural se siente con fuerza para cuestionar los derechos señoriales que la oprimen".

En el marco de graves conflagraciones sociales y religiosas como consecuencia de la división entre los cristianos, se generará una crisis de “guerra de todos contra todos”, lo que obligará a reformular el modelo de sociedad política. Aúñase a ello el hecho de que en la Europa renacentista los pueblos afirmaron sus peculiaridades en materia cultural, idiomática y económica y tendieron a la conformación de la determinación de las identidades. Todo ello coadyuvó a reforzar las condiciones para la institucionalización de la sociedad política estatal.

El Renacimiento formalizará una sociedad política que irrumpirá contra una modalidad estructural y organizativa débil y limitada, y contra un ejercicio del poder repartido. Como bien sabemos hasta antes de la aparición del Estado no era tarea política esencial el procurar el bienestar del pueblo; amén de que las funciones estatales se encontraban diseminadas entre el rey, los señores feudales, las ciudades, los municipios y las corporaciones de artesanos.

A partir del Renacimiento irán desapareciendo las expresiones de poder compartido para abrir paso a las unidades de poder unívoco, orgánico y estructurado. En virtud de una entidad política con una energía y competencia centrípeta aparecerá una actuación autónoma e independiente. Los instrumentos de dicho poder serán las milicias permanentes y profesionalizadas, la burocracia piramidal y extendida a lo largo y ancho del territorio, así como la existencia de un orden jurídico absorbente y plenario.

Tras la expresión acuñada por Nicolás de Maquiavelo se superaría la atomización del poder, se alcanzaría la centralización de los poderes públicos y se afirmaría conceptualmente la autonomía e independencia entre los cuerpos políticos homólogos.

Se sostiene que una sociedad política alcanza la calidad de “*estadual*” cuando es observada en un territorio relativamente grande y con límites estables, cuyos habitantes se encontraban vinculados por lazos políticos centrípetos e intrincados y con identidad de pertenencia distintiva en relación a otras colectividades.

El proceso de consolidación de dicha modalidad política será confirmado por la vorágine de la actividad política y militar de Napoleón Bonaparte de 1800 a 1815, a lo largo de casi toda Europa.

Desde nuestro punto de vista, el Estado es una forma de sociedad política evolucionada.

El rasgo común entre el Estado y todos sus antecedentes históricos (como el imperio egipcio, la *polis* griega, etc.) es que son formas organizativas de una comunidad de hombres vinculados por la necesidad de supervivencia, para lo cual se valen de mecanismos de regulación de las conductas coexistentiales a través de un sistema normativo-coactivo centralizado. Más aún, existe confluencia de sus elementos básicos: poder político, pueblo y territorio. Ahora bien, la noción Estado –entendida, reiteramos, como la expresión evolucionada y desarrollada de las sociedades políticas– está reservada a aquella forma de organización surgida en Occidente después del Renacimiento (siglo XVI).

La diferencia con sus antecedentes históricos radica en que en el Estado, los elementos anteriormente citados se “*presentan*” de una manera distinta. La claridad y delimitación de sus respectivas conceptualizaciones, así como su racional armonización, le dan un rasgo distintivo.

Al respecto, Joseph M. Valles [ob. cit.] expone que la construcción del Estado equivale a la monopolización del poder político; ergo, a la elaboración de la ley, la impartición de justicia, la recaudación fiscal, la defensa militar, las relaciones internacionales. Así, consigna que se trata de recursos que en las formas políticas preestatales se hallaban dispersas entre diversos agentes –señores feudales, corporaciones, jerarquías eclesiásticas– y que ahora tenderían a ser confiscadas por la autoridad del Estado y atribuidas a su personificación: el soberano.

El Estado aparece cuando se precisa y determina con rotundidad que se trata de una unidad política independiente en lo interior y exterior, que actúa de modo continuo y de forma activa, a través de medios de poder propios y claramente delimitados en lo poblacional y territorial. Su institucionalización se concibe como un intento para organizar “racionalmente” la relación entre gobernantes y gobernados, impersonalizando, estabilizando y dotando de lógica al ejercicio del mando y a la dirección de una comunidad política.

Cabe señalar que la primera comunidad política que adoptó dicha denominación fue Países Bajos (Holanda) en el siglo XVII. Es de verse, que habiendo pertenecido a la corona española desde Carlos V, tras la Paz de Westfalia (1648), esta estableció su independencia como Estado de las Provincias Unidas.

Entre las principales características del Estado aparecerán las tres siguientes:

a) *La unificación y centralización del ejercicio del poder*

En esa idea se concretiza a un gobernante supremo y soberano, que no admite jefatura o mando político sobre él.

b) *La secularización del ejercicio del poder*

En esa idea se concretiza una clara distancia entre los fines temporales a cargo de la sociedad política y los fines trascendentes a cuenta de los entes religiosos.

c) *La determinación territorial y poblacional*

En esa idea se concretiza que el poder fluye y actúa sobre todas las personas que viven dentro de su territorio.

3.5.- La definición del concepto Estado

Guido I. Risso [*Curso de derecho constitucional*. Tucumán: La Ley, 2001] sostiene que “el término Estado es uno de esos conceptos que posibilitan tantas acepciones como personas dispuestas a darlas haya”. Más aún, con sorna Frederic Bastiart en un opúsculo publicado en 1848 y denominado *El Estado*, decía que debía premiarse con un millón de francos, coronas, cruces y hasta cintas a quién llegase a formular una buena, simple e inteligible definición de Estado.

En puridad, su conceptualización se ha visto afectada por las distintas connotaciones existentes, en el ámbito político, sociológico, histórico y jurídico.

Dentro de ese complejo contexto, debe señalarse que la existencia del Estado está condicionada a la interconexión de un grupo humano asentado sobre un territorio determinado en donde opera con suficiencia un poder político. Ahora bien, ello no implica que tenga una existencia material, ya que en verdad es una abstracción que se sustenta en la necesidad de cohesionar las relaciones de convivencia e interacción.

Al respecto, Fernando Silva Santisteban [ob. cit.] percibe que “el Estado a través de una organización política asume el mantenimiento del orden social dentro del marco territorial que tiene soberanía por el ejercicio de la autoridad coercitiva [...] mediante el uso o la posi-

bilidad del uso de la fuerza física [...] y un sistema compartido de los valores expresados en un conjunto de normas [...] definidas, que regulan el comportamiento y garantizan a los individuos aquellos beneficios y privilegios que se estima deben recibir de la sociedad [...]”.

Ante la existencia de una multiplicidad de definiciones, Luis Sánchez Agesta [ob. cit.] señala que el concepto Estado puede ser observado desde tres perspectivas –las mismas que han sido utilizadas de manera excluyente y omisivas entre sí en lo referente a sus respectivos aportes doctrinarios–: deontológica, sociológica y jurídica.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *La perspectiva deontológica (fines)*

Radica en explicar la noción Estado en atención a los fines o metas que este persigue alcanzar, entre las cuales se puede mencionar la libertad, el bienestar común, la seguridad, etc. Se considera, en gran medida, la connotación de los fines y metas estatales como factores de cohesión y criterios legitimadores para la existencia y pervivencia de una sociedad política.

b) *La perspectiva sociológica (naturaleza)*

Radica en explicar la noción Estado en atención a las propiedades y cualidades propias del tipo de poder de que goza y ejerce el Estado.

c) *La perspectiva jurídica (orden coactivo)*

Radica en explicar la noción Estado en atención a la función normativo-compulsiva que necesaria e irremediablemente emana y proyecta de su seno el Estado.

En puridad, estas perspectivas no son totalmente excluyentes ni antagonicas entre sí, sino que, por el contrario, de su fusión y complementariedad surgen las connotaciones y propiedades que dan sentido a la noción Estado. En ese contexto, esta acepción alude a una sociedad política autónoma y organizada para estructurar la convivencia que ejerce un poder soberano desde una titularidad abstracta y permanente, la cual, para legitimar su presencia y cumplir la realización de los fines de la vida comunitaria, establece un orden jurídico coactivo.

Como sociedad política opera sobre un núcleo humano en donde

el comportamiento coexistencial se proyecta por la influencia o acción de una energía social (poder) que decide, define, defiende o transforma el orden de la convivencia.

Dicha sociedad es organizada en la medida en que cuenta con un conjunto de instituciones, normas, métodos y planes destinados a asegurar la aplicación de una acción política tendente a alcanzar determinados objetivos comunitarios (la supervivencia, el progreso común, la libertad, etc.).

El Estado es una sociedad política autónoma y organizada para estructurar la convivencia, en razón de que se trata de un conjunto permanente de personas que se relacionan por la necesidad de satisfacer imperativos afines de supervivencia y progreso común. Para ello requiere de un sistema de relaciones coexistentiales dotado de fuerza social y basado en una relación jerárquica: gobernantes y gobernados.

Dicha organización se caracteriza por no ser dependiente, sujeta ni tutelada por ninguna otra colectividad homóloga.

El ejercicio de un poder soberano atinente a una relación jerarquizada y sujeta a una titularidad abstracta, despersonalizada y permanente, se entiende por la necesaria presencia de una potestad de mando que se hace inexcusable, plena e irresistible dentro de los límites de un determinado territorio. Esta potestad de mando supremo se manifiesta de manera indeterminada en el tiempo y con exclusión de una titularidad particular, permanente y específica, ya que dicha potestad, en suma, corresponde a toda la comunidad en su conjunto, la cual simplemente encarga transitoriamente su ejercicio histórico a determinados miembros del cuerpo político, a los cuales califica como autoridades.

3.6.- Las formas de institucionalización histórica del Estado

La doctrina establece como tales las ocho siguientes: inmemorialidad, establecimiento de una población en un territorio no sometido a ninguna soberanía estatal, emancipación, secesión, fusión, absorción, acto político y acuerdo internacional.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Por inmemorialidad

Esta hace referencia a aquellos estados que se originaron lenta-

mente en el tiempo.

Al respecto, son citables las experiencias históricas de Inglaterra, Francia, Rusia, Irán, etc.

En el caso de Inglaterra, los primeros habitantes de origen romano y anglosajón datan del siglo III a.C.; posteriormente la presencia normanda se ubica en el siglo IX d.C.

En el caso de Francia la paulatina integración entre hellstatts, tenes y celtas dio origen en el siglo I a.C. al pueblo galo.

En el caso de Rusia, la paulatina integración de escitas, sarmatas y eslavos en el siglo V, dio origen al pueblo ruso.

En el caso de Irán, la paulatina integración de medos y persas, dio origen en el siglo VII a. C. al pueblo iraní.

Cabe señalar –en relación a lo anteriormente expuesto– que la relación y entroncamiento entre dominio territorial, población y poder se produce desde períodos remotos de la historia universal.

b) *Por el establecimiento de una población en un territorio no sometido a ninguna soberanía estatal*

Al respecto, pueden citarse los casos de Liberia (1821) y Transvaal (1837).

En relación al caso de Liberia debe señalarse que en 1817 se fundó en los Estados Unidos la denominada Sociedad Colonizadora Norteamericana con el objetivo de devolverles a los negros afroamericanos una parte de su originaria patria. Ello en razón al “franco reconocimiento” de que estos –fueran libres o esclavos– no tenían cabida en dicha joven sociedad.

Para tal efecto la referida institución adquirió vastos terrenos a lo largo de la denominada “Costa de la Pimienta” en África Occidental (Costa de Guinea).

El primer contingente de negros “americanos” fue desembarcado en 1821.

El historiador Samuel Eliot Morrison [En: *Breve historia de los Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997] señala que “ya para 1847 varios millones [...] habían sido trasladados allí, en donde organizaron la República de Liberia con una capital llamada Monrovia en homenaje al Presidente James Monroe (1817-1825)”, y dictaron una Constitución basada en la aprobada por los insurrectos

colonos de América del Norte en 1787.

Transvaal es actualmente una provincia de la República de Sudáfrica. En su oportunidad fue fundada como Estado por los colonos holandeses asentados primicialmente en la ciudad de El Cabo. Dicha acción se conoce históricamente como “La Gran Migración”.

El caso de la creación *ex novo* de un Estado es hoy poco probable.

c) Por emancipación

Esta se refiere al acto político de liberación frente a una organización político-jurídica; ello con el fin de fundar un nuevo Estado. Al respecto, pueden citarse los casos de Estados Unidos en 1776 con relación a Inglaterra; y Argelia en 1962 con relación a Francia.

d) Por secesión

Esta se refiere al desmembramiento de un Estado para dar lugar a la conformación de otro. Al respecto, pueden citarse los casos del Imperio Austro-Húngaro en 1918, lo que dio lugar a la creación de los estados de Hungría, Austria, Checoslovaquia y Yugoslavia.

También es invocable el caso de la Gran Colombia en 1830, lo que originó la creación de Venezuela, Panamá y Ecuador.

Asimismo, son pertinentes los casos de Bielorrusia, Letonia, Moldavia, Estonia, Kazajstán, Kirguizistán, Tayikistán, Turkmenistán y Ucrania en 1991, con relación a la extinta URSS. Finalmente, también son mencionables los casos de Bosnia-Herzegovina, Croacia, Macedonia y Eslovenia en 1991, con relación a la extinta República Socialista Federal de Yugoslavia.

e) Por fusión

Esta se produce como consecuencia de la unión de dos o más estados a efectos de constituir uno nuevo. Al respecto, son citables los casos de los estados germanos que en 1871 constituyeron el Imperio Alemán y el de la República Democrática Alemana y la República Federal Alemana que desde 1990 conforman Alemania.

f) Por absorción

Esta se refiere a la adscripción de un cuerpo político por otro dotado de mayor energía política. Tal el caso del reino de Italia en 1861.

Es de verse que el soberano piemontés –reino ubicado al norte de Italia– Víctor Manuel II consiguió la unificación del Piemonte, la Italia Central y del reino de Nápoles conquistado por Giuseppe Garibaldi.

Tras dicho suceso se proclamó el reino de Italia con Víctor Manuel II como soberano y Florencia como capital.

g) Por acto político

Este se configura como la decisión soberana de un Estado de crear otro ente homólogo. Para tal efecto formaliza jurídicamente dicha decisión soberana y desgaja de su dominio una parte de su otrora territorio.

Tal el caso de Inglaterra y su famosa acta de la América Británica del Norte de 1867, que crea la Confederación Canadiense; el Acta de 1901 que crea el Commonwealth de Australia; y el Acta de Sudáfrica 1909 que crea dicha colectividad.

h) Por acuerdo internacional

Este hace referencia a la concertación de voluntades de varios estados dentro del ámbito del derecho internacional público, con el objetivo de constituir un nuevo cuerpo político.

Tal el caso de Israel, en razón a que mediante una Resolución de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de fecha 29 de noviembre de 1947 se “partió” a favor de la nación hebrea una parte de la región Palestina. Asimismo, es invocable el caso de Albania en virtud a la Conferencia de Londres de fecha 17 de diciembre de 1912.

3.7.- El principio de continuidad estatal

José Pastor Ridruejo [*Curso de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 1986] plantea que cuando entre los elementos del Estado se experimentan transformaciones, surge el problema de determinar si este sigue siendo el mismo –o sea idéntico– desde la perspectiva de los derechos y obligaciones ante sus homólogos y la Comunidad Internacional.

El principio de continuidad estatal aparecerá en el siglo XIX, con ocasión del nacimiento del Reino de Italia entre 1861 y 1870 y el del Imperio Alemán en 1871.

Asimismo, en el siglo XX dicho principio será esgrimido con ocasión de la victoria bolchevique en la ex Rusia zarista (1917); amén de la disolución del imperio austriaco y del otomano luego de la Primera Guerra Mundial.

Al respecto, es consignable que los cambios en la titularidad de los órganos de poder vía los golpes de estado o revoluciones, se encuentran adscritos a dicho principio. En ese sentido, debe recordarse que mediante sentencia arbitral de fecha 18 de octubre de 1923, el ex Presidente norteamericano William Howard Taft (g. 1909-1913) en el asunto de las reclamaciones británicas contra el gobierno costarricense por las deudas contraídas en su momento, por el general golpista Federico Tinoco (1917-1919), consideró que un cambio de gobierno no produce efecto alguno en cuanto a las obligaciones internacionales del Estado.

Desde 1991 la actual república de la Federación Rusa es considerada como *continuada* estatal de la extinta URSS.

3.8.- La extinción estatal

Se produce el perecimiento estatal cuando un Estado pierde su independencia política. Fue el caso, en su momento, del tercer reparto de Polonia a fines del siglo XVIII, así como la anexión de los Estados Bálticos (Bélgica y Noruega) durante la Segunda Guerra Mundial.

3.9.- La naturaleza del Estado

Alude a la esencia que configura el cuerpo político en sí mismo y que establece los principios de su obrar. Hace referencia a aquello que describe sus cualidades y propiedades intrínsecas.

Es evidente que tal naturaleza deriva de la sociabilidad humana. Desde esa perspectiva, *Estado y sociedad* son indesligables en la práctica, aun cuando por razones metodológicas se hace oportuna su separación conceptual.

El Estado es el producto de una abstracción y de una síntesis intelectual; por consiguiente, en ese contexto posee su propia e innegable "particular" realidad. Como tal, no puede ser identificado con ninguno de los miembros de su población, ni con la suma de todos ellos, así como tampoco con la mera extensión territorial sobre la cual ejerce soberanía.

Cabe advertir que la *abstracción* permite consolidar el cuerpo po-

lítico de forma especulativamente independiente y desgajada de la sociedad, y que en *síntesis* hace referencia a un método que permite unificar los elementos del Estado (pueblo, territorio y poder).

En razón a lo expuesto, al Estado no se le advierte en *forma corpórea*, sino a través de sus manifestaciones para con sus pobladores; es decir, mediante acciones como la legislación, los servicios públicos, la fuerza armada, etc. En virtud de ello, su naturaleza aparece imperceptible a los sentidos, y es que el Estado es como ya hemos afirmado fundamentalmente un concepto. Su "realidad" se concreta o materializa intelectivamente en la sociedad. En suma, *el Estado es una expresión no sensible, más sí inteligible*: manifiesta un tejido de comportamientos humanos en torno a la existencia del poder ejercitado sobre un territorio.

Jorge Sarmiento García [*Derecho público*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998] en clara referencia a lo anteriormente expuesto, sostiene que el Estado tiene una "existencia" distinta a la suma de los miembros de una colectividad política; la cual permanece en el tiempo no obstante la sucesión de generaciones humanas vinculadas a esa acción.

El propio Jorge Sarmiento García [ob. cit.] expone lo siguiente:

"La sociedad política nace de los hombres, vive por los hombres y para los hombres, pero es algo distinto a ellos; no es solamente una cohesión de personas individuales sino una realidad nueva, una comunidad de hombres dominada por la idea de un fin supremo que es la suma de su unión".

En puridad se trata de una realidad accidental que existe en la razón de los hombres y para la seguridad, libertad y bienestar de estos.

El Estado surge de la inherente inclinación del hombre hacia la unión por objetivos con sus semejantes. En ese sentido la naturaleza humana estimula y la razón perfecciona la concientización de dicha modalidad de organización coexistencial.

Es evidente que el Estado no existe y subsiste *per se*, sino que se constituye y pervive en el *ser* de los individuos que lo conforman como pueblo políticamente organizado. El Estado no se "constituye" a partir de lo real, sino de un concepto, ya que su peculiar "existencia" radica específicamente en el espíritu del pueblo que lo conforma.

La naturaleza del Estado implica una relación social y una instancia política que articula un sistema de dominación. Su manifestación material se expone en un conjunto interdependiente de instituciones de carácter político-jurídico que conforman el aparato en que se condensa el poder.

La especificidad del Estado se distingue a través de los dos atributos siguientes:

- a) La externalización del elemento poder político.
- b) La institucionalización de lo impersonal de la autoridad.

La *externalización del elemento poder político* se vincula con la presencia de una unidad política soberana dentro de un sistema de relación intraorganizacional.

La *institucionalización de lo impersonal de la autoridad* implica la imposición de una estructura de relaciones de poder, capaz de ejercer un monopolio sobre los medios organizados de creación normativa.

Ahora bien, debe quedar claro que el concepto *sociedad* es más extenso y pleno que la noción Estado; el primero representa el género y el segundo la especie. Como bien definiera José Ortega y Gasset [Citado por Aftalión, García Olano, Vilanova. ob. cit.], el Estado es también sociedad, pero no toda ella sino una de sus modalidades; en todo caso, expresa la forma más elevada de la organización social, superior incluso a las sociedades políticas iniciales, en lo relativo a la despersonalización del ejercicio del mando y la racional armonización con sus elementos constitutivos; vale decir, el pueblo, el territorio y el poder.

El concepto sociedad es más general que el Estado, pues este – aunque muy importante – es solo un aspecto de lo social: únicamente implica una racionalización de la dominación político-jurídica y la relación entre gobernantes y gobernados.

3.10.- El estudio del Estado

En los tiempos modernos se ha hecho notorio que el ordenamiento jurídico y la estructura del Estado sean las resultantes de la actividad política. En ese sentido, el derecho se limita a expresar en normas los efectos y consecuencias de dicha actividad.

En el pasado, con equívoco mayúsculo, se había planteado el conocimiento del Estado desde un mero perfil jurídico, sin advertirse

con certeza ni claridad que las *instituciones estatales* reposan sobre la base fluida de fuerzas sociales y cambios políticos.

En la actualidad, el estudio del Estado se plantea desde tres disciplinas básicas: la teoría del Estado, el derecho constitucional y la ciencia política.

Es decir, se estudia al Estado desde una óptica pluridisciplinaria. Con ello se tiene en cuenta el conocimiento global de la organización política, por sus principios, causas y efectos.

Cada una de las referidas disciplinas enfoca el conocimiento del Estado, pero desde un centro de interés distinto.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La teoría del Estado

Esta disciplina se encarga de estudiar mediante un conocimiento especulativo o teórico el fenómeno estatal. Ello implica la acción de elaborar ideas, con prescindencia de los datos empíricos que pueda ofrecer la actividad estatal.

La teoría del Estado hace mención a un conjunto de proposiciones coherentes entre sí, con las cuales se pretende explicar discrecionalmente el "hecho" estatal; se propone investigar y valorar la necesidad de la *vida estatal*. Así, aspira a comprender al Estado en su esencialidad, naturaleza, razón estructural, funcionamiento y fines de su institucionalización; amén de advertir acerca de su explicitación especulativo-doctrinaria, su devenir histórico y la tendencia teórica que explicaría su proceso de evolución.

En suma, esta disciplina pretende reflexionar con asiduidad acerca de las siguientes seis interrogantes, que pueden distribuirse en los planos gnoseológico y axiológico:

- Plano gnoseológico (conocimiento)
 - ¿Qué es el Estado?
 - ¿Cómo surgió el Estado?
 - ¿Hacia dónde evoluciona el Estado?
- Plano axiológico (valores)
 - ¿Para qué existe el Estado?
 - ¿Por qué manda el Estado?

¿Por qué obedecen los gobernados?

Planteada en dichos términos se trata de una disciplina filosófica que se encarga de investigar la esencia, naturaleza y finalidad del Estado. Su meta –como hemos señalado– es evidentemente cognoscitiva y axiológica.

La teoría del Estado no se preocupa por la investigación de hechos concretos o particulares; plantea más bien postulados especulativos de carácter general. “Aprehende” al Estado como un orden en sí mismo y tiene como objeto de conocimiento su existencia en sus caracteres inmanentes, intrínsecos y esenciales, por encima de las diversas formas –concretadas en el tiempo y en el espacio– que pudiera haber alcanzado. Es decir, observa al Estado en un proceso de especulación abstracta.

Así, dicha disciplina se propone desentrañar al Estado en lo que este tiene de permanente e indeleble y que, por tal, le confiere su *identidad*.

b) El derecho constitucional

Esta disciplina se encarga de estudiar las instituciones políticas de un Estado determinado, desde un ángulo jurídico. Promueve el conocimiento y valoración de todas las reglas jurídicas relativas a los órganos e instituciones esenciales de un Estado.

Según André Hauriou [*Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel, 1980], busca el encuadramiento de los fenómenos y manifestaciones de la vida política. Equivale a la expresión de una visión doctrinaria relativa a la relación entre el orden y la libertad dentro de un Estado, y su manifestación a través de determinadas categorías jurídicas; es decir, a la relación entre las competencias y responsabilidades de una autoridad gubernamental y los derechos y deberes de los gobernados.

En puridad, el derecho constitucional se presenta como una disciplina positiva, ya que describe el derecho establecido en un tiempo y lugar preciso para organizar el Estado. En ese aspecto, cabe consignar lo que Juan Helio Zarina [*Derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992] señala:

“Todo grupo humano organizado en forma estable, origina la consolidación de instituciones y órganos que derivan formalmente del ordena-

miento jurídico, y que operan en forma continua para dar vida y acción al Estado”.

El propio Zarini expone que el derecho constitucional hace referencia a la organización del Estado, a las instituciones básicas del ordenamiento y funcionamiento estatal, así como a la forma de gobierno desde una visión estrictamente jurídica; amén de ordenar las relaciones recíprocas de los habitantes con el Estado y la de esos habitantes entre sí, para lo cual se determinan sus principales derechos, obligaciones y garantías constitucionales.

Ahora bien, debe advertirse que el derecho constitucional no solamente encara la investigación y valoración en el ámbito teórico, sino que también considera la dinámica de la “vivencia” de las instituciones políticas. El derecho constitucional no se agota en el estudio de la Constitución Política de un Estado, ya que los procesos históricos pueden originar la deformación del texto fundamental (gobiernos de facto, mutaciones constitucionales, habilitaciones normativas, inaplicabilidad político-administrativa, etc.). Ello obliga a ampliar el estudio a los aspectos reales de la organización y funcionamiento del cuerpo político.

Esta disciplina intenta responder a las cinco interrogantes siguientes:

- ¿Cuáles son los fines específicos señalados en una Constitución?
- ¿Cuál es la estructura y organización estatal que permite cumplir con los fines que persigue alcanzar el Estado, de conformidad con lo establecido en una Constitución?
- ¿Cuáles son los mecanismos de designación o elección para establecer a los que ejercen el poder, así como sus competencias y responsabilidades?
- ¿Cuáles son los derechos, obligaciones y garantías ciudadanas establecidos en una Constitución?
- ¿Cuál es la relación existente entre el texto fundamental del Estado y la realidad político-social que se desarrolla en el cuerpo político?

c) La ciencia política

Esta disciplina se encarga de estudiar la naturaleza y ejercicio de la autoridad política. Prevé el conocimiento y valoración de una relación política dentro de la sociedad: la relación *mando-obediencia*.

En puridad, abarca la producción y distribución de decisiones emanadas de una autoridad, así como la formulación y ejecución de acciones vinculadas con los asuntos públicos. Implica un sistema o conjunto de elementos y componentes recíprocos, estrechamente relacionados con la obtención de fines macrocoexistenciales. En ese contexto, la ciencia política plantea nociones sobre el gobierno como un “hecho”, así como sobre el origen y la formación de las decisiones políticas. Como afirma Raúl Ferrero Rebagliati [ob. cit.] implica el conocimiento de la vida política y particularmente del comportamiento humano en relación con la actuación del poder.

La ciencia política examina los hechos y las realidades que ofrece la vida social, en medio de los cuales funcionan las instituciones políticas. Trata de establecer y evaluar la influencia de las condiciones de la vida social sobre la acción de las instituciones políticas y su proceso de evolución. Expresa desde una perspectiva sociológica la investigación acerca del poder, desde el punto de vista de los hechos y no desde el punto de vista de los principios.

El conocimiento de los fenómenos políticos carece de algún tipo de preocupación normativa; la ciencia política estudia la *realidad* de la “cosa política” y no muestra necesariamente su preocupación por el *debe ser*. Su ámbito es, *stricto sensu*, el poder copito o desarropado, es decir, sin encuadramientos jurídicos de ninguna especie.

Grosso modo, la ciencia política comprende tópicos como teoría política, historia de las ideas políticas, instituciones políticas (Constitución, gobierno, administración pública, etc.), partidos políticos, movimientos y alianzas políticas, opinión pública, política interestatal, etc.

Esta disciplina pretende absolver, entre otras, las cuatro interrogantes siguientes:

- ¿Cuáles son los mecanismos de poder que se ejercen a través del Estado?
- ¿Cuáles son las relaciones de conflicto entre gobernantes y gobernados?
- ¿Cuáles son los problemas ideológicos, económicos, sociales, etc., que crea o resuelve el ejercicio del poder?
- ¿Cuál es el papel y presencia de la sociedad civil en las decisiones de poder?

En suma, la ciencia política constituye un estudio ordenado, racional y metódico de la realidad política, de la organización social, del gobierno y del poder público. Se ocupa de conocer *cómo* es la realidad política, así como de comprenderla y valorarla.

Esta pluralidad de disciplinas que atañen de alguna manera al Estado (plano filosófico, jurídico y sociológico) se conectan plenamente, por lo que es imposible demarcarlas con nitidez excluyente. Su estudio separado responde a una metodología académica, en aras de una mayor comprensión del fenómeno estatal.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS ELEMENTOS DEL ESTADO

SUMARIO

1. EL PUEBLO. 1.1. El pueblo, la nación y la patria. 1.2. El pueblo y el principio de libre determinación. 1.3. La nacionalidad. 1.3.1. Los modos de adquisición de la nacionalidad. 1.4. El problema de la doble nacionalidad. 1.5. La pérdida y la renuncia de la nacionalidad. 1.6. La recuperación de la nacionalidad. 1.7. La relación entre nacionalidad y ciudadanía. 1.8. El caso de los extranjeros. 2. EL PODER POLÍTICO. 2.1. Los componentes del poder. 2.2. El poder, los gobernantes y el derecho. 2.3. El origen del poder. 2.4. Las características del poder. 2.4.1. Los alcances de la soberanía. 2.4.2. La distinción entre soberanía y poder constituyente. 2.4.3. La soberanía, el dominio y la jurisdicción. 2.4.4. La soberanía, la globalización y la noción de supranacionalidad. 2.5. El papel institucional del poder. 2.6. Las formas de manifestación del poder. 2.7. El poder y la arbitrariedad. 2.8. La noción de fuerza desnuda. 2.9. Los objetivos integracionistas y la cesión de competencias. 2.10. El aspecto jurídico de la supranacionalidad. 3. EL TERRITORIO. 3.1. Las funciones del territorio. 3.2. Las características del territorio. 3.3. La clasificación del territorio. 3.4. Las partes del territorio. 3.4.1. El suelo. 3.4.2. El subsuelo. 3.4.3. El dominio marítimo. 3.4.3.1. Las partes del dominio marítimo. 3.4.3.2. El Estado peruano y la tesis de las doscientas millas. 3.4.4. El espacio aéreo. 3.4.4.1. Las partes del espacio aéreo. 3.4.4.2. El problema del espacio exterior o ultraterrestre. 3.5. Las fronteras del territorio. 3.6. Los modos de adquisición del territorio.

La doctrina denomina como tales al consuno de partes constitutivas que propician la existencia del Estado. Al respecto, la doctrina casi uniformemente asigna dicha condición al pueblo, al poder político y al territorio.

Julio Diena [*Derecho internacional público*. Barcelona: Bosch, 1941] señala que cuando falta alguno de los elementos constitutivos del Estado se produce su irremisible extinción.

Tal situación se produciría cuando se acreditase la emigración o

perención total del pueblo; se constatare el azote de la naturaleza que destruyese integralmente el territorio; o se verificase que el poder político perdiese su connotación de soberanía por razones de anarquía o sujeción definitiva ante otro cuerpo político.

1.- EL PUEBLO

Esta noción alude a un conjunto de personas que tienen en común su vinculación político-jurídica con un cuerpo político soberano. Su génesis hace referencia a un grupo humano coexistente en una determinada zona geográfica, luego de un proceso de adaptación y una posterior presencia del fenómeno político.

Tal como infiere Lucio Moreno Quintana [*Preliminares del derecho internacional*. Buenos Aires: Perrot, 1954]:

“El Estado es en lo esencial una colectividad humana, en donde se acredita la asociación permanente de individuos unidos por un vínculo político-jurídico. Por ende, la condición de habitantes del territorio del Estado impone el sometimiento a su autoridad”.

El pueblo de un Estado puede ser de composición étnica homogénea o heterogénea.

En el primer caso se acredita sociológicamente la unicidad étnica. Al respecto, es citable el caso de Japón, Suecia, Portugal, Islandia, etc.

En el segundo caso se acredita sociológicamente la existencia de una pluralidad de etnias. Al respecto, es citable el caso del Perú (quechuas, aimaras, asháninkas, etc.), España, Canadá, Bélgica, etc.

La pertenencia de un pueblo a un Estado determinado puede ser consecuencia de un hecho casual o fortuito; nacer del propio interés o voluntad del grupo, o incluso emanar de una acción compulsiva. Como refiere Alberto Borea Odría [*Los elementos del Estado moderno*. Lima: Centro de Estudios Legislativos, Económicos y Sociales, 1994], el centro del poder político puede comprender tanto a las personas que libre y espontáneamente deciden vincularse entre sí a través de la organización estatal, o puede “atarse” como consecuencia de una medida de fuerza (es el caso del pueblo kurdo con relación a Turquía o de los tibetanos en relación a China).

El pueblo se distingue por su carácter *uti signoli*, es decir, implica la apreciación de unos individuos vinculados con los otros por

el mero acto de agrupación política.

Este aparece como el destinatario de las determinaciones emanadas del poder político.

Es usual que se confundan las nociones de pueblo y población, las mismas que difieren substantivamente. La expresión *pueblo* denota un concepto eminentemente político, donde aparece una relación jurídico-política entre un grupo humano y el Estado; así, se manifiesta en una unidad cuya conducta constituye el orden jurídico estatal. En cambio, la expresión *población* denota un concepto étnico-demográfico: designa una agregación mecánica de personas, carente de significado y consistencia política.

La noción de pueblo comprende cuatro condiciones concatenadas: vínculo personal, vínculo principal, vínculo permanente y vínculo de correspondencia social.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) El vínculo personal

El enlace de la persona con el cuerpo político debe atañer específica y propiamente a esta en sí misma; jamás en modo alguno debe fundarse en el mero lugar de ubicación de sus bienes, inversiones, etc. La calificación de este vínculo se refiere única y estrictamente a la persona *per se*. En ese contexto, una persona puede pertenecer al pueblo de un Estado y simultáneamente poseer bienes e invertir sus capitales en otro distinto.

Así, un propietario de bienes muebles o inmuebles, o un inversionista, no se convierte ni deja de ser miembro del pueblo de un Estado por el mero hecho de efectuar determinadas inversiones de capital o hacer negocios en otro Estado, ni por ejercer actos de uso, disfrute, disposición o reivindicación respecto de un bien situado fuera del territorio de la organización política a la cual pertenece.

b) El vínculo principal

El enlace *personal* con el cuerpo político debe caracterizarse por su accionar preferente, prevaleciente, preeminente, efectivo e importante en grado superior, en relación con el que pudiese tener establecido con otros estados.

c) El vínculo permanente

El enlace *personal* con el cuerpo político debe ser estable, constante, persistente, firme y duradero. Por ende, no puede tratarse de una relación incidental y meramente eventual.

Por tal motivo, no puede considerarse en dicha acepción a aquellos grupos humanos errantes o nómades.

Al respecto, es citable el caso de la tribu africana de los tuaregos que históricamente se desplazan a lo largo y ancho del desierto del Sahara (Marruecos, Mauritania, Egipto, Sudan).

d) El vínculo de correspondencia social

El enlace *personal* con el cuerpo político implica una recíproca interacción con los demás integrantes del pueblo de un Estado.

Ahora bien, la calidad de miembro del pueblo de un Estado no implica necesariamente el ejercicio de los denominados *derechos políticos*, que se encuentran reservados a aquellas personas que han adquirido el *status de ciudadanos*. A lo sumo, dicha calidad meramente hace constar la existencia de un vínculo con el cuerpo estatal de naturaleza político-jurídica, cuyos alcances quedan a merced del criterio de discrecionalidad estatal.

Por otro lado, cabe advertir que el poder estatal no solo es aplicable a aquellas personas que forman parte de su pueblo, sino que se extiende al caso de los turistas o transeúntes, en tanto permanezcan dentro del territorio del Estado.

1.1.- El pueblo, la nación y la patria

Desde nuestra perspectiva, pueblo, nación y patria expresan conceptos distintos y claramente inconfundibles.

La expresión *pueblo* tiene una connotación político-jurídica, en tanto que la expresión *nación* tiene, además de lo anotado, un sustento histórico y social.

El pueblo implica una multitud, masa o pluralidad de personas consideradas *uti signoli*, es decir, se configura por la mera agregación de unos individuos con otros; en suma, hace referencia a la simple agrupación de seres humanos dentro de un territorio donde un Estado ejerce poder político.

La noción *pueblo* carece de consideraciones sociológicas, culturales e históricas; se remonta a la unidad social por imperio de la ley. Por ende, tal integración es estrictamente normativa. En cambio, cuando hacemos referencia a la *nación* aludimos al *pueblo unido y además vinculado*, ya sea por factores históricos-culturales heredados de una vasta y larga sucesión de generaciones, o por razones político-sociales de forjar un destino común y mantener de manera libre, consciente y deliberada una continuidad gregaria.

Como bien señala Tadeo Gonzáles [*Estado y nación*. San José: Roa, 1989]:

“La nación es una pluralidad o multitud de personas enlazadas por factores que tienen cepa en el tiempo; o por la afinidad de intereses comunes con trascendencia de futuridad”.

Es cierto que en el caso del pueblo existe una conciencia ficticia de unidad; empero cuando esa conciencia se eleva por la convicción espontánea de perennidad, abre camino a la nación. El pueblo se convierte en nación cuando la “conciencia de pertenencia” llega a transformarse de una conexión de voluntades políticas, a una unidad racional y emocionalmente querida, deseada y con vocación de permanencia y trascendencia.

Álvaro Echeverri Uruburu [*Teoría constitucional y ciencia política*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2002] sostiene que la nación es una construcción jurídica que se formula a raíz de la delimitación territorial, tras la extinción de los reductos feudales.

Fernando Silva Santisteban [*Antropología*. Lima: Universidad de Lima, 1986] señala que “la idea de nación es más bien [...] el sentimiento del ‘nos’, los miembros de una nación sienten que entre ellos existe un nexo de empatía, de comunión afectiva, así como el deseo de compartir una vida común”.

Ernest Renan [*¿Qué es una nación?: cartas a Strauss*. Madrid: Alianza, 1987] a finales del siglo XIX –a contracorriente de lo consignado por Pascual Estanislao Mancini que vinculaba la nación con los factores telúricos, raciales, culturales, históricos y de convicción psicológica– la percibe como aquella “gran solidaridad constituida por el sentimiento de los sacrificios realizados en casos necesarios; presupone un pasado, pero [...] por un hecho tangible: el consentimiento, el deseo claramente expresado de continuar la

vida en común; siendo la existencia de una nación un plebiscito de todos los días, la existencia del individuo es una afirmación perpetua de vida". Ergo, se proyecta como la unidad en la empresa de forjar un estimable destino común.

Jorge Sarmiento García [*Derecho público*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998] define la nación como "la suma de individuos o, si se quiere, la serie de generaciones sucesivas marcadas por el carácter de lo nacional". Más aún, advierte, que dicha concepción no debe ser percibida como una realidad distinta y superior a sus miembros.

Debe recordarse –como amarga experiencia de la historia– que tras la consagración de una realidad distinta y superior se cobijó el totalitarismo nacionalista conforme al cual, la nación necesita del Estado para alcanzar su plenitud; observándose a esta como el principio y el fin al que todos los individuos deben someterse.

Al respecto Benito Mussolini [Cfr. Dennis Mack Smith. *Mussolini*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989] llegó a plantear lo siguiente:

"El Estado es la encarnación de la nación. Las instituciones políticas son eficaces en cuanto los valores nacionales encuentran en ellos expresión y protección [...] La nación no es meramente la suma de los individuos vivientes, y menos aún el instrumento de los partidos políticos para la obtención de sus propios fines, sino que es un organismo que comprende las generaciones ante las cuales los individuos son solo elementos transitorios, es la síntesis suprema de todos los valores espirituales y materiales de la razón".

Ahora bien, tal como esgrime Henry Pratt Fairchild [*Diccionario de sociología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1960], puede existir una nación sin autonomía política (tal el caso de Israel hasta antes de 1948), así como un Estado sin armonía entre las naciones adscritas a ellas (recuérdese a los tamires del norte con relación a Tailandia hasta el 2002).

Por ende, es dable aceptar la tesis que un cuerpo político puede albergar a varias naciones (Suiza y Bélgica) o que una nación pueda encontrarse dividida en dos o más unidades políticas (Canadá, Estados Unidos, China, Corea).

En lo relativo a la noción de patria, es oportuno consignar que

ella contiene connotaciones cívico-sociológicas; implica una suerte de amor al suelo en donde uno ha nacido y a sus tradiciones. En ese sentido, dicha noción no se agota en el sentimiento de afecto al lugar que nos cobija, sino que trasciende hacia los hombres que la “nutrieron” con su ejemplo y conducta. Surge como consecuencia de las experiencias de los años formativos de la niñez y la juventud, y sobre la adhesión elemental al suelo y al medio inmediato.

Según Jorge Sarmiento García [ob. cit.] la patria entraña una “cierta proyección subjetiva de la nación, siendo una y otra –como sugiriera Vásquez de Mella– el anverso y reverso de la misma”.

La patria se traduce en el culto a los mártires y héroes defensores del suelo, así como en la exaltación y veneración cívica de las tradiciones forjadas en la interacción social; por ende, es representada a través de símbolos como la bandera, el escudo, la escarapela, el himno y los monumentos. En suma, expresa la condición de comunión de afectos de los miembros de una nación que se reconoce y valora a sí misma con afecto, amor y ardor cívico.

1.2.- El pueblo y el principio de libre determinación

Al término de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) la nacionalidad se convirtió en una poderosa idea fuerza en el ámbito político europeo; máxime cuando se consumó la unificación de Italia y Alemania.

En ese contexto, el Presidente norteamericano Woodrow Wilson formuló el concepto de autodeterminación que en la praxis concretaba la vigencia del principio de las nacionalidades.

Al momento de discutirse la redacción de la Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 1945), los Estados Unidos y la Unión Soviética plantearon postulados comunes contra las prácticas colonialistas aún existentes; en cambio Inglaterra, Francia, Bélgica y los Países Bajos formularon la defensa de dicha situación.

En ese contexto, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) promovió una solución transaccional que consistió en que los territorios coloniales de los países vencedores en la Segunda Guerra Mundial denominados “no autónomos”, continuarían regidas por sus respectivas metrópolis, en virtud de títulos jurídicos preexistentes derivados del Derecho Internacional Público.

En cambio los territorios sometidos a la potestad de la propia Organización de las Naciones Unidas (ONU) denominados como de “administración fiduciaria” en virtud de haber sido retirados del dominio de los países perdedores de la Segunda Guerra Mundial o haber sido puestos voluntariamente bajo dicha condición por sus anteriores Estados-Administración, quedarían sujetos a los acuerdos internacionales.

Es dable consignar que en el artículo 1.2. de la Carta de las Naciones Unidas se establece como propósito de dicho ente “el fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos [...]”.

Posteriormente el 14 de diciembre de 1960, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó por ochenta y nueve votos a favor, ninguno en contra y nueve abstenciones la “Declaración de la Independencia a los Países y a los Pueblos Coloniales”. La doctrina ha denominado dicho instrumento como “La Carta Magna de la Descolonización”.

Al respecto, el referido texto expone lo siguiente:

- La sujeción de los pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjera, constituye una afrenta a los derechos humanos fundamentales y compromete la causa internacional de la paz.
- Los pueblos tienen el derecho a la libre determinación; por ende, pueden en ejercicio de su albedrío determinar su condición política y promover su desarrollo.
- La adopción de medidas inmediatas para trasladar el poder de decisión a los pueblos adscritos a territorios bajo administración fiduciaria o bajo coloniaje.

Posteriormente el 24 de octubre de 1970, la propia ONU aprobará la “Declaración de los Principios de Derecho Internacional referente a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados”. En dicho documento el principio de libre determinación de los pueblos será objeto de un mayor y preciso desarrollo conceptual.

1.3.- La nacionalidad

Se encuentra comprobado históricamente que desde los primeros estadios de la coexistencia social el hombre sintió la necesidad de fortalecer su vínculo con la tierra que le viera nacer. Empero el origen de esta necesidad tuvo un marcado acento religioso; así, cuando las familias, comunidades y tribus concordaron sobre la necesidad de adoptar un culto común, fundaron inmediatamente la urbe para establecer el santuario donde ofrecer el rito religioso generalizado. Por eso se señala con acierto que la fundación de la urbe siempre fue un acto religioso.

Al respecto, es dable advertir que, ciudad y urbe no eran expresiones sinónimas en el mundo antiguo: la *ciudad* se manifestaba como el área donde se forjaba la constitución de la asociación religiosa de las familias y de las tribus; en cambio la *urbe* se expresaba como el lugar del santuario de esa ciudad.

De ese entroncamiento nacerá el nacional, quien era aquel que participaba del culto de la ciudad y a quien por serlo se le otorgaba el ejercicio de los derechos existentes. Por ende, si renunciaba al culto, perdía *ipso facto* el goce de tales derechos.

Isabel Kluger [Citado por Jorge Huamán Tasco. *La nacionalidad en la Constitución peruana de 1979*. Tesis de Bachiller. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 1989] define al nacional en ese marco histórico, como “aquel hombre que sigue la religión de la ciudad; que honra a los mismos dioses de la ciudad”. En ese sentido, el extranjero se caracterizaba por no tener acceso al culto, es decir, era aquel que los dioses de la ciudad no protegían.

En predios estrictamente jurídicos, la nacionalidad expresa la calidad o condición de nacional atribuida a una persona en razón de su entroncamiento con la nación jurídicamente organizada a la que pertenece.

Eduardo Jiménez de Arechaga [*El derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980] la define como “una relación jurídica entre una persona y el Estado, que se caracteriza por la existencia de derechos y deberes recíprocos”.

Como afirma Klisberg López Martínez [*Nacionalidad peruana y Constitución*. Lima, 1984], se trata de un vínculo entre la persona y la nación jurídicamente organizada (Estado).

La nacionalidad se manifiesta de doble manera:

- Es social porque representa un nexo con los usos y costumbres de una nación determinada.
- Es jurídico-política porque crea derechos y obligaciones entre las personas, amén de manifestar implícitamente un sometimiento al poder político establecido en el respectivo Estado.

Como bien afirmó la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nolterbohm* (1955), la nacionalidad “se fundamenta en un hecho social de relación, en una *solidaridad efectiva* de existencia de intereses y de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes. Es, se puede decir, la expresión jurídica del hecho de que el individuo al que le ha sido conferida –bien directamente por la ley o bien por un acto de autoridad– está, concretamente, más estrictamente unido a la población del Estado que se la ha conferido, que a la de cualquier otro Estado”.

Al respecto, es recordable que Friedrich Nolterbohm había nacido en Alemania en 1881 y residido posteriormente en Guatemala desde 1905. Este viaja a Liechtenstein en 1939 y al cabo de dos meses adopta la nacionalidad de dicho país.

En 1940 regresa a Guatemala y se le incautan sus bienes, habida cuenta que el referido país había declarado la guerra a Alemania; es puesto bajo custodia y trasladado a los Estados Unidos bajo la condición de enemigo de guerra.

En 1946 Liechtenstein intenta ofrecerle protección diplomática; la corte rechaza la pretensión por la carencia de vínculo efectivo con aquel cuerpo político.

En nuestro país, es citable el caso *Canevaro* resuelto por la Corte Permanente de Arbitraje en 1912. Es de verse, que, Rafael Canevaro italiano de origen había adquirido unos años antes la nacionalidad peruana. El citado invocó la intervención del gobierno italiano en razón del incumplimiento de ciertos pagos por parte del Estado peruano.

La judicatura internacional resolvió a favor de nuestro país, esgrimiendo la tesis que la nacionalidad efectiva de Rafael Canevaro era la peruana; máxime cuando este tenía residencia permanente; había participado en los procesos electorales; y hasta había ocupado la

condición de Cónsul de los Países Bajos en nuestro territorio, previa expresa autorización del gobierno nacional.

La evolución del derecho permite señalar que la nacionalidad entendida como un atributo que se extendía al individuo por gracia del Estado, ha pasado a convertirse en un derecho fundamental de la persona.

José Pareja Paz Soldán [*Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Lima: Justo Valenzuela Ediciones, 1981] señala que los nacionales son los individuos que conforman el Estado, identificándose por ello con una colectividad determinada, por lo que se distinguen al mismo tiempo de los extranjeros. Debe dejarse constancia de que el nacional debe lealtad al Estado; a cambio de ello tiene el derecho de ser protegido por la organización política.

Para establecer el concepto de nacionalidad, la doctrina ha señalado los cuatro principios siguientes:

a) Toda persona tiene el derecho a una nacionalidad

Con este principio se busca evitar que se produzca la condición del apátrida [Víctor García Toma. "Constitución, nacionalidad y ciudadanía". En: *Gaceta Jurídica*, tomo 13. Lima, 1995], que es aquella persona que carece de una nacionalidad o ha sido despojada de ella.

Es constatable casuísticamente que dicha condición emerge ya sea porque una persona no tiene una nacionalidad de origen o ha perdido esta sin posibilidad de adquirir otra por la vía de la naturalización, etc.

b) Ninguna persona puede ser despojada arbitrariamente de su nacionalidad

Con este principio se busca evitar que por razones inicuas se le prive del derecho a su nacionalidad.

No debe olvidarse que durante el gobierno militar del general Juan Velasco Alvarado (1968-1975) se procedió –por la expeditiva y arbitraria vía de los Decretos Leyes N° 18309 y N° 19003– a despojar de la nacionalidad a los periodistas Manuel D’Ornellas y Eudocio Ravines.

En nuestro caso, a tenor de lo establecido en el artículo 53 de la

Constitución no existe forma alguna de legitimar la pérdida no voluntaria de la nacionalidad.

c) Ninguna persona puede ejercer simultáneamente dos o más nacionalidades

Con este principio se busca evitar que una persona ejerza en un mismo lugar y momento de los beneficios y derechos emanados de dos nacionalidades. Tal el caso ocurrido a mediados de la década de los 90, cuando la cantante Ángela Carrasco luego de un fallido ingreso a Lima como nacional del Estado español, intentó inmediatamente conseguir dicho propósito utilizando un pasaporte dominicano.

d) Toda persona tiene derecho a cambiar de nacionalidad

Con este principio se reconoce el derecho a la libertad del sujeto, así como la verificación del fundamento básico de la nacionalidad, la que descansa en la aspiración de querer compartir un destino y una vida en común con una determinada nación.

Como señala Tula Sánchez Domínguez [“Nacionalidad y doble ciudadanía en la Constitución peruana: breve comentario y análisis”. En: *Ius et Praxis*, N° 14. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1989]:

“La regulación jurídica internacional sobre la nacionalidad otorga un apreciable y decisivo nivel de autonomía y discrecionalidad a cada Estado, para que, a través de su derecho interno, establezca la regulación jurídica, en detalle, de todos los aspectos relacionados con la nacionalidad que otorga. Tal autonomía tiene su fundamento en el respeto al ejercicio del derecho de ‘imperium’ y soberanía que tiene todo Estado sobre sus nacionales”.

Cabe consignar que los antecedentes propiamente dichos del concepto de nacional son aquellos que nacen conjuntamente con el Estado.

En la antigüedad no se tenía una noción cabal y exacta de la idea de Estado, y, por eso, se suscitaba el mismo fenómeno en torno a la nacionalidad. En todo caso, en la legislación del antiguo derecho romano se distinguía la *natio* como grupo sociológico definitivamente constituido, y el *populus* como aquella mera agrupación de seres humanos unificados por el derecho. En ese contexto, los romanos regulaban su conducta social mediante el *ius civile*, mientras que los

extranjeros se ceñían al *ius gentium*.

Los romanos se adscribían al denominado *ius sanguini*, a saber:

- El hijo de justas nupcias seguía la nacionalidad del padre.
- El hijo nacido fuera de justas nupcias se adscribía a la nacionalidad de la madre.
- El hijo de padre extranjero y madre romana quedaba sujeto a una serie de variaciones legales a lo largo del tiempo.

En razón del nacimiento, ciudadano era aquel concebido por padres romanos unidos en justas nupcias. Fuera de esta unión, únicamente se podía acreditar por manumisión dicha condición.

1.3.1.- Los modos de adquisición de la nacionalidad

En lo que se refiere a los tipos o modos de adquirir la nacionalidad, la doctrina reconoce como tales al originario y al derivado.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *Modo originario*

Dicha adquisición se sustenta en el nacimiento de una persona. Este modo admite tres posturas jurídicas: el sistema de *ius sanguini*, el sistema de *ius soli* y el sistema dual.

- *El sistema de ius sanguini*

Este sistema radica en la aplicación del “derecho de sangre”, que consiste en otorgar al infante la nacionalidad que tienen los padres en el momento que se produce su nacimiento (sistema auspiciado con el auge de la Roma antigua). La filiación determina la vinculación con un Estado.

En este caso es irrelevante, para los efectos y adquisición de la nacionalidad, el lugar donde se produjo el nacimiento.

Este sistema es el de mayor antigüedad y es un rezago del derecho personalista de los romanos. Es aplicado preferentemente por los estados de Europa y Asia, inspirados en el propósito de conservar el vínculo con aquella parte de su población que reside en el extranjero.

- *El sistema de ius soli*

Radica en la aplicación del denominado “derecho a la tierra”, ha-

ciendo abstracción de la filiación (sistema auspiciado con el auge del feudalismo). Consiste en el otorgamiento de la nacionalidad del Estado en cuyo territorio se produjo el nacimiento.

En este caso resulta irrelevante, para la adquisición de la nacionalidad, la que tengan los padres en el momento en que se produjo el nacimiento.

- El sistema dual

Radica en la aplicación simultánea y paralela de los anteriores sistemas dentro de un mismo Estado; empero dicha aplicación sucede en casos específicamente establecidos y diferenciados. Este es el sistema que se aplica en nuestro país.

b) El modo derivado

Dicha adquisición se sustenta en hechos o circunstancias posteriores al nacimiento de una persona. Este modo admite dos posturas: la adquisición de la nacionalidad con expresión de voluntad y la adquisición de la nacionalidad sin expresión de voluntad.

- La adquisición de la nacionalidad con expresión de voluntad

En esta modalidad se produce la manifestación de voluntad de una persona de adquirir una nueva nacionalidad. Es el caso de la *naturalización*. Esta requiere también la emisión de un acto estatal de avenencia a admitir a un extranjero como nacional.

Esta modalidad plantea un concurso de voluntades: así, debe existir la voluntad de un residente extranjero de convertirse en nacional de otro Estado, y la concesión graciosa de dicho cuerpo político de acceder a la petición. Esta adquisición de la nacionalidad puede efectuarse por opción o por adopción.

La adquisición con expresión de voluntad implica el acceso a la nacionalidad en razón de haberse acreditado la radicación en el territorio de un Estado, con ánimo de permanencia física y realización personal dentro de él.

Su gestación se inicia con una manifestación de voluntad por parte de la persona interesada, y se consuma por una expresa decisión estatal de admitirla en su seno. En este caso no existe *per se* un derecho a alcanzar necesaria e irremisiblemente la nacionalidad por opción

o adopción (naturalización), ya que el Estado tiene reservada la prerrogativa de admitir o desestimar la solicitud del peticionante, aun cuando se encuentre reglado el proceso de naturalización. El cuerpo político emite un acto de libre arbitrio y por eso su *determinación de desestimación* no requiere ser motivada, como tampoco puede discutirse por la vía judicial.

Usualmente la naturalización no lleva necesariamente a equiparar la situación jurídico-política del naturalizado con la del nacional de origen: es el caso del Estado peruano, en donde existe reserva en favor del último para acceder a los más importantes cargos públicos (Presidente de la República, congresistas, ministros, etc.). La excepción a esta regla puede encontrarse en los Estados Unidos, en donde un alemán de origen, Henry Kissinger, se convirtió en uno de los más respetados secretarios de Estado del siglo XX.

- La adquisición de la nacionalidad sin expresión de voluntad

En esta modalidad una persona adquiere una nueva nacionalidad sin haberse producido ni manifestado expresamente una voluntad en ese específico sentido: la nueva nacionalidad la adquiere sin haber existido preexistencia de voluntad de desearla. Dicha nacionalidad surge como simple consecuencia de la realización de un acto diferente, que no tiene ninguna relación directa con la nacionalidad como status jurídico (tal el caso del acto jurídico del matrimonio).

1.4.- El problema de la doble nacionalidad

Guillermo Cabanellas de Torres [*Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta, 1979] señala que el concepto de la doble nacionalidad hace referencia a aquella posesión –por parte de una persona– de derechos políticos y civiles de dos estados. Sin embargo, estas facultades no pueden ser ejercidas simultáneamente dentro del territorio de un mismo Estado.

La doble nacionalidad puede presentarse desde dos perspectivas: la situación *concordada* y la situación *no concordada*.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La situación concordada

La doble nacionalidad es el producto de la situación en que dos legislaciones estatales coordinadas entre sí, consideran simultánea-

mente a una persona con derecho a la doble nacionalidad.

b) La situación no concordada

La doble nacionalidad es el producto de la situación en que dos legislaciones estatales sin coordinación alguna entre sí, consideran simultáneamente a una misma persona como nacional.

Tula Sánchez Domínguez plantea siete situaciones concretas en que se produce la doble nacionalidad, a saber:

- Cuando como consecuencia de la suscripción de un tratado internacional se considera a una persona como nacional de dos estados. Es lo que se hizo en el caso del tratado suscrito entre el Perú y España en 1959 (situación concordada).
- Cuando un Estado establece la doble nacionalidad en su legislación interna. Empero la aplicación efectiva del derecho a la doble nacionalidad queda supeditada a la posterior existencia del principio de reciprocidad entre los estados involucrados (situación concordada). Dicha decisión estatal se fundamenta básicamente en razones de índole política y en una identificación social, cultural e histórica entre las organizaciones políticas. Al respecto debe recordarse lo previsto en el artículo 92 de la Constitución de 1979 con relación al caso de los latinoamericanos domiciliados en el Perú.
- Cuando una persona que posee una nacionalidad determinada adquiere involuntariamente una segunda nacionalidad (situación no concordada). Así, sin que esta hubiese renunciado o perdido su nacionalidad de origen, por el mero hecho de efectuar un acto jurídico que nada tiene que ver con un proceso de naturalización, se genera la adquisición de una segunda nacionalidad. El ejemplo más claro es el del extranjero que contrae matrimonio con una persona natural de un Estado que no es el suyo. En esta hipótesis el referido acto jurídico debe realizarse en el territorio del Estado que otorga la segunda nacionalidad, así como que se registre e inscriba conforme a las exigencias establecidas por la legislación interna de este.
- Cuando la legislación interna de un Estado otorga su nacionalidad a los hijos de nacionales *-ius sanguini-* que nacen en territorio extranjero (situación no concordada). En este caso la doble naciona-

lidad puede ser *imperativa* y *automática* cuando no se requiere de expresión de voluntad, u *opcional* cuando se requiere que la persona cumpla determinados trámites previstos. En esta hipótesis el sujeto tiene la nacionalidad del país en cuyo territorio ha nacido (*ius soli*), pero simultáneamente adquiere o puede adquirir la nacionalidad de sus padres (*ius sanguini*). Como puede verse, no se produce de modo alguno ningún tipo de renuncia.

- Cuando un Estado a través de su legislación interna fija los requisitos que debe cumplir una persona para obtener la naturalización, sin exigirle la renuncia previa a su nacionalidad de origen (situación no concordada). En esta hipótesis no existe acuerdo entre los estados involucrados para la dispensa de dicha renuncia. En puridad, el fundamento de esta postura jurídica radica en la identificación política, histórica y cultural de la persona con el Estado que toma dicha postura.
- Cuando un Estado no reconoce efecto legal alguno de la renuncia a la nacionalidad presentada por un nacional para optar por otra. En esta hipótesis la persona obtiene una nueva nacionalidad y solo suspende la de origen (situación no concordada). Al respecto, son citables los casos de Alemania y Uruguay.
- Cuando un Estado declara como nacionales a personas extranjeras, en virtud de los servicios prestados en su favor por ellas (situación no concordada). Este fue el caso previsto en el artículo 11 de la Constitución peruana de 1826, que otorgó su nacionalidad a los libertadores de la República. También fue el caso previsto en el artículo 6 de la Constitución de 1839, que señalaba similar derecho a los extranjeros admitidos al servicio de la República (milicia, burocracia, etc.).

En suma, las personas que gozan de esta prerrogativa ejercitan los derechos y obligaciones de la nacionalidad del país en donde domicilian y en relación a un tercer país, solo pueden ejercer alternativamente una de ellas.

1.5.- La pérdida y la renuncia de la nacionalidad

La pérdida implica la privación jurídica de la condición de nacional. Es usual que las causales que la generan se encuentren señaladas en una ley especial. Más aún, existen casos como el de

la vigente Constitución chilena, que establece expresamente que dicha pérdida se genera como consecuencia de la adquisición de otra nacionalidad, por la prestación de servicios en guerra exterior a ejércitos enemigos, etc.

En nuestro país no existe posibilidad alguna de privación de ella; ergo, no cabe, en modo alguno, el despojo de la nacionalidad peruana.

La renuncia de la nacionalidad implica el abandono voluntario de la condición de nacional, por manifestación expresa ante una autoridad estatal competente.

Al respecto, debe advertirse que algunos estados no reconocen efecto legal alguno a dicha decisión.

1.6.- La recuperación de la nacionalidad

Alude a la facultad de recobrar la nacionalidad a la cual anteriormente se había renunciado. Esta recuperación se produce cuando el interesado acredita cumplir con los requisitos que la legislación ordinaria de su primigenio Estado dispone para tal efecto. Resulta obvio que dentro de estas exigencias se establezca la previa renuncia a la nacionalidad que se adquirió voluntariamente.

1.7.- La relación entre nacionalidad y ciudadanía

Como refiere José Pareja Paz Soldán [ob. cit.], la nacionalidad es el género y la ciudadanía la especie. La primera de las citadas es una categoría jurídica que contiene, entre otras, la noción de la segunda. En tal sentido, la nacionalidad es un requisito indispensable para el ejercicio de la ciudadanía.

Domingo García Belaunde [*Esquema de la Constitución peruana*. Lima: Justo Valenzuela Ediciones, 1992] señala que para ser ciudadano de un Estado se requiere previamente ser nacional de este.

La ciudadanía es un derecho derivado de la nacionalidad; se trata, en esencia, de una consecuencia de ser nacional. Empero al ser condicionada por el Estado, plantea doctrinariamente la existencia de las cuatro reglas siguientes:

- a) La persona tiene derecho a una nacionalidad.
- b) El nacional, en caso de cumplir con todas las exigencias que señala la legislación de su Estado, puede convertirse en ciudadano.

- c) La persona que pierde la condición de nacional, *ipso facto* deja de ser ciudadano.
- d) La persona que es suspendida en su condición de ciudadano, no necesariamente sufre similar consecuencia en su condición de nacional.

En consecuencia *todo ciudadano* es siempre un *nacional*, pero no todo *nacional* es siempre *ciudadano*.

Carlos Sánchez Viamonte [*El poder constituyente*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957] señala que el ciudadano es el individuo, miembro del cuerpo social, que interviene en la formación del gobierno, que participa en la sanción de la Constitución y de las leyes por medio de sus representantes -amén de estar facultado para controlar el desempeño de sus funciones públicas- y que asume una parte de la responsabilidad que le incumbe al pueblo como titular de la soberanía.

Los antecedentes de esta institución se encuentran en Roma, en donde se adquiría la ciudadanía ya sea por nacimiento o derecho posterior.

La ciudadanía alude a una suerte de *status* jurídico que permite el ejercicio o el cumplimiento de determinados derechos y deberes de carácter político. Los derechos y deberes políticos son aquellos que están referidos a la participación en la vida pública nacional (elección, representación popular, etc.).

1.8.- El caso de los extranjeros

Denomínese como tales a aquellos que no tienen la calidad de nacionales de un Estado.

En relación al cuerpo político, estos están sujetos a su discrecionalidad para ser admitidos dentro de su territorio ya sea como residentes o transeúntes.

Ahora bien, cualquiera sea la condición de su admisión, estos se encuentran protegidos por las convenciones internacionales en lo relativo al ejercicio de los derechos humanos.

Añádase a ello que existen estados que facultan a los extranjeros residentes a participar en la vida pública, a través del derecho de sufragio. En nuestro caso, el artículo 31 de la Constitución y la Ley N°

26864 establece que pueden elegir y ser elegidos en cargos edilicios.

2.- EL PODER POLÍTICO

La expresión poder proviene de la voz latina *potes* que significa potente.

Esta noción alude a la capacidad de una persona o de un grupo de personas para determinar, condicionar, dirigir o inducir la conducta de los demás. Expresa una combinación de energía y capacidad al servicio de un ideal.

El poder político es el recurso de que dispone la autoridad para dirigir y hacerse obedecer. Indica el atributo de disponer y limitar las acciones de los miembros del Estado.

Se trata de un fenómeno que se encuentra presente en todas las relaciones coexistentiales. Así, en cualquier núcleo humano siempre encontraremos a alguien que conduce y a otros que obedecen y son guiados. Como afirmara Santo Tomás de Aquino [Cfr. Ernest Fortín. *Compendio de historia de la filosofía política*. México, 1999], el poder “es la acción de una voluntad sobre otra voluntad”.

Luiz Pinto Ferreira [*Curso de derecho constitucional*. Sao Paulo: Saravia, 1991] señala que “el poder es un proceso social, un hecho objetivo de la convivencia de los hombres, un fenómeno específico de la sociedad”. En realidad no existe prácticamente relación humana en donde una persona no ejerza algún grado de poder sobre otra. Esto puede percibirse desde la misma familia, que es el núcleo básico de la organización social.

El poder político es una fuerza social destinada a imponer comportamientos humanos en la *dirección* que fija quien la ejerce. Se trata de una acción vigorosa que expresa una cualidad dominante de la voluntad personal o de la de un conjunto de hombres.

La dimensión de esta acción no es cuantitativa, sino cualitativa: implica una preeminencia ético-política que mueve a la obediencia por consentimiento voluntario. Su núcleo característico es su fundamento moral. Este atributo de la preeminencia o superioridad de la energía de la voluntad hace que se diferencie claramente de la mera fuerza bruta.

El poder es inherente a la naturaleza humana; es una acción innata del hombre de anteponer justificadamente una voluntad mo-

ral o sus conceptos a los del resto de sus congéneres. Existe en los hombres la creencia de la necesidad del poder. La realidad social contiene en sí misma la idea del jefe, guía, autoridad o líder.

Fernando Silva Santisteban [ob. cit.] refiere que “es inherente a la naturaleza de toda actividad humana que algunos individuos puedan controlar el comportamiento de otros, puesto que ningún grupo humano puede funcionar en forma efectiva a menos que algunos individuos desempeñen la tarea de coordinar, dirigir e integrar los esfuerzos de los demás, asumiendo con ello la responsabilidad propia de tales actividades”.

Al poder se le considera socialmente algo tan natural como el agua, el fuego o la lluvia; la idea de que se pueda vivir sin jefes parece absurda. Como afirma Maurice Duverger [*Sociología de la política*. Barcelona: Ariel, 1975], se trata de un “dato inmediato de la conciencia reforzado por la educación”. Desde su primera infancia el niño es orientado a plegarse a la voluntad de sus padres; posteriormente, la escuela –con sus profesores, vigilantes, directores, régimen de sanciones, etc.– acrecentará ese sentido de la autoridad y la obediencia (el propio infante, a través del llanto o la sonrisa, descubre rápidamente su capacidad de inducción sobre sus padres).

A través del poder se distingue la existencia de un grupo gobernante y de una comunidad gobernada, en la irreductible distinción lógico-práctica del mando y la obediencia. Al respecto, no debe obviarse la afirmación expuesta por Luis Sánchez Agesta [*Principios de teoría política*. Madrid: Nacional, 1983], sobre que “no hay poder sin obediencia; y que el poder es la capacidad de encontrar obediencia”.

A su vez, André Hauriou [*Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel, 1980] afirma que el poder “es una energía de la voluntad que se manifiesta en quienes asumen la empresa del gobierno humano y que les permite imponerse gracias al doble ascendiente de la energía y la competencia”.

En ese orden de ideas, el poder político es aquel que ejerce el Estado. Como tal, implica el conjunto de competencias que asume el cuerpo político en aras de orientar y dirigir las actividades de sus integrantes. Expone una capacidad exclusiva en la toma de

decisiones; cuyo destinatario es el conjunto de personas instaladas permanente o temporalmente dentro de su territorio.

El ejercicio del poder político implica la existencia de una estructura institucional, un proceso secuencial e ininterrumpido de acciones y la manifestación de resultados que involucran a toda la comunidad.

Este poder tiene la característica de ser soberano; vale decir, incontrastable, incondicional, jurídico, irrenunciable y supremo. Se ejerce a través de los órganos y organismos determinados en la Constitución.

2.1.- Los componentes del poder

El poder contiene dos elementos: la energía y la competencia.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La energía

Expresa el vigor o la fuerza que posee un ente por razón de su propia naturaleza. El poder es la potestad de mando en el que subyace el fenómeno sociológico de la dominación; en cuanto tal, representa la capacidad efectiva de hacerse obedecer. Ello implica la posibilidad o capacidad de ejercer algún grado de coacción material para alcanzar acatamiento.

El poder supone la disposición psicológica y material de vencer la resistencia de los no obedientes al mandato del jefe, líder o guía. Alude a una inclinación de mando amparada en la amenaza o uso de la compulsión, a efectos de asegurar socialmente la obediencia.

b) La competencia

Expresa los fundamentos ético-políticos y las cualidades, conocimientos, virtudes y atributos necesarios para alcanzar los efectos y consecuencias previamente determinadas. Es la suma de razones, facultades personales, experiencia y conocimientos manifestados en torno a la relación coexistencial de *mando-obediencia*.

La competencia equivale alegóricamente a la fuerza o energía en el orden moral e intelectual. Por tal, genera una suerte de sujeción espiritual de la verdad sobre el error, del conocimiento sobre la igno-

rancia, del talento sobre la mediocridad, de la virtud sobre el vicio, de la destreza sobre la impericia, etc.

Ahora bien, en el ejercicio del poder, es importantísimo que se genere el convencimiento del acatamiento espontáneo. Es decir, que se le preste respetuosa observancia de sus disposiciones.

En la praxis, en el poder se integran -incuestionablemente y de manera armoniosa- el señorío o imperio, con la justificación ético-política y la aptitud o capacidad para dar órdenes apropiadas a problemas que se plantean en la conducción de un grupo social. Así, la voluntad de mando, la razonabilidad y la idoneidad en el ejercicio de este se conjugan plenamente.

Existe, pues, una unión entre la voluntad que se hace obedecer por la disposición y el empleo de una fuerza de coacción material, con la cualidad esencial de la atribución, capacidad, conocimiento y experiencia práctica que permiten, al que dispone u ordena, abarcar todos los elementos del problema del gobierno de los hombres, ubicando a cada uno de ellos en su lugar y dándoles la importancia que se merecen.

El contenido de la justificación de la relación *mando-obediencia* es cambiante; varía según los criterios de espacio-tiempo histórico. Así, Maurice Duverger [ob. cit.] declara que “cada sociedad se forma ideas particulares sobre la naturaleza y las modalidades del poder y la obediencia”.

El poder es ejercido dentro de los cánones de la legalidad y de la legitimidad para mandar, cuando se verifica dentro de los parámetros del derecho que se considera válido en una sociedad específica y concreta. Se entiende que el *derecho* recoge el cúmulo de creencias, convicciones y sentimientos compartidos que “justifican” la relación mando-obediencia. En ese contexto, el marco normativo implica el mínimo de consenso existente en relación con los valores básicos de una determinada sociedad política.

Como afirmara Santo Tomás de Aquino en su obra *El Régimen del príncipe* no existe sociedad sin normas, ni normas sin poder.

Ahora bien, cuando existe un divorcio entre el ejercicio del poder y el derecho que justifica su ejercicio, o cuando se produce una disociación entre el orden jurídico justificador del ejercicio del poder y las creencias y convicciones colectivas de quienes obedecen, se pro-

duce entonces una crisis de *legitimidad*. Dicha situación es obra de la conducta negativa del que manda o del desfase histórico del derecho justificador del mando. Su resultado es el despojo del poder, lo cual obliga a poner en acción al poder político en potencia.

En la hipótesis extrema de que no apareciera el poder que reemplace al poder decrépito, nos encontraríamos ante la extinción del Estado, debido a la falta de energía y competencia para cumplir sus fines.

La sociedad se mantiene normativamente ordenada por la coacción y el consenso. En determinadas circunstancias esta relación puede variar en grado; sin embargo, será imprescindible un equilibrio mínimo entre el temor de ser castigado y el reconocimiento de que es preciso obedecer, ya que el mandante debe encontrarse siempre “justificado” para hacerlo.

Todo ejercicio del poder tiene una legitimidad subyacente; como bien afirma Luis Sánchez Agesta [ob. cit.]:

“No manda quien quiere, sino quien puede; quien encuentra obediencia”.

Tal ejercicio presupone propósitos y objetivos comunes de los que son partícipes quienes son objeto de alguna acción de mando. Estas tendencias necesitan, para desarrollarse, de un orden que les fije límites éticos y que permita la mutua y justa realización entre los miembros adscritos a una sociedad determinada.

En suma, el ejerciente del poder será obedecido sin la necesidad de la actuación física de aquellos agentes que tienen la tarea de imponer el orden bajo compulsión, cuando se halle vinculado íntimamente a las ideas, creencias y representaciones colectivas que derivan en una noción consensuada de derecho.

Desde una perspectiva sociológica, es notorio que el poder se integra con una disponibilidad de vigor, posibilidad y eficacia, que tiene una medida o cantidad de energía. En el caso de las organizaciones político-gubernamentales, esa medida o cantidad se actualiza a través de los órganos estatales, lo que significa que aumenta, decrece o desaparece en cuanto acto, según sea el tipo de Estado que lo encarne, detente o ejerza.

En consecuencia, la voluntad del cuerpo político tomada en conjunto es permanentemente activa: el Estado existe en cuanto actúa;

en el momento en que deja de hacerlo se paraliza, extingue o fenece.

Es evidente que cuando quien ejerce el poder carece de legalidad o legitimidad para sostenerse en el mando, tendrá inevitablemente que engendrar miedo y temor entre los ciudadanos. Evitar esto exige que se tengan en cuenta los tres aspectos siguientes:

- a) Quien manda lo hace con la pretensión de alcanzar obediencia.
- b) Cuando la pretensión de mando se funda única y exclusivamente en la posibilidad de aplicar una sanción, el poder deviene en inestable; es mera coacción pura.
- c) Se requiere de la creencia y de la necesidad de “justificar” la obediencia del ciudadano, súbdito o siervo, por la existencia de valores sociales, fines institucionales, etc.

Entre las distintas configuraciones del poder destaca nítidamente la que fluye del Estado. El poder estatal o poder político se diferencia del que proviene de las asociaciones, sociedades, comités, etc., existentes en su interior, en razón de lo siguiente:

- a) El poder estatal o político surge como respuesta a la necesidad de unificar, ordenar y dirigir la acción de todos los miembros de la colectividad estatal, en aras de alcanzar fines de utilidad general o común.
- b) El poder estatal o político está dotado de una energía que es irresistible para el resto de los poderes existentes en su interior: posee el monopolio de la coacción física juridizada o legítima. En ese sentido, Georg Jellinek [*Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954] señala que el poder estatal es *dominante*, en tanto que el de las asociaciones, sociedades, comités, etc., es meramente disciplinario. Este último es restringido y derivado: lo primero, porque solo opera sobre sus afiliados (socios, asociados, etc.); lo segundo, porque proviene y actúa conforme a una autorización emanada de la ley dictada por el Estado.

Por otro lado, el poder estatal es simultáneamente personal y territorial, pues alcanza a todos los habitantes del Estado sin distinción alguna y se extiende a lo largo y ancho de toda el área geográfica en donde este ejerce soberanía.

2.2.- El poder, los gobernantes y el derecho

Los gobernantes devienen en aquella parte poco numerosa de la sociedad política, que conduce a esta, a la consecución de sus fines existenciales.

Pedro Flores Polo [*Diccionario de términos jurídicos*. Lima: Cultural Cuzco, 1980] define la autoridad como “la facultad de conducir y hacerse obedecer dentro de ciertos límites preestablecidos”. Así pues, el poder deviene en el recurso de que se dispone para hacer respetar esa facultad y salvaguardar la conducción y la obediencia social.

La autoridad subraya un título o condición amparada por el derecho; es decir, expresa el fundamento jurídico o legal para hacerse obedecer, y apunta al ejercicio legal del poder. Se manifiesta como un *status* cristalizado en normas escritas o consuetudinarias.

La autoridad actúa coactivamente en la medida en que el incumplimiento de lo dispuesto por ella le concede la atribución de aplicar sanciones. Se hace viable a través de normas jurídicas; por tanto, no recibe obediencia por sí misma, sino por la existencia de una noción jurídica que la sustenta.

La autoridad manda en nombre de un atributo de juridicidad y se apoya en esta. Es indiscutible que la conquista más lograda del siglo XVIII es aquella en que solo se puede mandar o prohibir en virtud de la ley.

No obstante, no se puede aceptar una separación tajante entre la autoridad y el poder. Así, cuando la primera carece de poder resulta ineficaz; en tanto que un poder sin autoridad se convierte en tiranía. Un ejemplo claro es el de un presidente constitucional en el exilio. Sin embargo, existen casos atípicos como el señalado por Raúl Ferrero Rebagliati [ob. cit.], donde la Iglesia Católica, careciendo de medios de compulsión material, no obstante goza de una autoridad eficaz y eficiente.

Es evidente que el hombre tiene la necesidad espiritual y racional de sustentar su deber de obediencia ante aquel que ejerce la condición de gobernante, del mismo modo que este último tiene la responsabilidad de sustentar sus atributos de mando. Ambas justificaciones deben ser buscadas en el campo de la ética social.

Al respecto, Julio Tobar Donoso [*Elementos de ciencia política*. Méxi-

co: Rof, 1988] señala que “no sería necesario el ejercicio del poder en el caso de que el bien común pudiera conseguirse por los esfuerzos directos de los individuos; mas tal consecuencia es moralmente imposible. Aun si todos los ciudadanos estuviesen resueltos a procurar el bien común y no le antepusiesen su propio interés, siempre quedaría la posibilidad de errores y divergencias en la aplicación de lo que constituye el bien común [...]”. Por ende, “es indispensable la intervención de la autoridad para señalar decisoriamente a los ciudadanos el bien al cual deben tender mediante acción común proporcional a sus facultades y medios”.

Asimismo, Georg Jellinek [ob. cit.] establece que “toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad. Esta voluntad, que ha de cuidar los fines de la asociación, que ha de ordenar y dirigir la ejecución de sus ordenaciones, es precisamente el poder de la asociación”.

Resulta obvio que el ejercicio del poder por parte del gobernante debe encontrarse juridizado. En ese aspecto, el historiador y político francés Francois Guizot [Citado por Jacques Pirenne. *Historia universal*. Barcelona: Océano, 1987] señaló con acierto:

“Concebid no digo un pueblo sino la reunión más pequeña de hombres; concebidla sometida [...] a una fuerza que no tenga ningún valimiento jurídico, sino el de la fuerza misma; que no gobierne absolutamente por ningún título de razón, de justicia, o de verdad; pues al instante, la naturaleza humana se rebelará contra esta hipótesis, ya que es menester que ella crea en el derecho. Es el gobierno de derecho lo que busca; y es el único al cual consiente en obedecer”.

El poder en las manos de un gobernante no es una energía exenta de justificación y control; más bien, como señalara el Papa Juan XXIII (1881-1963) [*Encíclica Paz en la tierra*. Lima: Ediciones Paulinas, s.f.], “consiste en la facultad de mandar según la razón”. En ese sentido, el derecho como representación de un orden, y el poder como ejecutor de su efectividad, integran un ciclo que expresa y resume los cambios y transformaciones que se producen en la realidad social y política.

Como ha expresado Georges Burdeau [*Derecho constitucional e instituciones políticas*. Madrid: Editora Nacional, 1981], alrededor del poder se reconcilian dos elementos de la realidad social que a menudo

se pretenden contraponer: *la fuerza y el derecho*. Esto es evidente, pues el poder es una prolongación natural de una idea de derecho, de la que procede y a la que además justifica, y, por otro lado, en el aspecto fáctico este dispone de prerrogativas de potencia material que aseguran en él un reencuentro de la idea de derecho con la fuerza.

Por otra parte, es sabido que los fundamentos del derecho se encuentran en la propia naturaleza humana, en razón a que se encuentra plenamente acreditado lo siguiente:

- Los hombres se relacionan entre sí conforme a tendencias naturales.
- Las tendencias naturales de relación necesitan para desarrollarse, de un orden que les fije límites éticos y que permita dicha realización de manera justa.
- Los hombres conocen naturalmente por la razón, los primeros principios que ordenan la convivencia y el bien común.
- Los principios que ordenan dicha convivencia finalista necesitan de su aplicación sujeta a compulsión, en caso de renuencia, para conseguir plena eficacia.

2.3.- El origen del poder

En la teoría constitucional, este origen se explica desde dos grandes posiciones: la doctrina teocrática y la doctrina de la voluntad social.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *La doctrina teocrática*

Para esta doctrina la fuente del poder se encuentra en Dios; idea que se funda en lo establecido en el Antiguo y el Nuevo Testamento. El Papa León XIII (conductor de la Iglesia entre 1878 y 1903), en su encíclica *El origen del poder*, hace un resumen de un conjunto de citas bíblicas que justificarían esta fundamentación:

- **Proverbios VIII, 15,16**

“Por mí reinan los reyes [...] por mí los príncipes mandan y los jueces administran la justicia”.

- **Libro de la Sabiduría 6,3**

“Escuchen, pues, reyes y comprendan [...]. Porque el Señor es el que les dio el poder y la realeza se las dio el Altísimo”.

- **Juan XIX, 11**

“A Pilatos que se arrogaba con ostentación el poder de absolver y de condenar, contestó Nuestro Señor Jesucristo: No tendrías poder alguno sobre mí si no te fuera dado de lo alto”.

Esta doctrina cobra auge a través del Apóstol de los Gentiles, San Pablo, y también a través de los Padres de la Iglesia.

Así, San Pablo (¿?-97 d.C.) [Citado por Jean Touchard. *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos, 1983] en su Epístola a los Romanos XIII, 1-5 señaló:

“Toda persona está sujeta a las potestades superiores, porque no hay potestad que no provenga de Dios; y Dios es el que ha establecido las que hay pues en el mundo [...] por lo cual, quienes desobedecen a las potestades, a la ordenación o voluntad de Dios desobedecen [...]. El príncipe es un ministro de Dios puesto para tu bien; por tanto, es necesario que le estéis sujeto no solo por temor al castigo, sino también por obligación de conciencia”.

Por otro lado, San Agustín (354-430 d.C.) [Citado por Jean Touchard. ob.cit.] había afirmado:

“Así como es el creador de la naturaleza; así es dador y dispensador de todas las potestades”.

Y Santo Tomás de Aquino (1225-1274 d.C.) [Citado por Jean Touchard. ob. cit.] manifestó:

“El Estado, por ser una necesidad natural, es al mismo tiempo querido por Dios, y la obediencia a sus mandatos constituye un deber, admitiéndose que el fin del Estado es la adecuación del hombre para su vida virtuosa; y en último término una preparación para unirse a Dios”.

La doctrina teocrática se expresa de dos formas, a saber:

- Doctrina del derecho divino sobrenatural.
- Doctrina del derecho divino providencial.

La esencia de la doctrina teocrática se inspira políticamente en las ya citadas palabras de San Pablo:

“Non est potestas nisi a Deo” (No hay potestad que no provenga de Dios).

Los aportes de esta doctrina señalan que no cabe interpretación sobre el fundamento del poder expuesto en las expresiones de San Pablo, salvo en la manera como se manifiesta o plasma la delegación de mandar o conducir a las sociedades políticas.

La doctrina del derecho divino sobrenatural es anterior históricamente a la doctrina del derecho divino providencial, que surge cuando el padre de la Iglesia de Oriente, San Juan Crisóstomo (344-407 d.C.) [Citado por Walter Theimer. *Historia de las ideas políticas*. Barcelona: Ariel, 1969], aclara el enunciado de San Pablo en el sentido de que este no se había referido a que “todo príncipe viene de Dios, sino a que toda potestad viene de Dios”.

Expliquemos brevemente cada una de las formas anteriormente citadas.

a.1) La doctrina del derecho divino sobrenatural

Defendida por el obispo, escritor y orador sacro francés Jacques Benigne Bossuet (1627-1704) [Citado por Walter Theimer. ob. cit.], en el libro *La política*. Esta se afirma en la idea de que Dios elige por sí mismo a los gobernantes y los inviste de los poderes necesarios para asegurar la coexistencia social. Establece que la divinidad deposita el poder o facultad de mando directamente en determinadas personas, quienes por este hecho se constituyen en representantes de Dios en la tierra.

Con ello, Jacques Benigne Bossuet –adherente de la política religiosa de Luis XIV– proclama el carácter sagrado y absoluto del poder monárquico. Así, atentar contra la majestad terrena de los reyes deviene en un sacrilegio, hasta el extremo de que ni la impiedad declarada ni la persecución eximirían a los súbditos de este deber de obediencia, so pena de condenación celestial.

Bossuet afirmaba que “los súbditos no debían oponerse a la violencia de los príncipes más que con exhortaciones respetuosas, sin sedición ni murmullos y con oraciones para su conversión”.

La fuente del poder del que se hallaban investidos los gobernantes era consecuencia de una delegación suprahumana; solo a Dios debían aquellos dar cuenta de sus actos.

a.2) La doctrina del derecho divino providencial

Defendida por el escritor y filósofo francés Joseph de Maistre y Berrald (1753-1821) en el libro *Estudio sobre la soberanía*. Esta se afirma en la idea de que en principio el poder forma parte del orden providencial del mundo, pero está puesto a disposición de los gobernantes por medios humanos.

Esta doctrina sostiene que los gobernantes son designados como consecuencia del entramado de acontecimientos históricos guiados por la voluntad divina; la acción providencial no se manifiesta en forma expresa ni directa, sino mediante un cúmulo de acontecimientos históricos que no pueden ser desviados del curso impuesto por Dios.

En suma, los gobernantes son producto de la disposición visible e irresistible del Supremo Hacedor; la “voluntad social” de la comunidad en la elección de sus autoridades se encuentra encauzada por una volición divina.

El cuerpo político es un medio o instrumento –dentro de un contexto histórico prefijado– que forja el designio divino de encomendar el gobierno de los hombres a otro hombre. Este ejercicio de poder divino providencial se justifica en la medida en que políticamente el gobernante acate y respete los designios divinos, pero el control de los actos de aquel queda a cargo única y exclusivamente de Dios, por ser este el fundamento de toda potestad.

La doctrina teocrática –en sus dos expresiones– fundamenta la potestad de mando en la gracia divina, sea por medios directos o indirectos, y considera que el Estado es un instrumento para el cumplimiento de los designios del Supremo Hacedor.

A pesar de la obsolescencia política de esta doctrina, en el siglo XX ha habido casos de estados adscritos a dichos postulados. Al respecto, Rodrigo Borja [*Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992] cita a guisa de ejemplo los casos de Pakistán, Libia y España, a los que agregamos el caso de Irán.

Al respecto, veamos lo siguiente:

- Caso de Pakistán

En el proceso emancipador en la India de la férula imperial de la

Gran Bretaña, se produjo el desencuentro religioso entre hindúes y musulmanes, lo que provocó que aquel proceso culmine en la creación de dos nuevos estados asiáticos: India y Pakistán.

En 1947, se dictó la Constitución de Pakistán, en la que estableció lo siguiente:

“La soberanía sobre el universo pertenece únicamente a Dios Todopoderoso, y la autoridad por él delegada en el Estado de Pakistán por medio de su pueblo para que sea ejercida dentro de los límites por él prescritos, es un depósito sagrado”.

Correspondió a Mohamed Ali Yinnah y posteriormente a Liaquat Ali Khan ser, en esta orientación teocrática del poder estatal, los primeros gobernantes de Pakistán.

- **Caso de Libia**

Estado ubicado en África del Norte, adquiere su independencia como reino independiente en 1951; hasta esa fecha fue una colonia italiana (desde 1912). Su proceso emancipador fue promovido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), influenciado por la política exterior británica.

El naciente Estado fue encargado al emir (príncipe) Idriss el Senussi.

En la primera Constitución Libia (1951) se estableció lo siguiente:
“Por voluntad divina el pueblo confía la soberanía nacional, en depósito, al rey y a sus sucesores”.

- **Caso de España**

Al frente del ejército de Canarias y Marruecos, el general Francisco Franco Bahamonde se alzó contra el gobierno republicano encabezado por don Manuel Azaña, líder del Frente Popular. En 1939, luego de una cruenta guerra civil, ascendió al poder como “Caudillo de España por la gracia de Dios”.

Dentro del contexto de un constitucionalismo disperso, dictó en 1947 la Ley de Sucesión en la Jefatura de Estado, donde se estableció que “España como unidad política es un Estado católico, social y representativo, que de acuerdo con su tradición se declara constituido en reino”.

Asimismo, en “Los Principios del Movimiento Nacional”, en 1958, señaló que “la Nación española considera como timbre de honor el acatamiento de la ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única y verdadera; fe inseparable de la conciencia nacional que inspirara su legislación”.

- Caso de Irán

Ubicado al sudoeste de Asia, el Estado de Irán fue gobernado hasta 1979 por el sha Mohamed Reza Pahlevi II. Tras su derrocamiento se proclamó la República Islámica de Irán, asumiendo el poder Ruhollah Jomeini, quien era considerado descendiente del profeta Mahoma.

Según las creencias de la facción *shiita*, Jomeini estaba entroncado –por filiación– con Ali Ibn Abu Taleb, primo de Mahoma.

En la Constitución iraní de 1979 se estableció que el *ayatollah Jomeini* –cabeza de la comunidad de los *ulumas* o casta sacerdotal– era el gran faquir de la época y vicario del *imán* oculto. En esencia, ello significaba que Jomeini era considerado el gran asceta y representante divino de Alá.

b) Doctrina de la voluntad social (contractualismo)

Para esta doctrina la fuente del poder se encuentra en la voluntad razonada de los miembros de la colectividad humana. Se funda en la inicial vocación renacentista (siglos XV y XVI) de buscar y descubrir –en libre examen– la naturaleza de las cosas, erigiéndosele a la razón como el argumento supremo para la búsqueda de la verdad; así se produce la “liberación” del fenómeno político de los dogmas religiosos.

Para esta doctrina la autoridad emana del convenio o convención humana, acción contractual que erige un poder político sujeto a determinados y específicos límites y condiciones. La expresión de esta vocación contractualista de la sociedad permite justificar racionalmente la obediencia al poder político.

Esta justificación se sustenta en el hecho de un poder espontáneamente constituido a efectos de promover y garantizar los intereses y fines de la colectividad.

Así, es establecido para beneficiar a todos los miembros de la colectividad; por ende, es menester que este decida acerca de la organi-

zación y funcionamiento.

El acto convencional o contractual de que tratamos no tiene categoría jurídica ni es la verificación práctica de la génesis histórica del Estado, sino que es un postulado racional y un principio deontológico.

En efecto, de manera figurada se expone que el ejercicio del poder político es producto de una relación contractual. Así, de un Estado de naturaleza –en donde no existe sociedad– se forja un Estado de comunidad ordenado y regulado por reglas pactadas.

De lo expuesto se colige que dicha doctrina establece un cambio cualitativo del Estado de naturaleza al Estado de comunidad, por la vía del pacto social; ello a efectos de crear la ley y asegurar una vida pacífica y ordenada.

La doctrina de la voluntad social hace hincapié en la necesidad de la constitución del poder político a efectos de poder satisfacer el cumplimiento de determinados fines gregarios (seguridad, orden, justicia, bien común), los cuales no podrían alcanzarse sin la existencia de una autoridad encargada de la unidad y dirección social, amén de la necesaria especialización en el arte-ciencia de orientar y guiar la armónica coexistencia social. Así, la motivación del nacimiento del poder político radicaría en la obtención de metas compartidas por el grupo social.

El fundamento del poder se sustenta en un alegórico acto de convención social, por el cual, a cambio del aseguramiento y obtención de determinados fines, un reducido grupo de personas ejercen por delegación la capacidad de ordenación social. El postulado racional y principio deontológico del nacimiento del poder político por la vía contractualista, se apoya en la igualdad metafísica y jurídica de todos los hombres, correspondiéndole a la sociedad –en resguardo de su carácter instrumental para la realización humana– la selección o determinación de sus gobernantes.

El poder pertenece a la colectividad, ámbito en el que encuentra su fundamento. El gobernante lo recibe condicionadamente y por delegación consensuada.

Ahora bien, el poder político tiene la obligación de la verificación práctica de los objetivos que legitiman su constitución, amén de que la voluntad de mando debe desarrollarse con sujeción a la voluntad general contenida en las leyes: en el entendido de que la ley es la ex-

presión de la voluntad general –pues es establecida a través de los representantes de la propia colectividad–, el gobernante tiene como valladar de mando el respeto de esa voluntad. Por ello, quien tenga la calidad de gobernante se encuentra obligado a actuar dentro de las limitaciones legales impuestas por la sociedad vía la ley, como condición inexcusable para exigir la obediencia del pueblo.

Con la doctrina de la voluntad social se plasma la idea de un poder político limitado por el derecho, una de las grandes conquistas consagradas por las revoluciones liberales del siglo XVIII (Francia, Estados Unidos, Inglaterra).

Entre los principales representantes de esta doctrina destacan Hobbes, Rousseau y Locke.

El escritor inglés Thomas Hobbes (1558-1634) en su libro *El Leviathan* expone lo siguiente:

“Una multitud constituye una sola persona cuando está representada por un solo hombre; a condición de que sea con el consentimiento de cada uno en particular de quienes la componen”.

El escritor francés Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) [*El contrato social*. México: Taurus Ediciones, 1966], en su libro *El contrato social*, planteó lo siguiente:

“Ya que por naturaleza nadie tiene autoridad sobre sus semejantes y que la fuerza no produce ningún derecho, solo quedan las convenciones por base de toda autoridad legítima entre los hombres [...] en el ánimo de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y bienes de cada uno de los asociados, pero de modo que cada uno de estos, uniéndose a todos, solo obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes”.

El escritor inglés John Locke (1632-1704) [Citado por Walter Theimer. ob. cit.], en su obra *Consideraciones sobre el gobierno civil*, manifestó lo siguiente:

“Siendo los hombres naturalmente libres, iguales e independientes, ninguno puede ser sacado de este estado y sometido al poder político de otro sin su propio consentimiento, por lo cual puede él convenir juntarse y unirse en sociedad para su conservación; para su seguridad mutua; para la tranquilidad de su vida; para gozar pacíficamente de lo que le pertenece en propiedad y para estar más al abrigo de los intentos de quienes pretendiesen perjudicarles y hacerles daño”.

2.4.- Las características del poder

El poder estatal presenta las tres características siguientes: la omniinclusividad, la coercitividad y la soberanía.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *La omniinclusividad*

El poder estatal es *omniinclusivo* en razón a que abarca y alcanza a todos los grupos sociales asentados dentro de su territorio. Ninguna otra organización presenta tal capacidad de decisión y mando sobre los comportamientos sociales.

b) *La coercitividad*

El poder estatal es *coercitivo* en razón a que las órdenes que dicta son exigibles por la fuerza. En ese sentido el Estado guarda para sí el monopolio del uso de la fuerza organizada e institucional, en caso de ocurrir resistencia o desacatamiento.

c) *La soberanía*

El poder estatal es *soberano* en relación con los demás entes instalados al interior de su territorio, en razón a que su voluntad es suprema, exclusiva, irresistible y esencial. Como tal, no admite a ninguna otra, ni por encima ni en concurrencia con ella. La potestad de mando del Estado no puede ser contestada ni igualada por ningún otro poder al interior de la comunidad política.

Ello expresa una capacidad privativa de tomar decisiones que tienen como destinatarios las personas y entes que actúan en el ámbito de su territorio; así como enfatiza el atributo formal de su independencia e igualdad jurídica ante sus homólogos.

Como bien afirma Frederic Hinsley [*El concepto de soberanía*. Lima: Labor, 1972], “la idea de soberanía supone la existencia de una autoridad política fiel y absoluta dentro del Estado”.

2.4.1.- Los alcances de la soberanía

Dicha noción alude a una cualidad o propiedad central del poder estatal que lo convierte en titular de las funciones legislativas, ejecutivas, judiciales y de control.

Ahora bien, para hacer referencia de la soberanía es menester que

exista un poder político, pero para que este realmente exista se requiere de la presencia del Estado.

Es por eso que carece de sentido hablar de dicho concepto sin que exista un Estado con ejercicio pleno de su poder, así como es inoperante hablar de una soberanía que se ejerza más allá del territorio del Estado. En resumen, ni antes ni fuera del Estado existe poder susceptible de ser caracterizado con la propiedad de ser soberano.

Correspondió a Jean Bodin [Citado por Jean Touchard. ob. cit.] el mérito de haber señalado en su obra *Los seis libros de la República* (1576) que la soberanía era la calidad suprema del poder estatal, antiguamente llamada "voluntad del príncipe". Ella hace que el Estado sea aquella organización que dispone de un poder propio, supremo o irresistible que se impone en sus decisiones sin depender de ningún otro, por su fuerza innata y con superioridad sobre los demás poderes existentes en su entorno jurídico-político.

La palabra soberanía deriva del latín *superanus* y fue utilizada por Jean Bodin en 1576 bajo la concepción de una potestad absoluta y perpetua que se ejerce sin restricciones legales, más sujeta a ciertos límites éticos que apuntan a cumplir la palabra empeñada; a saber: la ley divina, las leyes naturales, las leyes fundamentales del reino, los tratados internacionales y los contratos suscritos con los súbditos.

El citado la percibía como una energía política supra encarnada en el rey y que operaba sobre los súbditos y vasallos.

Es evidente que la noción de soberanía comienza a elaborarse en la época en que los estados europeos (XVI), se esforzaban por emanciparse de la tutela política del papado y de los emperadores. Jorge Sarmiento García [ob. cit.] consigna que se trataba de afirmar el poder del rey frente a la Iglesia, al Sacro Imperio Romano Germánico, los grandes señores feudales y las corporaciones de artesanos.

El propio Jean Bodin señala como actos propios de la soberanía los ocho siguientes:

- El atributo de legislar.
- El atributo de decidir sobre la guerra y la paz.
- El atributo de designar a los altos funcionarios.
- El atributo supremo de administrar justicia.

- El atributo de exigir a los súbditos fidelidad y obediencia.
- El atributo de ejercer el derecho de gracia.
- El atributo de acuñar monedas.
- El atributo de recaudar impuestos.

Darío Herrera Paulsen [*Curso de derecho constitucional*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1970] –citando a Le Fur– indica que “la soberanía no le pertenece al poder estatal, sino que es intrínseca a dicho poder, de la misma manera que la blancura no pertenece al objeto blanco, sino que este lo realiza o concreta”.

El poder estatal al presentar la cualidad de soberano agrega a su potestad de mando, las cinco connotaciones siguientes: la incontrastabilidad, la incondicionalidad, la juridicidad, la irrenunciabilidad y la supremacía.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *La incontrastabilidad*

Los mandatos del poder estatal no pueden ser confrontados; vale decir, no cabe que se les oponga resistencia u obstáculo de tal vigor que impida la realización de lo ordenado.

b) *La incondicionalidad*

El contenido de las decisiones del poder estatal no puede serle predeterminado o previamente impuesto por terceros.

c) *La juridicidad*

Los mandatos del poder estatal no representan simples actos de compulsión material, sino que son consecuencia de una decisión coherente y coordinada con una idea de derecho; así pues, la juridicidad es una capacidad otorgada al Estado para el cumplimiento de sus fines.

d) *La irrenunciabilidad*

La titularidad de mando del poder estatal no se puede transferir o enajenar hacia terceros, porque su reconocimiento es inexorable y vital para la existencia del Estado.

e) *La supremacía*

El poder estatal se encuentra por encima del resto de los poderes existentes en el Estado, se centraliza y se superpone sobre estos, los cuales quedan relegados, sometidos, absorbidos, subordinados, etc. Esta “supremacía” asegura la existencia y unidad del Estado.

La soberanía conlleva a ser entendida como la potestad político-jurídica que permite decidir libremente sobre los asuntos internos y externos de un Estado.

Germán Bidart Campos [*Derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1968] señala que la única definición admisible sobre la soberanía es aquella que inexorablemente se ofrece por negación:

“Se trata de una cualidad del poder que lo hace no dependiente ni subordinado, y que garantiza la existencia y supremacía del Estado”.

Como cualidad objetiva del poder estatal –pues no es un atributo personal del gobernante–, en modo alguno puede ser susceptible de gradación o parcelación; así, no existe un Estado más o menos soberano, como tampoco se puede concebir un Estado con soberanía absoluta o relativa. En otras palabras: *la soberanía existe o no existe*.

El Estado, por ejercer un mando soberano, se encuentra en condición supraordinadora respecto de los demás poderes en lo interno; por ende, es el más “vigoroso” en el ámbito de su competencia espacial y personal. En lo relativo a sus relaciones externas –orden internacional– goza de los atributos jurídicos de la libertad e isonomía.

Manuel Quigne [“Las partes del Estado”. En: *Estado, Sociedad y Derecho*, N° 1. Lima: UPSMP, 1991] sostiene que en lo *interno* el Estado manda sobre todos aquellos que componen su población, y en lo *externo* representa a sus miembros y comparece por ellos en sus relaciones y compromisos con otros estados.

Los condicionamientos que pudieran provenir del iusnaturalismo o de los valores éticos no se incluyen en su esfera, porque, en verdad, ellos representan limitaciones suprapositivas.

A tenor de todo lo parcialmente reseñado es admisible establecer una clasificación de la soberanía en interna o externa y en soberanía político-territorial y político-económica.

Al respecto, veamos lo siguiente:

- a) La soberanía interna o autonomía consiste en el atributo político-jurídico que permite al cuerpo político escoger a discrecionalidad su forma de intraorganización estadual; su sistema y régimen de gobierno; así como la dación y aplicación de las normas de convivencia dentro de su territorio. En cambio la soberanía externa o independencia hace referencia a la determinación discrecional acerca de sus relaciones internacionales y de su política exterior.
- b) La soberanía político-territorial consiste en el ejercicio del poder pleno, exclusivo y excluyente del que dispone un Estado sobre el territorio, pueblo y bienes materiales e inmateriales que se encuentran dentro de sus fronteras.

Dicha soberanía se caracteriza por su *plenitud* ya que no admite limitaciones en sus atribuciones político-jurídicas, ni acepta la copresencia de otro poder político; amén de su inviolabilidad, ya que no consiente la tangibilidad de su territorio, salvo propia decisión.

Ahora bien, aún cuando dentro de la soberanía político territorial se encuentran virtualmente comprendidos los aspectos de naturaleza económica, como consecuencia del desarrollo tecnológico, la preocupación creciente por el medio ambiente y la lucha por el progreso, se alude a la soberanía económica como aquel atributo de decidir sobre el destino y explotación de los recursos naturales y la realización de las actividades económicas.

Así, el Estado tiene plena potestad para reglamentar y ejercer autoridad sobre la posesión, uso y disposición sobre los recursos naturales; así como sobre las inversiones extranjeras.

2.4.2.- La distinción entre soberanía y poder constituyente

El poder constituyente originario es aquella voluntad de mando que toma la decisión de organizar y constituir políticamente al Estado. Es anterior a la existencia jurídica del cuerpo político, porque es quien le da legitimación y organización.

La *soberanía estatal*, en cambio, es una cualidad del *poder constituido*, es decir, aparece una vez que ya existe Estado.

La capacidad de decisión originaria que tiene la comunidad para promover su propia organización política -cuyo mandato no deriva de ningún otro poder, ni se ejerce por delegación o comisión- es ex-

clusiva (y excluyente) del poder constituyente, en un momento histórico en donde “jurídicamente” no existe Estado.

Es constitucionalmente objetivable que antes de la creación o recreación *ex novo* de un Estado carece de sentido aludir al concepto de soberanía estatal, dado que aún no existe para el derecho poder alguno que tenga la connotación de estatal ni susceptible de ser calificado de soberano.

2.4.3.- La soberanía, el dominio y la jurisdicción

En doctrina se señala que las potestades del Estado en relación con el territorio son las tres siguientes: la soberanía, el dominio y la jurisdicción.

La expresión dominio proviene del latín *dominium*, que significa “propiedad”. Así, el dominio implica en el ámbito del derecho público, el conjunto de bienes muebles, inmuebles y derechos patrimoniales que se hallan a disposición del Estado, con el objeto de asegurar directa o indirectamente el cumplimiento de los fines para los cuales se ha creado el cuerpo político. Es obvio que el territorio se encuentra bajo el dominio del Estado.

Este dominio es *eminente*; es decir, que conlleva la potestad de emplear el territorio y los bienes contenidos en este, para los fines que la Constitución le ha asignado al cuerpo político.

Por otra parte, la expresión jurisdicción proviene de las voces latinas *ius* y *dicere*, que juntas significan “aplicar o declarar el derecho”. Así, la jurisdicción implica –en el ámbito del derecho público– el atributo de la aplicación de las leyes del Estado sobre las personas y bienes ubicados dentro de su territorio.

En lo que respecta a la soberanía, ella alude al poder exclusivo y excluyente que ejerce un Estado dentro de su territorio. Como declara Juan Antonio Carrillo Salcedo [*Curso de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 1974], es “el conjunto de competencias y derechos del cual cada Estado [...] es titular”.

Desde nuestro punto de vista, la soberanía deviene en un concepto genérico, a diferencia de dominio y jurisdicción, que serían conceptos específicos dentro de aquel.

2.4.4.- La soberanía, la globalización y la noción de supranacionalidad

La globalización puede ser definida como la manifestación dinámica de los flujos de intercambio internacional de los procesos tecnológicos, ideológico-culturales, económicos y políticos.

Jorge Romero-Pérez [“Soberanía y globalización de las constituciones”. En: *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009] sostiene que se trata de un proceso que implica el acceso a las nuevas técnicas en la informática, comunicaciones, industria; la homogenización de los modelos de convivencia; la promoción de la integración regional; la actividad de las corporaciones empresariales en mercados cada vez más abiertos.

Gattas Abugattás [“Globalización y derecho constitucional”. En: *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009] señala que dicho concepto alude a la unión del mundo, en razón a que lo que acontece en un extremo del globo terráqueo depende y repercute en el otro, “por la rápida comunicación permitida por la tecnología. Así, la globalización, como proceso genera un fenómeno de interdependencia planetaria”.

En ese contexto se hace notoria la relación entre el Estado y las organizaciones internacionales.

Al respecto, José Manuel Sobrino Heredia [“El derecho de integración. Marco conceptual y experiencia en la unión Europea”. En: *Integración y Supranacionalidad*. Lima: Comunidad Andina, 2001], sostiene que uno de los rasgos más sobresalientes del mundo contemporáneo es la presencia y proliferación de las organizaciones internacionales, esto es de mecanismos institucionalizados de cooperación libre y permanente que dan vida a unos sujetos independientes dotados de voluntad propia destinados a alcanzar específicos objetivos colectivos.

Los organismos internacionales han logrado ocupar, progresivamente, un lugar significativo en la vida internacional. En ese contexto, si bien ello no ha significado el desplazamiento del Estado-Nación, que continúa siendo la espina dorsal de la sociedad internacional, sin embargo, si ha abierto fisuras en el monopolio que este ejercía en materia de subjetividad internacional y, por ende, cuestionar el dogma

de la soberanía clásica del Estado.

Al respecto, tal como lo plantea José Pastor Ridruejo [*Curso de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 1986] denomínese como tales a aquellos entes que reúnen las seis características siguientes:

a) *Carácter interestatal*

Su organización y fines se vinculan con las relaciones externas entre dos o más estados.

b) *Establecimiento voluntario*

Su gestación es la consecuencia de actos soberanos de los estados que libre y espontáneamente conciertan y acuerdan su constitución.

c) *Organización permanente*

Su estructuración se fija para tener una actividad ininterrumpida en el tiempo, ya sea a plazo determinado o indeterminado.

d) *Voluntad autónoma*

Las decisiones que adoptan son jurídicamente distintas a los estados miembros.

e) *Competencia propia*

Las tareas, actividades y acciones que realizan son distintas a las que desempeñan los estados miembros.

f) *Finalidad cooperativa*

Las razones y móviles de su creación radican en la conjunción de esfuerzos solidarios para la satisfacción eficiente y eficaz de intereses comunes.

Las organizaciones internacionales pueden ser clasificadas de la manera siguiente: en función al criterio de participación, en función al criterio de la materia y en función al criterio metodológico.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *En función al criterio de participación se distinguen en universales y restringidas*

Las organizaciones internacionales universales son aquellas que abarcan o intentan abarcar a todos los estados. Aquí opera el princi-

pio de inclusión. Tal el caso de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Las organizaciones internacionales restringidas plantean la asociación de un número limitado y cerrado de estados miembros. Aquí opera el principio de exclusión. Tal el caso del extinto Consejo para la Ayuda Económica Mutua (COMECOM) que comprendía únicamente a los estados de filiación marxista-leninista

b) En función al criterio de la materia se distinguen en organizaciones con competencia general y con competencia especial

Las organizaciones con competencia general son aquellas en donde el tratado constitutivo prevé la asociación en todos aquellos aspectos que pudieren ser útiles y oportunos para los intereses de los estados adscritos a esta. Por tanto, parte de la aspiración a la no limitación. Tal el caso de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Las organizaciones internacionales con competencia restringida son aquellas en donde la asociación exprofesamente se dirige a la obtención de objetivos claramente definidos. Tal el caso del Laboratorio Europeo para la Física de Partículas (CERN).

c) En función al criterio metodológico se distinguen en organizaciones de coordinación, control, operacionales y de integración

Las organizaciones internacionales de coordinación se proponen orientar y armonizar el comportamiento de los estados miembros mediante la difusión de informes, la realización de estudios, la elaboración de informes, etc. Tal el caso de la Organización Meteorológica Mundial (OMM).

Las organizaciones de control son aquellas que se dirigen a velar por la observancia de lo establecido en un tratado. Tal el caso del Organismo para la Proscripción de Armas Nucleares en América Latina (OPANAL) creado por el Tratado de Tlatelolco, México 1967.

Las organizaciones operacionales son aquellas que *per se* actúan ejecutivamente en el ámbito internacional. Tal el caso del Banco Mundial (BM).

Las organizaciones internacionales integracionistas son aquellas que reciben por transferencia competencias tradicionalmente ejecutadas por los estados miembros.

Cabe señalar que a diferencia de los estados cuya competencia es general o plena *in abstracto* y, que, por ende, sus limitaciones no se presumen, las organizaciones internacionales de integración tienen las denominadas *competencias de atribución*.

A estas se les reconoce como nuevos sujetos internacionales poseedores de una existencia jurídica propia, y, por tal, distinta del conjunto de los estados que lo componen.

En efecto, a diferencia de los estados –sujetos originarios y soberanos– que poseen una personalidad plena y general, la referida a los entes de integración está limitada por el principio de especialidad que inspira todo su régimen jurídico; es decir, está parametrada por los objetivos y funciones que le son confiados a través de los tratados constitutivos y por el desarrollo de la praxis institucional.

Las organizaciones internacionales integracionistas, han surgido como consecuencia de una multiplicidad de factores históricos, políticos y económicos; entre los cuales pueden mencionarse los cuatro siguientes:

- a) La otrora existencia de una cierta identidad común, que por razones políticas internas o externas derivaron en una cierta diáspora estatalista.
- b) La afirmación de una ideología promotora de la concertación común en pro de alcanzar objetivos igualmente uniformes.
- c) La necesidad de cancelar experiencias regionales en donde primó un nacionalismo extremo que derivó en conflagraciones bélicas.
- d) La declinación de las economías nacionales.

En relación al modelo más avanzado, que es el de la Unión Europea, cabe señalar que este se avizoró embrionariamente con la idea lanzada por Winston Churchill sobre una Europa Unida, y se inicia el 9 de mayo de 1950 con la famosa e histórica Declaración Schuman, en la cual el entonces ministro de Relaciones Exteriores francés Robert Schuman, anunciaba la propuesta hecha a Alemania de crear una comunidad europea del carbón y del acero, así como dejaban abierta la participación de los demás países de dicho continente. Esta organización se instituirá formalmente el 18 de abril de 1951, introduciendo en el lenguaje jurídico el concepto de la supranacionalidad.

La expresión supranacionalidad surgió primero en la legislación y después en la doctrina. Ello sirvió para definir el carácter independiente de las instituciones comunitarias.

Milton H. Cairolí Martínez [“Derecho constitucional y procesos de integración”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer, Steflung A.C., 2003] expone que “son comunidades creadas por el Derecho y a su vez generadoras de Derecho, son comunidades unidas por el Derecho [...]”.

La característica esencial de la supranacionalidad es la amalgama de elementos estatales e internacionales.

Ahora bien, no son desdeñables las experiencias fallidas de la Corte de Justicia Centroamericana (Cartago, Costa Rica, 1907), en donde se reconoció el derecho de los ciudadanos centroamericanos a recurrir a dicha instancia en procura de reivindicación jurídica; así como de los Tribunales Arbitrales creados por el Tratado de Versalles (París, 1919) y el de la Alta Silesia creado por la Convención Germano-Polaca de 1922.

Es dable consignar que en el caso de la Corte de Justicia Centroamericana, con acierto Jorge Antonio Giammattei Avilés [“La Corte Centroamericana de Justicia como Tribunal Constitucional de la Comunidad Centroamericana”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer, Steflung A.C., 2003] expone que no es la forma como se organizó o los procedimientos empleados para resolver disputas lo que constituyen su nota saltante, sino “el hecho de haberse constituido en el primer organismo judicial internacional, permanente y obligatorio en el que los particulares pudieren plantear demandas contra los estados, lo que se constituye ya se gloria”. Durante su existencia de diez años (1907-1917) resolvió seis procesos de particulares contra una unidad estadual y tres entre gobiernos.

Al respecto, Robert Schuman [Citado por Isaac Guy. *Manual de derecho comunitario general*. Barcelona: Ariel, 1991] define dicha expresión de la manera siguiente:

“Lo supranacional se sitúa a distancia entre el individualismo internacional [...] que considera intangible la soberanía nacional y no acepta como limitación de la misma mas que las obligaciones contractuales ocasionales y revocables, y [...] el federalismo de Estado que se subordi-

na a un super Estado dotado de una soberanía territorial propia. La institución supranacional no posee las características de un Estado, pero detenta y ejerce ciertos poderes soberanos”.

Cabe advertir que en 1957, a través del Tratado de la CECA, se crea la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea del Acero y del Carbón.

Mediante dicho tratado se estableció un mercado común del carbón y el acceso que generó la supresión de los derechos de aduana y de restricciones administrativas a la libre circulación de dichos productos. Para tal efecto, la Comunidad fue dotada con competencias propias y análogas a las de un Estado, con un marco jurídico y un tribunal de justicia.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que el ente integracionista tiene funciones propias; las cuales por consiguiente, no ejerce a título de delegación por cuenta de los estados miembros.

El adecuado desarrollo de este fenómeno paralelo de atribución de competencias y de auto-desposeimiento de poderes soberanos, descansa en que los sistemas constitucionales de los estados miembros lo permitan.

La supranacionalidad nace, pues, en virtud de la transferencia de atribuciones de competencias de los estados miembros a entes integracionistas, cuyas instituciones pasan a ejercer efectivamente las competencias soberanas que les han sido cedidas.

En ese sentido, lo que caracteriza a dichos entes es que sus estados miembros han delegado el ejercicio de competencias y no solo a aquellas que son relativas a concretas materias técnicas –como ocurre en la generalidad de las organizaciones internacionales–, sino también, y, esto es lo novedoso, respecto a funciones que corresponden al ámbito esencial de la propia existencia en tanto Estado.

Debe advertirse que en relación a las competencias del ente integrador ellas son la resultante de un acto soberano de cesión libre y voluntaria, formalizada a través de la suscripción de un tratado constitutivo. A partir de allí los estados miembros no pueden invocar posteriormente sus propias constituciones para sustraerse a las obligaciones derivadas del tratado de integración.

En relación a lo expuesto resulta impropio referirse a la soberanía

en términos idénticos a los que prevalecieron hasta antes de la primera mitad del siglo XX. Dicho concepto como muchas de las categorías del pensamiento, ha variado en el transcurso del tiempo, del mismo modo en que las posibilidades de la vida económica y social se han ampliado. Por ello, la cesión de transferencia debe considerarse no como una restricción o fraccionamiento de la soberanía, sino como un nuevo modo del cumplimiento de los fines que legitiman la constitución y existencia de las comunidades políticas.

Al respecto, como bien afirma Calogiro Pizzolo [“Constitución nacional y procesos de integración regional. El desarrollo del problema de la soberanía”. En: *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009] el Estado expone la titularidad de las competencias de legislación, impartición de justicia, etc., mas por propia conveniencia puede ceder el ejercicio de las mismas a un organismo supranacional.

Por dicha calidad tiene potestad para limitar o no limitar su desenvolvimiento funcional.

El propio expone que como titular de la soberanía, el Estado goza de dos atributos, a saber:

- a) El *jus legationem* o capacidad para decidir libremente acerca de su adscripción o no adscripción a un ente supranacional.
- b) El *jus tratatium* o capacidad para crear en concierto con otros homólogos las normas que regulan a dichos entes supranacionales.

Esta cesión no indica renuncia a dichas competencias, ya que en puridad las ejerce a través de terceros; y en todo caso retiene la potestad de determinar su posterior apartamiento del ente supranacional.

La noción clásica de soberanía es incompatible con la de un orden jurídico regional o planetario y, por eso mismo, como bien refiere Milton H. Cairolí Martínez [ob. cit.] “inconciliable con cualquier atisbo de integración [...]”.

La supranacionalidad no conlleva a que el Estado quede subordinado o sometido a un poder ajeno, sino que se integra a un sistema jurídico obra de la libre anuencia y coordinación entre todas las sociedades estatales pertenecientes a un ente comunitario.

El ente comunitario no es en puridad soberano, ya que depende de la voluntad de los estados que lo conforman.

Como bien afirma Edgard Camacho Omiste [“El marco constitucional y el principio de supranacionalidad”. En: *Integración y supranacionalidad*. Lima: Comunidad Andina, 2001]:

“Ningún Estado ingresa a tales procesos [...] con el propósito de perder soberanía o debilitarse, sino para ganarla y fortalecerse”.

La cesión de competencias es la expresión de autodeterminación política estadual de la autolimitación. Así, cada Estado en ejercicio pleno de su soberanía se aviene a aceptar como “suya” las decisiones de los órganos de integración y retiene para sí lo esencial de su poder soberano.

2.5.- El papel institucional del poder

En términos globales, el poder estatal es un mero instrumento al servicio de una idea de derecho. Este papel se resume en los tres conceptos siguientes: la unidad, la dirección y la especialización.

Desde esta perspectiva, debe recordarse que la especie humana –sociable por naturaleza– estima y necesita de todo aquello que le asegure cohesión; el ejercicio del poder es una herramienta indispensable para la consecución de dicho propósito.

El ejercicio del poder consiste en coordinar la acción de los miembros del Estado y de protegerlos de sus propias fuerzas de disposición; busca mantenerlos unidos, cohesionados, organizados y con vocación y ánimo para alcanzar metas u objetivos previamente determinados y para su plural provecho; contribuye decisivamente a evitar el caos social y a condicionar los comportamientos a efectos que no contravengan las bases fundamentales de la vida comunitaria.

Por otro lado, cuando Santo Tomás de Aquino [ob. cit.] afirma que “es natural al hombre la vida en sociedad y en acción con sus semejantes, pues si solo no puede conseguir lo que necesita, es necesario que exista entre ellos alguien que los gobierne. En efecto, no ocupándose cada uno más que de su propio interés, la sociedad se disgregaría si no hubiera alguien a quien le incumbiese el cuidado del bien común”; conceptualmente coincide en que las sociedades humanas tienen que aceptar la irremediable necesidad de que alguien mande, es decir, de que haya gobernantes.

La realidad sociológica nos advierte no solo por explicación lógica, sino por comprobación empírica, de la existencia de gobernantes

y gobernados, de la distinción entre mandar y obedecer.

El ejercicio del poder estatal contribuye a colocar límites éticos a la libertad de los hombres como consecuencia de una exigencia del derecho, para asegurar la unidad social en torno a la realización del bien común. La razón primordial del poder es proporcionar dirección y asegurar la unidad de la acción comunitaria en las áreas de los comunes propósitos coexistentiales. Así, el poder permite promover y asegurar el bien común mediante el establecimiento y la conservación de un orden y una organización sin los cuales el bien y la felicidad consuna de los miembros de una comunidad no podría ser garantizada: el poder del Estado constituye el ejercicio del gobierno con arreglo a derecho, que permite la armonización de las necesidades individuales con las aspiraciones sociales.

Por otra parte, se supone que quien ejerce el poder cuenta con cierto grado de especialización; ello porque aunque el gobierno interesa a todos los miembros de la sociedad política, es menester que exista un grupo de hombres consagrados exclusivamente a la tarea de conducción, a fin de realizarla de una manera continua y con la mayor aptitud y competencia posibles.

Como bien afirma Germán Bidart Campos [ob. cit.]:

“El gobierno es siempre minoritario y no puede haber identidad de gobernantes y gobernados, porque gobernar no es una tarea accesible a la multitud, ni por la mayoría. Quienes doctrinariamente postulan esa afirmación acuden a ficciones –por ejemplo la representación– para salvar la teoría frente a una realidad diferente”.

La ordenación del poder, con todo lo implicado en él –origen, funciones, distribución de competencias, etc.–, interesa no solo a quienes lo detentan o son sus titulares, sino fundamentalmente a los gobernados, los cuales deben plantearse sucesivamente estas preguntas: ¿quién manda?, ¿cómo manda?, ¿para qué manda? Esta tríada es capital porque incumbe a la titularidad y al papel instrumental del poder.

2.6.- Las formas de manifestación del poder

La doctrina entiende que el ejercicio efectivo del poder político emana de alguna de las cuatro expresiones formales siguientes: el carisma, la legalidad, la legitimidad y la influencia. En la praxis es acre-

ditable que el gobernante puede contar simultáneamente con varias de estas expresiones formales.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) El carisma

Es la capacidad de mando sustentada en la atracción personal que fluye del gobernante. Implica en este una personalidad dotada de atributos naturales y/o cultivados que le permiten conseguir acatamiento espontáneo.

Andrés Serra Rojas [*Diccionario de ciencia política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998] considera que se trata de “una cualidad que pasa por extraordinaria y que un grupo de personas atribuye a una personalidad”. Señala adicionalmente que es una manifestación del poder que “aglutina de manera sólida porque opera sobre el sentimiento antes que sobre la razón”.

La personificación del carisma se apoya en un mérito extraordinario, el genio, la gracia o el don espiritual. Se encuentra casi siempre presente en los procesos políticos de masas; su capacidad de dominio se gesta en la confianza y fidelidad hacia el ejerciente del poder.

b) La legalidad

Es la capacidad de mando sustentada en la preexistencia de normas jurídicas –escritas o consuetudinarias– que otorgan la facultad de hacerse obedecer por imperio de la ley. En realidad ningún ejercicio del poder político se encuentra *per se* vinculado al que lo desempeña, este no es más que depositario de ese poder.

Las formas legales aceptadas como fuentes del mando son la tradición, la elección o la designación.

La *tradición* consiste en la formación de la legalidad por la transmisión oral –durante largo tiempo– de un hábito político socializado relativo a la ascensión al mando de una comunidad política. Se puede reconocer en este hábito la preponderancia del factor de consanguinidad en una rama dinástica gobernante.

El derecho de heredar el mando expresa el reconocimiento del carácter “superior” del titular del poder, calidad que le permite constituir una dinastía en la cual la sucesión se justifica en la continuidad de determinados elementos que le han dado fundamento (es el caso

de la primogenitura al interior de una dinastía). Así, por ejemplo, la tradición opera en los estados con monarquías constitucionales: es el caso de la dinastía Borbón en España, la dinastía Grimaldi en Mónaco, la dinastía Windsor en Inglaterra, etc.

La *elección* o la *designación* aluden a la formación de la legalidad como consecuencia de la previa consulta popular.

La elección es propia de los estados con forma de gobierno presidencial; en tanto que la designación es recurrente en los casos de estados con forma de gobierno parlamentario, directorial, de asamblea, etc. En el primer caso la titularidad del poder se produce de manera inmediata; en el segundo se gesta de manera mediata. (Se profundizará en el tema al momento de estudiar las formas de gobierno).

c) *La legitimidad*

Es la capacidad de mando sustentada en la adhesión de la colectividad a quien ejerce la titularidad del poder, cuando este formalmente no cumple con los requisitos para acceder o mantenerse en ese ejercicio. En este caso el poder se desempeña al margen del principio de legalidad, pero, en cambio, se verifica una vocación de la sociedad de acatar dicho mando en razón de existir una empatía ideológica y programática entre gobernantes y gobernados.

Esta empatía es explicable porque el poder no es un simple hecho material, sino que está vinculado íntimamente a las ideas, convicciones y representaciones colectivas. Los hombres obedecen en función de algún valor comúnmente aceptado, con prescindencia, muchas veces, de que exista en armonía o disonancia con el criterio de la legalidad.

La legitimidad aparece de la calificación de lo conveniente y adecuado según lo perciben los gobernados.

Ello se produce de la interconexión de la energía y competencia de quien manda y el mundo de las ideas y convicciones de quienes obedecen, así como de la expectativa o acreditación de los resultados del ejercicio del poder político.

d) *La influencia*

Es la capacidad de mando sustentada en el predominio espiritual, fuerza moral o psicológica que opera sobre el ánimo de las personas.

Se sustenta en un ascendiente psicológico y subjetivo que se impone sobre la conciencia de los seres humanos y que puede basarse en factores como el talento, la laboriosidad, la experiencia, el conocimiento especializado, la conducta virtuosa, etc. Un ejemplo claro de ejercicio del poder por influencia lo tenemos en el caso del Mahatma Gandhi (1869-1948) en la India.

Pero también se presentan situaciones de influencia sobre el propio gobernante. Esta capacidad de mando “en la sombra” obedece a razones tan disímiles como vínculos consanguíneos, relaciones afectivas, conocimiento de algún secreto, etc. Cabe citar al respecto los casos de Rasputín y la marquesa de Pompadour.

Gregorio Ifimovich, Rasputín (1871-1916), fue un aventurero y monje ruso que, con su influencia sobre la familia real y la casi totalidad de la corte imperial de Nicolás II, contribuyó a la final disgregación de esta. Por su parte, Antoinette Poisson, marquesa de Pompadour (1721-1764), favorita del rey de Francia Luis XV, también ejerció gran influencia en los asuntos de Estado.

2.7.- El poder y la arbitrariedad

La arbitrariedad alude a mandatos antijurídicos emanados, con carácter de inexorables e inapelables, de quien ejerce el poder político. Implica una extralimitación del poder; es cualquier acto violatorio del ordenamiento estatal por parte de quien dispone de autoridad.

Lo antijurídico es, en principio, lo opuesto al derecho; implica un juicio fáctico por medio del cual se compara un hecho y una norma legal para ver la contradicción existente entre ambos. Así pues, se refiere a una relación de colisión o antítesis.

La arbitrariedad, en este contexto, no tiene que ver con una apreciación valorativa del contenido de una norma, sino con algo que denota un mandato ajeno y contrario a esta. La calificación de arbitrariedad no se refiere al acierto o desacierto, a lo equitativo o desproporcionado, a la justicia o a la injusticia de un precepto, sino a su característica de mandato reñido con la Constitución o la ley.

Su significado no es sinónimo de injusticia -calificación que constituye un juicio de valor sobre lo que una norma dispone- sino que expresa la característica de un mandato formalmente negador de lo legal.

La arbitrariedad presenta las tres características siguientes:

- a) Rebasa toda regulación normativa.
- b) Proviene de una autoridad máxima (por lo cual no es susceptible de reparación).
- c) Expresa una determinación personal y subjetiva.

Un caso claro de deslinde en torno a lo que hemos comentado es el ejemplo que postula Luis Recaséns Siches [*Tratado general de filosofía*. México: Porrúa, 1981]:

“Arnold, molinero en Potsdam, poseía un predio en la parte baja de un fundo vecino. El propietario de este, por móviles de enemistad y sin ningún beneficio para sí, desvió la corriente de agua de manera que esta ya no entrase en la finca del molinero. Este demandó a su vecino por tal hecho, más no estando previsto el abuso del derecho en las normas vigentes a la sazón en Prusia, el juez desestimó su demanda. El pobre molinero acudió en apelación ante el Tribunal Superior, el que confirmó la sentencia recurrida. Como este asunto era vital, recurrió al monarca Federico II, quien consideró injusta dicha resolución; por tal motivo la revocó, ordenando además un año de arresto contra los magistrados que la dictaron. No cabe duda de que la orden dada por Federico II tenía un contenido más justo que las sentencias de los jueces. Sin embargo era arbitraria, porque si bien a fuerza de monarca absoluto tenía facultades para abrogar una ley y dictar otra en su lugar, en cambio lo que no podía hacer jurídicamente era violar una norma vigente –que no derogó– y aplicar a un caso singular, su antojo, por muy justa que fuese en dicha situación concreta, y todavía menos sancionar a los magistrados que habían cumplido fielmente con lo que era derecho vigente”.

La arbitrariedad consiste, pues, en que el poder público, con un mero acto de fuerza salta por encima de lo que dispone una norma para un caso concreto. En cambio, el mandato jurídico es el fundado en normas o criterios objetivos, que tiene validez para todos los casos iguales que se presenten. Es característico del derecho el constituir una ordenación regular, inviolable y estable, que ata por igual al súbdito y al gobernante. Esta característica se ve afectada por la arbitrariedad, pues, como Recaséns Siches expone:

“Si bien en algún caso concreto es posible que el contenido de un mandato arbitrario parezca justo y acertado –y aun más justo que el que se derivaría del derecho vigente–, no obstante hay que reconocer que la

arbitrariedad, tan solo por ser tal, resulta la plaga mayor que pueda sufrir la sociedad. Ello porque aun en el caso de que el mandato arbitrario se guiase por una buena intención, destruiría el elemento esencial de la vida jurídica, cual es la fijeza y la inviolabilidad de las normas; en suma, la seguridad”.

2.8.- La noción de fuerza desnuda

La fuerza desnuda es la acción de mando sustentada única y exclusivamente en la coacción o coerción, donde el temor del hombre se impone sobre su voluntad de libre obediencia. Representa la “pura” dominación.

Se fundamenta en el respaldo de las armas y en la presencia ostensible de violencia o amenaza de violencia institucional.

Se trata de la energía de una voluntad mandante cuyo origen no ha observado las reglas para el ejercicio de la autoridad, habiendo fracturado la situación normal de acceso y/o ejercicio del poder político.

La noción de fuerza desnuda coexiste con el temor y miedo de los ciudadanos o súbditos. En esencia ella no constituye una manifestación del poder político, ya que la mera y exclusiva acción física solo expresa coacción, una expresión cuya naturaleza atenta contra el origen y la finalidad del poder político.

Es notorio que cuando un individuo consigue hacerse obedecer a base única y exclusivamente de la intimidación, lo que está haciendo no es ejercer el poder, sino solo hace patente una demostración de fuerza.

Desde una perspectiva histórica, la fuerza ha sido justificada en sí misma. Así por ejemplo, el sofista griego Calicles [Citado por Luis Recaséns Siches. ob. cit.] llegó a afirmar lo siguiente:

“Son los hombres débiles y la masa los que establecen las leyes para sí mismos, para su propia unidad. Por ello implantan leyes, prodigan alabanzas y censuras, quieren atemorizar a los fuertes, a los más capacitados para tener más. Pero en tanto dicen que es feo o injusto poseer más que los demás, sin embargo la misma naturaleza muestra que no es injusto que el fuerte y superior tenga más que el inferior, y que el capaz ostente primacía sobre el inepto”.

En esa línea de argumentación aparece la respuesta del señor feu-

dal germano Sisfrido a su par Gunther.

Al reto de Sisfrido –quien consideraba la conquista como la *ratio iuris* para la propiedad de la tierra–, Gunther, con asombro, contestó lo siguiente:

“¿Por qué merecería yo que, cediendo a la violencia, tener que perder lo que mi padre ha poseído durante largo tiempo y en gran honor?”.

Ante dicha respuesta, Sisfrido replicó:

“No renunciaré a mi designio de quedarme con tu reino. Yo deseo apropiarme de él; pero si por el contrario con tu valor demuestras que eres el más fuerte, serás el dueño de los bienes que has heredado”.

Si bien la idea del uso de la fuerza para encontrar obediencia en el seno de una comunidad, manifiesta un hecho recurrente, no constituye en modo alguno un fundamento o justificación del ejercicio del poder político. Aceptar como ejercicio del poder político la mera acción de fuerza, implicaría admitir que esta se constituye en fuente de derecho para mandar.

Al respecto, Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) ha sostenido que “mientras que un pueblo –forzado a acatar– hace bien si obedece, empero tan pronto como pueda sacudirse del yugo [...] obra mucho mejor, pues recobra su libertad por el mismo derecho con que se la habían quitado, pues tenía motivos para recuperarla o no tenían ninguno para privarlo de ella”.

No puede aceptarse la tesis del poder desligado del derecho, ya que la acción física, en sí, solo coacciona; por tanto, la existencia de un poder arbitrario y abusivo, que medra la libertad humana, atenta contra su razón y finalidad. El propio Juan Jacobo Rousseau señala con acierto:

“El más fuerte nunca lo es bastante para dominar siempre si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en obligación”.

La mera fuerza coactiva que se impone externamente, jamás alcanza la jerarquía de poder para un hombre; por dicha razón no debe entenderse como tal la “sujeción de un hombre por otro hombre”. Como bien dijera Marco Tulio Cicerón [Citado por Víctor Quintanilla Young y Vilma Cuba de Quintanilla. *Pensamientos y refranes seleccionados y clasificados*. Lima, 1989], “la fuerza es el derecho de las bestias”.

A guisa de reflexión histórica, no deben olvidarse las memorables

palabras de Carlos Mauricio de Talleyrand-Perigord [Citado por Víctor Quintanilla Young y Vilma Cuba de Quintanilla. ob. cit.], el inescrupuloso diplomático francés (períodos del Directorio, Consulado, Imperio y Restauración monárquica), cuando afirmó:

“Se puede hacer todo con una bayoneta, salvo sentarse en ella”.

2.9.- Los objetivos integracionistas y la cesión de competencias

Los objetivos que usualmente persigue alcanzar un ente integrador, y, que, por ende, plantean *prima facie* la cesión voluntaria de competencias de los estados miembros a dicho ente con cargo a hacer “suyas” las decisiones que se adopten, son los cuatro siguientes:

- a) Promover el progreso económico y social. En ese contexto, aparece la búsqueda del pleno empleo y el acceso a un desarrollo equilibrado y sostenible.
- b) Realizar una política exterior de seguridad y defensa común.
- c) Reforzar la protección e intereses de los nacionales de los estados miembros.
- d) Mantener y desarrollar el acervo comunitario.

En función a ello los estados miembros transfieren usualmente la atribución de las cuatro competencias soberanas siguientes:

- a) Cesión de ciertas competencias limitadas por el principio de la especialidad que afecta a materias tradicionalmente reservadas al Estado.
- b) Ejercicio de funciones de carácter ejecutivo, legislativo y judicial.
- c) Capacidad de decisión que incluye la posibilidad de ser genérica, obligatoria y directamente aplicable a cada Estado miembro.
- d) Existencia de una real independencia orgánica respecto de los gobiernos nacionales.

En relación a ello, existen constituciones que tienen cláusulas autoritativas de transferencia de competencias. Tal el caso del artículo 20 de la Constitución de Dinamarca de 1849 modificada en 1915 y 1953 en donde textualmente se afirma:

“Las atribuciones de que estén investidas las autoridades del Reino conforme a la presente Constitución podrán ser delegadas por una ley; en los términos que esta disponga, a determinadas autoridades internacio-

nales creadas en virtud de un convenio adoptado por acuerdo recíproco con otros estados con vistas a promover la conciliación y el orden jurídico internacional [...]”.

En mayor o menor medida, disposiciones similares aparecen en los textos constitucionales de Suecia, Holanda, Bélgica, Grecia, Luxemburgo, Italia y España.

Es igualmente constatable la dinámica supranacional en materia de derechos humanos.

Este proceso guarda relación con la búsqueda de estándares básicos comunes que garanticen una convivencia común con aspectos de jurisdicción con ejercicio colectivo y especialmente con la preservación universal de la dignidad de los seres humanos. En relación con lo último, cabe citar la adhesión estatal a instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), el Convenio de Roma (1950) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1961).

Más aún, han surgido órganos jurisdiccionales supranacionales que operan –por expresa voluntad estatal– como una suerte de segunda instancia “correctora” del deficiente o inexistente sistema de garantías de los derechos a nivel estatal. Tales los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Todo esto se produce como consecuencia de un proceso de “autolimitación” de la jurisdicción generado por los propios estados, siendo importante para tal efecto la utilización de la regla de envío a un ente jurisdiccional de alcance compartido con sus homólogos. Así, cada Estado en ejercicio de su soberanía se aviene a aceptar como “suya” la decisión jurisdiccional de órganos transnacionales, con el objeto de solucionar conflictos de afectación supranacional, y para fortalecer la protección de los derechos humanos.

Esta autoflexibilización de los alcances del concepto de jurisdicción nacional se genera cuando el Estado reconoce constitucionalmente, *per se*, la competencia jurisdiccional de órganos de justicia

transnacional –es el caso del Perú desde la Constitución de 1979–, o cuando suscribe tratados internacionales que lo vinculan con estos entes supranacionales.

2.10.- El aspecto jurídico de la supranacionalidad

La participación de un Estado dentro de un órgano integracionista significa que dentro de su sistema jurídico coexistirán las normas nacionales y las normas de la organización integradora.

Al respecto, Víctor Rico Frontaura [“El derecho de integración en los procesos latinoamericanos: Comunidad Andina”. En: *Integración y supranacionalidad*. Lima: Comunidad Andina, 2001] establece el esquema siguiente:

- a) La norma comunitaria tiene capacidad jurídica para generar derechos y obligaciones que los ciudadanos de cada país pueden exigir sean cumplidas a través de los tribunales nacionales.
- b) Las normas comunitarias tienen preeminencia sobre las del derecho interno.
- c) Los países miembros están obligados a adoptar las medidas que garanticen el cumplimiento de la normatividad integracionista.
- d) Los países miembros deben abstenerse de adoptar cualquier medida que obstaculice la aplicación del ordenamiento integracionista.

Ahora bien, existen situaciones en donde aparecen contradicciones entre la normatividad constitucional y la comunitaria. Tal el caso de Francia en 1992. Ante esta circunstancia el Consejo Constitucional Francés señaló que la autorización para ratificar el Tratado de Maastricht en donde se asentaban los principios para una unificación monetaria y se señalaba el camino para una mayor cooperación política, debía ser precedida de una revisión adaptativa de la Constitución, en razón de existir incompatibilidades preceptivas.

3.- EL TERRITORIO

Esta expresión proviene de la voz latina *terra*, que significa “tierra”.

Dicha noción alude a aquel espacio físico o porción geográfica sobre la cual el Estado ejerce soberanía. Alegóricamente representa su manifestación corpórea.

Al respecto, Georg Jellinek [ob. cit.] señala que:

“La tierra sobre la que se levanta la comunidad Estado significa el espacio en que el poder del Estado puede desarrollar su actividad específica, que es el poder político”.

Es en este sentido jurídico que a la tierra se le denomina *territorio*.

Hildebrando Accioly y Geraldo Do Nascimento e Silva [*Manual de derecho internacional público*. Sao Paulo: Saraiva, 1997] exponen que la simple asociación humana, aún no organizada no constituye un Estado, en tanto no se posee un territorio sobre el cual se ejerza una acción de poder.

El Estado, para que sea tal, debe ocupar una parte de la circunscripción geográfica del globo terráqueo, sobre la cual ejercerá su poder con exclusividad frente a sus homólogos. El territorio es la base geográfica de un cuerpo político soberano comprendido dentro de sus fronteras y en el cual el poder estatal manifiesta su presencia de manera incontrastable. Es decir, un área sobre la cual se asienta el pueblo y en donde el cuerpo político proyecta su soberanía y, por ende, expone su dominio y jurisdicción.

Eduardo Acuña Rozo [*Introducción a las instituciones políticas*. Bogotá: Universidad del Externado, 1978] plantea que en el espacio es donde se forja la relación entre gobernantes y gobernados.

Rodrigo Borja [ob. cit.] señala que el territorio tiene una composición geométrica tridimensional de forma cónica, cuyo vértice señala el centro de la Tierra y cuya base se pierde en la atmósfera o masa de aire. Esta forma cónica tiene largo, ancho y profundidad.

El territorio es un elemento esencial para la existencia del Estado, ya que la organización político-jurídica solo se configura sobre una superficie que une y caracteriza al pueblo, la misma que con el influjo de los factores orográficos, viales, etc., ayuda a forjar el carácter de lo nacional al mezclarse la voluntad humana con el factor físico. Es a aquella conjunción a lo que se refiere Alberto Borea Odría [ob. cit.] cuando manifiesta que la “vinculación de ‘ese’ territorio con un específico grupo humano que habita en él y que se organiza según un centro de poder, es lo que constituye el Estado”.

En la actualidad no existe área geográfica que no sea elemento constitutivo de un Estado, con excepción de la Antártida (ubica-

da en el círculo polar austral); la cual se encuentra excluida de su adscripción a un cuerpo político determinado por el Tratado Antártico de 1959.

3.1.- Las funciones del territorio

Alberto Borea Odría [ob. cit.] señala como funciones del territorio las tres siguientes:

a) Brinda asiento al pueblo

En dicha área geográfica del globo terráqueo es donde el hombre existe y coexiste socialmente; es decir, en donde actúa y se desenvuelve.

b) Brinda la base para la aplicación de las órdenes y normas emanadas del centro del poder político

El territorio delimita el ámbito donde debe cumplirse el ordenamiento jurídico establecido por el Estado. Es el espacio dentro del cual la sociedad política ejerce su potestad de imperio, es decir, el marco físico de su competencia legal. En este contexto se presenta como un área delimitada de coacción y soberanía sobre el pueblo que alberga y hasta para los individuos en tránsito por él.

El territorio sirve como medida y límite de la autoridad estatal, pues es la base para el ejercicio del poder político.

c) Brinda las condiciones para la cohesión y continuidad del pueblo que conforma el Estado

El territorio es un elemento indispensable para la subsistencia del cuerpo político, debido a la afinidad histórica que promueve. De allí que sea observado como el confín material de la patria. A lo expuesto debe agregarse que la disposición de sus bienes y riquezas permiten la manutención y bienestar del pueblo.

d) Brinda la base para la determinación de su estructuración política

El territorio condiciona el tipo de Estado (unitario o complejo) y el mecanismo de representación ciudadana (nacional, regional, local, etc.).

La fijación jurídico-política del pueblo dentro del territorio de un determinado cuerpo político es un acontecimiento ocurrido en el siglo XVI. En este proceso coadyuvaron en gran medida

los avances producidos en materias como la geografía, la matemática y la cartografía.

3.2.- Las características del territorio

Entre los principales rasgos que presenta el territorio, conforme a la doctrina, aparecen la inalienabilidad, la inviolabilidad y el dominio eminente.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La inalienabilidad

Es la condición de aquello que no puede enajenarse ni transferirse, que está fuera del tráfico comercial y que por eso no puede ser dispuesto por el Estado.

Dicha condición rompe con la tradición medieval que permitía a un monarca ceder una parte del territorio por testamento u otorgar en dote.

Como afirma José Pareja Paz Soldán [ob. cit.]:

“El territorio no solo pertenece a las actuales generaciones [...] las que son meras usufructuarias. La propiedad corresponde a la nación integralmente considerada; es decir, a las generaciones que nos antecedieron y las que nos sucederán y que forman de consuno una unidad indisoluble: la patria. En resumidas cuentas, es un depósito sagrado que se transmite de generación en generación”.

Ahora bien, en la práctica se han presentado situaciones aisladas pero significativas de tráfico territorial, como la venta francesa de Louisiana a los Estados Unidos en 1803 y la venta danesa de las Indias Occidentales a los Estados Unidos en 1916.

b) La inviolabilidad

Es la condición de aquello sujeto a la soberanía exclusiva de un Estado. Es por eso que dentro del territorio de un Estado solo se ejercen las competencias jurídico-políticas del cuerpo político integrado a dicha área geográfica, debiendo los estados extranjeros abstenerse de promover en esa área cualquier acción de similar naturaleza.

c) Dominio eminente

Es la condición de aquello que debe utilizarse de conformidad con

los intereses de la nación. Así, el Estado tiene la competencia de disposición del territorio y los bienes en él contenidos.

Al respecto, Jacobo Pérez Escobar [*Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis, 2004] señala que a través del dominio eminente, “se confiere al Estado ciertas facultades dentro de las relaciones internas con los particulares. Como la misión es procurar el bien de la comunidad, cuando la necesidad exija destinar parte del territorio nacional a vías públicas, a construcciones o fábricas, que la defensa, la higiene y la cultura pública reclaman, entonces es legítimo expropiar, etc.”.

3.3.- La clasificación del territorio

El territorio de un Estado puede ser clasificado como territorio estatal continuo, territorio estatal discontinuo y territorio estatal en enclave.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Territorio estatal continuo

En este caso el espacio físico o porción geográfica del cuerpo político constituye una unidad natural e íntegra; es decir, implica una base topográfica compacta y sin solución de continuidad. Es el caso de la mayoría de los estados (Perú, Paraguay, Bolivia, etc.).

b) Territorio estatal discontinuo

En este caso el espacio físico o porción geográfica del cuerpo político se presenta disgregado, segmentado o desgajado en alguna de sus partes; es decir, implica una base topográfica no integrada y con solución de continuidad. Es el caso de los Estados Unidos en relación con la isla de Hawai, la península de Alaska, las Islas Vírgenes Estadounidenses o Samoa Americana; de Inglaterra en relación con las islas Malvinas o Falkland, Santa Elena, Islas Caimán, Islas Vírgenes Británicas y Gibraltar; de Francia en relación con San Bartolomé; o de los Países Bajos en relación con Aruba.

c) Territorio estatal en enclave

En este caso, si bien el espacio físico o porción geográfica del cuerpo político se presenta compacto e integrado, empero está comprendido dentro del área geográfica de otro Estado. Tal el caso del Estado-

Ciudad del Vaticano, ubicado al oeste de la ciudad de Roma (Italia), en la orilla derecha del río Tíber.

Al respecto debe recordarse que en 1929, mediante el histórico Tratado de Letrán, el Reino de Italia reconoció la soberanía de dicho cuerpo político, decisión que fue ratificada en 1947 por la República italiana.

Otro caso evidente es el del Estado de San Marino –ubicado en el centro de Italia, en la región de Emilio Romaña cerca del mar Adriático–, que en 1298 se fundó como cuerpo político. Posteriormente, en 1862, el Estado italiano le otorgó protección.

Finalmente es citable el caso de Lesotho –enclavado en la República de Sudáfrica– desde su independencia en 1966. Ambos estados fueron colonias inglesas.

Por otro lado, la dimensión del territorio carece de relevancia jurídica. Así, tienen la condición de estados, organizaciones político-jurídicas con áreas geográficas tan dispares como: en África: Sudán (2 505 813 km²), Seychelles (308 km²); en Asia: China (9 951 000 km²), Maldivas (298 km²); en América: Canadá (9 996 183 km²), San Cristóbal y Neris (261,6 km²); en Europa: Rusia (17 075 400 km²), Ciudad del Vaticano (0,44 km²); y en Oceanía: Australia (7 680 300 km²), Mauru (21,4 km²).

3.4.- Las partes del territorio

El territorio comprende las cuatro partes siguientes: suelo, subsuelo, dominio marítimo y espacio aéreo.

Al respecto, veamos lo siguiente:

3.4.1.- El suelo

Comprende la superficie terrestre o capa de labrantía de la corteza terrestre, es decir, la parte exterior y sólida de la tierra.

Este puede ser observado de la manera siguiente:

- El suelo continente hace referencia a una extensa superficie terrestre rodeada de mar (Perú).
- El suelo insular hace referencia a una pequeña superficie terrestre rodeada de mar (Grecia).
- El suelo mediterráneo hace referencia a una pequeña o extensa

superficie terrestre sin límite alguno con el mar (Paraguay).

3.4.2.- El subsuelo

Comprende aquella parte situada debajo de la superficie terrestre o capa de labrantía de la corteza terrestre; es decir, alude a aquella parte profunda e inferior de la superficie terrestre no apta para el cultivo o laboreo de la tierra.

3.4.3.- El dominio marítimo

Comprende la extensión de masa líquida adjunta al suelo terrestre.

Al respecto, debe advertirse que planetariamente el mar constituye el setenta por ciento de la superficie de la tierra.

Jiménez de Arechaga [ob. cit.] señala que primordialmente los estados tuvieron en relación al mar una “visión de superficie”, al estimársele reduccionistamente solo como un medio de comunicación. De allí surgió la vocación de los estados ribereños –por razones de seguridad– de asegurar el dominio sobre la franja adyacente a sus costas.

El dominio marítimo aparece como parte del territorio de un Estado, a partir de la tesis planteada durante el predominio del Imperio Romano (279 a.C.-479 d.C.), en donde se aludía al *Mare Nostrum* o Mar de los Romanos.

En ese contexto, la autoridad romana ejercía su soberanía o jurisdicción, a efectos de garantizar la defensa, la navegación y el comercio imperial.

Así, el mar fue dividido en mar territorial sujeto a la soberanía estatal y la alta mar regida por el principio de libertad.

Posteriormente aparecieron los intentos de las grandes potencias europeas, de apropiarse de espacios marinos más amplios; lo que provocó la confrontación entre los teóricos denominados expansionistas y los reduccionistas.

Antonio Remiro Brottons [*Derecho internacional*. Madrid: Mc-Graw Hill, 1997] expone que “la pretensión de ejercer una jurisdicción exclusiva sobre amplios espacios oceánicos pretendía servir al monopolio del tráfico mercantil al que aspiraban las potencias navales con posiciones ultramarinas. En cambio la libertad fue reivindicada por quienes trataban de desarticular ese monopolio”.

En los siglos XVI y XVII en función a los intereses económicos de potencias como Francia, Holanda e Inglaterra se cuestionará la tesis romana del *Mar Nuestro*. Así, el jurista holandés Hugo Grocio sustentaría en su obra *De jure praedal commentaris* el postulado de la Libertad del Mar. Para tal efecto esgrimiría que “dado que el mar es tan inaccesible de apropiación física como lo es el aire, no se le puede atribuir la posesión a nación alguna”.

El jurista inglés John Selden [Citado por Ezequiel Ramírez Novoa. *Derecho internacional público*. Lima: Amaru, 1992] en su obra *El mar declinante* afirma que el dominio marítimo solo abarcaba “hasta donde la vista alcanzara”.

En este último contexto aparecerá la tesis del holandés Camilo Birkershack, a comienzos del siglo XVIII, quien en su libro *Dominio de los mares* consignara que la primacía estatal alcanzaba hasta aquella distancia donde existía poder para defenderla, esto es, la que cubría el tiro de cañón. Esta distancia fue precisada en 1782, por el matemático italiano Fernando Galiani, en tres millas (el avance de la tecnología produjo la obsolescencia de esta tesis).

En puridad, el interés de las grandes potencias europeas por el dominio marítimo estuvo relacionado con el descubrimiento de nuevas áreas geográficas en los siglos XV y XVI, hecho que provocó un arduo debate en torno al dominio marítimo y la libertad de navegación.

Así, el descubrimiento de América realizado por el intrépido genovés Cristóbal Colón, promovió que el Papa Alejandro VI expidiera una bula en donde se otorgaba a España todos los territorios situados “cien leguas al oeste de las Azores y de las islas del Cabo Verde”. La inmediata protesta de Portugal motivó que en el célebre Tratado de Tordesillas (1594) se consignase que este reino tenía derecho sobre ciertas zonas del continente americano, especialmente el Brasil.

Las pretensiones portuguesas también se manifestaron en relación con las rutas a la India, lo que originó la resistencia por parte de la próspera navegación holandesa. Otros reclamos fueron los de Venecia -derechos de señorío- sobre el Adriático; Dinamarca sobre el Báltico y sus canales; Génova sobre el mar de Liguria; etc. El trasfondo de estas disputas radicaba en el control estratégico de las rutas náuticas, la libertad para acceder a la riqueza ictiológica, etc.

En el siglo XX, los estados se verán confrontados por la búsqueda

del aprovechamiento de los recursos vivos y no vivos dentro de los espacios marinos, que como bien expone Antonio Remiro Brotons [ob. cit.] alcanzaría un impulso nunca imaginado.

El dominio marítimo tiene gran importancia en razón de los cuatro argumentos siguientes:

- a) Implica la determinación de las potestades del Estado ribereño sobre sus aguas adyacentes.
- b) Implica la determinación de la extensión de las aguas adyacentes como parte del territorio de un Estado.
- c) Implica la determinación del uso, explotación, conservación, etc., de los recursos naturales existentes dentro de dicha extensión.
- d) Implica la determinación del uso, explotación, conservación etc., de los recursos naturales existentes fuera de dicha extensión.

3.4.3.1.- Las partes del dominio marítimo

En la actualidad, esta noción de dominio marítimo –según el derecho internacional público– requiere que previamente se establezcan las diversas zonas marítimas que comprende. Estas zonas marítimas son las seis siguientes: mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, plataforma continental, alta mar y fondos marinos.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Mar territorial

Es aquella área de doce millas marinas adyacentes a la costa o litoral. La línea de base para medir esta área es la línea de bajamar –fin del reflejo o descenso de la marea del mar– a lo largo del litoral.

El mar territorial comprende el lecho (el cauce por el que discurren las aguas) y el subsuelo de su área marítima.

En esta zona el Estado ejerce soberanamente las dos atribuciones siguientes:

- Ejercicio pleno y absoluto de la soberanía; por ende, existen facultades de jurisdicción estatal excluyente, sobre todas las personas y recursos que se encuentren ubicados dentro de dicha área.
- Competencia plena y libertad de decisión para la implementación de políticas gubernamentales, acciones coactivas y ejercicio del poder político sin limitaciones foráneas.

b) Zona contigua

Es aquella que comprende un área de doce millas computables a partir de la finalización del mar territorial (dicha medición corre a partir de la milla marina trece).

En esta zona el Estado ejerce la atribución siguiente:

- Ejercicio del derecho de policía; esto es, uso de las facultades de fiscalización y control para preservar y, de ser el caso, sancionar las infracciones de los reglamentos por él dictados en materia aduanera, fiscal, sanitaria y migratoria.

c) Zona económica exclusiva

Es aquella que cubre un total de ciento setenta y seis millas marinas. Se encuentra adyacente a la zona contigua. Es decir, comprende la superficie acuática situada a partir de la milla marina veinticuatro hasta la doscientos.

En esta zona el Estado ejerce de conformidad con las reglas del derecho internacional público las dos atribuciones siguientes:

- Derecho privativo a la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales que allí se encuentren.
- Derecho privativo a la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos.

A guisa de ejemplo, cabe señalar que en esta zona se ejerce soberanía y jurisdicción sobre los recursos, lo que permite proteger a las especies migrantes e impedir la acción depredadora de las grandes flotas pesqueras y regular las constituciones petroleras, etc.

d) Plataforma o zócalo continental

Alude a la parte sumergida del litoral, que se va inclinando paulatina o bruscamente hasta que se produce el descenso inmediato hacia las profundidades del mar. Desde una perspectiva gráfica comprende en línea recta y descendente el fondo del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas, que se encuentran situadas fuera de la zona del mar territorial (doce millas) y se extiende hasta las doscientas millas.

En puridad, designa el lecho del mar (parte del fondo por donde discurren las aguas) y el subsuelo de las zonas submarinas adyacen-

tes a las costas pero situadas fuera del mar territorial, hasta una profundidad de 200 metros o, más allá de límite, hasta donde las aguas suprayacentes permitan la explotación de sus recursos naturales.

En esta zona el Estado de conformidad con las reglas del derecho internacional público ejerce la atribución siguiente:

- Derecho a explorar, explotar y determinar el destino de los recursos naturales que allí se encuentran. Tal facultad tiene el privilegio de la exclusividad, en atención a que aun cuando el Estado no ejerciere el derecho anteriormente descrito, ningún otro podría hacerlo sin su consentimiento.

e) Alta mar

Es aquella superficie acuática adyacente a la zona económica – fuera de las doscientas millas marinas –, sobre la cual ningún Estado ejerce ningún tipo de soberanía. En ese sentido, el mar queda abierto a todos los estados *in genere*, es decir, sean ribereños o sin litoral. Ello implica el derecho de cualquier cuerpo político a ejercitar la libertad de navegación, el tendido de cables y tuberías submarinas, la pesca, la investigación científica con sujeción a las normas internacionales (Convención del Mar).

f) Fondos marinos

Es aquella área ubicada debajo y en profundidad de la alta mar. Es decir, comprende lo subyacente a la superficie acuática situada a partir de las doscientas millas marinas.

Esta zona no puede ser reivindicada, ni puede ejercerse en ella soberanía de ninguna especie. Los recursos allí ubicados se consideran *res communis humanitatis* (patrimonio común de la humanidad).

A guisa de ejemplo cabe señalar que siendo esta zona patrimonio de la humanidad, debe explotarse pacíficamente en beneficio común, respetando los derechos y deberes de los estados ribereños cuando quedan comprometidos sus recursos.

3.4.3.2.- El Estado peruano y la tesis de las doscientas millas

Como afirma Raúl Ferrero Rebagliati [*Ciencia política*. Lima: Studium, 1975], correspondió a los Estados Unidos ser el primer país en extender su jurisdicción más allá del mar territorial. Esta acción se

generó sobre la base de las dos consideraciones siguientes:

- a) Asegurar la vigilancia marítima a efectos de dar cumplimiento a la “Ley de Prohibición del Consumo de Bebidas Alcohólicas”; esto es, se trataba de impedir el ingreso clandestino de dicho tipo de productos (1924).
- b) Asegurar los derechos de conservación de la riqueza ictiológica. Al respecto, las famosas “Proclamas” del Presidente Harry Truman establecieron jurisdicción y control sobre la plataforma o zócalo continental (1945). Estas declaraciones tenían como objetivo el asegurar la explotación de los recursos submarinos próximos a las costas estadounidenses; amén de proteger la pesca del salmón en Alaska, de la actividad extractiva por parte de las empresas japonesas.

Al respecto, Truman llegó a señalar lo siguiente:

“El Gobierno de los Estados Unidos considera los recursos naturales del subsuelo y el lecho marítimo de la plataforma continental bajo alta mar, pero contiguas a nuestras costas, como pertenecientes a Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción y control [...]”.

Como expone Jacobo Pérez Escobar [ob. cit.] dicha medida “Tenía por objeto la explotación nacional de los recursos de la plataforma continental, por lo que por medio de una *executive order* [...] se reguló la pesca de alta mar [...]”.

Las “Proclamas Truman” precipitaron una reacción en cadena.

En 1945, el Presidente mexicano Manuel Ávila Camacho decidió incorporar al territorio nacional su plataforma o zócalo continental, a efectos de alcanzar los mismos objetivos que el gobierno norteamericano.

En 1947, el Presidente chileno Gabriel González Videla proclamó la soberanía nacional sobre la plataforma o zócalo continental y respecto de “todo el mar desde la costa hasta una paralela matemática proyectada a doscientas millas marinas de las costas continentales”. Inmediatamente, el Presidente peruano José Luis Bustamante y Rivero y el canciller Enrique García Sayán dictaron el Decreto Supremo N° 781, de fecha 1 de agosto de 1947, a través del cual el Perú también se adhería a dicha tesis.

En 1952, Chile, Perú y Ecuador suscribieron la Declaración de San-

tiago, que estableció la soberanía y jurisdicción exclusiva sobre el mar adyacente hasta una distancia de doscientas millas.

El 15 de noviembre de 1954 se produce una acción estatal que potenciará esta tesis a nivel de conflicto internacional. Así, la armada peruana capturó –a 126 millas de Punta Aguja– doce buques cazadores y un barco factoría que enarbolaban banderas panameñas y que eran propiedad del acaudalado naviero griego Aristóteles Onassis. Esta acción se justificó en razón de haberseles sorprendido pescando sin el respectivo permiso de autorización. El pago de una multa ascendente a tres millones de dólares permitió la liberación de las embarcaciones; empero promovió la discusión y debate acerca de la decisión peruana.

Cabe decir que el Decreto Supremo N° 781 motivó posteriormente que sus firmantes plantearan posiciones contradictorias en torno a su fundamentación. Por un lado, José Luis Bustamante y Rivero adoptó una posición *territorialista*; y por el otro, Enrique García Sayán se inclinó por la posición *patrimonialista*.

En la Asamblea Constituyente de 1979 ambas posiciones se polarizaron –Alberto Ruiz Eldredge y Andrés Aramburú Menchaca fueron partidarios de la posición territorialista–. Empero, a pesar de la redacción constitucional ambigua, una abrumadora mayoría de académicos considera que nuestro derecho constitucional a la fecha ha adoptado la postura patrimonialista.

Las posturas referidas plantean lo siguiente:

a) Posición territorialista

Plantea el derecho soberano de propiedad sobre toda la extensión del mar adyacente a la costa peruana, hasta un límite de doscientas millas. En lo sustancial reivindica el derecho o la irrestricta acción externa del Estado. Ergo, hace referencia a una zona objeto de interés de defensa y seguridad; por ende, sujeto a un régimen de dominio del cuerpo político.

b) Posición patrimonialista

Plantea la potestad soberana de propiedad hasta el área denominada mar territorial (doce millas); y un derecho de exploración, explotación, conservación y administración con fines económicos, de los recursos materiales de todo género ubicados desde las afueras del

mar territorial hasta un límite de doscientas millas. En el primer caso la legislación interna se impone sin ningún tipo de limitación; en el segundo, la legislación interna se compatibiliza con el derecho internacional, a partir de las doce millas. Ergo, hace referencia a una zona objeto de interés económico del cuerpo político; por ende, sujeto a un régimen concordado en el derecho internacional público.

Desde nuestro punto de vista, la posición patrimonialista no afecta el interés nacional, sino, por el contrario, lo afirma en razón de las dos siguientes consideraciones:

- a) Evita colocarnos al margen del orden jurídico internacional, en donde más del noventa por ciento de los países se ha adherido a la tesis del *mar territorial* o *soberanía absoluta de las doce millas*.
- b) Afirma el concepto de zona económica exclusiva de doscientas millas, en la que el Perú ejerce derechos patrimoniales en relación con los recursos ubicados en dicha área marítima.

3.4.4.- El espacio aéreo

Comprende la extensión de aire que cubre la demarcación territorial (suelo terrestre y dominio marítimo). Tiene como límite lateral el plano vertical que pasa por las fronteras de un Estado, y como límite horizontal el lugar donde comienza el espacio exterior o ultraterrestre. Es evidente que sin esta masa de aire no se concibe la vida del hombre sobre la Tierra.

Como bien afirma José Pastor Ridruejo [ob. cit.], el problema de determinar si los estados poseen soberanía sobre el espacio aéreo que se levanta por encima del territorio comienza a plantearse a inicios del siglo XX. Es de verse, que como consecuencia del desarrollo de la aviación, los estados empiezan a considerar amenazada su seguridad desde el aire.

En efecto, la importancia del espacio aéreo radica en la posibilidad tanto de su uso pacífico como bélico.

Como se ha referido el tema del espacio aéreo adquiere relevancia jurídica y política a comienzos del siglo XX, a raíz de la invención del avión. Así, la historia consigna que los inventores norteamericanos Orville y Wilbur Wright consiguieron, en 1903, volar por primera vez, con un aparato más pesado que el aire; asimismo que Louis Bleriot efectuó la primera travesía aérea sobre el Canal de la Mancha.

En ese contexto, surgirán en la doctrina los postulados de juristas de la talla de Westlcke, Hozestne y Richards, acerca del principio de la soberanía subyacente del Estado.

Ello generará que en 1913 Inglaterra apruebe la famosa Acta de Navegación Aérea; por la cual se autorizaba al Secretario de Estado en materia de Defensa a prohibir la navegación aérea en ciertas zonas por razones de seguridad. En el mismo año Francia y Alemania suscribirán un tratado en el que, con sujeción a ciertas restricciones, se autorizaba de manera provisional y sobre la base de la reciprocidad, el sobrevuelo de aeronaves de un país en el territorio del otro. Por ende, se reconocía la noción de soberanía estatal sobre su espacio aéreo.

Posteriormente, en 1919, se firmó en París la Convención para la Reglamentación de la Navegación Aérea Internacional, donde se reconoció la plena y exclusiva soberanía de los estados sobre el espacio aéreo ubicado sobre sus aguas jurisdiccionales.

Finalmente, en 1944, se suscribió en Chicago (Estados Unidos) la histórica “Convención de Aviación Civil Internacional de Chicago”, donde los suscriptores –entre ellos nuestro país– reconocieron la plena y exclusiva soberanía de los estados en torno al espacio aéreo que se encontrara situado sobre su territorio, incluyendo el mar territorial. Este principio es el punto de partida de las relaciones aeronáuticas internacionales.

Así, en la referida Convención se estableció que: “los estados contratantes tienen soberanía completa y exclusiva sobre el espacio aéreo correspondiente a su territorio”.

Por otro lado –como afirman Luis A. Podestá Costa y José María Ruda [*Derecho internacional público*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1985]–, esta última convención reconoció internacionalmente la existencia de las denominadas “libertades del aire”, que legislativamente son cinco; pero que sintéticamente pueden agruparse de la manera siguiente:

a) Libertad de paso inofensivo o libre comunicación

Comprende el derecho de las aeronaves de surcar el espacio aéreo de un Estado, salvo cuando sea perjudicial para la paz, el buen orden y la seguridad.

b) Libertad de escala técnica

Comprende el derecho al aterrizaje en suelo extranjero, por razones de aprovisionamiento o reparación de las aeronaves.

c) Libertad comercial para embarcar y desembarcar pasajeros, para cargar y descargar enseres y correo

Es dable reiterar que la Convención de Chicago es únicamente aplicable a las naves civiles; quedando exentas de los atributos de las libertades del aire las denominadas naves del Estado, que son utilizadas para las actividades militares, de aviación o de policía.

En el derecho público aún no se ha llegado a fijar de manera consensual y determinante el límite en altura de la soberanía estatal. No obstante lo expuesto, algunos estados vienen proponiendo que este se fije entre cien y ciento diez kilómetros de altitud.

3.4.4.1.- Las partes del espacio aéreo

El espacio aéreo de un Estado comprende tres zonas: la troposfera, la estratosfera y la mesosfera.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La troposfera

Es la zona interior de la atmósfera o masa de aire, que tiene un espesor aproximado de once kilómetros.

b) La estratosfera

Es la zona atmosférica que se extiende por encima de la troposfera y que ocupa unos treinta kilómetros en los que la temperatura o grado de calor es constante.

c) La mesosfera

Es la zona interior de la atmósfera o masa de aire, que se extiende por encima de la estratosfera, es decir, por encima de los cuarenta y un kilómetros hasta alcanzar el espacio exterior o ultraterrestre.

3.4.4.2.- El problema del espacio exterior o ultraterrestre

Como bien afirma José Pastor Ridruejo [ob. cit.], “la posibilidad de lo que hoy llamamos viajes espaciales fascinó siempre al ser humano.

En efecto desde Platón, Cicerón y Plutarco hasta Edgard Allan Poe y Julio Verne, por citar tan solo a algunos espíritus esclarecidos, han gustado de especular con la posibilidad de visitar otros planetas [...]. En el mundo del derecho Vladimir Mandl escribió una monografía en la que planteaba alguno de los problemas suscitados posteriormente por las actividades espaciales”.

En ese sentido, el formidable desarrollo tecnológico ha permitido acrecentar las expectativas del Estado con relación a esta zona del espacio aéreo.

Al comenzar la era espacial el 4 de octubre de 1957, cuando la Unión Soviética lograba poner en órbita el primer satélite artificial Sputnik o Alpha I, el tema del espacio exterior o ultraterrestre cobraba significativa importancia. Es obvio que con la llegada a la Luna del astronauta norteamericano Neil Armstrong en la nave Apolo 11, el 21 de julio de 1969, se corroboraría dicha importancia.

Existe un intenso debate en torno al espacio exterior o ultraterrestre, en razón de que la soberanía de un Estado termina donde comienza esta zona.

El espacio exterior o ultraterrestre se concibe como aquel que se extiende más allá de la capa de aire que rodea el planeta, hasta el infinito. El límite entre ambos espacios –el aéreo y el ultraterrestre– estaría dado por la altura menor a la cual un satélite (astro) puede gravitar alrededor de la Tierra, puesto que debajo de esa elevación cualquier objeto que provenga del espacio exterior sería destruido por la fricción con las capas de la atmósfera. Por ende, el espacio aéreo estaría determinado por la altura en que se quemaría un satélite en perigeo (el punto más próximo por donde el satélite pasa por la Tierra, cuando está en el centro de atracción y que como consecuencia del fenómeno de la velocidad no cae en ella). Dicha altura se calcula aproximadamente en cien kilómetros.

En ese aspecto, el tratado sobre la materia –de 1967–, que recoge la definición anteriormente expuesta, deja constancia de que el espacio ultraterrestre es *res communis humanitatis*; es decir, su propiedad no pertenece a ningún Estado en particular, y su uso es común a todos los hombres. Siendo así, la exploración y utilización del espacio exterior o ultraterrestre –que incluye la Luna y otros cuerpos celestes– deberá hacerse en provecho e interés de todos los países, sea cual fuere

su grado de desarrollo económico y científico; en suma, tal espacio incumbe a toda la humanidad.

Dentro de ese contexto es notorio el aprovechamiento de la humanidad sobre el espacio ultraterrestre, en aspectos tales como:

- a) Colocación de satélites meteorológicos destinados a la observación de la capa atmosférica.
- b) Colocación de satélites de comunicación destinados a permitir la interrelación oral o visual.

3.5.- Las fronteras del territorio

El territorio del Estado se encuentra delimitado por las denominadas fronteras.

Según Lassa Oppenheim [*Tratado de derecho internacional público*. Barcelona: Bosch, 1961] las fronteras son aquellas líneas imaginarias sobre la superficie de la tierra que separan el territorio de un Estado del perteneciente a otro cuerpo político, de un territorio sin dueño o del mar abierto. Por ende, alude a las superficies que delimitan verticalmente la tierra, el espacio aéreo y el mar territorial entre cuerpos políticos colindantes.

La importancia de las fronteras de un territorio estatal radica en que permiten obtener certeza respecto del ejercicio de sus competencias.

La doctrina reconoce dos principios para la fijación de las fronteras: el *uti possiditis de iure* y el *uti possiditis de facto*.

El *uti possiditis de iure* fija las fronteras de un Estado mediante la celebración de tratados con sus vecinos homólogos.

El *uti possiditis de facto* fija las fronteras de un Estado en consideración a la larga e ininterrumpida ocupación del territorio por parte de sus habitantes originarios o por los otrora actos de conquista. Así, el asentamiento pacífico, las anexiones, los actos de ocupación bélica, con vocación de perdurabilidad generan las condiciones para la ocupación de dicha fijación.

Dentro de este contexto las fronteras pueden ser trazadas en función a los dos aspectos siguientes:

a) Por razones de naturaleza

Tales los casos de las cadenas de montañas, ríos, lagos, etc.

b) Por razones técnico-artificiales

Tales los casos de las líneas geográficas proyectadas en paralelos, meridianos, líneas rectas, etc.

Debe señalarse que el establecimiento de las fronteras presenta dos etapas: la delimitación y la demarcación.

La delimitación es entendida como el acto político que fija el límite territorial entre dos estados vecinos; por ende, establece las razones naturales o técnico-artificiales aplicables.

La demarcación es entendida como acto técnico de medición y levantamiento topográfico. Tras ello se suscita la colocación de los respectivos hitos fronterizos.

Ahora bien, tal como expone Vladimiro Naranjo Mesa [*Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis, 2003] por ficción jurídica el territorio estatal abarca también los buques de guerra y las sedes diplomáticas.

3.6.- Los modos de adquisición del territorio

Dicha nomenclatura alude a las distintas maneras de aumentar la extensión territorial.

La doctrina acepta las tres modalidades siguientes de acrecentamiento territorial: la ocupación, la accesión y la cesión.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La ocupación

Consiste en el acto de dominio pacífico de un territorio sin dueño. Para tal efecto debe acreditarse un ejercicio real y continuo del poder político del Estado sobre dicho territorio.

b) La accesión

Consiste en la adquisición de mayor territorio por obra de la naturaleza (accesión natural) o del ingenio humano (accesión artificial). Tal el caso de la acumulación paulatina de la tierra o aluvión sobre las orillas de los ríos, lagos o mares; la formación de islas en un río, lago o en espacios marinos del territorio; así como

también por la fuerza súbita o avulsión de la naturaleza que des-
agrega una porción de territorio; o por la construcción de diques
destinados a ganar tierra al mar.

c) La cesión

Consiste en la adquisición de territorio por la vía contractual; tal
el caso de la cesión a título gratuito de Italia hacia Francia de los terri-
torios de Alta Saboya y Niza. Ello como consecuencia de la gratitud
nacida por el apoyo brindado en las guerras de unificación entre 1861
y 1870. También es citable el caso de la cesión del Perú hacia Colom-
bia de la ciudad de Leticia en 1922.

Son citables los casos de las adquisiciones norteamericanas a título
oneroso de Louisiana a Francia en 1803, de La Florida a España en
1819 y la de Alaska a Rusia en 1863.

CAPÍTULO TERCERO

EL ESTADO DE DERECHO Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO

SUMARIO

1. EL ESTADO Y EL DERECHO. 1.1. Las relaciones entre el Estado y el derecho. 1.2. La preexistencia del derecho y su entroncamiento con el Estado. 2. EL ESTADO DE DERECHO. 2.1. Los principios básicos para la construcción del Estado de Derecho. 2.2. Las condiciones de viabilidad para la construcción del Estado de Derecho (El Estado Constitucional). 2.3. La conversión del Estado de derecho en Estado Constitucional. 2.4. Las características del Estado de Derecho (El Estado Constitucional). 3. EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. 3.1. Las notas propias de la democracia. 3.2. Los planos de la democracia. 4. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. 5. EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO. 6. LA CONJUNCIÓN TELEOLÓGICA Y AXIOLÓGICA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO. 7. LA OTRA VARIABLE TERMINOLÓGICA EN EL DERECHO COMPARADO. 8. EL ESTADO DE DERECHO (EL ESTADO CONSTITUCIONAL) Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO. 8.1. Las razones de asimilación conceptual. 8.2. El ámbito y los alcances del concepto de personalidad jurídica del Estado. 8.3. Las características de la personalidad jurídica del Estado. 8.4. Los elementos de la personalidad jurídica del Estado. 8.5. El carácter bifronte de la personalidad jurídica del Estado. 8.6. La voluntad y la responsabilidad personificadora del Estado. 8.7. Los efectos de la personalidad jurídica del Estado.

Entre las nociones de Estado y derecho existen relaciones estrechas y complejas que implican una acción recíproca, al extremo de plantearse que no existe forma alguna de Estado que excluya o ignore la existencia de un *orden jurídico*. Por ende, plantharemos algunas consideraciones en torno a dicho tema.

1.- EL ESTADO Y EL DERECHO

Como bien afirma César Enrique Romero [*Derecho constitucional*].

Buenos Aires: Zarelia, 1978], “Cuando se piensa en uno de ellos en el acto se tiene presente al otro”. Esta implicación recíproca se reconoce en razón a que el derecho es parte sustancial de la vida gregaria.

Cualquiera sea la concepción que se tenga de la forma organizada de vida en comunidad, esta requiere, para su subsistencia, de un mínimo de regulación jurídica; la cual deviene en indispensable para asegurar la vida coexistencial ordinaria.

Lo expuesto también vale en relación con el Estado, pues este personifica y simboliza políticamente al “todo” social: el hombre de hoy nace, se desarrolla y muere dentro del cuerpo político. La acción de este –que se gesta incluso desde antes del momento mismo del nacimiento– alcanza todas las etapas de la existencia –niñez, adolescencia, juventud, madurez, ancianidad–; por ende, cubre todas nuestras actividades en el campo de la formación, la producción, el intercambio de bienes y servicios, etc.

Es evidente que no es imaginable concebir a la sociedad política sin la presencia del derecho y de su contrapartida: la obligación jurídica.

Adamsen Houbel [Citado por Fernando Silva Santisteban. *Introducción a la antropología jurídica*. Lima: Universidad de Lima, 2000] expone “que el derecho puede existir sin gobierno, pero no puede haber gobierno sin derecho [...] donde quiera que haya derecho existe una organización política”.

Ahora bien, a pesar de existir entre Estado y derecho una amplia y mutua referencia y “envolvimiento”, sin embargo no llegan a ser expresiones homólogas. Ello en razón de los dos criterios siguientes:

- a) El derecho es históricamente anterior a la aparición del Estado.
- b) El derecho no agota la modalidad *in totum* del Estado; es decir, el cuerpo político no solo tiene una expresión y manifestación jurídica, sino que además necesariamente abarca otras formas de actuación.

Lo anterior en modo alguno obsta a reconocer que el derecho no puede “independizarse” totalmente del Estado, ya que el ordenamiento jurídico carece de plenitud fuera del cuerpo político que lo elabora, reconoce y aplica. Así, Maurice Duverger [*Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1970] expone que “el de-

recho de un Estado es hiperbólicamente igual que la palabra al hombre, lo que el violín al artista, [...] es el poder mismo”.

En resumen, en el mundo moderno no es posible la existencia y coexistencia social multanime fuera del Estado, y este tiene siempre un fundamento y una expresión jurídica.

1.1.- Las relaciones entre el Estado y el derecho

Las relaciones entre el Estado y el derecho se pueden resumir en los cuatro aspectos siguientes:

- a) El Estado crea, reconoce y aplica el denominado derecho vigente: monopoliza su sanción y centraliza bajo la hegemonía de las normas jurídicas, las diversas fuentes o formas de manifestación del derecho. En suma, el Estado es quien le otorga validez formal a sus distintas expresiones, en razón de ser su declarante y el firme asegurador de su cumplimiento a través de sus órganos jurisdiccionales y coactivos.
- b) El derecho deviene en el medio más eficaz de expresión del poder estadual. Este último actúa por medio del derecho.
- c) El derecho permite la regulación de los fines, atribuciones, competencias y funciones del Estado. El cuerpo político requiere de la presencia de este para institucionalizarse. Así, a través de la normatividad fija su organización político-administrativa, la relación entre gobernantes y gobernados, etc.
- d) El derecho cumple el papel de “legalizador” de una situación de poder, haciéndola permanente y confiriéndole seguridad a sus determinaciones. Por su mediación pasa de “poder desnudo” a “poder juridizado”; esto es, energía y potencia política reglada y con vocación de acatamiento razonado y respetuoso por parte del pueblo.

1.2.- La preexistencia del derecho y su entroncamiento con el Estado

En la doctrina constitucional se discute bastante sobre la preexistencia cronológica del derecho en relación al Estado o viceversa. Al respecto, existen las teorías de la preexistencia del derecho al Estado y la simultaneidad de la aparición del derecho y el Estado.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La preexistencia del derecho al Estado

Pitirim Sorokin [*Sociedad, cultura y personalidad*. Nueva York, 1928] señala que la “existencia misma del Estado presupone la del derecho [...] y en la medida en que el Estado constituye una nación organizada, su existencia se asienta en normas jurídicas que definen su territorio, su régimen, su constitución. En unas palabras, su estructura y funciones”.

b) La simultaneidad de la aparición del derecho y el Estado

Georg Jellinek [*Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954], glosando los puntos de vista de Otto von Gierke y Ernst Seidler, comenta que “el Estado nace con el derecho y en el derecho, y por consiguiente solo en él puede vivir”.

Luis Gumplowics [*Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992], por su parte señala que:

“Es solamente en el Estado donde el derecho puede producirse; no se puede concebir que exista [...] en otra parte más que en él. Fuera del Estado no hay derecho, porque este último es una institución eminentemente política, es decir, eminentemente propia del Estado”.

Desde nuestra perspectiva, queda claro que en el mundo moderno Estado y derecho son conceptos inseparables, recíprocamente inherentes y hasta indivisibles, aun cuando históricamente el derecho surgiera primero.

Es incuestionable que los hombres se relacionan entre sí conforme a tendencias naturales de realización coexistencial. Estas tendencias necesitan, para desarrollarse, de un orden jurídico que fije límites éticos y permita dicha realización coexistencial dentro de marcos deontológicos y teleológicos como la moral social, la justicia, la seguridad, el bienestar, etc.

La idea de sociedad humana implica una colaboración continua y permanente orientada a la consecución de los valores y fines anteriormente señalados. Dicha unión e interrelación objetivizada tiene irremediabilmente que regularse, convirtiéndose el derecho en la expresión reglamentada de la convivencia y la acción común.

Como bien afirma Nicolás Coviello [Citado por Rodrigo Borja. *Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica,

1992], “para el nacimiento del derecho fue suficiente una comunidad cualquiera, una sociedad sea cual fuere”. Así, existió derecho en los clanes, tribus, confederaciones de tribus y cualquier otro tipo de agrupación humana, aunque con una elaboración o aplicación rudimentaria o deficiente.

Ahora bien, es notorio que cuando un grupo humano adquiere cierta dimensión cualitativa y se localiza de manera permanente en un territorio, se plantea subsecuentemente la satisfacción de determinadas necesidades surgidas de la coexistencia social, a saber: la organización de la lucha común contra las adversidades que plantean la naturaleza y los animales; la defensa de las mujeres y los niños; la protección de su espacio; la acumulación de combustibles y alimentos para los períodos de frío y escasez; la preparación y desarrollo de las guerras de conquista; etc.; en suma, la organización para la satisfacción de las necesidades colectivas.

Estas imprescindibles tareas comunes se acrecientan con las exigencias propias de la evolución del trabajo y la producción; con ellas surgen las tareas de infraestructura pública (puentes, caminos, fortalezas, canales de irrigación, etc.).

Las exigencias colectivas –que trascienden las necesidades y cuestiones meramente individuales– generan la necesidad de un poder institucionalizado. Como es lógico, este mando establecido tiene la necesidad de adoptar decisiones, es decir, tiene que expresarse a través de mandatos y prohibiciones, surgiendo en consecuencia el ordenamiento jurídico estatal.

El Estado como obra creada de la realidad histórico-social de las colectividades humanas, a efectos de realizar determinadas metas requiere hacer uso exclusivo y excluyente –es decir monopólico– de la normatividad jurídica.

En ese orden de ideas, Maurice Duverger [ob. cit.] plantea que el contenido del derecho expresa la voluntad del poder estadual.

2.- EL ESTADO DE DERECHO

Dicha expresión alude a aquella forma de convivencia política dentro de la cual el poder estadual se encuentra sometido a un sistema de normas jurídicas; es decir, denota al Estado sometido y regulado por el derecho.

La noción Estado de Derecho encuentra su génesis en las bases del liberalismo político y sus primeras manifestaciones concretas se dan durante el auge de las revoluciones inglesa y francesa respectivamente.

Santiago Valades [*Problemas constitucionales del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2004] expone que dicho concepto “es una respuesta al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del poder”. Es decir, aparece para instaurar el ejercicio del poder racionalizado, en donde no tienen cabida el capricho, el abuso, la absorción de todas las decisiones y la impunidad.

Torsten Stein [“Estado de Derecho, poder público y legitimación desde la perspectiva alemana”. En: *Derechos humanos, Estado de derecho y desarrollo social*. Caracas: Fundación Konrad Adenauer, 1994] señala que surge cuando el liberalismo requirió de seguridad para el desarrollo de las actividades del sistema capitalista, sobre la base del garantizamiento de la libertad, la igualdad ante la ley y la propiedad.

La escuela publicista alemana fue la primera interesada en promover su conceptualización.

La primigenia noción del Estado de Derecho comprendió lo siguiente:

- a) La renuncia a toda idea u objetivo transpersonal del Estado. Es decir, el cuerpo político no era una creación divina ni comprendía en forma alguna un orden sacro. Más bien, hacía referencia a una comunidad al servicio del interés común mediante la creación y sometimiento a un orden jurídico.
- b) Los objetivos y tareas del Estado estaban dirigidos a afirmar la libertad, la igualdad, la propiedad, la seguridad y el desarrollo individual.
- c) La organización del Estado y la regulación de su actividad se establecía conforme a principios racionales.

La acuñación específica de dicha expresión fue planteada por el jurista Adam Muller en 1809 y delimitada por Robert Von Mohl en 1829 en su exposición sobre el Derecho Público del Reino de Wutttemberg. Posteriormente, este último ampliará sus puntos de vista en 1832 en su libro *Estado de Derecho*, en oposición al denominado Estado

de Poder o Estado de Policía, cuyos fundamentos doctrinarios surgieron de los planteamientos expuestos por Nicolás de Maquiavelo; vale decir, inspirados en el principio de que el fin justifica los medios, por lo que el gobernante actúa a discrecionalidad y sin parámetro alguno frente a los miembros del Estado.

El concepto expresa un modelo de convivencia política bajo la égida de reglas jurídicas claras y precisas; y plantea una relación armónica entre gobernantes y gobernados, en donde los primeros se colocan al mando del gobierno del Estado a condición de que sus acciones se encuentren imbuidas de una vocación de servicio ciudadano. En ese contexto, el derecho asegura a los gobernados frente al abuso y la arbitrariedad gubernamental, así como promueve su realización existencial y coexistencial.

Alberto Borea Odría [*Derecho y Estado de Derecho. Tratado de derecho constitucional*. Lima: Gráfica Monterrico, s.f.] señala que el objeto del Estado de Derecho radica en garantizar la libertad y seguridad del ser humano. Así su existencia y operatividad preconiza que los ciudadanos puedan en el ejercicio de su autodeterminación, planificar y prever las consecuencias jurídicas de sus actos en la vida coexistencial.

Andrés Serra Rojas [*Diccionario de ciencia política*. Tomo I. México: Fondo de Cultura Económica, 1998] plantea la existencia de una situación político-jurídica en la que “el derecho regula minuciosa e imperativamente la vida y la actividad del Estado, la sistematización y el funcionamiento de sus órganos y de sus relaciones con los derechos de los individuos”. En este caso, se configura jurídicamente la organización y el ejercicio del poder político de manera tal que las personas y grupos sociales se encuentren protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas, garantes de sus derechos y libertades.

Dentro de ese contexto, Víctor M. Martínez Bullé Goyri [“El tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho”. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 1. Lima: Tribunal Constitucional, 1999] señala que el “Estado de Derecho no es sino la vigencia real y efectiva del derecho en la sociedad, en donde las conductas tanto públicas como privadas se someten a la norma jurídica”. Por ende, a través de la ley *el poder controla al poder*.

En puridad, puede afirmarse que dicho concepto implica una for-

ma de organización del poder a través del derecho, a efectos de salvaguardar la libertad y afirmar la igualdad.

Siguiendo en parte lo planteado por Germán Bidart Campos [*Leciones elementales de política*. Buenos Aires: Ediar, 1973], se puede señalar un proceso de evolución histórica en pro de la aceptación de la noción Estado de Derecho.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Primera etapa: la concepción imperial romana

Aparece con la instauración del bajo imperio o dominado a cargo de Cayo Valerio Aurelio Diocleciano (285-305 d.C.).

Dicho emperador entronizado por la voluntad de las huestes militares, estableció un régimen autocrático, dinástico y de fundamentación teocrática.

En dicho período la figura del emperador romano era considerada como la única fuente manifestativa de la ley. El historiador Carl Grimberg [*Historia universal*. Lima: Ediciones Revista Gente, autorizada y reproducida de la Sociedad Comercial y Editorial Santiago Limitada, 1987] señala que “el imperio romano vino a ser una monarquía absoluta cuya ley suprema sería en adelante la voluntad del emperador”.

Allí imperó la máxima aquella de “*princeps solutus legisbus*” que indicaba que la voluntad del emperador tiene fuerza de ley más no se encuentra sujecionada por ella; por ende, el gobernante quedaba sin ligadura ante el derecho. Es más, lo que el príncipe quería tenía efecto normativo vinculante.

Así, el gobernante se encontraba desvinculado de las leyes que el mismo había establecido, y eximido de cualquier responsabilidad ante la comunidad.

En esa línea, el emperador Justiniano I (527 al 565 d.C.) señaló que Dios había subordinado las leyes al emperador, porque Él lo había enviado a los hombres como “ley viva”. El historiador Jean Touchard [*Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos, 1983] sintetiza esta concepción como ley encarnada en el capricho o voluntad del emperador.

En suma, expresaba un poder ilimitado y por consiguiente ilimitable.

b) Segunda etapa: la concepción cristiana

Aparece con los planteamientos de San Agustín de Hipona (354-430 d.C.), San Isidoro de Sevilla (565-636 d.C.) y Santo Tomás de Aquino (1225-1274).

A través de las ideas de los teólogos citados se planteará una vinculación del poder estatal con una referencia ajena a la voluntad del gobernante.

Así, San Agustín en su libro *Ciudad de Dios* consignará que la designación de un gobernante no es en sí misma suficiente para legitimar el ejercicio del poder. El derecho emanado de aquel debería ser el desenvolvimiento exterior de la ley natural. Por ende, declara que los estados que actúan al margen de aquella solo engendran grandes latrocinios.

San Isidoro de Sevilla expone en su texto *Índice de Reglas* que el príncipe gobierna a condición de administrar a su pueblo conforme a la justicia.

Santo Tomás de Aquino en su obra *El Régimen del Príncipe* planteará que la ley tiene una "*vis directiva*" que orienta y alcanza al gobernante; por tanto, se encuentra sometido a su propio cumplimiento.

Debe advertirse que en esta etapa se consideraba que la fuente del poder del que se hallaban investidos los gobernantes, era consecuencia de una delegación suprahumana; por ende, la responsabilidad de los actos gobernantes se efectuaba única y exclusivamente ante la presencia del Supremo.

c) Tercera etapa: el constitucionalismo moderno

Aparece a fines del siglo XVII en función a una actividad guiada por parámetros enmarcados en la triada de seguridad, libertad e igualdad. Este trino objetivo es tal, en razón de que la seguridad es la consecuencia de la vigencia plena e integral del derecho; tal como sucede con la libertad y la igualdad que son producto de la realización y verificación efectiva del fenómeno jurídico.

Aquí, el Estado encuentra su limitación en el derecho con el fin de dar seguridad a los hombres y de proteger la libertad y los derechos individuales.

Esta noción cobró plena concreción durante la histórica lucha en-

tablada entre el Parlamento y la Corona británica en manos de Jacobo II, que culminó con la designación al trono de Guillermo de Orange, el mismo que aceptó la famosa "Declaración de Derechos" de 1689. Asimismo, es citable la Constitución de los Estados Unidos de fecha 5 de marzo de 1789 y la Constitución francesa de 1791.

En resumen, en esta etapa la noción Estado de Derecho, surge de la lucha por la limitación del poder estadual monárquico, a través de la vigencia práctica de los principios jurídicos; de la contienda por la no intervención ordinaria de este en los asuntos vinculados con el ejercicio de la libertad y el respeto a la propiedad privada; y de la brega por la consecución de la representación política y el reconocimiento de los derechos políticos.

2.1.- Los principios básicos para la construcción del Estado de Derecho

Entre las pautas básicas para la construcción originaria del Estado de Derecho, pueden mencionarse las seis siguientes:

- a) El principio de legalidad, que determina la sujeción del Estado y los particulares a las leyes dictadas por el parlamento; el cual encarna la soberanía popular.
- b) El principio de jerarquía normativa, que determina la visión piramidal del ordenamiento jurídico.
- c) El principio de publicidad de las normas, que determina la garantía del conocimiento general del contenido de las disposiciones legales.
- d) El principio de irretroactividad de las normas, que determina que la vigencia de las disposiciones legales opera hacia el futuro; salvo el caso en materia penal siempre que su contenido resulte más favorable al reo o procesado.
- e) El principio de seguridad jurídica, que determina el respeto a los preceptos legales vigentes al momento de la celebración de los contratos o expedición de resoluciones administrativas o judiciales; así como la realización de cualquier acto de relevancia jurídica. Esta pauta basilar expone que las normas vigentes serán aplicadas en sus consecuencias -deberes y derechos- sin excepción, cada vez que fácticamente se produzcan los supuestos por ellas previstos.

- f) El principio de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los órganos de poder del Estado, que determina la garantía de medidas punitivas contra las autoridades gubernamentales transgresoras del orden jurídico; y la facultad de recurrir a los órganos de administración de justicia a efectos de corregir los actos de poder que infringen la ley o afectan derechos fundamentales.

2.2.- Las condiciones de viabilidad para la construcción del Estado de Derecho

Es indiscutible que las condiciones de viabilidad para el erigimiento de una sociedad política sujeta al Estado de Derecho, pasa por la acreditación de la existencia de un orden jurídico que declare, reconozca y asegure los derechos fundamentales de la persona y que simultáneamente establezca y reparta las competencias para el ejercicio del poder político. A la par de lo expuesto, se requiere de la existencia de un sentimiento constitucional en la conciencia de los gobernantes y gobernados, que sujecione éticamente a actuar dentro de los marcos axiológicos, teleológicos, institucionales y normativos prescritos por dicho ordenamiento.

2.3.- La conversión del Estado de Derecho en Estado Constitucional

La consolidación de la jurisdicción constitucional dentro de la jurisdicción constitucional dentro de los sistemas jurídicos políticos implicará la culminación del proceso de desarrollo del Estado de Derecho. Este período se gesta a lo largo de todo el siglo XX.

Este modelo societal se erige sobre la base del reconocimiento y promoción de la dignidad de la persona humana y de la democracia como expresión ideológica, institucional, programática y cultural. Por tanto, demanda que la Constitución devenga en norma jurídico-política vinculante para los agentes públicos y las personas, ya sea en la esfera estadual como de la sociedad civil.

Dicho proceso conllevará a que el principio de legalidad al que ya se encontraba sujeto el Estado desde los inicios del constitucionalismo moderno, se vea supraordinado por el principio de constitucionalidad; ello en razón a que el texto fundamental se expresa no solo como documento político, sino también como código supra jurídico.

En esta evolución como bien afirma Enrique Álvarez Conde [*Cur-*

so de derecho constitucional. Madrid: Tecnos, 1999], la Constitución se configura como norma jurídica suprema, en auténtica fuente de derecho y delimitadora de las restantes. Esta aparece como parámetro de validez del orden normativo legal del Estado.

La primacía de la Constitución promoverá la división tajante entre el poder constituyente y el poder constituido. De allí que la jurisdicción constitucional se constituya en la piedra angular para controlar los excesos legislativos de los operadores del Estado.

El Estado Constitucional permite garantizar a plenitud la dignidad de la persona humana; la cual es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

Jorge Reynaldo Vanossi [*El Estado de Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2000] expone que “cabe concluir sin vacilación que toda la idea del Estado de Derecho queda encerrada en la realidad de un Estado Constitucional”.

2.4.- Las características del Estado de Derecho (El Estado Constitucional)

Entre sus rasgos más significativos destacan los tres siguientes:

a) Sujeción de los gobernantes y gobernados al imperio del ordenamiento jurídico

Ello implica la supremacía de la Constitución, las leyes y demás normas jurídicas sobre la mera voluntad de los gobernantes y gobernados. Dicha primacía involucra el respeto de los aspectos teleológicos y axiológicos del ordenamiento jurídico.

En ese contexto, los gobernantes deben ajustar su conducta funcional dentro de los cánones establecidos por el ordenamiento jurídico (jerarquía, competencia, atribuciones, deberes, responsabilidades, requisitos y formas de acceso al ejercicio de los funcionarios públicos, etc.).

En el Estado de Derecho los ciudadanos obedecen la voluntad general de la colectividad en donde coexisten; la que se expresa únicamente a través de normas jurídicas y no por los caprichos emanados del capricho, parecer o mera voluntad de los gobernantes.

En ese sentido, lo correcto o incorrecto, lo debido o indebido, lo posible o lo no posible dentro del marco de la institucionalización y

ejercicio de la actividad gubernamental, pasa por el tamiz de los principios de constitucionalidad y legalidad.

Ello conlleva como bien afirma Alberto Borea Odría [ob. cit.] a la “existencia de un poder limitado”. En esta modalidad estadual “se acredita la supremacía del derecho sobre el poder político, por el modo de someter el accionar de los actores políticos y de cualquier pretensión ordenadora del Estado, a las normas jurídicas que expresan la convivencia [...] de los seres humanos”.

Asimismo, el propio Borea Odría [ob. cit.] refiere que en “esta limitación se halla uno de los timbres de diferencia entre el *Estado de Derecho* y un *Estado con Derecho*”.

En efecto no basta que un cuerpo político establezca y aplique un conjunto de normas jurídicas, para que *ipso facto* se deleve el concepto de Estado de Derecho.

Ahora bien, la existencia de un poder limitado por el imperio preceptivo, teleológico y axiológico de las normas del ordenamiento jurídico, alcanza a la ciudadanía como ente ejerciente de la soberanía popular. Ello en razón a que la “*potestad del número*” al momento en que la ciudadanía se expresa políticamente, ya sea directamente o por la vía de la representación, no puede enervar las determinaciones de justicia, libertad, igualdad, etc., que son valores constitutivos de cualquier ordenamiento jurídico.

Tal como señalaran los federalistas americanos [*El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974]:

“En una República no solo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes sino proteger a una parte contra las injusticias de la otra parte”.

Dicha sujeción conlleva a la primacía de la Constitución y a la existencia de un sistema jerárquico de normas sujeto al principio de publicidad; a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de los derechos fundamentales; así como a la responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Todo ello con el afán de afirmar y garantizar la libertad, igualdad y seguridad jurídica.

b) Distribución de funciones y asignación de responsabilidades entre los titulares de los órganos de poder

Ello implica la existencia plural, diferenciada, equilibrada, repartida y limitada de las funciones, órganos y operadores que conforman la actividad gubernamental; lo que contribuye a evitar la personalización y concentración del poder en un solo operador o agente político; a mejorar la eficiencia y eficacia de la actividad gubernamental; a cauterizar la moral estatal; y a castigar la irresponsabilidad, negligencia y dolo en el ejercicio de la función pública.

Por ende, el reparto equilibrado de las funciones entre una pluralidad de órganos de poder; el examen, la verificación, la supervisión y la fiscalización de la labor estatal; así como la asunción de responsabilidades por las acciones u omisiones en el ejercicio del poder político devienen en atributos esenciales del Estado de Derecho.

Francisco Fernández Segado [ob. cit.] señala que dicha distribución es básica para garantizar más plenamente la libertad de los ciudadanos.

En puridad, la división y equilibrio de poderes constituye el resultado histórico de la lucha contra el absolutismo monárquico en nombre de las libertades y derechos del pueblo.

Ahora bien, siguiendo en parte lo expuesto por Manuel García Pelayo [*El estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1984], planteamos los cuatro criterios de distribución siguientes:

b.1) El criterio de la distribución del poder entre el poder constituyente y el poder constituido

Ello plantea la obligación permanente de los titulares del poder constituido (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) de no rebasar los límites y competencias establecidas por el poder constituyente.

Al respecto, no debe obviarse el hecho que el poder constituyente es el que organiza y da asiento jurídico a una comunidad política.

En ese contexto, existe la prescripción del uso de la interpretación auténtica de la Constitución, vía la elaboración parlamentaria de una norma meramente interpretativa de alguna parte del texto fundamental.

b.2) El criterio de control de la constitucionalidad de las leyes

Ello plantea la creación de un ente encargado de verificar la validez constitucional, formal y/o material de las leyes y demás normas con rango de ley. En ese contexto, adicionalmente cautela a través de los procesos constitucionales el respeto a los derechos reconocidos a los ciudadanos en el texto constitucional.

En ese orden de ideas, la Constitución aparece como el parámetro normativo para reconocer la validez –por ende, la obligatoriedad de su cumplimiento– de la actividad legislativa de los órganos con poder político.

b.3) El criterio de la distinción entre Estado y sociedad civil

Ello implica reconocer la existencia de la sociedad como forma natural e inexorable de convivencia entre los hombres, lo cual genera un conjunto de acciones, relaciones y procesos.

Esta agrupación natural de personas conlleva a que cada una de ellas constituya una unidad distinta más no ajena al resto de sus miembros, con el fin de cumplir mediante la interacción, algunos fines de la vida coexistencial.

Miguel Ayuso Torres [*¿Después del Leviathan? sobre el Estado y su signo*. Madrid: Dykinson, 1998] expone que ella canaliza la tendencia de sociabilidad incita a la naturaleza humana.

Tal como señala Jurgens Habermas [*Factibilidad y validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de una teoría del discurso*. Valladolid: TROTТА, 2000] se trata de una “trama asociativa no estatal” de base voluntaria.

A través de la sociedad civil se plantea la organización de la vida humana en el seno de la colectividad, para el ejercicio de la libertad personal con limitaciones y facilitaciones, a fin de que cada uno actúe de acuerdo a sus intereses y expectativas pero promoviendo el bien común. Esta expresa un complejo compartido de intereses espirituales, sociales, económicos, etc.

Fernando de Trazegnies Granda [“El rol de la sociedad civil”. En: *Gaceta Jurídica. Normas Legales y Jurisprudencia*, tomo V. Lima, 1994] la percibe como la simple y cotidiana reunión de los hombres; y expone que “es el ambiente en el que vivimos [...] en el que nos casamos [...] en el que ganamos nuestro sustento diario [...] en el que morimos

para dejar sitio a las generaciones siguientes. La sociedad civil es el espacio social dentro del cual se da el juego de los legítimos intereses privados". En ese orden de ideas, el referido autor expone que "es la base misma de la vida en común, el aspecto más importante de la organización humana". Asimismo, concluye que es una comunidad ética basada en el principio de respeto de la libertad.

La sociedad civil conlleva una interacción comunitaria de las personas entre sí, tanto en las esferas públicas como en las privadas. Por ende, se le comprende como un entramado social en que se interrelacionan personas y grupos sociales, situados en un plano de igualdad; lo que responde a la afirmación de la autodeterminación existencial y coexistencial y al desarrollo y plenitud de la personalidad.

Dicho colectivo no forma parte del aparato estatal, ni actúa para el ejercicio de la autoridad política, carece de fuerza compulsiva y de financiamiento público. Su labor frente al Estado es la de criticar, promover, persuadir o a lo sumo de colaborar en pro de sí misma.

Tal como lo plantean Jean L. Cohen y Andrew Arato [*Sociedad civil y teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000], las características de la sociedad civil serían las tres siguientes:

- Conjunto de personas que coexisten y conviven dentro del ámbito de una organización social. Dicho conglomerado implica la cabal integración y sentido de pertenencia de todos y cada uno de los seres humanos.
- Funcionamiento institucional bajo los principios de libertad, igualdad y participación democrática.
- Reconocimiento de la heterogeneidad cultural.

Para tal efecto, se establece como consecuencia de dicha autodeterminación una pluralidad de asociaciones, organizaciones y movimientos que permiten una variedad de formas de vida en relación.

Ricardo Cambelles ["El concepto de Estado de Derecho y los obstáculos a su preeminencia en América Latina". En: *Derechos humanos, Estado de Derecho y desarrollo social*. Caracas: Fundación Konrad Adenauer, 1994] señala que:

"El Estado es una organización creada en función de objetivos limitados y específicos, mientras que la sociedad civil responde a una ordenación abierta y sin límites prefijados, expresión del libre desenvolvimiento de

la naturaleza humana”.

El Estado tiene un poder limitado que no hace al individuo un ser meramente dependiente de aquel. De allí que con acierto se consigne que el Estado regula la libertad pero no puede sujecionarla.

Tal como expone Jorge Reynaldo Vanossi [ob. cit.] dicho criterio estimula la fijación de límites entre la esfera pública y la esfera privada, que obra como indicación de una separación entre sociedad y Estado.

b.4) El criterio de distribución horizontal de las competencias entre los órganos del poder constituido

El gobierno se constituye en un trípode de unidades impersonales que tiene a su cargo el desarrollo y expresión de una o varias funciones del Estado, a través de las cuales se revela su actividad volitiva.

Este trípode homólogo en jerarquía (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) se establece para asegurar la libertad y despojar la posibilidad de la concentración del poder en un único titular.

b.5) El criterio de distribución vertical de las competencias del poder constituido a los órganos descentralizados

Ello implica que los órganos centrales de gobierno se “despojan” de determinadas competencias y las trasladan a otros entes autónomos intra-territoriales para que desempeñen determinadas acciones vinculadas con un desarrollo integral y equitativo en la organización y distribución de recursos.

Por ende, la transferencia de competencias de los poderes constituidos (Ejecutivo y Legislativo) a los órganos descentralizados (gobiernos regionales y municipales), hacen que estos últimos generen determinadas acciones y sean objeto de transferencia de un parcial grado de poder.

c) Existencia de un conjunto básico de derechos ciudadanos de carácter civil, político, social, económico y cultural; de garantías jurídicas para el pleno goce o restablecimiento de su disfrute por parte de los gobernados; así como la asignación de deberes, responsabilidades y cargas ciudadanas

En puridad, dicho conjunto expresa el reconocimiento de la digni-

dad del ser humano y el carácter instrumental del Estado como ente al servicio de la realización de aquel.

En ese sentido, Francisco Fernández Segado [ob. cit.] señala que el Estado de Derecho se legitima en un conjunto de valores que a de impregnar al plexo del ordenamiento jurídico.

Dicho orden valorativo se resume en libertad, igualdad, seguridad y promoción de la realización existencial y coexistencial de los gobernados.

Ahora bien, la realidad presente declara que el Estado de Derecho es tal en sentido estricto, cuando se afilia a la democracia.

Al respecto, Alberto Borea Odría [ob. cit.] señala que:

“No parece probable la figura de un Estado de Derecho en una estructura de poder distinta a la democracia.

Así, una formación política que no atiende a este criterio reconoce de alguna manera la superioridad de una persona o grupo sobre los demás; y, por lo mismo, con privilegios que los coloca al margen de él. De esta forma deja de cumplirse con la regla fundamental de la sumisión de las personas –aún cuando sean autoridades– a las reglas jurídicas”.

En esa perspectiva se ha acuñado la expresión Estado Democrático de Derecho, para graficar la interconexión entre el Estado de Derecho (Estado Constitucional) y la democracia.

3.- EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Dicha noción alude a una comunidad política en donde sobre las bases de las exigencias establecidas para el Estado de Derecho, el ejercicio del poder se sustenta en la libre voluntad del pueblo como base y fundamento de su establecimiento, así como en una organización destinada a asegurar la vigencia plena de los derechos fundamentales.

El Estado institucionaliza una forma de organización política, cuyos principios y valores se extienden a la sociedad civil.

Este modelo se ampara en la dignidad de la persona humana como basamento de su institucionalización.

En efecto, como expone Jorge Carpizio [“Tendencias constitucionales en América Latina”. En: *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Tomo I. Lima: Pontificia Universidad Católica

ca del Perú, 2009] “no puede existir democracia donde no se respeten los derechos humanos”.

La fuente de la potestad de mando y la legitimación del ejercicio del poder emana de la voluntad ciudadana.

Bajo dicha modalidad se apunta a la realización del desarrollo de la condición humana teniendo en consideración la dignidad de la persona y la plena realización existencial y coexistencial dentro de un marco copulativo y complementario de libertad, igualdad de oportunidades y en la participación ciudadana en los asuntos de interés público.

Dicha participación encuentra en el sufragio el modo de expresión más cabal; el cual debe ostentar las calidades de periódico, libre e igual para todos los ciudadanos.

Mediante su constitución se fortalecen una pluralidad de ideas fuerza, a saber:

- a) La existencia de una comunidad política en donde sus miembros son reconocidos como seres libres e iguales; por consiguiente, establecen su proyecto de vida dentro de un ámbito de autodeterminación y de oportunidad para ser aquello que se quiere ser. Ello implica una capacidad de goce de naturaleza política y civil isonómica y difusa.
- b) La intervención activa, efectiva y amplia de la ciudadanía en los asuntos relativos a la “cosa pública”; y dentro de ese contexto, la deliberación razonada para coincidir y disentir acerca del origen y formas de solución de los problemas comunitarios. En ese sentido, se promueve el predominio del consenso sobre la mera imposición en lo relativo a las decisiones fundamentales, así como el pluralismo en la expresión de ideas y creencias.
- c) La relación articulada entre el gobierno y la sociedad civil; y la de esta última entre sus miembros dentro de un marco de respeto a los derechos fundamentales de la persona; con tolerancia y comprensión de las convicciones y diferentes formas de comportamiento no mayoritarias, siempre que no socaven las bases del Estado de Derecho y los principios-valores de la democracia.
- d) La búsqueda del bienestar general mediante la cooperación, la solidaridad y la promoción de las potencias éticas, físicas y espirituales de todos y cada uno de sus miembros.

- e) La existencia de un conjunto de reglas sistémicas tendentes a asegurar una cierta y específica institucionalidad y una manera de actuar en la sociedad política y civil.

El Estado Democrático de Derecho se gesta en la praxis en la Revolución Americana, a través del contenido de la Constitución de 1787 y en la argumentación teórica formulada por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay en las páginas de *El Federalista*.

Así, puede verse que en el encabezamiento del preámbulo de la Constitución se expone lo siguiente:

“Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos [...] ordenamos y establecemos esta Constitución [...]”. Con ello se deja constancia expresa acerca del origen y fundamento del naciente Estado.

Igualmente, en la introducción general de *El Federalista* se consigna que:

“Se ha observado con frecuencia –haber sido reservado al pueblo–, decidir, mediante su conducta y ejemplo, la importante cuestión de si las sociedades humanas son o no realmente capaces de establecer un buen gobierno mediante la reflexión y la decisión libre”.

La democracia deviene de las voces griegas *demos* y *kratos* que conjuntadas aluden a poder y autoridad del pueblo.

Es históricamente comprobable que la primera formulación acerca de la democracia aparece en Atenas a mediados del siglo V a.C., tras un largo paréntesis reaparece en Suiza durante el siglo XIII, para finalmente consolidarse con las ideas revolucionarias del siglo XVIII.

Se la concibe como la manifestación de una forma de expresión cultural y forma de organización política, que tiende a un orden sistémico de convivencia simétrica y excluyente de cualquier atisbo de arbitrariedad. Por ende, consagra la actuación de todos y cada uno de los ciudadanos en un espíritu de respeto, tolerancia y participación.

La democracia implica que la actuación del Estado sea formada y ejercitada por el pueblo adscrito a él. Por ende, la pluralidad de ciudadanos –a quien se dirige el poder del cuerpo político– es al mismo tiempo sujeto de este poder.

La voluntad del pueblo deviene en la voluntad del Estado: el pueblo es en puridad el soberano.

Dicha voluntad es inclusiva; vale decir, incorpora a todas las per-

sonas ligadas entre sí por la actividad del Estado.

Ello implica un conjunto interconectado de ideas o valores, instituciones políticas, reglas procedimentales, prácticas de comportamiento comunitario y programas gubernamentales dirigidos a asegurar la libertad, la igualdad, la tolerancia y la participación plena y cabal de todos los hombres pertenecientes a un cuerpo político-social en las tareas de decisión, distribución y control de los asuntos vinculados con la existencia y coexistencia genuinamente humana.

De dicha descripción se desprende que la democracia no se agota en la existencia de reglas y prácticas establecidas para el gobierno del Estado, sino que incluye sustantivamente a una expresión cultural en donde los principios y valores anotados se “viven” como habituales comportamientos convivenciales.

Dentro de dicha noción confluye una técnica gubernamental o forma de administrar el gobierno apoyado en la representación, la participación y fiscalización política y un estilo de vida como exigencia de pautas éticas tendentes a la existencia y coexistencia dentro de la sociedad política y la sociedad civil.

Como bien afirma Humberto Nogueira Alcalá [“La democracia”. En: *Regímenes políticos contemporáneos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993], “el ideal democrático busca realizar el desarrollo humano teniendo en cuenta los valores y necesidades de la persona y de su vida en relación”.

En puridad, la democracia institucionaliza la prerrogativa y la oportunidad que tienen los seres humanos de “realizar” su libertad, su seguridad y su proyecto de vida personal en el seno de una comunidad.

Es en ese concepto que se mantiene vigente la tónica definición señalada por el Presidente norteamericano Abraham Lincoln en la inauguración del Cementerio Nacional de Gettysburg el 19 de noviembre de 1863:

“La democracia es el gobierno del pueblo, para el pueblo y con el pueblo”.

3.1.- Las notas propias de la democracia

Los atributos perennes de la democracia pueden sintetizarse de un lado, en los valores-principios, y, del otro, por reglas sistémicas.

En relación con los valores-principios aparece como fundamento de la democracia el reconocimiento de la dignidad, “con la cual se afirma que cada persona humana es una unidad que se estructura en un ser corporal biológico, psíquico, racional y moral cuyo comportamiento obedece a la realización de valores” [Humberto Nogueira Alcalá. ob. cit.] De allí que la persona ostente autodeterminación para optar y decidir.

En ese contexto, tras la afirmación y reconocimiento de la dignidad fluye que la libertad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad son valores esenciales de la democracia.

La libertad y la igualdad expresan el anverso y reverso de la democracia. La primera de ellas solo alcanza plenitud cuando existe igualdad ante la ley (tanto en la elaboración como en la interpretación y aplicación); así como en la isonomía de oportunidades para ser aquello que se aspira a ser. Asimismo, esto no puede darse sin la verificación del reconocimiento y ejercicio plenario de la libertad.

Como bien refiere Jacques Leclerq [*La libertad de oposición y los católicos*. Barcelona: Estela, 1964]:

“La libertad es una consecuencia de la igualdad y no puede ser considerada aisladamente, como un valor en sí, cuando se estudia la libertad hay que situarla en el contexto de la vida social”.

No menos importancia ostentan la participación y las reglas sistémicas.

La participación puede ser definida como la actividad personal a título individual o como componente de una formación social dirigida a intervenir, influenciar, coordinar y fiscalizar los asuntos inherentes a la vida en relación.

Esta se realiza amparada en el libre acceso, la pluralidad de fuentes de información y con el reconocimiento del derecho al asocianismo.

Las reglas sistémicas pueden ser definidas como el conjunto de procedimientos destinados a auspiciar y garantizar la democracia. Allí aparecen el gobierno de la mayoría con el reconocimiento y respeto de las minorías ciudadanas, el pluralismo y la tolerancia política, la libre y periódica elección de las autoridades, la competencia pacífica por el gobierno y el ejercicio de la autoridad conforme a la Constitución y la ley.

Grosso modo posteriormente volveremos a tratar este punto.

3.2.- Los planos de la democracia

La democracia se manifiesta en los cuatro planos siguientes:

- *Plano conceptual*

La democracia es percibida como una forma de entender y vivir la vida de existencia y coexistencia. Así, expresa un conjunto sistémico de ideas, creencias, imágenes y símbolos que fundamenta el origen y modo específico de ejercicio, el poder e interacción social en una comunidad política.

Dicha concepción implica reivindicar la dignidad de la persona y el carácter instrumental del Estado y la sociedad en pro de la realización genuinamente humana.

En esa perspectiva se expresa bajo la forma de sistema político.

- *Plano institucional*

La democracia es percibida como una técnica de organización del poder en sentido general. Así, se establecen una pluralidad de instituciones y prácticas de diverso orden –político, jurídico, social, económico, cultural, etc.- cuyo objetivo consiste en “arropar” consistentemente las ideas y valores que la componen. Así, aparecen la elección, la representación, la participación y la fiscalización ciudadana; amén del engarce entre libre opción y alternancia.

- *Plano programático*

La democracia es percibida como el diseño y ejecución de un conjunto de lineamientos de políticas que permiten el goce efectivo de los valores y fines democráticos.

Como bien afirma Manuel García Pelayo [*Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1990]:

“El ámbito y objetivos de la democracia vendrán determinados por el contenido que se asigna a los valores y fines democráticos”.

- *Plano cultural*

La democracia es percibida como el conjunto y la pluralidad de prácticas sociales y comportamientos comunitarios que afirman su

existencia material y efectivo goce.

La democracia no se resigna a ser solo una forma de gobierno, sino que asciende a la condición de “*estilo de vida*”. Esta imprescindiblemente requiere de determinados comportamientos, lo cual contribuye a posibilitar el pleno desarrollo de los miembros de una comunidad en donde se acredita la personalización del hombre y la humanización del colectivo social.

En ese sentido, la democracia se “construye” desde la forma en que se vivencian las relaciones familiares, las formas vinculares en la escuela, los centros laborales, la vida cívica interinstitucional y el modo y la manera en que el ciudadano se inserta en la sociedad política.

4.- EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Dicha noción alude a una comunidad política en donde sobre las bases de las exigencias establecidas para el Estado de Derecho, se busca “acomodar” la convivencia dentro de un orden económico y social con vocación de plasmar la justicia social; y, por ende, generar una sociedad con igualdad de oportunidades para todos.

En esa perspectiva, la justicia social significa que mediante acciones equitativas y redistributivas se aseguren las posibilidades de desarrollo personal y familiar de aquellos grupos desplazados en lo relativo a las condiciones de existencia. Esta responde a una convicción humanista de bienestar compartido y de procura de una convivencia digna.

En ese contexto, Manuel García Pelayo [ob. cit.] considera que la materialización efectiva de la libertad es solo viable cuando a la par de su reconocimiento formal y de la creación de garantías procesales para su defensa jurídica, aparecen condiciones coexistentiales mínimas que hacen posible su ejercicio real e integral.

La noción de Estado Social de Derecho surge como consecuencia de la incorporación de cláusulas de contenido económico y social y en donde se refleja la asignación de nuevas tareas y fines estatales.

Bajo dicho concepto como expone Reinhold Zippelius [*Teoría general del Estado*. México: UNAM, 1985] se plantea garantizar el desarrollo de todos sin distinción. Para tal efecto se limita el egoísmo que perjudica la libertad *in genere* de los componentes del cuerpo

político. De ahí que postule la reivindicación de los intereses de las mayorías excluidas del bienestar, la inclusión social, la equidad y la justicia social.

El Estado Social de Derecho procura garantizar un mínimo coexistencial de bienestar; ergo, resguarda los aspectos materiales del goce de una existencia digna.

Como refiere Alberto Ricardo Dalla Vía [*Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999], el constitucionalismo social -inaugurado en las constituciones de Querétaro (México, 1912) y Weimar (Alemania, 1919)- representa la versión normatizada del concepto de Estado Social de Derecho.

La expresión Estado Social de Derecho fue acuñada por Hermann Heller en su obra *Teoría del Estado* (1929), y en donde se consigna que esta es la única fórmula viable para cancelar la irracionalidad del individualismo burgués y el totalitarismo populista del fascismo.

Mediante su institucionalización se fortalecen una pluralidad de ideas fuerza, a saber:

- a) La consecución de la justicia social, entendida esta como la penetración de la justicia legal y la justicia distributiva; y que apunta a una más armoniosa regulación del binomio sociedad e individuo. Dicha noción comprende tanto lo que los particulares deben hacer en pro del bien común, como aquello que la sociedad debe a todos sus miembros por la misma razón. En esa orientación postula políticas estatales tendentes a afirmar la inclusión, la equidad social y la redistribución del excedente económico. Como afirma Emilio Fernández Vásquez [*Diccionario de derecho político*. Buenos Aires: Astrea, 1981], conlleva “un impulso dinámico de la realización del bien común, eliminando los obstáculos que impiden el desenvolvimiento de todos y cada uno de los miembros de la comunidad política”.
- b) La formación de una sociedad con igualdad de oportunidades, en donde a través de acciones de fomento e impulso estatal se tiende a que la libertad y los demás derechos reconocidos a las personas y grupos sociales se hagan efectivos y se aspire a remover todos los obstáculos que impulsan o dificultan su plenitud.
- c) El reconocimiento y protección de los derechos económico-sociales denominados de segunda generación; de aquí que se

ponga especial énfasis en la consignación constitucional del derecho de trabajo, el derecho a la libertad de asociación, los derechos grupales, la salud, la seguridad social, la educación, etc. Para tal efecto garantiza una diversificada red prestacional de servicios públicos.

- d) La incorporación sistémica de un conjunto de normas constitucionales referidas a la relación y papel del Estado con el fenómeno económico y los derechos y libertades conexas. Para tal efecto se establece un marco jurídico regulatorio de la vida económica de una comunidad.

5.- EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO

Dicha noción alude a una comunidad en donde sobre las bases de las experiencias establecidas para el Estado de Derecho, se han amalgamado las características tanto del Estado Democrático como del Estado Social.

En puridad, esta modalidad estadual es la consecuencia del proceso evolutivo reconocido por el Estado desde su institucionalización a la fecha.

Su constitución y moldeamiento aparece en la Ley Fundamental de Bonn (1949). Así, en el artículo 20.1 del citado texto fundamental se consigna lo siguiente:

“La República Federal Alemana es un Estado Federal democrático y social”.

Como bien se afirmó en la sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto de Urgencia N° 140-2001 presentado por Roberto Néstor Brero en representación de más de cinco mil ciudadanos (Expediente N° 0008-2003-AI/TC), el Estado Democrático y Social de Derecho no solo reconoce, protege y promueve el goce de derechos tales como la libertad, la seguridad y la igualdad ante la ley; sino que adicionalmente pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que persona y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino nociones en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de “concretar” cabalmente la libertad si su reconocimiento y garantías formales no se ven acompañadas de condiciones existenciales básicas y mínimas que hagan posible su

ejercicio. Por ende, ello supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.

En ese orden de ideas, aparece que el reconocimiento de la dignidad de la persona humana deviene en la condición esencial para la vida en relación. De allí que los principios que sustentan y justifican la coexistencialidad dentro de una sociedad política, deben tener necesaria e irremisiblemente un contenido material.

La configuración del Estado Democrático y Social de Derecho requiere de tres aspectos básicos:

- a) La fuente de su institucionalización y el fundamento de la legislación del poder reposa en el pueblo; amén que mediante la equidad y las políticas sociales aspire a plasmar la igualdad real en pro del desarrollo de la personalidad de sus miembros.
- b) La existencia de condiciones materiales idóneas para alcanzar sus presupuestos teleológicos y axiológicos, lo cual exige una relación directa con las posibilidades concretas y objetivas del Estado, así como una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal.
- c) La identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que se pueda evaluar con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando de una manera u otra ser un obstáculo para el desarrollo social.

6.- LA CONJUNCIÓN TELEOLÓGICA Y AXIOLÓGICA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL DE DERECHO

Dicha conjunción se resume en la denominada democracia social, en donde se amalgaman las preocupaciones políticas, sociales, económicas y culturales en pro de resaltar y proteger la dignidad de la persona humana.

Para tal efecto, es dable observar la referida conjunción a través de los dos planos siguientes:

a) Aspecto político de la democracia

Desde esa perspectiva la democracia debe ser observada en función de los cinco aspectos siguientes:

a.1) Respeto y aseguramiento del sufragio como instrumento para la institucionalización del poder; y mediante este la renovación alterna y periódica de los titulares de los órganos políticos

En ese sentido, la soberanía popular deviene en la fuente de legitimación en el ejercicio del poder político.

La democracia plantea como imperativo la vigencia del sufragio como mecanismo de la escogitación libre y extendida de la representación del pueblo en la conducción del gobierno.

Ello plantea una voluntad, decisión y consentimiento libremente otorgado por la ciudadanía para determinar a los representantes ejercientes del poder político.

En ese sentido, Germán Bidart Campos [ob. cit.] señala que la soberanía popular es aquella que se delega, disemina o divide en la pluralidad y totalidad de los miembros de una comunidad política. En suma, es una política de copropiedad del poder.

El propio Germán Bidart Campos señala que en la democracia “cada individuo es titular de esa soberanía o tiene parte alícuota de ella”.

Al respecto, Jürgen Habermas [ob. cit.] señala que en la democracia “todo poder político deriva del poder comunicativo de los ciudadanos”.

En esta el ejercicio de la dominación política se rige y legitima por las leyes que los ciudadanos se dan así mismos, dentro de una formación discursivamente estructurada en la opinión y la voluntad colectiva.

Dicha opinión y voluntad tiene por fin garantizar un tratamiento racional de las cuestiones coexistentiales.

En ese contexto, el gobierno se establece en función de la opinión y voluntad de la mayoría relativa de la ciudadanía.

a.2) Respeto y aseguramiento de la libertad

En ese sentido, es imprescindible la constatación de la libre determinación, albedrío y autonomía de la persona en cuanto a su existencia social; ello sin mengua del orden, la seguridad y el bienestar.

a.3) Respeto y aseguramiento de la igualdad de trato ante la ley

En ese sentido, es imprescindible la constatación de la abstención legislativa, administrativa o jurisdiccional tendiente a promover la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable.

a.4) Respeto y aseguramiento del pluralismo, el diálogo, el consenso y la tolerancia política

En ese sentido, es imprescindible la promoción de la existencia y actividad de las organizaciones políticas, a efectos que estas puedan canalizar y expresar las distintas corrientes políticas e intereses de los ciudadanos. Ello implica la aceptación de ideas opuestas a las que encarnan los titulares transitorios de los órganos de poder.

El pluralismo y la tolerancia política complementan la formación de la opinión y voluntad ciudadana.

Dichos requisitos devienen en fundamentales habida cuenta que el gobierno expresa la voluntad de una *mayoría relativa*, que no es simétrica a toda la ciudadanía.

Por ende, se hace necesario consagrar un espacio a la denominada *oposición política*, a efectos de evitar que esa relativa superioridad numérica devenga en la *tiranía de la mayoría*. Esta se manifiesta como la alternativa de gobierno.

Para tal efecto, la oposición debe tener garantizados los derechos de acceso a la información y documentación oficial; el uso de los medios de comunicación del Estado conforme a la representación obtenida en los comicios; y en el ingreso a espacios de exposición de sus planteamientos críticos y alternativos a la acción del gobierno.

a.5) Respeto y aseguramiento de la participación directa o indirecta de la ciudadanía

En ese sentido, implica la creación de mecanismos mediante los cuales el ciudadano contribuya a la toma de decisiones políticas o al control del poder político. Así, a través de un conjunto de prácticas, instituciones y políticas se permite a la ciudadanía de manera específica y concreta el "*compartir*" residualmente el ejercicio del poder.

Tal como afirma Jürgen Habermas [ob. cit.], la participación conlleva la institucionalización jurídica de una formación pública de la opinión y voluntad ciudadana.

Dicha participación debe contribuir al proceso de deliberación para la precisión y consecución de los fines colectivos, así como para la construcción y selección de las estrategias de acción que resulten aptas para la obtención histórica de esos fines.

b) Aspecto socioeconómico y cultural de la democracia

Desde esa perspectiva la democracia debe ser observada en función de los siete rubros siguientes:

b.1) Promoción del bienestar compartido mediante el reparto y goce equitativo de la riqueza y condiciones de vida material, con respeto in totum de la dignidad humana.

b.2) Promoción de la igualdad de oportunidades mediante la creación de condiciones que hagan viable que todas las personas puedan materializar su proyecto de vida. Para tal efecto, se hace necesaria la remoción de todos los obstáculos de naturaleza económica, social o cultural que impiden el goce real y efectivo de la libertad.

b.3) Promoción de la vida social mediante el aseguramiento de la red coexistencial tejida a través de la pluralidad de instituciones civiles (grupos deportivos, religiosos, vecinales, etc.).

b.4) Promoción de la participación isonómica en la vida económica mediante la libre concurrencia de las personas en las actividades del mercado, sea en la condición de productor, comercializador o consumidor de bienes y servicios; así como en las relaciones de trabajo derivadas de dicho proceso.

b.5) Promoción de la participación y respeto por las minorías ciudadanas mediante la atención y consideración de las diferentes cosmovisiones de la vida en relación de determinados grupos étnicos, religiosos, etc., cuya presencia numérica no determina la voluntad estatal o social.

b.6) Promoción de la concertación mediante la búsqueda y consecución de la conciliación de intereses y expectativas contrapuestas.

b.7) Promoción de formas de comportamiento tendentes a la personalización y humanización de las relaciones convivenciales.

7.- LA OTRA VARIABLE TERMINOLÓGICA EN EL DERECHO COMPARADO

A la par de las expresiones anteriormente comentadas aparece otra que también tiene presencia en el derecho comparado.

Al respecto, veamos lo siguiente:

El Estado Judicial de Derecho

En el derecho inglés existe la expresión *rule of law* (Estado Judicial de Derecho) que plantea observar a la seguridad jurídica y la libertad como égida de la relación Estado-persona. Para tal efecto se alude a la protección que brinda el Poder Judicial y el conocimiento anticipado de las reglas de convivencia.

Dicha expresión plantea el imperio de la ley frente a la veleidad, capricho o arbitrariedad del poder político.

El Estado Judicial de Derecho apunta a afirmar un ordenamiento legal que se sustenta en la generalidad de su aplicación en el respeto al principio-derecho de igualdad de trato y de certeza de sus consecuencias jurídicas.

Este plantea la noción de imperio de la ley frente a la arbitrariedad o el prurito del ejerciente del poder.

Como expresión histórica aparece en el siglo XVII, exponiéndose la idea del derecho como manifestación de generalidad, isonomía y certeza.

Jorge Reynaldo Vanossi [ob. cit.] expone que la *rule of law* “es la garantía máxima de calculabilidad o predictibilidad acerca de las consecuencias de los comportamientos humanos, de tal manera que la libre acción del individuo solo esté condicionada por los límites de una prohibición preestablecida”. Así, tras el entroncamiento del principio de legalidad y el fin de la seguridad jurídica, se avizora a la certidumbre plena del derecho y la independencia en el juzgamiento y la aplicación del derecho.

Jorge De Esteban [*Tratado de derecho constitucional I*. Madrid: Universidad Complutense, 2001] siguiendo a A.V. Dicey refiere que la *rule of law* se define por tres metas sucesivas:

- a) El principio de legalidad que evita que un poder arbitrario persiga discrecionalmente a una persona o afecte sus bienes.

- b) El principio de igualdad ante la administración de justicia.
- c) El principio de interpretación judicial.

En la vertiente americana existe la expresión *due process of law*, en donde la legalidad y la seguridad jurídica encuentran adicionalmente cobijo en la revisión judicial frente a cualquier acto de poder, incluido el emanado del Poder Legislativo. Por ende, el control de la constitucionalidad y la interpretación de los alcances y sentido de la norma fundamental del Estado queda bajo responsabilidad del Supremo Tribunal.

8.- EL ESTADO DE DERECHO (EL ESTADO CONSTITUCIONAL) Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO

Juan Francisco Linares [*Derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1986] refiere que “El Estado de Derecho se estructura como una comunidad global personalizada, es decir, dotada de personalidad jurídica suprema”. Por ende, sostiene que el Estado es percibido “como aquella parte del orden jurídico personificado”.

El concepto personalidad jurídica es utilizado para designar la “aptitud” que tiene un ente juridizado para adquirir derechos y obligaciones.

Tal noción es importante en razón a que el derecho como instrumento de interrelación social plantea la coexistencia de un vínculo jurídico entre dos sujetos: el primero en la condición de titular de un derecho subjetivo, y el segundo como el responsable del cumplimiento de una obligación.

Tras el derecho aparece implícita o explícitamente una relación jurídica, la que según Claude du Pasquier [*Introducción al derecho*. Lima: Portocarrero, 1994] es “un vínculo entre personas, una de las cuales está en el derecho de exigir a otra el cumplimiento de un deber jurídico”. En puridad, dicha conexión indica el enlace coexistencial entre dos o más personas, correspondiéndole a alguna de ellas, la calidad de sujeto activo portador y titular de un derecho subjetivo (facultad o competencia) y a la otra u otras la condición de sujeto pasivo portador o titular de un deber jurídico (obligación o responsabilidad).

La relación avalada por el derecho es aquella que se genera por un *hecho jurídico* –fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, adquisición, modificación, transmisión o extinción de derechos u

obligaciones– que provoca un cambio en la realidad jurídica existente.

Mario I. Alvarez [*Introducción al derecho*. Serie Jurídica. México: Mc-Graw Hill, 1995] advierte que “el derecho es un instrumento social, cultural y político que sirve para regular la conducta [...] en sociedad [...] Debemos precisar, empero, que no todas las conductas [...] se encuentran reguladas por el derecho; hay algunas de ellas [...] que quedan fuera de su competencia. De ahí que [...] solo aquellas conductas que impiden la convivencia o cooperación social son las que preocupan y ocupan a las normas jurídicas”.

Hans Kelsen [*Teoría general del Estado*. México: Nacional, 1965] señala que “el hombre está sometido al orden jurídico solamente con respecto a ciertas acciones y omisiones específicas; con relación a todas las demás no se encuentra en vinculación con el orden jurídico”.

En ese orden de ideas, nuestra Constitución convalida implícitamente estos asertos cuando declara en el apartado a) del inciso 24 de su artículo 2:

“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Ahora bien, en el caso concreto del Estado tal como señala Juan Francisco Linares [ob. cit.], este es observado “en cuanto conducta en interferencia intersubjetiva o compartida, conceptuada por normas jurídicas”. Tal ideación plantea la imputación personalizante de una pluralidad de actos de conducta desplegados por las autoridades políticas y agentes administrativos; los cuales se encuentran regidos por las normas jurídicas del ordenamiento estatal e internacional.

Como se ha referido, el concepto de la personalidad del Estado tiene una expresión de carácter jurídico y no implica de modo alguno una cualidad o atributo real; en ese sentido, no se trata de una esencia o sustancia del cuerpo político, sino de una capacidad creada por el orden legal.

El Estado tiene una personalidad jurídica que es concreta y cabal en cierto centro de irradiación de actos. Tal como lo planteara el teólogo dominico Francisco Suárez y como lo sostiene la propia Corte Suprema de los Estados Unidos, el Estado es un sujeto colectivo dotado de voluntad de dominio; su personalidad colectiva o moral es el substrato de su personalidad jurídica.

A diferencia de términos tales como Estado, soberanía, división de poderes, etc., que son originarios y constitutivos del derecho constitucional, la teoría de la personalidad jurídica del Estado es una asimilación o incorporación proveniente del derecho privado (principalmente del derecho civil). Esta asimilación ha contribuido a delimitar el poder estatal condicionándolo a las normas del Estado de Derecho, es decir, ha asignado su sometimiento a la normatividad impuesta por él mismo.

Desde el ámbito del derecho al ser humano –como sujeto individual de derechos y obligaciones– se le ha denominado persona natural o física; en cambio, cuando se le considera en torno a un grupo de congéneres, a este conjunto se le ha denominado persona moral, colectiva o jurídica. Así, cuando un grupo de personas se encuentran unidas y vinculadas en el cumplimiento de un determinado objetivo común, este conjunto adquiere el reconocimiento de una personalidad jurídica diferente de la que cada individuo físico posee de manera individual, constituyéndose en sujeto de derechos y obligaciones como ente colectivo.

Aludir a la noción civilista de persona moral, colectiva o jurídica implica observar a una entidad constituida por una pluralidad de personas individuales. Como refieren Francisco Lledo Yagüe y Manuel Zorrilla Ruiz [*Teoría general del derecho*. Madrid: Dykinson, 1998], se trata de una unión que da existencia a una unidad orgánica. Para tal efecto, el derecho le reconoce a dicho ente una individualidad propia y distinta de las personas que componen una institución.

Esta persona moral o colectiva es una figura “creada” por el derecho, es decir, es consecuencia de una construcción lógico-jurídica; por tal motivo un grupo social, es concebido como una unidad ordenada –persona– por acción de las normas jurídicas.

Como afirma Mario I. Álvarez [ob. cit.], se trata de un “concepto creado como un instrumento teórico-jurídico cuyo objeto es regular una forma específica de la conducta humana en sociedad, no ya la característicamente individual, sino la manifestada colectivamente en un fin común reconocido como válido por el derecho”. En consecuencia, la persona jurídica es una creación instrumental que busca facilitar ciertas acciones humanas que se realizan inexcusablemente en grupo.

Por razones eminentemente prácticas y de simplificación jurídica, el derecho considera a la persona moral (persona jurídica) como un único sujeto, con una personalidad propia e independiente de cada una de las personas que la componen.

Carlos Fernández Sessarego [*Protección jurídica de la persona*. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1992] señala que formalmente se trata de un centro unitario e ideal, referente de situaciones jurídicas y de imputación de deberes y derechos (este dato formal se constituye mediante la abstracción de una pluralidad de personas a una unidad ideal de referencia normativa). Ello exige que, aun cuando los actos jurídicos de esta persona ideal sean ejecutados por personas naturales (físicas), el derecho los atribuye a la persona jurídica.

La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de las personas jurídicas se determinan por ley.

8.1.- Las razones de la asimilación conceptual

La expresión *persona jurídica*, surgida de la doctrina alemana del derecho privado elaborada por Federico Carlos de Savigny, fue asimilada o trasplantada al ámbito del derecho constitucional por teóricos de la talla de Wilhelm Eduard Albrecht y Carl Friedrich von Gerber. Así, en 1837, Albrecht, en su mención crítica a la obra de Namenbucher, *Fundamentos del derecho político actual*, sostuvo la necesidad de concebir al Estado no como una unión de hombres que opera por intereses individuales, sino como una comunidad e institución superpuesta a sus miembros y que por tal tiene fines propios. Señaló además que el cuerpo político no debía entenderse como la simple suma de los intereses del gobernante y de los súbditos, sino como una expresión plenaria y general, por lo que resultaba necesario considerar al Estado como una *persona jurídica*.

Posteriormente, en 1865, C.F. von Gerber, en su obra referida al desarrollo del Estado alemán *Fundamentos del Estado de Derecho en Alemania*, sostendrá tajantemente que el Estado es una persona jurídica distinta de la comunidad y del gobernante. Aun cuando el cuerpo político persigue por esencia el bien común, de ello no necesariamente se colige que promueva anhelos y fines inmediatos que sean coincidentes con los individuos que la integran: los fines del Estado no están exclusivamente constituidos por la suma de intereses particula-

res, como sucede con las asociaciones de derecho privado.

En lo que respecta al significado ideológico de la asimilación o incorporación del concepto de persona jurídica al ámbito del derecho constitucional, dicho significado puede resumirse en lo siguiente:

- a) Permitió la consolidación del denominado Estado liberal, frente al ya vetusto Estado absolutista. Era necesario enervar la identificación del Estado con la persona del monarca (durante la vigencia del Estado absolutista el cuerpo político y el monarca constituían una sola unidad, hasta el extremo de que el patrimonio del rey era el patrimonio del Estado y viceversa).
- b) Permitió afirmar el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos en favor de los miembros del cuerpo estatal, en la medida en que jurídicamente se aseguraban así las relaciones entre los ciudadanos titulares de aquellos y el Estado como persona jurídica; limitándose de este modo el poder omnímodo del gobernante (los derechos públicos subjetivos implican exigencias jurídicas al poder del Estado; aluden al cúmulo de facultades, atribuciones y prerrogativas políticas y civiles reconocidas por el cuerpo político para ser ejercidas frente a él).
- c) Permitió asegurar, dentro del marco del derecho internacional público, la conexión existente entre los conceptos de independencia e igualdad de los estados, y, de ese modo, el cumplimiento de los compromisos contraídos por cada uno de estos. Ello permitió eliminar el obstáculo que significaba el hecho de que los representantes del Estado que los hubieran suscrito, hubiesen dejado de tener esa condición (al margen de las circunstancias concretas de esta pérdida).

Puede afirmarse que el cuerpo político en el ejercicio de su poder, crea un sistema jurídico y establece un orden normativo que le otorga para sí el carácter de *persona jurídica*. En ese contexto, el Estado dotado de personalidad se desenvuelve en el mundo de la realidad coexistencial a través de órganos y organismos político-jurídicos representados por personas físicas que reciben el título de gobernantes o agentes públicos; y cuyos actos y hechos se imputan y atribuyen al Estado.

8.2.- El ámbito y los alcances del concepto de personalidad jurídica del Estado

Al influjo de las ideas liberales, se creó –por construcción de la dogmática jurídica occidental– la noción de personalidad jurídica estatal, la cual ha devenido en “real” –por aplicación analógica– al constituirse en un centro de irradiación de actos. Si bien el Estado no es perceptible por los sentidos, si lo son, para el mundo, sus efectos: decisiones, medidas, etc.

La personalidad jurídica estatal responde a una construcción lógica que se basa en la realidad histórico-social y que atribuye al poder político los mismos fines que persigue la sociedad en su conjunto. Es consecuencia de la autolimitación del Estado, ya que el voluntario sometimiento del cuerpo político hacia el propio derecho que crea y hace cumplir, lo convierte en sujeto de competencias, atribuciones, responsabilidades, obligaciones, etc.

El Estado-persona que resulta de todo esto, se distingue de los elementos que lo componen (pueblo, territorio y poder) y asume una individualidad propia y específica (no obstante que tales elementos constituyen el substrato de su existencia): al configurarse como *persona*, reduce sus elementos a la unidad.

Como afirma Raúl Ferrero Rebagliati [*Ciencia política*. Lima: Studium, 1975]:

“El Estado tiene territorio, pero no es tal; tiene un pueblo, mas no es pueblo; es en todo caso un poder regido por el derecho, una persona moral titular de derechos y obligaciones”.

A esta personalidad se le imputan los actos que sus *transitorios representantes* cumplen en el devenir político, quienes asumen competencias y responsabilidades que no se alteran ni extinguen aun cuando sean reemplazados posteriormente por otros. Esta unidad corporativa y continua permanece y sobrevive las generaciones que la conforman, pues se trata de una persona moral unívoca.

Por otro lado, en los aspectos que marca el derecho público, esta personalidad es más vigorosa y amplia que la de los individuos, ya que tiene a su disposición los derechos inherentes a la “potestad pública”, que la colocan en posición de reconocida superioridad respecto de todos en virtud de sus atributos para establecer relaciones jurí-

dicas particulares o colectivas, públicas o privadas.

El Estado es percibido por el derecho como un ente con personalidad jurídica en razón a lo siguiente:

- a) Aparece por obra del derecho como un ente con capacidad instituida y actuante; esto es, creado y dotado normativamente de personalidad jurídica y aptitud para establecer relaciones jurídicas.
- b) Actúa jurídicamente a través de sus actividades políticas y agentes administrativos.

8.3.- Las características de la personalidad jurídica del Estado

La personalidad jurídica del Estado está dotada de las cuatro características siguientes: la unidad, la impersonalidad, la identidad y la permanencia.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La unidad

La esencia de la comunidad estatal deriva de su orientación a la concordancia, en razón a que los integrantes del cuerpo político aspiran a la consecución de fines idénticos. La organización estatal obliga a englobar y fundir en un solo y único cuerpo político unificador, a todos los integrantes de la sociedad política.

La personalidad jurídica del Estado es una construcción lógico-jurídica que viene a configurar la manera de ser y las aspiraciones del "todo", es decir, es el resultado de la existencia de una organización política que incorpora dentro de sí jurídicamente la presencia simultánea de los diversos componentes del cuerpo político.

Los órganos del cuerpo político estarían disgregados si no existiese una potencia unificadora: el Estado personificado.

Las acciones políticas quedarían desgajadas o diseminadas si es que el Estado careciera de personalidad.

b) La impersonalidad

Los actos emanados de la voluntad de los gobernantes no se reputan como actos personales, sino como acciones del Estado mismo. La voluntad de decisión no reside en los gobernantes, sino en el propio Estado.

c) La identidad

El Estado actúa por sí mismo, es decir, de manera independiente de los elementos que lo conforman. Es un ente distinto y con existencia propia e individual; de allí que se sostenga, válidamente, que por sobre los gobernantes y gobernados existe otra "persona" que los comprende integralmente.

d) La permanencia

El Estado se mantiene como institución responsable de la voluntad manifestada, a pesar del reemplazo en el tiempo, de las personas encargadas de la conducción de sus órganos políticos, y comprende a los pobladores que lo integraron, integran e integrarán en el futuro.

La capacidad del Estado se manifiesta en forma constante, más allá de los cambios operados en su composición y dirección: el Estado es una institución perdurable (como lo afirma el viejo aforismo político: "¡Ha muerto el rey!... ¡Viva el rey!").

Los ciudadanos o súbditos nacen y mueren, sus dirigentes cesan o renuncian, mas el Estado se prolonga en el tiempo; hay, pues, una continuidad jurídica, consecuencia de su peculiar personalidad. El Estado no queda asimilado a una persona física, sino que contiene una idea de persona *in genere* (así por ejemplo, los compromisos contraídos por el ministro de Economía y Finanzas no se modifican por su mero cese o dimisión en el cargo).

8.4.- Los elementos de la personalidad jurídica del Estado

Entre los elementos connotativos de la personalidad jurídica del Estado destacan los cuatro siguientes:

- a) Conjunto de órganos y organismos públicos.
- b) Fin común de cumplir los deberes establecidos en la Constitución.
- c) Pluralidad de medios políticos, jurídicos y administrativos para la conservación de los fines establecidos en la Constitución.
- d) Reconocimiento jurídico.

8.5.- El carácter bifronte de la personalidad jurídica del Estado

Conforme ha aumentado la presencia del Estado en la esfera de la administración o supervisión de los bienes y servicios pú-

blicos, se ha ido configurando el carácter bifronte de su personalidad jurídica. Así, el Estado tiene una determinada personalidad cuando actúa en la vida jurídica como poder político que ejerce funciones de gobierno e imperio, y tiene otra cuando se desenvuelve como un simple particular.

Cuando actúa como una entidad soberana desde su posición de supraordinación y supremacía con respecto a los ciudadanos, el cuerpo político presenta una *personalidad jurídica pública*. En cambio, cuando actúa en un mismo plano de igualdad respecto a los ciudadanos, el cuerpo político asume una *personalidad jurídica privada*. Como expone Aurelio García [*Ciencia del Estado*. Quito, 1937], en este caso el derecho es propiamente igual para el Estado y los particulares.

Este carácter bifronte tiene la utilidad práctica de garantizar el derecho de los ciudadanos que pactan obligaciones patrimoniales con el Estado.

8.6.- La voluntad y la responsabilidad personificadora del Estado

Tal como refiere José Roberto Dromi [*Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad, 1997] el poder del cuerpo político como medio de exteriorización de la voluntad pública “es ejercida por hombres que actúan por él. Solo la persona humana puede accionar los resortes del poder y de la organización política mediante conductas que se imputan a la persona jurídica estatal”.

Es inobjetable que el Estado carece de voluntad propia y/o de las personas físicas que lo conforman o representan. Así, la Constitución y las leyes establecen sus competencias a favor de determinados órganos u organismos.

La atribución y asignación de los hechos y actos de las personas físicas que lo representan se explica a través de la relación jurídica, como vínculo indesligable e indisoluble entre el órgano u organismos, y el gobernante o agente público.

En ese contexto dicho vínculo se forja entre el órgano político-jurídico (competencia, cargo) y el órgano físico (gobernante o agente público).

La competencia que promueve derechos y deberes pertenece única y exclusivamente al órgano político-jurídico. El titular de este la ejerce, pero no puede delegarla ni cederla como si se tratara de un

derecho personal.

La responsabilidad estatal emana de su personalidad jurídica. Ella se manifiesta cuando los actos y hechos ejercitados por los órganos u organismos generan daño o perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria.

8.7.- Los efectos de la personalidad jurídica del Estado

El cuerpo político al ser dotado de personalidad jurídica produce los cuatro efectos jurídicos siguientes [José Roberto Dromi. ob. cit.]:

- a) La continuidad o perpetuidad de los derechos y obligaciones contraídas en el ejercicio de su actividad personificada; ello con prescindencia de los gobiernos y autoridades de turno.
- b) El establecimiento de relaciones patrimoniales con organizaciones homólogas, personales, etc.
- c) Exteriorización de dicha personalidad mediante normas jurídicas (leyes en sentido lato, resoluciones judiciales y administrativas, actos administrativos, etc.).
- d) Acreditación de responsabilidad contractual y extracontractual y su consecuente obligación reparatoria, indemnizatoria, etc.

CAPÍTULO CUARTO

LAS FUNCIONES Y FINES DEL ESTADO

SUMARIO:

1. EL ORIGEN CONCEPTUAL DE LA MAL DENOMINADA DIVISIÓN DE PODERES. 2. LA TEORÍA DE LA DISTINCIÓN DE ÓRGANOS Y DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES. 2.1. Las funciones estatales. 2.2. Los órganos estatales. 2.3. Las autoridades estatales. 2.4. La relación entre funciones, órganos y autoridades estatales. 2.5. El sistema de frenos y contrapesos. 3. EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LAS FUNCIONES ESTATALES. 4. EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LOS ÓRGANOS ESTATALES. 4.1. El Estado y la función jurisdiccional: el Órgano Judicial. 4.2. Los órganos constitucionales autónomos. 4.3. Las competencias o poderes implícitos. 5. EL ACTO ESTATAL CONSTITUCIONAL. 5.1. La competencia y el acto estatal constitucional. 5.2. Las notas condicionantes de la competencia del acto estatal. 5.3. El contenido de los actos estatales. 6. LOS FINES DEL ESTADO. 6.1. Las teorías. 6.2. La determinación de los fines del Estado. 7. LOS DERECHOS Y DEBERES DEL ESTADO.

El tratamiento del tema nos obliga a plantear algunas consideraciones iniciales sobre el poder estatal.

Al poder estatal se le percibe como la expresión plena de capacidad y energía social juridizada; se trata del “mando político” centrado en un ordenamiento estatal, el cual representa una forma de vida social que posee un carácter imperativo-atributivo. En este caso las autoridades públicas (gobernantes) ordenan y disponen en nombre de la Constitución.

El poder estatal, además de organizar la vida política, erige una autoridad y crea una jerarquía. En cuanto a lo primero alude a una competencia de mando sobre los miembros de una organización política; en cuanto a lo segundo supone una diferenciación clara de *status* entre gobernantes y gobernados.

Esta modalidad de poder se caracteriza por su *impersonalización* o

despersonalización: los gobernantes mandan únicamente por imperio de la ley. El poder estatal canaliza esta voluntad mediante una pluralidad de mecanismos predeterminados.

Como señalé en mi libro [*Teoría del derecho. El sistema jurídico nacional*. Lima: CONCYTEC, 1988], el poder no es un elemento exclusivo del Estado, pues en diferentes niveles y organizaciones de la vida social se encuentran manifestaciones y relaciones de poder. Empero, sucede que el cuerpo político adopta una característica de intensidad y extensión muy superior a la de cualquier otra existente en la sociedad. Como afirma Germán Bidart Campos [*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1995]:

“El Estado es la organización que dispone de un poder propio, originario, supremo e irresistible, que se impone en sus decisiones sin depender de otro, por su propia fuerza y con superioridad sobre los demás poderes sociales inferiores que existen en una comunidad. Es el poder máximo, elevado y último; no tiene otro por encima, y en el ámbito en que se ejerce actúa como exclusivo”.

Al poder estatal se le denomina *soberanía* en tanto cuenta con una facultad *sui generis* para trazar la conducta de los gobernados y la de los propios gobernantes, y que expone de manera inequívoca la existencia de una potestad superior a cualquier otro poder dentro del territorio de un Estado. Señálese además que externamente se manifiesta en un haz de relaciones interestatales, independientes e igualitarias.

La soberanía es una cualidad objetiva del poder estatal establecida para el cumplimiento de sus fines; se trata de una competencia estatal de mando, un poder juridizado, es decir, encuadrado por la Constitución. Siendo así, se entiende que el poder estatal presente las tres características siguientes:

- a) Posee independencia, es decir, no se encuentra sometido al dominio de ningún otro Estado.
- b) Posee capacidad de superposición y centralización, es decir, goza del atributo de sobreponerse a cualquier otro poder al interior del Estado, así como del de canalizarlo tomando para sí el papel de ente unificador.
- c) Ejerce el monopolio de la coacción material, lo cual implica que solo el Estado puede crear y reconocer reglas de derecho, así

como aplicarlas y, fundamentalmente, mandarlas a ejecutar.

La voluntad del Estado (soberanía) en razón de ser la expresión cabal de poderío no puede dividirse, por lo que resulta impropio utilizar la expresión *división de poderes*. Evidentemente el poder estatal no puede ser uno y trino a la vez.

El concepto de un poder soberano que se descompone en tres sin dejar de ser uno, resulta ser solo una abstracción metafísica.

El poder es uno porque solo así garantiza la organización uniforme, singular y jerárquica del Estado, fundiendo en una inmensa síntesis todas sus parcialidades. La diversidad de órganos y funciones no determina de manera alguna la fragmentación del poder. El hecho de la participación de diversas fracciones o porciones no produce en él ninguna variación sustancial o de naturaleza.

La unidad del poder se justifica por la necesidad de que sea una sola *voluntad* la que en definitiva indique lo conveniente para el bien común. La indivisibilidad del mismo no admite excepciones.

La distinción entre las actividades estatales y la existencia de una pluralidad de competencias políticas y administrativas (descentralización y desconcentración) no alteran en lo absoluto la unidad del poder estatal. No existen en el Estado los mal denominados "poderes", sino una potestad única que es su voluntad de dominación, cuyo ejercicio pasa por diversas fases: *decisión, ejecución y restitución o reparación*.

Las diversas etapas de la actividad estatal requieren de la intervención de una serie de órganos plurales. En el fondo todos estos modos, formas, fases, etc., concurren a un fin único: asegurar dentro del Estado la supremacía de una voluntad dominante, la que para ser tal no puede ser otra que un empeño y aquiescencia univoca e indivisible.

Al respecto, Jorge Sarmiento García [*Derecho público*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998] refiere que suele "usarse la palabra 'poder' indistintamente para designar a la vez al poder político mismo, a las funciones del poder y a los órganos estatales que lo ejercen, sin duda por influencia de Montesquieu quien adoptó como regla general el vocablo 'poder' dándole un sentido más amplio [...] sin embargo, en la actualidad, la doctrina enseña que el poder del Estado es único e indivisible, como también está de acuerdo en distinguir entre aquel, sus funciones y sus órganos". Por ende, advierte

a modo de sentencia acerca de que “la unidad del poder político es atraída por la unidad del fin para cuyo logro existe, y por la propia unidad del Estado, por lo que en realidad solo son distinguibles las ‘funciones del poder’ y los ‘órganos que lo ejercen’”.

La hoy discutible formulación doctrinaria de la teoría de la “división de poderes” fue construyéndose a base de las argumentaciones expuestas por James Harrington, John Locke, Henry Saint-John, vizconde de Bolingbroke y Carlos Luis de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu; ello generó el fraccionamiento intelectual del poder estatal –con diversos matices– en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Es dable señalar que históricamente surgió como el intento de evitar la omnipotencia estatal y el abuso del poder derivado de la absorción de *todas las funciones* en un *solo órgano*, es decir, en una sola autoridad. A lo expuesto debe agregarse que tras unos indicios en el mundo antiguo, la experiencia práctica de la Inglaterra del siglo XVII y comienzos del siglo XVIII fue la que marco el punto de partida para la construcción de la referida teoría.

Al respecto, José Roberto Dromi [*Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1987] señala:

“La formación de las asambleas de ancianos (Israel), la constitución de la magistratura militar (Esparta), el sacerdocio de las castas (India), la Asamblea (Atenas), el Senado consulto (Roma), las asambleas laicales o eclesiásticas y los concilios en los estados germanos, las cortes en algunas monarquías medievales (Castilla-Aragón), el Parlamento (Inglaterra), etc., fueron señalando una teoría de la distribución del poder que la posterior revolución liberal cristalizaría normativamente”.

En sus orígenes, dicha teoría fue entendida en el sentido de que las normas generales debía darlas un órgano deliberante y representativo del pueblo (Congreso, Parlamento, Asamblea, Dieta, Corte); la función administrativa la detentaría un órgano ejecutivo (Rey, Presidente de la República, Consejo de Ministros, Directorio), y la función jurisdiccional sería ejercida por un órgano judicial que, a su vez, podía adoptar variadas formas de estructuración.

El desarrollo del Estado superó ampliamente esta visión encasillada y fraccionada. En mayor o menor medida cada órgano fue “combinando”, entre las atribuciones asignadas por medio de la Constitución, el ejercicio de estas tres iniciales funciones, y de entre ellos el

órgano Ejecutivo creció considerablemente en cantidad y calidad.

Es notorio que la denominación “teoría clásica de la división de poderes” no responde a su contenido, pues propiamente no es tal, *sino más bien consiste en la distribución de funciones entre los distintos órganos jerarquizados del Estado*. Por ello, acudiendo a su expresión en su sentido literal no existe ni podrá existir jamás división de poderes.

1.- EL ORIGEN CONCEPTUAL DE LA MAL DENOMINADA DIVISIÓN DE PODERES

La noción relativa a la división de poderes nace con la institucionalización de la soberanía estatal, en razón a que es allí donde se gesta históricamente la monopolización del poder político dentro de todo un territorio amplio y delimitado y ejercido sobre una vasta y específica población.

Ahora bien, dicha temática fue objeto de confusiones terminológicas. Así, debe anotarse que hasta el siglo XVII en puridad se incidió en el tema de la tipología de los sistemas y regímenes de gobierno. Lo expuesto puede verificarse rastreándose las obras de Aristóteles, Platón, Polibio, Santo Tomás de Aquino, etc.

Es de verse que hasta la finalización del feudalismo el poder político estuvo diseminado en una multiplicidad de entes dotados de competencia y fuerza. Por tanto, era innecesario “dividirlo”.

La aparición del *Estado* como expresión acabada de las modernas sociedades políticas, generará que su poder sea soberano; esto es, supremo, exclusivo e irresistible. En ese orden de ideas, la potestad de mando del Estado no puede ser contestada ni igualada por ningún otro poder al interior de la comunidad política.

La concentración del poder y la aspiración derivada del ideal liberal promoverá la división del mismo, a efectos de garantizar y salvaguardar la libertad. Con ello se pretendió afirmar la lucha contra las bases mismas del absolutismo monárquico. En ese sentido, en la búsqueda de establecer el “imperio de las leyes” en reemplazo del “imperio de los hombres”, se resume el objetivo de la sustitución del Estado absolutista por el Estado sometido al derecho.

Esta visión tradicional, ya superada por la realidad política, cuenta –como se ha referido anteriormente– con cuatro grandes construc-

tores teóricos: Harrington, Locke, Bolingbroke y Montesquieu.

James Harrington, político inglés (1611-1677) escribió una obra de características utópicas denominada *Océano* (1656) en donde describe una forma republicana de gobierno en homenaje a Oliverio Cronwell.

En dicho texto expone la necesidad de una república equitativa con un gobierno establecido sobre la base de la ley, que levanta una superestructura de tres órdenes: el Senado que discute y propone, el pueblo que resuelve y la magistratura política que ejecuta.

Establece como función del Senado la de elegir a los magistrados principales y designar cuatro consejos –de Estado, guerra, religión y comercio– en los que tienen origen la mayor parte de los asuntos públicos.

Ahora bien, Harrington consideraba que la función deliberante o formulación de las políticas tenía que ser realizada por unos pocos que tuviesen experiencia y conocimientos prácticos. La aceptación o repudiación de dichas proposiciones quedaban sujetas a una decisión popular que debía efectuarse a través de un gran cuerpo colegiado expresamente elegido para tal fin y que no tuviese poder deliberante.

Como expone George H. Sabine [*Historia de la teoría política*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1998], “con arreglo a la división de poderes, la función del Senado es debatir. Una vez que este ha formulado una legislación o política, sus propuestas se imprimen y se transmiten al pueblo, el que decide aprobando la medida, rechazándola o devolviéndola al Senado para ultimar consideraciones, pero que no puede discutir ni introducir enmiendas”.

Contrariamente a lo que supondrían las consideraciones anteriormente expuestas Harrington era un aristócrata, que creía que la dirección del gobierno debía recaer en los hidalgos terratenientes. Por ende, les correspondía ejercer la función deliberante, así como escoger a quienes se encargarían de las funciones judiciales y las tareas vinculadas con el comercio, la religión y la guerra.

Su imaginativo pensamiento ejerció cierta influencia en la obra de Montesquieu.

John Locke, filósofo inglés (1632-1704), escribió su famoso ensayo *Consideraciones sobre el gobierno civil* con la finalidad de legitimar la Revolución Inglesa de 1688 en contra del rey Jacobo II; la misma que proclamó la soberanía del Parlamento y consagró como título de po-

der el asentimiento del pueblo. Así, para Locke existían dos órganos estatales: el Legislativo y el Ejecutivo.

El Legislativo era concebido como el órgano supremo delegado por la comunidad política. Estaba conformada por los parlamentarios en conjunto y por el rey. El gobierno –el rey– debía realizarse por medio de una legislación con visos de perennidad y a través de jueces conocidos. Para hacer viable la ejecución de las normas era menester la existencia del órgano Ejecutivo, el cual estaba caracterizado por un accionar ininterrumpido y con fuerza permanente.

Debe advertirse que el Ejecutivo fue concebido para el ejercicio de tres funciones: *la ejecutiva propiamente dicha, la federativa y la prerrogativa*.

La función federativa consistía en el manejo de las relaciones internacionales y la seguridad externa. La prerrogativa aludía a la potestad de obrar a discreción cuando lo exigía el bien común, aun sin prescripción de la norma o en contra de ella, ya que esta no podía prever todas las situaciones especiales o de emergencia que podían presentarse en el seno de la comunidad política.

Cabe recordar que cuando John Locke escribió su famosa obra (1690) no se encontraba en vigencia el Act of Settlement o Acta de Instauración (1700), que implícitamente fundamentó la independencia de la magistratura, por lo que no tuvo necesidad ni elementos de juicio suficientes para reconocer a la judicatura como un órgano propiamente dicho.

Javier Pérez Royo [*Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2000] señala que habiendo sido Inglaterra el primer cuerpo político en donde se inicia la “aventura” del Estado constitucional resultaba lógico que Locke utilizará la experiencia inglesa como punto de partida para la construcción de la teoría de la división de poderes en aras de defender la libertad.

Henry Saint-John, vizconde de Bolingbroke, hombre de Estado y escritor inglés (1678-1751), fue quien forjó la concepción del equilibrio de los poderes.

En su condición de ministro de la reina Ana Estuardo (1665-1714), expuso la necesidad de un gobierno mixto, con control recíproco de los órganos de poder estatal.

En su momento consideró que para contar con una Constitución

óptima y duradera era conveniente confiar conjuntamente la función legislativa al rey, a los nobles y al pueblo. Así, refirió que [Citado por Jean Touchard. *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos, 1983]:

“En una Constitución como la nuestra, la seguridad del conjunto depende del equilibrio de las partes y este de su mutua independencia”.

Sus biógrafos señalan que en esencia no se trataba de un doctrinario consumado, sino más bien de un político experimentado deseoso de contrarrestar la enorme influencia alcanzada por sir Robert Walpole (1676-1745), quien se había perfilado en el cargo de primer ministro por su ladino ascendiente personal sobre la reina.

La historia señala que el llamado “gobierno de corrupción” que lideró Walpole durante veintiún años, se caracterizó por la “presencia” de un monarca que solo muy eventualmente daba ciertas instrucciones. Walpole renunciaría al cargo en 1742, como consecuencia de una acusación penal -vía el *impeachment*- aprobada en su contra por la Cámara de los Comunes.

A través de escritos polémicos como *Dos partidos disertantes*, *Cartas de estudio de la historia* y *El rey patriota*, Bolingbroke expuso la idea de un control mutuo y recíproco de los órganos de poder estatal, mejoró la doctrina de la separación de poderes de Locke con el concepto definido de equilibrio de poderes, y generó cierta influencia conceptual en Montesquieu.

Así, en su trabajo sobre los partidos, dejó constancia de la existencia de un gobierno, que tuviera un equilibrio entre las tres partes componentes del mismo. Bolingbroke [Citado por Jean Touchard. ob. cit.] consideraba que “solamente un gobierno donde las tres partes -monárquica, aristocrática y democrática- ejerzan control entre los poderes, mantengan el balance entre ellos, puede proteger la verdadera libertad, la que es respaldada por el derecho”.

Carlos Luis de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu [*El espíritu de las leyes*. México: Porrúa, 1992], escritor francés (1689-1755) planteó en su obra *El espíritu de las leyes*, que la única fórmula capaz de reprimir el abuso del poder y de promover la libertad de los individuos era organizando al Estado de una manera tal que sus distintos órganos estuvieran contrapesados, ya que “solo el poder puede detener al poder”. Afirmó que solo la separación de los órganos del poder, los cuerpos intermedios, la descentralización y la moral impedirían a

las autoridades caer en el despotismo.

Javier Pérez Royo [ob. cit.] expone que Montesquieu transformará la teoría de la división de poderes en toda una doctrina. Es decir, superará el planteamiento especulativo para convertirlo en un conjunto de principios vinculados con la forma de vida política derivada de una filosofía política.

La formulación planteada por Montesquieu tuvo como marco de referencia su conocimiento y visión de la sociedad inglesa.

Su propuesta de *sistema tripartito* tendió a eliminar la absorción de las funciones legislativas, administrativas y judiciales en un solo órgano estatal. El notable pensador francés sostuvo [ob. cit.]:

“En cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo; el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes; y el Poder Judicial de las cosas que dependen del derecho civil”.

En virtud del primero –el de mayor importancia– el Estado aprueba leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadores, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero castiga los delitos y juzga las diferencias existentes entre los particulares.

Señálese adicionalmente que Montesquieu estableció que cada poder estatal tiene facultades de estatuir y de impedir. En el primer caso existe el atributo de ordenar o corregir lo ordenado por otro; en el segundo caso existe el atributo de anular lo resuelto por otro.

Así pues, la doctrina de Montesquieu sostiene que los poderes del Estado no solo deben estar separados, sino adicionalmente deben ser observados en una permanente actitud de control, por la vía de las facultades de estatuir e impedir.

Montesquieu consideraba que el Poder Legislativo debería estar conformado por dos cuerpos, el primero de representantes elegidos por el pueblo y el segundo por nobles designados por sucesión hereditaria. El Poder Ejecutivo, a efectos de agilizar su labor y en virtud de su peculiar naturaleza debería quedar a cargo del monarca. El Poder Judicial debería estar conformado por representantes del pueblo elegidos temporalmente para resolver asuntos particulares y concretos.

Montesquieu estimaba que la libertad política de un ciudadano se afirmaba en la tranquilidad de espíritu que provenía de la con-

fianza que tenía cada uno en su seguridad: y para que esta exista era necesario que ningún ciudadano temiese a otro. Así, cuando el Legislativo y el Ejecutivo se reunían en la misma persona o el mismo cuerpo no existía libertad ni seguridad. Por el contrario, surgía la desconfianza, porque “puede temerse fundadamente que el gobernante formule leyes tiránicas y al mismo tiempo las ejecute”. Planteaba que tampoco existía dicho binomio -libertad y seguridad- cuando el poder de juzgar no se encontrase plenamente diferenciado de los órganos citados. Montesquieu [ob. cit.] consideraba que “todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, o la misma asamblea del pueblo ejerciera en sí los tres poderes: el de hacer leyes, el de ejecutar y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares”.

Carlos María Bidegain [*Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001] señala que Montesquieu “sobre la base de una descripción no demasiado fiel a las instituciones inglesas que le sirvieron de base para la formulación de su teoría, estableció que el paradigma de las instituciones libres de dicho país se debía a tres elementos de su organización”, a saber:

- a) La distinción de tres especies de poder público.
- b) El desempeño de las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales por parte de personas distintas: “Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los principales o de los nobles o del pueblo, ejerciese [...]”.
- c) El recíproco control: “Es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”.

Correspondió a los inspiradores de las constituciones de Massachusetts, Maryland y New Hampshire (Estados Unidos, finales del siglo XVIII), que se diese acogida constitucional a los alcances de dicha doctrina. Los “Padres de la Nación Americana” la previeron en el artículo primero de la Constitución Federal de los Estados Unidos en donde consignaron:

“Todos los poderes legislativos aquí concedidos serán atribuidos a un Congreso de los Estados Unidos que se compone de un Senado y una Cámara de Representantes”.

En el artículo siguiente establecieron:

“El Poder Ejecutivo será confiado a un Presidente de los Estados Unidos de América”.

Finalmente, en el artículo tercero fijaron:

“El Poder Judicial de los Estados Unidos será atribuido a un Tribunal Supremo y tribunales inferiores”.

Respecto a la concepción práctica de un *Poder Judicial*, cabe señalar que ello se produjo a consecuencia de la fracasada experiencia confederacional.

En efecto, tras la emancipación de las colonias del Norte de América del yugo británico, estas decidieron constituir una Confederación de Estados (1776-1787). Los conflictos de competencia entre el órgano confederal y el derecho de nulificación de los cuerpos políticos miembros, obligó a los constituyentes americanos a establecer un Poder Judicial responsable no solo de administrar justicia, sino de resolver los conflictos de determinación de competencias nacionales y locales.

Poco tiempo después, en la histórica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), los revolucionarios burgueses elevaron a dogma la idea del poder tripartito, al fijar en el artículo dieciséis del referido texto lo siguiente:

“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes bien determinada, no tiene Constitución”.

Finalmente, los elaboradores de la Constitución francesa de 1848 expresamente consignaron que “la separación de poderes es la primera condición de un gobierno libre”.

2.- LA TEORÍA DE LA DISTINCIÓN DE ÓRGANOS Y DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES

Esta teoría alude a un principio de carácter dogmático-institucional emanado del denominado Estado liberal –en oposición al Estado absolutista– que se ha extendido y consolidado en el mundo actual.

Esta teoría es dogmática –punto fundamental y básico del Estado liberal– porque afirma la identidad absoluta entre la distinción de los órganos del Estado y el reconocimiento y garantía de la libertad de sus miembros; e igualmente es una arquitectura institucional de dicho tipo de Estado, porque sirve para distribuir las funciones del

cuerpo político entre órganos distintos sin perjuicio de sus articulaciones y mutua colaboración.

En ese esquema la equivocada denominación de “división de poderes” deviene en un esquema de organización jurídica del Estado, la misma que no puede ser entendida en la praxis por la mera referencia de la terminología empleada por Locke y Montesquieu.

Así, en esencia, las atribuciones asignadas a cada órgano no son exclusivas, sino meramente institucionales y prevalecientes.

La especificación y distribución de las funciones no significan, de modo alguno, su separación mecánica, sino tan solo una premisa necesaria para el mejor desempeño del Estado.

La visión original de Locke y Montesquieu no se ajusta a la realidad actual, ya que, no existe coincidencia total entre *órgano* y *función* (es el caso del Ejecutivo, ente que legisla más que el propio Parlamento).

Las instancias de gobierno, como fruto de la experiencia histórica, han provisto importantes correcciones al marco teórico, al plantear la confusión de los órganos de poder (gobierno directorial) o la colaboración de los mismos (gobierno parlamentario).

Asimismo, la existencia y rol de los partidos políticos –creación posterior a la formulación teórica– establecen que una agrupación política –por la vía del sufragio– puede acceder a la conducción simultánea del Ejecutivo y del Legislativo (gobierno presidencialista, gobierno parlamentario).

Señálase además que es de la mayor importancia en los regímenes modernos la existencia y armónica relación entre oficialismo y oposición. Como bien señala Jorge Tristán Bosch [Citado por Gustavo Garcés. *Breviario constitucional*. México: Editores Águila, 1996]:

“La terminología de Montesquieu es confusa porque sus ideas eran confusas; este no distinguió bien entre los conceptos poder del Estado, órganos y funciones. Por ello no se planteó la necesidad de usar tres expresiones distintas para nombrarlos. Bajo el vocablo genérico poder se confundió el poder del Estado propiamente dicho con las funciones; y, en algunos casos también con los órganos del mismo [...] llevado por la confusión conceptual a que se viene haciendo referencia, se empleó las expresiones genéricas de Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial para denominar con ellos sucesivamente, a cada una de las tres

series de poderes, de órganos y de funciones respectivamente. Esta desgraciada ocurrencia ha cegado a muchos comentaristas y ha sembrado tal grado de confusión en esta materia, que resulta casi imposible tratar de eliminarla”.

Como bien expone Luis López Guerra [*El Poder Judicial en el Estado constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2001], “una de las razones para la divergencia de opiniones sobre el significado del principio de división de poderes consiste en que el mismo concepto, y las instituciones y mecanismos en que se manifiesta, se acuñaron en los orígenes del pensamiento constitucionalista (la fecha convencional es 1748, año de la aparición del *Espíritu de las Leyes*) y pretendía aplicarse a situaciones y problemas muy distintos de los actuales”.

En efecto, es históricamente demostrable que dicha teoría apareció en un “tiempo histórico” en donde se buscaba la coexistencia pragmática y equilibrada entre un órgano Ejecutivo adscrito a una legitimidad tradicional y de un órgano Legislativo vinculado a una legitimidad democrática.

Luis López Guerra [ob. cit.] estima que este “equilibrio” tuvo justificación en la medida que la legitimación democrática no devino durante ese “tiempo histórico” en el principio monopolizador para la justificación del ejercicio del poder.

La visión de la división de poderes como una técnica de equilibrio supervivió hasta el siglo XX, en razón a que países tan influyentes política o culturalmente como Alemania, Austria, España, Portugal y Grecia tardaron en adherirse a la vigencia plena del principio de legitimación democrática.

En ese orden de ideas, tras la consolidación del principio de legitimación democrática para el ejercicio del poder, la teoría de la división de poderes devino en una técnica de garantía.

Por ende, ya no cabe hablar hoy de poderes del Estado en cuanto a instancias privativas y disímiles fuentes de legitimación. De allí que concretamente se haga referencia a la división de órganos y funciones en relación al poder del Estado; el cual deriva su legitimidad de la voluntad ciudadana.

Es preciso reiterar que la pluralidad de funciones no afecta la unidad del poder del Estado, por lo que aquí también cabe proclamar aquel principio cristiano de que “existe diversidad de ministe-

rios, pero no hay más que un solo Señor”.

La separación de funciones no se concreta a evitar que uno de los órganos del Estado ejerza solidaria e indivisiblemente todas estas, sino que, adicionalmente, intenta auspiciar que cada una o algunas de ellas sean ejercidas por distintos titulares (autoridades) especializados.

Las funciones del poder estatal no se presentan como meros actos inconexos, sino que guardan entre sí relaciones necesarias que les permiten limitarse y complementarse mutuamente. Toda actividad o competencia funcional forma parte de una estructura modular superior que refleja la *unidad del poder estatal*.

La fórmula estatal se resume en un poder político unívoco, actuante por el cauce de plurales *funciones*, ejercido por diversos *órganos* y titularizado en determinados sujetos denominados *autoridades*.

2.1.- Las funciones estatales

Hace referencia a un conjunto de factores interrelacionados que se encuentran orientados al cumplimiento de un fin institucional.

Estos factores son entre otros los siguientes: objetivos, relación de actividades, competencias, tareas, responsabilidades, etc.

Se trata de un conjunto de actividades precisas, necesarias, permanentes, afines y coordinadas que se desarrollan para alcanzar determinados objetivos. Las funciones estatales representan las razones principales para la existencia del Estado.

En puridad, se desprenden o derivan de los objetivos que dan origen y razón de “ser” al Estado. Su determinación tiene carácter técnico en la medida que se busca precisar la naturaleza de las actividades estatales y sus relaciones mutuas.

Las funciones estatales expresan las diversas *actividades* del Estado, en cuanto constituyen diferentes manifestaciones o modos de ejercer la potestad estatal. Se trata de aquellas finalidades u objetivos que delimitados de manera afirmativa o negativa, se encomiendan constitucionalmente a los órganos con *competencias* perfectamente prefijadas, y que se manifiestan externamente a través de actos de relevancia jurídica.

Al respecto, José Roberto Dromi [*Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Civitas, 1978] señala que estas son las

formas diversas bajo las cuales se manifiesta la actividad dominante del Estado.

Estas funciones son las diversas “formas” bajo las cuales se exponen las actividades dominantes del Estado y determinan el conjunto de actos por los cuales el Estado realiza las diversas atribuciones que él mismo se asignó. El análisis jurídico de esos actos permite el establecimiento y su clasificación en grupos separados, cada uno de los cuales forma una rama de actividad que deviene en una parte de la potestad estatal.

2.2.- Los órganos estatales

Hacen referencia a las unidades impersonales que tienen a su cargo el desarrollo y expresión de una o varias funciones del Estado, a través de las cuales este revela su actividad volitiva. Hacen operativo y visible el poder estatal manifestando su actividad y voluntad.

Cabe señalar que las funciones siempre se asignan a un órgano estatal, a efectos de que las actividades que las componen sean objeto de verificación en la realidad.

Los órganos poseen, por mandato de la ley fundamental, competencias específicas para actuar. Estas son el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente realizar, condicionando la validez del acto estatal de modo tal que el emitido al margen de ella está afectado jurídicamente de nulidad.

Las competencias orgánicas conceden a las autoridades, el deber-derecho de hacer uso de las facultades implicadas en ella, más no les concede atribuciones sobre las competencias en sí mismas.

Debe advertirse que los órganos estatales no son personas jurídicas, ya que solo al Estado en sí mismo se le reconoce personalidad.

2.3.- Las autoridades estatales

Hacen referencia a aquellas personas que están premunidas de un título jurídico para disponer, ordenar, mandar, etc. Están concebidas como las portadoras u operadoras de un determinado órgano del Estado.

Como bien afirma Jorge Xifra Heras [*Curso de derecho constitucional*. Barcelona: Bosch, 1962], el poder del Estado se ejerce mediante hombres: solo ellos pueden accionar fácticamente los resortes que

movilizan el poder de la organización política.

Eduardo Graña y César Álvarez [*Principios de teoría del Estado y de la Constitución*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003] exponen que “los actores jurídicos [...] en el derecho público son –pues– a quienes podemos llamar los gobernantes, es decir, quienes están encargados de decidir y actuar en nombre del Estado”.

Las autoridades como portadoras del poder quedan enmarcadas en el contorno de los órganos: la energía de estos últimos se mueve y despliega accionada por dichos titulares.

Los actos de poder generados por las autoridades fuera de las competencias de un órgano provocan un *exceso o abuso del poder*; así como la existencia de un acto de poder dentro de la competencia pero con un fin distinto, significa una *desviación del poder*.

El título jurídico de las autoridades políticas se obtiene a través de una pluralidad de opciones previstas en el derecho constitucional comparado, a saber: la fórmula democrática, la fórmula de la tradición, la fórmula de la cooptación o la fórmula mixta.

Al respecto, veamos lo siguiente:

La *fórmula democrática* es aquella que establece la elección popular de un jefe de Estado-jefe de Gobierno bajo la denominación de Presidente de la República (régimen presidencial) y de la totalidad de los congresistas (régimen presidencial y buena parte de estados con régimen parlamentario). Asimismo, situación homóloga se plantea para el Jefe de Gobierno bajo la denominación Presidente del Consejo de Ministros, canciller, etc. (régimen parlamentario).

La *fórmula de la tradición* es aquella que establece la entronización de un jefe de Estado bajo la denominación de rey, a consecuencia de la aplicación de las reglas de herencia dinástica (régimen parlamentario-monárquico).

La *fórmula de la cooptación* es aquella que establece la designación de un jefe de Estado por propia decisión de su titular. Tal el caso de la cooptación española del rey Juan Carlos I de Borbón por el generalísimo Francisco Franco Bahamonde. Igualmente, en Noruega en caso de no haber un príncipe apto para suceder al rey, este puede postular a su sucesor ante el Parlamento, el cual, sin embargo, puede elegir a un tercero en caso considere que el sugerido por el monarca gobernante tampoco resulta políticamente aceptable.

La *fórmula mixta* es aquella en donde dentro de un mismo régimen político al interior de un órgano de poder se combinan algunas de las fórmulas anteriores. Así, tenemos en el caso de los parlamentos monárquicos existe la elección del jefe de Gobierno por elección popular y la designación del jefe de Estado (rey) por herencia dinástica. Igualmente, existen órganos parlamentarios con una Cámara compuesta por representantes elegidos y otra por designados por la tradición (Inglaterra).

En la praxis, se advierte también la existencia curiosa de monarquías electivas. En efecto, en el Estado Vaticano la figura del Papa es homóloga a la de un rey; el cual es elegido por los cardenales menores de ochenta años que se reúnen en cónclave en la Capilla Sixtina.

Los cardenales participantes tienen la obligación de mantener reserva sobre los asuntos a discutir en torno a la sucesión. El voto (una balota) es depositado en un cáliz de plata y el conteo se realiza en voz alta.

Producida la elección se queman en un acto protocolar las balotas (fumata blanca). Luego de lo cual el cardenal decano anuncia públicamente la elección ("*Habemus Papa*").

Dicha práctica data del histórico decreto del Papa Nicolás en 1059.

Igualmente, en el caso del Estado de Malasia el rey es seleccionado cada cinco años por un Consejo de gobernantes de los estados malayos.

Así, conforme a la Constitución de 1957 reformada, sus nueve miembros hereditarios (sultanes, rajas o yangs) eligen luego de vencido el período anteriormente mencionado al nuevo soberano de la federación estadual.

El título jurídico de las autoridades judiciales se obtiene también a través de una pluralidad de opciones previstas en el derecho constitucional comparado, a saber: la fórmula de designación política, la fórmula de designación por cooptación, la fórmula de designación democrática, la fórmula de designación por organismos técnico independientes o la fórmula mixta.

La *fórmula de designación política* es aquella que establece que corresponde al Poder Ejecutivo y/o Poder Legislativo la selección y designación de las autoridades judiciales.

La *fórmula de cooptación* es aquella que establece que corresponde al propio Poder Judicial la selección y designación de sus cuadros.

La *fórmula de designación democrática* es aquella que establece que corresponde a la ciudadanía la elección de las autoridades judiciales.

La *fórmula de designación por organismo técnico independiente* es aquella que establece que corresponde a un órgano ajeno a los poderes estatales (Consejo Nacional de la Magistratura) la selección y designación de las autoridades judiciales.

La *fórmula mixta* es aquella que combina dos o más modalidades de selección y designación. Tal el caso del Perú, en donde el Consejo Nacional de la Magistratura nombra a los vocales de la Corte Suprema, Cortes Superiores y jueces de Primera Instancia. En tanto que la ciudadanía elige a los jueces de paz.

2.4.- La relación entre funciones, órganos y autoridades estatales

Las *funciones* vistas como tareas o actividades estatales siempre se asignan a los *órganos*, a efectos de que sus actividades sean ejecutadas por las *autoridades estatales*.

Los órganos deben ser visualizados en el campo normativo, en tanto que las autoridades deben ser comprendidas en el orden de la realidad. Así, mientras se denomina *Parlamento* a aquel órgano que la Constitución configura y describe, en la práctica aquel deviene en la pluralidad de individuos (representantes del pueblo) que lo conforman.

Los órganos son permanentes, las autoridades son en cambio contingentes. Al respecto, no debe olvidarse aquel viejo aforismo político: ¡Ha muerto el rey!... ¡Viva el rey!

Los órganos aseguran la continuidad de la función estatal ya que los actos que ejercitan las autoridades en el orden de la realidad no pierden validez, aunque las personas acreditadas con dicho título jurídico sean distintas en el tiempo; es decir, inevitablemente dichos actos siempre se asignan al órgano. El Estado asume responsabilidad por los actos emanados de sus órganos, a pesar del cambio de sujetos que los encarnan. En la sucesión físico-jurídica de las autoridades no se interrumpe el conjunto de obligaciones y derechos surgidos de la actividad de los mismos órganos.

En resumen: las funciones asignadas a los órganos del Estado se

manifiestan en la práctica a través de las autoridades. En ese contexto, se procura que no sea la voluntad exclusiva de uno de ellos, sino el arbitrio de todas las autoridades lo que genere las determinaciones estatales. Ello en razón de aquel aforismo de Montesquieu:

“Todo hombre que tiene poder tiende al abuso de ese poder”.

2.5.- El sistema de frenos y contrapesos

La doctrina estima que la noción más perdurable de Montesquieu se manifiesta cuando declara que “es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”.

En esa preocupación la distinción que se formula entre órganos, funciones y autoridades persigue un valioso objeto político: el recíproco y cuasi paritario control entre quienes ejercen la titularidad de los órganos estatales. Ello a efectos de evitar que se abuse del poder y se vulnere la libertad de los miembros del cuerpo político.

Para tal efecto, se exige la existencia de una distribución equitativa de las funciones y una plural fiscalización intra y extra órganos.

El Estado contribuye a asegurar la libertad de sus miembros cuando cuenta con un sistema de frenos y contrapesos. Así, mediante la técnica que los anglo-sajones bautizaron como *cheks and balances* cada órgano puede influir y hasta corregir los excesos y faltas de los otros.

Karl Loewenstein [*Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1984] señala que estructuralmente las técnicas de formas y contrapesos son de dos tipos: intraórganos e interórganos.

Las técnicas intraórganos son aquellas que se utilizan dentro de la estructura de un órgano de poder.

Se trata de instrumentos de autocontrol; vale decir, están a cargo de agentes o instituciones adscritas al propio órgano.

A guisa de ejemplo se pueden mencionar las siguientes:

- a) En el Órgano Ejecutivo se aplica mediante la obligatoriedad de la refrendación ministerial, el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, etc.
- b) En el Órgano Legislativo se aplica el sistema bicameral, la aprobación previa de un proyecto de ley por una Comisión, antes de su discusión por el pleno, etc.
- c) En el Órgano Judicial se aplica la doble instancia, la casación, la

consulta de oficio, etc.

Las técnicas interorgánicas son aquellas que se utilizan para asegurar que un órgano de poder pueda controlar la actuación de otro y viceversa; o para completar una acción que la Constitución demanda que se realice asociadamente. Ello implica una interacción funcional.

A guisa de ejemplo pueden mencionarse las siguientes:

- a) Desde el Órgano Ejecutivo se utilizan la observación presidencial de una ley, la disolución del Parlamento, etc.
- b) Desde el Órgano Legislativo se utilizan la interpelación, la censura, el voto de investidura, la estación de preguntas. En el ámbito de las acciones en donde se requieren la manifestación de dos voluntades políticas aparecen la propuesta de nombramiento por parte del Ejecutivo y la aprobación del nombramiento por parte del Legislativo (el Contralor General de la República); el nombramiento por parte del Ejecutivo y la ratificación por parte del Legislativo (el Superintendente de Banca y Seguros). Asimismo, se requiere de la concordancia de ambas voluntades políticas en los casos de los tratados internacionales, la prórroga del estado de sitio, la declaración de guerra y suscripción de la paz.
- c) Desde el Órgano Judicial se utiliza el proceso contencioso-administrativo para revisar la actuación de la justicia administrativa o la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar una ley por haber sido elaborada o contener disposiciones contrarias al texto constitucional.

3.- EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LAS FUNCIONES ESTATALES

La práctica constitucional demuestra, de una manera inexorable, que ningún órgano estatal se encuentra dedicado única y exclusivamente al ejercicio de una función, así como tampoco a su verificación plena o total. Se reconoce la existencia de cuatro funciones estatales, en atención a su naturaleza jurídica, a la esencia material del acto, a su dirección finalista y al mecanismo funcional de la realización del derecho. Al respecto, estas son las siguientes: función normativa, función administrativa, función jurisdiccional y función contralora.

a) Función normativa

Consiste en la elaboración de reglas jurídicas, ya sean de carácter general, abstractas e impersonales; o individuales, concretas y personales. Implica la regulación de las conductas existenciales y coexistentes.

Juan Francisco Linares [*Derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1986] expone que dicha función “alude al comportamiento del Estado consistente en dictar unilateralmente, mediante el uso de la palabra escrita, normas jurídicas generales, así como las normas jurídicas de alcance individual [...]”.

Nicolás Pérez Serrano [*Tratado de derecho político*. Madrid: Civitas, 1984] expone que la función normativa “consiste en la creación de reglas jurídicas, de imperativos que implanten una organización social y ordenen la conducta humana.

Javier Pérez Royo [ob. cit.] sostiene que es “la única función a través de la cual se constituye la voluntad ordinaria del Estado”.

b) Función ejecutivo-administrativa

Consiste en la formulación global de la acción gubernamental y en la adopción de las medidas fundamentales destinadas a su verificación en la realidad. Por ende, se dirige a la realización concreta de las normas y a la conducción y dirección del Estado, fundamentalmente en lo relativo a los servicios estatales en sus ámbitos interno y externo. En suma, implica la formulación y la ejecución de medidas conducentes a satisfacer las necesidades de la colectividad.

Dicha función exige acción para asumir la dirección general de la actividad estatal; así como para ejecutar las decisiones dispuestas por los órganos Legislativo y Judicial. En ese sentido, Juan Francisco Linares [ob. cit.] expone que dicha función alude al acto de ejecutar normas jurídicas de toda especie, fuera de situaciones contenciosas, mediante decisiones normativas que se particularizan en casos concretos. A lo cual habría que añadir el aspecto técnico-social o político que involucra la satisfacción de las necesidades colectivas, el cumplimiento por vía directa o indirecta de los servicios públicos y la consecución de ciertos fines convivenciales.

Félix Vicente Lonigro [“El Estado y sus elementos”. En: *Instituciones de derecho público*. Buenos Aires: Mocchi, 1997] expone que dicha

función consiste en la facultad que posee el órgano ejecutivo de poner en “ejecución a las leyes, de hacerlas cumplir mediante la utilización del poder de policía [...] así como también [...] de llevar adelante la actividad administrativa del Estado [...]”.

Los elementos fundamentales de la función administrativa son la dirección político-económica, la administración civil y la administración militar.

c) Función jurisdiccional

Consiste en la resolución de reclamaciones, quejas, demandas y denuncias de carácter jurídico. Implica la dirimencia en los conflictos interindividuales.

Juan Francisco Linares [ob. cit.] expone que dicha función alude a “la actividad estatal de ejecutar el ordenamiento jurídico, mediante actos unilaterales de alcance individual que deciden situaciones contenciosas en casos concretos, por los que se particularizan, para esos casos, cualesquiera de los contenidos de normas jurídicas”.

El propio Linares refiere que se entiende por situación contenciosa “la contienda judicial trabada por la pretensión de un sujeto, dirigida hacia otro, y la contradicción-resistencia o resistencia y contraprestación de este, tramitada ante un órgano del Estado, incluso un tribunal arbitral”.

La doctrina señala, que cuando se produce una disputa jurídica o se lesiona o amenaza un derecho surge la necesidad de conocer la verdad del Estado; vale decir, la certeza judicial de la legalidad o no de pretensiones en pugna.

En ese sentido, la sentencia es el instrumento por el cual el Estado a través del órgano judicial, declara solemnemente la solución de dicha controversia; y por consiguiente, la afirmación o desestimamiento de las pretensiones en litis.

d) Función contralora

Consiste en el aseguramiento de la limitación del poder en favor de los valores y principios condicionantes de la acción estatal. Por ende, deviene en la ejecución de acciones de comprobación, comparación, supervisión, evaluación y hasta de anulación de actos administrativos o legislativos contrarios a la Constitución o las leyes. Implica

adicionalmente, la ejecución de medidas en pro de la eficacia, eficiencia, legalidad y moralidad del quehacer estatal.

En puridad, consiste en la vigilancia y verificación de la legalidad, oportunidad o conveniencia de las conductas manifestadas o no manifestadas por los gobernantes y gobernados.

Dicha función puede encontrarse implícitamente contenida en la doctrina de Montesquieu cuando al hacer referencia a las facultades de estatuir e impedir, invocaba la posibilidad de corregir o anular lo decidido por otro órgano.

Estas funciones son ejercidas por los órganos estatales, bien con un carácter de actividad principal o con uno de actividad subsidiaria. En el primer caso la función se convierte en la tarea sustantiva y básica de un órgano, es decir, en la razón de ser de la existencia del órgano; en el segundo deviene en una actividad accesoria o colateral a la esencial.

4.- EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LOS ÓRGANOS ESTATALES

La doctrina constitucional consigna la existencia de tres órganos constitucionales clásicos, a saber: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) El Órgano Legislativo

Dicho órgano tiene como funciones principales las referidas a la normación y control.

Dicho órgano necesariamente debe tener una estructura colegiada y una composición numérica amplia a efectos que en él se pueda expresar políticamente las plurales necesidades de la sociedad. Ello en razón a que la voluntad del Estado debe ser la voluntad política de la sociedad.

Javier Pérez Royo [ob. cit.] sostiene que “como en la sociedad coexisten intereses y opiniones distintas, el órgano del Estado que lo expresa debe estar constituido de tal manera que puedan tener cabida en él dichos intereses y opiniones”.

b) El Órgano Ejecutivo

Dicho órgano tiene como función principal la dirección política y

la acción inmediata del Estado. A través suyo se expresa y exterioriza de manera tangible la presencia del cuerpo político.

Dicho órgano necesariamente debe tener una estructura unipersonal o bipersonal, a efectos de garantizar coherencia en la decisión y ejecución de las funciones asignadas.

c) El Órgano Judicial

Dicho órgano tiene como función principal la dirimencia de los conflictos interindividuales de naturaleza jurídica.

Dicho órgano necesariamente tiene una estructura unipersonal en la primera instancia y deviene en colegiada en las instancias restantes.

4.1.- El Estado y la función jurisdiccional: el Órgano Judicial

El concepto jurisdicción alude *strictu sensu* a la actividad de impartición de justicia; la cual corresponde, en principio de manera unitaria y exclusiva al Poder Judicial.

Orlando J. Gallo ["La justicia constitucional". En: *Curso de derecho constitucional IV*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996] señala que: "En un sentido amplio, ejercen jurisdicción los órganos de los tres poderes del Estado, conforme a la distinción que se tornará clásica luego de su formulación por Montesquieu [...]. Sin embargo, en un sentido estricto, se reserva la palabra jurisdicción para designar la atribución que ejercen los órganos encargados de administrar justicia, a la que han llamado actividad jurisdiccional, y especificado como aquella que se ejerce por un órgano independiente cuando resuelve conforme a derecho un conflicto entre partes o aplica las sanciones previstas en la ley para quien inflinge sus mandatos".

En esa misma orientación, Daniel Oswaldo Ruiz ["El Poder Judicial". En: *Instituciones de derecho público*. Buenos Aires: Ediciones Mocchi, s.f.] plantea que "La función jurisdiccional consiste en la aplicación de la ley a los efectos de resolver controversia, litigios o causas [...]".

En ese orden de ideas, Américo Lozano Ponciano ["Consideraciones acerca de la jurisdicción". En: *Ius et Praxis*. Lima: Universidad de Lima, s.f.] señala que representa a aquel fin primario del Estado, consistente en dirimir los conflictos interindividuales. En efecto, ante

el impedimento de hacernos justicia por propia mano (salvo en los casos de legítima defensa o del derecho de retención), es atinente al Estado resolver las controversias que surgen entre los hombres. Aquí, el particular tiene la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado ejercitando una *acción*, a la que corresponde como correlato la *jurisdicción*, que es además un “poder-deber”.

La palabra jurisdicción se forma de las expresiones *ius* y *dicere*, que vienen a significar “potestad de declarar o aplicar el derecho a los casos particulares”.

Como bien afirma Mario Alzamora Valdez [*Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*. Lima: Editorial Sesator, 1982]:

“El particular tiene la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado ejecutando una acción, a la que corresponde como deber correlativo la jurisdicción, el que además es un poder”.

El concepto *jurisdicción* se encuentra regulado por dos órdenes de facultades: los de *decisión* y *ejecución*, que se refieren al acto mismo; y los de *coerción* y *documentación*, que son las que tienden a remover los obstáculos que se oponen a su cabal ejercicio.

En uso de la potestad de *decisión*, el juez declara la voluntad de la ley, para resolver el conflicto.

La *ejecución* consiste en la facultad del juez de hacer cumplir sus propios mandatos dentro de los límites señalados.

El atributo de la *coerción* implica el constreñir la voluntad ajena o apremiar a través del poder.

El atributo relativo a la *documentación* tiene su sustento en la necesidad de acreditar de manera fehaciente la realización de los actos jurisdiccionales otorgándoles permanencia, así como en la de fijar indubitadamente, en el tiempo, el modo y estilo como se desarrollan.

A la luz de lo expuesto, la función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales. En efecto, ante el impedimento de hacerse justicia por propia mano (salvo en los casos de legítima defensa o de derecho de retención), es el Estado el encargado de resolver las controversias legales que surgen entre los hombres. En dicho contexto, el justiciable tiene la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del estado para ejecutar una acción, a lo que corresponde como corre-

lato la jurisdicción, que es, además, un poder-deber.

Es evidente que la jurisdicción corresponde a la soberanía del poder estatal, y que se ejerce a través del órgano jurisdiccional, el cual será el competente para resolver los conflictos que se susciten entre los particulares, mediante la aplicación de la ley.

El ejercicio de la jurisdicción implica la verificación de cuatro requisitos, a saber:

- a) Conflicto entre las partes.
- b) Interés social en la composición del conflicto.
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional o potestad de administrar justicia comprende, en lo esencial, lo siguiente: la tutela de los derechos fundamentales, los derechos ordinarios e intereses legítimos; la sanción de los actos delictivos, el control difuso de la constitucionalidad; y el control de la legalidad de los actos administrativos.

Francisco Balaguer Callejón [*Derecho constitucional II*. Madrid: Tecnos, 1999] define el Poder Judicial como la denominación “conceptual, abstracta y genérica con que se conoce a la organización (conjunto de órganos) a la que Constitución le encomienda una función distintiva: La judicial o más propiamente, la jurisdiccional”.

El carácter de poder estadual proviene más allá de las argumentaciones teóricas planteadas por Carlos Luis de Secondat barón de la Brede y Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes*, en la postura que adoptó la Constitución de los Estados Unidos (1787). Así, los constituyentes y los propios jueces americanos concibieron un ente no solo encargado de dirimir los conflictos interindividuales, sino además como aquel encargado del control de la constitucionalidad y legalidad de los actos legisferantes del Ejecutivo y Legislativo y dirimente de conflictos de competencia intergubernamental (este último papel nuestra Constitución le ha sido asignado de manera exclusiva al Tribunal Constitucional).

En ese contexto, el Poder Judicial fiscaliza los actos y normas que emanan del Ejecutivo vía la acción popular y la acción contencioso

administrativa; e igualmente controla la actividad del Legislativo a través de la inaplicación de las normas inconstitucionales al momento de resolver una causa en particular. A ello debe sumarse el conocimiento de los procesos de amparo que también puede derivar en decisiones inaplicativas.

Este poder tiene la connotación de ser acumulativamente difuso, arbitral y axiológicamente comprometido con los principios y valores constitucionales.

Dicho poder es difuso en la medida que es ejercitado y compartido por la pluralidad de sus operadores (jueces y magistrados) que imparte justicia a nombre y representación del Estado.

Es arbitral en la medida que intermedia resolutivamente en la solución de los conflictos que se presentan entre los particulares entre sí y la de estos con el propio Estado.

La intermediación arbitral de un órgano jurisdiccional radica de un lado, solucionar una contienda de intereses; y del otro, restablecer la paz social dentro del marco de la justicia. En relación a esto último, tras la búsqueda de la consolidación de la paz social, se reduce la conflictividad coexistencial y se legitima además al propio sistema político.

Su rol de ente con un poder no aséptico sino comprometido, se verifica en la subordinación y auspicio de todos y cada uno de los valores y principios consagrados en el texto fundamental.

Ahora bien, es necesario distinguir los conceptos Poder Judicial y administración de justicia, en razón a que el segundo alude al conjunto de medios administrativos (organización, personal, recursos) que resultan necesarios para que el primero pueda cumplir con su función pacificadora de conflictos.

La estructuración organizativa opera en función a criterios territoriales, jerárquicos y de especialización.

El criterio territorial remite a la idea de la demarcación de las áreas en donde se ejercería la función jurisdiccional; el criterio jerárquico apunta a la constitución de la organización de la autoridad de manera piramidal; y el criterio de especialización acentúa la concepción de operadores peritos en determinadas ramas del derecho.

Tal como lo expone Alberto Dalla Via [*Manual de derecho consti-*

tucional. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004] “No obstante encontrarse organizado como uno de los tres poderes en que se divide el Estado [...]. La función que le encomienda es la de afianzar la justicia. Y ello debe realizarse a través de los *procedimientos jurídicos regulares* que la propia Constitución garantiza a fin de hacer posible la vigencia del Estado Constitucional y Democrático de Derecho”.

Dichos procesos permiten que el Poder Judicial verifique algunas de las actividades siguientes:

- Determinación sobre la violación o no violación de un derecho o bien jurídico titulado.
- Determinación de la validez o invalidez jurídica de determinados actos.
- Restablecimiento del goce de un derecho, cese de la amenaza de violación de un derecho, nulificación o inaplicación de una norma expedida por los órganos políticos o administrativos del Estado.
- Determinación de responsabilidades, aplicación de penas o imposición de medidas resarcitorias.

Ahora bien, el Poder Judicial se distingue de los otros poderes en virtud que actúa sometido al marco estricto del derecho y la lógica jurídica; estándole vedado actuar conforme al principio de discrecionalidad (salvo excepciones previstas en el propio ordenamiento jurídico). De otro lado, su actuación está sujeta a una conducta de auto-control, que obliga a que sus determinaciones judiciales acrediten coherencia con los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad en la solución de una controversia judicial.

4.2.- Los órganos constitucionales autónomos

Estos hacen referencia a la pluralidad de unidades impersonales que tienen a su cargo competencias destinadas a perfeccionar la actuación del estado.

Los órganos constitucionales autónomos se caracterizan por operar competencias distintas a las asignadas a los órganos de poder clásicos (Ejecutivo, Legislativo y judicial).

Dichos entes aparecen después de la primera guerra mundial; destacándose entre ellos el Tribunal Constitucional y el Tribunal de

Cuentas. Ello en el marco de una tendencia a fortalecer la teoría de la distinción de órganos y distribución de funciones.

El campo de actuación es aquel en donde se requiere una acción técnica altamente especializada.

Jaime Cárdenas García [*Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Porrúa-UNAM, 1997] expone que dichos órganos poseen las características siguientes:

- a) Se trata de entes establecidos y configurados expresa y directamente en la Constitución. Por ende, se encuentran situados en el ápice de la estructura estatal. El texto constitucional delimita sus competencias; determina su estructura funcional y modo de designación de sus operadores, etc.
- b) Se trata de entes que realizan actividades esenciales para el eficaz funcionamiento del Estado; las cuales requieren de un manejo técnico.
- c) Se trata de entes que gozan de autonomía; esto es, han sido dotadas por mandato de la Constitución de la capacidad de autodeterminación. Por ende, no dependen de ningún órgano clásico (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). La autonomía radica en la potestad de decisión en relación a las competencias asignadas. Más aún, tienen homóloga paridad de rango jerárquico. Hiram Escudero Álvarez [*“Los órganos constitucionales autónomos y la seguridad pública”*. En: *Los desafíos de la seguridad pública en México*. México: UNAM-UI, 2002] justifica la creación de estos órganos en razón de la complejidad de las características de las actuales relaciones convivenciales dentro de una comunidad política.

En el Perú, el texto fundamental ha determinado la calidad de órganos constitucionales autónomos a favor de los entes siguientes: el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca y Seguros.

4.3.- Las competencias o poderes implícitos

Estas aluden a aquellas atribuciones necesarias para que un poder estadual u organismo constitucional autónomo pueda desempeñar

adecuadamente aquellas que le han sido conferidas expresamente por la propia Constitución. Estas son establecidas por una ley o reconocidas en una sentencia constitucional.

Lo “implícito” es aquello que no se encuentra enunciado formalmente en la Constitución de manera manifiesta, pero que es inferido como atribución en razón de su relación necesaria e inmediata con otra indubitadamente expresada en aquella, a efectos de asegurar el cabal cumplimiento de sus objetivos funcionales.

Marcial Rubio Correa [*El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006] expresa que “los poderes implícitos no son una interpretación extensiva de lo que el Estado puede o no hacer, sino de los medios que puede utilizar para hacer lo que se le ha encomendado [...] con sus competencias, el Estado no puede cumplir los fines que le han sido dados, pero si puede utilizar medios discrecionalmente, para lograr fines expresos”.

En efecto, mediante una ley o una sentencia se supera los límites de la fórmula gramatical de una norma preexistente en aras que esta pueda cumplir sus fines. Debe advertirse que el objeto de la interpretación extensiva no es la inclusión de nuevas situaciones, sino de incorporar las que naturalmente contiene.

Los poderes implícitos se encuentran “insertos” en el espíritu de una norma constitucional; la cual hace referencia al ejercicio de una atribución. En puridad, emergen o derivan de una interpretación extensiva o continuada.

Néstor Pedro Sagüés [“Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú y el quórum para sus votaciones”. En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III*. Serie: Lecturas de Temas Constitucionales, 12. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1996] señala que “estos son necesarios para que un poder u órgano del Estado pueda ejecutarse de modo eficaz lo que expresamente la Constitución le confiere [...]. Es básico subrayar que se trata de poderes constitucionales, lo que implica que no pueden ser desconocidos por los restantes órganos del Estado, ni abolidos por ley”.

Se proyectan como atribuciones develadas a través de la ley y recogidas de la Constitución, con el objeto que sirvan “medios” para poner en ejecución plena y eficaz aquellas otras preexistentes conferi-

das a un órgano u organismo constitucional.

La Corte Suprema Argentina en el caso Víctor Peláez s/hábeas corpus 1999, ha señalado que:

- a) Los poderes implícitos pueden variar con el tiempo, en función al contexto en que se desenvuelve la sociedad política
- b) Los poderes implícitos no pueden ser utilizados para que un órgano u organismo constitucional se arrogue las atribuciones de otro o asuma aquellas que sean extrañas a su área natural.
- c) Los poderes implícitos son auxiliares y están subordinados a los poderes expresos.

En el caso Colegio de Abogados del Callao (Expediente N° 0013-2002-AI/TC) el Tribunal Constitucional ha señalado que la aplicación de la teoría de los poderes implícitos por parte del Parlamento a través de la dación de una ley, se encuentra sujeta a las condiciones siguientes:

- a) Que la atribución asignada tenga un carácter instrumental; vale decir, que se encuentre al servicio y disposición de otra establecida directa o expresamente en la Constitución. Ergo, que guarde correspondencia entre fines y medios.
- b) Que la atribución asignada sea *apropiada* al cumplimiento de lo establecido directa y expresamente en la Constitución.
- c) Que no exista prohibición constitucional de su asignación.
- d) Que la atribución asignada sea compatible con el diseño de la parte dogmática y orgánica de la Constitución.

En ese contexto, sustenta la viabilidad de la utilización en nuestro ordenamiento constitucional del principio de *efecto útil*, el cual opera para garantizar la eficacia práctica de una atribución constitucional. Con ello flexibiliza la rigidez del principio de taxatividad que grueosamente señala que el ejercicio de una atribución está limitado a lo expresamente conferido. El efecto útil se justifica cuando existe conexividad entre fines y medios.

La teoría de los poderes implícitos difiere de la teoría de los poderes inherentes en razón a que este último alude al conjunto de atribuciones propias que surgen de la naturaleza de las cosas; ergo, son los indispensables para que un órgano u organismo particular y concreto

sea tal y no otro. Cítese el caso de un ente legisferante cuya atribución *per se* es dar normas; o un ente de justicia cuya actividad constitutiva es dirimir un conflicto entre partes.

En el caso Colegio de Abogados del Callao (Expediente N° 0013-2002-AI/TC) el Tribunal Constitucional ha reconocido la plena eficacia de la teoría de los poderes implícitos, al señalar que el Consejo Nacional de la Magistratura puede ser dotado a través de una ley, de atribuciones no consignadas expresamente en la Constitución, cuando estas sean absolutamente necesarias para desempeñar de la mejor forma las conferidas expresamente en el artículo 154 del referido texto supra. Ergo, ha reconocido que el legislador ordinario se encuentra facultado para asignar una competencia no prevista directamente en la Constitución.

Al respecto, en el segundo fundamento del citado caso consignó lo siguiente: “No es exacto que, cuando la Constitución no lo haya previsto, el legislador se encuentre vedado de asignar una competencia a un órgano constitucional o de relevancia constitucional.

Es del caso, desde luego, de atribuciones que no encontrándose previstas en la Constitución sin embargo son inmanentes a la función (poderes implícitos)”.

La denominada teoría de los poderes implícitos fue establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Mc Culloch vs. Maryland* en 1819. Correspondiéndole la ponencia de la causa al Juez John Marshall.

Dicha controversia surgió a raíz de dos hechos concordados:

El *primero*, referido a la decisión del Gobierno Federal de crear el Banco Federal (Banco de los Estados Unidos) y una red de sucursales y oficinas a instalarse en los territorios de las comunidades políticas adscritas a la Unión Americana.

El *segundo*, referido a la decisión del Estado de Maryland en 1918, de establecer una ley que obligaba a dicho ente a pagar un impuesto, y, por ende, facultando al Tribunal del Condado de Baltimore a exigir su cobranza.

En ese contexto, James W. Mc Culloch director de la sucursal del Banco de los Estados Unidos, en Baltimore (Maryland) se negó a pagar dicha carga impositiva; siendo por ello demandado ante el Tribunal del Condado.

La Corte Suprema consideró que la creación de dicho banco era un medio apropiado para el ejercicio de las funciones conferidas al Gobierno Federal. Por ende, este gozaba de poderes sobreentendidos.

Así, sustentó que el artículo 1, sección 8, párrafo 18 del texto supra, establece que “el Congreso tiene facultad para expedir todas las leyes que sean *necesarias y convenientes* para llevar a efecto los poderes anteriores –cf. Párrafos 1 al 17– y todos los demás que la Constitución confiere al gobierno de los Estados Unidos o a cualquiera de sus secretarios o funcionarios”.

La Corte Suprema consideró que “[...] la correcta interpretación de la Constitución debe reconocer a la Federación la discrecionalidad para elegir los medios con los que pone en práctica los poderes que le han sido conferidos y que, para beneficio del pueblo, le permiten desempeñar las tareas que tiene encomendadas, Cuando la finalidad es legítima, por estar amparada por la Constitución, entonces es constitucional cualquier medio o instrumento adecuado a aquella, siempre que no esté prohibido y pueda considerarse dentro del espíritu y la letra del texto constitucional”.

Por dicha argumentación consideró como plenamente constitucional la ley de creación del Banco de los Estados Unidos.

De otro lado, estableció que los estados de la Unión Americana carecían de atributos para gravar alguno de los medios empleados por el Gobierno Federal, para la ejecución de sus funciones constitucionales.

A través de lo resuelto en dicho proceso, la Corte Suprema Federal reconoció además de los poderes expresamente delegados (*enumerated powers*) todas aquellas otras atribuciones instrumentales a sus fines constitutivos (*implied powers*).

La teoría de los poderes implícitos fue introducida en la doctrina constitucional en aras de preservar el ejercicio de las competencias del Gobierno Nacional en una estructura estadual federalista. En América Latina, le ha correspondido a Argentina su utilización y desarrollo en grado sumo.

En la actualidad su aplicación no se liga única y exclusivamente con la determinación de atribuciones en el ámbito de las relaciones de poderes en un Estado Federal, sino que tiene alcances en todo aquello que haga necesario la asignación de una atribución medio para per-

mitir la plena utilización de una atribución fin.

La teoría de los poderes implícitos viene siendo aplicada en el campo del derecho internacional público. Así, aparece en la casuística de la Corte Internacional de Justicia a través de la opinión sobre reparación de daños (1949).

También puede encontrarse en la casuística del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos a través de la litis entre Rustam Mamatkulov y Abderasulave Askarovus vs. Turquía (1995), en donde se estableció una medida cautelar no prevista expresamente en el Convenio de Roma (1950), en aras de garantizar la eficacia de su decisión en torno a dos miembros del Partido Libertad y la Democracia extrañados de Turquía por los supuestos delitos de homicidio y lesiones en el contexto de un ataque terrorista al Presidente de la República de Uzbekistán.

5.- EL ACTO ESTATAL CONSTITUCIONAL

Esta denominación corresponde a aquella acción de naturaleza política en donde se expresa o manifiesta la voluntad del cuerpo político. Es efectuada por la autoridad titular de un órgano u organismo estatal, deviene en la vía por la que se crea, regula, modifica o extingue una relación de poder.

Al respecto, como bien expone Héctor Rodolfo Orlandini [*Principios de ciencia política y teoría del Estado*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1985] la esencia de la política se aviene a la energía y voluntad, puridad de acción y decisión del cuerpo estadual. Por ende, este se afirma en un orden estructurado de unidades políticas dispuestas dinámicamente para el logro de los proyectos de la comunidad.

Para que el acto estatal pueda ser considerado *jurídicamente* válido, es necesario que encuentre conformidad con el conjunto de principios, normas y prácticas constitucionales reconocidas por el Estado. Para que alcance validez *constitucional* necesita cumplir con el requisito de competencia; el cual a su vez debe satisfacer sus notas condicionantes (indelegabilidad, taxatividad, razonabilidad, proporcionalidad y racionabilidad).

5.1.- La competencia y el acto estatal constitucional

La competencia hace referencia a un poder atribuido por la Cons-

titución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal.

Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas normas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento del Estado, amén de precisar detalladamente las atribuciones y deberes funcionales de los gobernantes, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos.

En principio dicho concepto alude a la aptitud del obrar político-jurídico o área de atribuciones de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima, en función de que la autoridad responsable de aquel hubiere actuado dentro de dicho marco o fuera de él.

La competencia deviene en la potestad otorgada a un órgano u organismo constitucional para generar una manifestación de poder. Su otorgamiento no solo comprende el ejercicio de disposición, sino también el límite de su uso como potestad. En ese contexto, el Estado a través de uno de sus órganos u organismos puede manifestar válidamente su voluntad política como fruto de una competencia imperativa o discrecional, según lo dispongan la Constitución o las normas del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, cuando el órgano u organismo estatal se excede o rebasa la competencia señalada, ello ocasiona que el acto emanado carezca de fundamento suficiente para alcanzar validez; en esa hipótesis, el acto estatal deviene en nulo o inaplicable, según sea el caso; por lo que no resulta exigible ni genera efecto jurídico alguno. Debe admitirse, sin embargo, que la nulidad o inaplicabilidad –con la consiguiente carencia de efecto legal– no se presume, sino que es consecuencia de un expreso acto jurisdiccional de control y defensa del principio de constitucionalidad.

La competencia de las autoridades titulares de los órganos u organismos estatales, para realizar actos estatales válidos se manifiesta en los ámbitos personal, material, temporal, territorial y procesal.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La competencia personal y el acto estatal constitucional

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad

establecen qué operadores o agentes del orden constitucional se encuentran facultados para realizar un determinado acto estatal.

En puridad, el sistema constitucional hace referencia a ciertos sujetos denominados autoridades para que “operando” algún órgano u organismo del Estado, devengan en los protagonistas de ciertas acciones de comisión u omisión hacia terceros (otras autoridades o gobernados).

b) La competencia material y el acto estatal constitucional

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen qué tipo de acto estatal puede ser realizado por un determinado agente u operador del orden constitucional.

En puridad, la asignación de competencias no se reduce a la mera mención de los operadores, sino involucra además la conducta que deben verificar en concreto. Es usual que el ámbito material de la actividad del órgano u organismo se exprese en alguna o algunas de las manifestaciones que se derivan de las funciones estatales (normar, administrar-ejecutar, dirimir conflictos, controlar).

c) La competencia temporal y el acto estatal constitucional

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen el período de validez del acto estatal ejecutado.

En puridad, la asignación de competencias no se reduce a la mera mención de los operadores facultados, sino a la orbita de validez de las atribuciones en el tiempo. En principio la competencia no tiene limitaciones temporales, a menos que la Constitución u otra norma del bloque de constitucionalidad establezca que tales atribuciones son categóricamente finitas o accidentales.

d) La competencia territorial y el acto estatal constitucional

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen el marco espacial de validez del acto estatal ejecutado (nacional, regional, municipal, etc.).

En puridad, la asignación de competencias no se reduce a la mención de los operadores del orden constitucional, sino que precisa la orbita de validez espacial de las atribuciones conferidas. En consecuencia, dicha competencia puede tener un alcance nacional, regio-

nal, departamental o local.

e) La competencia procesal y el acto estatal constitucional

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen la forma o manera como deberá realizarse el acto estatal.

En puridad, la asignación de competencias no se reduce a la mera mención de los operadores facultados para hacer o no hacer algo, sino que además establece el *iter* político-jurídico administrativo que debe seguirse para asegurar la constitucionalidad o legalidad de un acto estatal.

5.2.- Las notas condicionantes de la competencia del acto estatal

La competencia para realizar actos estatales tiene como notas condicionantes las cinco siguientes: la indelegabilidad, la taxatividad, la razonabilidad, la proporcionalidad y la racionalidad.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La indelegabilidad

La competencia del acto estatal constitucional –es decir, la competencia para realizar actos estatales– no puede ser objeto de transferencia, cesión o encargo, pues obliga inexcusablemente a que la atribución conferida sea ejercitada directa y exclusivamente por aquella autoridad titular del órgano u organismo a quien se le ha otorgado. Siendo así, tal atribución deberá ser ejercida únicamente por el agente u operador encargado de la conducción de ese ente estatal.

b) La taxatividad

El ejercicio de la competencia constitucional está limitado o reducido a lo expresamente conferido. Esta competencia no puede ser ampliada o extendida de modo alguno. Más aún, las facultades conferidas a las autoridades de los órganos u organismos estatales son objeto de interpretación restrictiva.

En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “solo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”; ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que “aquello que no está prohibido, está permitido”.

La competencia asignada puede ser reglada o discrecional.

La competencia estatal reglada es aquella en que la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad predeterminan en forma concreta la conducta que el operador o agente político debe ejecutar, estableciendo expresamente las condiciones, formas y procedimientos que deberán seguirse. Esta competencia permite al ciudadano conocer de antemano la decisión que habrá de adoptar el Estado, bastándole para ello situar el supuesto de un hecho dentro del marco de la norma, principio o práctica constitucional aplicable.

La competencia estatal discrecional es aquella en donde la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad enuncian el ejercicio de una atribución política, empero dejan libertad al operador o agente para elegir el curso del acto estatal; en este caso el marco constitucional no establece condiciones, recaudos o procedimientos específicos, sino solo la respectiva atribución de facultades, por lo cual el modo, la oportunidad, conveniencia o inconveniencia de su realización quedan sujetos al criterio político de quien ejerce la competencia. Por este motivo, los actos objeto de esta competencia no son justiciables, salvo el caso de que los órganos jurisdiccionales encargados de la defensa de la constitucionalidad se pronuncien por dicha razón sobre la existencia, a favor de sí mismas, de una competencia jurisdiccional sobre la materia.

Ahora bien, la competencia discrecional ofrece capacidad de auto-determinación en una pluralidad de aspectos salvo en la elección de los fines que persigue.

Las competencias no regladas implican sustancialmente cuestiones netas de carácter político (es el caso, por ejemplo, del establecimiento de comisiones para tratar asuntos de naturaleza política).

c) La razonabilidad

El acto estatal debe perseguir alcanzar un resultado jurídicamente legítimo a la luz de los principios y valores constitucionales. Su finalidad debe ser concreta, palpable y verificable en sus consecuencias efectivas.

Por lo expuesto, el acto estatal debe sustentarse en una intencionalidad legítima, determinada y específica.

La razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspecti-

va: cuantitativa y cualitativa.

La razonabilidad cuantitativa pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de este en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc.

Al respecto, es históricamente constatable que los inicios de la aplicación de esta modalidad en América Latina se entroncase con el caso *Hilent y Rodríguez vs. Provincia de Tucumán* (Argentina, 1903). Allí la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de una ley de la provincia de Tucumán de fecha 2 de junio de 1902, la cual había establecido la reducción de la producción de azúcar en los ingenios industriales, generando el excedente con un impuesto que era en monto superior al precio corriente de la mercadería en el mercado.

La razonabilidad cualitativa pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes o servicios según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, busca la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias; y distintas para los que se hallan en disímiles circunstancias.

Al respecto, es históricamente constatable que los inicios de esta modalidad aparecen con el derecho tributario moderno.

d) La proporcionalidad

El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que los origina y el efecto buscado. En ese sentido, existe la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquel.

La doctrina plantea la verificación lógica axiológica de una proposición jurídica bicondicional, esto es, que justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones *sí y solo sí* guardan armonía y *sindéresis* con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes.

La proporcionalidad exige la existencia indubitable de conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la

consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal.

En consecuencia, la proporcionalidad aparece cuando la razón del efecto sea deducible de la causa o que sea previsible a partir de ella.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental).

En suma, la proporcionalidad plantea la adecuación de los medios escogidos, la necesidad de su empleo y la acreditación de no haberse afectado principios constitucionales más importantes.

e) La racionalidad

El acto estatal debe acreditar la armonía del medio empleado por la autoridad con los fines perseguidos. Esto implica la existencia de una conexión o vínculo eficaz entre lo dispuesto en el acto estatal, el supuesto de hecho que lo justifica, la vía utilizada y la finalidad que se pretende alcanzar.

5.3.- El contenido de los actos estatales

De conformidad con su contenido los actos estatales pueden ser políticos (que tienen naturaleza constitucional) o administrativos.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Los actos políticos

Aluden a aquellas decisiones vinculadas expresa y directamente con la dirección política del Estado.

La acción de gobierno presenta una naturaleza suprema y de alta política, adoptada en atención a las *razones de Estado*, denominadas así en virtud a que tienden a dar impulso o iniciativa al cumplimiento y promoción de los fines y actividades esenciales del cuerpo político.

Los actos políticos son imprescindibles para la gestación y consolidación de un orden político jurídico determinado. Mediante aquellos, el Estado, de manera unilateral, promueve medidas eficaces para el logro de sus intereses supremos.

Los actos políticos se refieren a lo esencial, básico y primordial para la vida misma del Estado; corresponden a las funciones y actividades más elevadas, significativas e importantes del orden jurídico-

político de la comunidad política. Las decisiones de dicha naturaleza, se rigen única y exclusivamente por el derecho constitucional.

Héctor Rodolfo Orlandini [ob. cit.] las concibe como expresiones de la representación y dirección política.

Dichos actos trasuntan una energía y una voluntad, una acción y decisión del cuerpo estadual que se expresa como una *directiva supra* de mando.

Estos se clasifican a su vez en *actos institucionales* y *actos de gobierno*.

Los *actos institucionales* son aquellos que patentizan directamente una actividad constitucional; son dictados en ejercicio de una actividad regulada o discrecional a cargo de los órganos Ejecutivo o Legislativo, y están vinculados cualitativamente a la organización y subsistencia del Estado.

En principio no inciden directa ni inmediatamente sobre la esfera jurídico-administrativa –cuyo *status* no se altera con su emisión– y son unilaterales en su estructura y alcance particular. Por tanto, no se vinculan con los ciudadanos, sino más bien con los propios órganos u organismos estatales.

Los agentes u operadores responsables de su expedición no se encuentran sujetos al control jurisdiccional. La esencia del contenido de los actos institucionales es constitucional y su substanciación es legislativa.

Entre los actos institucionales más comunes pueden destacarse los siguientes:

- Actos relativos a las relaciones internacionales (declaración de guerra, celebración de tratados, mantenimiento o ruptura de relaciones diplomáticas).
- Actos relativos a las relaciones entre los órganos estatales (veto legislativo, instalación y clausura de las sesiones congresales, etc.).
- Actos relativos al nombramiento o remoción de altos funcionarios públicos (ministros, embajadores, comisionados políticos, etc.).

Los *actos de gobierno* son aquellos que patentizan indirectamente una actividad constitucional. Estos tienen por objeto esencial y directo el producir efectos jurídico-políticos inmediatos respecto de las

personas naturales o jurídicas asentadas o con vocación de asentarse en el territorio nacional.

Son dictados en ejercicio de una actividad reglada o discrecional a cargo de los órganos Ejecutivo o Legislativo.

Entre los actos de gobierno más comunes pueden citarse los siguientes:

- Actos relativos a la expulsión o prohibición de ingreso de extranjeros.
- Actos relativos al otorgamiento del asilo, de la extradición, etc.
- Actos relativos a la seguridad interna (suspensión de derechos constitucionales, etc.).

La concepción de los denominados actos estatales aparecerá progresivamente a través de la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado francés –reformulado en sus competencias con Luis XVIII en 1815– tras la caída de Napoleón Bonaparte.

Es dable señalar que tras acerbos críticas de distintos sectores políticos, dicho ente limitará sus intervenciones a reducidos pero significativos asuntos conocidos como “cuestiones políticas”; en cambio transferirá el resto de sus competencias al órgano jurisdiccional.

Asimismo, es oportuno recordar que la doctrina de la no justicia-bilidad de los actos políticos surgirá en Estados Unidos en el siglo XIX, a través de fundamentaciones establecidas en el caso *Madison vs. Marbry* (1803) y *Luther vs. Borden* (1849). También aparecerá en Francia, a raíz de los casos *Lafitte* (1825) y *Duc d’Aumah* (1867).

Al respecto, en 1824 la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Gibson vs. Oyden* señaló que “la sabiduría y la discreción del Congreso, su identidad con el pueblo y la influencia que sus comitentes tienen en las elecciones, son en esta como en otras instancias, por ejemplo la declaración de guerra, los únicos frenos en que el pueblo debe confiar para asegurarse contra su abuso”.

Ahora bien, ello no es óbice para aclarar que un acto estatal puede en lo subsidiario derivar situaciones justiciables; tal el caso del establecimiento de un régimen de excepción el cual no es revisable en cuanto a la determinación en sí, pero en cambio es factible en lo relativo a los efectos concretizadores a una persona.

b) Los actos administrativos

Aluden a aquellas declaraciones unilaterales y ejecutivas mediante las cuales la administración estatal tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas. Gustavo Bacacorzo [*Derecho administrativo del Perú*. Lima: Editorial Cuzco, 1992] manifiesta que “implican las decisiones de una autoridad en el ejercicio de sus propias funciones sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas y/o de los administrados respecto de ellos”.

Estos actos son objeto de regulación por parte del derecho administrativo; por ende, están sujetos al control jurisdiccional. Los referidos generan autorizaciones, órdenes, prohibiciones, certificaciones, dictámenes, etc.

6.- LOS FINES DEL ESTADO

El Estado es una creación colectiva y artificial destinada a ordenar y servir a la sociedad. Su existencia solo tiene justificación por los fines que históricamente le corresponde cumplir.

Dichos fines tienen una naturaleza política y un carácter continuo; vale decir, acreditan una esencia o sustancia referida a un orden de convivencia organizado e institucionalizado bajo el gobierno de una autoridad y con ininterrumpido despliegue de energía y fuerza sin solución de continuidad. En ese sentido, en razón a los fines del Estado es improbable percibir a este en un momento dado en situación de reposo e inmovilidad.

El conocimiento de los fines estatales implica necesariamente encontrar las razones justificantes de su existencia: las que correspondiendo cumplir al Estado son las que orientan su accionar y, que, por tales pautan la dirección y alcance de sus actividades.

El conocimiento de la teleología estatal exige una reflexión acerca de la articulación de los motivos y las propuestas del accionar estatal.

Jean Dabin [*Doctrina general del Estado*. México: Jus, 1961] señala que “el fin que persigue el Estado es incontrastablemente uno de los signos que permiten reconocerlo entre los demás fines sociales [...] el fin es el principio especificador y animador; proporciona la razón de ser del Estado y de lo que cabe bajo ese concepto”. Por otro lado, Rodrigo Borja [*Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992] afirma que “el problema de los fines del Estado está

íntimamente ligado al de su justificación moral". En este sentido, el conocimiento de esta temática permite promover la evolución y perfeccionamiento de la organización política en favor de los miembros que la integran.

Al respecto, es importante dilucidar sobre si el Estado es la meta postrera de la actividad social o es simplemente un instrumento al servicio de los seres humanos; es decir, existe la necesidad de determinar la condición del Estado *como fin* o *como medio*. Este proceso de dilucidación lo efectuaremos al desarrollar las teorías vinculadas con el problema de la teleología estatal.

6.1.- Las teorías

En la doctrina aparecen, entre otras, las siguientes teorías relativas al problema de la determinación o inexistencia de los fines estatales: teoría mecánico-naturalista, teoría jurídico-formalista, teoría absolutista, teoría limitativa y teoría relativista.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Teoría absolutista

Esta concepción parte de la base según la cual el Estado existe y se desarrolla de manera natural y espontánea; en consecuencia es un fin en sí mismo, una institución que tiende hacia sí y se concreta en sí. Por ende, persigue metas u objetivos cualitativamente diferentes a los del conjunto de sus miembros. Más que una configuración histórica específica, se inspira en una concepción ideal y arquetípica del cuerpo político.

Gustavo Garcés [ob. cit.] señala que "así, el hecho mismo de existir *per se* es lo que otorga al cuerpo político una finalidad"; su sola presencia justifica su función, accionar y utilidad.

Al convertirse el Estado en un fin en sí mismo, obliga al concurso de todos los seres humanos para que se pongan a su integral disposición y servicio, "a efectos de acrecentar el poderío y engrandecimiento del mismo mediante la unificación de todos los elementos y factores que se encuentren integrando lo social y lo económico".

En razón de lo expuesto, el fin del Estado se agota en sí mismo, cuando exige a sus miembros solventar instrumentalmente con su esfuerzo, su construcción, consolidación, conservación y engrandecimiento.

La aplicación de esta teoría en la realidad lleva a que el Estado devenga en un centro de *absorción de fuerzas* que extrae su vigor institucional de la autonomía de la persona, de forma tal que mientras aquel se vuelve una potencia dominadora e irresistible, el ser humano pierde toda su significación.

Esta teoría convalida el autoritarismo estatal al hacer que los operadores del poder político no respondan por las actividades que desarrollan, haciendo inútil cualquier sustentación de la vigencia de los derechos fundamentales. La historia reciente demuestra la peligrosidad de la concepción del Estado como fin en sí mismo, testimonio de lo cual fue el Estado fascista.

b) Teoría jurídico-formalista

Esta concepción plantea que el derecho constitucional debe prescindir de investigar sobre los fines del Estado, ya que ello rebasa largamente su campo de estudio. En esa óptica, Hans Kelsen [*Teoría general del Estado*. México: Nacional, 1965] sostiene que el Estado es un sistema de normas cerrado y lógicamente autárquico que no necesita de ulterior justificación ante una instancia externa a ese orden. No es que se afirme que el Estado “carezca” de fin, lo que se afirma es que no tiene sentido indagar sobre el mismo.

En esta teoría, el Estado se reduce a una forma jurídica capaz de ser utilizada al servicio de cualquier fin social que la ideología política desee asignarle; el cuerpo político es un medio o instrumento para la realización variopinta de fines sociales cuya valoración es política. Por ende, por ser, el fin, algo extraño al fenómeno jurídico, deviene en ajeno al mundo del derecho constitucional.

En ese contexto, dicha teoría establece que el orden estatal afirma su validez con prescindencia de toda legitimación supra. Así, Hans Kelsen [ob. cit.] expone que “el Estado no es más que un medio para la realización de todos los posibles fines sociales [...]”.

c) Teoría relativista

Esta teoría hace referencia a la delimitación teleológicamente estricta de una actividad estatal guiada por parámetros enmarcados en la tríada de seguridad, libertad y derecho. Este trino objetivo es tal en razón de que la *seguridad* es consecuencia de la vigencia plena e integral del *derecho*, como lo es la *libertad*, que es producto de la reali-

zación y verificación efectiva del fenómeno jurídico.

Esta noción es criticada ya que la seguridad, la libertad y el derecho como fines del Estado, también se encuentran sujetos a circunstancias políticas y valorizaciones subjetivas sobre sus alcances y contenidos, lo que en la práctica hace poco confiable el supuesto “confinamiento” del Estado al cumplimiento de dichos objetivos.

Esta variable cobró auge y sentido durante la histórica lucha entablada entre el Parlamento británico y el rey Jacobo II, que acabó con la designación en el trono a Guillermo de Orange, el mismo que aceptó la famosa Declaración de Derechos de 1689.

d) Teoría limitativista

Esta concepción parte del conocimiento de los linderos o parámetros que por propia naturaleza tiene el Estado, así como de los deberes positivos de este con relación a sus miembros integrantes.

En relación con lo primero, queda claro que por naturaleza el Estado no puede crear o inmiscuirse en nada de lo que pertenece exclusivamente a la vida íntima de los seres humanos. Georg Jellinek [*Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954] señala que el cuerpo político no puede instituir, producir ni engendrar nada de aquello que sea obra exclusiva de la vida interior (por ejemplo, la sensibilidad ética, religiosa, artística, etc.; a lo sumo puede propender a crear ciertas condiciones que resulten favorables para el afloramiento de dicha sensibilidad). El Estado no tiene más papel que aportar un ambiente y condiciones propias para la subsistencia o el incremento de las manifestaciones humanas en los campos de la ética, la ciencia, la cultura, etc.

Con originalidad, Héctor Rodolfo Orlandini [ob. cit.] consigna que históricamente cada Estado tiene fines enteramente privativos condicionantes de su peculiar proceso político. Así, señala que ello se evidencia en la Antigua Roma con su vocación de conquista; la España feudal con su impulso en pro de la fe católica; los Ausburgos y su meta hacia la unidad de la fe; y la Rusia zarista hacia la colonización y civilización del norte de Asia.

6.2.- La determinación de los fines del Estado

A nuestro modo de ver, los fines del Estado son plurales, a saber:

la conservación del grupo social, la juridificación de la vida coexistencial y la del fomento del bien común.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) El fin de la conservación del grupo social

El Estado tiene la responsabilidad de alcanzar un nivel de seguridad y defensa a favor de sus miembros. Ello al extremo de considerarlo como el fin primario por excelencia.

Para tal efecto, deberá diseñar y establecer un conjunto de acciones y previsiones que permitan la supervivencia del grupo social y su propia permanencia en aras de poder cumplir los fines restantes.

b) El fin de la juridificación de la vida coexistencial

El Estado tiene la responsabilidad de establecer un orden jurídico que permita definir las relaciones generales del comportamiento social; la designación de las autoridades para el ejercicio del poder y su encauzamiento dentro de los valores socialmente deseados; y asegurar el restablecimiento de la armonía y la convivencia frente a actos perturbatorios para la coexistencia.

c) El fin del fomento del bien común

El Estado tiene la responsabilidad de establecer una comunidad que alcance su propio "bien"; vale decir, que acceda al perfeccionamiento y al bienestar mancomunado. En ese contexto, apunta a que los miembros del conglomerado social pueden desarrollar a plenitud sus potencias físicas, psíquicas, espirituales e intelectuales; amén de alcanzar condiciones materiales de vida óptima.

7.- LOS DERECHOS Y DEBERES DEL ESTADO

La primera enumeración de los derechos y deberes del Estado fue formulada por el abate Henry Gregoire al presentar la Declaración de los Derechos de los Pueblos ante la Convención Nacional Francesa en 1795. En dicho texto se exponía el derecho a la independencia, al dominio sobre el territorio, entre otros.

En lo que se relaciona con la especificación detallada de los derechos y deberes positivos del Estado, estos se sujetan a las referencias del escenario geográfico y del tiempo histórico en que se verifican.

Entre los derechos básicos pueden enunciarse los tres siguientes:

a) *El derecho a la autonomía y a la independencia*

Plantea la facultad estadual de decidir libremente acerca de sus asuntos internos y externos, sin ningún tipo de intromisión intranacional y extranjera.

Carlos Arellano García [*Primer curso de derecho internacional público*. México: Porrúa, 1993] expone que el Estado independiente es aquel que “no está subordinado a las normas jurídicas internas que rigen en otro país, ni a los mandatos o instrucciones emanados del gobierno de otro Estado”.

Como bien afirman Fabián Novak Talavera y Luis García Corrochano Moyano [*Derecho internacional público*. Tomo II, volumen 1. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000], dicho derecho se manifiesta en lo siguiente:

- Potestad de libre organización política (Constitución, forma de gobierno, etc.).
- Potestad de legislación.
- Potestad de aplicación de la legislación sobre todo el territorio nacional, sobre las personas que lo habitan y, sobre los casos que se encuentren dentro de su dominio.
- Potestad de administrar sus servicios públicos.
- Potestad de jurisdicción.

b) *El derecho de conservación*

Plantea la facultad de adoptar medidas tendientes a garantizar su existencia e integridad territorial y la vida de sus habitantes por la vía pacífica o violenta.

c) *El derecho a la exigencia de contribución de sus miembros*

Plantea la facultad de adoptar medidas tendientes a que cada uno de sus miembros contribuya en pro de la realización de los objetivos sociales que justifican la existencia del Estado.

Así, cada ciudadano –en función a sus capacidades– puede ser exigido al pago de impuestos, cumplimiento de cargas públicas y hasta de servir militarmente al Estado.

Entre sus deberes básicos pueden enunciarse los dos siguientes:

a) El deber de resguardar la dignidad de sus miembros

Plantea la obligación de afirmar la condición humana. Para tal efecto, debe velar por la custodia, estima y apoyo heterónomo para su realización acorde con la peculiar naturaleza de los hombres.

b) El deber de promover el desarrollo y el mantenimiento de un orden basado en la justicia

Plantea la obligación de promover un proceso sistémico de cambio en las estructuras de la sociedad, que permitan el crecimiento en el ingreso y que el producto per capita redunde equitativamente en un aumento del bienestar general; así como al establecimiento de un sistema normativo que acondicione la posibilidad de una coexistencia pacífica y con vocación de justicia.

En el Perú, los deberes primordiales del Estado están consignados en el artículo 44 de la Constitución.

En resumen: El Estado es un instrumento al servicio del hombre que completa su dignidad. No cabe ninguna duda de que la sociedad política se constituye para servir al ser humano y permitirle llevar una existencia civilizada en la que pueda desenvolver sus capacidades físicas, intelectuales y morales. Así, el Estado es para el hombre y no el hombre para el Estado.

Mérito significativo de los constituyentes de 1979 fue el haber consignado este criterio en el artículo 1 de la Constitución que elaboraron. El texto vigente ha mantenido los lineamientos de dicha concepción.

CAPÍTULO QUINTO

EL ESTADO Y EL GOBIERNO

SUMARIO

1. LAS FORMAS DE ESTADO. 1.1. La tipología de las formas de Estado. 1.1.1. El Estado unitario. 1.1.1.1. El Estado unitario stricto sensu. 1.1.1.2. El Estado unitario desconcentrado. 1.1.1.3. El Estado unitario descentralizado. 1.1.1.4. El deslinde entre desconcentración y descentralización. 1.1.2. El Estado complejo. 1.1.2.1. La confederación. 1.1.2.2. La clasificación de las confederaciones. 1.1.2.3. El Estado federal. 1.1.2.4. Las diferencias entre el Estado confederado y el Estado federal. 1.1.2.5. El Estado libre asociado. 2. LAS FORMAS DE GOBIERNO. 2.1. Las formas clásicas de gobierno. 2.1.1. La monarquía. 2.1.2. La república. 2.2. Las formas modernas de gobierno. 2.2.1. Los sistemas políticos. 2.2.1.1. El gobierno absolutista. 2.2.1.2. El gobierno liberal. 2.2.1.3. El gobierno marxista-leninista. 2.2.1.4. El gobierno fascista. 2.2.1.5. El gobierno democrático social. 2.2.2. Los regímenes políticos. 2.2.2.1. El gobierno de asamblea. 2.2.2.2. El gobierno directorial. 2.2.2.3. El gobierno parlamentario. 2.2.2.4. El gobierno presidencial. 2.2.2.5. El gobierno mixto o compuesto. 2.2.2.6. El gobierno sultanático.

El *Estado* alude a la existencia de una sociedad política, independiente y organizada, que posee la titularidad soberana, abstracta y permanente del ejercicio del poder, y cuyo fin consiste en el cumplimiento y racionalización de la vida comunitaria; en función de lo cual establece un orden jurídico coactivo.

Los alcances de esta concepción se explican en consideración a que el Estado es una sociedad política, autónoma y organizada para estructurar la convivencia de la vida moderna, dado que comprende a un conjunto de personas que se relacionan por la necesidad común de imperativos afines de conservación y unidad de desarrollo coexistencial, para lo cual requiere de la institucionalización de un aparato con poder político y de un sistema jerárquico de normas convivenciales.

Esta organización de naturaleza política –en donde se establece la

trama de relaciones entre gobernantes y gobernados-, manifiesta una existencia independiente, es decir, no se encuentra sujeta o tutelada por ninguna otra colectividad homóloga.

El ejercicio de un poder político soberano describe la existencia de una potestad de mando que se hace inexcusable, plena e irresistible, dentro de los límites de un determinado territorio. La titularidad del poder soberano es abstracta y permanente, en la medida que se manifiesta de manera indefinida en el tiempo y con exclusión de una titularidad particular, ya que dicha potestad corresponde a toda la comunidad en su conjunto, la cual encarga transitoriamente su ejercicio histórico a determinados miembros del cuerpo político, bajo la denominación de gobernantes.

La justificación y la anuencia social ante la potestad y disposición de mando de los gobernantes radica en la necesidad de alcanzar determinados fines –que en lo esencial se vinculan con la conservación y unidad del grupo comunitario y con la vocación plural de progreso– de la manera más eficaz y eficiente posible.

El marco de la organización, funciones y relaciones que se establecen entre gobernantes y gobernados se plasma en un ordenamiento jurídico obligatorio que se encuentra respaldado por la coacción, con el objeto de asegurar la verificación práctica del objeto de la constitución de una comunidad política. Por ende, es irreversible aceptar que todo Estado requiere y necesita de un gobierno, esto es, de un conjunto de órganos e instituciones bajo la conducción de titulares elegidos o designados encargados de ejercitar y desenvolver conscientemente el poder público en sus distintas manifestaciones (legislar, administrar, dirimir los conflictos de carácter jurídico, etc.), con miras a cumplir, en los hechos, con los fines que el Estado se encuentra empeñado en alcanzar.

El gobierno alude al conjunto de órganos establecidos en la Constitución, a efectos de viabilizar el ejercicio de la soberanía.

Dicha expresión proviene de la voz latina *gubernare*, que significa “guiar la nave”; así pues, conlleva la vocación de dirigir, encauzar o manejar todos los asuntos que competen al Estado. Esta organización derivada del poder constituido coadyuva a la decisión de cumplir los fines estatales.

Desde un punto de vista semántico, el *gobierno* se entiende como

la organización mediante la cual se fomenta la voluntad del Estado.

El gobierno suele ser identificado como aquel poder político organizado que ejerce dominio sobre el territorio y control sobre la población de un Estado. Por ende, requiere y exige una voluntad colectiva ordenada bajo una autoridad supra responsable de la conducción de una colectividad política. Dicha organización se expresa mediante un conjunto de órganos e instituciones; los cuales exponen y manifiestan la actividad social del Estado.

Félix Vicente Lonigro ["El Estado y sus elementos". En: *Instituciones de derecho público*. Buenos Aires: Macchi Grupo Editor, 1997] señala que dicho concepto alude "al conjunto de órganos que, ejerciendo el poder del Estado, conduce los destinos de una Nación organizada".

En esa idea Camilo I. Risso ["Gobierno y Estado". En: *Curso de derecho constitucional*. Tucumán: La Ley, 2001] plantea que hace referencia a la pluralidad de órganos estatales a los que jurídica e institucionalmente les está conferido el ejercicio del poder político. Por tanto, comprende la trama de órganos e instituciones, servicios y actividades a través de los cuales se desenvuelve la existencia del Estado.

Adolfo Posada [*Tratado de derecho político*. Madrid: Manuel Soler, 1940] lo percibe como la organización específica del poder constituido en, por y al servicio del Estado.

El gobierno para ser tal debe disponer de órganos que ejerzan las funciones de administración, legislación, dirimencia de conflictos y de control que aseguren la eficiencia y la eficacia de las actividades que buscan plasmar bienestar, seguridad, justicia, etc. Por consiguiente, debe acreditar una organización institucional efectiva mediante la cual expresa la autoridad política, a efectos de atender los asuntos coexistentes de carácter público.

En suma, se trata de una estructura político-administrativa desde donde se ejerce las diversas actividades estatales.

Ahora bien, es frecuente referirse al Órgano Ejecutivo o Legislativo (según sea el régimen político imperante en un Estado) como sinónimo de gobierno. En ese orden de ideas, se le asocia con la realización de actividades tales como:

- Disposición de la Fuerza Armada, la Policía Nacional y la administración pública.

- Dirección de la política exterior y las relaciones internacionales.
- Administración de la hacienda pública.
- Garantizamiento del cumplimiento de la ley y las decisiones jurisdiccionales.
- Supervisión y prestación de los servicios públicos.

Como puede observarse Estado y Gobierno son expresiones que designan conceptos disímiles. El primero hace referencia a la comunidad política integralmente considerada y como tal sujeto activo de la soberanía. El segundo plantea la existencia de la forma específica de organización del poder político determinado en la Constitución.

Alessandro Groppoli [*Doctrina del Estado*. Milán: Guiffra, 1945] refiere que el Estado designa a una unidad política titular de la soberanía; y el gobierno expresa al conjunto de órganos mediante los cuales se ejerce efectivamente dicho poder. A su vez, Segundo Linares Quintana [*Derecho constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1976] refiere que el Estado abarca a la totalidad de ciudadanos en tanto que el gobierno implica única y exclusivamente a los representantes de estos; vale decir, a los gobernantes.

El gobierno se distingue del Estado, del mismo modo como pueden diferenciarse las partes del todo. Así, Adolfo Posada [ob. cit.] ha señalado que “el gobierno es algo del Estado y para el Estado, pero no es el Estado”. Empero cabe advertir que dicha parte del cuerpo político es vital para la subsistencia y desarrollo de este. Esta distinción no obsta para que se reconozca lo siguiente:

- a) El gobierno, como una parte del Estado, deviene en la condición esencial para la preservación de la unidad política y vocación de progreso del ente estatal.
- b) El gobierno, para ser genuinamente tal, requiere de la fuerza y la energía que le otorga y ofrece el Estado.
- c) El gobierno, con su accionar, consuma la acción eficaz del Estado en el cumplimiento de sus metas u objetivos.

En ese sentido, los actos del gobierno expresan el ejercicio, dirección, administración, conservación, dirimencia y control del poder estatal.

En cierta manera, puede afirmarse que el gobierno es la expresión

fáctica y real de la actividad estatal.

Los responsables de la conducción de los órganos de gobierno (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) reciben la denominación de gobernantes; de allí que tradicionalmente se conecte dicha expresión con la pluralidad de personas ejercientes del poder político; y, por tanto, configurantes físicos de la administración y orientación de la marcha del Estado.

En términos fácticos la sociedad objetiviza al gobierno propiamente dicho en una de las ramas del entramado estatal: El órgano Ejecutivo.

Ahora bien, en relación a las nociones de Estado y gobierno cabe señalar que cuando el derecho constitucional alude a la división horizontal del poder y a sus relaciones con los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial se está haciendo referencia a una de las expresiones de las formas de gobierno (regímenes políticos); en cambio, cuando se alude a la división vertical del poder por su relación con el territorio se está haciendo referencia a las formas de Estado.

1.- LAS FORMAS DE ESTADO

Aluden a las maneras de distribución territorial del poder dentro de un Estado. Implican la relación existente entre dos elementos del cuerpo político: el poder y el territorio.

Josep M. Valles [*Ciencia política*. Barcelona: Ariel, 2000] señala que “esta conexión entre poder político organizado y territorio ha dado lugar a la configuración de diferentes modelos de Estado, según el grado de dispersión o concertación que presenta el ejercicio del poder”.

Observada esta relación a la luz del derecho, se establece la siguiente doble clasificación:

- Estado unitario:
 - *Stricto sensu*
 - Desconcentrado
 - Descentralizado

- Estado complejo:
- Confederado
- Federal
- Libre asociado

1.1.- La tipología de las formas de Estado

Como se ha referido, son dos las grandes formas de Estado: el Estado unitario y el Estado complejo.

Al respecto, veamos lo siguiente:

1.1.1.- El Estado unitario

Es aquel donde el poder político se manifiesta desde un solo centro de afluencia y decisión. Se trata de una única instancia reconocida como detentadora del poder.

El Estado unitario conlleva que los órganos de poder político se encuentren concentrados o reunidos en un solo núcleo gubernamental.

Como afirma Rodolfo Rodríguez [*Consideraciones sobre el Estado y el gobierno*. Buenos Aires: Punto, 1993], alude a una tendencia centrípeta –fuerza que atrae hacia el centro–, por la cual el poder político se encuentra inserto en un órgano central, de manera tal, que dicho poder es ejercido por gobernantes cuyas funciones se extienden y abarcan a toda la población y el territorio del Estado. El Estado unitario tiene un solo orden jurídico firme y valedero dentro del territorio, y una estructura nuclear gubernativa desde donde se ejerce el poder político (toda la actividad política emana del centro y converge hacia él).

Humberto Nogueira Alcalá y Francisco Cumplido Cereceda [*Derecho político. Introducción a la política y teoría del Estado*. Cuadernos Universitarios. Caracas: Universidad Nacional Andrés Bello, 1990] señalan que esta modalidad estatal implica que el poder conserva unidad en cuanto a su estructura, proyectando un único centro de impulsión político-gubernativo; en consecuencia, hay una sola instancia de poder, el cual es ejercido por los respectivos órganos del Estado encargados de las diferentes funciones de este.

Hemos señalado anteriormente que la totalidad del pueblo per-

teneciente a un Estado unitario se encuentra compelido a la monodía de un gobierno: el pueblo vive vinculado a un mismo y único régimen constitucional, regula sus relaciones coexistentes bajo las mismas leyes, y resuelve sus conflictos interindividuales ante un mismo aparato de administración de justicia.

Así, entre el centro político y la periferia existe una clara jerarquía vertical.

En resumen, el Estado unitario es aquel donde existe un solo cuerpo político; en donde el poder central se irradia por todo el territorio –sin limitaciones de naturaleza política–; y que se caracteriza en grado sumo por la indivisibilidad del poder.

Tal como señala Javier Pérez Royo [*Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2000], el Estado unitario surge históricamente como una afirmación “a partir de y frente a la monarquía absoluta”. En puridad, nace a través de un proceso de concentración y unificación de los otrora poderes políticos intermedios, subordinados y dependientes del Antiguo Régimen.

En ese sentido, el referido autor señala que su aparición conlleva a un triple proceso de unificación, a saber:

a) *La unificación del poder*

Ello se produce en la medida en que la conjunción emana de la supresión de todos los poderes políticos de naturaleza privada.

b) *La unificación de la población*

Ello se produce en la medida en que la conjunción emana de la supresión de todas las diferencias jurídicas que menoscababan a las personas por razón de su origen; por consiguiente, la equiparación se alcanza bajo la homóloga calidad de ciudadanos y el derecho a la igualdad de trato.

c) *La unificación del territorio*

Ello se produce en la medida en que la conjunción emana de la supresión todas las divisiones feudales y aduaneras que impedían la afirmación monolítica del poder político.

Expresión cabal de dicho proceso puede encontrarse en las experiencias históricas de Inglaterra y Francia; las cuales tras el afianza-

miento de la organización política constitucional han sido y siguen siendo estados unitarios.

Ahora bien, la doctrina constitucional considera que el Estado unitario puede presentar las tres derivaciones siguientes: el Estado unitario *stricto sensu*, el Estado unitario desconcentrado y el Estado unitario descentralizado.

Al respecto, veamos lo siguiente:

1.1.1.1.- El Estado unitario *stricto sensu*

En esta derivación la autoridad central del Estado “monopoliza” el poder de mando en el ejercicio de las funciones públicas; el cual se encuentra organizado piramidalmente. Las órdenes y decisiones gubernamentales descienden verticalmente desde la cúspide a la base. Dicho proceso concertador del poder de mando y del ejercicio de las funciones que caracterizan a la potestad pública, deriva en la absorción de la conducción, administración, legislación, coerción, dirimencia, etc. de las actividades propias del Estado. Como bien afirman Humberto Nogueira Alcalá y Francisco Cumplido Cereceda [ob. cit.], existe una dependencia jerárquica estricta a las ordenes superiores emanadas del ápice gubernamental; y en donde no se vivencia ningún tipo de delegación de atribuciones o competencias.

La iniciativa y la acción corresponden y emanan de un solo centro de poder político –el gobierno central–, el que asume a través de sus distintos órganos la totalidad del poder.

En este caso se produce la absorción de las atribuciones político-administrativas en un solo ente; de modo tal que la iniciativa y decisión queda absorbida por aquel.

Jean Dabin [*Doctrina general del Estado*. México: Jus, 1961] expone que se trata de un poder político en donde la autoridad que rige el Estado monopoliza territorialmente, junto con el cuidado del bien común, en todas las materias y en todos los aspectos, la competencia de mando y el ejercicio de las funciones que caracterizan a la potestad pública. De allí que Segundo Linares Quintana establezca “que solo esta autoridad gobierna a los hombres y administra las cosas [...] fuera de ella, no existe ninguna parcela de poder público, ni en forma de derecho propio, ni en forma de derecho concedido: nada es delegado, todo es retenido”.

En puridad, dicha modalidad se rige por una relación verticalizada *in extremis* de supraordinación-subordinación. Es decir, existe de manera patente la supremacía exclusiva y excluyente de la autoridad del poder estatal concentrado.

Dicha modalidad es viable en los estados de escasa dimensión territorial. Al respecto son citables los casos Ciudad del Vaticano (Europa 0.44 kms), Mónaco (Europa 1.96 kms), Nauru (Oceanía 21 kms), Tuvalu (Oceanía 26 kms), San Marino (Europa 61 kms), Maldivas (Asia 300 kms) y San Cristóbal y Neris (América 270 kms).

1.1.1.2.- El Estado unitario desconcentrado

En esta derivación la autoridad central del Estado atenúa en cierto grado su vocación aglutinadora.

Luis Bustamante Belaunde [*El gobierno regional*. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1988] sostiene que la desconcentración es una modalidad que se emplea para distribuir atribuciones y responsabilidades entre los diversos niveles que pertenecen a una misma organización, cuya instancia superior se reserva la jurisdicción final (es decir, puede resolver en última instancia). Los agentes de la administración estatal, provincial, departamental, etc., devienen en “mensajeros” de las decisiones del poder central.

Manuel García Pelayo [*Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1984] refiere que la desconcentración conlleva “la ampliación de facultades de los órganos estatales encargados de la administración local”. Así, Shahid Javed Burki [Citado por Segundo Linares Quintana. ob. cit.] indica la decisión del gobierno central de aumentar las responsabilidades de sus oficinas periféricas, sin que por ello deje de conservar una relación jerárquica.

En puridad, dicha modalidad estadual revela un proceso jurídico de habilitación de competencias o de disminución de la subordinación administrativa intraorgánica.

La desconcentración implica el acto de delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el nivel de una autoridad superior, hacia autoridades subordinadas a ella dentro del ámbito del mismo organismo público. Plantea la cesión condicionada de un haz de competencias que pasan de un funcionario de mayor rango a otros de menor jerarquía, para que estos últimos los ejerzan (el primero tiene

la potestad de la reserva jurisdiccional).

A través de esta modalidad se observa la radicación de competencias en dependencias administrativas ubicadas fuera de la sede principal de un organismo público, ello sin mengua de las potestades y deberes de orientación, instrucción y revisión.

En esencia, se trata fundamentalmente de una técnica que sirve para el mejor ejercicio de la autoridad y que implica la concentración del poder, empero mediante funcionarios interpuestos. Supone la determinación de competencias y atribuciones a diferentes niveles de la administración.

Al respecto, Jorge Sarmiento García [*Derecho público*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998] expone que consiste en atribuir a los órganos inferiores de una repartición estatal algunas libertades de acción, lo que “se traduce en determinados poderes de iniciativa y de decisión, pero siempre dentro del mismo ente estatal”.

En puridad dicha modalidad se rige por una relación de supervisión-delegación.

Entre las ventajas que ofrece la desconcentración aparecen las tres siguientes:

- a) Acerca la administración pública a los ciudadanos administrados, en razón a que liga más directamente la acción administrativa con las necesidades generales.
- b) Contribuye al descongestionamiento de la toma de decisiones; por consiguiente evita los inconvenientes y las limitaciones propias de una estructura administrativa verticalmente muy extensa y frondosa.
- c) Racionaliza y optimiza las labores administrativas, al contarse con una más expeditiva organización burocrática.

Humberto Nogueira Alcalá y Francisco Cumplido Cereceda [ob. cit.] plantean la figura administrativa de la desconcentración en dos planos: desconcentración dinámica y desconcentración estática.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *Desconcentración dinámica*

Implica la traslación *in totum* de las competencias teleológicamente resolutorias de los órganos superiores de la administración estatal,

a los órganos inferiores jerárquicamente sometidos a su mando.

b) Desconcentración estática

Implica la delegación de una determinada competencia –bajo el carácter de exclusiva y excluyente– en favor de uno de los intraórganos encuadrados dentro de la jerarquía administrativa del Estado; el mismo que no ocupa ni forma parte de la cúspide decisoria.

La desconcentración dinámica pone énfasis en el fenómeno plural de la traslación de competencias, en tanto que la desconcentración estática se interesa en el cuadro fijo y privilegiado de ciertas competencias.

Como refiere Ives Prats [*Descentralisation et développement*. Traducción libre. París, 1960.], la desconcentración se reduce únicamente a los procesos de carácter estrictamente administrativos: “ella racionaliza el sistema administrativo permitiendo a los funcionarios implantados localmente, el tener más en cuenta los factores propios de la circunscripción, en la puesta en marcha de las decisiones elaboradas en la cumbre. La desconcentración no es más que una modalidad de la centralización y en sus manifestaciones le queda estrechamente dependiente”.

Como vemos, la desconcentración representa en esencia un proceso interno de influencia estrictamente administrativa mediante el cual se delega temporal o definitivamente la toma de decisiones a los niveles jerárquicos menores del aparato público, con el objeto de hacer más fluido el funcionamiento de los servicios públicos que presta o supervigila el Estado.

1.1.1.3.- El Estado unitario descentralizado

En esta derivación se produce la traslación de competencias de la administración central del Estado a nuevos entes jurídicos de derecho público dotados de autonomía política, administrativa y económica.

El referido proceso de transvase conlleva la aceptación y anuencia del gobierno central para el establecimiento de ciertas entidades territoriales; las cuales son dotadas de ciertas competencias residuales que son ejercidas en nombre propio. En ese contexto, el gobierno central decide únicamente efectuar una suerte de control o tutela política sobre los actos efectuados por aquellos.

Ello conlleva la aplicación de la unidad e indivisibilidad del Estado de una manera tal que permita al cuerpo político cumplir la misión de una Nación desarrollada integral y equilibradamente.

Manuel García Pelayo [ob. cit.] expone acerca de la existencia de ciertas unidades dotadas de una esfera de competencias privativas, y las que se ejercen *per se* en expresión de su voluntad no a través del agente del gobierno central. De allí que Jean Dabin [ob. cit.] indique que la traslación de competencias del gobierno nuclear a un ente centralizado conlleve la posesión a título propio de determinados atributos de la potestad pública, que se ejerce por medio de autoridades elegidas democráticamente e independientes del poder central.

Como afirma A. Zanabria [Citado por Humberto Nogueira Alcalá y Francisco Cumplido Cereceda. ob. cit.], la autonomía implica un poder de auto administración con cierta independencia frente al gobierno central, pero sujeta siempre a dependencia jerárquica desde una perspectiva política.

La descentralización permite que aquel ente que recibe en vías de transferencia un conjunto de competencias, adquiera una individualidad político-jurídica-administrativa propia.

La descentralización permite establecer organismos y entidades en diversos espacios -local, departamental, regional- a fin de que cumplan funciones que anteriormente eran desempeñadas por el propio gobierno central. Implica el acto de trasladar parte del ejercicio de las funciones del poder político a unidades o entes que adquieren la categoría de organismos autónomos con personería jurídica propia. Es un proceso macro administrativo porque trasciende al exterior de las instituciones e influye determinantemente en la creación de nuevos entes de derecho público.

Jorge Sarmiento García [ob. cit.] expone que conlleva la distribución de competencias entre órganos infra-centrales, "que tienen como rasgo distintivo el de poseer personalidad jurídica propia y un ámbito territorial o funcional exclusivo". En ese orden de ideas, considera que hace referencia a la libertad de acción que se atribuye a un ente nuevo y distinto del gobierno central, el cual es dotado de personería jurídica e integrado por órganos propios que expresan su voluntad.

Luis Bustamante Belaunde [ob. cit.] expone que se trata de un fenómeno por el cual algunas responsabilidades y atribuciones son

asignadas a distintas instituciones que no forman parte de una misma organización. En este caso no aparece, como en el proceso de desconcentración, la llamada *reserva jurisdiccional*.

En suma, el Estado unitario descentralizado es aquel en que ciertas entidades gubernamentales tienen una esfera de competencia cautiva, la que se ejerce a través de órganos privativos y mediante funciones transferidas. Por consiguiente, son entes ajenos y no dependientes del gobierno central.

En esta modalidad del Estado unitario, el gobierno central se limita a dirigir la marcha de los servicios públicos generales, dejando a los órganos descentralizados los de carácter y naturaleza local, departamental o regional; amén que se reserva un derecho de tutela o supervigilancia sobre aquellos.

Entre las ventajas que ofrece la descentralización aparecen las cinco siguientes:

- a) Promueve la elevación de los niveles de calidad de vida de la población.
- b) Promueve el incremento de la riqueza de la Nación y su distribución equitativa, a base del aprovechamiento racional y pleno de los recursos del país.
- c) Promueve la asignación al aparato productivo y a la seguridad nacional de una conveniente infraestructura económica y de un equipamiento social, compatible con las necesidades de la población.
- d) Promueve la disminución de los conflictos ligados a las demandas de asistencia y protección.
- e) Promueve la integración nacional.

La autonomía establecida en el marco de un proceso descentralizado puede ser observada de la manera siguiente:

a) Autonomía política

Establece la facultad de adoptar y concordar los lineamientos, planes y normas en los asuntos de su competencia; vale decir, a ejercer los atributos de micro-gobierno.

b) *Autonomía administrativa*

Establece la facultad de autoorganización interna, así como de determinación y reglamentación de los servicios públicos de su responsabilidad.

c) *Autonomía económica*

Establece la facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios; así como la elaboración del presupuesto institucional.

La descentralización puede adoptar las tres formas siguientes: descentralización territorial administrativa, descentralización focal especializada y descentralización territorial política.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *Descentralización territorial administrativa*

Esta forma implica la traslación plural de competencias vinculadas con la realización de actos administrativos relacionadas tanto con la estructura del aparato estatal como con el conjunto de los agentes estatales (funcionarios y servidores públicos).

Esta plantea una transferencia funcional o por servicios.

Ello conlleva el otorgamiento de facultades para adoptar decisiones unilaterales realizadas en el ejercicio de una potestad administrativa, por lo que se crea, modifica o extingue una situación jurídica individualizada. Por ende, se configuran como las declaraciones de las entidades descentralizadas que en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos de naturaleza jurídica sobre los intereses, obligaciones o derechos de los ciudadanos administrados insertos dentro de una situación concreta.

Este tipo de descentralización –no ligada con facultades legislativas ni jurisdiccionales– combina una serie de aspectos administrativos de relevancia, por cuanto genera la constitución y desarrollo de entes con cierto grado de autonomía e implica el desplazamiento espacial de la toma de decisiones y la elección o nombramiento de autoridades investidas de poder.

b) *Descentralización focal especializada*

Esta forma implica la transferencia específica de competencias de

carácter técnico o cursada, relacionadas con la administración o supervisión de la explotación de recursos o actividades consideradas estratégicas. Tiende a configurar sectores estatales especializados en alguna área vinculada con la economía o la defensa nacional. En puridad, se trata de una descentralización administrativa enfocada específicamente a la dirección, gestión o supervisión de un área de relevancia sustantiva.

c) Descentralización territorial política

Esta forma es aplicada en los casos de estados que transfieren ciertas competencias a micro-estructuras de base local o regional. Se caracteriza por la delimitación clara y tajante de las competencias transferidas a un ente político-administrativo de específica base territorial, e implica la asignación simultánea de facultades de carácter administrativo, legislativo y hasta de micro gobierno. Aquí las autoridades adquieren importancia política en razón a un mecanismo calificado de elección o designación.

Hans Kelsen [*Teoría general del Estado*. México: Nacional, 1965] asigna gran importancia a la transferencia de competencias de carácter legislativo. De allí que sostenga la existencia dual de ordenamientos jurídicos, en donde coexisten las normas centrales que son validas para todo el territorio del Estado y las normas descentrales que solo imperan local o regionalmente.

En la descentralización territorial política aparecen aspectos tales como: la autonormatividad espacial particularizada; la autocefalía o capacidad para que los pobladores de dicho entorno elijan y designen a sus autoridades; la autarquía o capacidad para la posesión de recursos económicos propios y la libre disposición de los mismos; la materialidad gubernativa o facultades de legislación, ejecución y jurisdicción administrativa; y la garantía política del reconocimiento al autogobierno siempre que este se ejerza dentro del marco de la Constitución y las leyes nacionales referidas a la transferencia de competencias.

Cabe advertir que en un proceso de descentralización –ya sea administrativo, focal especializado o político– el Estado dota de personalidad jurídica al órgano respectivo, asignándole un patrimonio propio de una capacidad de gestión independiente de la administración central. De este modo se rompen los vínculos de

dependencia jerárquica y se mantienen únicamente aquellos que tienen carácter de tutela.

Al respecto, Humberto Nogueira Alcalá y Francisco Cumplido Cereceda [ob. cit.] apuntan las diferencias existentes entre jerarquía y tutela, a saber:

La *jerarquía* es el vínculo que une a los servicios centralizados y desconcentrados. Otorga al órgano delegante el poder de dar órdenes permanentemente al órgano delegado.

La *tutela* es el vínculo político por el cual una autoridad central otorga un poder de carácter residual y señalado por la ley a los agentes de entes descentralizados. Empero, mantiene una vigilia a efectos de proteger y salvaguardar el interés general. El ejercicio de la tutela se encamina a obtener un control vinculado a la legalidad de la actuación del ente descentralizado.

1.1.1.4.- El deslinde entre desconcentración y descentralización

La desconcentración equivale a la delegación de funciones. Deriva de una decisión intrainstitucional, microadministrativa y operativa. Se encuentra sujeta a la subordinación.

La descentralización equivale a la transferencia de competencias y funciones a un centro de poder con autonomía residual, el cual se encuentra, en principio, en un plano de coordinación con el gobierno central y excepcionalmente bajo su control o tutela.

1.1.2.- El Estado complejo

Es aquel que está conformado por una pluralidad de organizaciones político-jurídicas externamente unidas, lo que da origen al denominado "Estado de estados". Alude a una colectividad divisible en partes merecedoras por sí mismas de la denominación de estados, las cuales se encuentran ligadas por asuntos y materias de interés mutuo.

Josep M. Valles [ob. cit.] señala que en esta modalidad "el poder político se reparte originariamente entre instituciones que controlan ámbitos territoriales diferentes". La conexión se establece en función a los principios de coordinación y distinción de competencias.

El Estado complejo se manifiesta en tres formas: La confederación, el Estado federal y el Estado libre asociado.

Al respecto, veamos lo siguiente:

1.1.2.1.- La confederación

Alude a la unión permanente de estados independientes –que descansa en una fuente normativa del derecho internacional público–, cuyo fin u objetivo consiste en la mutua cooperación en un determinado rubro de materias y actividades, conservando cada cuerpo político como título principal su “soberanía”. La confederación se encuentra compuesta por unidades políticas que no pierden su calidad de estados soberanos por el mero hecho de su asociación.

Como bien expone Josep M. Valles [ob. cit.] “En rigor, las confederaciones constituyen agrupaciones de estados previamente existentes que –sin desaparecer– deciden actuar de manera mancomunada en materias políticas determinadas: relaciones exteriores, defensa, régimen aduanero y comercial, moneda, etc.”.

El pacto confederativo, regulado a la luz de las normas y principios del derecho internacional público, deja subsistente la personalidad e independencia de los estados asociados; la confederación implica la existencia o constatación de una pluralidad de diversas soberanías internas provenientes de un poder internacional revocable.

Para Georg Jellinek [*Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954], “la confederación no disminuye jurídicamente la soberanía de los estados confederados, sino que más bien estos se obligan mutuamente con el fin de conservarla, a ejercer ciertas funciones [...]”.

Su génesis histórica se vincula con la experiencia dinástica europea, en donde se buscó proteger externamente el territorio de los estados confederados y, subsidiariamente, garantizar la paz interior de los mismos.

Esta modalidad estatal requiere de una organización estable donde no se discrimine jurídicamente la soberanía de los estados miembros, sino que estos se obliguen mutuamente con el fin de conservar la suya propia y ejercitar tareas de beneficio directo y común. Esta concepción permite un ejercicio genérico e indiferenciado de los derechos a la guerra y a la paz, acordar tratados, nombrar embajadores, etc.

La doctrina constitucional establece que en la confederación las competencias de mayor amplitud e importancia corresponden a los estados miembros, deviniendo las competencias asignadas al órgano central en excepciones.

Las características principales de esta modalidad estatal son las siete siguientes:

- a) La confederación recoge sus notas connotativas del derecho internacional público, el mismo que se encarga de regular las relaciones entre los estados.
- b) La confederación tiene como objeto la consecución de propósitos comunes entre los estados que la integran, para lo cual establece ciertos órganos de poder genérico y centralizado, con competencias delimitadas y residuales. Para ese efecto puede crear parlamentos, dietas, asambleas, etc., que se reúnen periódicamente para tratar los asuntos previstos en el pacto que da origen a la confederación, y que no están integrados por miembros elegidos por sufragio directo, sino por delegados designados por cada uno de los estados confederados. Manuel García Pelayo [ob. cit.] señala que este órgano común se asemeja a un “Congreso permanente de embajadores”.
- c) La confederación carece de poder directo sobre las personas componentes del pueblo de cada Estado integrante. El dominio político que nace de ella es única y exclusivamente sobre los estados miembros de la confederación; es decir, las decisiones que adopta recaen directamente sobre los estados que la conforman.
- d) Sus regulaciones legales no obligan ni coaccionan a las personas, en tanto cada Estado miembro de la confederación no las transforme en normas internas.
- e) La soberanía de cada Estado miembro de la confederación se mantiene en el ámbito de sus relaciones intraestatales. Igualmente, se presume la independencia de cada uno de esos estados en el ámbito de las relaciones internacionales. Ello no obsta para que se respeten los aspectos acordados en el pacto confederativo.
- f) La decisión confederacional debe ser adoptada por unanimidad. Ergo, el derecho de veto de uno de los estados impide su adopción.
- g) El Estado miembro de la confederación puede ejercer el derecho de apartarse de esta; es decir, tiene plena capacidad de autodeterminación para separarse de la confederación.

Ahora bien, la praxis acredita que las confederaciones tienen una existencia precaria. Su correlato posterior es casi siempre convertirse en Estado federal (tales los casos de Estados Unidos, Suiza y Alemania).

Desde una perspectiva histórica, la experiencia de la Confederación Helvética es la que más resalta, por lo que conviene conocer su génesis.

En 1231, el rey prusiano Federico II (miembro de la dinastía Hohenstaufen que rigió el Sacro Imperio Románico Germánico entre 1138-1254) recuperó el valle de Uri (Suiza) del dominio señorial laico y eclesiástico y prometió a sus pobladores que esas tierras jamás serían entregadas en feudo. Esta promesa incitó a que otros cantones suizos impetrasen ser considerados en similar condición política.

En 1240, los pobladores de Schwyz obtuvieron del propio Federico II la histórica Carta de Libertades, en donde se les reconoció el quedar ligados únicamente al imperio prusiano, por lo que, en la práctica, quedaron desvinculados del dominio feudal.

En 1291, los cantones de Uri, Schwyz y Unterwalden suscribieron el famoso pacto denominado de la Liga Perpetua, que tenía como objetivo común la defensa mutua de la autonomía obtenida frente al régimen feudal que auspiciaba la Casa Austriaca de los Habsburgos. La Liga Perpetua se irá ampliando y renovando con sucesivos pactos hasta 1393, fecha en que se transformará en una auténtica confederación.

En 1499, el emperador prusiano Maximiliano I (1459-1519) mediante el Tratado de Basilea reconocerá la independencia plena e integral de los cantones pertenecientes a la Liga Perpetua. En 1648, con la suscripción de la Paz de Westfalia, la Confederación Helvética obtendrá su reconocimiento internacional.

La autonomía y continuidad de la Confederación Helvética se derrumbará por el influjo político de la Revolución Francesa. Desde 1848, opera bajo la modalidad de un Estado federal.

El Perú también formó parte de una confederación durante el período republicano de 1836 a 1839.

Así, mediante decreto de fecha 28 de octubre de 1836 se establecerá la Confederación Peruano-Boliviana. Consecuentemente, el 1 de mayo de 1837 se dictará la Ley fundamental de la Confederación Pe-

ruano-Boliviana, en donde se consignará que el objeto de la unión de los estados implicados era el mantenimiento de la seguridad interior y exterior, amén de la recíproca preservación de su independencia política.

Esta confederación se constituyó por la asociación de tres estados: el Estado Sur-Peruano (departamentos de Arequipa, Cusco, Puno y Ayacucho), el Estado Nor-Peruano (departamentos de Amazonas, Lima, La Libertad, Junín) y el Estado Boliviano, quedando bajo la autoridad política del mariscal Andrés de Santa Cruz.

Esta experiencia confederativa tuvo una existencia breve y estuvo signada por la violencia política, la oposición interna y la significativa intervención chilena.

También cabe señalar que inicialmente los Estados Unidos de América gestaron su existencia a través de una efímera confederación que duró diez años (1777-1787), es decir, desde su independencia del imperio inglés hasta la dación de su primera y única Constitución (1787).

1.1.2.2.- La clasificación de las confederaciones

Desde una perspectiva doctrinaria, las confederaciones pueden adoptar las formas de unión personal y unión orgánica.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La unión personal

Esta forma alude a la unidad física del Estado en torno a la figura de un jefe de Estado, como consecuencia de una coincidencia contingente. Esta modalidad fue propia de las monarquías europeas de los siglos XVI-XIX.

Rodrigo Borja [*Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992] señala que esta modalidad aparece “cuando las calidades de jefe de Estado de dos o más países distintos se reúnen en una misma persona física”. En ese contexto, puede afirmarse que el único vínculo de enlace interestatal es el *substratum* físico de la voluntad del soberano casualmente correinante.

En esencia, la unión personal se presenta cuando dos o más estados independientes tienen un titular político común; en la práctica, ello ocurre cuando las coronas de dos o más estados monárquicos co-

inciden, por razón de las leyes de sucesión al trono, en la persona de un mismo titular. Al respecto, Georg Jellinek [ob. cit.] sostiene que, en puridad, aquí no existe unión de estados, sino solo una *comunio incidens*. Esta condición se mantendrá mientras subsista dicha coincidencia.

En la praxis, la unión personal deviene de una situación accidental y además temporal.

Ahora bien, no obstante la existencia de una coincidencia política en torno al titular del principal órgano estatal, los estados vinculados son entidades políticas independientes y regidas por ordenamientos jurídicos disímiles. Como afirma Rodrigo Borja [ob. cit.], aun cuando el gobernante que les es común es una sola persona física, tiene empero dos personalidades jurídicas políticas diferentes y enteramente desligables entre sí, cada una de las cuales está referida a un Estado miembro de la unión. Estas personalidades obran separadamente; sus actos políticos surten efectos de manera exclusiva y excluyente con respecto al Estado para el que fueron específicamente celebrados, de tal manera que no existe posibilidad de actos jurídicamente compartidos. En igual medida, tampoco hay presencia de disposiciones políticas comunes, ni intervención de un Estado en los asuntos del otro: el gobernante tiene dos voluntades políticas separadas y distintas.

Al respecto, Manuel García Pelayo [ob. cit.] expone “que lo que caracteriza a la unión personal es que, a pesar de la comunidad del titular, las dos coronas son instituciones distintas pertenecientes a dos ordenes jurídico-políticas completamente independientes, actuando, por tanto, en cada país de modo distinto”. Por consiguiente, en una misma persona física que ejerce el poder en calidad de monarca se expone una doble y separada personalidad política; lo que conlleva a que no existan actos soberanos jurídicamente comunes.

Ahora bien, no obstante lo expuesto, hemos considerado a las uniones personales como parte del modelo confederacional, en razón a que este vínculo accidental y temporal conlleva en los hechos a la fijación de una coincidente política en materia de defensa, seguridad interior, etc.; vale decir, se homologa con las razones de creación de un ente confederacional. Añádase que la legitimidad para gobernar coincidentemente se ampara en el derecho internacional público.

Son casos de este tipo de unión los siguientes:

- La unión personal de los reinos de Polonia y Lituania en torno a la reina Eduvigis de Jagellon a raíz de su matrimonio con el gran duque de Lituania Ladislao II. Dicho proceso a cargo de la dinastía Jagellon duró aproximadamente ochenta y cuatro años (1385-1469).
- La unión personal de los reinos de España y Alemania en torno a la persona de Carlos de Habsburgo. Dicho proceso duró aproximadamente treinta y siete años (1519-1556).

Carlos de Habsburgo fue hijo del archiduque de Austria (Felipe el Hermoso) y de la reina de Castilla (Juana la Loca, primogénita de Isabel de Castilla y Fernando de Aragón). Asumió la corona española en 1518, como sucesor de su madre, y devino en rey de Alemania en 1519, como consecuencia de la elección realizada por los príncipes electores germanos a raíz de la muerte de Maximiliano I.

- La unión personal de los reinos de Inglaterra y Hannover en torno a Jorge I, Jorge II, Jorge III y Jorge IV. Dicho proceso duró aproximadamente ciento veintitrés años (1714-1837).

Es de verse que a la muerte de la reina inglesa Ana Estuardo, en 1714, ascendió al trono –por razón de las leyes sucesorias– el elector alemán Jorge I, miembro de la familia real de Hannover.

Al respecto, es dable señalar que la Casa de Hannover aparece como Estado en la parte norte de Alemania en 1629, con Ernesto Augusto, duque de Brunswick-Luneburg. Después por razones sucesorias pasará al electorado de Hannover y de Gran Bretaña.

- La unión personal del reino de los Países Bajos (Holanda) y del ducado de Luxemburgo, inicialmente en torno a Guillermo I de Nassau (1772-1843). Dicho proceso duró aproximadamente setenta y cinco años (1815-1890).

Dicha unión surgió como consecuencia de una cesión francesa en favor de Guillermo I de Nassau. Tal acción fue consagrada tras la caída de Napoleón Bonaparte y el posterior Congreso de Viena, en donde se ratificó la unión de los denominados países bajos del norte y del sur (Holanda, Bélgica, Luxemburgo).

- La unión del reino Belga y el Estado Independiente del Congo, en torno a Leopoldo II. Dicho proceso duró aproximadamente

veintitrés años (1885-1908).

Dicha unión surgió cuando el rey belga Leopoldo II financió la expedición del explorador y periodista inglés John Rowlands Stanley en el África Central y se descubrió el río Congo. El referido monarca consiguió, en 1885 –durante una conferencia internacional convocada por el canciller prusiano Otto von Bismarck–, que se le reconociera como soberano *propietario* del Estado Independiente del Congo, cuyos límites abarcaban toda la cuenca convencional del río Congo. Inmediatamente después, el Parlamento belga aprobó la unión personal entre Bélgica y el Estado Independiente del Congo.

En 1908, el Congo devino en *colonia* del Estado belga.

La historia acredita que dicho tipo de unión se disuelve por las mismas razones jurídicas que la establecieron, a saber:

- La unión de los reinos de Inglaterra y Hannover concluyó cuando este último no aceptó el acceso de una mujer –Victoria I– al trono en aplicación de la Ley Sálica.
- La unión del reino de los Países Bajos (Holanda) y del ducado de Luxemburgo concluyó cuando este último no aceptó el acceso de una mujer –Guillermina– al trono en aplicación de la Ley Sálica.

También es acreditable la cesación de la unión por razones de discrepancia en la regulación del régimen de regencia o de la fijación de la mayoría de edad para gobernar.

b) La unión orgánica

Esta forma alude a la fusión de una pluralidad de estados por instancia de sus propias jefaturas de gobierno, a través de la suscripción de un pacto internacional. Así, mediante un acuerdo internacional, los estados que pactan se vinculan entre sí institucional y orgánicamente con el objeto de alcanzar determinados objetivos comunes.

Es evidente que este tipo de unión se diferencia del anterior en razón a que el vínculo se establece de manera deliberada y consciente.

La vinculación mediante un documento contractual explícito da lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica de derecho público.

En la doctrina tradicional estas uniones eran calificadas como uniones reales, por emanar de estados monárquicos; empero, experiencias recientes demuestran que también pueden provenir de esta-

dos republicanos, por lo que ahora merecen la calificación de *uniones orgánicas*.

Históricamente, estas uniones han surgido por la necesidad de defender y promover intereses comunes en la esfera de la defensa militar y la gestión del comercio exterior.

A diferencia de las uniones personales, estas no surgen en razón de una accidental y temporal titularidad común (coincidencia en la ascensión al trono por aplicación de las leyes sucesorias monárquicas), sino por la impersonal, consciente y deliberada decisión de una pluralidad de estados de suscribir un pacto internacional a efectos de llevar a cabo de manera conjunta y uniforme la administración de específicos asuntos de relevancia militar y económica.

Nacida del plexo jurídico del derecho internacional público, la unión orgánica consiste en el establecimiento de una o más instituciones y relaciones de derecho político, que devienen en compartidas y comunes a los estados pactantes. Ello no implica ni significa la constitución de un nuevo Estado, empero exige implícitamente la modificación de la estructura constitucional de cada una de las comunidades políticas pactantes, a efectos de adecuar su accionar político a los alcances del pacto.

Al respecto, Nicolás Pérez Serrano [*Tratado de derecho político*. Madrid: Civitas, 1984] señala que aquí se produce una “zona secante en que se crean otras instituciones que rigen para ambos estados”.

Esta forma produce efectos jurídicos tanto en el ámbito internacional como en el ámbito interno de los estados pactantes: en el primer caso ello obliga a que la comunidad internacional trate determinados asuntos de manera unísona con la unión orgánica; y en el segundo caso, a que cada Estado ejerza su poder sin afectación alguna.

Son casos de este tipo de unión las siguientes:

- La unión de Utrecht. Dicho proceso se prolongó durante sesenta y nueve años (1579-1648). Esta se gestó con el acuerdo firmado en la ciudad holandesa de Utrecht por las provincias rebeldes de los Países Bajos, enfrentadas al reino de España durante la Guerra de los Treinta Años.

Dicho documento promovió la unión militar de las diez comunidades suscribientes en pro de la defensa de la libertad de culto.

En 1648, a raíz de la firma de la Paz de Westfalia, se crea la República de las Provincias Unidas.

- La unión Austro-Húngara. Dicho proceso se prolongó durante cincuenta y un años (1867-1918).

Se gestó con la “Pragmática Sanción” de 1723, dictada por el emperador germánico Carlos VI, en donde se reguló con precisión el derecho hereditario de los Habsburgo (estirpe real alemana originaria de Suabia) a la corona del reino de Hungría, en favor de sus descendientes sin distinción de sexo (reina María Teresa).

En 1867, los húngaros alcanzaron una amplia autonomía mediante una fórmula política denominada *régimen dualista*. En ese contexto, durante el gobierno del emperador Francisco José I (1830-1916) se estableció la unión Austro-Húngara y se dictaron dos leyes constitucionales que integraron los ministerios de Guerra, Relaciones Exteriores y Hacienda de ambos países. Francisco José I fue declarado emperador de Austria y rey apostólico de Hungría.

Esta unión fue disuelta como consecuencia de los resultados de la Primera Guerra Mundial, mediante el Tratado de Saint Germain en Laye (1919).

- La unión Sueco-Noruega. Dicho proceso se prolongó durante noventa años (1815-1905).

Se generó durante el gobierno del rey sueco Carlos XIII (1748-1818), como consecuencia de los acuerdos del Congreso de Viena (1814), efectuado después de la derrota final de Napoleón Bonaparte, y, más específicamente, en razón de los alcances del Tratado de Paz de Tost, la Convención de Moss (1814) y el Acta de Imperio (1815) por los cuales Noruega –vencida en el conflicto bélico– aceptó las condiciones de articulación política sugeridas por Suecia.

A base de dichos instrumentos legales el soberano sueco concentró la política exterior y las relaciones internacionales de ambos estados.

La posterior pretensión noruega de tener consulados propios dio lugar a su disolución en 1905.

- La unión Italo-Albanesa. Dicho proceso se prolongó durante cuatro años (1939-1943).

Se generó tras la caída del rey albanés Ahmed Zogu y la ocupación militar italiana. En ese contexto, el 3 de junio de 1939 la Asamblea Constituyente Albanesa declaró su voluntad de unirse perpetuamente a Italia.

La posterior ocupación alemana en 1944 y la lucha de liberación nacional encabezada por los comunistas albaneses cancelaron dicha modalidad estadual.

- La unión orgánica de la entonces denominada República Árabe Unida. Dicho proceso se prolongó el breve lapso de cuatro años (1958-1961).

Gestada por el Presidente egipcio Gamal Abdel Nasser (1918-1970), inspirada en una vocación panárabe, fue concebida para extenderse desde Bagdad (Irak) hasta Casablanca (Marruecos). Fue así que Egipto y Siria fijaron una unión orgánica fruto de un referéndum que estableció una jefatura estatal y la unificación de los ministerios de Asuntos Exteriores, Guerra y de Finanzas. La posterior deserción de Siria provocó la desarticulación de esta modalidad estadual.

- Durante el mismo período, los soberanos de la dinastía Hachemita, los monarcas Farisal II de Irak y Hussein de Jordania, crearon la unión Árabe, bajo la autoridad del primero. Esta unión tuvo vida efímera.
- La unión de Senegal y Gambia. Dicho proceso se prolongó por el breve lapso de siete años (1982-1989).

En la actualidad reciben dicha calificación la Comunidad de Estados Independientes creada en 1991 por inspiración de Boris Teltsin, tras el derrumbe de la URSS.

Dicho ente se encuentra constituido por la Federación Rusa, Ucrania, Bielorusia, Moldavia, Azerbaiyán, Armenia, Kazajstán, Uzbekistán, Kirguizistán, Tayikistán y Turkmenistan.

El pacto asociativo se centra en temas de seguridad, comercio y finanzas. Cuenta con un Consejo de Jefes de Estado y un Consejo de Jefes de Gobierno.

Cabe señalar que la Unión Europea se encuentra en un proceso de redefinición; encontrándose en la actualidad a mitad de camino de los modelos confederacional y federal.

1.1.2.3.- El Estado federal

Dicha expresión fue acuñada por el publicismo alemán a mediados de la segunda mitad del siglo XIX. Así, la palabra *Bundesstaat* significa Estado federal.

Alude a un conjunto de comunidades políticas, primigeniamente soberanas, que deciden asociarse a efectos de constituir una organización política superior para alcanzar metas y objetivos comunes. El resultado es un cuerpo estatal soberano constituido por una pluralidad de estados miembros meramente autónomos. En esencia, estas colectividades de manera libre y espontánea, acuerdan abdicar a parte de sus competencias políticas en favor de una voluntad política cenital denominada *Estado federal*.

El Estado federal es la concreción de la aspiración concurrente y espontánea de constituir un cuerpo político unificador de otros en donde se les respeta su carácter originario y autónomo.

Dicha asociación opera a través de un poder central unificador, pero en donde los cuerpos políticos integrados conservan su autonomía para el ejercicio de determinadas competencias de carácter político-administrativo. Esta situación supone simultáneamente elementos unificadores indivisibles (poder federal) y elementos autónomos diferenciadores (poderes federados).

Pablo Lucas Verdú [*Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1983] plantea que “es la composición política de varias comunidades, lo cual determina la existencia de una dualidad organizadora (órganos federales y órganos federados) dependientes de la utilización de los dos elementos más concretos del Estado (población y territorio)”.

En dicha estructura política el poder federal asume la soberanía de la asociación y se convierte en el ente con supremacía política encargado de la dirección del colectivo y en su medio de integración. Más la participación igualitaria de los poderes federados genera la justificación de la toma de las decisiones comunes y vinculantes.

Nicolás Pérez Serrano [ob. cit.] señala que es la unión permanente, basada en la libre estipulación y encaminada al servicio de un fin común: la conservación política de todos sus componentes.

Ahora bien, el hecho de que estas colectividades políticas decidan constituir sobre sí una superestructura política, no implica que

no puedan operar privativamente –en armonía con lo dispuesto en el compromiso de asociación– con plena autonomía en determinadas materias gubernamentales de carácter seccional; es decir, se reservan para sí precisas facultades legislativas, administrativas y judiciales, empero con respeto, resguardo y coherencia a lo dispuesto por ellas mismas en el documento político de asociación: la Constitución federal.

Como bien afirma Rodrigo Borja [ob. cit.], “la forma federal de Estado aparece como la unidad dialéctica de dos tendencias contradictorias: la tendencia a la unidad y la tendencia a la diversidad”. Asimismo, señala que “este acondicionamiento dialéctico se presenta muy claro en aquellos casos en que pequeñas unidades territoriales con exiguas fuerzas económicas y militares, defienden su propio particularismo en el marco de una unidad política superior. Por un lado, aparece el deseo de estas pequeñas unidades territoriales de conservar sus características naturales, culturales y sociales; en suma, su existencia autónoma. Por el otro, el afán de defenderse ante el exterior, cosa que no podían hacer sino integrándose en una entidad superior y más fuerte”.

Debe advertirse, que lo que distingue a la conformación federal de un Estado de aquella otra que establece un cuerpo político unitario, radica en que esta última únicamente prevé una separación horizontal de los órganos de poder; en tanto que la primera establece una separación horizontal en el ámbito de la federación y otra de carácter vertical para las relaciones entre la federación y sus estados miembros. En suma, el Estado federal se caracteriza por tener una Constitución que fija un doble sistema de separación de poderes y de conexión.

El modelo de Estado federal tiene sus orígenes, en algunos casos en la experiencia histórica de aquellos países que ante las deficiencias por vacío del poder central y exceso de poder periférico provenientes del modelo confederacional, intentaron sin una teoría a priori la institucionalización de una nueva forma de organización estadual; en ese sentido, es pionera la experiencia norteamericana de fines del siglo XVIII. Posteriormente a base de los objetivos aportes del naciente modelo se adscribirán a él Suiza (1848) y Alemania (1871).

Así, en la Constitución de 1787 (la más antigua del mundo), las otrora colonias británicas ubicadas en el hemisferio norte del conti-

nente americano, establecieron una fórmula estatal distinta a las clásicas del Estado unitario y Estado confederado. Ninguna de estas fórmulas clásicas resultaba adecuada a los propósitos de los patricios norteamericanos, quienes buscaban organizar su nascente sociedad sin que se afectasen los particularismos de las pequeñas comunidades políticas liberadas del imperio británico, pero esperaban contar al mismo tiempo con una unidad política supra en función de la relación entre el poder y el territorio.

Al respecto, en *El Federalista* [Alexander Hamilton y otros. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974] se exponía que “La Constitución propuesta no es estrictamente una Constitución con Estado unitario ni con Estado confederacional, sino una combinación, un acomodamiento de ambas. Desde el punto de vista de su fundamento es confederacional [...]; por el de donde proceden los poderes ordinarios del Gobierno, es en parte confederacional y en parte unitario; por la actuación de estos poderes es unitario [...]; por la extensión de ellos, es, otra vez, confederacional [...]; y, finalmente, por el modo que autoriza para introducir enmiendas, no es ni totalmente confederacional ni totalmente unitario”.

En otras comunidades aparece tras la necesidad de organizar en una sola unidad política, a un conjunto de colectividades otrora colonias de una metrópoli. Tales los casos de India, Australia, Nigeria, Canadá, Venezuela, Argentina y México.

Finalmente, es la respuesta a la necesidad de descentralizar en grado sumo un Estado otrora unitario, en donde existen una pluralidad de poblaciones pluriétnicas o plurireligiosas. Tales los casos de Bélgica y la Federación Rusa.

Manuel García Pelayo [ob. cit.] expone que se trata de un Estado en que la unidad y la diversidad, la centralización y la descentralización se resumen en una unidad dialéctica caracterizada por una específica conexión de las relaciones de coordinación, supraordinación-subordinación e inordinación, de tal manera que todas ellas se condicionan y complementan recíprocamente.

Es dable consignar que entre la federación y los estados miembros se establece tres tipos de relación jurídica, a saber: las relaciones de coordinación, las de supraordinación-subordinación y las de inordinación.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *Las relaciones de coordinación*

Estas hacen referencia a la distribución de competencias establecidas constitucionalmente, ya sea de manera taxativa o residual, de manera tal que las funciones estatales sean cumplidas por la acción concertada del gobierno federal y los gobiernos seccionales.

Segundo Linares Quintana [ob. cit.] plantea que “para ciertos asuntos, existe un solo poder para la totalidad del territorio y de la población, mientras que para las otras materias existe una pluralidad de poderes”. En ese contexto, existen materias exclusivas y materias concurrentes.

Las materias exclusivas hacen referencia a competencias de legislación y ejecución característicamente pertenecientes ya sea al gobierno federal o a los gobiernos seccionales.

Las materias concurrentes hacen referencia a aquellas competencias que pueden ser ejercitadas tanto por el gobierno federal como por los gobiernos seccionales. Al respecto, Manuel García Pelayo [ob. cit.] establece las tres posibilidades siguientes:

- Que los gobiernos seccionales legislen solo en el caso que el gobierno federal no haga uso de sus competencias.
- Que el gobierno federal legisle cuando considere necesaria una regulación unitaria, aun cuando en principio dichas materias estuviesen a cargo de los gobiernos seccionales.
- Que el gobierno federal legisle sobre los aspectos básicos y deje a los gobiernos seccionales los aspectos reglamentarios.

b) *Las relaciones de supraordinación-subordinación*

Estas hacen referencia a la supremacía del gobierno federal sobre los gobiernos seccionales hasta convertirlo en el sujeto exclusivo y excluyente de la potestad soberana.

Como consecuencia de ello, aparecen la supremacía de la Constitución federal; la supremacía del derecho federal; y la supremacía jurisdiccional de la Corte Suprema federal.

c) Las relaciones de inordinación

Estas hacen referencia a la participación de los estados miembros como personalidades autónomas en la formación de la voluntad federal y en el proceso de reforma constitucional.

Como bien expone, en cierto modo, Javier Pérez Royo [ob. cit.], la descripción de un Estado federal pasa por identificar los tres elementos siguientes:

- a) Existencia de un Estado supra, articulado a base de unidades territoriales seccionales poseedoras de una autonomía considerable.
- b) Participación de dichas unidades territoriales seccionales en la formación de la voluntad federal. Usualmente ello se produce cuando dentro del órgano parlamentario se crea a la par de la cámara de representación poblacional, otra con carácter de representación territorial.
- c) Existencia de una Constitución rígida en donde se establecen explícita o implícitamente las competencias del gobierno federal y las de los gobiernos seccionales, así como los medios de solución en casos de conflicto de poder.

Estas unidades políticas, constitutivas de un gobierno federal, en ejercicio de la autonomía que se reservan en el documento constitutivo (Constitución federal), mantienen una estructura de gobierno seccional.

Como hemos referido, este gobierno seccional también presenta órganos con competencias ejecutivas, legislativas y judiciales, y se sustenta en una Constitución local que guarda coherencia y coordinación con las normas y principios del texto fundamental de la federación, en suma, que observa las reglas de subordinación respecto de la Constitución federal.

Como señala Juan Ferrando Badía [*El Estado unitario, el federal y el Estado regional*. Madrid: Tecnos, 1978], en todas las constituciones federales se limita la potestad constituyente de cada Estado asociado, land, cantón, etc., mediante el reparto de competencias entre los órganos de poder federal y los órganos de poder local.

El Estado federal dispone de un poder de autoorganización política fundado y garantizado por un texto fundamental federal, el

cual emana de una co-elaboración y co-aprobación por parte de los representantes de las comunidades políticas que lo integran. Esta pluralidad de comunidades políticas tienen para sí un orden jurídico particular, específico y privativo en ciertos campos del accionar co-existencial; empero todos estos entes asociados a la federación tienen en común lo siguiente:

- Entroncamiento a una Constitución supraordinante sobre el resto de las constituciones locales o seccionales.
- Sujeción a un poder político general y común de alcance nacional-federal, lo que no obsta a que gocen de una plena autonomía –dentro del marco de las atribuciones que les confiere la Constitución federal– en el ejercicio de sus potestades seccionales.

La colectividad política surgida de la voluntad de las comunidades soberanas –que abdicaron de su soberanía para devenir en meramente autónomas, por razones de interés común– se superpone a los entes políticos que la constituyeron. Por ende, dicha colectividad –denominada Estado federal– absorbe las soberanías objeto de voluntaria abdicación y las asume todas juntas para sí.

Las unidades políticas autónomas que conforman un Estado federal son equivalentes políticamente entre sí, por lo que tienen similar y homóloga importancia. Ahora bien, la división formal entre las competencias correspondientes al Estado federal y las relativas a las comunidades políticas asociadas a dicho ente central, se produce en función de lo siguiente:

- a) Enumeración taxativa de las competencias federales en el texto de la Constitución federal, quedando residualmente las no consignadas en dicho texto, en favor de las comunidades políticas asociadas. Esta opción proviene de la experiencia norteamericana.
- b) Enumeración taxativa de las competencias seccionales o locales (estados de la federación, lands, cantones, etc.) en el texto de la Constitución de cada Estado asociado, quedando residualmente las no consignadas en dichos textos, en favor del Estado federal. Esta opción proviene de las experiencias canadiense y sudafricana.

Es usual que las competencias taxativas o las residuales correspondientes al Estado federal se refieran a aspectos como defensa militar, relaciones exteriores, comercio exterior, sistema monetario y telecomunicaciones.

Como se ha señalado anteriormente, en el ámbito de la legislación existe una proveniente del gobierno federal; empero también hay una normatividad seccional.

En ese orden de ideas existen las materias exclusivas ya sea a favor de la federación o de sus miembros; o de materias concurrentes.

Cabe advertir que cada Estado asociado tiene su propia Constitución seccional, la misma que al igual que la legislación ordinaria –sea federal o seccional– queda sujeta a los principios de constitucionalidad, coherencia, etc. En el caso de la legislación ordinaria seccional, el principio de constitucionalidad opera en doble grado, esto es, debe estar subordinada a las normas federales y a las seccionales, así como sujeta a una doble repartición jurisdiccional (es decir, existe una estructura judicial seccional y otra de ámbito federal).

Entre las principales características del Estado federal pueden señalarse las cuatro siguientes:

a) *Existencia en cada unidad política asociada a la federación estatal, de un alto grado de autonomía jurídico-política*

En ese contexto, cada unidad política asociada posee la facultad de ejercitar actos de gobierno y administración seccional.

Esta autonomía implica el ejercicio de potestades legislativas, ejecutivas y judiciales sobre el territorio y la población adscrita a un Estado asociado, las mismas que se expresan en la dación de una Constitución y una legislación seccional, el establecimiento de un aparato judicial propio, la elección interna de autoridades, etc. Asimismo, tiene como parámetro el marco de la Constitución federal, la cual ha sido co-celebrada y co-aprobada de consuno por las colectividades asociadas a la federación, en función de una soberanía originaria transferida libre y espontáneamente al Estado federal.

Al respecto Giuseppe de Vergottini [*Derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000] señala que la Constitución federal opera como un ordenamiento unitario y subordinante.

b) *Existencia de una doble distribución territorial del poder político*

En toda federación existe un gobierno de ámbito nacional y una pluralidad de comunidades políticas autónomas denominadas estados, länder, cantones, etc., que erigen gobiernos seccionales.

- c) *Existencia de una única personalidad jurídica plena, absoluta y total en el campo de las relaciones internacionales y de política exterior; e internamente, de una pluralidad de comunidades políticas dotadas de autonomía*
- d) *Existencia de un conjunto de instituciones federales destinadas a asegurar el cumplimiento de la Constitución federal*

Al respecto, son citables el Gobierno federal, el Congreso federal, la Corte Suprema Federal, el Banco Central de Reserva, etc.

Dicho conjunto expresa que la soberanía descansa sobre el Gobierno federal. En ese sentido aparecen aspectos tales como:

- El predominio del derecho del derecho federal con sujeción a los principios de jerarquía y competencia.
- La vigilancia federal en pro de la observancia de las obligaciones de los estados seccionales.

1.1.2.4.- Las diferencias entre el Estado confederado y el Estado federal

En función a la praxis pueden citarse seis de estas diferencias, a saber:

- a) La confederación importa la existencia de un tratado, pacto, liga o alianza de estados independientes, cuya finalidad consiste en la mutua protección y paz exterior. Como afirma Juan Ferrando Badía [ob. cit.], es una unión auspiciada por el derecho internacional. En esa perspectiva, la confederación cuenta con competencias limitadas y órganos permanentes establecidos taxativamente en un tratado. Juan Helio Zarini [*Derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992] manifiesta que dichas competencias solo pueden ser modificadas mediante otro instrumento internacional. En cambio, el Estado federal está constituido por estados que si bien son autónomos, empero no son soberanos; su unidad emana de una Constitución que regula las competencias del Estado federal y las de los estados asociados. Como puede observarse, esta unión se encuentra auspiciada por el derecho constitucional.
- b) La confederación no extingue la soberanía de cada Estado miembro, ni su personalidad independiente en el orden internacional. En cambio, en el Estado federado este es el soberano y único su-

jeto de derecho internacional, ya que los estados miembros solo gozan de autonomía.

- c) Los órganos permanentes de la confederación carecen de *imperium* para imponer sus decisiones, pudiendo a lo sumo recurrir a la coacción armada contra un Estado confederado rebelde. En cambio, en el Estado federal, el gobierno central o nacional tiene *imperium* sobre las comunidades políticas seccionales, dentro de los parámetros fijados por la Constitución aprobada consensualmente.
- d) La confederación ejerce poder únicamente sobre los órganos de los estados confederados, pero carece de jurisdicción respecto a los individuos que componen la población de dichos estados. En cambio, en el Estado federal, el poder de los órganos alcanza a las poblaciones *in genere*, de manera específica y concreta.
- e) Los estados vinculados a la confederación tienen la prerrogativa *per se* a la secesión. En cambio, las colectividades políticas del Estado federal carecen de dicha prerrogativa; por ende, no pueden separarse ni resistirse a las decisiones del gobierno federal.
- f) El pueblo de cada Estado confederado preserva su nacionalidad, amén de que el Estado miembro mantiene dominio soberano sobre su territorio. En cambio, en el Estado federal existe una única nacionalidad y dominio soberano sobre todos los territorios de las colectividades políticas unificadas.

1.1.2.5.- El Estado libre asociado

Alude a aquel cuerpo político que mediante un acto de libre determinación y por la vía de un tratado, se liga a otro a efectos que este asuma su defensa y representación internacional. En puridad, dicha asociación nace del reconocimiento de la debilidad política de una parte y de la acreditación de vigor y energía suficiente de parte de la otra.

Dicha modalidad surgió como consecuencia del proceso de descolonización gestado a partir de la culminación de la Segunda Guerra Mundial en 1945. Así surgen nuevas colectividades políticas de escasa dimensión territorial y no muy numerosa población, y que además carecen del vigor y capacidad mínima para preservar su independencia.

Al respecto, Celso Mello de Albuquerque [*Separata del Curso Introducción al derecho internacional público*. Lima: INAP, 1990] sostiene que representa el “renacimiento” del protectorado bajo formas más refinadas.

Debe advertirse que el Estado libre asociado implica el ejercicio cuasi pleno de la autonomía interna; mas conlleva el no ejercicio de sus competencias en materia de política internacional y relaciones exteriores.

Son casos de este tipo de asociación los siguientes:

a) El Estado libre asociado de Puerto Rico

Dicho cuerpo político fue colonia española hasta 1898, período en el cual es territorialmente ocupado por el ejército de los Estados Unidos, a raíz de la guerra hispano-norteamericana.

El Tratado de Paz de París en 1899, estableció la cesión del territorio de Puerto Rico a la Unión Americana; la cual concedió la ciudadanía a los pobladores de dicha circunscripción.

En 1950, el Presidente Harry Truman –cediendo en parte a la lucha independista gestada por el Partido Popular Democrático de Miguel Muñoz Marín– le concede la condición de Estado libre asociado. Para tal efecto, se celebra un convenio de asociación.

En el marco de dicho acuerdo se procede a redactar la Constitución de 1952.

El referido texto constitucional señala que el Estado libre asociado de Puerto Rico se crea por voluntad de su pueblo y dentro de los términos acordados con los Estados Unidos.

Establece que para ser miembro del Parlamento se debe acreditar obligatoriamente la doble nacionalidad.

Dispone que todos los funcionarios y empleados estatales deben prestar fidelidad a las constituciones de ambos países.

Establece que ninguna enmienda constitucional podrá ser incompatible con la resolución decretada por el Congreso de los Estados Unidos que aprueba dicha Constitución (1952).

La autoridad política del Estado libre asociado se ejerce conforme a la Constitución y al convenio de asociación de 1950.

El texto constitucional puertorriqueño empezó a regir sesenta días después de su ratificación por el Congreso de los Estados Unidos.

b) El Reino de Bután

Dicho cuerpo político se encuentra situado entre la India y China.

En 1907, con apoyo británico Ugyen Wangchuk se convierte en rey hereditario de Bután.

En 1910, mediante tratado celebrado con Inglaterra se convierte en Estado libre asociado. En 1949, se renueva la referida condición a favor de la India.

Se desprende de dicha asociación que el Estado de la India no ejerce competencia en las actividades político-administrativas internas; más el reino de Bután acepta ser guiado en lo relativo a su política exterior.

Debe advertirse que el reino de Bután cuenta con una pequeña extensión de 47,000 Km².

c) El Estado libre asociado de Micronesia

Dicho cuerpo político se encuentra situado en Oceanía.

En 1947, su territorio quedó bajo la tutela de la Organización de las Naciones Unidas, la cual confió su administración a los Estados Unidos.

En 1978, se constituyó el Estado Federado de Micronesia.

En 1982, se celebró un tratado de libre asociación con los Estados Unidos; el cual entró en vigencia a partir de 1986.

d) El Estado libre asociado de Filipinas

Dicho cuerpo político se encuentra situado en el Asia.

En 1946 obtuvo su independencia de Japón. Estados Unidos obtuvo del Presidente Manuel Roxas la cesión de veintitrés bases militares por noventa y nueve años.

Los asuntos de política exterior y defensa están a cargo de los Estados Unidos.

e) Estado libre asociado de Palao

Dicho cuerpo político se encuentra situado en Oceanía.

En 1994 se asocia con los Estados Unidos para que este se ocupe de su defensa y política externa.

2.- LAS FORMAS DE GOBIERNO

Los modelos o estructuras de carácter gubernamental –es decir, los referidos al origen, fundamentos y finalidades de la organización del ejercicio del poder político– se basan en tres aspectos:

- a) Modo de selección de los gobernantes y la manera o estilo de actuación política de estos.
- b) Modo de ordenación, distribución, coordinación y control de las competencias políticas de los órganos de poder estatal.
- c) Modo de conexión de los postulados ideológicos y las instituciones político-jurídicas.

Las formas de gobierno pueden clasificarse en formas clásicas y formas modernas:

a) *Las formas clásicas de gobierno*

Aluden a las denominaciones primigenias de determinación de las formas de gobierno. Estas concepciones han devenido obsoletas por las mutaciones históricas que han sufrido los modelos gubernativos desde su concepción en la Antigua Grecia hasta la actualidad.

Aristóteles [*La política*. Madrid: Espasa-Calpe, 1943], estableció el primer criterio clasificador de las formas de gobierno. Este se fundamentó en el número de ejercientes del poder político; es decir, cuando el filósofo estagirita buscaba distinguir una forma de otra, se afirmaba en el concepto de la cantidad de titulares en el control del poder gubernamental.

En esa perspectiva, estableció tres formas puras de gobierno que podían ser contrastadas con tres configuraciones impuras:

- Monarquía o “monos”: gobierno de una sola persona; su degeneración prohijaba la *tiranía*.
- Aristocracia o “aristos”: gobierno de las mejores personas; su degeneración prohijaba la *oligarquía*.
- Democracia o “demo”: gobierno de todas las personas; su degeneración prohijaba la *demagogia*.

Con los aportes de Nicolás de Maquiavelo esta clasificación perdió toda vigencia.

Al respecto, Eduardo Graña y César Álvarez exponen que “Nicolás Maquiavelo [...] abandonando las clasificaciones de las formas de gobierno que venían de la antigüedad grecorromana, se inclinó por un criterio dual que en adelante, se mantendrá en el lenguaje político entre república, por una parte, y monarquía, por la otra”. Así, ya en la primera página de su obra *El Príncipe* sostendrá que todos los estados han sido y son o repúblicas o principados.

En una perspectiva didáctica, las formas clásicas comprenden la monarquía y la república.

b) Las formas modernas de gobierno

Aluden a los sistemas políticos y regímenes políticos imperantes en la actualidad.

Se entiende por *sistema político* el conjunto de principios referidos a la distribución del poder político, que, en los hechos, se resumen en reglas rectoras democráticas o autocráticas. En el *sistema político* se establece una relación entre la ideología política y las instituciones políticas derivadas de esta.

Desde este punto de vista, aparecen las cinco formas de gobierno siguientes: gobierno absolutista, gobierno liberal, gobierno marxista-leninista, gobierno fascista y gobierno democrático social.

Se entiende por *regímenes políticos* las formas concretas de la conformación y relaciones existentes entre los órganos de poder político. En el régimen político se establece la relación de ejercicio de poder político entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Desde este punto de vista, aparecen las seis formas de gobierno siguientes: gobierno de asamblea, gobierno directorial, gobierno parlamentario, gobierno presidencial, gobierno mixto o compuesto y gobierno sultanático.

2.1.- Las formas clásicas de gobierno

Esta primera clasificación puede reducirse a un simple esquema bipartito: monarquía y república.

Desde un punto de vista doctrinario, esta distinción se sustenta en

la manera en que se ejerce el poder político y en la naturaleza de la condición del gobernante.

2.1.1.- La monarquía

Según esta modalidad, el origen y el título de poder emanan de prácticas consuetudinarias o leyes sucesorias. El carácter de este poder tiene una connotación mayestática y perpetua, es decir, se trata de un majestuoso poder personal que se ejerce de por vida.

Bernardino Gonzáles [Citado por Rodolfo Rodríguez. ob. cit.] señala que “la monarquía es aquella forma de gobierno en la cual el ejercicio de la condición de jefe de Estado es de carácter vitalicio y hereditario”. En este contexto, el monarca reúne para sí tanto la personificación del orden jurídico como la del propio Estado.

La monarquía alude a una forma de gobierno ilimitado y no sujeta a ningún tipo de responsabilidad jurídica en sentido lato.

El gobernante –el rey– asume sus tareas “en cuanto el ordenamiento estatal se lo atribuye a título propio”; de allí que se sostenga que este es la personificación plenaria. Dicho título guarda relación con el orden sucesorio de la familia real gobernante y por ello no requiere acreditar ningún otro tipo de representatividad.

El gobierno es conducido por la voluntad de una determinada persona; en ese sentido, Raúl Chanamé Orbe [*Diccionario de derecho constitucional*. Lima: Editorial San Marcos, 1993] lo define como “el mando de una persona”. Por su parte, Felipe Isasi Cayo [*Elementos de cultura política*. Lima: Universidad de Lima, 1989] concuerda en que la monarquía se caracteriza por la monopolización del poder en una persona –rey, emperador, etc.–, quien gobierna por derecho de sangre.

De lo expuesto puede colegirse que la monarquía es el gobierno de uno; el cual posee y ejerce por “derecho propio” el poder político. De allí que la soberanía se entremezcle entre el poder del monarca y el Estado.

Ante una autoridad de tal envergadura resultan lógicos los exultantes derechos y las prerrogativas honoríficas, mayestáticas, protocolares y ceremoniales adscritas a dicha condición.

En este modelo se confunde el patrimonio personal del rey con las arcas del Estado, señalándose incluso que aquel cuidará mejor del

patrimonio del cuerpo político, pues lo tratará como propio. Las posiciones monárquicas más extremas le consignaban al rey derechos hasta sobre los bienes y vidas de sus súbditos; al respecto, cabe citar la lisonja ofrecida al rey Luis XIV [Citado por Jacques Pirenne. *Historia universal*. Barcelona: Océano, 1987]:

“Todos vuestros súbditos os deberán su persona, sus bienes y su sangre sin pretender nada. Sacrificando todo lo que ellos tienen, cumplen con su deber y no os dan nada, porque todo es vuestro”.

Como se ha dicho antes, el rey no se encuentra sujeto a ningún control o limitación política, civil, penal o administrativa en el ejercicio del poder, rindiendo cuenta solo al Supremo Hacedor. Esto descarta la existencia de cualquier mecanismo de fiscalización y limitación de la autoridad como serían la separación de los órganos de poder, el sufragio competitivo, las libertades públicas, la igualdad ante la ley, etc.

Ahora bien, la historia acredita la existencia de autolimitaciones emanadas de la subordinación ética; la fidelidad al derecho divino; el respeto a las reglas de sucesión y demás normas de organización de la dinastía; así como el acatamiento por móviles políticos de las leyes fundamentales pactadas o concedidas a sus súbditos.

Como también se ha señalado, la conducción del Estado es ejercida de manera indeterminada en el tiempo. La transmisión del poder únicamente se realiza en favor del primer descendiente del titular de la corona, bien por renuncia o por muerte, en aplicación de un rígido sistema de primogenitura.

Cabe aquí señalar que el ejercicio del poder es vitalicio y su transmisión *post-mortem* o por propia autodeterminación del rey gobernante se encuentra adjudicada predeterminadamente a favor de un heredero de la dinastía; por ende, el atributo del gobierno monárquico es perpetuo a favor de este último

Guillermo Cabanellas de Torres [*Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta, 1979] sostiene –a manera de explicación– que “la evolución humana desde la institución de la familia a la organización entre espontánea y forzosa de la multiplicación de la especie y la convivencia próxima, se mostró favorable al ejercicio de la autoridad suprema con facultades omnímodas”.

Este modelo sufrirá mutaciones significativas a partir de la peculiar experiencia inglesa tras la Declaración de Derechos (1689)

y tendrá vigencia histórica hasta 1789, cuando, por la aparición bulliciosa de la Revolución Francesa, empezará a caer paulatinamente en la obsolescencia.

2.1.2.- La república

Este modelo se caracteriza por los atributos de representación, elección, alternancia y responsabilidad en el ejercicio del poder.

La *representación* implica el ejercicio del poder en nombre del pueblo.

La *elección* lleva a que la designación del gobernante funde la legitimidad de su poder en el consenso mayoritario del pueblo.

La *alternancia* plantea la renovación periódica de las personas encargadas del ejercicio del poder delegado por el pueblo.

La *responsabilidad* atiende a la obligación de responder por los actos de gobierno ejercitados en nombre del pueblo. Por ende, supone fiscalización, control y hasta sanción de carácter civil, penal, administrativo o político por la ejecución de acciones contrarias a la Constitución y las leyes, así como por las acciones lesivas al bien común, al desarrollo y al progreso de la sociedad política.

Cabe pues afirmar que la República no se condice con el gobierno por “derecho propio” ni con connotaciones mayestáticas.

Este modelo se abrió paso con la experiencia francesa y norteamericana de finales del siglo XVIII.

En la actualidad, la distinción entre monarquía y república es obsoleta, ya que como afirma Karl Loewenstein [*Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1984], “la mayor parte de las actuales monarquías son tan democráticas como las repúblicas democráticas”. Según las denominaciones tradicionales de república y monarquía, Inglaterra y Arabia Saudita entrarían en la misma categoría, lo cual evidentemente es un absurdo.

En esencia, la monarquía clásica o tradicional ha mutado –en la gran mayoría de casos– en monarquía constitucional (es la situación de Inglaterra, Bélgica, Holanda, Japón, etc.), la que se expresa en el gobierno parlamentario.

2.2.- Las formas modernas de gobierno

Como se ha señalado, estas formas comprenden los sistemas políticos y los regímenes políticos.

Al respecto, veamos lo siguiente:

2.2.1.- Los sistemas políticos

Denomínese como tales a las expresiones ideológicas articulantes de las instituciones políticas del gobierno.

El conjunto de instituciones adscritas a un sistema político actúan coordinadamente en pro de afianzar una determinada concepción de la forma de entender la organización, funcionamiento y fines de la sociedad política.

El sistema político contiene un techo político, una formulación económica, un modo concreto de organización política y una determinada estructura social (familia, sociedad civil, etc.).

Estos sistemas admiten cinco clases de gobierno: absolutista, liberal, marxista-leninista, fascista y democrático-social.

Al respecto, veamos lo siguiente:

2.2.1.1.- El gobierno absolutista

Esta modalidad es el resultado estructural e institucional de las luchas contra el sistema feudal desarrollado en el período comprendido entre los siglos XV y XVII. A la fecha aún subsisten rezagos de dicha modalidad.

El gobierno absolutista se basa en la idea de un poder político ilimitado, ejercido por una sola persona –emperador, rey, príncipe, etc.–, a efectos de garantizar la unidad y continuidad de una comunidad de hombres unidos por propósitos comunes. Expresa una concepción transpersonalista en donde el soberano es la instancia que concentra todos los poderes políticos.

Las relaciones de poder no solo se establecen entre la autoridad regia y los súbditos; en ellas también intervienen numerosos cuerpos intermedios (municipios, señoríos feudales, bailías, etc.).

Como señala el historiador francés Jean Touchard [*Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos, 1983], esta forma de gobierno se afirma en la necesidad de asegurar el orden y la paz social, y en un sentimiento de búsqueda de afirmación de la independencia política respecto de la Iglesia católica. En esencia, es la exaltación más acabada de la unidad y armonía política, por encima de la voluptuosidad y variedad de formas anárquicas de organización política en el medio-

evo, así como una expresión cabal de *continuidad*, en razón de que constituye la continuación de un proyecto histórico a través del ejercicio del poder dinástico (de allí el famoso apotegma: “¡Ha muerto el rey!... ¡Viva el rey!”).

La autoridad monárquica no solo es el eco divino de la imagen del mundo, sino el principio garantizador de la prosecución de una idea. La marcha del cuerpo político no se detiene: así, mueren las personas, pero la corona permanece al mando del Estado.

El ejercicio del poder monárquico es *legibus solutus*, es decir, está por encima de las leyes. El monarca no se encuentra atado por las reglas jurídicas; su autoridad es ilimitada y sin restricciones. Es celebre la sentencia pronunciada por Luis XIV [Citado por Jacques Pirenne. ob. cit.] ante la Asamblea Parlamentaria Francesa el 3 de marzo de 1776:

“Es en mí donde reside el poder soberano [...] es de mí de donde obtienen su autoridad mis tribunales [...] es a mí solo a quien pertenece el Poder Legislativo [...] todo el orden público emana de mí y los derechos e intereses de la Nación están necesariamente asociados a mí y descansan exclusivamente en mis manos”.

Asimismo, al propio Luis XIV se le atribuye la histórica frase de personificación estadual, cuando al presentarse en la Asamblea con la fusta en la mano, fue reconvenido por “*el bien del Estado*” por su primer ministro el cardenal Giulio Raimondo Mazarino, en el sentido que dicho gesto constituía una falta de respeto a la representación parlamentaria. A lo que el monarca retrucó: “El Estado soy yo”.

En ese contexto, aparece el concepto de razón de Estado. Así, para alcanzar el bien del cuerpo político, el rey no se encontraba coartado por ningún tipo de regla o precepto (derecho, moral o religión). Todo lo que consideraba como conveniente y ordenado para el Estado era legítimo y estaba justificado.

La legitimidad del gobernante (monarca) se basa en el derecho divino, la tradición y la representación. En este contexto, es dable advertir lo siguiente:

a) *El derecho divino* de los reyes encuentra su fundamentación en la famosa “Epístola de San Pablo a los romanos”, donde se expresa:

“Toda alma se somete a las autoridades superiores. Porque no hay au-

toridad que no sea instituida por Dios, y los que existen por Dios han sido ordenados. Así, el que se insubordina contra la autoridad se opone a la ordenación de Dios; y los que se oponen su propia condenación recibirán”.

En esa misma línea, el apóstol San Pedro [Citado por Jean Touchard. ob. cit.] había afirmado en su primera epístola:

“Temed a Dios, honrad al rey”. Y de manera sentenciosa, solía señalarse: “De Dios procede el rey, y del rey la ley”.

Conforme con estas ideas, el monarca inglés Jacobo I (1566-1625) llegaría a exclamar ante el Parlamento inglés:

“A los reyes se les reverencia [...] como si fueran dioses, porque ejercen la autoridad a manera de un poder divino sobre la tierra”.

En las *Memorias de Luis XIV* se lee:

“Aquel que ha dado un rey a los hombres, ha querido que se le respetase como su lugarteniente”.

Al respecto, debe recordarse que la entronización en el trono de Francia se efectuaba en la Catedral de Reims, en donde el rey rodeado de sus pares, prestaba juramento a la Iglesia y a su pueblo. Inmediatamente era consagrado, es decir, ungido con aceite de la Santa Ampolla, mientras el arzobispo pronunciaba la fórmula: “Sed bendecido y constituido Rey en este reino que Dios te ha dado para regir”.

- b) *La tradición* consiste en la transmisión intelectual y ética de aceptar el ejercicio del poder monárquico como un hecho natural, cotidiano y normal, avalado por la práctica política y social durante largo tiempo.
- c) *La representación* consiste en aceptar que la imagen y figura del ejercicio del poder descansa sobre una dinastía.

Al respecto, Roland Mousnier [*La monarquía absoluta en Europa (del siglo V a nuestros días)*]. España: Taurus, 1986] señala que conforme a lo expuesto la monarquía sería una institución de orden divino y natural. Por consiguiente, el derecho a mandar es hereditario e imprescriptible.

La sucesión monárquica se regula por la ley de la primogenitura. Así, deviene en un derecho adquirido e irrevocable que por tales no se pierde ni con la usurpación, la incapacidad o el derrocamiento.

Roland Mousnier [ob. cit.] expone que “Dios impone a los súbditos obediencia al rey. Sean cuales fueren las circunstancias, la resistencia al rey es un pecado que puede acarrear la condenación”.

Entre los principales teóricos que paulatinamente van imponiendo dicha modalidad –con la variable del fenómeno de desecularización del poder–, tenemos a Jean Bodin, Thomas Hobbes, Jacobo I y Jacques Benigne Bosuet.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Jean Bodin (1530-1596)

Jurista, economista y pensador francés. En su obra *Los seis libros de la República*, no solo muestra su adhesión a una concepción política absolutista, sino que la sustenta sobre la base del concepto soberanía.

Bodin sostiene que el ejercicio del poder monárquico encuentra únicamente restricciones en el derecho divino, en las leyes *imperii* (la ley sálica, el respeto a las propiedades de los súbditos) y en la obligación de observancia del *pacta sunt servanda* (o sea, en el acatamiento de los contratos).

Para Bodin la soberanía consiste en el poder absoluto de hacer la ley, sin el consentimiento de los súbditos; y es un imperativo categórico de la existencia de la comunidad estatal; por tanto, es indivisible, absoluta, perpetua, imprescriptible e inalienable.

b) Thomas Hobbes (1588-1679)

Filósofo inglés. Defiende la idea según la cual “el hombre es el lobo del hombre” (*homo lumini lupus*) en razón de sus naturales impulsos egoístas. De allí la necesidad de concretar un contrato social de todos con todos, en favor de una instancia de poder último dotada de atribuciones omnímodas, a fin de salvaguardar la conservación de la paz y los intereses de los individuos.

Para Hobbes el surgimiento del Estado es una creación convencional –no es un fenómeno natural– por la cual el hombre renuncia a su libertad absoluta, delegándola en el *Estado-rey*, a cambio de una coexistencia pacífica. Este pacto o contrato implica renunciar a la libertad natural y conlleva al sometimiento colectivo ante el poder estatal. Frente a este poder los hombres no conservan ningún derecho.

c) *Jacobo I (1567-1624) [Citado por Jacques Pirenne. ob. cit]*

Rey de Inglaterra por su condición de vástago de María Estuardo. En su escrito denominado *La ley de Trew para las monarquías libres* (1598), plantea que el rey es como la cabeza respecto al cuerpo: sin él no puede existir la sociedad, ya que el pueblo es una “mera multitud acéfala incapaz de crear derecho; el mismo que deriva de una prerrogativa regia instituida por Dios”. La única opción de esa “multitud acéfala”, llamada pueblo, es someterse al rey o incurrir en una anarquía absoluta

Los derechos consagrados por Dios se transmiten a los herederos del rey. Esta calidad y el derecho concedido no pueden explicarse ni debatirse; solo pueden aceptarse como un mandato divino. Así pues, para Jacobo I [Citado por Jacques Pirenne. ob. cit.], “es impío y sacrílego atreverse a juzgar los actos de Dios. De igual modo, es temerario e inconveniente para un súbdito resistir las medidas adoptadas por el rey”.

Jacobo I admite la existencia de responsabilidad regia por los actos gubernamentales, pero únicamente ante Dios.

d) *Jacques Benigne Bossuet (1627-1704)*

Clérigo católico, orador sacro y escritor francés. Este aparece como el principal exponente del absolutismo teocrático; para tal efecto se vale de la interpretación de los textos bíblicos.

Bossuet afirma que Dios es el genuino rey de la creación, habiendo ejercido inicialmente el poder directamente sobre los hombres. Señala que las posteriores autoridades humanas son consecuencia de la voluntad sacra. Así, manifiesta que Dios estableció a los jefes de los pueblos como ministros de él y que ellos reinan bajo su patronazgo.

Bossuet considera que a los gobernantes les pertenece por designio divino el poder legítimo y la fuerza coactiva. La responsabilidad de ellos es moral y no se encuentran sujetos a ningún tipo de penalidad terrenal por sus actos.

El modelo absolutista tuvo plena acogida en España y Francia. Asimismo, rigió en Inglaterra durante los reinados de Enrique VIII, Isabel I y los Estuardo (Jacobo I, Carlos I, Carlos II, Jacobo II).

Entre las principales características de esta modalidad de gobierno se encuentran las cuatro siguientes:

- a) Ejercicio del poder político sin parámetros legales. El gobernante se encuentra por encima de la ley. Encierra en sí –más allá de las personas– y para sí la fuente de toda legislación; es *lex rex* (ley viviente).
- b) Vigencia de los conceptos de transpersonalismo y continuidad.
- c) Legitimidad política sustentada en el derecho divino, la tradición y la representación. En este contexto, la unidad del cuerpo político descansa en la persona del rey.
- d) Auspicio del mercantilismo. La producción nacional es objeto de la protección del Estado, quien promueve su máximo desarrollo. De acuerdo con ello, existe un auspicio significativo del comercio de exportación.

Son propios de esta modalidad los tres conceptos constitucionales siguientes: la personificación del poder, los derechos estamentales y el ministeriado.

a) *La personificación del poder*

Entendida como aquella manifestación que asegura la soberanía encerrándola en una persona: el rey o titular homólogo.

b) *Los derechos estamentales*

Entendidos como aquellas facultades y atribuciones que se conceden a las personas según su ubicación en una determinada escala social.

c) *El ministeriado*

Entendido como un sector o repartición pública encargado a un colaborador del rey, a efectos de promover una mejor administración de los asuntos del Estado.

En la actualidad con algunos de los rasgos reseñados operan como monarquías constitucionales: el Vaticano (Europa), Omán (Asia), Brunei (Asia), Arabia Saudita (Europa) y Swazilandia (África).

2.2.1.2.- El gobierno liberal

Esta modalidad es el resultado estructural e institucional de las ideas de la ilustración y las revoluciones angloamericanas y francesa de los siglos XVII y XVIII. En ese sentido, se enlaza con el iusnatu-

ralismo revolucionario de Locke, Montesquieu, Jefferson, etc.; con el puritanismo de la Revolución Inglesa que consigue la consolidación política del Parlamento; con la independencia norteamericana y con la Revolución Francesa.

Como afirma el historiador francés Jean Touchard [ob. cit.]:

“El liberalismo triunfa en Europa occidental; se propaga en Alemania y en Italia, donde el movimiento liberal está ligado estrechamente al movimiento nacional; gana la Europa oriental (lucha de los ‘eslavófilos’ y ‘occidentales’); penetra, bajo su forma europea, en los países del Extremo Oriente, que se abren al comercio occidental; las repúblicas latinoamericanas se otorgan constituciones liberales, inspiradas en la Constitución de Estados Unidos”.

Asimismo, Touchard sostiene que “la expresión intelectual de la clase burguesa se convierte en arma decisiva en la lucha contra la nobleza laica y clerical; contra el absolutismo y el paternalismo de la Iglesia”.

El movimiento liberal plantea que a contracorriente del principio de la tradición –esgrimido en el absolutismo–, aparece el de la razón; frente al legitimismo y los privilegios estamentales, surge el iusnaturalismo racionalista, el cual concede determinados derechos naturales a toda persona como tal. De este último se desprende el ideal democrático y la visión de la persona como fin en sí misma.

A partir de este momento –según Wolfgang Abendroth y Kurt Lenk [Introducción a la ciencia política. Barcelona: Ediciones Anagrama, 1971]– la existencia de una institución pública y la aplicación de medidas gubernamentales se justificarán en función del principio de racionalidad.

El objetivo de la organización estatal ya no será la obtención de una gracia divina o la nombradía del soberano, sino el bienestar terrenal de los miembros del cuerpo político; por ende, la consecuencia última de esta concepción tendrá que ser el ejercicio del poder político por los propios ciudadanos.

La insurgente burguesía integrará armoniosamente una pluralidad de conceptos: el *contrato social* y la *soberanía popular*, como explicación racional de la Constitución del Estado y fundamento legitimador del ejercicio del poder político; la *separación de poderes*, como instrumento de distribución y limitación del poder; y los *derechos del*

hombre, como reconocimiento de atributos naturales y anteriores a la existencia del Estado.

El gobierno liberal plantea una estructura personalista, "*rectius individualista*", en donde el fenómeno de mando-obediencia se constituye únicamente entre la autoridad y el pueblo; plantea la constitucionalización de la relación entre el Estado y el pueblo, vía su configuración normativa e institucional, para lo cual cristaliza la expedición de documentos solemnes, articulados y sistematizados denominados *constituciones*.

Dicha expresión caracterizada por una concepción individualista expone una perspectiva ideológica en donde la persona es quien se constituye en la verdadera esencia y razón de ser del cuerpo político. En ese orden de ideas, los valores individuales aparecen como superiores a los colectivos.

La visión política parte del supuesto que el individuo como fin en sí mismo, es quien debe decidir su destino y forjar los caminos de la historia. Empero cabe advertir, que la relación interindividual se apega a los principios de igualdad y homogeneidad ontológica; por lo que consecuentemente cada persona tiene igual derecho a la promoción de su existencia, así como la obligación de respetar similar pretensión en sus congéneres. De lo expuesto puede colegirse que, sobre la base de tales principios cada sujeto "gesta" la construcción de su singular existencia individual.

La responsabilidad del cuerpo político reside en su papel instrumental en pro de la afirmación de la libertad. Para tal efecto, reconoce la existencia de derechos anteriores y supremos a su voluntad político-jurídica; presenta mecanismos de organización de control del poder; y ofrece su sumisión a un sistema de normas garantes de la dignidad personal.

El gobierno liberal muestra como paradigma el denominado Estado de Derecho y la antinomia Estado-Sociedad. Mediante esta última se promueve la separación tajante y clara entre vida pública y vida privada.

Manuel García Pelayo [ob. cit.] señala que la vida pública "queda limitada al Estado y a sus órganos"; en tanto que la vida privada "se desarrolla al margen de la monopolización estatal".

Ahora bien, en virtud de que el fin de coexistir dentro de una co-

unidad política radica en la realización personal a través de la libre decisión, la organización estatal se apoya en la fórmula del autogobierno, a efectos de armonizar la libertad de todos los demás. De allí que la democracia representativa y el pluralismo devengan en notas sustantivas de aquel.

La afirmación del gobierno liberal se encuentra ligada a la aparición del sentido de articulación entre Estado y nación. Al respecto, como refiere Raúl Ferrero Rebagliati [*Ciencia política*. Lima: Studium, 1975]:

“A partir de la Revolución Francesa la población o conjunto de personas será precisada como Nación y tomará el carácter de una persona; la figura de un ser que asume a la sociedad”.

La aparición del cuerpo político arraigado a la Nación permitirá otear al liberalismo como expresión gubernativa paradigmática a lo largo del siglo XIX y buena parte del siglo XX.

Giuseppe de Vergottini [ob. cit.] señala que dicho modelo se distingue “por reconocer carácter prioritario al papel que juegan los individuos en la sociedad y por el reconocimiento de una amplia esfera de derechos y garantías que aseguran su pleno uso. Bajo el primer aspecto sobresalen los temas de igualdad, libertad y de participación directa e indirecta del individuo en el poder estatal. Bajo el segundo aspecto emergen las múltiples soluciones organizativas encaminadas a limitar el poder repartiéndolo entre varios centros de imputación, tanto a nivel central como periférico, de suerte que se permite el mejor ejercicio de las funciones públicas por medio de los órganos más idóneos, y además se da el control recíproco interpoderes entre los órganos de dirección.

Entre los principales teóricos que forjaron esta modalidad de gobierno se encuentran Locke, Montesquieu, Constant y Tocqueville.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) John Locke (1632-1704)

Médico y filósofo inglés, es el principal representante de la corriente empirista.

En su libro *Consideraciones sobre el gobierno civil*, Locke plantea la necesidad de establecer la separación de los poderes públicos a efectos de garantizar la libertad económica, la libertad política y la se-

guridad jurídica; amén de insistir en la importancia del derecho de propiedad privada como derecho natural fundado en el trabajo, ya que este lo convierte en la prolongación de la personalidad humana, imprimiéndole su huella y auténtico valor.

b) *Carlos de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu (1689-1755)*

Escritor y político francés, es uno de los más importantes representantes del pensamiento de la ilustración.

Montesquieu recoge la teoría de la separación de los poderes públicos en salvaguarda de la libertad, pero racionalizándola con el argumento de que solo el poder frena el poder. Ahora bien, para la marcha eficaz de la cosa pública, las autoridades están en la obligación imperiosa de operar concertadamente. Más aún, establece que el orden jurídico expresa la naturaleza de las cosas.

c) *Benjamín Constant (1767-1830)*

Literato y político francés, se encargó de subrayar la importancia de los derechos fundamentales de naturaleza política y civil –cuestión heredada del iusnaturalismo– en la gestión gubernamental. En ese sentido, los observa como argamasa para el pacífico goce de la independencia personal.

Constant traza la arquitectura jurídico-racional del Estado liberal, basada en la primacía de la Constitución, en el régimen representativo y en la separación de poderes.

d) *Alexis de Tocqueville (1805-1859)*

Político, historiador y ministro de Relaciones Exteriores francés, plantea en su libro *Democracia en América* la tesis de la igualdad de condiciones entre los seres humanos. Con ello intenta conjugar armoniosamente los conceptos de democracia, libertad e igualdad.

Entre los textos y escritos de carácter jurídico-normativo que consolidaron la propuesta liberal, pueden citarse los cuatro siguientes:

- La Declaración de Derechos (Inglaterra, 1869).
- La Constitución de los Estados Unidos (Estados Unidos, 1787).
- La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).

- La primera Constitución de Francia (Francia, 1791).

Entre las principales características del modelo de gobierno liberal tenemos las cuatro siguientes:

- a) Articulación estricta entre el Estado y la Nación y separación de los conceptos Estado y sociedad.
- b) Institucionalización de la distinción de órganos y distribución de funciones.
- c) Reivindicación de los derechos fundamentales de las personas (ámbito civil y político). La libertad personal es la égida sobre la que descansa la finalidad gubernamental.
- d) Oposición radical a cualquier tipo de intervencionismo o dirigismo en materia económica y social.
- e) Expresión de representatividad con democracia parlamentaria.

En esta modalidad, el gobierno asume un rol pasivo en la esfera de la producción y del trabajo. Con ello se juridiza la famosa apostilla de Legendre [Citado por Pedro Planas Silva. *El Estado moderno. Una nueva biografía*. Lima: DESCO, 1993]:

“Laissez faire, laissez passer” (“Dejad hacer, dejad pasar”, o sea, “permitid y tolerad toda iniciativa personal”).

Los principios de esta modalidad son los siete conceptos constitucionales siguientes: la Constitución, el poder constituyente, la supremacía de la Constitución, la democracia, la separación de poderes, la igualdad ante la ley y el Estado de Derecho.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La Constitución

Documento jurídico que regula la estructura, organización, funcionamiento y límites del cuerpo político, y establece los derechos, deberes y garantías ciudadanas.

b) El poder constituyente

Facultad extraordinaria por la cual una colectividad política concurre a crear un primer o nuevo ordenamiento constitucional.

c) La supremacía de la Constitución

Principio que establece que el ordenamiento jurídico tiene su fun-

damento y legitimidad en el respeto y coherencia de las normas básicas y poderes de la Constitución.

d) La democracia

Sistema de gobierno basado en la libertad e igualdad de los ciudadanos ante la ley, y que auspicia la participación de estos en las decisiones gubernamentales.

e) La separación de funciones

Principio que establece la determinación específica de las funciones que cumplen los poderes políticos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). Estas funciones son encargadas a funcionarios o autoridades que se controlan entre sí.

f) La igualdad ante la ley

Principio que establece la equiparidad formal de todos los individuos; y por consiguiente la cancelación de los privilegios legalistas asignados por razón del status social.

g) El Estado de Derecho

Principio que establece la sujeción del Estado al Derecho por él creado o reconocido. Dicho concepto por construcción jurídica reúne a varios de los anteriormente expuestos.

2.2.1.3.- El gobierno marxista-leninista

Esta modalidad es el resultado estructural e institucional de las triunfantes revoluciones comunistas del siglo XX en la extinta URSS (1917), China Popular (1949), Cuba (1959), etc.

Rosental y Ludin [Citado por Fernando Canotti. *El hombre, las ideas y los gobiernos*. Buenos Aires, 1989] definen esta modalidad como el gobierno de la sociedad proletaria que conjuga la superestructura política con la base económica del socialismo. Surge como la respuesta de los socialistas marxistas al descontento social promovido por un liberalismo ajeno a los problemas derivados en materia de salud, educación, seguridad social, trabajo, etc.

El ideario político de Carlos Marx y Federico Engels y los replanteos de Vladimir Ilich Uliánov (Lenin) se convierten en los cartabones para establecer al Estado y su gobierno como instrumentos políticos

de dominación de la clase obrera, a efectos de eliminar paulatinamente las diferencias derivadas de las relaciones económico-políticas e instaurar, tras la futura desaparición del ente estatal, una real y auténtica sociedad libre y democrática. El Estado y su organización devienen en la expresión cabal de la violencia y coerción de una clase social sobre las restantes.

En esa perspectiva, Giuseppe de Vergottini [ob. cit.] lo define como una estructura coercitiva transitoria, encaminada a la construcción del comunismo.

Carlos Marx y Federico Engels parten del presupuesto de que la forma de producción de los bienes materiales condiciona toda la organización de la sociedad. Así, a determinadas fuerzas productivas les corresponden determinadas condiciones sociales; toda alteración en las fuerzas productivas trae consigo la transformación de las relaciones de carácter social.

Carlos Marx [*Introducción general a la crítica de la economía política*. México: Siglo XXI Ediciones, 1984] señala que “en la producción social de su existencia, los hombres establecen determinadas relaciones, necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a un estadio evolutivo de sus fuerzas productivas materiales. La totalidad de sus relaciones de producción constituyen la estructura económica de la sociedad y la base sobre la cual se alza un edificio jurídico y político [...]”.

En la esfera político-jurídica las contradicciones aludidas se manifiestan en la forma de lucha de clases antagónicas, conflicto que se constituye en el motor del proceso de desarrollo histórico. La consecuencia será una nueva organización política adaptada a los cambios de las fuerzas productivas. El ordenamiento jurídico deviene en el resultado de las relaciones de poder entre las clases sociales, y es hechura indesligable del modo de producción imperante en la sociedad. Los supuestos de esta concepción son la división de la sociedad en clases confrontadas por intereses irreconciliables y la interpretación dialéctica de la historia con arreglo a la cual esta es el despliegue de la lucha de clases.

En esa perspectiva una clase social se compone de aquellas personas que desempeñan una función homogénea en el proceso de producción económica. De allí que aparezca una división frontal de

funciones, en donde un grupo posee los instrumentos de producción y de cambio, en tanto que los otros disponen única y exclusivamente de su fuerza de trabajo. Dicha situación genera un antagonismo de clases, que se profundiza en razón a que las formas de existencia y coexistencia social queden determinadas en su homogenización y en su confrontación por las situaciones de clase.

Dentro de ese contexto, Manuel García Pelayo [ob. cit.] sentencia que la clase social “es la vinculación fundamental y esencial entre los hombres, y no la nación, la raza u otras agrupaciones; es, pues, el concepto central al que se subordinan los demás”.

Los antagonismos de clase constituyen el motor del devenir histórico, de modo tal, que para los marxistas leninistas la historia de la sociedad es la historia de la lucha de clases.

El Estado tiene la significación de ser el instrumento político-jurídico mediante el cual se asegura el mantenimiento de los intereses de la clase gobernante sobre las restantes. Aquí el cuerpo político aparece en una dimensión de dominación y coerción al servicio de uno de los segmentos del colectivo social.

Desde dicha perspectiva, la organización política es por propia naturaleza un medio de dominación (justicia, poder de policía, fuerza armada, legislación, etc.).

El gobierno marxista leninista expresa para sus epígonos el apoderamiento del Estado por parte de la clase social más numerosa (el proletariado), a efectos de utilizarlo para la dominación de la otrora clase conductora (la burguesía), auspiciosa.

Como hemos referido, la meta de la revolución socialista marxista consiste en convertir a la oprimida clase del proletariado en el grupo dominante, en destruir el sistema estatal burgués y en crear un nuevo tipo de Estado y forma de organización política bajo la forma de la “dictadura del proletariado”. Ello se explica –según sus auspiciadores– en función de que el cuerpo político y su estructura organizativa nacida al influjo de los antagonismos de clase, es una fuerza de represión admitida por la población para salvaguardar la unidad del conjunto de la sociedad. En este contexto, frente a la democracia liberal –considerada como dictadura de la burguesía– aparece la democracia popular –dictadura del proletariado–. Aquí el gobierno será tan represivo como los

anteriores, empero ejercido en favor de los intereses de la mayoría de la población.

El ideario marxista-leninista utiliza la organización política para construir una sociedad socialista en donde los medios de producción, distribución e intercambio se coloquen al servicio pleno de toda la colectividad; y en donde prime una igualdad absoluta.

El gobierno marxista-leninista busca la transformación de la estructura económica de la sociedad y promueve el advenimiento de la sociedad sin clases. Sus apologistas plantean que el poder ejercido dictatorialmente por el proletariado admite justificación en la medida que tiene como finalidades: el promover y defender las conquistas revolucionarias ante la previsible reacción de los sectores desplazados del poder; el suprimir la propiedad privada de los medios de producción; y el de crear las condiciones estructurales indispensables para el advenimiento de la nueva sociedad. Esta dictadura será paulatinamente innecesaria, hasta llegar al momento culminante de sustituir el gobierno de las personas por la mera administración de las cosas y la dirección de los procesos de producción.

Así, la desaparición del Estado configurará la aplicación del principio "a cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades".

En suma, el cuerpo político fenecerá cuando las condiciones económico-sociales permitan la existencia de una sociedad comunista; es decir, cuando se haga viable un entorno gregario sin clases sociales.

Dicho modelo plantea una dirección político-jurídica basada en la rigidez y la disciplina por parte de los gobernantes sobre los gobernados. Los primeros aparecen agrupados verticalmente en la estructura del partido único (Partido Comunista).

La pluralidad de los órganos constitucionales y la división de poderes es sustituida por una pluralidad de órganos y organismos colegiados surgidos de una elección popular directa conocida como los soviets, que devienen en representantes de la colectividad, De dicha voluntad colegiada se determinará a los responsables de la administración y jurisdicción estatal; vale decir, se aplicará el principio de unidad del poder político.

El mecanismo de representación se establece sobre la base de postulaciones surgidas del partido único (Partido Comunista) y de las

organizaciones sindicales, sociales y culturales políticamente vinculadas a aquel.

Al respecto, Joseph Stalin [*Los fundamentos del leninismo*. Lima: Fondo de Cultura Popular, 1973] señalaba que “el partido es la guía del Estado”. Por ende, a través de él se asegura la elección de los principales cargos públicos; y se vigila la obra de la administración.

En suma, el partido único es la fuerza dirigente y orientadora de la sociedad y el núcleo de su sistema político y de las organizaciones estatales, sociales, etc.

Giuseppe de Vergottini [ob. cit.] expone que el partido deviene en una estructura organizativa que emana de los intereses de la clase obrera y cuya finalidad está dirigida a la conquista del poder y la instauración de la dictadura del proletariado. De este se forja el núcleo dirigente del Estado. Asimismo, declara que “en *realidad* es más un verdadero órgano del Estado, que un órgano de la sociedad”.

Por obra de la praxis política el partido termina fusionándose con el cuerpo estadual. Ello al extremo que las más importantes decisiones se adoptan en la cúpula partidaria y se ejecutan a través de los órganos gubernamentales.

La referida expresión gubernamental adicionalmente se rige por el principio del centralismo democrático. Para tal efecto, se fija que la elegibilidad total de los cargos públicos y partidarios surge de la base social hacia el ápice; se establece la obligatoria y periódica rendición de cuentas de la actuación funcional; y se somete a la totalidad de la comunidad, a una férrea disciplina y subordinación jerárquica a la voluntad de la mayoría.

Es igualmente importante el interés por la planificación económica, lo que implica un conjunto coordinado de decisiones político-jurídicas y la organización monódica de la actividad económica a efectos de racionalizar el mercado en pro del bienestar general.

Entre los principales teóricos de este modelo aparecen Marx, Engels y Lenin.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Carlos Marx (1818-1883)

Filósofo, economista y político alemán, en unión con Federico En-

gels expuso sus puntos de vista en obras como *La Sagrada Familia* y el *Manifiesto del Partido Comunista*.

Considera que la coerción del derecho estatal emanado del poder político, responde a los intereses de los beneficiarios de los sistemas de producción: “El obrero sabe bien –con demasiada frecuencia lo aprendió en la práctica– que la ley es un látigo trenzado por la burguesía”.

b) Federico Engels (1820-1895)

Filósofo, economista y político alemán, justificó y anunció la futura desaparición del Estado. Afirmó que este iba a “ocupar un lugar en un museo de antigüedades, al lado de la rueca y del hacha de bronce”.

c) Vladimir Ilich Uliánov, “Lenin” (1870-1924)

Político ruso. En su libro *El Estado y la revolución* planteó un conjunto de principios políticos que sirvieron para la elaboración práctica y real del modelo marxista de gobierno. En esa obra afirmó que el cuerpo político –nacido como producto de los antagonismos de clase– utiliza al gobierno como una fuerza de represión aceptada por la sociedad para salvaguardar la unidad del conjunto de la sociedad.

Entre los principales textos políticos que consolidaron la propuesta marxista-leninista pueden mencionarse los tres siguientes:

- La Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explo-tado de la URSS de 1918 y las constituciones soviéticas de 1924, 1936 y 1977.
- Las constituciones de China Popular de 1954 y 1975.
- El programa político marxista-leninista adoptado por Cuba en 1961 y la Constitución cubana de 1976.

Las principales características de este modelo son las tres siguientes:

- a) Auspicio de los denominados derechos económicos y sociales, y restricciones evidentes y significativas de los derechos políticos y civiles.
- b) Absoluta injerencia en las relaciones de producción, y concentración de la propiedad en manos del Estado.
- c) Formalidad representativa, con democracias parlamentarias supeditadas al Comité Central del Partido Comunista. En este mo-

delo se acepta a un único partido como canal de intermediación entre el gobierno y la ciudadanía.

Son propios de esta modalidad los seis conceptos constitucionales siguientes: la legalidad socialista, la democracia popular, la unidad del poder, el centralismo democrático, los derechos sociales y el control político de la constitucionalidad.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La legalidad socialista

El sistema jurídico emanado de los órganos de poder estatal se percibe como un orden normativo e institucional que condiciona y controla la actuación de la ciudadanía en aras de alcanzar los objetivos revolucionarios del proletariado.

Esta establece un sistema estable entre los órganos estaduales y el pueblo con sujeción a fines de transformación y cambio.

b) La democracia popular

Se trata de un concepto planteado en oposición a la democracia representativa (calificada como elitista, excluyente y cerrada). Su vigencia se enmarca en el ámbito de las atribuciones en el campo socioeconómico.

c) La unidad del poder

El poder político recae en realidad en el Comité Central del Partido Comunista, su único y real depositario.

En este modelo el partido único y el gobierno se confunden, hasta el extremo de que el primero se impone de acuerdo a los factores reales de poder. El gobierno se limita a formalizar las decisiones adoptadas por el Comité Central del Partido Comunista.

d) El centralismo democrático

Se refiere a la existencia de asambleas elegidas por el cuerpo electoral, de jerarquía piramidal (base territorial local, regional, nacional, federal), con funciones administrativas y de control. Así, los informes y sugerencias fluyen de la base política social, en tanto que las decisiones se promueven desde el ápice de dicha estructura.

Bajo dicha concepción aparecen la regla de elección total; la regla

de rendición de cuentas incondicionada; la regla de subordinación al principio de mayoría; y la regla de vinculación taxativa a las decisiones aprobadas.

Asimismo, el centralismo democrático plantea una doble dependencia jerárquica: de un lado, todo órgano estadual depende horizontalmente de sus electores; y del otro, verticalmente depende de todo órgano de mayor rango funcional.

e) Los derechos sociales

En el modelo hay una preeminencia de los derechos fundamentales –de la persona– de carácter económico, social, cultural, expresados en atribuciones reales y concretas (salud, trabajo, vivienda, etc.).

f) El control político de la constitucionalidad

El Parlamento tiene la facultad exclusiva de examinar la coherencia, respeto y supremacía de la Constitución sobre el resto de las normas del sistema jurídico.

La Constitución es concebida como un instrumento para la consolidación del poder socialista y como un medio de dirección programática.

2.2.1.4.- El gobierno fascista

Esta modalidad es el resultado estructural e institucional consecuencia de la humillación nacional derivada de la Primera Guerra Mundial y la búsqueda de una respuesta a la vigorosa presencia de fuerzas políticas como el socialismo democrático y el marxismo.

Como consecuencia de ello aparecerán la Italia Fascista (1922-1943), la Alemania Nacional Socialista (1933-1945), la Portugal Salazarista (1926-1974) y la España Franquista (1936-1978).

El fascismo expone la desesperación de capas de la clase media y superior, temerosas de la “politización” de la sociedad, así como la desorientación de los antiguos combatientes, a quienes el conflicto bélico dejó huellas imborrables y una desubicación social al regresar a sus lugares de origen.

El fascismo se manifiesta en unidades paramilitares de ideología nacionalista, con vocación castrense, agresividad social y comportamiento antidemocrático.

Reivindica los valores del irracionalismo al exaltar la fe, la obediencia y la acción. Dicha filosofía surge como una reacción al racionalismo hegeliano; así, frente a las abstracciones y síntesis genéricas y formales, se exaltarán las razones vitales, la acción y las ansias de concreción.

El irracionalismo se afirma en la comunidad de sangre, raza, tradición y familia.

Esta vocación irracionalista se acompaña naturalmente de una concepción político-social antiigualitaria. De allí que se estime que el gobierno fascista es un instrumento de los fuertes y una garantía para los débiles. La función gubernamental consiste en “soldar” a las clases sociales en una sola realidad económica y moral.

Al respecto, Paolo Biscaretti di Ruffia [*Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000] expone que en el período del florecimiento fascista “existió un sentimiento escéptico de desconfianza en las facultades políticas del autogobierno de las masas, y, por el contrario, una confianza ilimitada en la afirmación espontánea de un jefe dentro de toda la colectividad nacional; o sea, de un miembro de la colectividad misma, situada por encima del resto de sus integrantes con el objeto de interpretar sus necesidades más vitales y de guiarla hacia la realización de su destino de poder y de gloria”.

Esta convicción apodíctica y axiomática de la irreparable inferioridad de las masas, llevaba a la creencia de una separación tajante, absoluta e indisoluble entre gobernantes y gobernados. Por ende, el gobernante máximo asumía la condición de Duce, Führer, Caudillo o Conducator.

El fascismo exaltará la noción del super hombre y el elitismo en su versión de selectas minorías dirigentes.

La sumisión del pueblo no requería solo de la mera pasividad, exigía también una adhesión como “sequito fiel y diligente”, cuyo lazo con el líder del gobierno se forjaba en la “fidelidad, el honor y la confianza mutua”.

En esencia, el cuerpo estadual es un ente político de plenitud y omnipotencia, sus miembros se encuentran subordinados a él, y el gobierno coadyuva a que el Estado sea un fin en sí mismo.

En esa perspectiva, el valor fundamental de la convivencia no

radicaba en el valor de la persona humana individualmente considerada, sino por la comunidad nacional como un todo único e indivisible. Así, en el caso del fascismo italiano se consideraba a la Nación como una unidad moral, política y económica que se realiza en el Estado, gracias a la acción del gobierno.

En efecto, la persona carece de importancia. Interesa el cuerpo al cual se pertenece, particularmente la Nación.

Por ende, como esta no se desarrolla sin el poder del Estado, de allí que aparezca necesaria la entrega total de la persona a la férula del Estado.

El Estado fascista es totalitario en la medida que busca la “*integración*” de la colectividad nacional en el cuerpo estadual; el cual a su vez está impregnado en su accionar por una ideología oficial y excluyente.

Al respecto, en La Carta del Trabajo (1927) se estableció que “La Nación italiana es un organismo que tiene fines, vida y medio de acción superiores por su fuerza y duración a los de los individuos aislados o agrupados que la componen. Es una unidad moral, política y económica que se realiza integralmente en el Estado fascista”.

En la Nación una persona es solo un miembro circunstancial, contingente y transitorio.

En el caso del fascismo alemán se hizo coincidir la propia colectividad nacional con la “comunidad de sangre y raza”.

Esta apreciación de la persona humana en sí misma, conllevó a establecer que “la utilidad colectiva tiene primacía sobre la utilidad individual”.

El gobierno fascista contribuye a la exaltación del Estado como fin supremo de la vida coexistencial, hasta el extremo de que la ciudadanía solo tiene significación histórica y valor, en la medida en que deviene en “medio” para el engrandecimiento y gloria del cuerpo político. Como señala Carlos Sánchez Viamonte [*El constitucionalismo. Sus problemas*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957], “el fascismo descansa sobre una concepción permanente y orgánica de la sociedad, que lleva a proclamar la supremacía de esta, en su organización estatal, sobre el derecho y el interior del individuo”.

Para el fascismo, la sociedad política tiene como horizonte histórico su conservación, expansión y engrandecimiento; fines que son eventualmente contrapuestos a los objetivos mezquinos de los ciudadanos que la componen. Por ende, el problema fundamental no es el relativo a los derechos personales, sino básicamente el pertinente a los fines y objetivos estatales. En esa lógica, los derechos “convenidos” a los ciudadanos no son anteriores ni superiores al Estado, ni mucho menos pueden ser ejercidos contra él. Para tal efecto, el gobierno juega un rol vital en este aspecto.

En la estructura Estado-Gobierno, esta ideología plantea como designio inmutable de la naturaleza humana la superposición de la voluntad de las minorías “superiores” sobre la vasta mayoría de los “inferiores”. Se postula el ejercicio autocrático del poder por parte de minorías selectas, cuyo fundamento de mando radica en un orden natural inmanente e inmutable: la superioridad ínsita de unos hombres sobre la muchedumbre.

Ernest Fraunkil [Citado por Wolfgang Abendroth y Kurt Lenk. ob. cit.] señala que constitucionalmente puede aludirse a un gobierno normativo y prerrogativo. Así, la voluntad del que ejerce el poder puede transformarse inmediatamente en voluntad jurídica en forma de ley, disposición, decreto, orden o mera regulación de competencia. El ciudadano carece de seguridad jurídica al estar expuesto al poder discrecional de lo correcto o incorrecto, desde el punto de vista legal, por parte de las autoridades estatales, las mismas que actúan no solo de conformidad con la Constitución o la ley, sino de acuerdo con las orientaciones del gobernante, usualmente carismático. Al respecto, Gustavo Adolfo Hitler llegó al extremo de arrogarse la competencia de intervenir como juez supremo, en circunstancias de peligro especial para el Estado; tal como “aconteció” en 1934 cuando tras inventarse la preparación de un *putsch* (insurrección) a cargo de Ernst Rohm -jefe de las Secciones de Asalto SA- ordenó la ejecución de aquel.

En circunstancias ordinarias los jueces tenían facultades punitivas aun sin la preexistencia de normas regulatorias; así, cuando consideraban que una conducta devenía en reñida al derecho inmanente y no formulado escrituralmente por la comunidad nacional, dictaban sentencia condenatoria.

En esta modalidad de gobierno se plantea el principio de concen-

tración de funciones en manos del Duce, Führer, Caudillo o Conductor y la omisión de toda forma de control constitucional, esto es, aquel era líder del partido único, jefe de gobierno, jefe de Estado y conciencia de la Nación.

Asimismo, Paolo Biscaretti di Ruffia [ob. cit.] destaca “los considerables poderes de impulso y de dirección asumidos por el partido único en el complejo desarrollado de las actividades económicas y culturales del país”. Dicho ente funcionaba conjuntamente con el Estado bajo la categoría de una persona jurídica de derecho público y de naturaleza constitucional.

Entre los principales creadores de este modelo figuran Mussolini, Hitler y Franco.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Benito Mussolini (1833-1945)

Político italiano, conocido como el “Duce”. Es célebre su proclama en la Scala de Milán:

“Todo en el Estado, nada fuera del Estado”.

Benito Mussolini también llegó a afirmar que:

“El número es opuesto a la razón; y la historia demuestra que pequeñas minorías han producido en la sociedad humana transformaciones profundas”.

b) Gustavo Adolfo Hitler (1889-1945) [Citado por Walter Theimer. Historia de las ideas políticas. Barcelona: Ariel, 1969]

Político nacido en Austria, conocido como el “Führer”. En uno de sus discursos llegó a afirmar:

“No es la inteligencia que corta los cabellos en cuatro la que ha sacado a Alemania de su desamparo; la razón os hubiese desaconsejado venir a mí; solo la fe os lo ha mandado. No se trata sino de creer, obedecer y combatir”.

Gustavo Adolfo Hitler también llegó a afirmar que:

“Una mayoría no puede nunca sustituir al hombre. La mayoría ha sido siempre el abogado de la estupidez y las conductas más cobardes; y así como cien mentecatos no suman un hombre listo, tampoco es probable

que una revolución heroica provenga de cien cobardes”.

c) Francisco Franco Bahamonde (1892-1975)

Militar español, conocido como el “Caudillo”; restableció el reino español en razón de la fuerza de la tradición. En su condición de “Caudillo” se colocó por encima de la voluntad de los ciudadanos y se declaró únicamente responsable ante el juicio de la historia.

d) Alfredo Rocco (¿?)

Jurista y ministro de Justicia fascista, creador de la teoría del Estado fascista y de la configuración corporativa del mismo.

e) Otto Koelbreutter (¿?)

Jurista creador de la noción del Estado de Derecho Auténtico del Nacional Socialismo, en donde el führer –conductor o guía– señala el camino a la comunidad, seguido fielmente por su pueblo como séquito, a base de un poder personal, originario e infalible.

Entre los textos jurídicos que coadyuvaron a la formulación de la modalidad de gobierno fascista aparecen los siguientes:

- La Constitución de Portugal (1933).
- La Ley del Primer Consejo del Fascismo (Italia, 1928), la Ley del Consejo Nacional de Corporaciones (Italia, 1930), la Ley de los Fascios y de las Corporaciones (Italia, 1939).
- La Ley de Plenos Poderes (Alemania, 1933) y la Ley de Aseguramiento de la Unidad del Partido y el Estado (Alemania, 1933).
- La Ley de Fuero de los Españoles y la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado (España, 1947), la Ley sobre los Principios del Movimiento Nacional (España, 1958) y la Ley Orgánica del Estado Español (España, 1967).

Entre las principales características de esta modalidad de gobierno se encuentran las cinco siguientes:

- a) Adscripción a una ideología política de manera oficial, exclusiva y excluyente, expresada en un partido único articulado a la estructura estatal.
- b) Espíritu antiindividualista, con supresión de derechos y garantías constitucionales, así como aversión al principio de separa-

ción de los órganos de poder.

- c) Gobierno supremo y omnipotente, bajo el mando de un líder o caudillo.
- d) Subordinación del fenómeno económico a la acción política.
- e) Ciudadanía sujecionada a la acción gubernamental, expresión evidente de transpersonalismo. Esta es orientada en el ejercicio de la sociabilidad a su participación en los grupos primarios (familia, municipio, gremio).

Son propios de esta modalidad los tres conceptos constitucionales siguientes: la Constitución material, la Constitución dispersa y las corporaciones.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La Constitución material

Alude a la existencia de decisiones, órdenes o prescripciones de contenido jurídico-político que se asemejan en jerarquía a los que aparecen en un texto constitucional.

b) La Constitución dispersa

Alude a la existencia de una Constitución diseminada en varios textos legales.

c) Las corporaciones

Alude a las organizaciones políticas de la sociedad conformadas en torno a las especialidades ocupacionales de sus miembros. Implican la estamentalización política de la ciudadanía en función de categorías ocupacionales o profesionales.

2.2.1.5.- El gobierno democrático social

Esta modalidad es un resultado estructural e institucional que tiene su inicio en la mitad del siglo XIX en los estados capitalistas altamente industrializados y de Constitución democrática (por ejemplo, en los cuerpos políticos ubicados en la Europa Occidental y Escandinavia), al cual contribuirá el constitucionalismo social derivado de las constituciones de Querétaro (México, 1917) y Weimar (Alemania, 1919).

Este modelo es la respuesta a los males sociales generados por el liberalismo clásico, el cual que se abre camino a raíz de la conquista popular del acceso al sufragio general y la organización social en partidos y sindicatos. Como señala Jorg Kammler [Citado por Wolfgang Abendroth y Kurt Lenk. ob. cit]:

“Dicho concepto hace referencia directa entre el Estado y la sociedad, lo cual tiene lugar en el sistema de la organización y decisión política; características que la distinguen [...] del liberalismo burgués, cuyo factor constitutivo es la separación entre ambas esferas”.

Este acontecimiento procura la homogeneidad entre los ciudadanos, motivando incluso la acción promotora del gobierno en la regulación de la economía para alcanzar un crecimiento económico y una prosperidad más o menos generalizadas.

En efecto, como bien expone Álvaro Echeverri Uruburu [*Teoría constitucional y ciencia política*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2002] “el orden económico y social, que en el período liberal era una realidad ‘extraconstitucional’, pasa a convertirse en el capítulo o preponderante, según los casos de las estructuras constitucionales de los nuevos estados”.

Así, Martín Bassols [*Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos, 1985] señala que “el concepto de Constitución económica y democracia económica, emergen con sustantividad propia [...]”.

Como afirma Pedro Planas Silva [ob. cit.], las principales funciones de este modelo consisten en garantizar la existencia, buscar la plena ocupación, proteger el potencial del trabajo y establecer mecanismos de prevención y asistencia social, todo esto debido a que las vacías fórmulas de libertad e igualdad tienen que ser rellenas con el contenido material de una acción promotora e incluso interventora del gobierno, con el objetivo de garantizar un mínimo de seguridad económica y justicia social. Para decirlo a la manera de Ernest Forsthoﬀ [Citado por Pedro Planas Silva. ob. cit], es necesario que el gobierno garantice la “procura existencial” de los ciudadanos.

Al inﬂujo de los movimientos sociales de corte anarquista, socialista, marxista, gremialista puro, etc., vía una cada vez mayor presencia en el órgano parlamentario, ya no se busca proteger a la sociedad del poder estatal, sino que, garantizado aquello por la existencia de un *Estado de Derecho*, se trata de proteger a la sociedad mediante la

acción tuitiva, promotora o interventora del poder político. Como refiere Manuel García Pelayo [*Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1990], antaño se buscaba la instauración de un gobierno, en principio, inhibitorio de la vida social; empero después la idea-fuerza radica en la acción gubernamental mediante las prestaciones sociales, la distribución del producto nacional, etc.

Esta modalidad gubernamental implica la “socialización del Estado”, para lo cual coordina y fusiona las actividades del Estado, la sociedad y el derecho.

Como bien dijera Gerhard Leibholz [Citado por Pedro Planas Silva. ob. cit]:

“La expansión de las ideas democráticas [...] lo que realmente implican es la transición de la libertad del ámbito político al ámbito social, donde los hombres desarrollan efectivamente su existencia”.

La vida en democracia no solo comprende una estructura político-jurídica, sino que involucra un constante mejoramiento de las condiciones materiales de vida.

En suma, esta modalidad gubernamental se dirige a ordenar los intereses sociales contrapuestos.

Entre las características de este modelo aparecen las cuatro siguientes:

- a) Reivindica la solidaridad y fraternidad social como parte del compromiso del cuerpo político con la sociedad. Para tal efecto, promueve la tutela de los grupos socio-económicos más débiles.
- b) Ejecuta acciones armonizadoras concretas en relación con los conceptos de democracia y justicia social.
- c) Promueve la aplicación del principio de razonabilidad y la organización estatal tiende a la integración social.
- d) Promueve la aplicación del principio de equidad en la búsqueda de la igualdad real como meta de la sociedad, sin mengua del reconocimiento de las diferencias surgidas del mérito, la laboriosidad, el talento, etc.

Entre los primiciales textos jurídicos vinculados con la promoción de esta modalidad de gobierno, se encuentran los tres siguientes:

- La Constitución de Querétaro (México, 1917).
- La Constitución de Weimar (Alemania, 1919).
- La Constitución de España de 1931.

Los principales personajes que auspiciaron esta modalidad fueron Robespierre, Napoleón III, Bismarck, Lloyd George y Beveridge.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Maximiliano Robespierre (1758-1794) [Citado por David P. Jordan. *Robespierre: biografía e historia*. Buenos Aires: Javier Vergara Editor, 1986]

Político y abogado francés, en su condición de jefe de los “jacobinos” fue uno de los más interesados en el tema de la “cuestión social”.

En respuesta a los teóricos del liberalismo clásico, planteó que “El primer derecho es el de existir. La primera ley social es aquella que garantiza a los miembros de la sociedad los medios de existir; todo lo demás se encuentra subordinado a ello”. Asimismo, señaló que “las largas convulsiones que desgarran a los estados no son sino el combate de los prejuicios contra el interés general, del orgullo y de las pasiones de los poderosos contra los derechos y las necesidades de los débiles”.

b) Napoleón III (1808-1873)

Sobrino de Napoleón Bonaparte, Presidente de la República Francesa (1848) y Emperador de Francia (1852), fue un ejecutor de medidas concretas tendientes a resolver la cuestión social. Así, fue el iniciador de un intenso programa de obras públicas que generó importantes fuentes de trabajo; redujo la jornada laboral a doce horas; instituyó medidas de previsión social como las cajas mutuales, las viviendas populares, etc.

Acuña el famoso lema de “eliminar la pobreza y fomentar las actividades productivas”.

c) Otto von Bismarck (1815-1898)

Canciller de Prusia (1862) y artífice de la unidad nacional, es el inspirador del sistema de seguridad social y accidentes de trabajo, así como de la inspección a los centros de actividad fabril.

d) David Lloyd George (1863-1943)

Político británico, primer ministro entre 1919-1922, es el responsable del establecimiento de la seguridad social inglesa, el forjador de la ley de salario mínimo, el organizador de las bolsas de trabajo y las agencias de empleo. Fue el inspirador de la tributación agravada para los sectores de mayores recursos, con el objeto de financiar lo que él denominó “guerra a la pobreza”.

e) Sir William Beveridge (¿?)

Economista inglés, es el responsable de la elaboración de un famoso plan de seguridad social (1942) que obtuvo desarrollo legislativo en Inglaterra durante buena parte del siglo XX.

Son propios de esta modalidad los dos conceptos constitucionales siguientes: el constitucionalismo social y la democracia social.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) El constitucionalismo social

Esta expresión hace referencia a aquellos textos que agrupan a los derechos ciudadanos denominados *derechos sociales*. Según esta concepción, el Estado debe cumplir programáticamente una función tuitiva y promotora en beneficio de los grupos más débiles y marginados.

b) La democracia social

Esta expresión alude a la potestad ciudadana de participar activamente no solo en las esferas civiles y políticas, sino también en las de carácter económico, social y cultural.

c) Constitucionalismo económico

Esta expresión alude a aquella parte del texto fundamental que define los fundamentos del sistema económico y los derechos derivados de aquel.

d) Justicia social

Esta expresión alude al conjunto de normas y programas destinados a promover el reparto equilibrado de los bienes sociales.

2.2.2.- Los regímenes políticos

Denomínase como tales a las formas concretas de la conformación y relación existentes entre los órganos del poder político.

Estos regímenes admiten seis clases de gobierno: de asamblea, directorial, parlamentario, presidencial, mixto o compuesto y sultanático.

Al respecto, veamos lo siguiente:

2.2.2.1.- El gobierno de asamblea

Esta modalidad hace referencia a un régimen caracterizado por la confluencia de las potestades políticas en una *asamblea parlamentaria* (Dieta, Congreso, etc.), el cual ejerce simultáneamente la totalidad de las funciones ejecutivas y legislativas. Aquí se da una concentración del poder político en torno a la institución parlamentaria. En ese contexto, la asamblea ejerce una suerte de absorción *in totum* de las funciones ejecutivas.

Ahora bien, como señala Pedro Planas Silva [*Regímenes políticos contemporáneos*. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1997], “por razones físicas y por necesidades de especialización” la asamblea parlamentaria se ve en la necesidad de nombrar a un comité o junta de delegados, encargada de ejecutar en su nombre las labores de administración del Estado.

Este comité o junta –una suerte de órgano Ejecutivo– se conforma con miembros de la propia asamblea, quienes pueden ser obligados a dimitir en sus cargos o ser revocados en su mandato; por ende, la delegación efectuada es meramente técnica y no confiere poder en sí misma. Como puede deducirse de lo expuesto, el comité o junta deviene en un mero ente de ejecución de la asamblea parlamentaria, un simple ejecutante de la orientación política que señala esta. Según Maurice Duverger [*Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1970], se trata solo de un ente recadero de la asamblea parlamentaria, que carece de independencia en el ejercicio de sus funciones.

Ante la inexistencia de una separación de los órganos Legislativo y Ejecutivo, el poder se ejerce directa e indirectamente a través de la asamblea parlamentaria. El único control existente sobre esta –y que se ejerce por intervalos– recae en el cuerpo electoral. Como

afirma Humberto Nogueira Alcalá [*Páginas políticas contemporáneas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985]:

“El régimen de asamblea [...] es todopoderoso, concentrando en sus manos todo el poder político; pero este a su vez se somete totalmente a la voluntad del pueblo, único detentador de la soberanía, a través del mandato imperativo, del referéndum o iniciativa popular. Así, como señala Cadart, el pueblo es perpetuamente quien dirige el gobierno del país, porque la Cámara le está perpetuamente sometida, en razón de que él mismo es el gobierno”.

Debe advertirse que la Asamblea, Parlamento o Dieta no puede ser disuelta ni es objeto de control político, porque en realidad no existe un órgano Ejecutivo. El consejo, comité o junta solo posee atribuciones significativas como figura ceremonial o como depositaria de la representación protocolar, y su conducción tiene carácter rotativo.

En este modelo no existe propiamente un jefe de Estado y el jefe de Gobierno es solo un *primus inter pares* en relación con el resto de los miembros del comité, consejo o junta.

Entre las principales expresiones históricas de este modelo aparecen las cuatro siguientes:

a) El gobierno ejercido en Inglaterra por el denominado “Parlamento Largo” (1640-1649)

El rey Carlos I (1600-1649) –quien fue arrastrado al despotismo por sus ministros, Jorge Williams (duque de Buckingham), Tomás Wentworth (conde de Strafford), William Laud (arzobispo de Canterbury) y hasta por su propia esposa, Enriqueta María de Francia y que mantendría conflictos con sus súbditos a lo largo de todo su reinado se vio en la necesidad de convocar al Parlamento en 1640, a raíz de la sublevación escocesa en contra de la aplicación de la liturgia anglicana (en un pueblo mayoritariamente calvinista) y por la posterior búsqueda de su independencia política.

Este Parlamento recibió la denominación de “largo” debido al hecho de que sus labores se extendieron por el lapso de nueve años –a diferencia de las asambleas anteriores, cuyo período de actividad no se prolongaba más allá de dos meses–. Convocado y confrontado por el rey, terminará derrocándolo y, previo juicio sumarísimo, dispondrá su decapitación. Tras ello, el Parlamento decretará la disolución

de la Cámara de los Lores y proclamará la abolición de la monarquía. En ese contexto aprobará la creación de la república y asumirá para sí el gobierno.

Dicha experiencia fenecerá tras el reconocimiento que el Parlamento ofrecerá a Oliverio Cromwell (1599-1658) como Protector de Inglaterra.

b) El régimen de la Convención francesa, establecido durante el período de la Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII (1793-1795). En dicho lapso surgió la Primera República

Es preciso recordar que, ante la necesidad del aplazamiento de la vigencia de la Constitución de 1793, en razón de que la naciente república tenía que enfrentar una cruenta guerra exterior con las monarquías absolutistas de Austria y Prusia, la Convención asumirá para sí todas las funciones estatales y nombrará veintiún comités, entre los que sobresaldrá el denominado de *Salud Pública*, a cargo de Maximiliano Robespierre (1758-1794). Este comité estaba a cargo de la alta dirección política del Estado y tenía la responsabilidad del resguardo del orden interno. Como refiere el historiador francés Jacques Pirenne [*Historia universal*. Barcelona: Océano, 1987]:

“Los integrantes de dichos comités no eran más que miembros nombrados por la Convención, como simples agentes ejecutivos”.

c) El gobierno de asamblea en los estados bálticos de Letonia y Lituania

En 1795, Suecia y Polonia cedieron a Rusia sus supuestos derechos sobre el territorio letón. En 1920 se produjo un conflicto bélico que desembocó en la independencia de Letonia del predominio ruso, dictándose en 1922 una Constitución que instauró en dicho Estado un régimen de asamblea parlamentaria (en esta experiencia aparecerá la figura siniestra de Karlís Ulmanis).

En lo que se refiere a Lituania, alcanzó su independencia en 1918, y en 1920 se dio una Constitución que instauró un régimen de asamblea parlamentaria.

Ambas experiencias acabaran con la ocupación soviética en 1940.

d) El caso peruano al inicio de la República

Luego de instalado el Primer Congreso Constituyente en 1822 y presentada la dimisión del general José de San Martín, el congresista José de Arce [Citado por Jorge Basadre. *Historia de la República del Perú*. Tomo I. Lima: Editorial Panamericana, 1963] logrará hacer aprobar la creación de una Junta Gubernativa, argumentando lo siguiente:

“Como quiera que el Congreso debe retener cuanta autoridad sea dable para hacer cumplir su determinación; y corriendo el riesgo de que un Poder Ejecutivo extraño, aislado y separado de él, aunque hechura suya, le pueda formar partido de oposición, es necesario que el Congreso conserve el Poder Ejecutivo”.

Esta junta estuvo integrada por tres diputados (José de la Mar, Manuel Salazar y Baquijano y Felipe Antonio Alvarado) y fue desactivada como consecuencia del “motín de Balconcillo” y la posterior elección de don José de la Riva Agüero como primer Presidente de la República.

El gobierno de asamblea es la forma de gobierno adoptado en los estados marxistas-leninistas.

En efecto fue empleada después de la Segunda Guerra Mundial y hasta la caída del Muro de Berlín en 1989 en países como la extinta URSS, la ex República Democrática Alemana, la ex Yugoslavia, Rumanía, Bulgaria, Polonia, etc.

En la actualidad se aplica en China Popular, Cuba, Corea del Norte, Vietnam, Camboya, Yemen, etc.

En el caso de China Popular, la Constitución (1982) señala que la Asamblea Popular Nacional es órgano supremo del poder del Estado. De allí ella emanan los nombramientos del Primer Ministro del Consejo de Ministros, Viceprimeros Ministros, Consejeros de Estado, Ministros, etc.

El Consejo de Estado –órgano ejecutivo– conformado por los funcionarios anteriormente señalados, rinde cuentas de su gestión ante la Asamblea Popular.

Debe señalarse que el Presidente de la República el cual también es nombrado por la Asamblea, actúa simbólicamente como Jefe de Estado.

En el caso de Cuba, la Constitución de 1975 reformada en 1992,

establece que la Asamblea Nacional del Poder Popular es el órgano supremo del poder del Estado. Como tal representa y expresa la voluntad soberana del pueblo.

El Consejo de Ministros que opera como órgano Ejecutivo es nombrado por aquella y le rinde cuenta periódicamente de sus actividades.

2.2.2.2.- El gobierno directorial

Esta modalidad alude a un régimen donde –al igual que en el caso del gobierno de asamblea– se produce una confluencia de potestades, a partir de la cual el ente parlamentario designa de su seno a un directorio o junta, responsable de ejercer *per se* las funciones ejecutivas o de administración de la marcha del Estado.

El ente parlamentario ejerce sobre el directorio o junta funciones suprajárquicas que se resumen en designación, supervisión y encargo de acciones.

La prelación y absorción política por parte del órgano parlamentario conlleva a que califique a su presidente como el “primer ciudadano del Estado”.

Humberto Nogueira Alcalá [ob. cit.] señala que, en este caso –a diferencia de lo que sucede en el gobierno de asamblea–, los miembros del órgano directorial no pueden ser revocados en sus mandatos ni ser obligados a dimitir de sus cargos, aun cuando, al haber sido designados por el Parlamento, como miembros del Directorio no tienen origen ni entroncamiento popular directo.

Estos miembros carecen de iniciativa legislativa y de derecho a veto; más aún, son objeto de control parlamentario a través de los informes anuales de gestión y de cuentas, y de una supervigilancia de su labor gubernamental a través de observaciones y preguntas que adoptan la modalidad de mociones e interpelaciones. Producto de estas acciones, el Parlamento eventualmente puede manifestarles su *desconfianza*, lo que obligará a los miembros del Directorio a variar su orientación política en el sentido de la “voluntad parlamentaria”.

Cabe señalar que el Directorio vigoriza su actuación político-administrativa en función al grado de ascendencia que acumula en relación a la representación parlamentaria.

Asimismo la Asamblea Federal puede encomendarle asuntos

específicos. Dicha relación de supraordinación funcional se canaliza por ley.

Este modelo de gobierno tiene como antecedente la experiencia del Directorio francés de 1795. En ese año, la Convención dio la Constitución republicana, en la que el órgano Ejecutivo estaba a cargo de un Directorio compuesto por cinco miembros nombrados por el Consejo de Ancianos, previa presentación de una terna elaborada por el Consejo de los Quinientos.

El Directorio era elegido por un período de cinco años, aunque anualmente debía renovarse en un quinto de sus integrantes; la Convención carecía de facultades para censurar a sus miembros o para obligarlos a dimitir. El más mentado de estos miembros fue el vizconde Paul de Barras (1795-1829) –aquel que contribuyera significativamente a la caída de Maximiliano Robespierre–, de quien se afirmaba que poseía “la exquisitez del aristócrata y la moral del perfecto aventurero”.

En la actualidad, el régimen Directorial tiene vigencia en el Estado federal de Suiza, quien adoptó el modelo en la Constitución de 1848, el cual fue revisado por el Texto Fundamental de 1874. En ese sentido, el denominado Consejo Federal es elegido en el Parlamento suizo por mayoría absoluta, para un período de cuatro años.

Debe advertirse que si bien al interior del Consejo existe nominalmente un presidente, en puridad, la conducción corresponde al colegiado en su conjunto. Ergo, fácticamente entre sus componentes existe una relación de *primus inter pares*.

En efecto, los miembros del Consejo están sujetos al principio de rotación, en cuanto al ejercicio simbólico de la presidencia.

Dicha presidencia es designada anualmente y le cabe la posibilidad de acceder a una reelección inmediata.

Como bien refiere J. A. González Casanova (*Teoría del Estado y derecho constitucional*. Barcelona: Vicens-Vives, 1984):

“El Consejo Federal está subordinado jerárquicamente a la Asamblea (Parlamento), el cual ejerce la autoridad suprema [...]”.

El Consejo Federal si bien no está obligado a dimitir en caso de censura o desconfianza, en cambio debe rectificar su política de acuerdo con sus interpelaciones, mociones y directivas.

Robert E. Bowie y Carl J. Friedrich [Citado por Fernando Canotti. ob. cit.] señalan que “la relación entre la Asamblea Federal (Parlamento) y el Consejo Federal (Ejecutivo) es constitucionalmente la del amo y el servidor: no solo la Asamblea elige al Consejo, sino que tiene además la supervisión sobre la administración y puede dirigirlo en acciones determinadas por medio de resoluciones”.

Ahora bien, en la praxis política fruto de la coalición de los partidos, dicha subordinación ha quedado grandemente matizada.

Debe advertirse que el Poder Judicial cuenta con una suerte de Corte Suprema cuyos miembros también son designados por la Asamblea Federal.

Este consejo está integrado por siete miembros, que ejercen la función administrativa por encargo parlamentario. Así, cada uno de sus integrantes conduce una rama o departamento de la administración pública.

Sus componentes gozan del derecho de inamovilidad en el cargo, siempre que no se les prueben faltas de carácter moral. La estabilidad de los miembros del Consejo es tal, que algunos de ellos han alcanzado a durar en sus cargos veinticinco o treinta años en forma ininterrumpida, aun cuando el promedio de gestión individual alcanza los once años (Pedro Planas Silva [ob. cit.] destaca los casos de los consejeros Edward Muller 1895-1919, Giusseppe Molte 1911-1940 y Kent Furgler 1971-1986).

Maurice Duverger [ob. cit.] afirma que “cualquiera que quiera permanecer en él, puede llegar a conseguir sus objetivos siguiendo un camino sinuoso, según sean los votos de la Asamblea”.

Desde el punto de vista de Georges Burdeau [*Derecho constitucional e instituciones políticas*. Madrid: Editora Nacional, 1981], el caso del Directorio suizo hace referencia de un gobierno de coalición en manos de partidos asociados. Así, desde 1959, y tras una reformulación en el 2003 en Suiza se habla de una “regla no escrita conocida como fórmula mágica” que consiste en conformar el Consejo Federal con apego al siguiente esquema:

- Dos representantes del Partido Radical Demócrata (PRD).
- Dos representantes del Partido Socialista (PS).
- Un representante de la Unión Democrática del Centro (UDC).

- Un representante del Partido Demócrata Cristiano (PDC).

La praxis política ha impuesto que, entre los representantes de los partidos anteriormente citados, dos deben hablar lengua alemana y uno lengua italiana, amén de que en el Consejo Federal deben figurar necesariamente compromisarios de los cantones de Berna, Vaud y Zurich.

El régimen de gobierno suizo ha determinado una excelente administración de los asuntos estatales, lo que ha hecho que André Siegfried [Citado por Pedro Planas Silva. ob. cit.] afirme que “la política se reduce a una administración bien entendida. Ello al extremo de calificarse al Consejo Federal como un directorio de la sociedad anónima suiza”.

Entre los miembros del Consejo existe plena fidelidad al principio de colegialidad. Esta pauta exige el respeto y defensa de lo resuelto; ello aun cuando internamente se hubiese verificado una decisión por mayoría.

En el Estado de San Marino opera desde el siglo XVII y se formula constitucionalmente en 1906.

Cabe señalar que el órgano parlamentario bajo la denominación del Gran Consejo General tiene establecido en su interior una estructura ejecutiva con el rótulo de Congreso de Estado.

El órgano parlamentario designa de entre sus miembros a dos Capitanes Regentes por el lapso de seis meses; así como a diez secretarios.

El primero de los capitanes conduce el Parlamento; el segundo conduce por encargo el Congreso de Estado (estructura ejecutiva) conformando con los diez secretarios una suerte de gabinete ministerial.

En América Latina, el gobierno directorial fue aplicado sin éxito en el Uruguay y Venezuela. En el caso uruguayo su inspirador político fue el legendario líder y estadista José Batlle y Ordóñez (1856-1929). El polémico dirigente del Partido Liberal, fuese Presidente de la República entre 1903 y 1907, y posteriormente entre 1911 y 1915. Su entusiasmo por esta forma de gobierno lo llevó a conocer, personalmente, durante cuatro años, su aplicación práctica en Suiza.

Este modelo fue consagrado parcialmente en la Constitución uru-

guaya de 1918, a través de un ente colegiado de nueve miembros denominado Consejo Nacional de Administración. Fue incorporado integralmente en la Constitución de 1951, con la denominación de Consejo Nacional de Gobierno.

La experiencia directorial de un Ejecutivo compuesto por nueve miembros concluyó en Uruguay en 1967, con la instauración del *gobierno presidencial*.

En el caso venezolano su inspirador fue el militar y político Antonio Guzmán Blanco (1828-1898).

Este modelo fue consagrado en la Constitución de 1881, a través de un ente colegiado de dieciocho miembros denominado Consejo Federal.

El Consejo Federal representaba a cada uno de los estados integrantes del Estado Federal (dos representantes por cada unidad asociada). Dicho ente elegía a un Presidente y un Vicepresidente.

En los hechos Antonio Guzmán Blanco fue Presidente durante todo el tiempo en que estuvo vigente dicha modalidad de gobierno (1881-1888).

2.2.2.3.- El gobierno parlamentario

Esta modalidad hace referencia a un régimen donde se produce la asociación e integración política entre el Ejecutivo y el Legislativo. Plantea un proceso político que promueve el desarrollo de una colaboración equilibrada entre ambos órganos de poder, debido a lo cual estos se encuentran afectados por una mutua dependencia orgánica. En consecuencia, la acción gubernamental es el efecto de una recíproca convergencia.

Juan Luis Paniagua Soto [*Regímenes políticos. Gobernantes y gobernados: el poder y sus controles*. Barcelona: Salvat Editores, 1981] refiere que el régimen parlamentario alude a un gobierno apoyado en una mayoría parlamentaria y en donde se encuentran institucionalizados los cauces de comunicación y acción relacional entre el Ejecutivo y el Legislativo.

En este modelo, la integración y asociación surge del hecho de que la *mayoría parlamentaria* que domina el órgano Legislativo, conviene en *encargar* a algunos de sus miembros o a terceros con afinidad ideológica, la responsabilidad de la dirección y adminis-

tración de la marcha del Estado.

El gobierno parlamentario se encuentra a medio camino entre el *gobierno presidencial*, que establece una separación absoluta de los órganos de poder, y el *gobierno de asamblea*, que instituye una confluencia de los mismos.

En ese sentido, se puede señalar que la tipología de la forma parlamentaria se fundamenta en un Ejecutivo que gobierna con el respaldo del Parlamento, ante el cual es políticamente responsable.

El gobierno parlamentario no es producto de una teoría *a priori*, sino la consecuencia de un proceso de evolución histórica que comprende la experiencia inglesa de finales del siglo XVII, el posterior aporte francés de la primera mitad del siglo XVIII, su masiva difusión en Europa y una selectiva expresión en Asia y África.

En dicho proceso la consolidación definitiva del régimen parlamentario se concreta con el auge del mandato representativo (surgido a finales del siglo XVIII).

Al respecto, cierto sector de la doctrina suele fijar en la convocatoria a los Estados Generales de 1789 por parte de Luis XVI como el "*momento clave*" del nacimiento del parlamentarismo, en razón a que los convencionales burgueses adoptaron la regla de la prohibición del mandato imperativo.

Con dicho cambio se transformó el vínculo que ataba al representante a la voluntad de los representados (en condiciones cuasi similares a las correspondientes en el derecho privado) por una relación de representación política que consagraba la legitimidad para disponer; amén que expresaba la voluntad popular y establecía que dicho vínculo no era con un segmento de la sociedad sino con toda la Nación en su conjunto; de allí que implicaba el otorgamiento de un placet para opinar y votar a conciencia y con lealtad a las aspiraciones nacionales y no de grupo.

Germán Bidart Campos y Walter F. Carnota [*Derecho constitucional comparado*. 2 tomos. Buenos Aires: Ediar, 2001] exponen que tras dicho concepto apareció "la noción de que la totalidad del pueblo queda representado en la asamblea como conjunto".

La interdicción al mandato imperativo quedó graficado con las expresas proscripciones establecidas en las constituciones de 1791 y 1795.

Javier Pérez Royo [ob. cit.] señala que el régimen parlamentario fue en sus orígenes “una suerte de compromiso entre dos tipos de exigencias o legitimidades: la legitimidad monárquico-aristocrático del antiguo régimen de la monarquía absoluta, y la legitimidad democrático-igualitaria del Estado constitucional”. La eficacia práctica de la experiencia inglesa conducirá a que paulatinamente durante el siglo XIX, los demás países europeos “importen” dicho modelo.

Como afirma Humberto Nogueira Alcalá [ob. cit.], en las monarquías autocráticas “el monarca poseía en sus manos tanto el poder Ejecutivo como el poder Legislativo. Empero, desde finales del siglo XVII el Parlamento empezará a disputarle los poderes al monarca, reduciéndoselos, paulatinamente, hasta despojárselos completamente”. Este proceso evolutivo corresponde en esencia al programa de desarrollo de la legitimidad democrática y al ocaso correlativo de la legitimidad monárquica basada en el “derecho divino de mandar”, y se traducirá asimismo en el ascenso político de la burguesía y el declinar de la aristocracia.

Al respecto, Paolo Biscaretti di Ruffia [ob. cit.] señala que el gobierno parlamentario surge como “una derivación de la adaptación progresiva y empírica de la institución monárquica a las exigencias determinadas por la participación popular en la gestión del Estado”.

Javier Pérez Royo [ob. cit.] declara que dicho régimen es la expresión derivada de la historia antes que una elaboración teórica; por ende, se ira haciendo “sitio” entre la inercia histórica y la fuerza ordenadora de la razón.

El *régimen parlamentario* es el resultado de un lento proceso de evolución política que encuentra sus primeros vestigios en la Inglaterra medieval. Así, en este período histórico el poder estadual se encontraba concentrado en la figura del rey. Empero, allí se gestaría la creación de un órgano denominado *Magnum Concilium* o Consejo del Reino, el cual tiene carácter consultivo con alguna intervención en los conflictos de naturaleza judicial (siglo XII).

En rigor, el *concilium* era un cuerpo aristocrático conformado por miembros de la aristocracia y la prelatura inglesa.

En 1215 con la suscripción de la Carta Magna por Juan sin Tierra se formalizan la existencia jurídica del *concilium*, amén de asegurarle

facultades en lo relativo a la aprobación de la creación de impuestos y de presuntas peticiones al rey.

En 1265 durante el reinado de Enrique III se convocará –fruto de la acción de fuerza promovida por Simon de Monfort– a un *concilium* con participación del pueblo por intermedio de representantes de las ciudades y los burgos.

Este transvase de la monarquía autocrática al gobierno parlamentario –de corte republicano o monárquico–, puede observarse siguiendo en gran medida el esquema histórico expuesto por Maurice Duverger [ob. cit.]:

a) Modelo de la monarquía inglesa limitada

En este modelo aparecía un Parlamento que poseía una cierta facultad legislativa y un poder de veto eventual, llegando a constituir un relativo contrapeso al poder monárquico. Empero el rey continuaba gobernando por sí mismo o a través de sus ministros, a quienes nombraba y revocaba a voluntad. A mayor abundamiento: la corona “convivía” con el Parlamento.

El ejercicio del poder monárquico empezó a desplazarse lenta y sutilmente hacia un Consejo de Ministros o Gabinete, los cuales respondían ante el Parlamento –vía la instauración del *impeachment*– por sus actos; empero, debe advertirse que el rey inglés tenía facultades para disolver dicho órgano. Como puede observarse, el Ejecutivo y el Legislativo no se encontraban unificados, sino que se proyectaban como órganos con funciones claramente diferenciadas y delimitadas.

En este período se aprobó un documento jurídico –suerte de partida bautismal– conocido como la Declaración de Derechos o Bill of Rights (1689), emanado del Parlamento inglés tras el destrocamiento de Jacobo II.

Dicho documento limitaba el poder regio al señalar que este no poseía más atribuciones que las reconocidas por la ley.

Es dable consignar que durante el corto reinado de Jacobo II (tres años), este fue ganándose la enemistad del pueblo, en razón de sus exacciones tributarias, la suspensión de múltiples leyes, la destitución de magistrados; amén de su marcada vocación en favor de la fe católica y el nacimiento de su hijo varón, que anulaba en la praxis el derecho de sucesión de sus dos hijas mayores, de confesión anglicana

(no menos significativo fue el hecho de negarse a convocar al Parlamento). Fue en este contexto de graves y continuos desatinos políticos que el Parlamento declaró la vacancia del trono y elaboró la citada Declaración de Derechos.

Acto seguido, el Parlamento procedió a entregar la corona de Inglaterra a Guillermo III de Nassau (1650-1702), príncipe de Orange y cónyuge de María, una de las hijas anglicanas de Jacobo II. La coronación estuvo condicionada a la previa juramentación de la referida Declaración de Derechos, comprometiéndose Guillermo III de Nassau a gobernar “de acuerdo con los estatutos convenidos con el Parlamento”.

Este importante período de la historia mundial es conocido como “La Revolución Gloriosa”, gestándose así el inicio de la supremacía parlamentaria sobre la corona inglesa.

Posteriormente, durante el reinado de la dinastía Hannover – iniciada con el dócil Jorge I (1714-1727)– se irá perfilando la institución del *Gabinete*.

La despreocupación de los monarcas de esta dinastía –provenientes del reino de Hannover– por los asuntos públicos ingleses, y su desconocimiento –incluso– de la lengua inglesa, crearon las condiciones para que los ministros actuasen según su propio criterio y formasen un “Consejo” o “Gabinete” a fin de encontrar, en sus deliberaciones, el principio de unidad política necesaria para la marcha de la administración estatal. Desde Jorge I hasta Jorge IV, los ministros conquistaron, por lenidad y desidia monárquica, una zona de competencias que devendrían en “propias” y que por extensión consolidarían la institución del *Gabinete*.

b) Modelo de la monarquía francesa orleanista

En esta modalidad el régimen parlamentario es el resultado de un lento proceso de evolución política que encuentra sus primeros vestigios en la Francia medieval. En este período el poder estadual se encontraba concentrado en la figura del rey. Empero, allí se gestaría la creación de un órgano denominado los Estados Generales, el cual se perfiló desde el siglo XIII como el ente de representación de los señores y clérigos de las principales ciudades francesas.

La historia registra que los Estados Generales fueron convocados

trece veces en el siglo XIV, ocho en el siglo XV, cinco en el siglo XVI y una vez en el siglo XVII.

La Revolución Francesa a finales del siglo XVIII promoverá firmemente esta modalidad.

En este modelo se constituyó propiamente el *poder ministerial* – como lo denominó el escritor inglés Benjamín Constant–, en oposición al llamado *poder real*, y surgió la responsabilidad de los ministros ante el Parlamento, generándose así un auténtico bicefalismo en la conducción del órgano Ejecutivo.

En un esquema de gobierno donde el Parlamento ejercía control sobre el Ejecutivo, el rey conservaba solo parte de sus otrora significativas prerrogativas. Así, retenía el poder de revocar a sus ministros sin tener en cuenta ningún voto de confianza del Parlamento. Como bien señalara el historiador y político francés Francois Guizot (1787-1874) [Citado por Víctor Quintanilla Young y Vilma Cuba de Quintanilla. *Pensamientos y refranes seleccionados y clasificados*. Lima, 1989] –durante el reinado de Luis Felipe–, “el trono no es un sillón vacío”.

En esta fase de la historia francesa, los miembros del Gabinete conducían la marcha política del Estado, pero sujetos a la aprobación del rey en su condición de Jefe de Estado: este podía apartarlos de sus funciones y encargárselas a un nuevo equipo, suscriptor de un programa de gobierno más acorde con su punto de vista personal.

Esta experiencia correspondería al retorno de los Borbones o proceso de Restauración Monárquica, luego del ciclo revolucionario y napoleónico que abarcó de 1791 a 1830.

La monarquía orleanista recibirá esta denominación como consecuencia de la asunción al trono real, en 1830, de Luis Felipe I, duque de Orleáns. Esta monarquía se gestó cuando el rey borbónico Carlos X –monarca de 1824 a 1830– dictó las famosas Ordenanzas de Saint Claud, mediante las cuales abrogó la libertad de prensa, declaró disuelto el Parlamento y enmendó la ley electoral. La audaz protesta del historiador y político francés Adolfo Thiers (1797-1877), planteada en los términos de que “el gobierno pierde hoy su legitimidad y los ciudadanos no tienen por qué obedecerle”, generaría la caída de Carlos X.

En ese contexto, Luis Felipe I, duque de Orleáns –hijo de Felipe Igualdad y Luisa de Borbón–, aceptará la corona como “rey de los

franceses” y dictará una Constitución en donde se expresarán los esfuerzos del Parlamento por equilibrar sus poderes con los atinentes al rey, reasumiendo la iniciativa legislativa y el ejercicio de la interpelación ministerial por derecho propio. Como señala Pedro Planas Silva [*Regímenes políticos contemporáneos*. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1997]:

“Con la Carta de 1830, el parlamentarismo coloca anclas en tierra firme”.

Esta concepción “orleanista” encontrará antecedentes en tierras americanas. Así, la Constitución Imperial del Brasil, de 1824, derivará en una monarquía parlamentaria hasta la caída de Pedro II el Magnánimo (1825-1891) en 1889, y la proclamación de la República, el mismo año.

Debe recordarse que, a comienzos del siglo pasado, un fracasado movimiento independentista y pro-republicano encabezado por Joaquín da Silva Xavier, “Tiradentes”, y la invasión napoleónica de Portugal en 1808, determinaron que Pedro I –hijo del príncipe regente Don Juan– se proclamara emperador. Poco tiempo atrás, este había declarado la independencia del Brasil del dominio portugués, a través del histórico “Grito de Ipiranga”, el 7 de setiembre de 1822.

En 1824, se elaborará la Constitución Imperial del Brasil, donde se señalará lo siguiente:

“El poder moderador es la clave de toda la organización política, y es delegado exclusivamente al emperador como jefe supremo de la Nación, y su primer representante, para que incesantemente vele por la conservación de la independencia, equilibrio y armonía de los demás poderes”.

Como explica Adrián Lerer [“El derecho constitucional actual”. En: *Presente*, N° 3. Lima, 1980], “el emperador Pedro II convirtió e impulsó la existencia de un régimen que, en los hechos, sin normas escritas, le diera al Congreso un control efectivo sobre el gabinete que en la práctica desempeñaba el rol ejecutivo”.

Esta experiencia terminará cuando el escritor inglés Benjamín Constant, en alianza con los generales Fonseca y Peixoto y los terratenientes del sur (disgustados por la abolición de la esclavitud), consiguen la proclamación de la República del Brasil, de corte presidencialista, en 1889.

El *carácter central* de las experiencias anotadas consistió en acep-

tar dos tipos de fundamentos para gobernar: la monarquía que emanaba del derecho divino, y la legitimidad democrática surgida de la soberanía popular.

El Gabinete se erigía a base de una doble confianza: la del rey como jefe de Estado, y la del Parlamento, por lo que su acción política debía ser concordada con el uno y con el otro, siendo la revocación de los ministros y la disolución del Parlamento prerrogativas reales.

En la actualidad, no subsisten ni el modelo inglés de la monarquía limitada, ni la monarquía francesa u orleanista. Más bien, en la doctrina vigente se alude al parlamentarismo monárquico y al parlamentarismo republicano.

Juan Luis Paniagua Soto [ob. cit.] expone que el régimen parlamentario se estructura de acuerdo con una interpretación de la teoría de la división de poderes, según la cual la articulación política de las funciones del Estado se hace de forma tal, que, depositadas estas en órganos diferentes, sin embargo se encuentran en estrecha colaboración.

El referido autor señala que al nacer el órgano Legislativo de la voluntad popular encarna la soberanía; por tanto, deviene en el ente de representación por excelencia. En la literatura política inglesa se expone que la soberanía del Parlamento puede hacer todo lo que no es naturalmente imposible. Como bien refiere Lois de Lelme puede hacer todo "salvo convertir a un hombre en una mujer".

Asimismo, expone que en su seno se reproducen los distintos segmentos de opinión resultantes de la libertad de pensamiento, expresión y asociación. El titular del gobierno (Ejecutivo) surge de la mayoría parlamentaria.

En ese contexto ambos órganos de poder son equivalentes. El equilibrio de poder se encuentra asegurado por cuanto los referidos órganos disponen de los medios necesarios para contrarrestarse.

En consecuencia, el régimen parlamentario funciona merced a mutuos controles que operan a modo de pesos y contrapesos. Por ende, hay una tendencia natural a la colaboración interórganos.

Giovanni Sartori [*Ingeniería constitucional comparada*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994] refiere que el régimen parlamentario debe su denominación a su principio fundador; es decir, a la soberanía

nía internalizada en el órgano parlamentario. De allí que no cabe la separación del poder entre el Ejecutivo y el Legislativo.

La característica de dicho régimen es la compartibilidad del poder. Consiguientemente, se requiere que el titular del Ejecutivo sea designado, apoyado, y hasta destituido, por obra y gracia de la voluntad del Parlamento.

Como bien expone Giuseppe de Vergottini [ob. cit.] en dicho régimen la relación entre Ejecutivo y Legislativo es simultáneamente fiduciaria y de responsabilidad política.

La relación es fiduciaria ya que el Ejecutivo se constituye y perdura en función al crédito y la confianza política del Parlamento.

La relación es de responsabilidad política ya que el Ejecutivo responde permanentemente ante el Legislativo sobre sus actividades.

En lo referente a la organización de las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, cabe tener en cuenta lo siguiente:

- a) El órgano Legislativo inviste de poder al titular del Ejecutivo.
- b) El Jefe de Gobierno, por lo general líder de la mayoría parlamentaria, suele escoger a sus ministros entre los miembros de dicho seno.
- c) Los órganos Legislativo y Ejecutivo disponen homológamente de la facultad de iniciativa legislativa.
- d) El órgano Ejecutivo elabora el presupuesto del Estado; el órgano Legislativo lo aprueba con o sin enmiendas. Eventualmente puede rechazarlo.
- e) El órgano Ejecutivo dirige la política estatal: en tanto que el órgano Legislativo controla dicha acción mediante instituciones tales como la estación de preguntas, la interpelación y la censura.

El gobierno parlamentario se caracteriza por establecer un *Ejecutivo bicéfalo*. Este órgano se encuentra constituido por dos instituciones: el Jefe de Estado y el Gobierno de Gabinete o Consejo de Ministros.

El *Jefe de Estado* representa a la nación, y el alcance de sus atribuciones se sustenta en el tipo de parlamentarismo adoptado por el Estado, a saber:

- a) *En el parlamentarismo monárquico* el Jefe de Estado recibe la denominación de rey o emperador, quien asume el cargo en con-

sonancia con las leyes sucesorias reales aceptadas por el Estado (Inglaterra, Suecia, Noruega, Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo, España y Japón). El Jefe de Estado tiene fundamentalmente un rol de expresión política de la unidad nacional y personificación del Estado; deviene en el símbolo de la identidad indivisible y de la representación política del Estado ante la comunidad internacional. Por ende, se encuentra al margen de la disputa política cotidiana.

El papel del monarca es esencialmente honorífico y cualitativamente emblemático desde el punto de vista político; deviene en el “registro de la toma de decisiones”, ya que se encarga formalmente de la promulgación de las leyes, la firma de los tratados, el nombramiento o nominación formal del primer ministro o canciller y la disolución del Parlamento.

Ahora bien, dichas “decisiones” deben estar previamente refrendadas por alguna instancia de la Jefatura de Gobierno.

Como bien definió el político e historiador francés Adolfo Thiers [Citado por Víctor Quintanilla Young y Vilma Cuba de Quintanilla. ob.cit.], en 1829, “el rey reina pero no gobierna”, y como afirmara Marcel Prélot [*Instituciones políticas y derecho constitucional*. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1980. (Material de Enseñanza)], “este no puede sobrepasar ciertos límites bastante sutiles a discernir”.

Así, de acuerdo con la vieja fórmula del siglo XIX recordada por Walter Bagehot: “El rey tiene a lo sumo el derecho a ser consultado, el derecho a estimular y el derecho a advertir sobre los peligros inherentes a toda decisión”.

El carácter “eunuco” de las prerrogativas de la corona puede observarse en el célebre caso del rey inglés Eduardo VIII (1894-1972). Así cuando este en 1936 decidió casarse y convertir en reina consorte a la dos veces divorciada norteamericana Wallis Warfield Simpson, fue prácticamente obligado a abdicar por la oposición que le manifestó el gobierno encabezado por el primer ministro Stanley Baldwin.

Esta magistratura nominal o formal no obsta para reconocerle cierta influencia moral. Así, en determinadas circunstancias excepcionales, puede convertirse en una suerte de moderador o consejero en las querellas políticas surgidas entre el Gabinete o Consejo de Ministros

y el Parlamento, por encontrarse por encima de las pasiones políticas.

En esa perspectiva tiene significación su experiencia personal y su neutralidad política.

Como bien expone Giuseppe de Vergottini [ob. cit.] se “le considera como un órgano de equilibrio del sistema, interviniendo para resolver las situaciones de crisis en las relaciones Parlamento-gobierno y garantizando la continuidad del ordenamiento”.

Esta magistratura debe ser exposición de dignidad personal, ya que debe servir de modelo de comportamiento cívico-político-moral a los miembros de la comunidad.

Cabe señalar que en el *parlamentarismo monárquico* el rey o emperador es personalmente irresponsable; es decir, el Jefe de Estado no puede ser juzgado ni condenado por la comisión de un ilícito. Esta condición de irresponsabilidad se puede entender en el viejo adagio inglés: “El rey no puede hacer nada mal”. Finalmente, se debe admitir que tampoco le afectan los conflictos que pueden suscitarse entre el Gabinete y el Parlamento.

Al respecto, Manuel García Pelayo [ob. cit.] refiriéndose al caso inglés pero doctrinariamente extensible a todos los regímenes parlamentarios de esta estirpe, señala que “la historia constitucional [...] se caracteriza por un constante debilitamiento de los poderes efectivos de la corona [...] pero tal proceso [...] ha fortalecido el significado irracional de la corona [...] de este modo representa [...] lo que en otros países encarnan las figuras míticas o históricas; [...] la expresión visible de la comunidad política [...]. Es, pues, la encarnación de la unidad y existencia política de la voluntad de los pueblos [...]. De aquí el significado del rey [...] como factor de integración política”.

Como exponen Joseph Barthelemy y Paúl Duez [*Tratado de derecho constitucional*. México: Dalloz, 1933] “El Jefe de Estado personifica a la Nación; ofrece al país la sensación de seguridad; es el capitán que se deja conducir por el piloto en tiempos de normalidad pero que intervendrá cuando el barco esté en peligro. Está situado muy alto para que, en circunstancias solemnes, sus palabras encuentren en el país una profunda repercusión”.

b) En el *parlamentarismo republicano* el jefe de Estado toma la denominación de Presidente de la República. La ocupación de dicho cargo es consecuencia de un acto eleccionario, usualmente de na-

turalidad restringida a cargo del Parlamento (Italia y Alemania). Ahora bien, su elección es de naturaleza ampliada o extendida –caso excepcional dentro del modelo parlamentarista– cuando emana de la voluntad de todo el cuerpo político (Grecia).

Aquí el Jefe de Estado cuenta con ciertas prerrogativas reales y efectivas, a diferencia de las meramente nominales y formales del *parlamentarismo monárquico*. Este, adicionalmente a las funciones honoríficas y simbólicas, tiene la responsabilidad de velar en torno a la normalidad de las relaciones de poder entre el Gabinete y el Parlamento, así como también en lo referente a la acción político-gubernativa. En ambos casos ejerce labor de vigilia en resguardo del principio de constitucionalidad.

Esta acción reguladora y preservadora del sistema político-jurídico no significa de ningún modo una predeterminación de la acción política en un sentido específico y determinado.

El Jefe de Estado también ejerce una función arbitral, mediando en la solución de los conflictos y divergencias que pudieran surgir entre el Gabinete y el Parlamento. Asimismo, puede adoptar la solución de un problema político cuando no se alcanzara consenso entre estos órganos.

Germán Bidart Campos y Walter F. Carnota [ob. cit.] señalan que la Jefatura de Estado bajo la responsabilidad de un rey (Inglaterra, Bélgica, Holanda, España, etc.) o un presidente (Italia, Alemania, Austria, Israel, India, etc.) representa a un órgano extrapoder; vale decir, se trata de un ente político no comprendido en la famosa tríada de poder, que para el caso del régimen parlamentario se encontraría conformada por la Jefatura de Gobierno, el Parlamento unicameral o bicameral y el Poder Judicial.

El Jefe de Estado es políticamente irresponsable, razón por la cual Germán Bidart Campos y Walter F. Carnota [ob. cit.] lo califican de gobernante putativo, acorde con el aforismo inglés de que el rey reina pero no gobierna, o de que el rey no puede hacer nada.

En este aspecto, Humberto Nogueira Alcalá [ob. cit.] señala que dicho rol moderador implica el ejercicio de las tres atribuciones siguientes:

- a) Conocer la marcha de los asuntos del Estado.
- b) Estimular el desarrollo del programa político determinado por el Gabinete o Consejo de Ministros.
- c) Advertir al Gabinete o Consejo de Ministros acerca de la inconveniencia de determinados aspectos de la dirección y administración de la marcha del Estado.

Ahora bien, en la estructura bicéfala del Ejecutivo aparece con gran preponderancia la institución del Gabinete o Consejo de Ministros, verdadero ejecutante del poder político; a través de él se dirige y administra la marcha del Estado.

En puridad, le corresponde diseñar y ejecutar las grandes decisiones políticas y dirigir la administración estatal.

El Gabinete o Consejo de Ministros puede tener una estructura colegiada o jerarquizada, a saber:

- a) En la estructura colegiada, todos sus integrantes tienen el mismo rango y calidades jurídico-políticas; para efectos protocolares o nominales corresponde a uno de ellos aparecer como Jefe de Gobierno. Este es, a lo sumo, un *primus inter pares*, es decir, se encuentra desprovisto de atribuciones reales especiales.
- b) En la estructura jerarquizada, uno de los miembros del Gabinete o Consejo de Ministros tiene atribuciones político-jurídicas de mayor rango e importancia en relación con el resto, por lo cual concentra lo esencial de las facultades gubernamentales. Usualmente se le conoce como primer ministro o canciller.

Por regla general, dicha calidad es asignada al líder de la agrupación política con mayoría parlamentaria: la fuerza de los votos de la agrupación política que controla la mayoría del ente parlamentario, determina usualmente que el líder de dicha organización sea el primer ministro o canciller. A través de este proceso, el Gabinete o Consejo de Ministros se convierte en el centro de impulsión de la vida política.

Los integrantes del Gabinete o Consejo de Ministros son, casi en términos absolutos, miembros del Parlamento; esta acumulación de funciones de parlamentario y ministro permite establecer un lazo orgánico de unión entre el Ejecutivo y el Legislativo (casos de Inglaterra, Bélgica, Italia, etc.). Por excepción, en algunos estados se establece la

incompatibilidad entre ambas funciones (casos de Luxemburgo, Holanda, Noruega, etc.), por lo que su Gabinete o Consejo de Ministros se integra con políticos no parlamentarios, técnicos o empresarios.

El Gabinete o Consejo de Ministros expresa la voluntad política de la mayoría partidaria controladora del Parlamento de *constituir gobierno*.

Dicho ente solo gobierna en la medida que cuenta con la confianza del Parlamento; en caso contrario debe dimitir. La referida fe política nace del hecho de que el Gabinete o Consejo de Ministros es la expresión de la voluntad del Parlamento de constituirlo. Por ende, el Gabinete es solidariamente responsable ante él por las acciones políticas que ejecute.

En efecto, tal como señala Josep M. Valles [ob. cit.] “el gobierno responde de sus actos ante la mayoría parlamentaria: cuando ya no cuenta con su apoyo, el gobierno está obligado a abandonar sus funciones”.

El Gabinete o Consejo de Ministros ejerce con amplia autonomía la función de dirigir y administrar la marcha del Estado, convirtiéndose en el centro de las decisiones políticas. No obstante, entre él y el Parlamento existe una estrecha vinculación de equilibrio en el ejercicio del poder político, lo que implica la existencia de un control interorgánico y una colaboración funcional entre ambos órganos. Por ello, es acertada la definición hecha por André Hauriou [*Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel, 1980], cuando señala que el gobierno parlamentario expresa una colaboración funcional, más dependencia orgánica.

En la praxis política, la constitución del Gabinete o Consejo de Ministros es la expresión de la voluntad del partido o partidos políticos que tienen la mayoría parlamentaria. Así, en aquellos países donde prima el bipartidismo (Inglaterra, Nueva Zelanda, etc.) se genera entre ambas instituciones una cohesión muy firme, dado que el partido que posee la mayoría parlamentaria y los miembros del Gabinete, tienen la misma identidad política.

En aquellos países donde prima el multipartidismo (Suecia, Holanda, etc.) tal cohesión es más canija; empero ella se sustenta en cierta correspondencia entre las opciones políticas que manejan el Gabinete y las del o de los partidos predominantes en el Parlamento.

El Parlamento es el depositario de la función normativa básica o esencial para regular la relación Estado-ciudadano o Estado-súbdito, amén de ser el ente de control político de la acción gubernamental ejercida por el Gabinete o Consejo de Ministros.

La estructura del Parlamento en un gobierno parlamentario no posee ninguna singularidad; es decir, aquel puede ser unicameral o bicameral.

La experiencia histórica indica que, dada la importancia del sistema de partidos dentro de un gobierno parlamentario, corresponde a los partidos de la minoría parlamentaria expresar el verdadero y real control de la acción gubernamental. En ello reside la importancia de dicha minoría.

El órgano parlamentario independientemente de sus competencias en materia de creación legislativa y control político, expresa la base y fundamento de este modelo ya que en función a la confianza que otorga se constituye y opera el gobierno; amén que a través de su respaldo permite que este pueda implementar a plenitud sus programas de acción política.

Como señala Humberto Nogueira Alcalá [ob. cit.], “entre los órganos Ejecutivo y Legislativo se establecen relaciones caracterizadas esencialmente por la existencia de medios de acción recíprocas”. En tal sentido, el sistema parlamentario tiende a mantener una constante cooperación funcional entre dichos órganos, tratando de equilibrar sus respectivas potestades a través de recíprocos, mutuos y eficientes mecanismos de control. Estos mecanismos son la responsabilidad política del Gabinete ante el Parlamento y la facultad del Ejecutivo de disolver el Parlamento.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La responsabilidad política del Gabinete

Este compromiso descansa en el hecho de que el Gabinete o Consejo de Ministros queda obligado a dimitir en sus funciones tras la emisión de un voto de desconfianza o de censura emanado del Parlamento; así asume políticamente la responsabilidad por los actos o acciones que ejecute y desarrolle en la dirección y administración de la marcha del Estado (de los que da cuenta al Parlamento).

La institución de la responsabilidad política tiene como objetivo

esencial y básico mantener la coherencia entre la política adoptada por el Gabinete y la visión política del Parlamento. En tal sentido, la emisión de un voto de desconfianza o de censura –que no implica la revocación de los actos motivo de dicha emisión–, más que como una medida de punición política debe ser observada como la adecuación a una *regla de armonía* que debe existir o restablecerse entre la acción del gobernante y el criterio del Parlamento.

Cabe remarcar que el gobernante, como parte del Ejecutivo, posee la prerrogativa de autonomía de escoger y aplicar las políticas gubernamentales. A diferencia de lo que sucede en el régimen de asamblea, el Gabinete mantiene permanentemente el ejercicio de sus potestades de dirección y administración de los asuntos del Estado.

b) La disolución del Parlamento

Esta atribución consiste en la potestad que tiene el Ejecutivo –y que le es inherente– para cesar o dar por terminado, de manera anticipada, el período de actividades del Parlamento. Esta potestad se ejerce única y exclusivamente respecto de la cámara congresal que tiene la facultad de destituir al Ejecutivo (hay, por excepción, regímenes parlamentarios donde no existe esta atribución de disolver el Parlamento; por ejemplo, en Noruega e Israel).

En la praxis actual se constituye en un mecanismo que permite volver a hacer viable la conducción del Estado, la misma que se encuentra “entrampada” por la ausencia de armonía entre la visión política del Gabinete y la de los integrantes del partido político que ostentan la mayoría parlamentaria.

Como se ha referido anteriormente, el gobierno parlamentario alcanzará difusión en cuatro etapas sucesivas, a saber:

- La primera, en el siglo XVIII, se gestará alrededor de los estados pertenecientes a la comunidad británica de naciones (Australia, Canadá, India, Nueva Zelanda).
- La segunda, entre el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, se gestará en la Europa occidental y del norte (Francia, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Dinamarca, Grecia, etc.).
- La tercera, luego de la primera mitad del siglo XX, abarcará la Europa central y meridional (Alemania y Austria), así como el Asia (Japón, Israel, Jordania e India).

- Por último, a partir de la década de 1960, alcanzará al continente africano (Etiopía, Angola, Lesotho, Marruecos, Mauricio, etc.).

Existe en la doctrina la noción residual de régimen parlamentario frenado o condicionado en el cual el Gabinete no requiere del voto de investidura, ni sus integrantes necesariamente deben pertenecer al Parlamento. Asimismo, se caracteriza porque los votos de censura son objeto de serias limitaciones. Por ende, el Gabinete solo puede ser disuelto mediante un voto de *desconfianza expreso*, no bastando para tal efecto la mera ausencia del voto de confianza. Al respecto, son citables los casos de Suecia, Dinamarca, Finlandia, Bélgica, Holanda y Alemania.

2.2.2.4.- El gobierno presidencial

Esta modalidad alude a un régimen donde se da una estricta separación de poderes, con un sistema de pesos y contrapesos entre los órganos Ejecutivo y Legislativo; amén de un importante papel político-institucional por parte del órgano jurisdiccional. El modelo combina la especialización funcional con la independencia orgánica.

En ese contexto aparece un Ejecutivo monocrático en donde el titular (Presidente) ejerce simultáneamente las calidades de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno.

Juan Luis Paniagua Soto [ob. cit.] lo define como aquel en donde se elige al titular del órgano Ejecutivo bajo la denominación de Presidente y dentro del contexto de una separación de poderes.

Como afirma Humberto Nogueira Alcalá [ob. cit.]:

“El primer elemento esencial del régimen presidencial está constituido por la separación orgánica; y por tanto, la independencia jurídica recíproca entre el Poder Ejecutivo y Legislativo. Ello provoca [...] un cara a cara, en el cual dos pretensiones están en un pie de igualdad”.

Este régimen implica una separación rígida y acusada –pero no absoluta– de las funciones de los órganos de poder.

Giovanni Sartori [ob. cit.] consigna que los elementos constitutivos de un régimen presidencial serían los tres siguientes:

- a) El Presidente de la República dirige el órgano Ejecutivo en su doble condición de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno.
- b) El Presidente de la República es elegido ya sea directa-

mente o casi directamente por el pueblo, por un tiempo determinado.

- c) El Presidente de la República ejerce la prerrogativa discrecional de nombrar o remover a los miembros de su staff político-administrativo.

Por consiguiente, los responsables de la conducción de los departamentos administrativos a cargo del Ejecutivo, son designados o sustituidos en función a la decisión personal del Presidente de la República.

Como hemos referido el Presidente es elegido a través del sufragio sea directa o indirectamente; por ende, representa la voluntad popular del mismo modo que el Parlamento. Por consiguiente, al tener la misma legitimidad de origen no tiene por que someterse a la voluntad del órgano Legislativo.

Manuel García Pelayo [ob. cit.] confiere una situación de superioridad del Ejecutivo a cargo del Presidente de la República sobre el Parlamento; dicha prevalencia en primer lugar descansa “en la *autoritas* democrática, pues es convicción que si el Congreso ‘representa’ al pueblo, el Presidente lo ‘encarna’ (*embodied*), ya que el primero es por fracciones electorales y el segundo lo es por la totalidad del pueblo; y en segundo lugar, por su mayor adecuación para cumplir con las necesidades del mundo político moderno, pues la rapidez de la decisión que este exige hace inaparente al Congreso [...]”.

El modelo permite que el Presidente tome la iniciativa política; ejerza dirección, coordinación y/o supervisión de la administración pública estatal y los servicios públicos; amén que ejerza un liderazgo social aguzando desde el poder a recibir el respaldo ciudadano en una serie de temas.

En ese contexto, el Ejecutivo por su carácter monocrático y enorme capacidad funcional deviene en el centro de gravedad de la acción política.

En este sistema existe una interdependencia por coordinación. Ello significa que cada órgano de poder es auténticamente autónomo en el ejercicio de las tareas que le confiere la Constitución, aunque, como admite Karl Loewenstein [ob. cit.], se encuentran obligados a concertar en determinados “puntos de contacto” previamente establecidos.

El centro de las decisiones políticas descansa en el órgano Ejecutivo, el mismo que es *monocrático*, ya que se encuentra a cargo de una sola persona. Esta –denominada Presidente–, es elegida directa o indirectamente por sufragio popular. A este origen de su mandato se debe el hecho de que no pueda ser derribado por el Parlamento, salvo la existencia de una grave causa previamente establecida en la Constitución.

André Hauriou [ob. cit.] califica al Presidente como “auténtico monarca republicano”, en razón a que se constituye en una variable republicana de la monarquía limitada inglesa del siglo XVIII.

Al respecto, Henry Mayne [Citado por Segundo Linares Quintana. ob. cit.] llegó a afirmar que la Constitución americana era la Constitución inglesa sin la monarquía y hasta un viejo colaborador de los Borbones franceses planteó que “el Presidente americano tenía más poder que el rey de Francia en 1789”.

En ese sentido, no debe olvidarse que Alexander Hamilton escribió en *El Federalista* [ob. cit.] que “El Presidente es libre tanto en derecho como en conciencia de ser tan poderoso como pueda [...]”.

Por su parte, el Parlamento ejerce sobre el Ejecutivo una acción contralora, amén de contar con el monopolio en materia legislativa.

Ahora bien, el Ejecutivo y el Legislativo son órganos mutuamente independientes, de una manera más o menos vigorosa. Cada uno de ellos ejerce dominio pleno sobre un campo de actividad específica determinado por la Constitución. Esta independencia se expresa de las tres maneras siguientes:

- a) El Parlamento no puede derribar, mediante la institución del voto de desconfianza, al que ejerce la presidencia, ni a ninguno de sus secretarios (ministros).
- b) Los secretarios (ministros) no pueden ser al mismo tiempo miembros del Parlamento, ni tampoco tienen acceso al mismo.
- c) El Presidente de la República no puede disolver el Parlamento.

Lo anterior está expresado en el siguiente apotegma:

“Todo el poder Ejecutivo para el Presidente, todo el poder Legislativo para el Congreso”.

Como afirma Maurice Duverger [ob. cit.], los responsables e

integrantes de ambos órganos se encuentran condenados a vivir juntos, sin poder separarse: se trata de un típico caso de “matrimonio sin divorcio”.

El Presidente es el verdadero y auténtico poseedor del ejercicio del poder. Conforman un Ejecutivo único y no dual como en el caso del gobierno parlamentario. En ese sentido, este es simultáneamente Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. Como manifiesta Domingo García Belaunde [*Teoría y práctica de la Constitución peruana*. Tomo I. Lima: Eddili, 1989], “la titularidad se confunde en una misma persona”.

Como Jefe de Estado acredita embajadores y representa al cuerpo político en las relaciones internacionales. Como Jefe de Gobierno determina la política gubernamental.

Con criterio didáctico Manuel García Pelayo [ob. cit.] secciona las competencias del Presidente en dos grandes áreas, a saber:

a) La administración

Aquí las atribuciones se despliegan en la ejecución de las leyes; mantenimiento del orden interno; dirección del aparato burocrático; poderes militares; política exterior; y derecho de gracia.

b) La legislación

Aquí las atribuciones se despliegan en el derecho de veto e iniciativa legislativa.

El Presidente cuenta con la asistencia o colaboración de los denominados secretarios de Estado, los cuales no detentan *per se* poder político alguno; se trata de meros funcionarios administrativos que cumplen funciones análogas a los órganos auxiliares, semejantes a los ministros de las antiguas monarquías. Estos funcionarios no forman en conjunto un órgano colectivo, por lo cual no toman decisiones colectivas.

Como bien refiere Manuel García Pelayo [ob. cit.] “el Gabinete es hechura del Presidente y, por consiguiente, no representa un poder autónomo”.

La reunión de aquel con sus secretarios solo tiene por objeto intercambiar y recibir pareceres, pues la decisión a adoptarse pertenece exclusivamente al Presidente de la República, quien no necesita del requisito del refrendo para hacer efectiva su determinación.

Al respecto, es ilustrativa la anécdota atribuida al Presidente Abraham Lincoln: “Siete por el no y uno por el sí. Ganó el sí”.

Los secretarios no tienen acceso a las cámaras legislativas, y se encuentran sujetos a la institución de las incompatibilidades, esto es, se encuentran impedidos de ejercer simultáneamente dos funciones (por ello, un parlamentario no puede ser miembro del órgano Ejecutivo). Tampoco tienen responsabilidad política ante el Parlamento.

Ahora bien, para evitar el bloqueo mutuo entre ambos órganos de poder, la Constitución dispone la necesidad de coordinar sus acciones en ciertos “puntos de empalme”, con lo cual validan las funciones originales. Esta coordinación se observa en los cuatro casos siguientes:

- a) El Presidente es el comandante en jefe de las fuerzas armadas, pero solamente el Congreso puede declarar la guerra.
- b) El Presidente puede celebrar tratados, pero estos necesitan, para entrar en vigencia de la confirmación por parte de dos tercios de los miembros del Senado (caso de los Estados Unidos). Cuando dichos compromisos de carácter internacional necesitan de normas adicionales para su implementación, la autorización solamente puede provenir de la Cámara de Representantes (caso de los Estados Unidos).
- c) El Presidente tiene el derecho de nombrar a los altos funcionarios estatales, pero corresponde al Senado la atribución de su confirmación o ratificación.
- d) El Presidente puede proponer la dación de una ley, pero el Parlamento puede rehusar a su aprobación. En este caso, como bien resume André Hauriou [ob. cit.], el órgano Legislativo “no es una cámara de registro”.

Este modelo surgió a finales del siglo XVIII a contrapelo de cuando los estados europeos empezaron a practicar el gobierno constitucional.

Al respecto, Giovanni Sartori [ob. cit.] señala que “la razón por la que Europa no tiene sistemas presidenciales [...] mientras que estos se encuentran desde Canadá hasta el Cabo de Hornos, pasando por las Américas, es histórica y no se trata de una decisión

deliberada. Cuando los estados europeos empezaron a practicar el gobierno constitucional, todos (excepto Francia, que se convirtió en República en 1870) eran monarquías; y estas ya tenían un jefe de Estado hereditario”.

En cambio en nuestra Constitución todos los países con excepción del Brasil conquistaron sus independencias como repúblicas; y por tanto, debieron escoger a sus jefes de Estado; vale decir, a sus presidentes.

Es evidente que los constituyentes norteamericanos perfilaron una república sustentada en buena parte de las costumbres y tradiciones inglesas. Por ende, se comprende la existencia de un Ejecutivo poderoso; es decir, una “monarquía con legitimidad democrática y plazo específico de gobierno”.

El modelo de gobierno presidencial no ha tenido mayor aplicación en Europa; la tentativa francesa de 1848, lamentablemente, no cumplió su cometido.

En América Latina ha sido aplicado con gran entusiasmo. Pero, como señala Maurice Duverger [ob. cit.], las experiencias históricas “están más próximas a una dictadura que a una democracia liberal”.

2.2.2.5.- El gobierno mixto o compuesto

Esta modalidad alude a un régimen donde se produce una fusión o yuxtaposición de instituciones provenientes del gobierno parlamentario y el gobierno presidencial. Se trata de un modelo original en la medida que no es presidencial ni parlamentario, sino expresión de una conjunción binaria de ambas modalidades de gobierno.

Maurice Duverger [ob. cit.] ha denominado esta modalidad como “gobierno semipresidencial”; empero nosotros hemos descartado esta denominación para no confundirla como una derivación o subespecie de gobierno presidencial. En suma, por razones metodológicas y académicas preferimos utilizar la denominación de gobierno mixto o compuesto.

Maurice Duverger [ob. cit.] expone que este modelo reúne dos elementos: “Un Presidente de la República elegido por sufragio universal y dotado con notables poderes propios; y un primer ministro y un

Gobierno responsable ante el Parlamento”.

Alexander Petrovich Hurtado [Citado por Alejandro Alem. “Los gobiernos y el abuso del poder”. En: *Revista de Derecho* (de estudiantes de la UPIGV), N° 1. Lima: UPIGV, 2002] expone que “la complejidad del modelo procede de la presencia de un elemento paradójicamente parlamentario, un Ejecutivo bicéfalo en el que el Presidente de la República dispone de prerrogativas constitucionales específicas muy importantes, las cuales le pueden permitir convertirse en el jefe supremo de la vida política del país”.

Este modelo se caracteriza al establecer una estructura ejecutiva de autoridad dual en donde existe un poder compartido entre el Presidente de la República y un primer ministro. El primero en su condición de Jefe de Estado y el segundo en su condición de Jefe de Gobierno.

En este modelo aparecen refundidos aspectos sustanciales del gobierno parlamentarista y del presidencialista, a saber:

a) Instituciones del gobierno parlamentario

- Un Ejecutivo bicéfalo, donde aparecen repartidas las funciones de la jefatura de Estado y la jefatura de Gobierno.
- Responsabilidad política del Gabinete ante el Parlamento, que implica la dimisión en el cargo ministerial como consecuencia de un voto de censura o de desconfianza.

b) Instituciones del gobierno presidencial

Elección del Jefe de Estado –con la denominación de Presidente de la República– mediante sufragio universal y directo, con lo que obtiene legitimidad democrática.

El gobierno mixto o compuesto empieza a ser tomado en cuenta a raíz de la interpretación doctrinaria que se produce luego de la aprobación de la Constitución francesa de 1958 y la Constitución portuguesa de 1976.

A raíz de las opiniones vertidas en torno a los alcances y contenido de la Constitución francesa, se reconoció el surgimiento de un nuevo modelo gubernamental. Debido a ello, sectores de la doctrina han “reinterpretado” las antiguas constituciones de Finlandia (1919), Austria (1920) e Irlanda (1944), considerándose actualmente que los

gobiernos de dichos estados son expresiones de este modelo.

Cabe señalar que la Constitución francesa de 1958 –a partir de la cual nace esta nueva forma de gobierno– surge de las cenizas de la IV República (1946-1958). Así, Francia sufrió una preocupante inestabilidad política que derivó en el establecimiento de veinte gobiernos durante dicho período (es decir, casi dos gobiernos por año).

En 1954, la situación política se agravó por la sublevación armada llevada a cabo por los “Fellaghas”, guerrilleros del Frente de Liberación Nacional de la –en ese entonces– colonia de Argelia. Un año más tarde, los argelinos en armas lograron constituir un gobierno provisional independentista.

En 1958, la crisis política y la inminente derrota militar dividieron al pueblo francés, hasta el extremo de insinuarse una guerra civil o un golpe de Estado. En ese contexto, el Presidente de la República, Rene Cotry, convocó “al más ilustre de los franceses”, el general Charles de Gaulle (1890-1970), quien libró a su pueblo del golpe de Estado y reencauzó la vida nacional mediante la dación de una nueva Constitución en 1958.

La Constitución inspirada por De Gaulle corrigió los vicios estructurales que provenían de la Constitución de 1946, dotándose al Presidente de la República de un origen y funciones cualitativamente significativas y distintas.

En el gobierno mixto o compuesto, la jefatura de Estado se encuentra a cargo del Presidente de la República, condición que se obtiene por mandato de la voluntad popular. Como señala André Hauriou, “este se convierte en el delegado personal y directo de la soberanía nacional; lo cual le confiere una enorme carga de poder político”.

La elección del Presidente de la República implica que este cuenta con una legitimidad jurídico-política similar a la del Parlamento, y que es mayor que la que corresponde al Consejo de Ministros. André Hauriou [ob. cit.] destaca que, en el seno del Ejecutivo, el Presidente se encuentre “en una posición de superioridad respecto al primer ministro, de manera clara y evidente”.

El mecanismo de elección de facultades autónomas y personales del Presidente de la República (Jefe de Estado) se convierte, según una feliz expresión, en la “clave de bóveda” que justifica la existencia de un tipo de gobierno distinto al parlamentario y al presidencial.

El Presidente de la República, como responsable de la jefatura de Estado, ostenta facultades reales, personales y autónomas, así como algunas otras básicamente formales y compartidas con el Consejo de Ministros; en suma, ejerce poderes reales y efectivos, amén de los meramente nominales u honoríficos.

Los actos que implican el ejercicio de las atribuciones personales y autónomas del Presidente se caracterizan por no necesitar refrendo ministerial para alcanzar eficacia (en casos como el de la Constitución finlandesa, el refrendo tiene un mero carácter de trámite o formal, pues solo puede ser negado por causales de ilegalidad).

Las atribuciones aludidas se refieren a la garantía de la independencia nacional y la integridad territorial, al aseguramiento del respeto de los compromisos contraídos con la comunidad internacional, a velar por el respeto de la Constitución, a la defensa de la autonomía del órgano jurisdiccional, etc. Asimismo, ejerce el derecho de disolución de aquella cámara parlamentaria que asume el control del Ejecutivo, el derecho a nombrar determinados e importantes funcionarios públicos y el de veto suspensivo sobre la aprobación de un proyecto de ley (este veto obliga al Parlamento a una nueva deliberación y eventual posterior ratificación de aprobación con una mayoría calificada).

Debe advertirse que en la Constitución francesa (1958), el Presidente de la República ejerce, incluso, una suerte de dictadura temporal en casos de serio peligro para el funcionamiento normal de las instituciones gubernamentales u otras graves amenazas para la vida estatal.

En el caso de las atribuciones compartidas, las decisiones del Presidente de la República requieren necesaria e inexorablemente de refrendación ministerial; es decir, el Consejo de Ministros se encuentra facultado, con su negativa de refrendación, a bloquear la acción presidencial.

Por otro lado, el Presidente de la República asume las tareas de carácter representativo y se encuentra exonerado de cualquier tipo de responsabilidad política por el ejercicio de sus atribuciones, sean estas personales o compartidas.

El Primer Ministro y su Consejo asumen la conducción administrativa y el régimen interior del Estado.

El Primer Ministro es nombrado formalmente por el Presidente de la República, debiendo este atender, en la práctica, a la composición mayoritaria del partido o partidos políticos ejerciente(s) del dominio político del Parlamento.

El Primer Ministro puede ser obligado a dimitir únicamente por la acción política del Parlamento. Este puede tener una estructura unicameral o bicameral, y sus funciones básicas radican en sus facultades legislativas y en la de ejercer control político sobre el Consejo de Ministros.

Nuestro país con sus propios matices se encuentra adscrito a dicho modelo.

Al respecto, veamos lo siguiente:

En el Perú –al igual que en el resto de América Latina– se estableció la forma de gobierno presidencial, tomándola de la experiencia americana (Constitución de los Estados Unidos, 1787).

A dicha forma de gobierno se le fueron sumando, paulatinamente, instituciones constitutivas de la forma de gobierno parlamentario, a saber:

- a) Aparición a nivel constitucional, de la figura del ministro de Estado y del refrendo ministerial (Constitución de Cádiz, Constitución de 1856).
- b) Creación del Consejo de Ministros (Constitución de 1856).
- c) Reconocimiento de funciones del Presidente del Consejo de Ministros (Constitución de 1933).
- d) Aparición a nivel constitucional, de la responsabilidad política de los ministros mediante los institutos de la interpelación y la censura (Constitución de 1920).
- e) Introducción de la exposición programática del Presidente del Consejo de Ministros ante el Congreso (Constitución de 1933).
- f) Introducción de la invitación para informar (Constitución de 1979).
- g) Introducción de la estación de preguntas (Constitución de 1993).
- h) Introducción de la cuestión de confianza en la función ministerial (Constitución de 1993).

- i) Introducción de la necesidad de investidura parlamentaria en la política general del Gobierno (Constitución de 1993).

Debe advertirse que también como consecuencia de las experiencias parlamentarias de 1945-1948 y 1963-1968, se incorporó la disolución de la Cámara de Diputados (Constitución de 1979).

La explicación que le encontramos a la formulación de nuestra peculiar forma de gobierno es la siguiente:

- a) El establecimiento de la Presidencia de la República es la consecuencia de una tradición nacional de gobierno fuerte y personalista (incas, conquistadores, virreyes, caudillos republicanos), la misma que corre *paralela* con la aparición y necesidad de un ejercicio democrático del poder.
- b) La introducción de las instituciones parlamentarias en una original forma de gobierno presidencial, radica en la necesidad de establecer, simultáneamente, mecanismos de control que sirvan de valla a los excesos de poder y mecanismos que hagan posible una oportuna colaboración (competencias legislativas distribuidas, compatibilidad de los cargos de ministro y parlamentario).

En ese sentido, se conjugaron, de un lado, la idiosincrasia y la cultura política, y del otro, las experiencias histórico-políticas y la aspiración de mejores formas de interrelación orgánica.

Dentro de ese contexto se ha establecido un tipo de régimen que, nacido de las canteras del presidencialismo americano, ha ido insertando -por razones de mayor control político sobre la actividad gubernamental y de búsqueda de mayor entendimiento entre Ejecutivo y Legislativo- un conjunto de instituciones propias del parlamentarismo europeo.

En suma ha implementado un modelo mixto o compuesto.

2.2.2.6.- El gobierno dictatorial o sultanático

Esta modalidad alude a un régimen donde se produce la concentración del poder político y que carece de mecanismos reales de control inter o intraorgánicos que garanticen la limitación del ejercicio de la autoridad y el respeto de las categorías y principios atinentes al Estado de Derecho. Se manifiesta en la presencia de un poder gubernamental ilimitado, no sujeto en la praxis por el derecho.

La expresión árabe sultán es equivalente a soberano o monarca. Se llaman así a ciertos príncipes o reyes árabigos.

Dicha expresión tomada de H.E. Chuchabi y Juan Linz se basa en un gobierno personal, en donde la obediencia al gobernante no se sustenta en la fidelidad a los principios y valores contenidos en un texto constitucional, sino en el miedo o la conveniencia.

Ahora bien, a diferencia del poder del sultán que por lo general descansa en la tradición, el poder dictatorial o sultanático surge de una ruptura del orden constitucional, golpe de Estado, etc.

En este caso el fenómeno político no encuentra “encuadramiento” en ninguna forma de configuración jurídica.

El gobernante en su omnimoda condición de Jefe de Gobierno-Jefe de Estado es la expresión exorbitante de un hiperconductivismo que ejerce el poder sin contrapesos orgánicos ni limitaciones funcionales o controles extrapoder, quedando subjetivamente sujeto a su propia discreción.

Como bien exponen Germán Bidart Campos y Walter F. Carnota [ob. cit.] las normas obligatorias y las relaciones de la administración burocrática están constantemente subordinadas a la arbitraria decisión personal del gobernante, quien no se siente constreñido en forma alguna a justificarlas.

En dicha modalidad se acredita la existencia de un único detentador del poder y consiguientemente se constata la inexistencia de forma alguna de control.

En efecto, el órgano judicial actúa sumisa y dócilmente conforme a los dictados del poder político.

En suma, los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial convergen de una voluntad única.

Esta concentración, según sea la intensidad y fines de su utilización, puede ser calificada como una expresión de autoritarismo o totalitarismo.

El autoritarismo plantea el ejercicio de la autoridad al margen del consenso, con falta de fundamento racional en las decisiones y con poco o ningún respeto a los derechos fundamentales de la persona. Para tal efecto, utiliza mecanismos de coacción a cargo de la Policía, la burocracia, las Fuerzas Armadas, etc.

El totalitarismo plantea el ejercicio ilimitado, que desconoce la existencia de los derechos fundamentales de la persona. Para tal efecto, construye un aparato en donde un partido único opera como órgano estadual. Esta modalidad impulsa un movimiento de masas que busca controlar la conducta y la conciencia en aras de forjar un “tipo” de ser humano.

Para tal efecto, se afirma en la instrucción, la propaganda, la instrumentalización ciudadana y la represión extendida.

En el gobierno dictatorial o sultanático es expresiva la personificación *in totum* del poder; al extremo de atribuírsele al gobernante cualidades singulares y extraordinarias.

La historia constata una extraña relación entre orden e inseguridad jurídica; habida cuenta del intenso uso de la coerción estatal y la inestabilidad de la legislación y la arbitrariedad en la elaboración y aplicación de las normas.

Dentro de esta modalidad son citables los casos siguientes:

Jean Bédel Bokassa (1921-1996)

Dictador de la Republicana Centroafricana en 1966 y autoproclamado Emperador del Imperio Centroafricano hasta su derrocamiento en 1979.

Su gobierno fue acusado de practicas colectivas de tortura y canibalismo. Se desposó diecisiete veces y tuvo más de cincuenta hijos.

Idi Amin Dada (1925-2003)

Gobernante de Uganda (1971-1979) se autoasignó el título de “Su Excelencia el Presidente Vitalicio, Mariscal de Campo, Señor de todas las bestias de la tierra y de los peces del mar, Conquistador del Imperio Británico en África en General y Uganda en particular y rey de Escocia”.

Promovió el terror y genocidio que costo la vida de más de trescientos mil ciudadanos.

Rafael Leonidas Trujillo (1891-1961)

Dictador de República Dominicana de 1934 a 1961. Gustaba ser calificado como “el Generalísimo”; aun cuando el pueblo prefería referirse a él como “Chapita” por su desmedido afán de presentarse

condecorado en las ceremonias públicas.

Su mandato se caracterizó por la represión a toda forma de oposición y el culto a la personalidad.

Como dato curioso aparece que durante su gobierno la ciudad capital fue denominada *Ciudad Trujillo*.

CAPÍTULO SEXTO

EL DERECHO CONSTITUCIONAL

SUMARIO

1. EL PROCESO DE ESTUDIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. 2. LA METODOLOGÍA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL. 3. UBICACIÓN DISCIPLINARIA. 4. EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SUS RELACIONES JURÍDICO INTRADISCIPLINARIAS E INTERDISCIPLINARIAS. 5. LAS FUENTES CONSTITUCIONALES. 5.1. La tipología de las fuentes constitucionales. 5.2. La estructura del sistema de fuentes formales. 5.3. La clasificación de las fuentes formales. 5.3.1. Las fuentes formales directas. 5.3.1.1. La legislación constitucional. 5.3.1.2. La costumbre constitucional. 5.3.1.2.1. La costumbre constitucional y el uso constitucional. 5.3.1.2.2. El aporte de la costumbre constitucional. 5.3.1.3. La jurisprudencia constitucional. 5.3.1.3.1. La tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional. 5.3.1.3.2. El precedente constitucional vinculante. 5.3.1.4. El derecho internacional público. 5.3.1.4.1. El proceso de incorporación de los tratados al derecho estadual. 5.3.1.4.2. El rango jerárquico de los tratados. 5.3.2. Las fuentes formales indirectas. 5.3.2.1. La doctrina constitucional. 5.3.2.2. Los principios constitucionales. 5.3.2.3. El derecho comparado. 5.4. El bloque de constitucionalidad. 5.5. El sistema constitucional.

El objeto de estudio de esta disciplina jurídica guarda relación con instituciones y categorías político-jurídicas relativas a la organización del Estado; el ejercicio, competencia, relaciones y controles del poder público adscrito a un territorio y población determinada; así como los derechos, obligaciones y garantías de las personas vinculadas con dicho cuerpo político.

El concepto de *instituciones políticas* alude a aquellas entidades jurídico-sociales que organizan y aseguran con vocación de perdurabilidad la relación entre gobernantes y gobernados; es decir, están destinadas a consolidar la vida política de un grupo social.

Dichas instituciones operan como “aparato” a través del cual se ejerce el poder y, por ende, se establece la relación de man-

do-obediencia dentro de una sociedad políticamente organizada como Estado.

La pluralidad de instituciones –que involucran a todos los entes de la maquinaria estatal– constituyen la osamenta del poder estatal. Cada una de ellas cumple un fin jurídico dentro de las relaciones Estado-sociedad.

El conjunto de instituciones en consuno con la ideología constituye el sistema político de una comunidad estadual.

Las *categorías jurídico-políticas* son aquellas que subyacen a las instituciones político-jurídicas. Ellas agrupan a una serie de principios y reglas técnicas que permiten regular una situación política –relación entre gobernantes y gobernados– de manera lógica, armónica y sistemática.

A través del derecho constitucional se persigue alcanzar objetivos tales como:

- a) Regular las relaciones de poder político y las vinculaciones de naturaleza político-jurídicas entre gobernantes y gobernados.
- b) Encuadrar jurídicamente los hechos de naturaleza política.
- c) Ordenar la marcha política de la sociedad mediante la formulación de un sistema jurídico.

En atención a que el encuadre o comprensión jurídica de los hechos, sucesos o acontecimientos de naturaleza política son meta-jurídicos o transjurídicos, en el derecho constitucional se requiere:

- a) Conocer las circunstancias históricas que originan los hechos políticos.
- b) Analizar los principios políticos, económicos, etc., que influyen, condicionan o determinan los hechos políticos.
- c) Confrontar el grado de aplicabilidad y eficacia de las normas constitucionales en una determinada sociedad política.

El derecho constitucional se liga indivisiblemente con el denominado *constitucionalismo* o *movimiento constitucional*.

En ese sentido, el constitucionalismo o movimiento constitucional es un proceso político-jurídico surgido en el siglo XVIII, que tuvo como horizonte establecer en cada Estado una *Constitución formal*.

Este movimiento procuraba la racionalización del poder político; aspiraba a la *nomocracia* o gobierno de la ley: es decir, que toda actividad estatal para ser válida y legítima debía necesariamente derivar de una competencia asignada por una Constitución. El fenómeno del constitucionalismo provocó el nacimiento del derecho constitucional.

1.- EL PROCESO DE ESTUDIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Siguiendo en parte lo expuesto por Jorge Power Manchego-Muñoz [*Curso de derecho constitucional I*. Apuntes de clase. Lima: Universidad de Lima, s.f.], el conocimiento académico del derecho constitucional puede dividirse en tres grandes períodos: el período de bosquejo, el período de institucionalización de los estudios y el período de expansión de los estudios.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *El período de bosquejo*

Abarca el comienzo de los estudios de temas de carácter constitucional. Cronológicamente, se extiende desde el siglo IV a.C. hasta fines del siglo XVIII.

Los primeros criterios acerca de la organización político-jurídica y las relaciones entre gobernantes y gobernados fueron esbozados de manera encubierta entre planteamientos e ideas de carácter extra-jurídicos.

En efecto, tal como lo expone Segundo V. Linares Quintana [*Derecho constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1976] en dicho período el núcleo constitucional aparece “tapado” con otras materias ajenas a la disciplina en razón a que en ese momento no se valoraba la autonomía conceptual de las distintas partes del derecho, así como por la dificultad metodológica de aislar los problemas jurídicos del Estado de “aquellos otros de índole histórico, filosófico, sociológico o político”.

En ese sentido, le correspondió al pensador griego Platón (428-347 a.C.) ser el precursor de las reflexiones de carácter constitucional, las que aparecerán en su obra *Las Leyes*. Posteriormente, Aristóteles (384-322 a.C.) expondrá argumentos sobre la materia en su obra *Política*.

En Roma son destacables los aportes de Polibio (210-125 a.C.) a través de los postulados expuestos en el libro VI de su *Historia*; de

Marcio Porcio Catón conocido como “el Censor” (234-149 a.C.), a raíz de lo expuesto en su obra *Orígenes*; y finalmente de Marco Tulio Cicerón (106-43 a.C.), por lo planteado en su trabajo *Tratado de la República*.

Como afirma Nicolás Pérez Serrano [*Tratado de derecho político*. Madrid: Civitas, 1984], durante la Edad Media no se encuentran manifestaciones que puedan considerarse como antecedentes para la materia.

El período de bosquejo se cierra con los importantes aportes del pensador italiano Nicolás de Maquiavelo (1469-1527), expuestos en su obra *El Príncipe*; el pensador francés Jean Bodino (1530-1596) en su obra *Los seis libros de la República*; el pensador inglés John Locke (1632-1704), en su obra *Consideraciones sobre el gobierno civil*; y del pensador francés Carlos Luis de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu (1689-1758), en su monumental obra *El espíritu de las leyes*.

Este período se caracterizó por la manifestación de esfuerzos asistemáticos, aislados y refundidos, en muchos casos, en textos de carácter filosófico. Su valor histórico radica en el fomento del estudio y desarrollo de instituciones y categorías pertenecientes a lo que hoy conocemos como la disciplina del derecho constitucional.

b) El período de institucionalización de los estudios

Abarca desde finales del siglo XVIII hasta mediados del siglo XIX. Se caracteriza por la incorporación del estudio científico de esta disciplina en las universidades.

El interés por la formación académica en materia constitucional, se forja como consecuencia de la adopción de textos constitucionales en Europa occidental y América. Ello obligará a que en los centros superiores de enseñanza se establezca una nueva disciplina jurídica, autónoma en su concepción, con contenidos curriculares propios y con privativos métodos de investigación e interpretación.

Ahora bien, como señala Alessandro Pizzorusso [*Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984], dicho estudio se dirigirá específicamente a la divulgación de aquel tipo de configuración político-constitucional conocido como *gobierno constitucional*.

Este tipo de configuración será adoptado inicialmente en Inglaterra, en el decurso del siglo XVII, y posteriormente será acogido por los Estados Unidos, Francia, etc., tras la consolidación de las revolu-

ciones democrático-burguesas que pondrán fin, paulatinamente, a las monarquías absolutas.

Como refiere Alessandro Pizzorusso, esta orientación de los estudios se advertirá desde la propia terminología empleada, de manera que, por ejemplo, se entenderá por Constitución solo a aquella ley fundamental de un Estado que se identificase con los criterios expresamente consignados en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), el cual textualmente señalaba lo siguiente:

“Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos y determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

En suma, se asociaba el concepto Constitución con el desarrollo del ideario liberal-democrático, hasta el extremo que, en contraposición, se utilizó el concepto *Estatuto* para designar a todos aquellos textos fundamentales unilateralmente adoptados y otorgados por un soberano absolutista.

Cabe señalar, en relación con lo anteriormente expuesto, que la Asamblea Constituyente francesa de 1791 estableció la obligatoriedad –para los aspirantes a abogados– del conocimiento de la Constitución francesa; empero dicha medida no llegó a implementarse.

En la Universidad de Oxford (Inglaterra), en 1758, el profesor William Blackstone dictó una cátedra sobre “La Constitución y las leyes de Inglaterra”. Con mayor precisión, en 1797 se creará en la Universidad de Ferrara (Italia) la asignatura de derecho constitucional bajo la conducción del profesor Giuseppe Campagnoni di Luzzo, quien llegó a publicar un libro denominado *Elementos de derecho constitucional democrático* (Venecia, 1793), y posteriormente se crearán cátedras similares en las universidades de Pavia y Bologna.

En la Universidad de La Sorbona se inaugurará dicha cátedra bajo la denominación de derecho público a cargo del profesor F. Decazes. Posteriormente, en 1834 por decisión de Francois Guizot –ministro de Instrucción del rey Luis Felipe Igualdad– se dictará dicha materia con el rótulo de derecho constitucional.

Dicha asignatura será dictada por el profesor Pellegrino Rossi, quien provenía de la Universidad de Bologna; el mismo que llegará a alcanzar reconocimiento imperecedero por ser el inspirador de la Constitución Suiza de 1848.

En España y como consecuencia de la dación de la Constitución de Cádiz de 1812, se implantaron en dicho país las primeras cátedras de derecho constitucional.

En ese contexto, en 1813, en la Universidad de Valencia (España) se creará la cátedra de Derecho Constitucional bajo la responsabilidad del profesor Nicolás Garely. Un año más tarde, en los Reales Estudios de San Isidro (Madrid), se establecerá dicha asignatura bajo la responsabilidad del profesor Miguel García de la Madrid.

Dato de singular importancia para nuestro país es el relativo a que en el artículo 368 de la Constitución de Cádiz (España) se dispuso la obligación de la enseñanza de dicho texto en las universidades y establecimientos literarios (como se recordará, dicho texto fue jurado y aplicado a los peruanos en su condición de súbditos del rey de España).

Edgar Carpio Marcos ["El primer libro de derecho constitucional en el Perú". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 31. Lima, febrero 2002] señala que en nuestro país la primera cátedra de derecho constitucional será implantada en 1827, en el Convictorio de San Carlos a raíz del decreto de fecha 26 de octubre de 1826; la cual estuvo a cargo del profesor Antonio Amézaga, a la sazón miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

El propio Edgar Carpio expone que la primera publicación sobre la materia impresa en el país fue *Lecciones de derecho público constitucional* para las escuelas de España (1827) del profesor Ramón de Salas.

Empero la cátedra más estimada del siglo XIX (1875) estuvo a cargo de Luis Felipe Villarán en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

c) El período de expansión de los estudios

A mediados del siglo XIX y comienzos del siglo XX aparecerán las primeras obras cumbres propiamente constitucionales; y tras ellas el decantamiento de los métodos, las técnicas y los enfoques disciplinarios. Así puede citarse a Karl Friedrich von Gerber con su obra *Fundamentos de un sistema de derecho público alemán* (1865); Johan G. Blentschli con su *Derecho público universal* (1875); Georg Jellinek en su obra *Teoría general del Estado* (1899); Carl Schmitt con su obra *Teoría de*

la Constitución (1928); etc.

En dicho proceso, la pluralidad de métodos o recorrido intelectual de manera ordenada y pautada; el abanico de técnicas o mecanismos de recolección de la información; y los enfoques o puntos de vista, ángulos, perspectivas o visiones de aproximación a la temática consolidaron grandemente nuestra disciplina.

Actualmente los estudios se han inclinado por incorporar la temática de los derechos humanos. Ello en razón a que los estados se han visto obligados a promover regulaciones concertadas de carácter supranacional. Así, progresivamente irán apareciendo textos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948; el Convenio Europeo de la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, de 1950; la Carta Social Europea, de 1961; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969.

Estos tratados internacionales son una evidencia de que el estudio del fenómeno constitucional, en lo relativo a la promoción y defensa de los derechos fundamentales de la persona, sigue una dirección que parte de la normatividad interna hacia una regulación constitucional con cláusulas de remisión supranacional.

2.- LA METODOLOGÍA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Esta metodología alude al conjunto sistematizado de reglas, cánones y procedimientos técnicos que se utilizan para estudiar el objeto del *derecho constitucional*, disciplina ubicada dentro de la rama del derecho público.

La metodología del derecho constitucional implica lo siguiente:

- a) Analizar e investigar sobre los alcances del objeto disciplinario, a efectos de captar y comprender el ámbito temático de carácter jurídico-político que abarca.
- b) Analizar e investigar sobre el proceso formativo del ordenamiento constitucional, y confrontar los fines y valores expuestos en su texto, con la realidad política donde se aplica.

Mediante el derecho constitucional, los acontecimientos políticos

aparecen enmarcados o ceñidos por un conjunto de normas, costumbres jurídicas, etc. Las consideraciones de la vida política a la luz de su encuadre jurídico, obligan a su observación metodológica.

En el caso específico de la metodología constitucional, es oportuno tener en cuenta los dos aspectos siguientes:

- a) *El estudio del objeto, contenido y ámbito del derecho constitucional no debe atenerse única y exclusivamente al ámbito de lo jurídico y mucho menos a lo específicamente normativo*

La mera “juridización” metodológica conlleva al peligroso error de concebir lo “constitucional” como un simple encadenamiento lógico y racional, deductivo e inductivo de principios y consecuencias legales. Esta visión unilateral de investigar desde el ámbito específicamente normativo, jamás permitiría conocer la cabal e integral realidad del sistema jurídico imperante dentro de una sociedad política.

Desdeñar la observación de la realidad política impide apreciar el cumplimiento o incumplimiento de los fines y valores que sustentan un ordenamiento constitucional, y obstaculiza conocer las circunstancias sociales dentro de las cuales funcionan las instituciones constitucionales, el modo como ejercen el poder sus operadores, etc.

En razón de lo expuesto, la metodología constitucional exige un “abrirse” a los aportes que pueden brindar la historia, la sociología, la ciencia política, la filosofía política, la economía política, etc., en lo relativo a la estructura constitucional y la realidad política de un cuerpo estatal. Estos aportes entrelazados e interpenetrados nos alejan de la obtención de resultados parciales e incompletos acerca del fenómeno jurídico-constitucional.

- b) *El aporte parcial y fraccionado de lo específicamente jurídico a la metodología constitucional, pasa por reconocer que, a pesar de la indiscutible existencia de principios, conceptos y categorías comunes a cualquier disciplina del derecho, existen además peculiaridades notorias en las relaciones que se forjan a la luz del derecho público, que son distintas de aquellas otras que nacen a la vera del derecho privado. Esta oposición en ciertos contenidos no debe ser eludida, sino, por el contrario, estimada en toda su magnitud*

Esta propuesta de visión metodológica integral y plenaria nos lleva a conocer el objeto y verificación práctica del fenómeno jurídico-

constitucional, en íntima vinculación con los sucesos, hechos o acontecimientos políticos y sociales que originan, condicionan y hasta obstruyen el pleno desarrollo de los principios, fines y valores insertos en el texto constitucional. En este contexto, se hace necesario lo siguiente:

- El planteo de determinados principios jurídicos básicos y específicos del derecho público, para el funcionamiento del cuerpo político y la relación que enlaza a gobernantes y gobernados; y cuyas consecuencias en el ámbito normativo constitucional deben deducirse por razonamiento lógico-jurídico.
- El análisis y confrontación de la normatividad del denominado bloque de constitucionalidad con las fuentes históricas y reales existentes al momento de la creación de los fundamentos constitucionales de un cuerpo político; con las prácticas y usos políticos; con el papel de los grupos de presión existentes; y, con el marco ideológico y económico externo con capacidad de condicionar e influenciar la realidad política de un país.

En términos muy latos, la metodología constitucional promueve la deducción y la inducción. Por la deducción, se parte del análisis del principio o postulado general, a efectos de extraer una conclusión particular (operaciones de tipo especulativo). Por la inducción, se parte del análisis de un caso particular, a efectos de extraer reglas generales (operaciones de tipo experimental).

3.- UBICACIÓN DISCIPLINARIA

El derecho constitucional se ubica, en función del tipo de relaciones jurídicas que regula, dentro del ámbito del derecho público.

En razón a lo expuesto, se hace necesario que previamente se detallen los alcances de la división del derecho en ramas, a efectos de poder justificar la ubicación asignada al derecho constitucional.

La división del derecho en ramas se debe al ordenamiento jurídico romano. Fue hecha por el jurisconsulto Ulpiano (170-228) en un pasaje del *Digesto*:

“Derecho público es el que atañe a la conservación de la cosa romana; derecho privado el que concierne a la utilidad de los particulares”.

A partir de esta primera teoría, denominada “clásica o del inte-

rés”, aparecerán diversas posiciones con relación a la división del derecho en ramas: la teoría clásica o del interés, la teoría de la naturaleza de la relación jurídica, la teoría del valor en el derecho y la teoría del valor metodológico.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La teoría clásica o del interés

Es planteada por Ulpiano, el cual sostiene que el derecho público está constituido por aquellas normas que amparan el interés general o colectivo, mientras que el derecho privado lo está por las referidas al interés individual o de los particulares.

En consecuencia la norma deberá ser adscrita al ámbito público o privado en función de determinar a quien genera beneficios, utilidades, provecho o mercedes.

b) La teoría de la naturaleza de la relación jurídica

Es planteada por Georg Jellinek [*Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954], quien sostiene que la distinción debe hacerse sobre la base de los tipos de relación jurídica a que da origen el ordenamiento jurídico.

La relación jurídica con *subordinación* se vincula al derecho público; implica que los sujetos participantes se encuentran en dos planos distintos: por un lado, el Estado, a través de sus agentes u operadores, actuando con *imperium* (ejerciendo su poder soberano); por otro, un ciudadano (particular). También se da una relación jurídica con subordinación en aquellos supuestos en los que todos los sujetos de la relación jurídica son agentes u operadores del poder estatal.

La relación jurídica con *coordinación* se vincula al derecho privado; implica que los sujetos participantes se encuentran en un plano de igualdad absoluta. Es el caso de cualquier acto jurídico realizado entre particulares (compraventa, donación, permuta, etc.). Incluso, un agente u operador del ente estatal puede participar en una relación jurídica de este tipo, a condición de que no ejerza *imperium*; por ejemplo, cuando el Estado participa en una relación jurídica de orden contractual, comercial, etc., sin manifestar el ejercicio de su poder soberano.

c) La teoría del valor en el derecho

Es planteada por Mario Alzamora Valdez [*Introducción a la ciencia del derecho*. Lima: Centro Federado de la Universidad Particular San Martín de Porres, 1988], quien sostiene que la distinción debe hacerse sobre la base del tipo de justicia que se intenta plasmar.

La relación jurídica con vocación de justicia distributiva implica que entre los sujetos participantes exista una irrompible relación de comunidad, dándose una “*proporcionalidad geométrica*” en el reparto de derechos, deberes, cargos, etc.

La relación jurídica con vocación de justicia conmutativa implica que entre los sujetos participantes exista una “*igualdad aritmética*” en el reparto de derechos, deberes, cargos, etc.

En el caso de la justicia conmutativa, que corresponde al ámbito del derecho privado, los sujetos participantes son observados normativamente en su exclusiva individualidad. De allí que se les contemple en una relación de “uno con otro”, pero no en su vinculación con la comunidad política.

En el caso de la justicia distributiva, los sujetos participantes son considerados en una relación con la comunidad política en su conjunto, relación que encuentra su origen y fundamento directo en el bien común que el Estado gestiona.

Eduardo Soto Klass [“La vida humana y el derecho”. Traducido por Juan Cubas Romero. En: *Jus*. Lima: Centro Federado de la Universidad Particular San Martín de Porres, 1988] afirma que “las relaciones que se originan en la vida social, son básicamente de dos tipos: una, entre los hombres entre sí; y otra, entre los hombres y la autoridad [...]. Puesto que estas relaciones son de diverso tipo, a saber, entre las partes de un todo y entre el todo y las partes, su regulación es diferente. En efecto, entre las partes se da un intercambio de bienes y prestaciones, dado sus intereses particulares, sobre las bases de la conmutación; entre el todo y las partes, dado sus intereses diversos fundamentados en fines desiguales, se da una regulación sobre las bases de la distribución”.

d) La teoría del valor metodológico

Es planteada por León Duguit [Citado por Mario Alzamora Valdez. *Introducción a la ciencia del derecho*. Lima: Liborio Estrada, 1972],

quien niega la existencia real de la división del derecho en ramas, pero valida la utilización de los conceptos de público y privado en atención a razones sistemáticas, prácticas y fundamentalmente metodológicas.

Esta teoría afirma que si bien no existe una separación total y plenaria, la distinción al interior del derecho es conveniente para su mejor comprensión y estudio, amén de fomentar su conocimiento en el ámbito teórico, durante el proceso de formación de los futuros abogados.

Hecho este repaso, puede concluirse que la doctrina se ha inclinado uniformemente a considerar al derecho constitucional dentro del ámbito del derecho público (aun cuando la justificación de esta inclusión se haga desde distintas teorías sustentadoras).

En este sentido, la argumentación más repetida es aquella que señala que el derecho constitucional forma parte del derecho público -en razón de que regula la estructura, competencias y relaciones de los órganos u organismos estatales entre sí y con los particulares- y, específicamente, del derecho público interno.

El derecho público interno regula las relaciones circunscritas al marco territorial de la soberanía del Estado; es decir, tiene como ámbito espacial de validez el territorio nacional. El derecho público externo regula las relaciones entre los sujetos o personas de la comunidad internacional (estados, organismos internacionales, etc.).

4.- EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SUS RELACIONES JURÍDICO INTRADISCIPLINARIAS E INTERDISCIPLINARIAS

El derecho constitucional, en sentido genérico, mantiene estrechos y permanentes vínculos con el resto de las disciplinas jurídicas en razón a que establece los principios fundamentales de organización de la sociedad política, los cuales deben ser desarrollados, desenvueltos y reglamentados por la legislación ordinaria en sus diferentes campos y niveles.

Como afirma Rodrigo Borja [*Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992], el derecho constitucional establece la "arquitectura institucional" del cuerpo político, la misma que tiene que ser complementada en sus particularida-

des y detalles por el resto de las disposiciones jurídicas. Así pues, al conjunto de las disciplinas jurídicas les está vedado apartarse de los principios rectores de la *Ley fundamental*. Por consiguiente, les es obligatorio su alineamiento al espíritu y letra del texto constitucional. Ello es la condición básica para aceptar la validez formal y material de sus regulaciones.

Al respecto, los puntos rectores de toda relación intradisciplinaria que mantiene el derecho constitucional son los cuatro siguientes:

- a) Los principios, instituciones, normas y prácticas constitucionales se convierten en supraordinantes de las demás disciplinas jurídicas del sistema legal imperante en un Estado.
- b) Algunos principios, instituciones, normas y prácticas constitucionales requieren del *complemento* de determinadas disciplinas jurídicas, a efectos de desarrollar a plenitud sus alcances y contenidos.
- c) Algunos principios, instituciones, normas y prácticas constitucionales pueden requerir de un proceso de *coordinación* (en el plano doctrinario, normativo o jurisprudencial), a efectos de conocer mejor o precisar sus alcances y contenidos.
- d) Algunos principios, instituciones, normas y prácticas derivadas de otras disciplinas jurídicas pueden ser objeto de *asimilación* o *incorporación* a la temática constitucional, a efectos de permitir que se cumplan a cabalidad los fines del Estado.

A partir de lo anterior, describiremos sucintamente los vínculos interdisciplinarios del derecho constitucional con otras disciplinas jurídicas.

a) Relaciones con el derecho administrativo

Es evidente que los principios, instituciones, normas y prácticas constitucionales constituyen la “puerta de ingreso” para el desarrollo del derecho administrativo.

El derecho administrativo complementa los aspectos referidos a la organización y funcionamiento del Estado, y precisa los vínculos de este con la ciudadanía. Si bien las normas básicas que regulan la actividad estatal se encuentran incluidas en la Constitución, su desarrollo y aplicación particularizada en el ámbito de los servicios públicos

(salubridad, educación, etc.) corresponden al derecho administrativo: este coordina, vía la delimitación conceptual, una serie de expresiones que usualmente se mencionan en la temática constitucional.

Así, nuestro texto constitucional se entronca y relaciona *grosso modo* con el derecho administrativo, en aspectos tales como:

- *La función pública (artículos 39 y ss.)*. Comprende los conceptos de función pública, funcionarios, servidores, carrera administrativa, etc.
- *La estructura del Estado (artículos 90 y ss.)*. Comprende los conceptos de órganos públicos, funciones, etc.

b) Relaciones con el derecho civil

El derecho constitucional declara la pluralidad de los derechos personales básicos, los mismos que el derecho civil se encarga de regular de manera más precisa.

En algunos casos el derecho civil sirve de complemento imprescindible para discernir, a guisa de ejemplo, sobre nociones tan significativas como la personalidad jurídica del Estado.

Nuestro texto constitucional se entronca y relaciona *grosso modo* con el derecho civil, en aspectos tales como:

- *Derechos de la persona (artículos 1 y ss.)*. Comprende el desarrollo de los derechos referidos a la identidad, intimidad, asociación, etc.
- *La propiedad (artículos 70 y ss.)*. Comprende la naturaleza y atributos del derecho de propiedad; las razones para el establecimiento de restricciones y prohibiciones vinculadas a su ejercicio, etc.

c) Relaciones con el derecho penal

El derecho constitucional ha asimilado o recogido los principios disciplinarios básicos del derecho penal, a efectos de afirmar debidamente la seguridad y la libertad personal de los ciudadanos.

Plantea los casos de existencia de prerrogativas funcionales en relación con los alcances de la ley penal, así como la demarcación de la aplicación espacial de la ley penal.

Nuestro texto constitucional se entronca y relaciona *grosso modo* con el derecho penal, en aspectos tales como:

- *Defensa de la libertad y seguridad personal (inciso 24 del artículo 2)*. Comprende principios tales como la inexistencia de obligación de hacer aquello que la ley no ordena, la inexistencia de impedimento para hacer lo que esta no prohíba, la imposibilidad de procesamiento o de condena por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuviere previamente calificado en la ley de manera previa e inequívoca como infracción penal, etc.
- *Las prerrogativas funcionales (artículos 93 y ss.)*. Comprende aspectos tales como la inmunidad y la inviolabilidad parlamentaria.
- *La soberanía estatal (artículos 43 y ss.)*. Comprende el ámbito de aplicación espacial del poder estatal nacional, y por ende, la delimitación geográfica de la aplicación de las normas penales.

d) Relaciones con el derecho procesal

El derecho constitucional recoge los principios básicos de las garantías del debido proceso legal y la tutela jurisdiccional, así como las partes adjetivas del juicio político.

Al respecto, nuestro texto constitucional se entronca y relaciona *grosso modo* con el derecho procesal, en aspectos tales como:

- *Las reglas del juicio político (artículos 99 y ss.)*. Comprende la denuncia, acusación y sanción política de aquellos altos funcionarios públicos que gozan de las prerrogativas funcionales antes señaladas.
- *Los principios y derechos de la función jurisdiccional (artículos 139 y ss.)*. Comprende la publicidad de los procesos judiciales, la motivación escrita de las resoluciones judiciales, la aplicación de la ley más favorable al procesado, etc.

e) Relaciones con el derecho tributario

El derecho constitucional delimita el poder estatal en el ejercicio de las funciones legislativas y administrativas del Estado en relación con la recaudación tributaria.

El derecho tributario conceptúa y precisa los alcances y contenido de los principios e instituciones tributarias recogidas por la Constitución.

Nuestro texto fundamental se entronca y relaciona *grosso modo* con el derecho tributario, en aspectos tales como:

- *Los principios tributarios (artículo 74)*. Comprenden la enumeración de las reglas básicas de la recaudación tributaria, los principios de reserva de la ley, igualdad y respeto de los derechos fundamentales, etc.

f) Relaciones con el derecho financiero

El derecho constitucional delimita el poder estatal en el ejercicio de las funciones legislativas y administrativas vinculadas con la sanción de la ley del presupuesto de la República, el crédito público, el endeudamiento público y privado, etc.

Nuestro texto fundamental se entronca y relaciona *grosso modo* con el derecho financiero, en aspectos tales como:

- *Reglas de elaboración del presupuesto de la República (artículos 77 y ss.)*. Comprenden la estructura del presupuesto, la remisión del proyecto de ley sobre la materia; la iniciativa, la creación o el aumento del gasto público, etc.
- *Reglas de política de endeudamiento público (artículos 75 y ss.)*. Comprenden el modo de aprobación de las operaciones de endeudamiento externo e interno.

g) Relaciones con el derecho internacional público

El derecho constitucional compatibiliza la vigencia y uso de las fuentes formales que comprometen al Estado con la comunidad internacional, así como los alcances de las competencias de los órganos jurisdiccionales supranacionales.

Nuestro texto fundamental se entronca y relaciona *grosso modo* con el derecho internacional público, en aspectos tales como:

- *Los tratados (artículos 55 y ss.)*. Comprenden entre otros asuntos, la jerarquización y el proceso de sanción de los tratados.
- *La aplicación de la pena de muerte*. Comprende la aplicabilidad de la condena capital de conformidad con los tratados suscritos por nuestro país.
- *La jurisdicción supranacional (artículo 205)*. Comprende el acceso a la jurisdicción internacional.

h) Relación con el derecho municipal

El derecho constitucional establece las reglas básicas para la estructuración y organización de los gobiernos locales.

Nuestro texto fundamental se entronca y relaciona *grosso modo* con el derecho municipal, en aspectos tales como:

- *La autonomía municipal (artículos 191 y ss.)*. Comprende el otorgamiento de facultades de autogobierno vecinal.

i) Relaciones con el derecho laboral

El derecho constitucional recoge los principios básicos de cualquier tipo de relación laboral, así como los aspectos sustantivos de los derechos de los trabajadores.

Nuestro texto fundamental se entronca y relaciona *grosso modo* con el derecho laboral, en aspectos tales como:

- *Principios de la relación laboral (artículo 26)*. Comprende las reglas referidas a la igualdad de oportunidades, al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos constitucionalmente al trabajador, etc.
- *Los derechos laborales colectivos (artículo 28)*. Comprende los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga.

En lo relativo a las relaciones interdisciplinarias o vinculación con otras ramas del conocimiento humano, cabe aplicarlas a los siguientes casos:

a) Relación con la ciencia política

Ambas materias comparten unísono objeto material de estudio (el Estado) pero tienen diverso objeto formal. Al respecto, Germán Bidart Campos [*Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1985] señala que el derecho constitucional brinda el encuadre jurídico al fenómeno político.

b) Relación con las ciencias de la conducta

Ambas materias comparten la consideración e idea de la *obra cultural*. Como bien afirma Walter F. Carnota [*Curso de derecho constitucional*. Tucumán: La Ley, 2001], detrás de las constituciones “hay un plexo de ideas, creencias y valores que las vertebran, sustentan e

imprimen sentido". Por ende, hay un sustrato de conductas.

En ese sentido, aparece una ligazón con la sociología, la psicología y la antropología.

c) Relación con la economía

Ambas materias comparten la idea que el conocimiento del uso de los recursos para la satisfacción de necesidades colectivas es una guía para el establecimiento y consecución de los fines constitucionales.

5.- LAS FUENTES CONSTITUCIONALES

La teoría de las fuentes del derecho constitucional se ocupa de los elementos constitutivos necesarios para la elaboración, fundamento práctico y modo de expresión de las normas e instituciones de carácter constitucional. Alude a las motivaciones, formalización y contenido de las normas e instituciones del derecho constitucional.

Segundo Linares Quintana [ob. cit.] las define como "los modos o las formas por las que se crean o establecen las normas constitucionales".

Las fuentes constitucionales incluyen la incorporación de las nociones constitucionales de carácter formal, material e histórico.

Como puede observarse, la denotación de estas fuentes es amplia y abierta. Son concebidas también como criterios para solucionar los interrogantes que plantea la realidad social, económica y política de una comunidad política determinada, y, específicamente, para remediar los conflictos de intereses que pudiesen surgir en el seno de aquella.

En suma, devienen en aquello que es invocado como norma con fundamento jurídico –con sentido que manifiesta su origen– o como factor real de producción normativa.

5.1.- La tipología de las fuentes constitucionales

Desde un punto de vista doctrinario, el estudio de las fuentes constitucionales se clasifica en fuentes históricas, fuentes reales o materiales y fuentes formales.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Las fuentes históricas

Aluden a los elementos que permiten reconstruir el proceso de

formación del derecho constitucional a través de las distintas épocas del proceso de organización del Estado. Así, las fuentes históricas son todas aquellas prácticas político-jurídicas, documentos o textos no vigentes, etc., que han servido como inspiración o antecedente para la formalización del derecho constitucional, incluyendo cualquier dato, objeto, enser, etc., que pudiera brindar información relacionada con ello.

Estas fuentes se componen de dos elementos: directos e indirectos.

- *Los elementos directos.* Son todos aquellos que permiten obtener información de manera inmediata. Aquí aparecen las normas escritas, las costumbres constitucionales y la jurisprudencia. La utilización de estos elementos jurídicos permite determinar la forma específica de gobierno o de Estado de una organización política; develar qué instituciones emergieron durante un lapso de tiempo determinado; determinar los criterios doctrinarios subyacentes a la normatividad de una época; etc.
- *Los elementos indirectos.* Son todos aquellos que permiten completar o ampliar la información recogida de los elementos directos. Aquí aparecen las crónicas, los testimonios, las expresiones folclóricas, la literatura, los informes administrativos, las memorias, los cuadros estadísticos, las pinturas, etc. La utilización de estos elementos permite conocer cómo percibió una sociedad política la aplicación de una determinada forma de gobierno o de Estado; los vacíos, infracciones y mutaciones constitucionales que existieron; etc.

b) Las fuentes reales

Aluden a los factores que dan contenido a la legislación constitucional, las costumbres constitucionales, etc. Expresan las necesidades o problemas de carácter político, social, cultural, económico, religioso, etc., que el Estado tiende a resolver en un espacio-tiempo específico; es decir, las características y necesidades de una comunidad política definida y que determinan el contenido y alcance de sus propias normas y costumbres constitucionales.

En suma, hacen referencia a los contenidos normativos que constituyen la materia que se incorpora a los preceptos constitucionales.

c) Las fuentes formales

Son los medios de formulación de las normas constitucionales; implican las diferentes maneras como se las da a conocer. Aluden a los procesos o actos a través de los cuales se identifica al derecho constitucional.

Las fuentes formales se encuentran sujetas a los tres siguientes condicionamientos:

- Existencia de factores derivados de la realidad que las convierten en necesarias para los objetivos del derecho constitucional.
- Intervención de quienes poseen el poder jurídico suficiente para establecer un determinado tipo de norma.
- Actuación funcional con arreglo a ciertos requerimientos preestablecidos por el Estado.

Ignacio de Otto [*Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1999] plantea que la expresión fuente formal se utiliza para designar aquello que conforme lo previsto estadualmente tiene la virtualidad de producir el efecto de crear una norma constitucional.

5.2.- La estructura del sistema de fuentes formales

Las fuentes formales del derecho constitucional responden a un ordenamiento supra –denominado Constitución– que tiene eficacia directa sobre los órganos estaduales; por ende, en su calidad de precepto supremo es consecuentemente norma sobre las fuentes o si se quiere fuente de fuentes.

Mario A.R. Midón [*Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1997] expone que “por su valor de superley y el hecho de que todo el ordenamiento le debe respeto, la Constitución es [...] el centro obligado de cualquier consideración o propósito, acerca de si tal o cual disposición se acomoda o no a sus prescripciones”.

La Constitución regula el proceso de creación jurídica distribuyendo los correspondientes poderes a cada uno de los órganos o sujetos con capacidad de creación normativa; y simultáneamente determina y precisa el valor respectivo de las normas que se crean bajo su amparo.

Así, cada texto constitucional otorga una importancia distinta a

sus diversas fuentes formales, las mismas que no tienen entre sí homóloga jerarquía, sino que se ubican en una escala u orden gradual de importancia que cada ordenamiento constitucional determina con claridad y rotundidad. Es decir, la Constitución ordena un escalafón, rango o categoría entre las distintas normas del Estado.

Como bien señala Ignacio de Otto [ob. cit.], en este proceso de jerarquización aparecen normas con distinto *nomen juris*; lo cual se produce en atención al órgano del cual emanan (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Tribunal Constitucional, etc.) o por el procedimiento establecido para su aprobación. A lo que habría que agregar el tipo de contenido.

En ese sentido, aparecen las denominaciones de leyes orgánicas, leyes, decretos, resoluciones, sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, etc.

A la idea de jerarquía debe sumarse el criterio de competencia. Así, la articulación entre una y otra fuente no se encuentra sujeta exclusivamente al lugar que ocupan en una pirámide normativa, sino a la materia y asunto sobre los cuales pueden versar y ocuparse.

Por ende, puede encontrarse, en los estados modernos, que ciertos organismos constitucionales no pueden actuar o imponerse sobre otros de menor rango institucional, en razón de que carecen de competencia para regir una materia específica.

Un ejemplo clarísimo de lo expuesto se presentó en nuestro país a raíz del conflicto suscitado entre el Congreso de la República y la Municipalidad Metropolitana de Lima, cuando el primero invadió competencias municipales al dictar la Ley N° 26664, relativa a la propiedad, posesión y administración directa de los parques metropolitanos y zonales, olvidándose de que conforme lo establece el inciso 4 del artículo 192 de la Constitución, son las municipalidades las que tienen competencia exclusiva para organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales.

5.3.- La clasificación de las fuentes formales

Las fuentes formales pueden ser clasificadas en fuentes formales directas y fuentes formales indirectas.

Al respecto, veamos lo siguiente:

5.3.1.- Las fuentes formales directas

Son aquellas que manifiestan de manera expresa e inmediata un tipo determinado de normatividad constitucional. En ese sentido, pueden citarse la legislación constitucional, la costumbre constitucional, la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional público.

5.3.1.1.- La legislación constitucional

Esta fuente alude al conjunto de textos escritos de carácter general que desarrollan y complementan a la Constitución.

Las leyes tienen calidad de fuentes en razón a que extienden, desenvuelven y despliegan el repertorio de principios y valores constitucionales, amén de apuntalar la pluralidad de entes e instituciones que una Constitución crea para que el Estado pueda cumplir sus objetivos.

Máximo Palmieri [*Introducción al estudio del derecho constitucional*. Guatemala: El Sol, 1975] refiere que toda Constitución es *per se* concisa; de allí que sostenga que no todo el derecho constitucional puede estar contenido dentro de él. Por consiguiente, considera aceptable la emisión “de las leyes emanadas del Poder Legislativo o de las leyes en sentido formal emanadas de otros órganos del Estado o de las personas jurídicas distintas al Estado pero entes auxiliares suyos”.

Dicha fuente puede ser clasificada en legislación constitucional primaria y secundaria.

La legislación constitucional primaria

Hace referencia a aquellos textos que fundamentan la pirámide normativa de un Estado. En ese aspecto, forman parte de este tipo de legislación: la Constitución propiamente dicha, las leyes constitucionales, las leyes constitucionalizadas y las leyes cualificadas.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La Constitución propiamente dicha

La Constitución como culminación de la obra constituyente aparece como la primera de las fuentes de manifestación del derecho; vale decir, como la fuente de fuentes.

En ese sentido, como bien plantea Jorge De Esteban [*Tratado de*

derecho constitucional I. Madrid: Universidad Complutense, 2001] el valor de una Constitución no se limita a crear el sistema de las fuentes, sino que además posee la condición y calidad de norma con efecto vinculante directo e inmediato.

La eficacia directa o inmediata de la Constitución genera las dos siguientes consecuencias:

- La vigencia y aplicación concreta de las normas infraconstitucionales queda sujeta a la comprobación de su coherencia y armonía con las normas constitucionales.
- La interpretación de las normas infraconstitucionales queda sujeta a su coherencia y armonía con los alcances y sentidos de las normas constitucionales.

Tal como refiere Ignacio de Otto [ob. cit.] “si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más”.

b) Las leyes constitucionales

Dicha expresión tiene una acepción amplia y otra específica.

En su acepción amplia sirve para consignar que una ley cumple con los requisitos formales y sustanciales para formar parte del ordenamiento constitucional, en razón a que guarda coherencia y armonía con las normas del texto fundamental. En suma, se utiliza dicha noción para contraponerla a las leyes inconstitucionales; vale decir, contra aquellas que han sido elaboradas con violación del *iter* procedimental establecido o que tienen un contenido opuesto a la Constitución.

En su acepción específica sirve para referirse a aquella ley dictada por un Parlamento con poder constituyente reformador o derivado o por un poder constituyente originario con facultades de normación complementarias a las tareas de creación de un nuevo texto fundamental.

En el caso de un Parlamento con poder constituyente reformador o derivado, este aprueba una ley cuyo contenido está destinado a sustituir, adicionar o suprimir una parte de la Constitución.

En el caso de un poder constituyente originario, este aprueba una

ley con jerarquía constitucional que tiene por objeto “regularizar” una determinada situación política preexistente o “adecuar” una realidad política concomitante o inmediatamente sucedánea en el tiempo a la labor constituyente.

Al respecto de esto último son citables casos recientes, tales como:

- La Ley Constitucional de fecha 11 de enero de 1993 dictada por el Congreso Constituyente Democrático en donde se estableció que “en caso de ausencia o impedimento temporal o permanente del Presidente de la República, asume de inmediato sus funciones el Presidente del Congreso Constituyente Democrático [...]”. Dicha regulación se planteó en el contexto de la coexistencia de un gobierno de facto encabezado por el ingeniero Alberto Fujimori Fujimori y las labores del ente constituyente.
- La Ley Constitucional de fecha 21 de diciembre de 1993 dictada por el Congreso Constituyente Democrático en donde se estableció que “la disposición contenida en el artículo 1 de la Ley Constitucional de 11 de enero de 1993, referida a los casos de ausencia o impedimento del Presidente de la República, regirá hasta el 28 de julio de 1995 [...]”.
- La Ley Constitucional de fecha 6 de enero de 1993 dictada por el Congreso Constituyente Democrático en donde se estableció que “los decretos leyes expedidos por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional a partir del 5 de abril de 1992 hasta el 30 de diciembre del mismo año, mantienen plena vigencia en tanto no eran revisados, modificados o derogados por dicho ente”; amén de establecer que “el ciudadano Alberto Fujimori Fujimori elegido Presidente de la República en los comicios electorales de 1990, es el jefe Constitucional del Estado y personifica a la nación”.

Las leyes constitucionales se caracterizan por tener un procedimiento especial para su aprobación, ya sea que se trate de reformar la Constitución; o de normar la “regularización” o “adecuación” política. En ambas hipótesis tienen una jerarquía homóloga a las normas constitucionales.

c) Las leyes constitucionalizadas

Dicha expresión hace referencia a aquellas leyes dictadas con an-

terioridad a la dación de una Constitución, pero cuya validez es renovada por el legislador constituyente originario, el cual, además de reconocerle vigencia dentro de las nuevas reglas constitucionales le asigna una calidad y rango similar.

Néstor Pedro Sagüés [*Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2001] expone que “en ciertos casos, el constituyente transporta directamente normas comunes al texto constitucional, o señala que ciertas reglas ya sancionadas no son incompatibles con la Constitución. Indirectamente, ello importa conferirles rango constitucional”.

Al respecto, la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana de 1933 establece que “los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre la materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificaciones”.

Asimismo el artículo 149 de la Constitución austriaca de 1920 señala lo siguiente:

“Artículo 149

1. Además de la presente Ley regirán como Leyes Constitucionales, en el sentido del artículo 44, párrafo 1, a reserva de las modificaciones impuestas por esta Ley;
 - La Ley Fundamental del Estado (Staatsgrundgesetz) del 21 de diciembre de 1867, ‘Boletín Legislativo del Imperio’ (Reichsgesetzblatt), número 142, sobre los derechos generales del ciudadano para los reinos y Estados (Königreiche und Länder) representados en el Consejo Imperial (Reichsrat);
 - La Ley de 27 de octubre de 1862, “Boletín de Legislación del Imperio” número 87, para la salvaguardia de la libertad personal;
 - La Ley de 27 de octubre de 1862, ‘Boletín de Legislación del Imperio’ número 88, sobre inviolabilidad del domicilio (zum Schutz des Hausrechts);
 - La resolución de la Asamblea Nacional Interina de 30 de octubre de 1918, ‘Boletín Legislativo del Estado’ (Staatsgesetzblatt) número 3;
 - La Ley del 3 de abril de 1919, ‘Boletín Legislativo del Estado’

número 209, referente a la expulsión del territorio (Landesverweisung) y confiscación de los bienes de la casa de Habsburgo-Lorena;

- La Ley de 3 de abril de 1919, 'Boletín de Legislación del Estado' número 211, sobre la abolición de la nobleza, de las órdenes seculares de caballeros y de damas y de determinados títulos y dignidades;
- La Ley de 8 de mayo de 1919, 'Boletín de legislación del Estado' número 257, sobre las armas del Estado (Staatswappen) y el Sello Oficial (Staatssiegel) de la República Germanoaustríaca (Republik Deutschosterreich) con las modificaciones introducidas por los artículos 2.º, 5.º y 6.º de la Ley de 21 de octubre de 1919, 'Boletín de Legislación del Estado' número 484;
- La sección V de la tercera parte (Abschnitt V des III. Teiles) del Tratado de Saint Germain de 10 de septiembre de 1919, 'Boletín de Legislación del Estado' número 303 de 1920 [...].

En puridad, las leyes constitucionalizadas son semejantes a las leyes constitucionales con "la diferencia que rigen por la voluntad misma del constituyente, quien mirando hacia el pasado, conoce su contenido y le da alcurnia constitucional" [ob. cit.].

d) Las leyes cualificadas

Dicha expresión hace referencia a aquellas leyes dictadas por el Parlamento y que son declaradas por este como irreversibles. Esta conclusión de no mutabilidad se mantendrá en tanto no sean abrogadas o modificadas mediante el trámite previsto para la reforma constitucional. Así, mediante esta argucia el Parlamento termina asumiendo atribuciones constituyentes sui generis, ya que crea normas con rango constitucional sin necesidad de tener que acudir al proceso especial de reforma; e incluso dispone que dicha ley mantendrá su vigencia, en tanto no sea abrogada o derogada mediante dicho procedimiento.

Dicha modalidad fue utilizada en Alemania durante la vigencia de la Constitución de Weimar (1919-1949).

La legislación constitucional secundaria

Hace referencia a aquellas normas no incluidas dentro de una

Constitución, pero que tratan directamente de temas o asuntos de carácter constitucional. Se entronca expresamente con lo fundamental de la organización y funcionamiento del Estado o con los derechos fundamentales de la persona.

Forman parte de este tipo de legislación: las leyes orgánicas y las leyes de desarrollo constitucional.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Las leyes orgánicas

Dicha expresión hace referencia a aquellas leyes dictadas bajo los principios de jerarquía y competencia, a efectos que por mandato constitucional el Parlamento desarrolle las reglas de organización y funcionamiento de las principales instituciones del Estado, así como de otras materias de calificada importancia.

Óscar Alzaga [*Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*. 12 tomos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1983-1989] señala que estas “se conciben como un tipo de disposiciones que se sitúan [...] en una zona intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias, y cuyo procedimiento de gestación, alteración o supresión está dotado de una ligera nota de rigidez”.

Tomás Ramón Fernández Rodríguez [*De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 1998] señala que su contenido normativo es fruto de un “envío” que formula el legislador constituyente, a efectos que este elabore una ley llamada a complementar la ordenación básica contenida en la Constitución.

Los principios de jerarquía y competencia aparecen como consecuencia de la necesidad establecida por el legislador constituyente de extender y exigir al Parlamento en relación a la aprobación de un tipo particular de leyes, de un determinado consenso (la anuencia calificada es característica de toda obra constituyente). Por ende, lo “conmina” a la configuración de una mayoría parlamentaria que patentice una sólida concertación política, en razón a la importancia de las materias que regula en vía de complementación de la Constitución.

Dicha noción aparece en el derecho público francés del siglo XIX constitucionalizándosele recién en el texto de 1958.

En nuestro país, dicha denominación aparece en el Reglamento de las Cámaras de fecha 26 de agosto de 1853, la Ley Orgánica del

Poder Judicial (Ley N° 1510 de fecha 15 de diciembre de 1911), la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley N° 6784 de fecha 28 de febrero de 1930). Su constitucionalización se cristaliza en el texto fundamental de 1979.

Esta modalidad legislativa descansa de un lado, en el continente (ley orgánica) y el contenido normativo (materias reservadas); y, del otro, en la supralegalidad y la superioridad jerárquica en relación con las otras leyes.

Siguiendo en parte a Jorge Lira Pinto [*La ley orgánica en el Perú*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Universidad de Lima, 2004] puede señalarse que dichas leyes presentan las seis características siguientes:

- Poseen un contenido preestablecido por la Constitución; vale decir, solo pueden ocuparse de aquellas materias expresa o tácitamente señaladas por la Constitución.
- Poseen un carácter complementario de la Constitución, en razón a que se encargan de desarrollar determinados principios, valores, instituciones o normas mencionadas enunciativamente en el texto fundamental.
- Poseen un procedimiento especial para su aprobación, derogación, sustitución o reforma, en aras de “obligar” a una concertación política entre las fuerzas representadas en el Parlamento.
- Propenden a la consolidación de la institucionalidad político-jurídica en la forma prevista en la Constitución.
- Propenden a la perdurabilidad de su texto, en razón a que su contenido cumple una función estabilizadora del sistema constitucional.
- Emanan del atributo orgánico de la reserva de ley; por consiguiente únicamente el Parlamento puede encargarse de su elaboración. En suma, la delegación otorgada por el Poder Constituyente al legislador ordinario es a su vez indelegable.

b) Las leyes de desarrollo constitucional

Dicha noción hace referencia a aquellas leyes emanadas del Parlamento como consecuencia de un expreso mandato constitucional.

A diferencia de las leyes orgánicas no se refieren a la estructu-

ra, organización y funcionamiento de las principales instituciones estatales, ni tampoco están sometidas a un procedimiento reforzado o agravado.

En términos generales se ocupan de “desenvolver” el contenido de las normas declarativas y programáticas consignadas en la Constitución; vale decir, despliegan la juridicidad implícita que emana de las “normas proclamas” o de aquellas que principistamente hacen referencia a derechos de carácter social y que para alcanzar eficacia se encuentran “atadas” a la existencia de este tipo de normas.

5.3.1.2.- La costumbre constitucional

Esta noción alude al conjunto de prácticas político-jurídicas espontáneas que han alcanzado uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad política.

En el derecho constitucional no basta considerar la legislación constitucional en sí misma; es preciso observar cómo “vive” en el seno de la comunidad política. Las relaciones coexistentiales en el seno de una comunidad política son tan copiosas y complejas que las normas contenidas en el bloque de constitucionalidad no alcanzan a prever todas las cuestiones concretas, y aun en el caso de contemplarlas, pueden carecer del grado suficiente de adaptabilidad a la variedad de matices que ofrece la realidad.

Es en ese contexto que surgen las costumbres constitucionales. Ellas se constituyen de un modo espontáneo y se sustentan en la repetición de acciones jurídicas al interior del cuerpo político, las mismas que dada su aceptación y permanencia adquieren fuerza normativa.

Como afirma Humberto Quiroga Lavié [ob. cit.], la costumbre es un dato de la realidad social que integra la realidad jurídica. Ello es de la mayor relevancia cuando se trata de la Constitución, ya que en caso de que se modifique la costumbre constitucional, simultáneamente se transforma el propio código fundamental del Estado.

La costumbre es un hecho o conjunto de hechos que revelan un sentimiento y una práctica político-jurídica que se extiende más allá de lo prescrito en un papel.

Como expone Germán Bidart Campos [*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995] a través de la costumbre se puede conseguir que se amplíen los contenidos del texto fun-

damental; y hasta que se le introduzcan mutaciones interpretativas no violatorias.

Los elementos que constituyen la costumbre constitucional son los dos siguientes:

- El elemento material

Se refiere a la práctica reiterada y constante de naturaleza político-jurídica, es decir, a la duración y reiteración de conductas en el tiempo (*consuetudo inveterata*). Esta uniformidad de la conducta social puede ser producida por la población o por los órganos constitucionales competentes.

- El elemento espiritual

Se refiere a la existencia de una conciencia social acerca de la obligatoriedad del cumplimiento de una práctica reiterada y constante de naturaleza político-jurídica. Es decir, alude a la opinión generalizada respecto de la exigibilidad jurídica de dicha conducta (*opinio iuris necessitatis*).

La costumbre, en principio, no es, en sí misma, sino un hecho. Deviene en fuente jurídico-constitucional cuando la práctica o la adhesión de naturaleza política deja de ser el resultado de actitudes libres, para transformarse en un comportamiento verificado, avalado y reconocido por el cuerpo político.

Como señala Humberto Quiroga Lavié [ob. cit.], la costumbre constitucional presenta significativas diferencias con la costumbre jurídica común, a saber:

- La costumbre constitucional puede ser producida indistintamente por los órganos públicos o por la comunidad. En cambio, la costumbre jurídica común se genera única y exclusivamente a nivel de la comunidad.
- En la costumbre constitucional los destinatarios de sus alcances no coinciden necesariamente con los sujetos que pueden haberla producido; es el caso de una práctica emanada de los órganos públicos. En cambio, en la costumbre jurídica común necesariamente existe coincidencia permanente entre los productores y los destinatarios de la práctica social juridizada.

Cabe advertir que estas diferencias quedan “relativizadas” según

se trate de estados que cuenten con constituciones rígidas o flexibles.

En esencia, como refiere Humberto Quiroga Lavié [ob. cit.], “La costumbre constitucional es la reserva de las facultades no delegadas por el pueblo o por los representantes del poder constituyente”.

En lo que se refiere a las modalidades de costumbre constitucional, la doctrina reconoce las tres siguientes: la costumbre *secundum constitutionem*, la costumbre *praeter constitutionem* y la costumbre *contra constitutionem*.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La costumbre *secundum constitutionem*

Se presenta cuando en el texto expreso de una Constitución se invoca la utilización de una práctica generalizada y con conciencia de obligatoriedad, para un caso o situación concreta, y cuando la práctica constitucional sirve de complemento a la normatividad establecida en la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad.

También es usual su utilización para otorgar precisión a la legislación superior que otorga competencias discrecionales.

Dicha modalidad se sustenta en una cláusula expresa y reconocible de la Constitución, a la que específicamente aclara, interpreta y complementa.

Asimismo, el propio texto supra puede fundarla al permitir su remisión a ella para su aplicación o determinación de sentido normativo.

Como bien expone Mario A.R. Midón [ob. cit.], en este caso la costumbre añade y perfecciona el mandato de la norma constitucional y por ello su relación con el derecho escrito es plena.

Un ejemplo que se puede citar aparece cuando al considerar los distintos plazos que se señalan en la Constitución, se tienen en cuenta únicamente los días útiles.

b) La costumbre *praeter constitutionem*

Se presenta cuando la práctica constitucional sirve para suplir las lagunas constitucionales. Es usual su presencia para introducir regulaciones respecto de una materia no reglada por la Constitución. Se las denomina innovativas o introductivas, en razón de que añaden al texto constitucional otras reglas de igual jerarquía.

Dicha modalidad se sustenta en las situaciones u omisiones de la Constitución; por lo cual en vía supletoria se cubre la laguna constitucional creándose una norma.

Para tal efecto, debe acreditarse su concordancia lógica y axiológica con el corpus constitucional.

Su manifestación es notoria en la integración constitucional, así como cuando adicionan “cláusulas” a una Constitución, ya sea para modernizarla o recrearla. Es el caso norteamericano sobre el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, o la situación creada en nuestro país en el caso del designado para ejercer la Presidencia del Consejo de Ministros, quien, sin haber previamente juramentado, se ve en la necesidad –debido a la existencia de una laguna legal– de refrendar su propio nombramiento y los del resto de los integrantes del Consejo.

c) La costumbre contra constitutionem

Se presenta cuando la práctica constitucional se genera en sentido opuesto a lo establecido en la legislación supra. Esta modalidad opera ya sea por la “derogación por desuso” de una norma constitucional, por la tergiversación operativa del sentido y aplicación de una cláusula constitucional, o por un uso político generalizado contrario al texto superior.

Dicha modalidad se enfrenta abiertamente al orden constitucional. Su vigencia y extensión se asume como perversivas y hasta aniquiladoras del orden constitucional, cuando por su vastedad y magnitud terminan “sepultando” al corpus escrito.

A guisa de ejemplo, puede mencionarse que en la Sección 1 del artículo 11 de la Constitución norteamericana se señala que el Presidente de los Estados Unidos debe ser elegido por un grupo escogido de ciudadanos llamados *electores presidenciales*, los que por sí mismos deben formalmente efectuar la verdadera elección. La costumbre constitucional ha convertido a estos electores en “muñecos de los partidos”, es decir, han devenido en simples autómatas, cuya voluntad es en verdad la de los grupos partidarios a quienes representan.

De todo ello resulta que la elección del Presidente norteamericano es, en rigor, expresión directa del pueblo, hecho que los constituyentes habían querido expresamente evitar.

En la experiencia constitucional francesa es citable la reforma constitucional de 1962, la cual fue impulsada por el Presidente Charles De Gaulle mediante prácticas incompatibles con el procedimiento expofesamente consignado en el texto de 1958.

En lo que se refiere al Perú, la Constitución señala que corresponde al Presidente del Consejo de Ministros proponer el nombramiento de los titulares de las respectivas carteras ministeriales. En la práctica, es el Presidente de la República quien directamente escoge a dichos titulares. Más aún, en 1991, el ingeniero Alberto Fujimori llegó incluso a designar primero como ministro de Economía y Finanzas al economista Carlos Boloña Behr, y solo después designó al doctor Carlos Torres y Torres Lara como Presidente del Consejo de Ministros.

El tema de la costumbre *contra legem* –práctica que en teoría general no debería generar derecho alguno por contravenir la norma escrita–, en el caso del derecho constitucional tiene un matiz especial que trataremos al momento de estudiar las denominadas *mutaciones constitucionales*.

Cabe advertir que la costumbre constitucional tiene una significación de mayor envergadura que las prácticas juridizadas existentes en el resto de las disciplinas jurídicas. Ello se explica en razón de que la organización y el funcionamiento del Estado son de tal complejidad que se hace imposible que puedan ser total y exclusivamente reguladas por la legislación constitucional.

Ahora bien, en relación con su jerarquía dentro del plano de las fuentes formales constitucionales, en los estados que cuentan con una Constitución escrita, la costumbre constitucional opera como fuente supletoria en dos circunstancias muy concretas, a saber:

- Cuando la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad hacen expresa mención de ella. Por ejemplo, cuando la legislación superior delega a la costumbre la regulación de algunas materias.
- Cuando suple las lagunas legales.

5.3.1.2.1.- La costumbre constitucional y el uso constitucional

El uso constitucional es aquella práctica gubernamental o de la población, que no posee carácter obligatorio al no radicar su utilización

en la necesidad de su ejecución, sino en la mera conveniencia política de su observancia.

Es el caso de los mensajes presidenciales fuera del recinto congresal, o de los que se efectúan, en cadena nacional, mediante la utilización de la radio y la televisión.

5.3.1.2.2.- El aporte de la costumbre constitucional

La contribución de la costumbre constitucional ha sido significativa para la evolución y desarrollo de nuestra disciplina. Este aporte ha provenido sustancialmente de aquellas organizaciones estatales que han adoptado constituciones flexibles (es el caso de Inglaterra).

Al respecto, citaremos, a guisa de ejemplo, algunas instituciones constitucionales forjadas a la luz de dicha fuente formal:

a) *El Gabinete*

Como señala Pedro Planas Silva [“Los límites del legislador ante el juez constitucional”. En: *Ius et Praxis*, N° 27. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1997], la institución del Gabinete se remonta a 1553, cuando la reina María Tudor (1553-1558) dividió el *Consejo Privado* en comités especializados, enlazados por secretarios privados, quienes se encargaban de rendirle cuenta sobre los asuntos tratados.

La denominación *Gabinete* data de 1660, durante el reinado de Carlos II (1660-1685), quien acostumbraba despachar con sus secretarios privados dentro en una pequeña pieza destinada a recibir a personas de su confianza.

Durante el reinado de Guillermo de Orange (1650-1702), y posteriormente bajo la égida política de su cónyuge consorte Ana Estuardo (1665-1714), se estableció la costumbre de incluir en el Gabinete a algunos parlamentarios influyentes.

Este órgano responsable de la deliberación y dirección de la mayoría de los asuntos de política administrativa del Estado, alcanzará su consolidación a partir de los reinados de Jorge I y Jorge II, pertenecientes a la dinastía Hannover (reino y luego provincia de Prusia).

Jorge I accedió al trono en 1714, sin conocimiento del idioma inglés y con poco interés en atender los asuntos del reino. Su temperamento frívolo –que le arrastraba a diversiones banales como la caza–

motivó que dejase de asistir a las sesiones de Gabinete, limitándose a solicitar esporádicos informes escritos sobre los temas allí aprobados (estas sesiones fueron conducidas, en la práctica, por el controvertido Robert Walpole).

En el caso de Jorge II –quien ascendió al trono en 1727–, en razón de sus escasos alcances intelectuales para la comprensión y manejo de los asuntos públicos, hubo de contentarse con conocer las decisiones adoptadas por su Gabinete.

b) La responsabilidad ministerial

Esta institución surgió como una suerte de atajo a las consecuencias de la entonces práctica inglesa del *impeachment* (juicio por responsabilidad penal aplicado a un funcionario gubernamental).

En 1782, el fracaso de Jorge III en su política de perpetuar el dominio inglés sobre las colonias asentadas en América del Norte, motivó que la Cámara de los Comunes emitiese una moción de censura en contra del Gabinete encabezado por el influyente lord Frederick North conde de Guilford. En el afán de liberarse de las consecuencias del *impeachment*, este formuló su renuncia al cargo.

Con la dimisión de lord Frederick North conde de Guilford se produce el primer derribo de un Gabinete, amén de que significó el inicio de la institucionalización de la práctica de la responsabilidad política del Gabinete. A partir de 1832, durante el reinado de Guillermo IV, esta práctica quedará consolidada.

c) El Shadow Cabinet

Esta institución será promovida a partir de 1860, cuando la corona inglesa estaba en manos de la reina Victoria. Durante este reinado se empezará a reconocer al líder parlamentario del principal partido contrario al gobierno, como la “leal oposición”, el cual se encontraba facultado para constituir un Gabinete en la sombra o paralelo, el mismo que, exento de responsabilidades ejecutivas, tendrá la atribución de criticar la labor gubernamental y de ofrecer alternativas de solución a los temas supuestamente mal enfocados por el verdadero y real Gabinete.

En 1937, durante la gestión del primer ministro James Ramsey Mac Donald, se institucionalizará legislativamente dicha práctica, y

hasta se consagrará el pago de un emolumento por los servicios prestados como “leal opositor a Su Majestad”.

d) El primer ministro o Presidente del Consejo de Ministros

Esta institución tiene una doble vertiente: Francia e Inglaterra, y se consolidará definitivamente en la segunda guerra mundial.

Durante el reinado de Luis XIII, Armand Jean Du Plessis, cardenal de Richelieu, logró que se le asignara un mayor rango funcional que el resto de los ministros de la corona francesa. Richelieu obtuvo que el monarca aceptase, como máximo, cuatro consejeros ministeriales y que uno de ellos tuviese sobre el resto una autoridad mayor. Más aún, hizo establecer que cuando el rey careciera de disposición para asumir personalmente los asuntos públicos del reino, encargase dicha tarea a aquel consejero a quien se le hubiere conferido mayor autoridad. Es obvio que dicha autoridad recayó en el propio Richelieu.

En Inglaterra, la función de primer ministro se originó, en la práctica, debido a la enorme influencia de Robert Walpole desde 1724 a 1742, durante el reinado de la dinastía Hannover.

Como señala Humberto Nogueira Alcalá [*Regímenes políticos contemporáneos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993], el título de primer ministro fue reconocido de manera indirecta desde 1905 –durante la gestión de sir Campbell Bannerman–, al fijársele un lugar en el orden de precedencia en las ceremonias oficiales, situándosele después del arzobispo de Canterbury y del *Lord Canciller*.

5.3.1.3.- La jurisprudencia constitucional

Esta noción alude al conjunto de fallos emanados de los órganos jurisdiccionales con competencia para ejercer el control de la constitucionalidad.

La jurisprudencia constitucional es aquella pléyade de principios, criterios y doctrinas que se encuentran insertos en las sentencias o fallos de los tribunales constitucionales, jueces, salas o tribunales jurisdiccionales con facultades para defender la vigencia plena de la superlegalidad, jerarquía, alcance, contenido y cabal cumplimiento de la Constitución.

En ese sentido, dicha jurisprudencia complementa el ordenamiento constitucional de un país.

La jurisprudencia constitucional contribuye a clarificar y delimitar los principios que configuran la unidad política, forja la normativización de los valores en que se sustenta la organización política, amén de promover la fijación de límites y directrices para la acción estatal. También coadyuva en la determinación precisa y específica de las competencias de los órganos constitucionales y del sistema de relación existente entre ellos, y coadyuva a la regulación cabal de la estructura y funciones políticas del Estado. Finalmente expresa los alcances y contenidos de los derechos y deberes constitucionales.

La creación jurisdiccional del derecho constitucional –vía la expedición de las sentencias que conforman la jurisprudencia constitucional– perfecciona, matiza e incluso hace flexible el orden jurídico en su conjunto [Francisco Fernández Segado. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994]. La jurisprudencia constitucional es el instrumento por el cual los órganos jurisdiccionales encargados de la defensa de la constitucionalidad dejan testimonio de su labor de “serenazgo y guardianía”.

Esta fuente formal del derecho constitucional cumple las cuatro funciones siguientes:

- a) Garantiza la superlegalidad de la Constitución, evitando su modificación por vías irregulares, o su violación por obra del legislador.
- b) Coadyuva a la formación y aplicación correcta y concreta de los valores, principios, prácticas y normas constitucionales.
- c) Interpreta y declara el sentido de lo constitucional, de conformidad con los retos del tiempo. Como es evidente, la Constitución no se reduce a la suma de palabras, frases o artículos; ella expresa un *telos*, un espíritu y una finalidad. Mediante la jurisprudencia constitucional, este plexo de valores y principios alcanza su verdadera magnitud y recto sentido.

Como afirma J.W. Garner [Citado por Tadeo Gonzáles. *Estado y Nación*. San José: Roa, 1989] –al referirse al papel de la jurisprudencia en la sociedad norteamericana–, dicha labor a cargo de la Corte Suprema no solo se ha manifestado como una obra de desenvolvimiento, ampliación e interpretación, sino que ha convertido a la Constitución en un instrumento diferente del que había sido aprobado por los constituyentes de 1787.

Así, el entonces gobernador del Estado de Nueva York, Charles Evans Hughes [Citado por Tadeo Gonzáles. ob. cit.] señalaría:

“Vivimos bajo una Constitución; mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

El ex Presidente Woodrow Wilson (1913-1920) [Citado por Jacques Pirenne. *Historia universal*. Barcelona: Océano, 1987] diría:

“La Constitución [...] no es un mero documento de juristas: es un vehículo de vida, y su espíritu es siempre el espíritu del tiempo”.

Habría que agregar que todo ello se hace patente gracias al papel que cumple la jurisprudencia constitucional al contribuir a defender las bases fundamentales del orden jurídico y las relaciones entre el Estado y su población.

a) Crea normas político-jurídicas en sentido estricto, al momento de resolver conflictos carentes de regulación constitucional (lagunas constitucionales).

Se denominan lagunas constitucionales a las hipótesis no previstas por el legislador constituyente, es decir, aquellos espacios vacíos que este ha dejado en el texto fundamental por olvido, imprecisión o la imposibilidad de imaginarlos.

Las lagunas son el resultado de la existencia de deficiencias y defectos en la legislación.

Las deficiencias implican los vacíos propiamente dichos; expresan la inexistencia de una norma para resolver un caso en la vía judicial o administrativa.

Los defectos implican la presencia de contradicciones normativas.

Estas lagunas se originan por alguna de las cuatro razones siguientes:

- a) Cambio en los patrones culturales de una sociedad.
- b) Falta de previsibilidad del legislador constituyente.
- c) Abrupto adelanto científico o tecnológico que desborda o transforma la sociedad.
- d) Ocio intencional del legislador constituyente.

En concreto, las lagunas pueden producirse:

- a) Cuando una norma constitucional otorga al operador de su texto una orientación genérica, tan solo señalando expresa o tácitamente conceptos o criterios no determinados en sus particularidades, las que deben ser determinadas en cada caso concreto.
- b) Cuando hay falta de normatividad constitucional.
- c) Cuando dos normas constitucionales –primarias o secundarias– sin referencia alguna entre sí, se contradicen, haciéndose recíprocamente ineficaces.
- d) Cuando la norma constitucional deviene en inaplicable por abarcar casos o producir consecuencias político-jurídicas que el legislador constituyente no habría ordenado de haber conocido aquellas o sospechado estas.
- e) Cuando debido a meras circunstancias surgiesen cuestiones que el legislador histórico no tuvo oportunidad de prevér en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aun cuando por su finalidad pudo estarlo de haberse conocido el hecho anteladamente.
- f) Cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para enunciar un área particular con conflicto intersubjetivo.

A efectos de cubrir las lagunas constitucionales, el operador de la Constitución debe “elaborar” la norma faltante, expidiendo una *jurisprudencia de principio*. Para ello existen dos posibilidades: la *autointegración* y la *heterointegración*.

La *autointegración* implica hacer uso de la analogía y los principios constitucionales; es decir, la laguna constitucional queda cubierta con elementos de la propia Constitución.

La *heterointegración* implica hacer uso de la justicia natural y los aportes del derecho comparado.

Señálese además que la existencia de la jurisprudencia constitucional promueve los cuatro aspectos siguientes [Mario I. Álvarez. *Introducción al derecho*. Serie Jurídica. México: Mc-Graw Hill, 1995]:

a) Igualdad

Consiste en aplicar la misma regla político-jurídica en todos los casos semejantes que surjan en el futuro.

b) Previsibilidad

Consiste en predeterminar las consecuencias político-jurídicas tanto en los casos de aplicación como de vulneración de la normatividad constitucional.

c) Economía

Consiste en que la fijación de criterios interpretativos permite que las decisiones políticas se efectúen con el menor dispendio de tiempo y energía.

d) Respeto

Consiste en el aseguramiento del cabal imperio de los principios, valores, prácticas y normatividad constitucional.

La jurisprudencia constitucional genera el denominado precedente vinculante. Esta por su carácter concatenante obliga, a gobernantes y gobernados, a interpretar, aplicar o integrar la normatividad constitucional de conformidad con lo dispuesto por el órgano jurisdiccional con competencia en materia constitucional.

El precedente vinculante goza de una eficacia mayor a la existente en relación con otras disciplinas jurídicas, hasta el extremo que Aldo Sandili [Citado por Francisco Fernández Segado. ob.cit.] ha afirmado que la jurisprudencia constitucional es verdadera y propiamente una norma con fuerza de ley.

El papel de este tipo de jurisprudencia es tan relevante que algunas de las sentencias que la conforman han brindado un aporte vital para el desarrollo del derecho constitucional.

A guisa de ejemplo, presentamos tres jurisprudencias constitucionales atinentes al continente americano.

- Caso Madison vs. Marbury (Estados Unidos, 1803)

El fallo que se pronunció en este caso, representa un hito en el control judicial de la constitucionalidad. En su momento, volveremos sobre este importantísimo precedente judicial.

- Caso Siri (Argentina, 1956)

El fallo que se pronunció en este caso, instauró la acción de amparo.

El señor Ángel Siri, propietario del diario *Mercedes* (de la ciudad de Mercedes, Argentina), interpuso una acción de hábeas corpus contra el gobierno de facto encabezado por el general Pedro Eugenio Aramburu, en razón de su clausura.

La Corte Suprema ratificó la consideración expuesta en las instancias inferiores que el hábeas corpus no era un instrumento legal idóneo para la defensa de los derechos constitucionales no vinculados con la libertad individual.

Pese a ello, ante la ausencia de otro medio de garantía ciudadana destinada a preservar dichos derechos, la Corte Suprema consideró que era su deber constitucional el ejercer, como órgano judicial, la defensa de los derechos constitucionales afectados con la arbitraria medida de clausura. Así, por vía de integración normativa estableció la acción de amparo, lo que obligó a que el Parlamento dictara una ley sobre la materia en 1967.

- Caso Ziella (Argentina, 1947)

El fallo que decidió este caso representa la consolidación legal de los decretos leyes, a pesar de su origen espurio. La Corte Suprema declaró que la legislación emanada de los gobiernos de facto mantenía su validez en tanto no fuera objeto de abrogación, derogación o sustitución a través de la dación de una ley dictada por el Congreso de la República.

5.3.1.3.1.- La tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional

La doctrina ha establecido una doble clasificación: la primera distingue entre sentencias de especie o de principio y la segunda diferencia entre sentencias estimativas o desestimativas.

Al respecto, veamos lo siguiente:

- Las sentencias de especie

Son las que constituyen la aplicación simple de la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En esta hipótesis la labor del juez constitucional es meramente “declarativa” porque se limita a identificar a la norma constitucional o preceptos directamente conectados con ella.

- *Las sentencias de principio*

Son las que constituyen la jurisprudencia propiamente dicha, ya que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes.

Es dable advertir que el Tribunal Constitucional ha establecido dentro de las denominadas sentencias de principios algunas a las que ha calificado específicamente como institucionales e instructivas.

Las *sentencias institucionales* son aquellas que adicionalmente a su contenido interpretativo y/o integrador se caracterizan por expresar decisiones trascendentales y relevantes para el Estado y la sociedad, y en donde lo que se determina excede con largueza al mero interés de las partes, y, que, por ende, se proyectan no solo hacia el presente inmediato, sino que se extienden hacia el futuro comprometido de todos los integrantes de la colectividad. Estas tienen como consecuencia la predeterminación y sujeción de los planes y programas gubernamentales a los contenidos de dichos fallos.

Al respecto, son citables los casos de Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos (Expediente N° 0010-2002-AI/TC) y el del Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo (acumulados) (Expediente N° 015-2001-AI/TC y 024-2001-AI/TC).

En el primer caso, los alcances de la sentencia determinaron que el Congreso de la República mediante la Ley N° 27913 de fecha 8 de enero de 2003, "Delegase facultades legislativas en el Poder Ejecutivo por el plazo de treinta días hábiles para que mediante decretos legislativos reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en la sentencia del tribunal Constitucional (Expediente N° 010-2002-AI/TC), establecer los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2, 3 incisos b) y c), 4,5 y 9 del Decreto Ley N° 25475, y finalmente a regular la forma y modo cómo se transmitirán las peticiones de nuevos procesos y los procesos mismos a que se refiere la antes citada sentencia, así como ordenar la legislación sobre terrorismo que mantiene vigencia, y legislar sobre el derecho penal material, procesal penal, y defensa judicial del estado en relación con terrorismo.

Asimismo, mediante la Resolución Suprema 001-2003-JUS de fecha 11 de enero de 2003, El Poder Ejecutivo resolvió conformar la Comisión encargada de elaborar las propuestas de legislación a que

se refiere el artículo 1 de la Ley N° 27913. En ese sentido, el Poder Ejecutivo expidió los decretos legislativos N° 921, 922, 923, 924, 925 y 926, que regulan los aspectos penal material, procesal penal, ejecución penal y defensa judicial del Estado relacionados con el delito de terrorismo. Finalmente, el Poder Legislativo expidió normas referidas a la aprobación de créditos suplementarios y a la aplicación de partidas presupuestales a favor del Poder Judicial, el Ministerio Público y la Procuraduría, a efectos de recomenzar los procesos por la comisión del delito de terrorismo.

Las *sentencias instructivas* son aquellas que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Tienen por finalidad orientar la labor de los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a su cargo y, además, contribuyen a que los ciudadanos puedan conocer y ejercitar de la manera más óptima sus derechos. Al respecto, deben citarse los casos de Eliobina Aponte Chuquihaman contra el juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Comas (Expediente N° 2663-2003-HC/TC), y Taj Mahal Discoteque y El Jeque Discoteque contra la Municipalidad Provincial de Huancayo (Expediente N° 3283-2003-AA/TC).

En el primer caso, los alcances de la sentencia determinaron y precisaron los alcances de los diferentes tipos de hábeas corpus (el hábeas corpus reparador, el hábeas corpus restringido, el hábeas corpus correctivo, el hábeas corpus preventivo, el hábeas corpus traslativo, el hábeas corpus instructivo, el hábeas corpus innovador y el hábeas corpus conexo). Posteriormente retomaremos el tema cuando definamos la noción de precedente constitucional vinculante.

Respecto a la segunda clasificación cabe señalar lo siguiente:

- Las *sentencias estimativas*

Son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica es la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional.

Las *sentencias estimativas* pueden ser de simple anulación, interpretativas propiamente dichas o interpretativas-normativas (manipulativas).

Las *sentencias de simple anulación*, son aquellas en las que el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la totalidad del contenido de un texto.

La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etc.) y, por tanto, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado.

La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; en consecuencia, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.

Las *sentencias interpretativas propiamente dichas* son aquellas en las que el órgano de control jurisdiccional –según sean las circunstancias que rodean al proceso constitucional– declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo que acarreó una aplicación indebida. Esto sucede cuando se asigna al texto que es objeto de examen una significación y contenido distintos a los que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado *normas nuevas*, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley que es objeto de examen. Por consiguiente, prohíbe que en el futuro los operadores jurídicos interpreten y apliquen aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

Las sentencias interpretativas propiamente dichas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Declárese que la ley es constitucional “si se interpreta en el sentido siguiente: [...]”.
- Declárese que la ley es constitucional “siempre que se le interprete en el siguiente sentido [...]”.
- Declárese que la ley no es inconstitucional “en cuanto se interprete en el sentido [...]”.

Al parecer la primera sentencia interpretativa fue implícitamente

expedida por la Corte Constitucional Italiana en 1956.

Así, mediante la Sentencia N° 8 de fecha 20 de junio de 1956, se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Pública relativa a las competencias de los prefectos en la medida que dicha norma fuese interpretada en un sentido específico.

Dicha modalidad también ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

En la práctica constitucional española aparece a través de la STC 11/1981 de fecha 8 de abril de 1981, en relación a un decreto ley sobre regulación del derecho de huelga.

A guisa de ejemplo, cabe reseñar lo establecido en la STC 105/1998 de fecha 8 de junio de 1988, en donde se consideró que el artículo 509 del Código Penal que castigaba con la pena de arresto mayor “al que tuviera en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diese descargo suficiente sobre su adquisición o disposición” era incompatible con la Constitución, en razón a que no era admisible que se interpretase que por la sola posesión de instrumentos idóneos para el delito de robo se tuviese que presumir unívocamente que la finalidad y el destino de su posesión era la ejecución de tal ilícito.

En el caso de las sentencias interpretativas la magistratura constitucional parte del supuesto que una norma legal puede tener más de una forma de interpretación deducible de su enunciado lingüístico. En ese contexto, la declaración de inconstitucionalidad consiste en proscribir la utilización de algún o algunos de los sentidos de la ley cuestionada, en razón de ser no conforme(s) con los principios, valores o normas constitucionales.

En nuestro país el Tribunal Constitucional la utilizó en el caso denominado clubes de madres o comités del vaso de leche (Expediente N° 004-96/I/TC).

Al respecto, dicho colegiado consideró que el artículo 4 de la Ley N° 26637 que estipula que “las municipalidades [...] organizan y determinan los clubes de madres o comités del vaso de leche que se encargarán de la atención del programa”. En el proceso de inconstitucionalidad los demandantes consideraban que dicho precepto vulneraba el derecho de asociación de las personas que libremente quisieran constituir las citadas instituciones.

El Tribunal Constitucional interpretó que el referido artículo no le confería a la Municipalidad la atribución de sustituirse a la iniciativa individual en la constitución de dichas instituciones; sino únicamente a ejercer facultades para establecer ciertas reglas, términos o condiciones a las que necesariamente se debían sujetar las antes referidas organizaciones.

Las sentencias interpretativas-normativas (manipulativas) son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley cuestionada. En ese contexto, procede a la transformación del significado de la parte “infecta”, a efectos de evitar su eliminación del ordenamiento jurídico.

F. Javier Díaz Revorio [*La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra, 2003] señala que mediante la utilización de este tipo de sentencias, las leyes impugnadas de inconstitucionalidad “salen” del proceso constitucional con un alcance y un contenido normativo diferente al que tenían originalmente.

En ese sentido, la modificación del contenido normativo, no obsta para que se deje inalterable la vigencia y validez del texto cuestionado. Ello puede producirse en función a algunas de las modalidades siguientes: las sentencias reductoras, las sentencias aditivas, las sentencias sustitutivas, las sentencias exhortativas y las sentencias estipulativas.

La existencia de las denominadas *sentencias interpretativas-normativas (manipulativas)* se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que pueden presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la “expulsión” de una norma del ordenamiento jurídico.

La experiencia acredita que residualmente la declaración de inconstitucionalidad de una ley puede terminar siendo más gravosa –desde un punto de vista político, jurídico, económico o social– que la propia permanencia de aquella dentro del ordenamiento constitucional. Así pues, los efectos de dicha declaración pueden llevar a que durante un “tiempo” se produzca un vacío legislativo que dañe de alguna manera la vida coexistencial en el campo político, económico, etc.

A raíz de lo expuesto, aparecen las denominadas sentencias interpretativas-normativas (manipulativas) lo que supone llevar a cabo líneas de interpretación y adaptación de una ley “acusada” de violatoria de la Constitución, a efectos de hacerla “compatible” con aquella. Es a través de dicho esfuerzo que se “salva” la vigencia de la ley, empero subordinándola a los cánones de la Constitución.

En este caso se restablece la “soberanía de la Constitución” a través de la transformación del significado de la ley.

La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa o acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.

La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada, “eliminando” del proceso interpretativo alguna palabra o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto se declara la nulidad de las “expresiones impertinentes”, lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley.

La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada “agregándosele” un contenido y un sentido de interpretación que no aparece del texto por sí mismo. En este caso el órgano de control de la constitucionalidad aparece residualmente llevando a cabo una actividad paralegislativa por la vía de la integración.

A continuación procedemos a describir las modalidades que presentan las sentencias interpretativas manipulativas:

Las sentencias reductoras son aquellas que señalan que una parte del texto cuestionado ha incurrido en un vicio de inconstitucionalidad, en razón a una redacción excesiva y desmesurada.

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial.

Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada, en relación a algunos de los supuestos en él contemplados genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas.

Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primordialmente previstos.

En consecuencia la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

Las sentencias reductoras suelen utilizar algunas de las siguientes fórmulas:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en cuanto incluye”.
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que prevé”.
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que no excluye”.

Al parecer la primera sentencia manipulativa-reductora fue expedida por la Corte Constitucional Italiana en 1958.

Así, mediante la Sentencia N° 27 de fecha 31 de marzo de 1958 se declaró la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo de la Ley de Seguridad Pública; específicamente, en lo relativo a la autorización para ejercer el derecho a la libertad de reunión en lugares no públicos.

En la práctica constitucional española aparece en la STC 4/1981 de fecha 2 de febrero de 1981 en relación a la Ley de Bases del Régimen Social.

A guisa de ejemplo, cabe reseñar lo establecido en la STC 50/1999 de fecha 6 de abril de 1999, en relación a la acción de inconstitucionalidad presentada contra la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Dicha ley estableció la obligatoriedad de las traducciones de ciertos documentos de la lengua cooficial autonómica al castellano, en caso hubieren de surtir efecto fuera del territorio de la Comunidad Autónoma.

Mediante una sentencia reductora, el Tribunal Constitucional español estableció que la obligación de traducir un documento redactado en lengua catalana, gallega o eusquera al castellano, no se extendía a aquellos que fueran a surtir efectos en otra Comunidad Autónoma

(diecinueve en total) pero en donde la propia lengua utilizada también tuviere carácter oficial.

En puridad, de no haberse acudido a la utilización de la sentencia reductora, el Tribunal Constitucional español hubiere tenido que declarar la inconstitucionalidad de la ley y, por ende, expulsarla del ordenamiento jurídico, en razón a que impedía que los documentos pudiesen producir efectos en el territorio de otra Comunidad Autónoma, la misma que también reconocía a la lengua empleada como oficial.

En nuestro caso, el Tribunal Constitucional en fecha 3 de enero de 2003, expidió una sentencia en parte reductora en relación al Expediente N° 010-2002-AI/TC sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos contra los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880 y demás normas complementarias y conexas (legislación antiterrorista).

Es del caso que el artículo 20 del Decreto Ley N° 25475 disponía que los condenados por terrorismo cumplan la pena “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención” y que asimismo, establecía que “en ningún caso [...] los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación”. Esta misma línea fue seguida por el inciso b) del artículo 3 del Decreto Ley N° 25744.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional consideró que someter a un sentenciado a una pena que implicaba el aislamiento absoluto durante el período de un año, constituía una medida irrazonable y desproporcionada, constitutiva de un trato cruel e inhumano. Lo propio acontecía con la exigencia de mantener al recluso en celdas unipersonales durante todo su período de confinamiento en un centro penitenciario.

Por lo expuesto, consideró que eran “inconstitucionales las frases con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención”. Estableció lo mismo con relación a la expresión “En ningún caso, y bajo responsabilidad del director del Establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación”.

En consecuencia, el artículo 20 del Decreto Ley N° 25475 subsiste empero “podado” de la manera siguiente:

“Artículo 20:

Las penas privativas de libertad establecidas en el presente Decreto Ley se cumplirán, obligatoriamente, en un centro de reclusión de máxima seguridad, con trabajo obligatorio por el tiempo que dure su reclusión.

Los sentenciados por delito de terrorismo tendrán derecho a un régimen de visita semanal estrictamente circunscrito a sus familiares más cercanos. El Sector Justicia reglamentará el régimen de visita mediante Resolución Ministerial”.

Las sentencias aditivas son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa. En ese contexto procede a “añadirle” algo al texto incompleto, a efecto de transformarlo en plenamente constitucional.

En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción rónica presenta un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente.

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario “ampliar” o “extender” su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o a ensanchar sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, que a través del acto de adición se evite que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

Es usual que la omisión legislativa inconstitucional afecte el principio de igualdad; por lo que al extenderse los alcances de la norma primigeniamente no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia consigue es homologar un mismo trato con aquellos que ya estaban comprendidos en la ley cuestionada.

El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

Cabe insistir que en la emisión de una sentencia aditiva, la disposición legal tiene un alcance normativo mayor al que primigeniamente tenía.

Su utilización se hace necesaria cuando se advierte que el legislador negligentemente omitió algo que debía encontrarse en la disposición legal para que pudiera considerársele compatible con la Constitución.

La sentencia aditiva evita declarar la inconstitucionalidad de una ley, cuya expulsión despojaría del beneficio que otorga a los consignados en ella; empero, incorpora a quienes debían también constitucionalmente encontrarse en dicha condición.

El fundamento de tales sentencias se encuentra ya sea en los principios de igualdad o de razonabilidad; y en modo alguno puede derivar de una valoración discrecional.

Las sentencias aditivas suelen utilizar alguna de las fórmulas siguientes:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en cuanto no prevé”.
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que no prevé”.

Al parecer la primera sentencia manipulativa-aditiva fue expedida por la Corte Constitucional Italiana en 1963.

Así, aparece de lo resuelto en la Sentencia N° 168 de fecha 12 de diciembre de 1963, en relación a una ley referida a la competencia de iniciativa para convocar a sesiones del Consejo Superior de la Magistratura.

En la práctica constitucional española aparece en la STC 103/1983 de fecha 22 de noviembre de 1983, en relación a la Ley General de Seguridad Social.

A guisa de ejemplo, cabe reseñar lo establecido en la STC 222/1992 que declaró inconstitucional por omisión legislativa una parte de la Ley de Arrendamientos Urbanos en donde se disponía que “al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento su cónyuge podía subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento”. Empero en dicho texto se excluía implícitamente a la conviviente *more uxorio*.

El Tribunal Constitucional español declaró la inconstitucionalidad de la ley en la medida en que se excluía del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido; por ende, determinó por la vía de la adi-

ción la incorporación a dicho beneficio.

Asimismo, en la citada STC 103/1983 referida a la Ley General de Seguridad Social en donde se disponía el reconocimiento del derecho pensionario de las hijas o hermanas sobrevivientes de un titular fallecido, el Tribunal Constitucional Español declaró la inconstitucionalidad de la ley “en cuanto excluye a los hijos y hermanos”; y, por ende, adicionó por interpretación extensiva a los inicialmente excluidos parientes varones.

En nuestro caso, el Tribunal Constitucional en fecha 3 de enero de 2003 expidió una sentencia en parte aditiva en relación al Expediente N° 010-2002-AI/TC, sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos contra los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880 y demás normas complementarias y conexas (legislación antiterrorista).

Es del caso que el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475 fue declarado inconstitucional en razón a que la acción de promoción, creación o mantenimiento de un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella tenía la condición de elemento objetivo, lo cual resultaba atentatorio al principio de culpabilidad, que, como exigencia de la cláusula del Estado de Derecho, deviene en un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado.

En efecto, para la declaración de culpabilidad no basta la afectación o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos que el Derecho Penal protege.

El principio según el cual “no hay pena sin dolo o culpa” exige que el actor haya actuado con voluntad de afectarlos. Cabe recordar que ese criterio se encuentra recogido en el artículo 12 del Código Penal de 1991.

En ese sentido, el principio de culpabilidad es una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado; por consiguiente, el Tribunal Constitucional dispuso que la aplicación del referido artículo 2 del Decreto Ley N° 25475 quedase supeditado a que, la infracción de los bienes jurídicos señalados en la norma penal, se hubiere realizado con intención del agente.

A mayor abundamiento, la prohibición de que la pena solo puede basarse en un tipo de responsabilidad objetiva se encuentra prevista en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, según el cual

“la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscribida toda forma de responsabilidad objetiva”.

Por ello, el Tribunal Constitucional consideró que era inconstitucional la norma implícita contenida en una parte del artículo 2 del Decreto Ley N° 25475 en donde se consignaba lo siguiente:

“Artículo 2.- Descripción típica del delito.

El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella [...]”.

Dicha declaración de inconstitucional se determinó en la medida que no preveía la responsabilidad subjetiva, esto es, la intención del agente como susceptible de rechazarse penalmente; por lo que tal frase, extendiendo interpretativamente los alcances del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal sobre el cuestionado artículo, subsistiría con el siguiente tenor:

Asimismo, dispuso la adición en los términos siguientes:

“Artículo 2. Descripción típica del delito.

El que (intencionalmente) provoca, crea o mantiene en estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella [...]”.

Las sentencias substitutivas son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley; y simultáneamente incorpora en cambio, un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad paralegislativa se canaliza en el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador hacia la parte de la ley cuestionada –y en concreto afectada de inconstitucional–, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

Cabe insistir que en la sentencia sustitutiva se declara que una ley no es inconstitucional en su totalidad, sino en una de las formulaciones que contiene. Es decir, estima que la disposición legal es inconstitucional en cuanto prevé una determinada consecuencia jurídica, cuando en puridad el legislador debió regular otra para que sea constitucionalmente conforme.

Así, dicha sentencia presenta dos aspectos. Por un lado, un contenido anulatorio, mediante el cual se declara inválida una parte de la disposición legal; y de otro, un contenido reconstructivo, mediante el cual la disposición aparece con un contenido compatible con la Constitución.

Las sentencias sustitutivas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en la parte que” y “dispone [...] en lugar de”.
- Declárese la inconstitucionalidad de la ley “en cuanto dispone que” y “establece en sustitución que”.

Al parecer la primera sentencia manipulativa-sustitutiva fue expedida por la Corte Constitucional Italiana en 1969.

Así, mediante la Sentencia N° 15 de fecha 12 de febrero de 1969, se declaró la inconstitucionalidad parcial del Código Penal, en lo relativo a la exigencia de subordinación del ejercicio de la acción penal por el delito de vilipendio contra la propia Corte, con sujeción a la previa autorización del Ministerio de Gracia y Justicia.

Al respecto, la Corte consideró que la exigencia de la previa autorización contravenía expresamente su independencia y autonomía funcional; por lo que luego de declarar la inconstitucionalidad parcial del Código Penal, dispuso la “sustitución” del texto expulsado del ordenamiento por una auto aprobación institucional, tal como ya se había regulado en otros aspectos de naturaleza penal.

Asimismo, en la Sentencia N° 409 de fecha 6 de julio de 1989, la Corte Constitucional Italiana declaró la inconstitucionalidad parcial del Código Penal en la parte en que se castigaba con una pena de dos a cuatro años de carcelería al efectivo militar que se negase al cumplimiento de actos propios del servicio, fundándose en motivos de conciencia.

La declaración de inconstitucionalidad se justificaba en el hecho

de afectar el principio de igualdad, en razón a que en otro apartado del Código Penal se castigaba con pena de seis meses a dos años a aquel que incumpliese el llamado al servicio militar sin motivo alguno o consideración fútil.

La Corte expulsó del ordenamiento jurídico la parte relativa a la pena imponible a los efectivos militares y la sustituyó por aquella otra dirigida a los desacatantes del servicio militar; la cual era obviamente menos gravosa.

En nuestro caso, el Tribunal Constitucional en fecha 19 de enero de 2002 expidió una sentencia en parte sustitutiva en el Expediente N° 009-2001-AI/TC relacionado con la acción de inconstitucionalidad interpuesto por 5000 ciudadanos contra la Ley N° 27153 referida a la explotación de salas de juegos de casino y máquinas tragamonedas.

En ese sentido, la Primera Disposición Transitoria de dicha ley estableció que era inexorable la adecuación de las empresas vinculadas a dicho ramo de actividad a la exigencia de operar exclusivamente en hoteles de cuatro o cinco estrellas o en restaurantes de cinco tenedores. Por ende, señaló que "para adecuarse a lo establecido en la presente ley, las empresas que vienen explotando juegos de casinos y máquinas tragamonedas, tienen un plazo máximo de 120 (ciento veinte) días calendario, contados desde su entrada en vigencia. Vencido el plazo, la autoridad competente podrá hacer uso de las facultades que le confiere la ley".

En ese sentido, el Tribunal Constitucional consideró que el reducido plazo de adecuación otorgado no era directamente proporcional con la entidad, los costos y la envergadura de las condiciones impuestas *ex novo*.

Ahora bien, la afectación al principio de proporcionalidad no abarcaba a todo el texto de la Primera Disposición Transitoria de la Ley N° 27153, sino solo al número de días que como plazo había previsto. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de dicha norma "en la parte que prevé un *plazo máximo de 120 (ciento veinte) días calendario*" debiéndose interpretar por sustitución la expresión un plazo razonable para que el legislador estime nuevamente la regulación de dicho proceso de adecuación.

Las sentencias exhortativas son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la incompatibilidad cons-

titucional de una parte o la totalidad de una ley, más sin embargo no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que incita al Parlamento para que dentro de un plazo razonable se sirva expedir una ley sustitutoria con un contenido más acorde al texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de "*vacatio setentiate*", mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modula los efectos de la decisión jurisdiccional en el tiempo. Dicha expresión deviene en el equivalente jurisprudencial de la "*vacatio legis*" o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada.

Las sentencias exhortativas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Declárese la incompatibilidad de la ley [...] y exhortase al Parlamento para que [...].
- Declárese la incompatibilidad de la ley [...]; y por consiguiente inaplicable en tanto el Parlamento dicte [...].

En nuestro caso, el Tribunal Constitucional en fecha 3 de enero de 2003, expidió una sentencia en parte exhortativa en relación al Expediente N° 010-2002-AI/TC, sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos contra los Decretos Leyes N° 25475, 25659, 25708 y 25880 y demás normas complementarias y conexas (legislación antiterrorista).

Es del caso que el artículo 3 del Decreto Ley N° 25475, referido a la penalidad para los delitos de terrorismo, estableció la cadena perpetua para los líderes de una organización terrorista o integrantes de grupos encargados de la eliminación física de personas indefensas.

El Tribunal Constitucional estableció que la existencia de dicha pena contravenía lo establecido en el inciso 22 del artículo 134 de la Constitución y los principios de dignidad de la persona y de libertad.

A pesar de lo expuesto no declaró la inconstitucionalidad de dicho artículo de la ley cuestionada, sino que estableció su incompatibilidad a efectos que el legislador dictase una nueva ley que fije una pena con plazo de culminación. Por ende, exhortó al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, dictase la legislación sustitutiva correspondiente, a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en los fundamentos N° 190 y 194 de

dicha sentencia y estableciere los límites máximos de la pena de los delitos establecidos en el Decreto Ley N° 25475.

Las sentencias estipulativas son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece en la parte considerativa de una sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

Las sentencias estipulativas suelen utilizar las fórmulas siguientes:

- Debe concluirse que la expresión [...] quiere decir [...].
- Declárese estipulativamente que la expresión [...] se define como [...].

Esta modalidad ha sido creada por nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 010-2002-AI/TC sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos contra los Decretos Leyes N° 25659, 25708 y 25880 y demás normas complementarias y conexas (legislación antiterrorista). Asimismo, en el Expediente N° 014-2002-AT/TC sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N° 27600 (Ley del Proceso de Reforma Constitucional).

A guisa de ejemplo, cabe reseñar lo establecido en la última de las sentencias citadas en donde se señala que el término “*Constitución nueva*” empleado en la Ley N° 27600 “es problemático, porque puede interpretarse como ‘la última Constitución en el tiempo’, con independencia si se han cambiado o no en, ella, los principios fundamentales plasmados en la anterior”. Asimismo, señala que “también puede interpretarse que la ‘nueva’ debe ser, por definición, distinta en su contenido esencial a la antigua, es decir, si por Constitución nueva se entiende esto último, estaríamos en igual premisa que con el término ‘reforma total’, y si por Constitución nueva entendemos solo la que es posterior a otra en el tiempo, no se trataría necesariamente –aunque podría serlo– de una reforma total de la Constitución vigente.

Al respecto, según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* ‘nuevo’ significa ‘recién hecho’, y también ‘repetido o reiterado para renovarlo’, ‘distinto a lo anterior’, ‘que se añadirá algo que había antes’, por lo que debemos concluir que la palabra ‘nuevo’ es

algo concurrente 'distinto y posterior' en el tiempo, pero que, empero, presupone algo que anteriormente estuvo vigente.

Pero, ¿qué tan distinto? No puede ser 'otra' Constitución completamente diferente, pues ya no sería 'nueva', ya que este calificativo presupone una anterior. Por consiguiente, debe concluirse que la Constitución nueva quiere decir una Constitución posterior en el tiempo, algo distinta, pero basada en lo anterior".

Las sentencias desestimativas

Son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley); además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo. Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa, a saber:

La *desestimación por rechazo simple*. En este caso el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley.

La *desestimación por sentido interpretativo (interpretación strictu sensu)*. En este caso el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada. Es decir, son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que este considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

En ese entendido, se desestima la acción presentada contra una ley, o norma con rango de ley, previo rechazo de algún o algunos sentidos interpretativos considerados como infraccionantes del texto *supra*. Por ende, se establece la obligación de interpretar dicha norma de "acuerdo" con la Constitución; vale decir, de conformidad con la interpretación declarada como única, exclusiva y excluyentemente válida.

5.3.1.3.2.-El precedente constitucional vinculante

Este alude a aquella disposición jurídica expuesta en un caso particular y concreto, que el órgano de control constitucional ha decidido establecer como regla general; y, que por ende deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

Roger Rodríguez Santander [“El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos”. En: *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra, 2007] expone que este “alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un futuro caso sustancialmente homólogo”.

Luis Diez Canseco y Enrique Pasquel [“*Stare decisis*, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial”. En: *Revista de Economía y Derecho*, N° 2. Lima, 2004] expone que el precedente “supone que una vez resuelta una cuestión mediante una sentencia, se establece un antecedente que, en principio, no puede ser variado posteriormente. La regla obliga a que se acaten los precedentes cuando en una controversia se susciten cuestiones de hecho y derecho idénticas. Ello se hace para mantener equilibrada la balanza de la justicia a fin de que esta no oscile con cada nueva interpretación de un juzgador [...]. En suma, se pretende brindar seguridad jurídica mediante un sistema jurídico predecible”.

Al respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el caso Ramón Salazar Yarlequen (Expediente N° 3471-2004-AA/TC) ha establecido que “el precedente es una técnica para la adecuación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia ha ido *delimitando* paulatinamente [...]”.

El precedente queda inserto en el derecho objetivo, desplegando como bien afirma Roger Rodríguez Santander [ob. cit.] “la fuerza general que le es inherente”. Por ende, tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la pauta general externalizada como precedente se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

El precedente o regla jurídica de alcance general surge por la vía

de la interpretación o integración directa de las normas incoadas en un proceso, o como consecuencia del examen y calificación de los hechos relevante en torno a los cuales gira la controversia. En suma, aparece como consecuencia de lo siguiente:

- a) Interpretación de las normas constitucionales.
- b) Interpretación de las normas infraconstitucionales de conformidad con los principios, valores y normas contenidas en la Constitución.
- c) Examen y calificación de los hechos (actos de hacer o no hacer) a la luz de los principios, valores y normas contenidas en la Constitución.

La vinculatoriedad del precedente es simultáneamente horizontal y vertical; en el primer caso porque implica que el órgano de control constitucional asume fidelidad a la regla por ella establecida; y en el segundo caso porque conlleva su acatamiento por los restantes operadores jurídicos.

En puridad, la fijación de un precedente significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, se genera la obligación de resolver los subsecuentes casos semejantes según los términos de dicha sentencia.

La calidad de precedente aparece tras el cumplimiento de los dos requisitos siguientes:

- a) Que el órgano de control constitucional haya expedido una resolución sobre el fondo; vale decir, que la demanda no hubiere sido objeto de una mera declaración de improcedencia.
- b) Que el órgano de control constitucional declare expresamente las partes de la resolución que devienen en precedente vinculante.

A lo expuesto cabe adicionar que el Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Expediente N° 006-2006-PC/TC) ha señalado que las sentencias dictadas por este organismo “vinculan, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, no solo respecto al fallo o *decisum* de la sentencia, sino también respecto a los argumentos o *ratio decidendi* que constituyen su fundamentación”.

Asimismo expuso que a diferencia de la *obiter dicta* o razón subsidiaria, la *ratio decidendi* “constituye, finalmente la plasmación o concreción de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional, y, que dada su estrecha vinculación con el *decisum*, adquiere también [...] fuerza vinculante para los tribunales y jueces ordinarios, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma como sí, por el fondo, se la desestima”.

En ese orden de ideas las sentencias de inconstitucionalidad tienen una triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada y vinculatoriedad.

El precedente afirma la plasmación de los principios de seguridad, certeza, coherencia, economía e igualdad jurídica.

De lo expuesto se colige que en los procesos de amparo, hábeas corpus, habeas data, cumplimiento y competencial, el establecimiento del precedente queda sujeto a una declaración formal del órgano de control constitucional; en tanto que en el caso de un proceso de inconstitucionalidad el precedente aparece *per se*, aun cuando no exista una manifestación puntual de vinculatoriedad, tanto en la *ratio decidendi* como en el fallo.

A manera de colofón es dable consignar que el precedente tiene como objetivos jurídicos el propender a la previsibilidad, certeza, coherencia, economía procesal e igualdad, en la interpretación y aplicación del derecho.

La técnica del *distinguish*

La experiencia jurisdiccional acredita que en algunos casos se presenta que ciertos hechos no concuerda con aquellos que fueron examinados al momento en que se emitió un precedente vinculante.

En ese contexto es dable que un operador jurisdiccional haga uso de la técnica del *distinguish*; la cual consiste en resaltar que en un caso particular y concreto no es pertinente aplicar el precedente vinculante, en razón de no existir identidad sustancial con los hechos que originaron la dación del mismo. Vale decir, que al encontrarse acreditada la disimilitud entre las circunstancias o acontecimientos examinados en el caso que contiene el precedente y aquel que aparece con posterioridad, el operador jurisdiccional tiene discrecionalidad dentro del marco de la Constitución y las leyes para resolver de manera diferente.

Carlos Bernal Pulido [“El precedente constitucional en Colom-

bia". En: *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra, 2007] señala que el *distinguish* aparece al existir diferencias relevantes entre el precedente y un caso posterior facticamente parecido, más no igual. Por ende, este último requiere una solución diferente.

En esencia, dicha técnica puede ser utilizada en los casos no factualmente idénticos con el previsto en el proceso que concluyó con una sentencia con precedente vinculante. De lo expuesto, se colige que el tratamiento jurídico entre dos causas debe ser igual, cuando los hechos que sustentan la razón suficiente pueden ser calificados como homólogos o análogos; caso contrario es dable aplicar el *distinguish*.

Los presupuestos básicos para el establecimiento de un precedente vinculante

El Tribunal Constitucional en el caso Municipalidad de Lurín (Expediente N° 0024-2003-AI/TC) ha estimado que dichos presupuestos son los cinco siguientes:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo sobre la base de una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de esta.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

Condiciones para el establecimiento del precedente constitucional vinculante

El establecimiento del precedente se sustenta en las dos condiciones siguientes:

- a) Debe existir una relación entre el caso examinado y el precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. Ahora bien, el Tribunal no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, cuando en realidad esta no se encontrare directamente ligada con la solución de aquel.
- b) Debe generarse una decisión con autoridad de cosa juzgada.

La decisión de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final sobre el fondo de la materia.

El establecimiento de un precedente vinculante, no debe afectar el principio de respeto a lo resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe alterar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada.

Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

La aplicación del precedente vinculante

El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de:

- a) La objetiva existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emanan el precedente.
- b) La objetiva coexistencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante.

La eficacia prospectiva del precedente vinculante (*prospective overruling*)

El órgano de control constitucional puede disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior opere con lapso diferido (*vacatio sententiae*), ello a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia insita que podría producirse por el cambio súbito de la regla

vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos.

En efecto, la decisión de otorgar expresa y residual eficacia prospectiva a un precedente vinculante es establecida en aras de procesar constructiva y prudentemente la situación a veces conflictiva entre continuidad y cambio en la actividad jurisdiccional.

El uso de la técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos hubieren mostrado respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante.

Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; por la existencia de situaciones duraderas o de tracto sucesivo; o, por último, cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables.

En atención a lo expuesto, al momento de cambiar de precedente, se optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente:

- a) Decidir cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión.
- b) Decidir cambiar de precedente vinculante, empero ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite.

El Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de utilizar la técnica de eficacia prospectiva del precedente vinculante en el caso Juan Carlos Callegari Herazo (Expediente N° 0090-2004-AA/TC), en donde se estableció con efecto diferido la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a la situación de retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Así, en dicho proceso,

fijó lo siguiente: “Este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la Administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen [...]”.

En ese contexto, los institutos castrenses, al amparo de la sustituida regla, habían venido efectuando dichos procesos.

El cambio de precedente vinculante

La expedición de una sentencia que expone el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante por otro, esta sujeta al cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan dicha decisión. Ello implica que se consigne claramente la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta la modificación.
- b) Determinación de sus efectos jurídicos en el tiempo.

Ahora bien, desde una perspectiva fáctica, la historia de los Tribunales Constitucionales acredita que el proceso de cambio surge por alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Cuando se comprueba que el precedente ha generado consecuencias jurídicas políticas o sociales distintas a las previstas por el órgano jurisdiccional que lo expidió.
- b) Cuando se comprueba que el precedente ha quedado desfasado en razón a los avances de la ciencia la tecnología, las mutaciones político-sociales, o las nuevas corrientes de fundamentación del derecho.
- c) Cuando se comprueba la existencia de cambios en la Constitución por la vía de la Reforma Constitucional.
- d) Cuando tras la renovación de los miembros del órgano jurisdiccional, se comprueba que los nuevos operadores tienen una cosmovisión diferente que la de sus predecesores.

La diferencia entre precedente y jurisprudencia constitucional vinculante

Tal como expuso el Tribunal Constitucional en el caso Ramón Salazar Yarlequen (Expediente N° 3741-2004-AA/TC) la diferencia entre ambos presenta una connotación de grado. Así, la jurisprudencia constitucional tiene como característica común con el precedente constitucional, el tener efecto vinculante; empero este último ejerce una potestad regulatoria de alcance general a partir de su sola emisión; no necesitando por tanto la reiteración uniforme de su efecto normativo. Al respecto, en la praxis se exige la existencia de tres o más jurisprudencias en el mismo sentido para alcanzar efecto vinculante.

Asimismo, en el caso del precedente la regla se encuentra expresamente calificada como tal en la sentencia, en tanto que en el caso de la jurisprudencia esta debe ser deducida por el operador jurisdiccional ordinario o corroborada como tal por el órgano de control constitucional, con el uso de la expresión de “reiterada y uniforme”.

Adicionalmente cabe señalar que en el citado caso Ramón Salazar Yarlequen (Expediente N° 3471-2004-AI/TC) el Tribunal Constitucional estableció que el precedente judicial tiene una aplicación en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. “O sea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que este haga sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto”.

En cambio, el precedente tiene, “*prima facie*, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos, cualquier ciudadano puede invocarlo ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional”.

5.3.1.4.- El derecho internacional público

Esta noción alude al conjunto de reglas de conducta concordadas como obligatorias por los estados y demás sujetos del derecho internacional; los mismos que devienen en fuentes del derecho constitucional, en razón de haber conquistado un importante espacio en el corpus constitucional.

En ese contexto los tratados en materia de derechos humanos y los referidos a los procesos de integración tienen una conexión inescindible con nuestra disciplina.

El derecho internacional público es fuente del derecho constitucional, en cuanto sus preceptos se ocupan y regulan de alguna manera materias fundamentales concernientes a la estructura, funcionalidad y fines del Estado. Dicha situación es históricamente reciente.

A finales del siglo XVIII y a lo largo de todo el siglo XIX –período de la consagración del constitucionalismo– los textos fundamentales dieron poca cabida a temas vinculados con el derecho internacional público. Ello se explica en razón a los dos factores siguientes:

- a) El débil desarrollo temático del derecho internacional público.
- b) La existencia de un derecho constitucional percibido básicamente como un instrumento normativo de la organización estatal.

Dicha situación empezará a variar al concluir la Primera Guerra Mundial, en virtud a que el entonces fulgurante derecho constitucional marxista incorporó con avidez la temática de las relaciones internacionales y la política exterior en el seno de las constituciones elaboradas bajo su influencia político-ideológica.

Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial los estados tomaron plena conciencia de la importancia de la idea del bien común internacional manifestado en materias como la paz, la libre determinación de los pueblos, el desarrollo, etc. Asimismo incorporará con igual preocupación, la temática referida al reconocimiento, defensa y promoción de los derechos humanos; ello al extremo de crearse una jurisdicción supranacional.

Posteriormente, los procesos de integración política y económica obligaron al transvase de competencias originariamente propias de los estados-nación, a favor de organismos supraregionales.

En ese contexto, se abrieron las puertas del derecho internacional

como fuente del derecho constitucional.

Al respecto, Néstor Pedro Sagüés [ob. cit.] señala que “en concreto dicho fenómeno de internacionalización ha impactado en el derecho constitucional de tal modo que numerosos aspectos de este quedan regulados o influenciados por normas de derecho internacional”.

En las constituciones es usual el tratamiento normativo de la celebración, ejecución, denuncia y prorroga de las normas del derecho internacional público (tratados en sentido lato).

La ejecución hace referencia al procedimiento destinado a alcanzar el cumplimiento de lo establecido en un tratado en sentido lato.

La denuncia hace referencia a la declaración formal que hace un Estado de su intención de retirarse de un tratado en sentido lato, para eximirse de seguir cumpliendo sus obligaciones. En ese aspecto, el procedimiento constitucional debe ser armonizado con el establecido en el tratado objeto de denuncia.

La prorroga hace referencia a la declaración formal que hace un Estado de su intención de prolongar en el tiempo los alcances de un tratado en sentido lato.

La celebración hace referencia a todo el *iter* procedimental de elaboración de un tratado en sentido lato, desde un inicio (negociación) hasta su perfeccionamiento.

5.3.1.4.1.- El proceso de incorporación de los tratados al derecho estadual

En relación a dicho rubro aparecen dos fórmulas doctrinarias recogidas por el derecho constitucional, a saber: la doctrina de la transferencia normativa y la doctrina de la unidad normativa.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La doctrina de la transferencia normativa

Esta teoría parte del supuesto que las normas confortantes del derecho estadual fluyen única, exclusiva y excluyentemente de la voluntad estatal. Por ende, la Constitución exige que la aplicabilidad territorial de una norma emanada del derecho internacional público, quede sujeta a su “conversión” o “adopción” por parte del derecho estadual, a través de los procedimientos y formas de manifestación legislativa establecida expresamente por ella misma.

En puridad, dicha opción constitucional incluye la aceptación del denominado dualismo normativo; esto es, el reconocimiento de la existencia de dos ordenamientos jurídicos distintos, separados e independientes entre sí: el estadual nacional y el internacional.

En tal sentido, las normas derivadas del derecho internacional necesitan inexorablemente para su aplicación de un acto especial de “recepción” que las transforme en normas del derecho estadual.

Así, Néstor Pedro Sagüés [ob. cit.] expone que “partiendo del supuesto de que el Estado [...] es soberano y que, por ende, no reconoce en principio ningún orden jurídico o autoridad sobre sí, el dualismo explica y comprende al derecho internacional solo en la medida en que lo admita y reconozca el derecho nacional”.

A guisa de ejemplo, son citables los casos de Finlandia e Irlanda.

Al respecto, veamos lo siguiente:

Constitución de Finlandia de 1919

“Artículo 69:

Los presupuestos de adopción de los preceptos contenidos en un tratado concertado entre Finlandia y una potencia extranjera y comprendida en la órbita legislativa serán examinados [...] con sujeción a lo dispuesto en el artículo 66 –dictámenes, lecturas, etc.– y, si afectan a una Ley Constitucional [...].

Las propuestas de adopción por el Parlamento de preceptos contenidos en algún tratado por el que el Estado se obliga a mantener vigentes por cierto tiempo determinadas disposiciones legales [...], requieren [...] el consentimiento de la Cámara [...].”

Constitución de Irlanda de 1937

“Artículo 29:

[...] 5.1. Se someterá a la Cámara de Representantes todo tratado internacional en el que sea parte el Estado.

5.2. El Estado no estará obligado por acuerdo internacional alguno que implique gravamen con cargo a fondos públicos, a menos que los términos del acuerdo hayan sido aprobados por la Cámara de Representantes [...].

5.6. *Ningún acuerdo internacional podrá formar parte del derecho interno del Estado sino en la medida que lo acuerda, en su caso, el Parlamento*".

b) La doctrina de la unidad normativa

Esta teoría parte del supuesto que el derecho internacional público y el derecho estadual en consuno conforman un solo e indivisible orden normativo.

En ese contexto, las normas derivadas de un tratado en sentido lato, siempre que hubiere sido celebrado, aprobado y ratificado de conformidad con las reglas constitucionales, son binaria y simultáneamente parte integrante del derecho internacional público y del derecho estadual. Por consiguiente, no requieren de una legislación interna extra y posterior para su incorporación en el ordenamiento nacional.

En puridad, dicha opción constitucional incluye la aceptación del denominado monismo normativo; esto es, que como bien afirma Ernesto Pinto-Bazurco Rittler [*Diccionario de relaciones internacionales*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1997]: "el derecho interno y el derecho internacional constituyen manifestaciones de un mismo orden".

A guisa de ejemplo son citables los casos de España y Grecia.

Al respecto, veamos lo siguiente:

Constitución de España de 1978

"Artículo 96:

1. *Los tratados internacionales validamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional [...]*".

Constitución de Grecia de 1975

"Artículo 28:

Las reglas de derecho internacional generalmente aceptadas, así como las convenciones internacionales desde el momento en que son sancionadas por la ley y entran en vigor de acuerdo a sus propios términos,

serán parte integrante del derecho interno griego [...]”.

5.3.1.4.2.- El rango jerárquico de los tratados

Producida la conexión o incorporación de una norma de derecho internacional público y al derecho estadual, se hace necesario establecer su ubicación categorial y rango jerárquico dentro del ordenamiento jurídico del Estado “receptor o adoptante”.

La doctrina ha establecido las cinco variables siguientes: el silencio constitucional, la equiparidad con la ley, la supraordinación en relación a la ley, la homologación con la ley y la supraordinación en relación a la Constitución.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) El silencio constitucional

Dicha situación se produce cuando la Constitución prevé la forma de incorporación o adopción dentro de su ordenamiento interno, más no establece su rango jerárquico dentro de aquel.

Al respecto, son citables los casos de la Constitución de Alemania (Weimar, 1919) y la Constitución de Italia (1947).

En consecuencia la determinación de prelación queda sujeta a la discrecionalidad de la magistratura constitucional.

b) La equiparidad con la ley

Dicha situación se produce cuando la Constitución expresamente nivela en la misma categoría y rango a la norma internacional de derecho público con la ley.

Al respecto, son citables los casos de la Constitución de los Estados Unidos (artículo VI) y de la Constitución de Congo-Brazzaville de 1979 (artículo 108).

c) La supraordinación en relación a la ley

Dicha situación se produce cuando la Constitución expresamente les otorga una mayor jerarquía que la ley.

Al respecto, son citables los casos de la Constitución de Costa Rica de 1949 (artículo 7), la Constitución de Honduras de 1982 (artículo 18) y la Constitución de El Salvador de 1983 (artículo 144).

Ahora bien, dicha supraordinación puede ser total o parcial.

En la supraordinación total el conjunto de las normas internacionales de derecho público tienen por mandato constitucional el atributo de la supraordinación jerárquica sobre la ley. Tal el caso de la Constitución de España de 1978 (artículo 96).

En la supraordinación parcial solo una parte de las normas internacionales de derecho público goza del atributo de superioridad jerárquica. Tal el caso de las constituciones del Perú de 1979 y Guatemala de 1985 que residualmente reconocen dicha supraordinación para los tratados relativos a derechos humanos.

d) La homología con la Constitución

Dicha situación se produce cuando la propia Constitución le otorga un simétrico valor jerárquico. Tal el caso de la Constitución del Perú de 1979 (artículo 105) y la Constitución Argentina de 1853 reformada en 1994 (artículo 75 inciso 22).

e) La supraordinación en relación a la Constitución

Dicha situación se produce cuando la propia Constitución reconoce que un tratado puede apartarse de los términos por ella anteladamente establecidos.

Tal el caso de lo establecido en el artículo 63 de la Constitución de Holanda de 1953 modificada en 1972; el cual textualmente señala:

“Cuando lo exige el desarrollo del orden jurídico internacional, podrá un tratado apartarse de los preceptos de la Constitución. En tal caso la ratificación solo podrá conferirse de forma expresa y las Cámaras de los Estados Generales solamente podrán aprobar el correspondiente proyecto de ley por mayoría de dos tercios de los votos emitidos”.

Debe acreditarse que en este caso no se produce un proceso de reforma explícita, en razón a que esta se somete a un procedimiento diferente previsto en los artículos 210 y s.s. del texto constitucional holandés.

5.3.2.- Las fuentes formales indirectas

Son aquellas que no crean normas jurídicas pero coadyuvan implícita y mediatamente en su elaboración, por la influencia que ejercen sobre los legisladores y los órganos jurisdiccionales encargados del control de la constitucionalidad.

Dentro de estas fuentes están la doctrina constitucional y los principios constitucionales.

Al respecto, veamos lo siguiente:

5.3.2.1.- La doctrina constitucional

Es el conjunto de estudios, análisis y críticas que los constitucionalistas realizan con carácter científico, docente, etc.

Dicha fuente se encuentra constituida por la teoría científica y filosófica del derecho constitucional que describe y explica las instituciones, categorías y conceptos disciplinarios e indaga sobre los alcances, sentidos y formas de sistematización normativa; constituyéndose en uno de los engranajes claves y en la más racional de las fuerzas directrices del ordenamiento constitucional.

Rafael Bielsa [*Compendio de derecho público constitucional, administrativo y fiscal*. Buenos Aires: Llorden, 1952] expone que la doctrina elaborada por los expertos constitucionalistas no solo comporta una actividad hermenéutica de la Constitución, sino que adicionalmente provee de los elementos para la construcción teórica de las instituciones constitucionales. Cabe señalar que además influye decididamente en la magistratura constitucional y en las actividades legisferantes de los representantes del pueblo.

La doctrina contribuye indirectamente en la elaboración de la normatividad constitucional, en razón de los tres aportes siguientes: el científico, el práctico y el crítico.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) El aporte científico

Enriquece el mundo del derecho constitucional mediante su descripción, explicación y sistematización, amén de contribuir al acervo teórico y conceptual.

b) El aporte práctico

Contribuye a mejorar el proceso de interpretación, aplicación e integración del derecho constitucional.

c) El aporte crítico

Contribuye al perfeccionamiento del orden constitucional. Al res-

pecto, es paradigmático que postulados teóricos como la soberanía, la división de poderes, la representación popular, etc., sean hoy principios fundamentales del derecho constitucional.

Estos aportes son recogidos por los legisladores y jueces constitucionales, por lo que constituyen una fuente formal indirecta.

5.3.2.2.- Los principios constitucionales

Son una pluralidad de fórmulas o modelos insertados de manera expresa o tácita en todo sistema constitucional, cuyo objeto es inspirar la actividad del legislador y del juez constitucional. Están destinados a asegurar la proyección normativa de los valores o postulados éticos y políticos, así como las proposiciones de carácter técnico-jurídico de un sistema constitucional.

Federico de Castro [*Derecho transitorio. El sistema del efecto inmediato de la ley*. Tomo XVI. Madrid: AOC, 1961] expone que tales principios deben ser observados como un conjunto normativo no formulado; vale decir, un núcleo de ideas fundamentales e informadas de la organización político-jurídica de la nación.

A mayor abundamiento nos remitimos a lo consignado en el capítulo noveno.

5.3.2.3.- El derecho comparado

Esta noción alude al estudio sistemático y metódico de los sistemas constitucionales, con el objeto de establecer las semejanzas y diferencias que se puedan producir con relación al nuestro. En ese sentido, Mario A.R. Midón [ob. cit.] expone que “el conocimiento de los sistemas constitucionales de otros estados y las tendencias prevalentes que en materia de instituciones se desarrollan en las demás naciones aportan invalorable material como fuente indirecta.

En puridad el derecho comparado ha sido utilizado en función de los tres criterios siguientes:

- a) Como ideal práctico, efectivo, real y probado por la historia. Así, una determinada Constitución se convierte en paradigma para su implantación dentro de un proceso constituyente.
- b) Como referente para la comprobación de la validez de los principios, valores, categorías y hasta instituciones comunes deducidas de la experiencia concreta y el respaldo histórico.

- c) Como instrumento de diferenciación científica de las peculiaridades de determinados sistemas constitucionales.

Dicha modalidad opera sobre el legislador constituyente y ordinario en el desarrollo de los procesos de cambio o reforma de la Constitución. Por ende, es recomendable el pleno conocimiento de los ordenamientos constitucionales contemporáneos, a efectos de no ignorar las direcciones y tendencias prevalecientes.

Gregorio Badeni [*Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000] expone que “como fuente mediata o indirecta [...], consiste en la descripción y análisis de los ordenamientos jurídicos fundamentales de los países extranjeros y de las organizaciones supranacionales, con el propósito de determinar sus bondades y defectos y de establecer las concordancias o divergencias que presentan en su análisis comparativo con el derecho local”.

A través de este proceso de “confrontación” se amplían los conocimientos teóricos y se precisan las diversas corrientes jurídicas y tendencias ideológicas que coexisten en un “tiempo común” para los estados.

Este proceso de comparación comprende las cinco áreas siguientes:

- a) Área de la normatividad constitucional en sentido lato (bloque de constitucionalidad).
- b) Área de la praxis política en lo relativo al funcionamiento de las instancias establecidas en los textos constitucionales.
- c) Área de interpretación e integración jurisprudencial.
- d) Área de descripción y creación doctrinaria.
- e) Área del conocimiento de la historia y realidad social de los estados en donde rige formal o materialmente un plexo normativo constitucional.

El desconocimiento de alguna de las áreas anteriormente reseñadas puede afectar la cabal comprensión del material ofrecido por el derecho comparado en un caso particular y concreto. Así, en muchas ocasiones el trasplante de instituciones derivadas de esta fuente indirecta ha fracasado estrepitosamente, en razón a que estas pueden funcionar adecuadamente en un determinado entorno histórico, social o político y en cambio en otros puede incluso afectar “localmente” los

finés que el derecho constitucional persigue alcanzar.

El estudio del derecho comparado como fuente secundaria se puede llevar a cabo conforme a la clasificación siguiente: por su ubicación geográfica, por el sistema político-jurídico que modela, por la familia ideológica o individualmente.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Por su ubicación geográfica

En este caso dicho estudio se disecciona de la manera siguiente:

a.1) Europa

Continente situado como prolongación occidental de Asia, y separada del continente africano por el Mar Mediterráneo. Se subclasifica en:

- *La Europa Nórdica* (estados ubicados al norte del continente europeo). Comprende a Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia e Islandia.
- *La Europa Noroccidental* (estados ubicados en la parte norte de la zona donde se pone el sol en los días equinocciales). Comprende a Inglaterra, Irlanda, Andorra, Italia, San Marino, El Vaticano y Malta.
- *La Europa Balcánica* (estados ubicados en la península balcánica –porción de tierra cerrada por los ríos Danubio, Sava, Jónico, Adriático, Negro, Marmaná y Egeo– al sureste de Europa). Comprende a Croacia, Bosnia-Herzegovina, Yugoslavia, Albania, Grecia, Macedonia y Bulgaria.
- *La Europa Oriental* (estados ubicados al este de Europa). Comprende a Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovaquia, Hungría, Rumania, Moldavia, Bielorrusia, Ucrania y Rusia.
- *La Europa Caucásica* (estados ubicados en la cadena de montañas, situadas en el istmo que une los límites de Europa y Asia). Comprende a Georgia, Armenia, Azerbaiyán,

a.2) Asia

Continente situado entre el Océano Ártico, el mar de Bering, el Océano Pacífico, el Océano Índico; los mares Rojo y Mediterráneo,

Caspio y Negro; y los montes Urales y el Canal de Suez. Se subclasifica en:

- *El Asia Central* (estados ubicados equidistantes a los extremos del continente asiático). Comprende a Kazajstán, Turkmenistán, Uzbekistán, Tadhkistan, Kirguistán, Afganistán).
- *El Oriente Medio* (estados ubicados al sudoeste del continente asiático; es decir, al sur del Mar Negro y del Mar Caspio y oeste del Himalaya) Comprende a Turquía, Chipre, Israel, Jordania, Siria, Irak, Irán, Omán, Unión de Emiratos Árabes, Qatar, Bahrein y Kuwait.
- *El Asia Meridional* (estados ubicados en la parte sur del continente asiático). Comprende a Pakistán, India, Nepal, Bután, Bangladesh, Sri Lanka, Maldivas.
- *El Sureste Asiático* (estados ubicados en la parte sureste del continente asiático). Comprende a Birmania, Tailandia, Vietnam, Laos, Camboya, Malasia, Singapur, Indonesia, Brunei y Filipinas.
- *El Extremo Oriente* (estados ubicados en la parte oriental del continente asiático). Comprende a China, Taiwán, Mongolia, Japón, Corea del Norte y Corea del Sur.

a.3) Oceanía

Continente situado entre el Océano Pacífico, el sur de Asia, América del Sur, el Océano Índico y la Antártida.

Comprende a Australia, Nueva Zelanda, Papúa y Nueva Guinea, Nauru, Islas Salomón, Kiribati, Tuvalu, Vanuatu, Fidji, Tonga, Samoa, Estados Federados de Micronesia e Islas Marshall.

a.4) América

Continente situado entre el Océano Ártico, el Océano Atlántico, el Paso de Drake y el Océano Pacífico. Se subclasifica en:

- *La América del Norte* (estados ubicados en la parte norte del continente americano). Comprende a Canadá, Estados Unidos y México.
- *La América Central* (estados ubicados equidistantes de los extremos del continente americano). Comprende a Belice, Guatemala,

El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

- *Las Antillas* (estados ubicados en el archipiélago -mar poblado de islas- en la América Central). Comprende a Cuba, Haití, República Dominicana, Puerto Rico, Jamaica, Bahamas, Saint Kitts-Nevis, Antigua y Barbuda, Dominica, Santa Lucía, San Vicente y Las Granadinas, Granada, Barbados, Trinidad y Tobago.
- *La América del Sur* (estados ubicados en la parte sur del continente americano). Comprende a Colombia, Venezuela, Guyana, Surinam, Brasil, Ecuador, Perú, Bolivia, Paraguay, Uruguay, Argentina y Chile.

a.5) África

Continente situado entre el Mar Mediterráneo, el Canal de Suez, el Mar Rojo, el Océano Índico, el Océano Atlántico y el Océano Pacífico. Se subclasifica en:

- *El África Mediterránea* (estados ubicados al norte del continente africano). Comprende a Marruecos, Argelia, Tunicia, Libia y Egipto.
- *El Sahel* (estados ubicados al sur del desierto de El Sahara). Comprende a Senegal, Gambia, Cabo Verde, Mauritania, Malí, Burkina Faso, Níger, Chad y Sudán.
- *El África Occidental* (estados ubicados en donde se pone el sol en los días equinocciales). Comprende a Guinea, Guinea-Bisau, Sierra Leona, Liberia, Costa de Marfil, Ghana, Togo, Benin y Nigeria.
- *El África Central* (estados ubicados equidistantes de los extremos del continente africano). Comprende a Camerún, Guinea Ecuatorial, Santo Tomé y Príncipe, Gabán, Congo, República Democrática del Congo y República Centroafricana.
- *El África Oriental* (estados ubicados al este de África). Comprende a Etiopía, Eritrea, Djibouti, Somalia, Kenya, Uganda, Ruanda, Burundi y Tanzania.
- *El África Austral* (estados ubicados cerca al Océano Antártico). Comprende a Sudáfrica, Lesotho, Swazilandia. Namibia, Botswana, Angola, Zambia, Zimbabwe, Mozambique, Malawi, Madagascar, Mauricio, Comores y Seychelles.

b) Por el sistema político-jurídico que modela

En este caso dicho estudio se disecciona de la manera siguiente:

b.1) El sistema romano-germánico

Dicho sistema tiene como fundamentos la moral cristiana, la democracia liberal y la economía capitalista; las normas constitucionales suponen, plantean y delinear un espíritu racionalista.

Tal el caso de los estados de la Europa Continental y la América Latina (Italia, España, Alemania, Argentina, Perú).

b.2) El sistema angloamericano

Dicho sistema tiene como fundamentos la moral cristiana, la democracia liberal y la economía capitalista; las normas constitucionales expresan una vocación empírica y tradicionalista.

Tal el caso de Inglaterra y sus ex colonias (Estados Unidos, Nueva Zelanda, Australia, etc.).

b.3) El sistema socialista

Dicho sistema tiene como fundamentos la moral política, la ideología marxista-leninista y la economía de planificación centralizada; las normas constitucionales cubren no solo el aspecto de lo público sino que se extienden hacia el ámbito coexistencial privado.

Tal el caso de China, Cuba, Corea del Norte, etc.

b.4) El sistema del teísmo jurídico

Dicho sistema tiene como fundamento una doctrina religiosa y sus manifestaciones objetivas en el campo de las relaciones coexistenciales; las normas constitucionales involucran todo el aspecto de regulación de la conducta (religioso, social, jurídico, moral).

Tal el caso de Irán, El Vaticano, etc.

c) Por la familia ideológica

En este caso dicho estudio se disecciona de la manera siguiente:

c.1) La familia democrática

Dicha familia se sustenta en constituciones basadas en la libertad e igualdad ante la ley, amén de legitimar el ejercicio del poder en la representación ciudadana, vía las elecciones.

c.2) La familia marxista-leninista

Dicha familia se sustenta en constituciones basadas en la unidad del poder, el centralismo democrático y los derechos sociales.

c.3) La familia fascista

Dicha familia se sustenta en la exaltación irracionalista del Estado como fin supremo en sí mismo, en la unidad del poder y en la estructuración corporativa.

c.4) La familia sultanática

Dicha familia se sustenta en el ejercicio del poder desmedido desprovisto de concepciones teóricas y solo sujetas a la voluntad del gobernante.

5.4.- El bloque de constitucionalidad

Esta noción fue acuñada en 1975 por el jurista francés Louis Favoreau en un trabajo denominado *El principio de constitucionalidad: Ensayo de la definición después de la jurisprudencia del Consejo Constitucional*.

Dicha acepción aparece a manera de comentario en la Decisión D-44 de fecha 16 de junio de 1971, adoptada por el Consejo Constitucional Francés, dentro del marco del control previo de constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos parlamentarios; estableciéndose que esta debía adecuarse no solo a la Constitución, sino también a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al Preámbulo de la Constitución de 1946, y a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

La explicación para la aparición de dicha expresión y los alcances de la decisión del 16 de junio de 1971, tienen directo entroncamiento con la Constitución creada por Charles De Gaulle en 1958, la cual a diferencia de buena parte de los textos constitucionales modernos carece de parte dogmática, siendo, en este sentido como bien afirma Jorge De Esteban [ob. cit.] “una Constitución incompleta”.

A través de la creación del bloque de constitucionalidad –explicada doctrinariamente por Louis Favoreau– se completa una Constitución “mutilada” consútil o inacabada.

Dicha noción fue recogida por el Tribunal Constitucional español, el cual en el caso Régimen Constitucional de la Comunidades Autó-

nomas (STC 10/82) señaló que el bloque de constitucionalidad alude “un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencias; pero cuya información determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”.

Ernesto Blume Fortini [*El rango de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993. Colisión normativa entre Ley del Congreso y ordenanzas municipales*. Lima: Municipalidad de Lima, 1997] señala que el bloque de constitucionalidad se encuentra conformado por el conjunto de normas contenidas en la propia Constitución que lo crea y que establece sus características, así como por la normatividad infraconstitucional que contiene su regulación complementaria de constitucionalidad.

En suma, dicha expresión hace referencia a la legislación constitucional primaria y secundaria.

En nuestro país, dicha figura constitucional aparece inserta en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y financiamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de estos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos.

En consecuencia, dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o al área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquel hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él.

Por ello, debe precisarse que la Constitución y las normas que conforman el bloque de constitucionalidad establecen tanto la competencia material como la territorial.

El parámetro de control de la constitucionalidad comprende a la Constitución, las normas con rango constitucional, y a aquellas fuentes normativas con rango de ley, siempre que dicha condición sea reclamada directamente por una disposición de la propia Constitución (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo).

En tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas so-

bre la producción jurídica” en un doble sentido:

- a) Como “normas sobre la forma de producción jurídica”. Esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango.
- b) Como “normas sobre el contenido de la regulación”. Esto es, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido.

En puridad, el bloque de constitucionalidad es aplicado en los procesos de inconstitucionalidad.

Al respecto, en nuestro caso, el artículo 75 del Código Procesal Constitucional alude a la afectación directa o indirecta de la Constitución en la que puede incurrir una ley o norma con rango de ley.

En el caso de afectación directa el parámetro de control de constitucionalidad radica única y exclusivamente en la Constitución.

En el caso de afectación indirecta el parámetro de control de constitucionalidad incluye a todas las normas conformantes del bloque de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional en relación a dicho concepto ha señalado lo siguiente:

- a) Que el bloque de constitucionalidad debe ser tomado en cuenta para apreciar los vicios de inconstitucionalidad de una ley.
- b) Que el bloque de constitucionalidad es el rasero con que cuentan los órganos estatales a efectos de no incurrir en actos arbitrarios.

5.5.- El sistema constitucional

Esta noción hace referencia al conjunto coherente y unitario de principios, valores y normas en sentido lato emanadas de la pluralidad de fuentes formales y materiales.

En ese orden de ideas, la obra legislativa, la obra jurisprudencial, la dimensión axiológica y la estructura y los procesos políticos adyacentes a los principios e instituciones constitucionales conforman el referido sistema.

Es evidente que adicionalmente a la legislación constitucional, la jurisprudencia emanada de los órganos de control constitucional vincula directamente a todos los órganos del Estado.

Asimismo, es indubitablemente cierto que las normas e instituciones constitucionales se ligan inescindiblemente con la estructura y los procesos políticos que aparecen dentro de un Estado.

De allí que Francisco Fernández Segado [*El sistema constitucional especial*. Madrid: Dykinson, 1992] establezca “la radical imposibilidad de concebir un derecho constitucional tajantemente separado de la realidad política”.

Finalmente al ser el derecho constitucional un conjunto de pautas reguladoras de la convivencia pro fines presentes y futuros no puede perder de vista su perspectiva axiológica o valorativa; vale decir, tiene *per se* que estimar o apreciar determinadas conductas o bienes como “valiosas”.

CAPÍTULO SÉTIMO

TEORÍA CONSTITUCIONAL

SUMARIO

1. LA DEFINICIÓN Y LOS ALCANCES DEL CONCEPTO CONSTITUCIÓN. 1.1. El derrotero histórico del concepto Constitución. 1.2. Los contenidos de la Constitución. 1.3. El referente constitucional. 1.4. La fundamentación conectiva: la fuerza normativa de la Constitución. 1.5. Los criterios de estudio de la Constitución. 2. LA ESTRUCTURA DE LO CONSTITUCIONAL. 3. LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO. 3.1. Los elementos constitutivos del constitucionalismo inicial. 3.2. Las etapas del constitucionalismo. 4. LAS CONCEPCIONES ACERCA DE LA CONSTITUCIÓN. 4.1. Las funciones de la Constitución. 5. LAS PARTES DE LA CONSTITUCIÓN. 5.1. El problema de la relación entre la parte dogmática y la parte orgánica. 6. LA CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES. 7. LA TIPOLOGÍA DE LAS CONSTITUCIONES. 7.1. Las constituciones morfológicas. 7.2. Las constituciones ontológicas. 8. EL CONTENIDO IN TOTUM DE LA CONSTITUCIÓN. 9. LA CONSTITUCIÓN Y LA CONSTITUCIONALIDAD. 10. LA FORMACIÓN TÉCNICA DE LA CONSTITUCIÓN. 11. LA EXTINCIÓN Y LA SUSPENSIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. 11.1. La extinción de la Constitución. 11.2. La suspensión de la Constitución. 11.3. La abrogación inconstitucional.

Todo ente, sea de naturaleza animada o inanimada, requiere de la intrínseca ordenación fundamental de sus funciones; por ende, allí se encuentran contenidas aquellas esencias y calidades que lo diferencian de los demás. Así, para el particular caso del Estado se hace inexorable la existencia de una *Constitución*.

Gregorio Badeni [*Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000] refiere en sentido amplio que “todo cuerpo u organismo, individual o social, toda organización o entidad, cualquiera sea su naturaleza, tiene una Constitución. El vocablo apunta a la composición y organización de la unidad de análisis, en la medida en que todo conjunto de elementos relacionados entre sí dispone de una

Constitución, que determina la vinculación armoniosa entre ellos, que posibilita su fusión y la consecuente organización generadora de una entidad distinta de la mera suma de los elementos que la componen”.

Es históricamente constatable la imposibilidad de que un Estado no posea, de alguna forma, una estructura político-jurídica fundamental que sea la expresión de la unidad y el orden del cuerpo político.

Toda organización estatal tiene necesariamente una *Constitución* –sea con carácter formal o material– en razón de que no podría existir sin una estructura básica de naturaleza político-jurídica que le otorgue arreglo, coordinación, disposición u orden a su organización, elementos, etc.

Como afirma Juan Helio Zarini [*Derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992]:

“Desde el momento en que se es Estado, este se encuentra ‘constituido’ de alguna manera; y ese estar constituido es contar con una Constitución”.

Lo expuesto por Zarini es evidente, ya que un Estado “no constituido” sería algo absurdo o carente de sentido; por consiguiente, en la práctica no es admisible la existencia de un Estado sin una Constitución; ello con prescindencia de la tipología a la que esta se encuentre adscrita y al juicio de valor que se derive de su contenido.

1.- LA DEFINICIÓN Y LOS ALCANCES DEL CONCEPTO CONSTITUCIÓN

La palabra *Constitución* proviene del latín *constitue* que significa instituir o fundar. Asimismo es asociada a la voz *stature* o *statum*, que indica conformación o estructura esencial de un ente u organismo.

Se define a la Constitución como el instrumento político-jurídico que contiene un conjunto de valores, principios, normas y prácticas básicas destinadas a legitimar, modelar, organizar, regular e impulsar un tipo de sociedad política. Por ende, expone un proyecto de vida común, un estatuto de poder, una póliza de salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona, un orden supremo constituyente del sistema jurídico y una autorepresentación cultural del pueblo de un Estado.

A trasluz la Constitución posibilita la construcción jurídica de un

orden político, el diseño normativo de un tipo de existencia y coexistencia social y el aseguramiento de determinados derechos inherentes a los *miembros de un grupo social*.

Según Giuseppe de Vergottini [“El derecho de la Constitución”. En: *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002] “la Constitución está considerada como un sistema originario de normas jurídicas, sobre las cuales se basa la organización de los órganos constitucionales, el conjunto de sus competencias, el reconocimiento de la esfera jurídica del individuo, la relación entre autoridad pública y libertad individual”.

1.1.- El derrotero histórico del concepto Constitución

Dicha expresión aparecerá en la Antigüedad vinculada al mundo del ser; esto es, a aquello por lo que un ente es tal y que por consiguiente existe sin necesidad de referencia con otro.

Enrique Álvarez Conde [*Curso de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1999] señala que normalmente suele atribuirse a los hebreos el primer concepto de Constitución, en el sentido de haber señalado la existencia de una norma suprema emanada de la voluntad divina vinculante por igual a los gobernantes y gobernados, la que, a su vez, actuaba como límite a la acción de aquellos.

En Grecia se revelará la idea de una Constitución en sentido material; es decir, que con prescindencia de los criterios de forma y solemnidad, existen normas que real y efectivamente regulan la existencia del cuerpo político. Así, Aristóteles en su libro *La política* establecerá la distinción entre *politeia* (Constitución) y *psefisma* (decreto). La primera es concebida como un elemento configurador de la *polis*; por tal ordenador y organizador del Estado.

Aristóteles plantea que la *polis* “tiene” una naturaleza o constitución análoga a la del hombre o el caballo. Por ende, percibirá a la *politeia* (Constitución) como el orden tangible y concreto de la ciudad; concibiendo que ella expresa la forma efectiva que estructura su “vida”. Advierte Georg Jellinek [*Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954] que la visión aristotélica radicaba en la ordenación del Estado.

Al respecto, Aristóteles consigna en *La política* que “la Constitución

de un Estado es la organización regular de todas las magistraturas, principalmente de la [...] que es dueña y soberana de todo. En todas partes el gobierno de la ciudad es la autoridad suprema; la Constitución misma es el gobierno”.

Los biógrafos del estagirita señalan que este se dedicó al estudio “constitucional” de ciento cincuenta y ocho ciudades-estados griegos, de los que únicamente se conserva el relativo a Atenas

Según el estagirita toda polis “tiene” su “Constitución” u orden fundamental; la cual abarca e insume la designación de las autoridades, la distribución de sus competencias y el señalamiento de los fines de la asociación política. Como puede observarse, la Constitución aristotélica regla la autoridad y confiere a cada polis su metodología de vida política que la diferencia de sus homólogas. Así pues, deviene en siamesa del cuerpo político, en la medida que esta cobra “vida” en tanto es portadora de una estructura basal.

Queda claro, entonces, que Aristóteles invocaba dicho vocablo para referirse a lo que actualmente conocemos como sistemas de gobierno (monarquía, aristocracia, democracia). Ergo, alude a un estatuto regulador del poder estatal.

En efecto, Miguel Artola [*Constitucionalismo en la historia*. Barcelona: Crítica, 2005] señala que se trata de una semblanza de las instituciones atenienses.

Enrique Álvarez Conde [ob. cit.] plantea que la primicial experiencia romana, en buena medida, es concordante con la tradición helénica; “así pues, el Estado se entenderá como algo preexistente al pueblo y la Constitución como uno de los elementos de aquel, siendo considerada como el instrumento eficaz para organizar la comunidad política”.

Javier Pérez Royo [*Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2000] refiere que los romanos utilizaban la palabra status para referirse al modo de ser o estar de las cosas. De allí que la organización jurídica durante el período de la República (509 a 27 d.C.) era entendida como una estructura total; o sea, era el status *rei-publicae* para cada una de las instituciones de dicho cuerpo político. Por consiguiente, las normas ordenadoras del mismo eran llamadas *constitutiones*.

Como puede colegirse de lo expuesto, los romanos percibieron la Constitución bajo la idea de instituir y crear un Estado; el cual se apo-

ya en dicha norma fundamental.

El concepto Constitución aparecerá en la literatura político-jurídica romana a través de Marco Tulio Cicerón (106-43 a.C.), en su obra *De República*. Posteriormente, dicha noción será aplicada a las leyes imperiales (Digesto 1,2,1,2), las que aludían a las decisiones del emperador romano. Las constituciones más antiguas se forjaron durante el gobierno de Adriano (r. 117-138). En suma, dicho concepto se identificaba con la disposición o mandato imperial (a partir del año 27 d.C.).

Debe advertirse que no todas las constituciones –en el sentido de norma fundamental– tenían el mismo carácter. Así, existieron los *edictos* que eran decisiones con fuerza de ley; los *decretos* que se dictaban para específicos casos judiciales; los *mandatos* que eran instrucciones administrativas dirigidas a los gobernadores de provincia; y los *rescriptos* que eran las consultas absueltas a un magistrado, con el formato de cartas o notas escritas debajo de una demanda de un particular.

Durante el período de la Edad Media aparecerá el concepto de *lex terrea* que aludía a la existencia de una norma rectora que regulaba la relación entre el rey y sus vasallos. En ese contexto, se empieza a construir la idea de Constitución basada en los pactos y convenios que se utilizaban para sustentar y limitar los poderes eclesiásticos y señoriales; vale decir, a modular las relaciones de poder. Tales los casos de la Carta Magna (1215) o el Estatuto de Tallagio (1295).

En la Edad Moderna (siglo XVI) aparecerá la noción de Constitución como eje de la unidad política estatal por encima del rey y de las demás leyes. Así, se manifestará bajo la noción de ley fundamental y en un principio integrada por las reglas de sucesión monárquica, la regulación y obligatoriedad de las convocatorias a los representantes estamentales del reino, la reserva de no enajenabilidad del patrimonio real y los primeros rasgos de limitación del ejercicio del poder político.

Estos preceptos calificados como fundamentales eran una suerte de contratos o pactos entre el Rey y el reino. En dicho período el monarca inglés Jacobo II (r. 1567-1625) llegó a reconocer a la ley fundamental como parte del derecho divino.

Georg Jellinek en su obra *Teoría general del Estado*, señala que en el siglo XVI aparece “el concepto de ley fundamental [...]. Esta tiene una fuerza superior a las demás leyes. El propio rey está obligado respec-

to de ella, y no la puede modificar por sí solo”.

La idea de Constitución aparecerá primero a través del juez Edward Coke quien en el caso *Bonham* (1610) consigna al *Common Law* como derecho limitativo de los poderes reales. En cierto modo lo consideraba como el fundamento del sistema político imperante. Posteriormente, reaparecerá durante la Revolución Puritana generada a mediados del siglo XVII (1640-1688). Dicho proceso encabezado por los puritanos –miembros de una secta de rígidos presbiterianos conducidos por Oliverio Cromwell– surgió como una protesta frente a la pretensión del “Parlamento Largo” de ejercer una autoridad absoluta e ilimitada.

Como consecuencia de esta acción beligerante de naturaleza religioso-política –sustentada en la representación bíblica del “pacto solemne”–, durante el gobierno de Cromwell se elaboraron el *Acuerdo del Pueblo* (1647) y el *Instrumento de Gobierno* (1653). En estos textos se estableció la necesidad de promover una ley suprema colocada fuera del alcance del Parlamento y limitante de sus poderes, además de declarante, por la vía de restricciones expresas, de las competencias que el Estado inglés se reservaba inobjetablemente para sí.

D. Wormuth [*Los orígenes modernos del constitucionalismo*. Nueva York, 1949] expone que la revolución inglesa del siglo XVII es pieza clave para la construcción del constitucionalismo. Plantea que el *Acuerdo del Pueblo* refleja la idea de una ley superior al Parlamento y el *Instrumento de Gobierno* indica la presencia de una norma escrita que organiza el poder y que por tal se encuentra encima de los poderes por él constituidos.

Cabe advertir que aun cuando el primero de los citados instrumentos normativos jamás tuvo sanción formal, ello no impidió que influyera notoriamente en la expedición del *Instrumento de Gobierno*, el cual, según la opinión de cierta parte de la doctrina, derivó en la primera Constitución *stricto sensu* en el mundo y la única escrita y rígida que ha tenido Inglaterra a lo largo de su historia. Al respecto, Carlos Sánchez Viamonte [*El constitucionalismo. Sus problemas*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957] considera a dichos textos como los antecedentes más antiguos relativos al enunciado de la doctrina de la separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

El *Acuerdo del Pueblo* fue elaborado por John Lilburne y demás líderes del grupo de los Levellers o igualitarios que apoyaban la implantación del sufragio universal de los varones y que hasta plantearon la adopción de medidas cercanas a una revolución agraria (por un argumento político dicho texto formalmente apareció redactado por los representantes de los regimientos de infantería y caballería del gobierno de Cronwell). Este documento fue desestimado por el Parlamento Largo. Su importancia radica en haber formulado una suerte de declaración de derechos y de haber establecido supremacía normativa del texto sobre el *statute law* emanado del órgano legisferante.

El *Instrumento de Gobierno* que fue elaborado por el Consejo de Oficiales del Ejército de Oliverio Cronwell, es una Constitución escrita de cuarenta y dos artículos y aplicada a Inglaterra, Escocia e Irlanda. Estableció una magistratura ejecutiva bajo la denominación de Lord protector; estableció un Consejo de auxilio al ente administrador; y un Parlamento unicameral, con representantes elegidos por condados y sujetos a la acreditación de tenencia de doscientas libras en bienes muebles o inmuebles. Rigió durante cuatro años (1653-1657).

De otro lado, el jurista y economista francés Jean Bodin (1530-1596) llegó a plantear en su obra *Los seis libros de la República* la existencia de ciertas leyes inderogables referidas al Estado y a la fundación del reino; y que por tales significaban un límite al poder del monarca.

El filósofo y tratadista político inglés Thomas Hobbes (1588-1679) afirmó en su obra *El leviatán*, que, el Estado surgido del contrato social quedaría destruido si dicha convención fuese anulada.

A partir del siglo XVIII la palabra Constitución quedará entroncada con el origen mismo del poder. Como tal se cancelaba, en definitiva, aquella percepción vinculante con los sistemas de gobierno. Así, el escritor angloamericano Thomas Paine (1737-1809) referirá en su libro *Los derechos del hombre*, que la Constitución de un pueblo no es fruto del acto de su gobierno, sino del pueblo mismo que instituye o construye su gobierno. Por ende, la asociaba inescindiblemente con la legitimidad democrática.

La Constitución será invocada como una exigencia ético-política para determinar el origen del poder, para legitimar la finalidad del Estado y para limitar las relaciones de mando y obediencia a favor del resguardo de los derechos de la persona.

En esa idea, los textos constitucionales de las ex colonias británicas en América del Norte y más propiamente los Estados Unidos invocaran esta acción constitutiva del pueblo. Así, la Constitución de 1787 expresa lo siguiente:

“Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos [...] ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos”.

Asimismo, en el contexto de la Revolución Francesa, en el Reporte del Comité de Trabajo Constitucional de 1789, se expondrá lo siguiente:

“Hemos pensado que una Constitución no es otra cosa que un orden fijo y establecido de la manera de gobernar [...] que este orden no puede existir sino está apoyado en reglas fundamentales, creadas mediante el consentimiento libre y formal de la Nación o de quienes ella ha elegido para que la representen [...]. Así pues, una Constitución es una forma precisa y constante de gobierno, o, si se prefiere, la expresión de los derechos y obligaciones de los diferentes poderes que lo componen. El Estado sentenciará que una Constitución se forje por la voluntad popular y para la limitación del poder”.

Tras esa argamasa teórica se aprobará el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en donde se señalará lo siguiente:

“Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada y la división de poderes determinada, no tiene Constitución”.

Javier Pérez Royo [ob. cit.] considera que la noción de Constitución tal como hoy la entendemos, es la expresión típica del auge de la Ilustración. Dicho movimiento intelectual desarrollado entre 1715 y 1784 afirmó el predominio de la razón, la igualdad intrínseca de los hombres, la existencia de derechos naturales inviolables y la defensa de la libertad frente al abuso del poder absolutista.

En esa idea el concepto Constitución adquirirá aceptación general, como consecuencia del auge de las ideas liberales insertas en las triunfantes revoluciones inglesa, francesa y norteamericana. Así, se reconocerá como las primeras constituciones propiamente dichas a las que surgieron en los Estados Unidos (1787) y Francia (1791, 1793 y 1795).

Con objetividad histórica y en el ámbito de la cultura occidental, es evidente que la Constitución ha permitido garantizar las libertades

individuales y limitar el poder político en aras de asegurar la emancipación y el desarrollo de la burguesía; al influjo del ideario liberal se buscará la “sacralización” de aquel conjunto de principios, normas y prácticas político-jurídicas, dado que estas coadyuvaban a dicho propósito. Es dentro de ese contexto cultural que puede recogerse la afirmación de Karl Loewenstein [*Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1984], en el sentido de que “la Constitución deviene en un dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”.

La historia del constitucionalismo occidental –el más importante eslabón para la materialización del ideal liberal del siglo XVIII– ha significado la búsqueda de la limitación del poder absoluto, así como el esfuerzo por establecer una justificación espiritual, moral o ética para aceptar el ejercicio de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a ella. Esta visión no es la única ni es excluyente; empero es la más valiosa. De ella ha nacido la impronta constitucionalista en América Latina.

Carlos Alberto Olano [*Derecho constitucional e ilustraciones políticas*. Bogotá: Temis, 1987] señala que “en la época moderna no es concebible un Estado sin su respectiva Constitución, la cual se puede considerar como un complejo de normas jurídicas que determinan no solo la organización fundamental, el modo de ser y de obrar del Estado mismo, sino la relación entre el poder público y los ciudadanos”. Por dicha razón sostiene que, en puridad, el Estado no “tiene” una Constitución, sino que “es” en sí mismo una Constitución, ya que esta es quien organiza el ejercicio del poder que ostenta y establece las metas justificatorias de su creación.

1.2.- Los contenidos de la Constitución

Desde una visión doctrinaria los contenidos pueden ser develados a la luz de los cuatro aspectos siguientes:

a) La Constitución es un proyecto de vida

En un texto fundamental aparecen manifestados un conjunto de ideas, creencias y convicciones socialmente compartidas que apuntan a la construcción y consolidación de una forma política de convivir. Asimismo, implica un plan concertado para alcanzar determinadas metas vinculadas con el desarrollo societario y personal de un grupo humano adscrito a un espacio y un tiempo determinado.

En puridad, a través de la Constitución surge la voluntad concertada de los miembros de una comunidad política, los cuales ajustando sus intereses, expectativas y convicciones, asumen el reto de existir y coexistir conscientemente dentro de determinados principios, valores y formas de estructuración social, en pro de una futuridad común más plena y provechosa.

En ese sentido, tras el acto de transacción o conciliación que significa tener una Constitución, aparece un iceberg normativo que apunta a la transformación de la sociedad. Así, deviene en el suscitador de nuevas realidades; y opera como el incitador y el estimulante para que una sociedad en su conjunto levantándose sobre la resignada convalidación de un estado de cosas, apunte hacia la creación de “algo” nuevo y mejor para todos.

Al respecto, en el primer Plenario de la Asamblea Constituyente de 1978 su Presidente Víctor Raúl Haya de la Torre señaló lo siguiente:

“Es obvio que la búsqueda de armonía y coincidencias que ofrezcan al texto constitucional un amplio consenso no significa, de modo alguno, el abandono de posesiones ideológicas ni de ideas, ni de programas [...] si queremos que la Constitución resulte válida para los más amplios sectores nacionales, debe concebirse como un documento que conjugue preceptos superiores y comunes [...] una Constitución no legisla para un partido ni para un sector, sino para todo el pueblo [...] debe ser guiada, además, por un sentido y una proyección de futuro. No legislamos para hoy ni para el inmediato mañana. La Constitución, si tenemos la sabiduría de concebirla realista y apropiadamente debe tener vigencia para varias generaciones”.

En ese sentido, la Constitución se asemeja a un histórico plan o programa de gobierno que refleja el sentimiento de una plural colectividad de personas en lo que respecta a su manera de ser, sentir y alcanzar prospectivamente.

b) La Constitución es un estatuto de poder

En un texto fundamental aparecen manifestadas un conjunto de reglas determinadas a justificar y establecer una relación de mando y obediencia entre gobernantes y gobernados.

En ese sentido, aparece como el instrumento que formaliza la legitimación del ejercicio del poder y la de los entes institucionales encar-

gados de entroncar la relación de subordinación razonada, en pro de alcanzar el comunitario proyecto de vida.

Ello conlleva a precisar los mecanismos y requisitos para alcanzar la calidad de gobernantes, sus competencias, responsabilidades y el tiempo de duración de dicha tarea.

Jorge Reynaldo Vanossi [*El Estado de Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2000] señala que la Constitución “es el enunciado institucional de las grandes ‘reglas de juego’ político y social que una comunidad adopta, para un cierto tiempo de su devenir histórico, por medio de un determinado reparto de competencias y con proyección u orientación hacia ciertos fines en los que la sociedad visualiza su porvenir”.

En ese orden de ideas, dichas reglas de juego representan el cause deseable por donde discurren los actores de una sociedad política: gobernantes y gobernados.

En ese sentido el texto fundamental regula la capacidad de acción y medios concretos de coerción dentro del seno de una comunidad de personas. Así, el dominio, imperio, facultad y jurisdicción política queda sometida a las reglas de limitación y calibramiento por parte de los operadores estaduales. Ello, habida cuenta que corresponde a la Constitución precisar quien tiene competencia y atribución de mando; para que se le otorgue la atribución de disponer de qué manera habrá de ordenar; y hasta por cuanto tiempo tendrá la facultad de decidir.

c) La Constitución es una póliza de salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona

En un texto constitucional aparece explicitado el reconocimiento y promoción de los derechos connaturales al ser humano por su sola condición de tal.

En ese aspecto, como bien señala Magdiel Gonzáles [*Manual de derecho constitucional*. Borrador en proceso de edición], la Constitución es un orden supremo que regula el ejercicio del poder político y que garantiza la vigencia y goce de los derechos fundamentales de la persona en una realidad social concreta.

Peter Haberer [*El Estado constitucional*. México: UNAM, 2001] expone que dicho contenido sugiere una concepción antropocéntrica. Así, el texto constitucional se “encuentra plenamente al servicio del

ser humano, de su dignidad y libertad, e incluso igualdad”.

La necesidad del reconocimiento y protección constitucional se ampara en la necesidad intrínseca de toda comunidad política de conservar, desarrollar y perfeccionar al ser humano en el cumplimiento de sus fines de existencia e indefectible asociación con sus congéneres.

d) La Constitución es un orden supremo constituyente del sistema jurídico

En un texto fundamental aparece la noción de fuente suprema dentro del ordenamiento jurídico de un Estado. Por ende, supone una normatividad supra encargada de consignar la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento legal de una sociedad política; de aquí que designe a los entes encargados de la creación de las normas generales de convivencia, así como del establecimiento de los procedimientos esenciales para su vigencia y eficacia.

En ese contexto, el resto de las normas imperativo-atributivas del Estado quedan sujetas a las reglas de respeto a la jerarquía y coherencia de contenidos con la Constitución.

En razón a lo expuesto, cabe afirmar que la Constitución es la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico.

Francisco Balaguer Callejón [*Fuentes del derecho*. Madrid: Tecnos, 1992] señala que “en cuanto fuente suprema del ordenamiento no solo crea órganos, otorga competencias, determina procedimientos, sino también incluye límites materiales o impone contenidos obligados en la producción jurídica de los poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo, Judicial).

Como bien afirma Javier Pérez Royo [ob. cit.] “el mundo del derecho empieza en la Constitución [...] no existe ni puede existir jurídicamente una voluntad superior a la de la Constitución”.

Enrique Álvarez Conde [ob. cit.] señala que “la Constitución es una especie de super ley, de norma *normarum*, que ocupa el vértice de la pirámide normativa”.

Al ser situada en la cúspide o cima del ordenamiento estatal, conlleva a que las normas infraconstitucionales –leyes, decretos, resoluciones, etc.– sean tanto en lo formal como en lo sustancial, consistentes, congruentes y compatibles con ella, so pena de carecer de efecto legal alguno.

El texto fundamental deviene en la fuente de validez de todo el orden jurídico; amén de ser norma con fuerza normativa plenaria sobre los poderes constituidos y los particulares en relación específica a la producción de preceptos regulantes de la vida coexistencial.

d) La constitución en la autorepresentación cultural del pueblo de un Estado

En un texto constitucional aparece manifestado el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan un grupo social adscrito a un determinado escenario histórico de constitucionalidad.

Así, la inescindible relación telúrica que surge del medio ambiente y el grupo social que lo ocupa hace que la manifestación del arte, las letras, el medio de vida coexistencial, los sistemas de valores, las tradiciones, las convicciones patrióticas, tengan un cierto sello que distinga y diferencia a dicha colectividad política.

Tal como señala Peter Haberle [*Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000] “la Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorepresentación propia de un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos”.

1.3.- El referente constitucional

Desde esa perspectiva en todo texto fundamental, de una manera directa o indirecta, se hace referencia al poder estatal y al pueblo. Así, tenemos lo siguiente:

a) En relación con el poder estatal

- Establece la forma de organización y funcionamiento del cuerpo político, así como la determinación de los titulares del poder estatal.
- Señala las competencias de los órganos del poder estatal, así como las relaciones y controles existentes entre ellos.
- Determina los fines sociales que deberán alcanzarse bajo la égida del poder estatal.

Georges Burdeau [*Método de la ciencia política*. Buenos Aires: Depalma, 1964] señala que para mandar dentro de un Estado, “hace falta título [...] y es la Constitución la que define las condiciones en que puede adquirirse este título”. A través de la Constitución los operadores del poder se instituyen como tales, alcanzan legitimidad y delimitan su competencia.

b) En relación con el pueblo de un Estado

- Reconoce los derechos y garantías de las personas y grupos sociales frente a sus congéneres y al Estado.
- Determina los deberes y cargas públicas de las personas, en conexión con sus congéneres y el Estado.

La doctrina es recurrente en admitir que la delimitación de esas competencias es inevitable en cualquier tipo de Constitución, se trate de un Estado totalitario o democrático. Es inconcebible que un texto fundamental no determine de alguna manera las competencias del Estado y de sus diversos órganos de poder con relación al cuerpo social, como también lo es que desdeñe establecer, por mínimas que sean, las libertades y derechos ciudadanos, amén de las obligaciones de carácter ciudadano.

1.4.- La fundamentación conectiva: la fuerza normativa de la Constitución

La Constitución es una noción intelectual que promueve una conexión entre el poder político y el derecho. Así, el primero de ellos se ve constreñido a ser ejercido con arreglo a la estructura y organización establecida por el texto fundamental. Es mediante este que el poder social se hace poder estatal, convalidando el ejercicio del gobierno dentro de unas vías previamente señaladas.

La existencia de una estructura y una organización constitucional significa la búsqueda de la unidad entre un complejo normativo y una situación social. La Constitución hace referencia a la esencia misma del ordenamiento social y político, amén de convertirse en el fundamento de un determinado ordenamiento jurídico.

Mediante la Constitución la realidad social y política del pueblo asume un “orden”, lo que permite asegurar un *mínimum* de justicia –por arbitraria que sea su inspiración–, ya que entronca al derecho

con el ejercicio del poder. A partir de ella, un ordenamiento jurídico regula por sí mismo la producción de las normas que direccionan los destinos de una sociedad.

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

La Constitución implica una fuerza vinculante de plurales vías: la de las autoridades y ciudadanos; así como las de ambos con sus homólogos.

Georges Burdeau [ob. cit.] sostiene que la Constitución es una "operación jurídica" mediante la cual el poder se transfiere de la persona de los gobernantes a una entidad abstracta denominada Estado; así, el poder se institucionaliza y la Constitución se convierte en el estatuto del poder. Por el imperio de la Constitución, hemos pasado del gobierno de los hombres (*government by men*) al gobierno de las leyes (*government by laws*).

En ese orden de ideas de Constitución se presenta como una un conjunto de normas fundamentales, obligatorias, imperativas y vinculantes. Sobre esto último Germán Bidart Campos [*El derecho constitucional y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995] señala que comprende "Tanto a la totalidad de los órganos de poderes como a los particulares, en un doble aspecto: cuando el propio Estado se relaciona con los particulares, y, cuando estos se relacionan entre sí. Todo ello para que la Constitución se cumpla, se acate, funcione y sea invocable ante los tribunales de justicia".

La Constitución tiene fuerza normativa porque está dotada de exigibilidad, obligatoriedad y efectividad. Así, tanto el poder estatal como la libertad personal terminan siendo regulados jurídicamente por el conjunto normativo contenido en el texto fundamental.

1.5.- Los criterios de estudio de la Constitución

El estudio del concepto de Constitución puede ser efectuado desde cuatro puntos de vista: deontológico, sociológico-fenomenológico, político y jurídico. Estas nociones no son totalmente excluyentes, sino que se integran e influyen recíprocamente.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *La noción deontológica*

Aquí se hace hincapié en el concepto de Constitución en cuanto modelo axiológico ideal para estructurar la organización estatal y como visión arquetípica de la forma y modo en que debería desarrollarse la coexistencia social dentro de una sociedad política.

b) *La noción sociológica-fenomenológica*

Aquí se hace hincapié en el concepto de Constitución en cuanto modo de ser concreto y real del Estado. Así, el texto fundamental del Estado es observado en relación a su inserción dentro de una específica unidad de ordenación política y social.

De acuerdo a esta noción, el cuerpo político no tendría una Constitución según la cual se forma y opera idílica y altruistamente la voluntad estatal, sino que la propia organización estatal es en sí misma la Constitución; es decir, expresa un *status* de unidad y de ordenación ya sea bajo la égida de valores positivos o negativos. Como señala Carl Schmitt [*Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universitaria, 1970]:

“El Estado dejaría de existir si cesara esta Constitución; es decir, esta unidad y ordenación. Su Constitución es su ‘alma’, su vida concreta y su existencia individual”.

c) *La noción política*

Aquí se hace hincapié en el concepto de Estado en cuanto alude a la organización basada en determinados principios de orientación política. Se plantea la Constitución como la explicitación de algunas pautas basilares fundamentales operantes de la unidad política.

Ferdinand LaSalle [*¿Qué es la Constitución?* Bogotá: Temis, 1997] ha señalado que la Constitución de un país es la suma de los factores reales de poder, expresados por escrito en instituciones jurídicas. A lo que habría que agregar que tras dichos factores aparecen los signos ideológicos y doctrinarios que dan rumbo a la acción del Estado.

d) *La noción jurídica*

Aquí se hace hincapié en el concepto de Constitución en cuanto

alude a su identificación con el ordenamiento jurídico estatal; esto es, con la primaria norma de derecho del cuerpo político sobre la cual se funda el sistema jurídico.

En esa medida, la Constitución es la primera de las normas del ordenamiento jurídico de un Estado; es la *lex superior* o *higher law*.

2.- LA ESTRUCTURA DE LO CONSTITUCIONAL

Dicha expresión alude a la interrelación, compenetración y conexión de los aspectos que componen lo relativo a la esfera de lo constitucional. En tal sentido, allí aparecen el espacio tiempo histórico, las conductas, los valores político-jurídicos y las normas.

Al respecto, veamos lo siguiente:

El espacio tiempo histórico [Víctor Raúl Haya de la Torre. *Obras completas. El espacio tiempo histórico*. Tomo 4. Lima: Mejía Baca, 1977] alude a las relaciones que se forjan entre los ejercientes y los destinatarios del poder político dentro de un específico espacio y época, así como a la “internalización” de los principios, normas y prácticas constitucionales que regulan dichas relaciones.

La cultura política de un pueblo se genera en un espacio o escenario geográfico ocupado por un determinado grupo social; el mismo que al elevarse a la conciencia histórica entiende y percibe el sentido de lo constitucional de una manera específica, por ser concreta y peculiar a dicha realidad antroposociogeográfica.

Esta realidad antroposociogeográfica establece un *escenario histórico de constitucionalidad*, del cual se promoverá un proceso político cultural que engendrará una peculiar forma de *regular* la existencia y coexistencia ciudadana dentro de un Estado determinado, así como de acatar y cumplir la normatividad constitucional.

La experiencia política de una colectividad se inicia cuando el grupo social alcanza conciencia –acceso a la percatación o reconocimiento de sí mismo– de su pertenencia a un escenario y tiempo histórico propio. Por ende, dicho grupo se proyecta a la peculiar satisfacción de sus necesidades colectivas, generando para tal efecto reglas de conducta político-jurídicas. Como bien sabemos la concienciación alude al proceso social mediante el cual un pueblo toma conocimiento e internaliza su problemática realidad, se adscribe a una idea y se involucra en el compromiso

de su transformación mediante la obra constituyente.

El ámbito de lo constitucional se expresa siempre dentro de un determinado escenario y tiempo histórico. La convicción del grupo social de establecer reglas para regular la actividad estatal y ciudadana, no es plenamente uniforme ni regular en todas las sociedades políticas, ello en razón a la privativa ubicuidad del escenario donde habrán de verificarse.

Cada *escenario histórico de constitucionalidad* tiene condiciones peculiares o especiales que, en cierto modo, hacen intransferibles las respuestas político-jurídicas que aquella ofrece a las convicciones ciudadanas.

En cada sociedad política, es la conciencia progresiva del *escenario histórico de constitucionalidad* lo que condicionará las formas cada vez más avanzadas de prescripción de determinados valores y principios políticos (democracia, justicia social, etc.). En ese sentido, lo *constitucional* transcurre en un específico territorio y época.

Al respecto, no debe olvidarse que el grupo social existe, labora, convive y perece en un entorno geográfico y tiempo histórico determinado, del que adquiere conciencia y comprensión de manera paulatina, lo que se reflejará en las reglas de relación político-jurídicas.

La existencia y coexistencia político-social se encuentra condicionada e influenciada por dicha realidad. En ese sentido, el acontecer humano dentro del Estado es indesligable de la realidad precedentemente descrita. De allí que las relaciones político-jurídicas tengan un marco condicionado y engarzado a un cierto *escenario-tiempo*.

Es evidente que no existe un ámbito constitucional –en sentido lato– “disecado”, desprendido o aislado de dicha realidad. Más aún, la esfera de la Constitución –la relación juridizada entre gobernantes y gobernados– es inseparable de su *escenario-tiempo*.

El *escenario histórico de constitucionalidad* es el espacio o área geográfica dentro del cual se encuentra asentado un grupo social. Por ende, comprende tanto al entorno geográfico como al grupo social asentado dentro de él. La relación del grupo social y el espacio donde coexiste y proyecta su vida comunitaria es, a su vez, *inseparable* de la categoría del tiempo.

El *escenario histórico de constitucionalidad* expresa, en principio, la influencia del factor geográfico-social; por ende, manifiesta la irrom-

pible relación telúrica que surge del medio ambiente y el grupo social que lo ocupa.

El continente geográfico y el grupo social se influyen mutuamente y recíprocamente, de lo cual se erige un proceso simultáneamente político, cultural y jurídico que necesariamente encierra una *conciencia social* que deja constancia de una percepción particular de las reglas de relación convivencial.

El engarce entre el espacio geográfico y el grupo social lleva a que este último perciba psicológicamente la existencia de un *tiempo subjetivo* (*Ivch Zeit*). Este se forma frente a cada espacio geográfico y a las condiciones de la vida comunitaria que en dicho territorio se produce; es decir, frente al específico grado de desarrollo económico, social y político en el que se asienta.

Este *tiempo subjetivo* de la colectividad política se extrae de su fuero interno; se fija con relación a la cadencia de la evolución histórica que marca las condiciones de vida de una sociedad. Esta percepción psicológica del tiempo por parte del grupo social, tiene que ver con el grado de su desarrollo político, social, económico y cultural.

Este "*lapso histórico*" implica en sí mismo el ritmo o la cadencia social que surge de la trama de relaciones entre el grupo humano y el espacio que condiciona su grado de conciencia política.

Los grados de ese *tiempo histórico* se miden por la evolución y desarrollo de las relaciones interindividuales, los cuales tienen mucho que ver con la capacidad de dominio sobre la naturaleza y la aptitud para satisfacer necesidades colectivas, sean estas naturales o espirituales.

El *tiempo histórico* no se mide por relojes, vale decir, por el lapso en su longitud. Así, la distancia espacial directa entre Lima y Caracas es mayor que la que existe entre nuestra ciudad capital y Tahuamanu (Madre de Dios); empero, considerada como distancia en la historia o lapso de evolución, Tahuamanu se encuentra más lejana de Lima que la capital de la República de Venezuela.

En ese orden de ideas aparece el denominado escenario-tiempo constitucional; el cual expresa la conciencia político-social del proceso político-cultural del pueblo de un Estado. Este deja constancia del vínculo irrompible forjado entre un grupo social, su medio ambiente y el grado de desarrollo alcanzado basándose en el dominio del hábitat, lo que promueve un proceso político-cultural con una forma

específica de *constitucionalización*.

Ahora bien, el tiempo es inseparable del *escenario*; se trata de un continuo indesligable, cuya conformación unitaria se genera a través de la conciencia histórica.

Es evidente que el *tiempo* no es universal y sincrónico –no ocurre al mismo momento– para todos los grupos sociales instalados en un escenario histórico de constitucionalidad. En ese contexto, es claro que la noción del *tiempo histórico* es diversa y variable según la trama de relaciones políticas.

Cada *escenario de constitucionalidad* se basa en la relación consciente del grupo humano con el espacio que ocupa, su tiempo subjetivo y el histórico, los que son inseparables de su peculiar proceso político y cultural. Esta relación consciente es el resultado de una prolongada acción recíproca, cuya mayor o menor profundidad determina el superior o ínfimo sentimiento de respeto de la Constitución.

Ahora bien, el *espíritu constitucional* se forja de la ligazón entre el grupo social y el espacio geográfico del Estado, lugar donde se existe y coexiste política y socialmente. Este implica la toma de conciencia de la comunidad política, de integrar y reunir a los detentadores y destinatarios del poder político en el marco de un orden comunitario vinculante *in totum*, aun por encima de los antagonismos y tensiones existentes derivadas de factores económicos, religiosos, políticos, etc. Este “espíritu” lleva a internalizar el conjunto de normas, principios y prácticas en el seno de la comunidad política.

En nuestro país, dicho “espíritu” tiene sus peculiaridades; y es, en lo genérico, débil y hasta inconsistente. Así, los peruanos nos hemos inclinado ya sea por estructuras políticas autoritarias o paternalistas, o por ambas en una rara simbiosis, o hemos practicado el trasplante de instituciones foráneas, fruto de un deslumbramiento por Europa.

De otro lado, la esfera constitucional incluye la conducta político-jurídica de los gobernantes y gobernados en lo relativo al cumplimiento o desobediencia de las normas del plexo constitucional.

Esta interrelación entre conducta gubernamental o ciudadanía y norma constitucional en sentido lato, es vital para la continuidad del proyecto constitucional; máxime cuando el desacatamiento por su grado de extensión, profundidad y continuidad en el tiempo generaría la denominada “fábula de la vida constitucional”; vale decir, hace

que la Constitución sea un muerto insepulto.

En ese sentido las conductas constitucionales o inconstitucionales surgen del discernimiento, la intención y la libertad.

El discernimiento es percibido como la aptitud para apreciar y juzgar nuestras acciones; la intención es observada como el deseo deliberado de realizar o no realizar un acto; y la libertad es considerada como el albedrío para decidir o ejecutar un determinado acto.

La exteriorización de una conducta constitucional o inconstitucional indica que puede ser expresa cuando se constaten medios explícitos y directos; tácita por deducción inequívoca a partir de ciertos hechos derivados de la conducta o comportamiento; y silente cuando la Constitución o alguna norma del plexo constitucional asigna un efecto jurídico-político al silencio o abstención de manifestación de voluntad.

Esta conducta puede ser categorizada como unilateral o concurrente de voluntades. En el primer caso supone un carácter enteramente subjetivo; en tanto que en el segundo supone un concurso de voluntades.

La conducta de los operadores de la Constitución resulta particularmente significativa en los casos de las omisiones legislativas; las mutaciones constitucionales y las costumbres institucionales.

Asimismo, la esfera de la constitucionalidad incluye a los valores constitucionales; los cuales son entendidos como las cualidades o propiedades que el plexo normativo atribuye a las actividades político-jurídicas que se derivan del cumplimiento de las normas.

Los valores son observados como objetos ideales que tienen validez *per se*; y que son objeto de revelación al realizar o dejar de realizar una conducta. Es decir, son calidades ideales que la Constitución preconiza como objetivo y que la conducta de los gobernantes y los gobernados verifican en la praxis.

La prescripción de los valores constitucionales implica una "*vivencia humana*", que no se reduce a una simple mención mental, sino que requiere, adicionalmente, de una actividad afectiva y volitiva.

La Constitución establece una forma de entender las relaciones coexistentiales, configurando una expresión cultural hecha norma en una sociedad política y dentro de un espacio históri-

co, todo ello dentro del hábito interno de la razón de justicia que acompaña al ser humano.

Igualmente, en la esfera de lo constitucional se hace imprescindible el estudio exhaustivo de las normas.

En ese sentido, la norma constitucional es aquella regla de conducta dictada en un tiempo y lugar determinado, y, que, con vocación de plasmar valores de naturaleza político jurídica, señala la obligación de hacer o no hacer algo u otorga la facultad de decidir sobre ello.

La norma constitucional enuncia algo que debe ser, en virtud de haber reconocido dentro de un espacio histórico un valor coexistencial como determinante para el señalamiento de un comportamiento específico de cumplimiento obligatorio.

Ahora bien, en relación a un espacio histórico determinado las normas pueden presentarse eficaces o ineficaces en lo que respecta a su cumplimiento.

Las conductas pueden develarse como constitucionales o inconstitucionales en función a su contrastación con lo previsto en una norma. Estas, asimismo pueden revelarse como legítimas o ilegítimas en función a su conformidad con los valores que emanan de la Constitución.

3.- LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO

En la historia del derecho se conoce con la denominación de constitucionalismo inicial a aquel movimiento político-jurídico gestado desde el siglo XIII hasta parte del siglo XIX; y, que, finalmente logró consagrar para los estados el sancionamiento de una ley fundamental llamada Constitución.

Dicho proceso tuvo como égida el paulatino proceso de sacralización del ideario liberal-burgués y el secuencial destierro de cualquier manifestación política o jurídica que emanase del orden caduco del monarquismo absolutista.

El constitucionalismo inicial aparece como la partida de defunción de un orden caracterizado por el poder omnímodo, la estamentalización de la sociedad, y la cosificación de la persona humana; en cambio se presenta como el receptáculo normativo de la libertad, la igualdad ante la ley y la fraternidad como expresión de virtud cívica.

Desde una perspectiva teórica los postulados del constitucio-

nalismo inicial aparecerán a través de una pluralidad de intelectuales, a saber:

Tomás de Aquino (1225-1274) en su obra *El régimen del príncipe* consideró que el rey gobernante se encontraba limitado en su accionar por el bien común y el respeto a la ley divina y la ley natural.

John Locke (1632-1704) en su obra *Consideraciones sobre el gobierno civil* se ocupó del contrato social y de las divisiones de las funciones del poder estatal.

Carlos Luis de Secondant, barón de la Brede y Montesquieu (1689-1755) en su obra *El espíritu de las leyes* expuso acerca de los frenos y contrapesos entre los distintos órganos del Estado.

Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) en su obra *El contrato social* planteó el origen convencional del poder político y el principio democrático como instrumento de legitimación política.

Emmanuel Sieyès (1748-1836) en sus obras *¿Qué es el tercer Estado?* y *Opiniones* planteó la estructuración unívoca del Parlamento como expresión de la soberanía popular y se referirá al poder constituyente.

Thomas Paine (1737-1809) en su obra *Los derechos del hombre* asoció a la Constitución con la legitimación democrática.

Entre las gestas históricas destacan el proceso político inglés –particularmente la “Gloriosa” Revolución de 1688– la Revolución Americana de 1776 y la Revolución Francesa de 1789.

Dichas gestas señalan que Inglaterra aportará la teoría de la representación mediante la institucionalización del Parlamento y la formalización de las garantías a favor de la persona (hábeas corpus). Francia legará la formulación del concepto de soberanía popular y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Estados Unidos entregará la primera Constitución escrita y la formalización de la independencia de los jueces.

3.1.- Los elementos constitutivos del constitucionalismo inicial

En el período que transcurre entre los siglos XIII y parte del siglo XIX se irán perfilando una pluralidad de elementos, que, por distintas vertientes, confluirán en la creación del fenómeno constitucional.

Sobre la materia, son citables los siete siguientes: la limitación del poder estatal y la distinción entre sus funciones y los órganos de ac-

tuación política; la consagración de la ley como instrumento de seguridad frente al poder estatal; la existencia de leyes con carácter de fundamentales; el reconocimiento consuno de dichas leyes bajo los criterios de supremacía y rigidez; el establecimiento del poder constituyente; la protección de los derechos naturales; y la legitimación del poder estatal por la vía democrática.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *La limitación del poder estatal y la distinción entre sus funciones y órganos de actuación política*

Dicho elemento planteó que todo poder estadual debía necesaria e inexorablemente ser limitado por el derecho.

Al respecto, no debe olvidarse como refiere Mario A.R. Midón [*Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1997], que el absolutismo “aparecía como una emanación de la divinidad con potestad no solo para la dirección política y administrativa del Estado, sino también para dictar la ley, juzgar la conducta de sus súbditos y ejecutar las decisiones”.

Como bien explica Carlos María Bidegain [*Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001]:

“En el reino de Dios o en un Estado ideal gobernado por hombres sabios, virtuosos y justos no es concebible un gobierno limitado por el derecho, pero en una sociedad regida por hombres imperfectos el derecho cumple una función indispensable”.

Dicha limitación se presentaba como una herramienta contra el despotismo y la arbitrariedad.

En ese mismo contexto, se estableció la distribución de las funciones del Estado entre varios órganos estaduales; los cuales se encontrarían conducidos por una pluralidad de operadores del poder (autoridades). Así, el poder detendría al poder y se aseguraría la libertad mediante una técnica de frenos y contrapesos.

b) *La consagración de la ley como instrumento de seguridad frente al poder estatal*

Dicho elemento planteó que la ley -norma escrita- se convertía en instrumento afirmador de la seguridad jurídica de los individuos y formalizador de las “conquistas” obtenidas por los grupos sociales

frente al poder de los soberanos.

Al respecto, la Constitución francesa de 1791 solemnemente estableció: “No hay autoridad en Francia por encima de la ley”.

Esta norma de carácter general por la cual se manda, autoriza, prohíbe o penaliza una conducta otorgaba certidumbre acerca de lo que podía o no se podía hacer. Más aún, expresaba la lucha por generar los espacios de autodeterminación frente a la autoridad.

Dentro del período descrito aparecerán en Inglaterra los siguientes textos escritos: *La Carta Magna* (Juan sin Tierra, 1215); *Las Provisiones de Oxford* (Enrique III, 1258); *La Confirmatio Cartorum* (Eduardo I, 1297); *La Petición de Derechos* (Carlos I, 1620); y *La Declaración de Derechos* (Guillermo de Orange, 1689).

En España son citables los siguientes textos escritos: *El Fuero de León* (Alfonso V, 1020); *El Fuero de Jaca* (Sancho Ramírez “El rey aragonés”, 1064); *El Fuero de Toledo* (Alfonso VII, 1118).

En Alemania (Bohemia) es citable *La Bula de Oro* (1349).

c) La existencia de leyes con carácter de fundamentales

Dicho elemento planteó que toda relación de mando y obediencia; así como la organización y funcionamiento de las instituciones del aparato estatal descansaba en las bases de ciertas leyes que por tales se consideraban fundamentales. Es decir, reconocía la presencia de un mínimo preceptivo que servía de principio, base y fundamento de la relación política y la convivencia social juridizada.

Carlos María Bidegain [ob. cit.] expone que “en las luchas del Parlamento contra las dinastías Tudor y Stuarts, la vieja Carta Magna, la *Confirmatio Cartarum* y otras piedras miliars del proceso constitucionalista, embellecidas por la patina del tiempo, sirvieron a los fines políticos de una de las partes. En ese tumultuoso siglo de la historia británica (siglo XVII), aquellos documentos quedaron definitivamente premunidos del espíritu de esa comunidad y en la práctica [...], se convirtieron en leyes fundamentales”.

d) El reconocimiento consuno de dichas leyes bajo los criterios de supremacía y rigidez

Dicho elemento planteó el carácter supraordinante de las normas fundamentales en relación al resto de los demás preceptos jurídicos

vigentes dentro de un Estado.

En ese sentido, debe recordarse la avizora sentencia del juez Edward Coke en el célebre caso *Bonham vs. Atkins* y otros (Inglaterra 1610); empero la que establecería dicho elemento de manera definitiva sería la dictada por el juez John Marshall en el caso *Madison vs. Marbury* (Estados Unidos 1803).

Igualmente se consideró que dado el carácter de fundamentales y por ende de supremas, se debía abroquelar dichas normas con el manto de la rigidez; esto es, protegerlas de la precipitación y mero voluntarismo legislativo en lo relativo a su abrogación o modificación. De allí que se estableciese un procedimiento agravado para asegurar una vigencia más o menos perdurable.

e) El establecimiento del poder constituyente

Dicho elemento planteó la necesidad de que fuesen los propios miembros de la comunidad política -ya sea por la vía directa o representativa- quienes estableciesen el conjunto de normas consideradas como fundamentales; exonerándolos de cualquier otra traba que no proviniese de la realidad circundante, de la ideología imperante o de los valores éticos vigentes al momento de efectuarse el proceso de creación constitucional.

f) La protección de los derechos naturales

Dicho elemento planteó la reivindicación de los derechos insitos a la naturaleza humana; y por tanto universales en su reconocimiento y protección.

En ese sentido, son citables la Constitución de Virginia en 1776, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos en 1776, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 y las diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos en 1791.

Cabe advertir que con anterioridad una serie de documentos habían reconocido ciertos derechos hoy considerados como fundamentales; pero estos habían sido "concedidos" para satisfacer las aspiraciones de ciertos grupos dotados de alguna cohesión y fuerza política oponibles a los soberanos (nobleza, clero, corporaciones, menestrales, ciudades, etc.).

g) La legitimación del poder estatal por la vía democrática

Dicho elemento planteó que el origen del poder político emanaba de la voluntad del pueblo.

Es decir, que el origen del ejercicio del poder radicaba en la pura y constitutiva voluntad ciudadana.

En ese sentido, es citable el caso de la Constitución de los Estados Unidos en 1787.

3.2.- Las etapas del constitucionalismo

El sector mayoritario de la doctrina señala que el proceso constitucionalista puede ser dividido en: constitucionalismo clásico o liberal, constitucionalismo social y constitucionalismo contemporáneo. Dichas etapas guardan correspondencia con las “oleadas constitucionales”, que fruto del avance de determinadas ideologías y de las guerras y revoluciones son explicadas en el capítulo octavo.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) El constitucionalismo clásico o liberal (constitucionalismo inicial)

Dicha etapa se gestará laxamente a partir del siglo XIII y se prolongará hasta parte del siglo XIX. Esta expresa en sí misma los orígenes o inicios del constitucionalismo anteriormente referido.

Forjado para derrotar al absolutismo monárquico, Néstor Pedro Sagüés [*Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1997] señala que dicha modalidad se dirigía a “racionalizar el poder político creando la imagen de la nomocracia o gobierno de las leyes”. Es decir, que para considerar cualquier acto del Estado como válido y legítimo, este debía derivarse de una competencia previamente prevista en la Constitución.

Norberto Q. Martínez Delfa [*Génesis del derecho constitucional*. Rosario: Juris, 1995] refiere que “el constitucionalismo clásico o liberal reconoce su origen en el desarrollo de las primitivas libertades públicas inglesas. No nace espontáneamente ni observa una única fórmula. Por el contrario, se consolida gradualmente a través de sucesivos avances en los que los sectores cada vez más amplios de la sociedad civil se benefician con el reconocimiento de sus derechos”.

En ese orden de ideas, la doctrina señala que dicha etapa se manifiesta como consecuencia de las revoluciones inglesa, americana y

francesa respectivamente.

Recibe tal denominación por haber establecido alguna de las principales características constitutivas del fenómeno constitucional; así como haberse procesado al influjo del ideario liberal-burgués.

La Revolución Inglesa aportó el *Acuerdo del Pueblo* (1647) y el *Instrumento de Gobierno* (1658); igualmente incorporó la *Carta Magna* (1215), la *Petición de Derechos* (1620), la *Declaración de Derechos* (1689), y el Acta de Establecimiento (1701).

La Revolución Norteamericana produjo la Constitución de Virginia –la primera Constitución propiamente dicha de la historia– (1776), la Constitución de los Estados Unidos (1787), y las diez primeras enmiendas constitucionales (1791).

La Revolución Francesa estableció la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y las constituciones de 1791, 1793 y 1795.

Como puede observarse dicha etapa concluye con la consagración de las constituciones escritas de corte liberal. Ellas instituyeron el reconocimiento formal de los derechos civiles y políticos, así como también un modelo político-jurídico denominado de *democracia liberal*.

Entre los valores y principios rectores aparecen la libertad, la igualdad y la legalidad. Esta última aseguró que los gobernantes y gobernados quedaran sujetos a una sola y misma ley; el que los derechos fundamentales solo pudieran ser limitados, restringidos o suprimidos por imperio de la ley; así como el que nadie estuviera obligado a hacer, ni privado de realizar aquello que la ley no prohíbe.

Entre sus principales características destacaron las nueve siguientes:

- Creó los elementos constitutivos del constitucionalismo.
- Reconoció y protegió los denominados derechos individuales de carácter civil y político bajo la denominación de fundamentales para la persona humana; aun cuando solo puso acentuado énfasis en la vida, la libertad, la igualdad ante la ley y la propiedad.
- Estableció que la legitimidad para gobernar se sustentaba en la soberana decisión del pueblo.
- Estableció el principio de legalidad como base y fundamento para el ejercicio de las conductas coexistentes.

- Limitó la actividad política y administrativa del Estado al manejo de las relaciones internacionales, la defensa, la salud, la educación, y la custodia de la paz y el orden social.
- Estableció la noción del poder constituyente; el cual descansó en el pueblo como sujeto “propietario” del mismo.
- Estableció la noción de la representación política.
- Formalizó el sistema capitalista como expresión económica que el Estado debe respetar; absteniéndose, por tanto, de intervenir en el mercado. Esto es, debía acatar la máxima del fisiocratismo: “Dejad hacer, dejad pasar, que el mundo va por sí solo”. Más aún, reconoció y promovió las denominadas libertades económicas (libertad de comercio, libertad de empresa, libertad de industria, libertad de trabajo).
- Consagró una ciudadanía fragmentaria, en donde tenían derecho a la participación política aquellos que hubieren acreditado propiedad, renta, profesión u ocupación; amén de haber sido exclusiva para el género masculino.

b) El constitucionalismo social

Dicha etapa embrionariamente aparece con la Segunda Revolución Republicano Francesa de 1848 y se concreta con la Revolución Mexicana de 1910-1917, la Revolución Bolchevique de 1917-1918 y la aparición de la primera experiencia republicana en la Alemania Unificada de 1919-1933. En puridad, puede afirmarse que dicho proceso se gesta tras la finalización de la Primera Guerra Mundial.

Como bien expone Norberto Q. Martínez Delfa [ob. cit.]:

“Los acontecimientos políticos y sociales vividos en Occidente durante el pasado siglo [se refiere al XIX] y las primeras décadas del presente [se refiere al XX], mostraron la necesidad de recrear la concepción clásica de los derechos, nutriéndola con el aporte de los aspectos sociales”.

El casi nulo énfasis puesto en las constituciones clásicas sobre las cuestiones sociales registra su origen en una maniquea concepción de la libertad individual. Esta tesis extrema es refutada solidariamente por la Iglesia Católica y los movimientos políticos y sociales, lo que provocará una re-creación del ideario liberal.

Como expone José Cossío Díaz [*Estado social y derechos de presta-*

ción. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989] a través de esta modalidad se intenta “superar la hasta entonces mítica división entre Estado y sociedad”. Por ende, se preocupaba de no percibir al hombre aislado y autista, sino integrado y dentro de la sociedad.

El régimen político que auspicia no se reduce a una estructura jurídica de protección de la libertad y la seguridad personal, sino a un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo. De allí que mediante el replanteamiento de la igualdad como finalidad, todos pueden tener la posibilidad de satisfacer sus necesidades existenciales mínimas.

Esta etapa es una prolongación de la primera. Ergo, el tratamiento de lo “social” surge y se expande del propio cogollo de la ideología liberal.

Se manifiesta como respuesta a la parte negativa del fenómeno de la revolución industrial y la desmesura en pro del lucro del capitalismo decimonónico. Así, tras la larga fila de los hombres “vendiendo” su fuerza de trabajo en condiciones indignas a la condición humana; o tras las muchedumbres desocupadas, el constitucionalismo social intentara resolver la “cuestión social”.

Como plantea Álvaro Echeverri Uruburu [*Teoría constitucional y ciencia política*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2002] “el orden económico y social, que en el período liberal era una realidad ‘extraconstitucional’, pasa a convertirse en el capítulo capital o preponderante según los casos de las estructuras constitucionales [...]”.

Recibe tal denominación al influjo variopinto y hasta contrapuesto ideológicamente de la doctrina social de la Iglesia iniciada con la encíclica de León XIII conocida como *Rerum Novarum* o de las Cosas Nuevas (1891) en donde se describe a los obreros como seres “entregados sin defensa a la inhumanidad de los empresarios y a la desenfrenada codicia de los competidores”; asimismo, aparece en las posturas social-demócratas, social-cristianas y hasta marxistas-leninistas.

Dicho período percibe el sentido de lo “social”, ya sea bajo valores democráticos u autoritarios.

Entre las principales características del constitucionalismo social de corte democrático destacaron las ocho siguientes:

- Aceptó los elementos constitutivos del constitucionalismo clásico en materia de seguridad y libertad.
- Reconoció que los derechos individuales deben ejercerse en armonía con los intereses generales de la sociedad.
- Replanteó la noción de igualdad –prevista en el constitucionalismo clásico como de isonomía ante la ley– como paridad en la oportunidad, a efectos de hacer efectiva la plena libertad de ser lo que se puede y se quiere ser.
- Amplió la gama de los derechos fundamentales de la persona al ámbito económico, social y cultural.
- Generalizó el goce de los derechos políticos casi sin restricción alguna.
- Fomentó la presencia activa del Estado en el ámbito económico, ya sea con carácter promotor, regulador, planificador y hasta conductor.
- Fomentó la dignificación ética del trabajo.
- Planteó la solidaridad como deber jurídico y la justicia como deber político del Estado.

En su vertiente autoritaria es dable mencionar al constitucionalismo corporativo y al marxista-leninista, que entendieron el sentido de lo “social” de manera subordinada a la estructura, organización y funcionamiento del Estado.

En relación al constitucionalismo corporativo, dicha etapa aparece después de la Primera Guerra Mundial del siglo XX y alcanza hasta casi finales del mismo siglo.

Se manifiesta en el fascismo italiano encarnado por Benito Mussolini (1922-1943); el fascismo portugués de Antonio de Oliveira Salazar (1932-1974); y en el fascismo español de Francisco Franco Bahamonde (1939-1975).

Recibe tal denominación en virtud de apoyarse en aquella doctrina social y política que atribuye presencia estatal a las corporaciones –agrupaciones de personas unidas por vínculos idénticos de carácter económico, social, cultural, etc.– por ende, rechaza el individualismo personalista y apoya la división y asociación de las personas en razón a dichos criterios.

En ese contexto, la representación política de las corporaciones se engarza dentro de un régimen de Estado-partido con liderazgo caudillesco; y en donde la actividad laboral deviene en un servicio a la Nación y los medios de producción en instrumentos para la consecución de los objetivos nacionales.

El fenómeno italiano aportó las leyes del orden dictatorial del 24 de diciembre de 1925 y del 17 de mayo de 1928; así como la Carta del Lavoro de 1927.

El fascismo portugués produjo la Constitución de 1933.

El fascismo español estableció las Leyes Constitutivas de las Cortes de 1942, el Fuero de los Españoles de 1945, la Ley Orgánica del Estado de 1967, etc.

Entre sus principales características destacaron las tres siguientes:

- Estableció la inserción de la persona dentro de la Nación. Es decir, no aceptó expresión alguna de individualismo.
- Estableció la existencia de órdenes, decisiones y prescripciones que se constituyeron en Constitución material. La voluntad del gobernante era normativa y prerrogativa en la medida que tenía expresión político-jurídico *per se*; y de ser el caso con atribuciones inaplicativas de las leyes existente que se le hubieren contrapuesto.
- Estableció la estamentalización político-jurídica de la ciudadanía en función a categorías profesionales u ocupacionales.

Debe advertirse que el fenómeno del nazismo encaja dentro de esta vertiente en sus aspectos fundamentales.

En relación al constitucionalismo social de corte marxista-leninista, dicha etapa aparece tras la victoria de la Revolución Bolchevique en 1917 y se extiende hasta 1991 fecha de la desaparición del bloque comunista en Europa.

Recibe tal denominación en razón a que se apoyo en los postulados planteados por Carlos Marx, Federico Engels y Vladimir Ilich Ulianov "Lenín".

Se manifiesta en la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1918, la Constitución de la Gran Rusia de 1923 y la Constitución Stalinista de 1936.

Dicha vertiente objetó la noción Estado de Derecho y la reemplazó por el concepto de legalidad socialista que es la expresión jurídica de un tipo de constitucionalismo en donde supuestamente se tiene por objeto la protección de los derechos de los trabajadores; proscribiendo para alcanzar ello, los intereses y expectativas de la denominada clase burguesa.

Entre sus principales características destacaron las cuatro siguientes:

- Fomentó los derechos de carácter económico, social y cultural.
- Excluyó de la participación política a vastos sectores de la población, en función a la falta de identidad con los postulados ideológicos del Estado; y enervó los derechos de autodeterminación en los aspectos de conciencia y organización de la sociedad civil.
- Estableció el centralismo democrático; lo que conllevó a la atención y resolución de todos los asuntos que atañían al Estado desde el núcleo o centro del poder político.
- Estableció el papel directivo del Partido Comunista en la vida social y política.

Como bien dijera Karl Loewenstein [ob. cit.] entre los vicios más despreciables del constitucionalismo autoritario “destaca” aquel que intentó “modelar la vida privada, el alma, el espíritu y las costumbres de los gobernados”.

c) El constitucionalismo contemporáneo

Dicha etapa se gesta a mediados del siglo XX.

Se manifiesta como consecuencia de las secuelas dejadas por la Segunda Guerra Mundial, los procesos de integración interestatales y la caída del “Muro de Berlín”.

En ese sentido, la humanidad queda advertida de la necesidad de contrarrestar con más democracia los peligros de los totalitarismos transpersonalistas; así como, extender el reconocimiento, protección y promoción de los derechos a sectores más amplios y otrora desprotegidos.

La Constitución supraordina al principio de legalidad y consagra a la jurisdicción coexistencial como origen contralor de la constitucionalidad.

En ese orden de ideas aparecen la humanidad, los pueblos y las

minorías como nuevos sujetos de derecho.

En la etapa presente se acredita una actividad constitucional tendente a acrecentar la división de funciones y a la creación de órganos extra-poder; a la traslación de competencias otrora pertenecientes al Estado-Nación hacia organismos supranacionales; y al reconocimiento de derechos “descubiertos” en la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

Entre sus principales características destacan las seis siguientes:

- Establecimiento del carácter normativo de la Constitución; por ende, de aplicación inmediata, directa e imperativamente.
- Fomento masivo de los principios, valores, instituciones y categorías de naturaleza democrática.
- Proceso de autolimitación de la soberanía estatal y la transferencia de ciertas potestades a organismos internacionales supranacionales, a efectos de asegurar en mayor medida la vigencia de los derechos humanos y la promoción social y el desarrollo económico.
- Extensión de las técnicas de frenos y contrapesos a favor de órganos no políticos (Defensoría del Pueblo, etc.).
- Auspicio del control de la constitucionalidad por medio de entes con jurisdicción concentrada.
- Ampliación creciente del catálogo de los derechos fundamentales de la persona y creación de nuevos instrumentos de garantía para su protección y goce.

4.- LAS CONCEPCIONES ACERCA DE LA CONSTITUCIÓN

De acuerdo a lo observado por Manuel García Pelayo [*Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1984] el contenido de una Constitución se encuentra orientado por alguna de estas tres corrientes teóricas: racional-normativa, tradicional-histórica y sociológica.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La corriente racional-normativa

Dicho concepto alude a la Constitución como una categoría de la razón. Fue impulsada por el movimiento de la ilustración de los siglos XVIII y XIX e impuesto compulsivamente por Napoleón Bona-

parte como modelo a buena parte de los pueblos europeos.

Se sustenta en que los legisladores constituyentes consideran que la razón humana es el medio capaz de resolver, a través de la dación de normas escritas, la totalidad de los problemas de carácter político-social. Se postula la probabilidad de crear y estructurar *a priori* una determinada comunidad político-jurídica, e incluso, de asegurar la felicidad del hombre.

Esta corriente surge de la creencia en la posibilidad de planificar la vida política, de racionalizar el acaecer del ejercicio del poder y de fundamentar el orden jurídico de una sociedad.

La Constitución es concebida como un conjunto normativo establecido en un solo *acto constituyente*, en el que de manera plenaria y sistemática se fijan los fines, funciones y órganos del cuerpo político.

Magdiel Gonzáles [ob. cit.] expone que se percibe a “la Constitución como un complejo normativo, fundamentado en normas escritas y reunidas en un cuerpo codificado que se establece por la razón humana [...] y por las que de una manera total, exhaustiva y sistemática establece las funciones fundamentales del Estado [...]”.

Javier Tajadura Tejada [*El derecho constitucional y su enseñanza*. Lima: Grijley, 2001] manifiesta que por ser la Constitución el fundamento de todo el ordenamiento jurídico y ser expresión de la razón, sus normas se encuentran dotadas de mayores garantías de estabilidad que las leyes ordinarias.

Javier Pérez Royo [ob. cit.] señala que tras la visión racional-normativa aparecen las fauces de la ilustración. El citado autor plantea que:

“Si bien el ser humano no puede ir contra las leyes de la naturaleza, en cambio puede mediante el uso de la razón evitar quedar a merced de dichas fuerzas [...], así también esto debe ocurrir en lo que a su vida social se refiere. Si se puede luchar contra la sequía mediante la construcción de embalses [...] ¿por qué no se va a poder luchar contra el despotismo y el derecho del más fuerte, mediante el establecimiento de unas normas racionales para el ejercicio del poder?”.

En ese sentido, la Constitución contiene una pluralidad sistémica de principios, valores, instituciones y normas esenciales que se instituyen como la base para la organización político-jurídica del Estado y de la relación de este con el pueblo en lo concerniente a la determina-

ción de las reglas vinculantes de mando y obediencia; amén de justificar a través de los objetivos comunitarios a alcanzarse, la existencia misma del cuerpo político.

Carlos Alberto Olano [ob. cit.] plantea dos perspectivas para comprender el sentido racional-normativo de la Constitución, a saber:

a.1) La perspectiva formal

La Constitución racionalmente se entiende como un complejo de normas escritas supras emanadas de un procedimiento complejo y solemne, cuyo sancionamiento corresponde al titular del poder constituyente. Su reforma solo es viable mediante un *iter* legisferante agravado.

Dicha perspectiva obliga a su formalización escrita, a efectos de ofrecer las garantías de racionalidad a contracorriente de la irracionalidad inmanente de la costumbre.

a.2) La perspectiva material

La Constitución se entiende como un complejo de instituciones político-jurídicas encargadas de realizar los fines coexistentes de un grupo de personas adscritas a un entorno espacio-temporal determinado.

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

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

Señálese adicionalmente los procesos técnicos del poder constituyente, la supremacía jurídica del texto constitucional, la interpretación constitucional, la reforma constitucional y el control constitucional.

Su originaria manifestación política apuntó a que rigiese la voluntad impersonal de la ley –obra de la comunidad en su conjunto a

través de la representación parlamentaria- y no de la voluntad de los monarcas.

En suma, respecto a su relación con el derecho, la concepción racional-normativa se fundamenta en el principio de validez.

b) La corriente tradicional-histórica

Dicho concepto alude a la Constitución como producto del carácter nacional y del espíritu peculiar de un pueblo. Fue impulsado por la vocación historicista aparecida en el siglo XIX al influjo del romanticismo en su vocación irracionalista. En ese sentido, preponderante papel jugaron Edmund Burke y Joseph de Maestre.

Se fundamenta en la elaboración de un texto fundamental arraigado en las costumbres y sentimientos peculiares y ancestrales de cada pueblo. Por ende, se parte del rechazo de cualquier consideración "totalizadora", a efectos de permitir la expresión formal de lo "vital", es decir, de los gérmenes materiales de vida contenidos en el tiempo, las circunstancias, el carácter nacional, etc.

La Constitución de un Estado surge de sus condiciones materiales; la misma que se modela en el devenir de su existencia y en donde intervienen factores culturales, políticos, económicos y sociales. Esto responde al ser de cada pueblo en su trama y devenir histórico.

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

Como bien explica Mario A.R. Midón [ob. cit.]:

"La Constitución no es fruto del legislador, porque no es producto de la razón, sino una estructura que es el resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen frecuentes motivos irracionales, fortuitos e irreductibles a un esquema".

En ese contexto el acto constituyente no puede ser único ni total, ya que es la suma de innumerables situaciones concretas y puntuales y de los usos y prácticas acumuladas a lo largo del tiempo histórico de un pueblo. Por ende, tampoco puede ser parametrado ni reducido escrituralmente a la unidad.

Germán Bidart Campos y Walter F. Carnota [*Derecho constitucional*

comparado. 2 tomos. Buenos Aires: Ediar, 2001] refieren que según esta corriente “la Constitución [...] ha surgido, se ha modificado, y subsiste en sus estructuras fundamentales no por elaboración racional sino como producto idiosincrásico de la comunidad. El tiempo, el uso, la ejemplaridad, han ido legitimando su vigencia y consolidando su curso”.

Al respecto, es recordable la afirmación planteada por el representante de Pennsylvania John Dickinson en el Congreso Constituyente de Filadelfia en 1787: “La experiencia debe ser nuestra única guía. El raciocinio podría extraviarnos”.

En suma, respecto a su relación con el derecho, la concepción tradicional-histórica se fundamenta en el principio de legitimidad.

c) *La corriente sociológica*

Dicho concepto alude a la Constitución, como la formalización del fenómeno social que nace y evoluciona en virtud de la acción de los diversos factores de la convivencia colectiva. Fue impulsada por la vocación sociologista aparecida a finales del siglo XIX e introducida específicamente por Ferdinand Lasalle en su obra *¿Qué es la Constitución?* (1862).

Al respecto, Ferdinand LaSalle [ob. cit.] sustenta el concepto sociológico en los siguientes términos:

“Los factores reales de poder que rigen en el seno de la sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son [...]. ¿Pero qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución [...]? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí.

Se toman, estos factores reales de poder –la monarquía, la aristocracia, la gran burguesía, los banqueros, la conciencia colectiva y la cultura general, la pequeña burguesía y la clase obrera–, se extienden en una hoja de papel, y ya no son simples factores de poder, sino que se erigen en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado”.

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

ende, las consideraciones políticas, jurídicas y culturales subyacentes en un texto constitucional quedan relativizadas por las situaciones emanadas de la sociedad.

Dicha concepción plantea su oposición simultánea al racionalismo y al historicismo.

Dicho contenido sociológico se caracteriza por lo siguiente:

- La Constitución primordialmente es una forma de “ser” y no de “deber ser”.
- La Constitución es el resultado de las situaciones y estructuras sociales del presente y no es el epítome del pasado.
- La Constitución no se sustenta en una norma trascendente, ya que al tener la sociedad sus propias reglas constitutivas y constituyentes, siempre devienen en rebeldes e indomables a la pura normatividad. Por tanto, la Constitución debe adaptarse a dichas reglas.

Así pues –siguiendo a Sismondi [Citado por Tadeo Gonzáles. *Estado y nación*. San José: Roa, 1989]–, cabe señalar que el texto fundamental se define como la “manera de existir de una sociedad, de un pueblo o una Nación”. En un cierto grado se relativiza el orden político-jurídico, a la situación social imperante.

Ahora bien, como afirma Javier Tajadura Tejada [ob. cit.] la Constitución no es el resultado del pasado, sino inmanencia de las situaciones sociales del presente; no se sustenta en una norma trascendente, sino en la infraestructura social.

De ello se deduciría que puede existir una normatividad en desacuerdo con la estructura social real, en cuyo caso el concepto Constitución se escinde en una Constitución sociológica o real y una Constitución jurídica o formal.

En suma, respecto a su relación con el derecho, la concepción sociológica se fundamenta en el principio de vigencia.

4.1.- Las funciones de la Constitución

Konrad Hesse [*Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1989] señala que “cualquier tipo de Nación que pretenda perdurar, precisa de un ordenamiento formado y ejercitado conforme a su voluntad; que haya delimitado su ámbito y regula-

do en él y para él la condición de sus miembros". En ese contexto, señala que la Constitución cumple las funciones de consolidación, organización y rectoría.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La función de consolidación

La Constitución permite establecer la unidad política de la acción estadual. En ese sentido, Konrad Hesse [ob. cit.] señala que la Constitución puede considerarse como el ordenamiento jurídico del proceso de integración estatal; es decir, tiene como objetivo la formación y conservación de la unificación política.

b) La función de organización

La Constitución coadyuva a la acción e incidencia de los órganos del Estado –los cuales son observados como conductas, instrumentos o medios–, en pro de la consecución de determinados cometidos políticos. Para tal efecto, delimita las competencias funcionales y las responsabilidades político-administrativas y coordina las relaciones entre las autoridades entre sí y la de estos con los ciudadanos; amén de integrar normas o instrumentos de gobierno.

c) La función de rectoría

La Constitución marca simultáneamente el derrotero, rumbo y sentido histórico del cuerpo político y del de sus integrantes. Al respecto, Konrad Hesse [ob. cit.] expone que “la Constitución se convierte no solo en el orden jurídico fundamental del Estado, sino también en el de la vida no estatal dentro del territorio de un Estado: es decir, en el orden jurídico fundamental de la comunidad”.

En ese contexto, la Constitución deja constancia de su operacionabilidad normativa, sociológica y política.

La operacionabilidad normativa se devela por los lineamientos doctrinarios que habrán de impregnar todo el sistema jurídico; el cual debe desarrollarlos bajo los rasgos imperativo-atributivos propios del derecho.

La operacionabilidad sociológica se devela por ser un instrumento conformador de la realidad social. En ese aspecto deviene en un elemento básico para la dinámica coexistencial. Mediante un texto cons-

titucional y por decalaje las del resto de la normatividad, los procesos y cambios sociales tienen fuerza jurídica (legitimación del poder, estructuración de las funciones sociales, relaciones institucionales, etc.).

La operacionalidad política, se devela en la definición de los principios y valores en que funda la unidad ético-política del Estado.

5.- LAS PARTES DE LA CONSTITUCIÓN

Es tarea común en la doctrina del derecho constitucional, dividir en cinco partes las materias y contenidos de un texto básico: preámbulo, parte dogmática, parte orgánica, fórmula garantista, fórmula económica, fórmula de revisión y apéndice.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *El preámbulo*

Hace referencia según lo establece Nicolás Pérez Serrano [*Tratado de derecho político*. Madrid: Civitas, 1984] a aquella “fórmula solemne de introducción, que enuncia compendiosamente quien hace la Constitución y a que fines se encamina, y sirve para exponer la tendencia y espíritu del texto al que precede”.

En efecto, este expone las bases de legitimidad histórica, social y política del Estado. En él se juntan las razones, las creencias y las aspiraciones del pueblo.

Cada vez con mayor frecuencia se aprecia que las constituciones modernas adoptan el establecimiento de un exordio o preámbulo. En cuanto al Perú, esta opción fue ejercida por primera vez en la Constitución de 1979.

Jorge De Esteban [*Tratado de derecho constitucional*. Madrid: Universidad Complutense, 2001] sostiene que el preámbulo contiene dos tipos de enunciados, a saber:

- Los enunciados de carácter explicativos de cara al pasado; y que justifican la legitimidad del nuevo orden constitucional en contraposición al que existía anteriormente.
- Los enunciados de carácter declarativo de cara al futuro; y en donde se exponen los objetivos que el nuevo orden constitucional se propone alcanzar.

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

b) La parte dogmática

Hace referencia a los derechos y obligaciones de la persona y de los grupos sociales adscritos al Estado.

Nicolás Pérez Serrano [ob. cit.] expone que “su nombre revela explícitamente el sentido religioso que lo anima y el culto que a sus expresiones se tributa”.

Actualmente antecede a la parte orgánica en razón a que explica implícitamente la razón de ser del Estado y la orientación histórica del constitucionalismo.

c) La parte orgánica

Hace referencia al Estado. Comprende la institucionalización sistémica del cuerpo político; el conjunto de reglas para el establecimiento y función de los órganos y organismos estadales; así como el reparto de competencias entre estos y los mecanismos de elección o designación de las autoridades encargadas de su conducción.

En esa perspectiva, plantea regulaciones en las tres áreas siguientes:

- La forma de Estado (unitario, complejo).
- La forma de gobierno (monarquía, república, presidencialismo, parlamentarismo, etc.).
- Las competencias de los órganos de poder, relaciones, controles, etc. (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, organismos autónomos, etc.).

d) La fórmula garantista

Hace referencia al conjunto de procesos constitucionales destinados a defender el goce pleno de los derechos fundamentales, así como la supremacía de la Constitución y la ley (Habeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Inconstitucionalidad, Acción Popular, etc.).

e) La fórmula económica

Hace referencia al conjunto de principios y normas destinadas a fijar una ordenación económica; esto es, comprende los aspectos relativos al mercado.

f) La fórmula de revisión

Hace referencia al *iter* procedimental a seguirse para conseguir la actualización de la Constitución; es decir, fija la ruta a seguir para promover las reformas o enmiendas que permitan conciliar el texto constitucional con la siempre dinámica realidad política.

g) La parte del apéndice

Hace referencia a aquello que se añade de manera accesoria o dependiente. Esta parte está conformada por cláusulas complementarias, reglas interpretativas, derogación expresa de normas infraconstitucionales, disposiciones finales y/o transitorias, fecha de entrada en vigencia y hasta la ratificación de los tratados internacionales.

En muchas ocasiones aparece como la “clave de bóveda” del tránsito de una Constitución a otra.

Por otro lado, en cuanto a la forma, la Constitución puede ser presentada de modos muy diversos, a saber:

- Por títulos, capítulos, artículos e incisos (Perú).
- Por partes, secciones, capítulos, artículos e incisos (Argentina).
- Por títulos, artículos e incisos (Mónaco).
- Por orden alfabético (Noruega).

Debe advertirse que los artículos usualmente se señalan por números arábigos, aunque algunos países mantienen la tradición de utilizar la numeración romana. En cuanto a los incisos, pueden expresarse por números o letras.

En algunos países, las reformas constitucionales se declaran a través de los agregados *bis*, *ter*, *quater*, *quinquies* (es el caso de la Constitución suiza).

5.1.- El problema de la relación entre la parte dogmática y la parte orgánica

A partir de ciertos postulados planteados por Carl Schmitt [ob. cit.] en torno a la Constitución de Weimar (Alemania, 1919), la doctrina se ha dedicado a teorizar acerca de la relación entre las partes citadas.

Al respecto, veamos lo siguiente:

La parte dogmática de la Constitución puede ser percibida como supraordinante, coordinante o subordinada con relación a la parte orgánica del mismo texto.

Es supraordinante cuando percibe a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y el Estado. En ese contexto la parte orgánica se remite a asegurar el cumplimiento de dicho objetivo teleológico. Tal como refiere Nicolás Pérez Serrano [ob. cit.] “la parte dogmática encierra lo decisivo y orientador; la organización estatal es su instrumento”.

Es coordinante cuando se limita a formular ciertas prerrogativas, privilegios o intereses especialmente protegidos a favor de la persona humana; de modo tal que los órganos legisferantes del Estado queden impedidos de afectarlos y a la vez estén obligados a conciliar sus políticas legislativas con dicha parte de la Constitución.

Es subordinada cuando sus enunciados no representan una limitación al poder estadual; expresan meras declaraciones programáticas; o remiten sus alcances y contenidos a la interpretación discrecional del legislador ordinario.

6.- LA CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

De acuerdo con la doctrina clásica, las normas constitucionales pueden clasificarse en declarativas, teleológicas, operativas o autoaplicativas, programáticas o de principio, enumerativas e implícitas.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Normas declarativas

Son aquellas que resumen su contenido en la manifestación de una mera proclama. Expresan, de manera solemne, el principio o comienzo de un nuevo tiempo histórico.

A pesar de carecer de contenido jurídico expreso, sirven como pautas interpretativas o como derroteros para los procesos de elaboración normativa.

En ese sentido, en el artículo 2 de la Constitución peruana de 1823 se expresaba:

“Esta –en referencia a la República– es independiente de la monarquía española, y de toda dominación extranjera; y no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia”.

b) Las normas teleológicas

Son aquellas que resumen su contenido en el debe ser del Estado. Expresan la fórmula política y del modelo económico y social adoptado por el cuerpo político.

Al respecto, en el artículo 1 de la Constitución de la URSS de 1977 se decía:

“[...] es un Estado socialista de todo el pueblo que expresa la voluntad y los intereses de los obreros, de los campesinos, de los intelectuales y de los trabajadores de todas las naciones y etnias del país”.

c) Las normas operativas o autoaplicativas

Son aquellas que funcionan *per se*; es decir, se bastan a sí mismas. Se trata de preceptos autosuficientes y directamente aplicables; por ende, no requieren ni exigen la dación de normas reglamentarias para alcanzar eficacia. En puridad su titular puede exigirlos de manera inmediata, sin cortapisas de ninguna especie. Su goce surge con el acto mismo de su consagración constitucional.

En ese caso facultan, disponen, o prohíben hacer algo de manera concreta e inmediata.

Es el caso de los derechos de libertad, igualdad, asociación, etc.

d) Las normas programáticas o de principio

Son aquellas que se encuentran “atadas”, para alcanzar plena eficacia, a la existencia futura de determinados niveles de desarrollo socioeconómico, así como a la dación de una legislación reglamentaria. Es el caso de muchos derechos de carácter social (vivienda, seguridad social, etc.). Por su propia naturaleza son *per se* imperfectas o incompletas.

Las normas programáticas enuncian un tema constitucional, pero no aportan una regulación concreta, la que debe ser establecida por un acto normativo posterior y/o la existencia de determinadas condiciones en la realidad misma. En ese contexto, las normas programáticas no son susceptibles de aplicación inmediata.

Hermann Petzold Pernia [Citado por Simeón Bastidas. “Los derechos humanos”. En: *Presente*, N° 3. Lima, 1980] afirma que son “las que precisan las líneas fundamentales del desarrollo futuro, en orden a ciertas materias”. Como puede observarse no son “normas de fachada”, sino axiomas para el derrotero de la legislación infraconstitucional, amén de que, aun cuando carecen de efecto aplicativo inmediato, siempre son útiles para encauzar el proceso de elaboración e interpretación constitucional.

Las normas programáticas o de principio, según Vezio Crisafulli [“*Fonti del diritto costituzionale*”. En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. VIII. Traducción libre. s.l., 1964], “son aquellas que están dirigidas a señalar lo que podrá o deberá disponerse en ciertas hipótesis o en ciertas materias [...] por la subsiguiente actividad legislativa de los parlamentos”.

Dichas normas tienen un efecto diferido en el tiempo y están sujetas a una regla de condición para su aplicación: la dación de una norma infraconstitucional que complementa regulativamente sus alcances y contenido.

En puridad se trata de normas jurídicamente imperfectas que requieren del auxilio de una norma reglamentadora para alcanzar plenitud de eficacia.

A nuestro modo de ver, las normas programáticas son eficaces en la medida que se conectan con alguna de las cuatro funciones siguientes:

- Condicionen la validez de la legislación infraconstitucional.
- Impulsen indirectamente la labor legislativa ordinaria.
- Condicionen la acción gubernamental, a efectos de hacerla coherente con la orientación constitucional.
- Auxilien la interpretación constitucional.

e) Las normas enumerativas

Son aquellas que se encuentran expresa, específica y literalmente

mencionadas en el catálogo constitucional. Tal el caso del derecho a la vida, al trabajo, a la libertad de conciencia, etc.

f) Las normas implícitas

Son aquellas que se encuentran “*insertas*” dentro de algunas de las categorías, principios o instituciones recogidas por el texto constitucional. Se trata de preceptos incrustados dentro de una idea genérica.

Al respecto, el artículo 3 de la Constitución peruana de 1993 señala que “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo – referido a los derechos fundamentales de la persona– no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

El Tribunal Constitucional en el caso Genaro Villegas Namuche (Expediente N° 2488-2002-HC/TC) describió en la Constitución el denominado derecho a la verdad; y en el caso César Zúñiga López (Expediente N° 6546-2006-PA/TC) el denominado derecho al agua.

7.- LA TIPOLOGÍA DE LAS CONSTITUCIONES

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

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

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

Esta tipología puede ser establecida de la manera siguiente:

a) *Constituciones morfológicas*

- Constituciones rígidas y flexibles.
- Constituciones escritas y consuetudinarias.
- Constituciones formales y materiales.
- Constituciones codificadas y dispersas.
- Constituciones principistas y reglamentaristas.
- Constituciones unitarias y complejas.
- Constituciones otorgadas, pactadas y democráticas.

b) *Constituciones ontológicas*

- Constituciones originarias y derivadas.
- Constituciones normativas, nominales y semánticas.
- Constituciones ideológicas y utilitarias.

7.1.- *Las constituciones morfológicas*

Aluden a la importancia que se asigna al tipo de estructuración y *forma* en que aparece el texto fundamental. En ese sentido, se presentan las siete clasificaciones siguientes:

Primera clasificación: rígidas y flexibles

Las constituciones *rígidas* son aquellas que solo pueden ser modificadas mediante un procedimiento especial de reforma; su estructura deviene en cuasi fija e inalterable. Raúl Ferrero Rebagliati [*Ciencia política*. Lima: Studium, 1975] señala que son las “contenidas en un texto emanado de una autoridad superior a la legislación ordinaria y reformable mediante procedimientos complejos”. Se las conoce también con las denominaciones de fijas, estáticas o estables.

Adolfo Posada [*Tratado de derecho político*. Madrid: Manuel Soler, 1940] destaca que “la rigidez constitucional puede interpretarse como un esfuerzo para construir una Constitución clara y definida, que revela la aspiración de someter el Estado al derecho positivo, definido según normas indubitables”. En suma, el acto de reforma requiere de trámites y procedimientos ineludibles que implican mucho más que un mero acto legislativo.

Las constituciones *flexibles* son aquellas que pueden ser modificadas mediante un procedimiento ordinario de reforma. Se caracterizan por poseer elasticidad y rápida adaptabilidad, lo que permite que puedan producirse enmiendas con la facilidad y frecuencia que la sociedad exija.

En consecuencia, las constituciones flexibles o elásticas son aquellas cuyo proceso de reforma puede ser efectuado por el órgano legislativo ordinario, sin mayor dilación ni cumplimiento de requisitos excepcionales. Tal como didácticamente plantean Germán Bidart Campos y Walter F. Carnota [ob. cit.] son las que se reforman mediante una ley común.

Tales los casos de la Constitución inglesa –con algunas salvedades que veremos en su oportunidad–, la de Israel y la de Nueva Zelanda. En relación al pasado son citables las constituciones francesas de 1799, 1814 y 1830.

Segunda clasificación: escritas y consuetudinarias

Las constituciones *escritas* son aquellas que expresan su normatividad por medio de signos convencionales impresos en un documento.

Dichos documentos son usualmente promulgados de manera solemne.

Las constituciones *consuetudinarias* son aquellas cuya normatividad es consecuencia de un cúmulo de acontecimientos históricos que embargan el espíritu cívico de los integrantes de una comunidad política. Se sustentan en la conciencia social de un pueblo, forjada a la luz de su peculiar experiencia histórica.

Allí, la estructura, organización y funcionamiento del Estado es el resultado de prácticas o tradiciones consagradas por el uso constante, por lo que llegan a obtener, en la población, “conciencia de obligatoriedad”.

Estas constituciones están integradas principalmente por costumbres, usos, hábitos y prácticas que, surgidas y perfeccionadas durante un largo proceso histórico, importan todo un sistema de preceptos ordenadores de la vida del Estado. En ese sentido, buena parte de las instituciones políticas inglesas son fruto de la *opinio iuris necessitatis* entre gobernantes y gobernados: es el caso de la corona, el gabinete ministerial, la responsabilidad de los ministros ante la Cámara de los

Comunes, las funciones de la Cámara de los Lores, el período de sesiones de las cámaras, la “Oposición a Su Majestad”, etc. No obstante lo expuesto, algunos aspectos de la parte orgánica –y la mayoría de los de la dogmática– se encuentran expresados por escrito.

Cabe consignar que hasta fines del siglo XVIII solo existieron constituciones consuetudinarias. Empero por obra de los publicistas que prepararon las revoluciones burguesas, se impuso el criterio de la expedición de un texto fundamental escrito, con disposiciones claras y sistemáticas.

El ideario liberal insurgente de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX consagró la tesis de las constituciones escritas, en razón de los tres fundamentos siguientes:

- La convicción acerca de las mayores garantías que ofrece la norma escrita en comparación con la mera costumbre.
- La convicción de que la Constitución sancionada por la soberanía popular constituía la renovación del contrato social; por ende, sus cláusulas debían ser redactadas de la manera más ceremoniosa y protocolar.
- La convicción de que las constituciones escritas se convierten en un medio insuperable de educación política ciudadana.

Al respecto, tras la efímera experiencia inglesa del *Instrumento de Gobierno* (1653), la Constitución escrita aparece en las otroras colonias inglesas de América del Norte luego del proceso emancipador, y en la Francia Revolucionaria de 1789 a 1795. Posteriormente, al influjo de esta última se extenderá a lo largo del continente europeo en el siglo XIX.

En el referido siglo también aparecerá en las experiencias políticas de las ex colonias españolas y portuguesas de América Latina.

El proceso de descolonización en las décadas de los 60 y 70 del siglo XX acarreará su implantación en buena parte de los estados de Asia y África.

Ahora bien, como señala Rodrigo Borja [*Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992], en rigor, los alcances de esta clasificación no deben ser tomados literalmente, ya que en los hechos todo Estado tiene una Constitución con una parte escrita y otra consuetudinaria. A lo sumo, puede hacerse referencia

de que un cuerpo político tiene un orden constitucional *predominantemente* escrito o consuetudinario.

Tercera clasificación: formales y materiales

Las constituciones *formales* se refieren a un texto declarado en forma solemne y ritual como la “ley de leyes” de un determinado y específico Estado. En ese aspecto, se refieren únicamente a la forma y efectos jurídicos de un texto fundamental. Aluden a un sistema de normas supremas, sancionadas por un órgano investido de *poder constituyente*.

Walter F. Carnota [*Curso de derecho constitucional*. Tucumán: La Ley, 2001] señala que diacrónicamente la Constitución formal fue la primera expresión tipológica en aparecer. Ello en razón al afán burgués de codificar los logros de las “Revoluciones Atlánticas” –la americana y la francesa– así como de sacralizar los “*mínimos constitucionales*” establecidos en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (las garantías de los derechos fundamentales de la persona y la división de poderes).

Las constituciones *materiales* se refieren a las normas que, independientemente de la forma y solemnidad, real y *efectivamente* se aplican dentro de un Estado. Esta *eficacia* es el producto o resultado jurídico de las situaciones y estructuras reales (sociales, políticas, económicas, culturales). Aluden a la vigencia de un conjunto de normas, escritas o consuetudinarias, que tienen “efectiva” vigencia jurídica, política y sociológica; es decir, involucran lo real, lo viviente y lo cabalmente verificable en la praxis.

La inexistencia de una formalidad solemne en lo referente a la designación del texto base, no enerva que el Estado tenga una estructura de gobierno; y desde la cual se ejerce el poder sobre la población en su ámbito territorial, a efectos de asegurar el cumplimiento de determinados fines.

La solemnidad y ritualismo en la aprobación de una Constitución es un dato reciente de la historia; por el contrario, con prescindencia de la formalidad, siempre ha existido un estatuto o Constitución material que ha servido de estructura básica a todo Estado.

La Constitución material corre en paralelo a la Constitución formal.

Entendemos que se pueden considerar como parte de dicha materialidad constitucional, las leyes que por su origen y forma son

aparentemente ordinarias, pero cuyo contenido trasciende hacia lo constitucional; los tratados internacionales de integración y derechos humanos, etc.; las costumbres constitucionales; la jurisprudencia constitucional de principio y los fallos con habilitación constitucional.

Ahora bien, como acertadamente advierte André Hauriou [*Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel, 1980], en principio, los dos sentidos coinciden; empero también pueden presentarse diferencias. Ambos coinciden cuando la Constitución en sentido formal, rige y funciona en la realidad. En cambio, entran en contradicción cuando el texto fundamental carece de eficacia real o parcial, no funciona ni se aplica integralmente. Esta falta de eficacia deriva de épocas en que se producen situaciones como los gobiernos de facto y los autogolpes.

André Hauriou [ob. cit.] recuerda que puede darse el caso de un Estado dotado de una Constitución material, sin que posea otra en sentido formal. Al respecto, cabe citar la experiencia de Italia durante el lapso de ochenta y cinco años (1861-1946). En ese período histórico –que arranca con el proceso de unificación a cargo de Víctor Manuel II de Saboya y que se extiende hasta la abdicación de Víctor Manuel III– dicho país careció de una Constitución en sentido formal, pero obviamente se rigió por normas supremas materiales.

Cuarta clasificación: codificadas y dispersas [Domingo García Belaunde. *Constitución y política*. Lima: Studium, 1991]

Las constituciones *codificadas* son aquellas cuya normatividad se encuentra contenida en un texto único, orgánico y sistemático; es decir, condensan y subsumen toda la materia constitucional exclusivamente en un solo texto. Es decir, plantea una unidad normativa globalizada en una sola y única pieza jurídica.

Las constituciones *dispersas* son aquellas cuya normatividad se encuentra contenida en una pluralidad de documentos separados o independientes. Esta pluralidad de textos se identifica por la materia sobre la que mancomunadamente versan y no por la índole de los documentos en los cuales constan.

En puridad se trata de un constitucionalismo fragmentado en dos o más textos.

Es el caso de la España franquista, que contó con ocho textos de nivel constitucional (el Fuero de los Españoles, el Fuero del Traba-

jo, la Ley Constitutiva de las Cortes, la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado, la Ley del Referéndum Nacional, la Ley de Principios del Movimiento Nacional, la Ley Orgánica del Estado, etc.), así como el de las leyes constitucionales francesas de 1875, etc. Actualmente es el caso de Israel, Nueva Zelanda y Arabia Saudita.

Quinta clasificación: principistas y reglamentaristas

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

Por tal motivo, se deja a la legislación ordinaria la reglamentación de los demás aspectos de carácter constitucional. Son dignos de ser citados los casos de la Constitución francesa de 1958 (92 artículos) y la Constitución china de 1975 (30 artículos).

Las constituciones *reglamentaristas* son aquellas que pretenden encerrar en el *corpus* constitucional toda una casuística acumulada por la experiencia político-jurídica. Se trata de textos extensos, detallados y extremadamente puntuales en el señalamiento de requisitos, procedimientos, etc. Aquí pueden citarse los casos de la Constitución de la India de 1950 (395 artículos) y la Constitución peruana de 1979 (306 artículos).

Sexta clasificación: unitarias y complejas

Las constituciones *unitarias* son aquellas que se adscriben al tipo de Estado unitario. Por ende, se aplican con carácter de exclusivas y excluyentes dentro del territorio de un Estado. Este es aquel donde el poder político se manifiesta desde un solo centro de afluencia y decisión; alude a una instancia única reconocida como detentadora del poder. Aquí pueden citarse las constituciones de Perú, Chile, Bolivia, etc.

Las constituciones *complejas* son aquellas que se adscriben a los tipos de Estado federal y libre asociado. El Estado federal es aquel donde un conjunto de comunidades primigeniamente soberanas, en ejercicio de su soberanía, deciden asociarse a efectos de constituir una organización política superior para alcanzar metas y objetivos comunes. Por ende, coexisten con respeto de las reglas, jerarquía y coherencia de las normas constitucionales del Estado federado y de las

normas constitucionales del Estado federal.

En ese contexto, los ciudadanos y los operadores políticos del Estado federado deben sujetar doblemente su conducta a lo que dispongan ambas constituciones; las mismas que son concordantes dentro de las reglas arriba mencionadas.

A efectos de mayor claridad, debe señalarse que la Constitución del Estado federado esta obligada a respetar los principios, valores, categorías, instituciones y normas establecidas en la Constitución de la Federación.

Las constituciones federales aluden a una pluralidad de estados con un orden jurídico específico y particular para ciertos ámbitos de poder, pero que tienen en común su entroncamiento con un ordenamiento jurídico superior y con una autoridad común que goza de plena autonomía en el ejercicio de sus funciones. Ello permite la creación de una nueva colectividad política, la misma que se superpone sobre los entes asociados. Pueden citarse aquí los casos de Estados Unidos, Alemania, Venezuela, Brasil y Argentina.

El Estado libre asociado es aquel en donde un cuerpo político mediante un acto de libre determinación se liga a otro a efectos que este asuma su defensa y representación internacional.

En consecuencia, la autoridad política del Estado se ejerce conforme a la Constitución y al convenio de asociación.

En la praxis un Estado que se asocia por razones de debilidad política acepta que su Constitución solo tenga vigencia previa ratificación por el Congreso del Estado protector; amén que ninguna enmienda posterior puede ser incompatible con la resolución confirmativa otorgada o por otorgarse. Al respecto, son citables los casos de Puerto Rico y Micronesia.

Sétima clasificación: otorgadas, pactadas y democráticas

Las constituciones *otorgadas* son aquellas conferidas o establecidas unilateralmente por un órgano estatal. Domingo García Belaunde [ob. cit.] las define como el producto de un acto de gracia política.

Resultan de una concesión voluntaria del Jefe de Estado en favor de sus súbditos o ciudadanos: el otorgante se desprende, a discreción, de todos o parte de sus poderes, consagrando dicha medida en un documento constitucional a cuyo cumplimiento se somete. En puridad,

emergen de la voluntad constituyente que no tiene origen popular.

Son citables todas las cartas o fueros de origen medieval, las constituciones francesas de 1814 (Luis XVIII) y de 1830 (Luis Felipe I), la Constitución española de 1845 (María Cristina de Borbón), y la Constitución griega de 1844 (Oton I de Baviera). Pueden incluirse en este rubro el Fuero de los Españoles otorgado por el general Francisco Franco Bahamonde en 1945, y la Carta Rusa de 1905, dictada por el zar Nicolás II. En tiempos más actuales, puede citarse la Constitución de Mónaco de 1962, dictada por el rey Rainiero III.

A guisa de ejemplo Luis XVIII expresó en la Corte de 1814:

“Voluntariamente y por el libre ejercicio de nuestra autoridad real, consiento y consentimos, conceder y otorgar a nuestros súbditos, a los actuales así como a sus sucesores, y para siempre, la siguiente Corte Constitucional”.

En opinión de André Hauriou [ob. cit.], este tipo de textos no expresa la voluntad nacional; empero puede representar una “concesión política” establecida por el ejerciente del órgano Ejecutivo en favor de una representación parlamentaria no adicta ni disciplinada a la voluntad del gobernante.

También se incluyen los *documentos constitutivos* generados por los gobiernos de facto.

Las constituciones *pactadas* son aquellas que expresan el resultado de un acuerdo, compromiso o transacción entre un órgano estatal y la comunidad o un sector significativo de ella. Expresan históricamente el resultado de una conciliación o capitulación política, por lo que encierran una decisión bilateral entre gobernantes y gobernados. Este pacto puede alcanzar la “mixtura” de tener un doble origen: autocrático y popular, como sucedió con la Constitución española de 1876, que fue promulgada por el rey Alfonso XII, “en unión y acuerdo con las Cortes del reino”.

Al respecto, debe recordarse que tras un pronunciamiento militar encabezado por Arsenio Martínez Campos y Fernando Primo de Rivera el desterrado hijo de Isabel II, fue coronado rey de España. La Constitución pactada permitió el establecimiento del denominado “*turno pacífico*” entre los dos grandes partidos de la época: el conservador de Antonio Canovas del Castillo y el liberal de Práxedes Mateo Sagasta.

Las constituciones *democráticas* son aquellas emanadas del poder constituyente electo por la vía del sufragio, o aprobadas por el pueblo mediante referéndum, o ratificadas por cuerpos de origen popular. Es decir, son la expresión del ejercicio de un poder prejurídico y supremo por parte del pueblo. Surgen de la libre discusión de asambleas o congresos especialmente constituidos para su elaboración. Dichos entes están integrados por representantes de la ciudadanía.

7.2.- *Las constituciones ontológicas*

Aluden a la importancia de estudiar y contrastar el *contenido* de la Constitución con la realidad política, es decir, con el mundo tangible y efectivo del poder. En esa perspectiva, aparecen las tres siguientes clasificaciones:

Primera clasificación: originarias y derivadas

Las constituciones *originarias* son aquellas que crean un nuevo principio fundacional para el proceso político y la formación de la voluntad estatal. Su denominación radica en que tienen carácter innovativo, modélico e imaginativo en el establecimiento de categorías e instituciones constitucionales. No se rigen por criterios ya instituidos en otras leyes fundamentales. Por dicha razón, adquieren un valor suprahistórico.

Al respecto son citables la Constitución americana de 1787 que creó el régimen presidencial y el Estado federal; las constituciones napoleónicas de 1799, 1802 y 1804 que establecieron las consultas plebiscitarias; la Constitución francesa de 1814 que instituyó la monarquía constitucional; la Constitución mejicana de 1917 que estableció los derechos sociales, etc.

Las constituciones *derivadas* son aquellas que adaptan a la realidad y necesidad de un Estado, los principios, categorías e instituciones fundamentales establecidos en una Constitución originaria. Como afirma Jorge Carpizo [“La democracia y la clasificación de las constituciones: una propuesta”. En: *Ius et Praxis*, N° 8. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1986] “se encargan de introducir, con sus propias peculiaridades, los principios del proceso del poder político y la formación de la voluntad estatal contenidos en otra Constitución, a su propia normatividad *supra*”.

Se trata de textos caracterizados por ser meras copias o imponentas

constitucionales; es decir, plantean a lo sumo ingeniosas *adaptaciones*. Aquí pueden citarse los casos de la mayoría de las constituciones latinoamericanas y africanas.

Segunda clasificación: normativas, nominales y semánticas

Las constituciones *normativas* son aquellas en las que la realidad del proceso político puede ser analizada de acuerdo con lo señalado en las normas constitucionales; es decir, existe una adecuación entre la realidad político-social y el texto fundamental. Se trata de constituciones aplicadas, respetadas y con vigencia política, donde su cumplimiento es consecuencia de la armonía existente con el sistema de creencias preponderante en la sociedad política. Pueden citarse aquí los casos de Inglaterra, Suecia, Estados Unidos, etc.

Alegóricamente, Mario A.R. Midón [ob. cit.] explica que “la Constitución es como un traje que se siente bien y que se lleva real y cotidianamente”.

Las constituciones *nominales* son aquellas donde no existe una concordancia plena ni absoluta entre la realidad del proceso político y las normas constitucionales. Esta disconformidad parcial se produce a causa de factores de diversa índole, como la falta de educación general, la existencia de hábitos políticos atávicos, la diferente configuración real de la relación gobernante-gobernados, etc. No obstante lo expuesto, existe la justificable expectativa de alcanzar dicha concordancia en un futuro no lejano, en razón de la voluntad política de dotar al texto constitucional de una plena vigencia y eficacia en el plano de la realidad. Ergo, se aspira a la búsqueda de la “internalización” por parte de gobernantes y gobernados, de las creencias que inspiraron la aprobación de las normas constitucionales.

Germán Bidart Campos y Walter F. Carnota [ob. cit.] exponen que son “las que carecen de realidad existencial [...]. El proceso político no se adapta a sus normas”.

En el contexto de una vigencia real “fragmentada”, cumplen transitoriamente una función de aprestamiento cívico y se trazan como meta el convertirse en *constituciones normativas*. Pueden citarse como tales los textos de México, Uruguay, Colombia, Perú, etc.

Alegóricamente, Mario A.R. Midón [ob. cit.] explica que “la Constitución es como el traje que se cuelga durante cierto tiempo en el

armario y que será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido”.

Las constituciones *semánticas* son aquellas en que el proceso del poder se encuentra “congelado” en beneficio de quienes detentan el poder político; es decir, existe una concordancia “fabricada” entre la realidad y las normas constitucionales: estas se limitan a formalizar una situación preexistente. Basta señalar que, si no existiese ninguna Constitución escrita, el proceso real del poder no sería muy diferente del que acontece en la práctica.

Germán Bidart Campos y Walter F. Carnota [ob. cit.] anotan que a diferencia de las nominales, en estas “no hay disimulo ni ocultamientos. Son francas pero sirven para estabilizar el dominio de los detentadores del país”.

En esencia, son textos que permiten a los gobernantes ritualizar jurídicamente su situación de poder, sirviendo más para consolidarlos o eternizarlos que como instrumentos para limitar sus competencias y atribuciones. Aquí pueden citarse los casos de los estados islámicos, Corea del Norte, Libia y Cuba.

Alegóricamente, Mario A.R. Midón [ob. cit.] explica que “la Constitución no es en absoluto un traje, sino un disfraz”.

Tercera clasificación: ideológicas y utilitarias

Las *constituciones ideológicas* son aquellas que expresan un conjunto de ideas políticas destinadas a orientar y justificar la acción del Estado. Expresan de manera consciente y deliberada la afirmación de un cuerpo de ideas asumidas de la teoría política, e intentan plasmar normativamente una visión singular de la vida en sociedad.

Estas constituciones se esfuerzan en hacer hincapié en los fines y objetivos del Estado, e incluso se detienen en definiciones que encierran los valores políticos que se quieren alcanzar. Aquí pueden ser citados los casos de las constituciones marxistas (las fenecidas URSS y República Democrática Alemana).

Las constituciones *utilitarias* son aquellas que se adhieren a un único y *exprofeso* objetivo: regular técnicamente los mecanismos del proceso gubernamental.

Se trata de textos ideológicamente neutros, e instrumentales en la práctica; por tanto, rehúsan o limitan al máximo cualquier referencia a los valores políticos y se inclinan simplemente por especificar la me-

cánica y el funcionamiento del poder. Caen dentro de este género la Constitución alemana de Bismarck de 1871, y las constituciones francesas de 1871 y 1946.

8.- EL CONTENIDO *IN TOTUM* DE LA CONSTITUCIÓN

Sobre la base de todo lo anteriormente establecido, puede derivarse que la Constitución tiene el contenido siguiente:

- a) El conjunto de principios, normas y prácticas básicas y fundacionales del Estado. Esta pluralidad preceptiva puede encontrarse contenida en un documento redactado y aprobado con solemnidad, y en la práctica de usos y costumbres consagrados por la conciencia de obligatoriedad, etc.
- b) La afirmación preceptiva de la organización y funcionamiento del poder estatal, así como el establecimiento de las competencias y deberes funcionales de sus operadores.
- c) La determinación de un proyecto comunitario a cumplirse mediante la consecución de los fines y metas estatales, amén de la configuración modélica de la organización o aparato estatal necesario para la consecución de dichos propósitos compartidos políticamente.
- d) El establecimiento de los principios, reglas y cánones que sustentan la relación entre gobernantes y gobernados. En relación con estos últimos, fija el conjunto de derechos, deberes y garantías existentes en su entorno, con plena independencia de los valores ideológicos en que se sustenta.
- e) La determinación jurídica del carácter supraordinante de sus fórmulas preceptivas. Ello significa que la supremacía preceptiva de la Constitución implica la subordinación, a sus disposiciones, de todos los actos emanados de los órganos estatales, así como la necesidad de la armonización y coherencia del resto de la normatividad jurídica.

9.- LA CONSTITUCIÓN Y LA CONSTITUCIONALIDAD

Una Constitución solo tiene genuino sentido cuando sus operadores se comprometen cabal y seriamente en la realización de sus fines, metas u objetivos; cumplimiento para el cual –entre otras importantes tareas– se requiere, de manera imprescindible, que sea complementa-

da con una pluralidad de leyes y demás normas de inferior jerarquía que aseguren su operatividad y funcionamiento.

Este “desarrollo” de la Constitución implica que los legisladores y magistrados manifiesten a través de sus acciones una vocación de lealtad, fidelidad y nobleza plena con sus postulados; lo cual conlleva, a su vez, que la tarea legislativa y la actividad hermenéutica busque la compatibilización formal y material con la Constitución. Dicho esfuerzo –que requiere inspiración, racionalidad y argumentación fiel a la Constitución– abre las puertas al sentido de la *constitucionalidad*.

La conexión congruente, eurítmica y simétrica entre los postulados de la Constitución y las normas infraconstitucionales, establece y define el marco de la constitucionalidad.

10.- LA FORMACIÓN TÉCNICA DE LA CONSTITUCIÓN

Como señala Néstor Pedro Sagüés [*Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1997], “el texto constitucional es un documento destinado a regular la vida de toda la comunidad en sus aspectos fundamentales, por un tiempo generalmente prolongado. Tiene pues vocación de difusión y de futuridad”. Este objetivo se cumple con sujeción a dos tipos de reglas técnicas: reglas de plenitud sociológico-política y reglas de lenguaje y estilo.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Las reglas de plenitud sociológico-política

El legislador constituyente tiene la obligación de percibir con claridad el fenómeno de la vida social, las condiciones efectivas del escenario-tiempo en donde habrá de aplicarse la norma, y debe tener también una visión pormenorizada de las realidades administrativas y judiciales.

Toda norma constitucional necesita recoger los recados emanados de la historia y ser abierta a la inquietud social presente; requiere de lo privativo y natural del quehacer comunitario, a efectos de establecer un connubio sólido, estable e integrado. A ello se agrega la necesidad de que sea dictada por consenso, a fin de preservar y conciliar, en lo posible, todos los intereses en pugna. Dentro de este espíritu, es aconsejable tener en cuenta los siguientes aspectos: la comprensión global de la materia legible, la percepción de la adaptación y la

necesidad de realización.

La *comprensión global de la materia legíslable* consiste en promover una normatividad constitucional asentada en el conocimiento de la realidad social y de las categorías, ficciones, presunciones, conceptos, instituciones, construcciones jurídicas vinculadas a la materia objeto de regulación; así como información precisa de su utilización en otras experiencias político-jurídicas.

La *perfección de adaptación* consiste en buscar la adaptación de las normas constitucionales a la vida social; por ende, no debe promoverse una legislación que resulte impracticable por razón de su inadecuación con la realidad.

La *necesidad de realización* consiste en aspirar a plasmar claridad en la determinación de los casos legislados, así como certeza de las consecuencias jurídicas derivadas de la norma elaborada.

b) Las reglas de lenguaje y estilo

El lenguaje tiene importancia capital en la Constitución, porque esta debe ser inteligible y comprensible para los operadores y ciudadanos vinculados con ella.

En doctrina se recomienda el uso de un vocabulario de acceso frecuente, y, por consiguiente, el rechazo de expresiones oscuras o ambiguas. La utilización de expresiones técnicas es laudable únicamente cuando ellas devienen en imprescindibles e insoslayables. Es evidente, por otro lado, que deben aplicarse en grado sumo las reglas de sintaxis establecidas por la Academia de la Lengua respectiva.

El lenguaje constitucional adopta una pluralidad de estilos, a saber: descriptivo, expresivo o directivo.

Al respecto, veamos lo siguiente:

El *lenguaje descriptivo* define los hechos, sucesos o acontecimientos de naturaleza constitucional, por sus predicados no esenciales. Con este estilo se pretende trazar, delinear o informar una realidad.

El *lenguaje expresivo* expone los sentimientos o invocaciones vinculantes a los miembros de la comunidad política.

El *lenguaje directivo* promueve la manifestación de comportamientos político-jurídicos activos o pasivos, en el seno de la comunidad política.

En lo que atañe a la verbalización del “tiempo constitucional”, se utilizará el presente cuando se haga referencia a algo ya existente, y el futuro cuando se enuncie una acción o meta a alcanzar.

11.- LA EXTINCIÓN Y LA SUSPENSIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

11.1.- La extinción de la Constitución

La pérdida de vigencia formal de una Constitución se produce por alguna de estas razones: autoabrogación, abrogación expresa y abrogación tácita.

La autoabrogación se cumple cuando el propio texto constitucional prevé su plazo o circunstancia de extinción. Fue el caso de la Constitución de la República Árabe Unida de 1964, que fijaba su vigencia hasta que la Asamblea Nacional cumpliera con elaborar un nuevo texto. En puridad, la autoabrogación opera en los casos de textos fundamentales dictados con el carácter de provisorios.

La abrogación expresa, se cumple cuando un nuevo texto constitucional dispone de manera expresa la abrogación de la anterior Constitución. Es el caso de la Constitución peruana de 1993, que abroga expresamente la de 1979.

La abrogación tácita, se cumple cuando un nuevo texto constitucional reemplaza al anterior por aplicación del principio jurídico “*lex posteriori derogat priori*”; esto es, deja, de manera implícita, sin vigencia la Constitución anterior. Fue el caso de la Constitución de la extinta URSS de 1977 en relación con el texto constitucional de 1936.

11.2.- La suspensión de la Constitución

La interrupción temporal de la Constitución se produce total o parcialmente, como consecuencia de la decisión adoptada por el propio legislador constituyente en atención a determinadas circunstancias histórico-políticas, o por la imposición de un documento constitutivo emanado de un gobierno de facto. En relación al primer caso, es citable la Constitución peruana de 1823, suspendida el mismo día de su promulgación a efectos de permitir la acción política del Libertador Simón Bolívar.

La suspensión total por documento constitutivo de un gobierno de facto, consiste en que la acción del Estado y las relaciones interpersonales de los ciudadanos se circunscriben única y exclusivamente a

los alcances del documento constitutivo del gobierno de facto, y subsidiariamente a los alcances de los decretos leyes que los detentadores del poder expiden.

La suspensión parcial por documento constitutivo de un gobierno de facto, consiste en que la acción del Estado y las relaciones interpersonales de los ciudadanos se rigen, en principio, por los alcances del documento constitutivo del gobierno de facto. La Constitución preexistente a ese documento constitutivo, opera como texto supletorio siempre que no se le “oponga”.

Este fue nuestro caso en 1992, cuando el ingeniero Alberto Fujimori, luego de dar un autogolpe de Estado, dictó la Ley N° 25418, en donde estableció el denominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”.

Este gobierno se rigió por los alcances de la Ley N° 25418 y “supletoriamente” por la Constitución de 1979.

11.3.- La abrogación inconstitucional

La finitud de un texto inconstitucional ocurre cuando excediéndose en el ejercicio de sus competencias, una autoridad elegida o designada de conformidad con la Constitución decide abrogarla. A través de esta acción, el gobernante de *iure* se convierte en gobernante de facto.

Fue el caso del rey de España Fernando VII, cuando, mediante sus famosos “Manifiestos”, dejó sin efecto la Constitución de 1812. Al respecto, tras seis años de arresto francés en Valenca, el restituido monarca regresa a su país en 1814 y desconoce todo lo actuado por las Cortes y la Junta de Gobierno durante su ausencia; por consiguiente abroga el texto fundamental aprobado en la ciudad de Cádiz; restablece el Tribunal de la Santa Inquisición y suprime la libertad de prensa.

Asimismo, es citable el caso del rey yugoslavo Alejandro I, quien en 1929 abrogó la Constitución de 1921; la misma que había servido para legitimar su ascensión al trono. Debe señalarse que dicho texto fundamental intentó consolidar un reino centralista serbio-croata-esloveno.

CAPÍTULO OCTAVO

EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

SUMARIO

1. LA NOCIÓN GENERAL DEL PODER CONSTITUYENTE. 2. EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO. 2.1. Los alcances del poder constituyente originario. 2.2. La tipología del poder constituyente originario. 2.3. La actividad constituyente originaria. 2.4. La función, la titularidad y el ejercicio del poder constituyente originario. 2.5. La legitimidad del poder constituyente originario. 2.6. Las características del poder constituyente originario. 2.7. La justificación del poder constituyente originario. 2.8. El íter político del poder constituyente originario. 2.9. Los límites del poder constituyente originario. 2.10. El fenómeno constituyente originario en la historia. 2.11. El poder constituyente originario y los poderes constituidos. 3. EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO O CONSTITUIDO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL. 3.1. Los alcances del poder constituyente derivado. 3.2. Las características del poder constituyente derivado. 3.3. La justificación de la reforma constitucional. 4. LA RELACIÓN ENTRE EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO. 5. EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL. 5.1. El proceso de reforma constitucional como medio para el cambio de Constitución. 5.2. Los presupuestos doctrinarios para el proceso de reforma constitucional. 5.3. La inconstitucionalidad de la reforma constitucional. 5.4. El proceso de reforma y el sentimiento constitucional. 5.5. La Constitución, el poder constituyente y el sentimiento constitucional en el Perú. 5.5.1. La mimesis constitucionalista. 5.5.2. La ausencia del sentimiento constitucional. 5.6. La responsabilidad por los actos del poder constituyente. 6. LA REFORMA CONSTITUCIONAL NO FORMAL. 6.1. La mutación constitucional. 6.1.1. Los supuestos de la mutación constitucional. 6.2. La norma de habilitación constitucional. 6.3. El fraude constitucional.

La existencia de un Estado es el resultado de una obra constituyente. Esta obra implica –de conformidad con lo expuesto por Carlos Sánchez Viamonte [*Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Kapelusz, 1964]– la interrelación de tres elementos: el acto constituyente,

el poder constituyente y la Constitución.

El *acto constituyente* es el conjunto de hechos súbitos y extraordinarios a través de los cuales se manifiesta la voluntad política de constituir y estructurar una sociedad política de una determinada manera.

Es decir, comprende una pluralidad de sucesos o acontecimientos históricos de naturaleza política, que exteriorizan una voluntad “hacedora” y que por tales son necesarios para la formación o reestructuración de un Estado.

Como bien recuerda el citado Carlos Sánchez Viamonte, este concepto –establecido por Emilio Boutmy– contiene tres notas esenciales: la existencia de un territorio ocupado por un grupo humano; la expresión de una voluntad política dirigida a constituir o refundar un Estado; y la concreción de esta manifestación determinativa mediante la forja de instituciones políticas, jurídicas y administrativas.

Esta voluntad política “constitutiva” de un Estado puede surgir por la vocación de un puñado o del grupo en su conjunto.

Ahora bien, el acto constituyente supone la presencia –así sea incipiente e inorgánica– de un poder constituyente.

El *poder constituyente* alude a la aptitud o cualidad para “constituir” una sociedad política. Implica la efectiva capacidad de dominio y la existencia de una energía institucionalizadora para establecer una organización político-jurídica.

La *Constitución* alude al conjunto de principios, valores y normas que describen y regulan la organización política y el orden jurídico de la sociedad política “constituida”.

En la *praxis* histórica el *acto constituyente* de la sociedad política y la vigencia de una *Constitución* no son necesariamente coincidentes en el tiempo. Entre ellas media la distancia que existe entre el fenómeno político y el fenómeno jurídico; empero entre ambas siempre está presente, como medio de ligazón, el *poder constituyente*. Al respecto es citable el lapso que transcurrió en nuestro país entre el 28 de julio de 1821 (fecha de la declaración de independencia) y el 12 de noviembre de 1823 (fecha de promulgación de la primera Constitución republicana).

1.- LA NOCIÓN GENERAL DEL PODER CONSTITUYENTE

Dicha noción fue primordialmente formulada por el abate Emmanuel Sieyès en su obra *¿Qué es el tercer Estado?*

Consiste en la exposición primaria de la energía social de una sociedad, con el objeto de establecer una organización política y jurídica con vocación de perennidad, mediante la dación de un texto normativo fundamental denominado Constitución.

Dicha fuerza o energía política constitutiva o reconstitutiva de una comunidad política, representa como bien afirma Sergio Díaz Ricci [*Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004] la potencia generatriz de una Constitución; habida cuenta que dicho acto creador o recreador supone el establecimiento de un ordenamiento fundamental.

Emmanuel Sieyès [*Escritos y discursos de la Revolución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990] señala que una "Constitución supone ante todo un poder constituyente".

Néstor Pedro Sagüés [*Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2001] expone que la expresión poder constituyente alude tanto a la facultad o aptitud para establecer una Constitución (poder-función) como al órgano que ejerce esa facultad (poder-persona). De allí que plantee que en la práctica se habla tanto de "ser" como "tener" poder constituyente. Así, por ejemplo, en relación a un Congreso, Convención o Asamblea puede afirmarse que esta ejerce el poder constituyente; así como que ella misma es el poder constituyente.

Manuel Rufino Trueba (h) [*Instituciones de derecho público*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1997] expone que el poder constituyente es la facultad, energía o potencia que permite crear y reformar las normas organizativas del Estado.

A través del ejercicio de dicha facultad se crean o recrean los estados; y consecuentemente se formulan o reformulan las normas básicas que los cuerpos políticos requieren para el cabal ejercicio del poder político.

Ernst Bockenforde [Citado en: *Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú*, de fecha 21 de enero del 2002 (Expediente N° 014-2002-AI/TC). Lima, 2002] refiere que se trata de una fuerza y autoridad política capaz de crear, sustentar o cancelar una Constitución; por consiguien-

te es su fuente de creación. Asimismo, señala que dicho poder no es idéntico al que posee el Estado, ya que al de este lo precede y por cierto lo establece.

Javier Pérez Royo [*Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2000] sostiene que una Constitución supone ante todo la presencia de un poder constituyente. Afirma que ambas nociones están unidas indisolublemente como “*el creador a la criatura*”.

En ese sentido sostiene que el poder constituyente desde la lógica y la historia deviene en una necesidad para la existencia del Estado; y, por ende, también de la propia Constitución. Ambas no pueden ser pensadas racionalmente si no es a partir de esa facultad o potencia instauradora, fundadora o hacedora.

El poder constituyente es el instrumento mediante el cual se decide la creación, recreación o reforma del cuerpo político y su Constitución. Este expone la presencia de un centro de energía institucionalizadora.

En efecto, se trata de una voluntad política dotada de la fuerza y energía suficiente capaz de establecer un modo y forma de existencia institucional; la cual se manifiesta a través de la creación de un orden normativo supremo.

Dicho poder es aquel que instituye el texto fundamental de la comunidad política; es decir, “*arropa*” su decisión política de fórmulas jurídicas.

Dicha expresión de energía supone el origen mismo del poder; que por tal es previo al derecho, en la medida que este último no es más que un instrumento de convalidación y ordenación de aquel.

En ese orden de ideas, el sistema jurídico de un Estado es la expresión subsecuente del poder constituyente. Por ende, el legislador ordinario es impotente jurídicamente hablando para modelar relaciones coexistentiales contrarias al sentido directriz e inspirador de la obra constituyente.

El proceso de creación, recreación o enmienda de las normas básicas del Estado derivado del poder constituyente se formaliza en la elaboración o reforma de la Constitución. Ello procesalmente se lleva a cabo por procedimientos distintos y más complejos que los que se realizan para la dación de la legislación ordinaria. En ese sentido tal

como expone Ignacio de Otto [*Derecho constitucional. Sistemas de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1999]:

“El resultado a que eso conduce es que tanto en su génesis como en su ulterior preeminencia la Constitución aparece como una norma que ni procede del propio legislador ni queda a su disposición”.

Este poder constituyente puede ser clasificado en originario y derivado.

2.- EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Desde una perspectiva histórica se suele atribuir los modelos doctrinarios de la teoría del poder constituyente originario a las experiencias políticas anglosajona y francesa de los siglos XVII y XVIII, así como a la *praxis* residual de la doctrina del derecho divino (sea de carácter sobrenatural o providencial).

Los creyentes de las Iglesias presbiterianas de Inglaterra y Escocia tenían establecida una peculiar estructura eclesiástica. Este grupo religioso –que no reconocía autoridades episcopales– fue creado por el reformador e inicial seguidor de Calvino, reverendo John Knox (1505-1572).

En la teoría presbiteriana de la alianza o pacto “*convenant*”, los creyentes se obligaban mutuamente a mantener sus propias convicciones y a convenir por sí mismos las reglas de su modélica *constitución eclesiástica*. Esta teoría tendría utilidad práctica durante la confrontación política entre el rey Carlos I y las huestes militares de Oliverio Cromwell.

Así, ante el intento del rey Carlos I de imponer la liturgia anglicana en Escocia, los nacionales presbiterianos se rebelaron y en febrero de 1638 suscribieron un documento que será conocido como *The solemn league and covenant* (Los ligados por el solemne pacto). Ello, en un esfuerzo por proteger la religión reformada.

En ese contexto a los escoceses presbiterianos se les conocería como los *convenanters*.

La teoría del “*convenant*” presbiteriano será adoptada por los insurgentes cromwellianos a través de la dación del *Acuerdo del Pueblo* de 1647, el mismo que consolidaba la idea fundamental de que este *compromiso* tenía una valoración o legitimidad que trascendía al propio Parlamento inglés, ya que su basamento se hallaba en el pueblo mismo.

El *Acuerdo del Pueblo* servirá posteriormente de inspiración al *Instrumento de Gobierno* promulgado por el propio Cromwell en 1653, documento considerado por algunos como el antecedente más cercano al concepto de Constitución.

Dicho texto estableció claramente los campos de acción del Parlamento como poder constituido y por tal sometido a sus *comitentes*.

Posteriormente, a finales del siglo XVIII en Nueva Inglaterra –actualmente Estados Unidos–, los textos constitucionales de Maryland, Pennsylvania, Carolina del Norte, Connecticut, Rhode Island (1777), Massachussets (1780) y New Hampshire (1784) también mostrarían la influencia de los “*convenants*”, al fijar que el poder constituyente originario correspondía al pueblo, no cabiendo que este fuere unilateralmente ejercitado por medio de meros representantes. Por ende, el referéndum se convirtió en el método típico de aprobación de las constituciones estaduales de Norteamérica.

Debe recordarse que Nueva Inglaterra fue ocupada por presbiterianos rígidos –conocidos como *puritanos*–, a consecuencia de la persecución de la que fueron objeto por parte de los reyes Estuardo.

Como señala Rubén Hernández Valle [“El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de la reforma constitucional”. En: *El Jurista*, N° 11 y 12. Lima, 1995]:

“Siguiendo la idea de la Iglesia puritana, según las cuales la fundación de una determinada congregación era el resultado de un contrato en que se estatúan las reglas administrativas del culto, los primeros colonos norteamericanos trasladaron ese esquema al ámbito político. De allí surgieron los convenants, que fueron auténticos contratos sociales suscritos por los colonos en nombre propio y en el de sus allegados, y en los que se establecían las reglas que regirían el comportamiento”.

De allí se deriva el criterio de que el poder constituyente debe ser ejercido directamente por el pueblo, por tratarse de una potestad inalienable. En función de lo expuesto, cualquier proyecto de Constitución elaborado por una convención debía ser sometido necesariamente a la ratificación ulterior de los *Town-meetings*, o sea, del pueblo reunido en asamblea general.

El propio Rubén Hernández Valle [ob. cit.] refiere que, una vez dictada la Constitución, el poder constituyente originario desaparece, dando lugar al surgimiento de los poderes constituidos, que encuen-

tran su legitimación y fuente de validez en la propia Constitución. En tal contexto, el poder constituyente y el poder constituido preservan, cada uno para sí, una competencia propia y específica que ejercitan de manera exclusiva y excluyente.

En lo que se refiere a la clásica experiencia francesa, fueron fundamentales los planteamientos del abate y cofundador del “Club de los Jacobinos”, Emmanuel Sieyès (1748-1836), durante la revolución burguesa. Así, en su libro *¿Qué es el tercer Estado?*, elaborado en 1788, señaló que ninguna clase de poder delegado puede cambiar la condición de lo establecido por el poder delegante; así, las reglas fundamentales son obra de la voluntad nacional y no del poder constituido por esta.

En la noción de Sieyès se sustituye el concepto de soberanía popular –implícitamente planteado por los anglosajones– por el de soberanía de la Nación.

Como afirma Rubén Hernández Valle [ob. cit.]:

“De esa forma se establecían las bases doctrinales y prácticas para la introducción posterior de la democracia representativa”.

En atención a que la Nación es un ente abstracto, la potestad constituyente se realiza a través del mecanismo de la representación. De esa forma, se evoluciona de un mecanismo de expresión directa del pueblo a uno ejercido por un supra congreso, asamblea o dieta, ente en el cual la Nación delega su competencia.

Al respecto, Emmanuel Sieyès [*¿Qué es el tercer Estado?* Buenos Aires: Losada, 1993] consignará lo siguiente:

“La Nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley. Antes y por encima de ellas solo existe el derecho natural [...]. La voluntad nacional [...] es el origen de toda legalidad”.

“Puesto que una Nación no puede reunirse en realidad cada vez que pudieran exigirlo las circunstancias fuera de lo común, necesita confiar a unos representantes extraordinarios, los poderes necesarios en esas ocasiones [...]. Un cuerpo de representantes extraordinarios suple a la asamblea de la Nación [...]. Están situados en lugar de la propia Nación para modificar la Constitución”.

Por otro lado, como residuo teórico de la Edad Moderna, se funda-

menta también en que el poder constituyente originario proviene de Dios, ya sea por vía expresa o providencial.

La *praxis* del monarquismo absolutista esgrimirá que el ejercitante del poder constituyente originario es un procurador divino. Tal delegación puede provenir de una designación directa o como consecuencia de una disposición del Supremo Hacedor a través de un cúmulo de acontecimientos históricos que no pueden ser desviados de su cauce y que promueven que dicho poder recaiga finalmente en alguna o algunas personas predeterminadas. En relación a esto último, la voluntad divina es mediática, pero visible e irresistible.

En suma, sea por designación directa o providencial, el poder constituyente originario respondería –según esta concepción– a una volición divina.

2.1.- Los alcances del poder constituyente originario

Dicho poder es aquella capacidad o energía que permite cumplir un fin o alcanzar una meta de naturaleza política. En este contexto, el poder constituyente deviene en la capacidad o energía para constituir o dar constitución al Estado, es decir, para estructurarlo y organizarlo política y jurídicamente.

El poder constituyente originario es una facultad de acción que deriva del atributo ínsito de una colectividad o de alguna(s) persona(s) en nombre de ella, de proveerse de manera autónoma una organización político-jurídica a través del dictado de una Constitución, la cual deviene en norma fundamental. Representa la *asociación de la voluntad con la fuerza*, para adoptar una decisión sobre el modo y forma de existencia política.

Guillermo Calandrino [“Reforma constitucional”. En: *Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2001] sostiene que “rememora la primigenia voluntad fundamental de una sociedad, que apunta a la sanción de un ordenamiento jurídico como modo de encauzar y ordenar el agrupamiento político [...] en el que voluntariamente se encuentra sumida”.

Los elementos constitutivos del poder constituyente originario son: la voluntad política y la efectividad.

La voluntad política debe expresar una acción dotada de fuerza, potencia o energía encaminada a crear o recrear la existencia de un

Estado; para lo cual establece un orden normativo fundamental.

La efectividad debe expresar que dicha acción debe orientar una capacidad de operar y regular en y sobre la realidad. Por ende, aspira a alcanzar una capacidad de obediencia interna y de respeto externo.

El poder constituyente originario puede ser observado como fundacional o refundacional.

Es *fundacional* cuando genera e instituye por primera vez la Constitución de un naciente Estado. Es el caso de los Estados Unidos en 1787, Argelia en 1963, Croacia en 1990, etc.

Es *refundacional* cuando genera e instituye una Constitución a la que antecede otra u otras de un mismo Estado. Implica el cambio de un texto fundamental por otro. Es el caso de Francia –cuya primera Constitución data de 1791–, que hoy tiene una posfundacional que data de 1958; del Perú –cuya primera Constitución republicana se gesta en 1823–, que cuenta hoy con una posfundacional que data de 1993; de España –cuya primera Constitución se gesta en 1812–, que tiene vigente una posfundacional que data de 1978; etc.

Como bien expresa Sigifredo Orbegozo Venegas [*Poder constituyente y otros ensayos*. Trujillo: Normas Legales, 2002] “el poder constituyente es aquel que se instituye y funciona con el objeto de dar una Constitución a un Estado que nace por primera vez o que ha decidido cambiar de Constitución. En tales supuestos actúa ya sea como una fuerza de *creación* o de *transformación*.”

Es dable consignar que ya sea que actúe bajo una premisa fundacional o refundacional actuará siempre libre de ataduras jurídicas ya que su comportamiento siempre será *legibus solutus* (desligado y al margen del derecho). En ese sentido, es aplicable lo señalado por Pedro de Vega [*La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985] en el sentido que se trata de un poder prejurídico –*res factis, non juris*– ya que el contenido de su voluntad y la forma de su ejercicio, carecen de restricción legal alguna.

2.2.- La tipología del poder constituyente originario

El poder constituyente originario puede ser clasificado como interno o externo, y como monocrático o policrático.

a) El poder constituyente originario interno

Esta expresión atañe a una situación concebida como normal o usual. Este poder se presenta cuando el establecimiento o configuración de un texto constitucional es producto de la energía político-social proveniente de los miembros del naciente o reestructurado Estado. Es el caso de Portugal (1976), España (1978), Brasil (1988), etc.

b) El poder constituyente originario externo

Esta expresión atañe a una situación concebida como excepcional o inusual. Este poder se presenta cuando el establecimiento o configuración de un texto constitucional es producto de la energía político-social proveniente de un Estado distinto al que lo acepta o recibe como suyo.

Tal acción “constitutiva” puede generarse de manera total o parcial. Igualmente, puede gestarse por acción directa o bajo influencia no resistible. Al respecto Néstor Pedro Sagüés [*Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1997] ofrece los ejemplos de la acción política externa de Inglaterra (acción externa directa) y de los Estados Unidos (acción externa por influencia no resistible). Asimismo como corolario de situaciones recientes cabe incluir también a la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Al respecto, veamos lo siguiente:

- *Acción externa directa*

Canadá:

En el siglo XVI, Francia establece una colonia en Quebec. Entre 1756 y 1763 se produce la histórica “Guerra de los Siete Años” entre dicho país e Inglaterra. A través del Tratado de París suscrito en 1763, el rey Jorge III consolida la conquista de Canadá.

El 20 de marzo de 1867, el Parlamento británico mediante la famosa Acta de Constitución de la América Británica del Norte, establece la confederación canadiense.

Australia:

En 1770, Inglaterra establece colonias penitenciarias al sudoeste de Asia.

El 1 de enero de 1901, a las colonias de Nueva Gales del Sur, Aus-

tralia Meridional, Australia Occidental, Queensland, Victoria y Tasmania, ubicadas al sudoeste de Asia, se les permite la constitución de un Estado independiente, vía la creación de la Comunidad Británica de Australia. Para tal efecto, el Parlamento británico se encarga de dictar el Acta de Constitución de Australia.

Sudáfrica:

En 1899 se establece la supremacía británica en el extremo meridional de África, a través del Tratado de Verseniging, luego de la victoria sobre los *boers* (colonos de origen holandés).

En 1910, el Parlamento inglés vía el Acta de Sudáfrica crea el dominio de la Unión Sudafricana y unifica los territorios de Orange, Transvaal, El Cabo y Natal, ubicados en el extremo meridional de África, y para tal efecto dicta una Constitución.

Jamaica:

En 1865, la isla descubierta por Cristóbal Colón es conquistada por Inglaterra.

En 1962, el Parlamento inglés vía la Comunidad Británica de Jamaica, le confiere su autonomía política, para tal efecto le dicta una Constitución.

Kosovo:

En 1990, la población albanesa decide constituir una organización política independiente del Estado servio. Tras el agravamiento del conflicto con la intervención de la OTAN en 1999, el Presidente Slobodan Milosevich se ve obligado a aceptar la autonomía del Kosovo bajo vigilancia de la Organización de las Naciones Unidas; la cual en el 2001, le aprueba una Constitución provisional.

Bosnia Herzegovina:

En 1992, poblaciones croata-musulmanas y serbio-bosnias deciden constituir una organización independiente del Estado serbio. Tras la Declaración de Dayton (1995, Ohio, Estados Unidos) la Organización de las Naciones Unidas le aprueba una Constitución provisional.

- Acción externa por influencia no resistible

Japón:

En 1945, los Estados Unidos lanzan bombas atómicas sobre las ciudades de Hiroshima y Nagasaki, en los estertores de la Segunda Guerra Mundial. Como consecuencia de ello, Japón capitula y su territorio es ocupado por las fuerzas aliadas.

En 1946, bajo impulso del general Douglas Mac Arthur y de la Suprema Comandancia de las Fuerzas Aliadas (SCAP), el Japón aprueba una Constitución inspirada en la ideología liberal-democrática.

Al respecto, Giuseppe De Vergottini [*Derecho constitucional comparado*. Madrid: Espasa-Calpe, 1985] señala que el borrador de dicha Constitución fue elaborado por los asesores del Comando Supremo de las Fuerzas Aliadas de Ocupación en el Japón.

Filipinas:

En 1898, Estados Unidos derrota a España, la cual se ve obligada a firmar un tratado donde cede el archipiélago situado al sudeste del continente asiático (Filipinas).

En 1946, Filipinas proclama su independencia y dicta su Constitución bajo la tutela norteamericana.

Islas Marshall:

En 1947, la Organización de las Naciones Unidas reconoce la condición de territorio tutelado de esta isla del Pacífico, bajo la administración de Estados Unidos.

En 1979 se establece la independencia política de la isla y se aprueba una Constitución vía referéndum. La elaboración de su texto estuvo sujeta a una evidente influencia política de los Estados Unidos.

c) El poder constituyente monocrático

Este modelo se caracteriza por el hecho político de que el ejerciente u operador del poder constituyente originario es una sola persona. Pueden citarse los casos siguientes:

Mónaco:

En 1308, la familia Grimaldi –de origen genovés– compra el pequeño principado de Mónaco a la República de Génova. Desde entonces, dicha familia ha continuado reinando casi ininterrumpidamente en

dicho Estado (con excepción del breve período de 1793 a 1815, en que Francia lo anexionó).

La actual Constitución de Mónaco data de 1962, fruto de la decisión del príncipe Rainiero III.

Al respecto, en la fórmula de promulgación de dicho texto, aparece lo siguiente:

“Rainiero III, por la Gracia de Dios, Príncipe Soberano de Mónaco. Considerando que las instituciones del Principado deben ser perfeccionadas tanto para responder a las necesidades de una buena administración del país como para satisfacer las nuevas necesidades suscitadas por la evolución social de su población. He acordado dotar al Estado de una nueva Constitución, la cual, por ser esta MI Voluntad Soberana, será considerada en lo sucesivo como Ley Fundamental del Estado y solo podrá ser modificada en las formas que he decretado”.

Bahrein:

Entre 1507 y 1622, Portugal ocupa el archipiélago de Bahrein (suroeste asiático, frente a las costas de la península arábiga). Posteriormente es ocupado por Irán y Arabia.

En 1861, deviene en protectorado británico. En 1971, Inglaterra reconoce la independencia de Bahrein, imponiéndose la casa real de los Sahman Al Califa.

En 1973, el emir Al Califa dicta la Constitución del país.

Kuwait:

En 1576 se funda una comunidad política ubicada en el noreste de la península arábiga y al noroeste del golfo Pérsico.

En 1898, deviene en protectorado británico. En 1961, Kuwait alcanzará su independencia política, reconociéndose como familia monárquica a la casa real de Al Sabah (cuya presencia histórica data del siglo XVIII).

En 1962, esta casa real dicta la Constitución fundacional de Kuwait.

Libia:

En 1951, -luego de la segunda guerra mundial y de un período de administración francesa- Libia proclama su independencia bajo el mandato del soberano Mohamed Idriss Senoussi.

En 1969, como consecuencia de un golpe militar, el coronel Muammar Al Gadafi asume el poder, quien en 1977 dicta la Constitución actualmente vigente.

d) El poder constituyente policrático

Este modelo se caracteriza por el hecho político de que el ejerciente u operador del poder constituyente originario está constituido por una pluralidad de personas. Siendo así, en este modelo el poder constituyente originario emana:

- De una asamblea o congreso de origen popular; tal el caso de los Estados Unidos (1787), Colombia (1991), México (1917), etc.
- De un partido político, movimiento revolucionario o institución militar; tal el caso del Partido Comunista de Cuba (Constitución de 1976, con enmiendas en 1994); del Partido Comunista de Laos (1991); de los Khmer Rojos quienes proclamaron una nueva Constitución para Camboya (1975) bajo la denominación de República Popular de Kampuchea.

En ese mismo sentido son consignables los casos del gobierno militar argentino denominado "Revolución Libertadora" encabezado por Eugenio Aramburu (1955), el cual abrogó la Constitución de 1949 y "revivió" los alcances de la Constitución de 1853; y el del Comité Nacional en la actual Eslovaquia, encargado de dictar la primera Constitución de la entonces naciente República de Checoslovaquia (1918), como consecuencia de la desintegración política del Imperio Austro-Hungaro.

A guisa de ejemplo cabe señalar el caso de la Junta Militar de Gobierno de Humberto Castelo Branco (Brasil, 1964), la cual el 9 de abril de 1964 se declara "revolución triunfante investida del ejercicio del poder constituyente". Asimismo, es citable la Junta Militar de Gobierno de Juan Carlos Ongarria, la cual el 8 de julio de 1966 expone que a efectos de cumplir los objetivos de la revolución, ejerce el poder constituyente y estatuye [...].

2.3.- La actividad constituyente originaria

Como afirma Néstor Pedro Sagüés [ob. cit.], las actividades del poder constituyente originario se concretan en lo siguiente:

a) Imposición de una Constitución

Se refiere a la acción de instituir una determinada forma de estructuración y organización de la sociedad política.

b) Cambio de una Constitución

Se refiere a la sustitución de un texto fundamental por otro.

c) Inaplicación de una Constitución

Se refiere a la suspensión o no vigencia temporal de la totalidad o parte del texto constitucional. Esto se produce cuando el propio poder constituyente originario establece taxativa y normativamente dicha posibilidad, o cuando, por acción revolucionaria, se imponen parcial o totalmente los alcances de un documento constitutivo sobre el texto de la Constitución. Es el caso del Primer Congreso Constituyente peruano, cuando –en fecha del 12 de noviembre de 1823– el propio órgano constituyente originario declaró en suspenso la Constitución de 1823, en tanto el Libertador Simón Bolívar ejerciese la suprema autoridad de la República. Igualmente, es el caso del documento constitutivo conocido como “Estatuto Revolucionario de la Fuerza Armada” de 1968, por el cual el Gobierno militar peruano suspendió la Constitución de 1933 en todas aquellas partes en que incurriese en incompatibilidad con el referido estatuto.

d) Extinción de una Constitución

Se refiere a la desaparición total y definitiva de un texto fundamental. Puede producirse cuando el propio texto constitucional establece una fecha o circunstancia precisa de autoabrogación. Es el caso de la Constitución de la República Árabe Unida de 1964, que fijaba su vigencia hasta que la Asamblea Nacional elaborase un texto fundamental definitivo; así como del documento constitutivo nacional conocido como “Estatuto Provisorio de 1855” dado por la Convención Nacional, vigente hasta que se aprobase la nueva Constitución (texto de 1856).

2.4.- La función, la titularidad y el ejercicio del poder constituyente originario

La función constituyente *in totum* hace referencia al conjunto de atribuciones para elaborar y/o modificar un texto constitucional.

La *titularidad* del poder constituyente originario hace referencia a la persona, grupo o pluralidad *in totum* de personas en quienes formalmente reside la potestad constituyente. Designa a quien o quienes se les imputa o atribuye la decisión de establecer el texto fundamental del Estado.

Como bien afirma Gregorio Badeni [*Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000], “la titularidad del poder constituyente está determinado por la idea política dominante en la sociedad”. Como es obvio colegir, la función constituyente supone siempre a un o unos sujetos constituyentes que por consiguiente representa o representan la unidad de voluntad política, premunida ideológicamente de la capacidad de acción y decisión.

En una sociedad orientada por las teorías teocráticas, absolutistas o monárquicas de viejo cuño, la titularidad del poder constituyente recaerá en la persona del gobernante o de aquellos a quienes él delegue dicha potestad.

En una sociedad orientada por la teoría democrática, la *praxis* de la titularidad se ejercitará mediante la elección de los representantes a la Asamblea o Congreso Constituyente y/o mediante la ratificación popular, vía referéndum.

A su vez, el *ejercicio* del poder constituyente originario implica el desempeño de la actividad efectiva o experiencia concreta del uso del poder constituyente originario. Es decir, alude específicamente a los autores concretos de la Constitución.

La imputación de dicha titularidad, es ideológicamente asignable a quien o quienes teóricamente aparecen como los “amos” o “señores” del poder constituyente. Por ende, la doctrina les atribuye a estos la operación constituyente. En cambio el ejerciente del poder constituyente es el alarife real y efectivo que en nombre del o los titulares redacta y aprueba dicho texto.

Como señala Néstor Pedro Sagüés [ob. cit.]:

“En el ámbito de las realidades, la diferenciación entre titularidad y ejercicio [...] es una estrategia de legitimación del comportamiento de quienes elaboran la Constitución y la establecen. Si el ‘titular’ del poder constituyente se limita a elegir a quien lo ‘ejercita’ sin poder controlarlo luego, es evidente que su titularidad es un derecho relativo, y que el poder constituyente de modo efectivo recae en el ejercitador”.

2.5.- La legitimidad del poder constituyente originario

Dicha noción esencialmente política está determinada por la sociedad imperante en ella. Así, tendrá legitimidad todo aquello que es aceptable y coherente con la idea política predominante.

En consecuencia, hace referencia a la fundamentación y consentimiento social que debe obtenerse en el proceso de manifestación de la voluntad política de organizar una sociedad política. En tal sentido, el poder constituyente originario debe satisfacer una triple justificación: una legitimidad de origen, una legitimidad de ejercicio y una legitimidad de obra.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *La legitimidad de origen*

Este proceso de fundamentación y consentimiento se produce cuando la titularidad y el ejercicio del poder constituyente concuerdan con los “mandatos” de la ideología dominante. Así, ello se acredita en el caso de un poder constituyente originario de base democrática, a través de un proceso electoral transparente y amplio; y en el caso de un poder constituyente originario de base monárquico-absolutista, mediante el respeto de las reglas, usos y tradiciones reales.

b) *La legitimidad de ejercicio*

Este proceso de fundamentación y consentimiento se produce cuando se verifica cumplimiento veraz de las reglas políticas fijadas por el propio órgano constituyente para aprobar una Constitución. Asimismo, se liga con la fidelidad a las propuestas preconstituyentes ofertadas al electorado.

c) *La legitimidad de obra*

Este proceso de fundamentación y consentimiento se produce cuando la Constitución aprobada refleja cabalmente las convicciones, aspiraciones y necesidades más sentidas de la sociedad, amén de haber establecido la forma de organización y demás mecanismos institucionales para satisfacerlas.

Como bien señala Gregorio Badeni [ob. cit.]:

“Una Constitución carente de legitimidad es una construcción jurídica precaria destinada al fracaso por estar desprovista del consenso social indispensable”.

2.6.- Las características del poder constituyente originario

Entre las principales características del poder constituyente originario se encuentran las cinco siguientes: la inicialidad, la autonomía, la incondicionalidad, la inmanencia y la temporalidad.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La inicialidad

Expresa el hecho de la presencia de una voluntad político-jurídica constitutiva y principal. Sobre él no preexiste ni se permite la presencia de ningún otro poder. Señálese además que no acepta la vigencia de ninguna norma jurídica, en razón de que esta no rige ni “vive”. Por ende, ningún otro poder o forma de organización puede, en estricto, ejercer la función que aquel desempeña.

Esta voluntad aparece en un momento de explosión o crisis política; lo que origina la creación o transformación de una comunidad política.

b) La autonomía

Expresa el hecho de que ningún individuo o grupo puede invocar mérito o título alguno para “sujecionar” al ejerciente del poder constituyente originario y mucho menos substituirlo.

c) La incondicionalidad

Expresa el hecho de que el ejerciente del poder constituyente originario es libre de pronunciarse según las formas, modalidades y contenidos de su actuación; habida cuenta que solo él está calificado para fijar sus parámetros procedimentales y sustanciales.

d) La inmanencia

Expresa el hecho de un atributo inherente e intransferible del propio poder constituyente originario, de crear o recrear la estructura y organización política de un Estado naciente o reconstituido, mediante la dación de una Constitución.

e) La temporalidad

Expresa el hecho de que dicho poder se hace efectivo por un lapso breve y para un fin determinado: formular un texto fundamental.

Cumplido dicho propósito, se inactiva política y jurídicamente. En esa perspectiva es históricamente comprobable que actúa en momentos extraordinarios.

Por ende, se trata de una acción cronológicamente intermitente y discontinua.

Juan Donoso Cortéz [*Lecciones de derecho político*. Madrid, 1836-1837] alegóricamente refiere que el poder constituyente “parece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue”.

Pedro de Vega [ob. cit.] señala que elaborada la Constitución, el poder constituyente desaparece, cediendo su espacio a los poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) y a los mandatos por él establecidos en el texto por él creado.

2.7.- La justificación del poder constituyente originario

El poder constituyente originario se justifica por sí mismo; su potestad es prejurídica y suprema frente al derecho. Se le aprecia con una inevitable significación política.

La autoridad que este poder posee o encierra es rebelde a una integración total dentro de un sistema jerárquico de normas y competencias.

Dicho poder es intocable e inmutable; esta potestad es unitaria, indivisible y no susceptible de enajenación, absorción o consunción.

Tal autoridad entraña el ejercicio de la más alta manifestación de acción política de una comunidad consciente de su personalidad histórica, y es la suprema expresión de la voluntad social premunida de idoneidad creadora para forjar un orden político-jurídico.

El poder constituyente originario pertenece a lo que Jorge Reynaldo Vanossi [*Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1976] denomina “etapa de la primigenidad”. Su estudio pertenece al campo de la ciencia política, la filosofía y la sociología.

Se trata de una noción o idea metajurídica o extrajurídica, pues está más allá de toda competencia; por eso mismo no es creada ni regulada por el derecho.

La expresión *poder* no está referida a la competencia o jurisdicción del derecho, sino a la potestad en cuanto fuerza, energía política y vigor social.

Cabe señalar que la creación o recreación de un orden no proviene de las reformas constitucionales ni del marco político anterior, sino que el orden político-jurídico se crea *ex novo*.

Su ejercicio se expresa a través de criterios no reglados jurídicamente y que permiten *per se* justificar la creación *sui generis* de normas constitucionales.

Como bien afirma Rodrigo Borja [*Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992]:

“Su legitimidad trasciende al orden jurídico escrito. Invoca una categoría de valores superiores a la ley. Se apoya en necesidades históricas que el marco de las normas jurídicas positivas es insuficiente para comprender. Como consecuencia de ello la legitimación del poder constituyente [...] debe hallarse en los principios históricos, sociológicos y morales subyacentes a todo orden jurídico, principios que están situados más allá de la gramática de las leyes y en virtud de las cuales estas cobran validez”.

2.8.- El íter político del poder constituyente originario

Desde una perspectiva histórica, el poder constituyente originario se ha manifestado por una pluralidad de vías, entre las que destacan las cinco siguientes: la Asamblea o Convención Constituyente, el Congreso Constituyente, la Decisión Regia, la Decisión Revolucionaria y la Decisión Externa.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La Asamblea o Convención Constituyente

El ejerciente de este poder es un cuerpo representativo especial y exclusivamente convocado para elaborar una Constitución. Este puede conformarse en su totalidad por elección, o bien una parte por elección y otra por designación.

Al respecto, son citables la Convención Constitucional de Filadelfia (Estados Unidos, 1787), la Asamblea Nacional Constituyente (Francia, 1789) y la Asamblea Constituyente (Perú, 1978).

b) El Congreso Constituyente

El ejerciente de este poder es el propio Parlamento, el mismo que cumple simultáneamente una doble tarea: la elaboración de

la Constitución y el ejercicio de funciones propias de un ente legislador ordinario.

Al respecto, son citables el Congreso Constituyente de 1933 (Perú) y el Congreso Constituyente Democrático (Perú, 1993).

c) La Decisión Regia

El ejerciente del poder constituyente originario es un monarca absoluto que otorga a la colectividad política una forma de estructuración y organización político-jurídica. En el lenguaje constitucional tradicional, el texto regio se conoce con el nombre de *Carta*.

Al respecto, es citable el texto constitucional dictado por Luis XVIII (Francia, 1814). En este se expone que “Voluntariamente y por el libre ejercicio de mi autoridad real consiento, conceder otorgar a mis súbditos y a los actuales así como a sus sucesores, y para siempre, la siguiente Carta Constitucional”.

d) La Decisión Revolucionaria

El ejerciente de este poder es un grupo insurgente que, en atención a su indoblegable capacidad de determinación y eficacia, dicta un texto constitucional.

Al respecto, es citable la presencia de grupos comunistas en la elaboración de la Constitución Bolchevique de 1918 (Rusia), la Constitución de Kampuchea de 1975 y la Ley Fundamental de 1959 (Cuba).

e) La Decisión Externa

Al respecto, es citable la Constitución de Japón (Fuerzas Aliadas, 1945).

El ejerciente del poder constituyente originario es un Estado o grupo de estados, que, en atención a determinadas circunstancias políticas decide crear o recrear un cuerpo político; y para tal efecto le dicta su Constitución.

En muchos casos el *íter* político para dar una Constitución debe ser ratificado por el propio pueblo vía el referéndum. Fue el caso peruano en 1993, cuando, luego de aprobarse un texto fundamental a través de un Congreso Constituyente, se acudió al designio popular para ratificarle validez y vigencia.

2.9.- Los límites del poder constituyente originario

Como se ha afirmado, el estudio de los límites del poder constituyente originario pertenece al campo de la ciencia política, la filosofía y la sociología, en razón de que se trata de una noción o idea metajurídica o extrajurídica que se encuentra más allá de toda competencia. Por consiguiente, es justificable aludir a su *ilimitación*.

Esta *ilimitación*, es permanente y positiva, ya que consiste en el no reconocimiento de parámetros provenientes del derecho, puesto que el poder constituyente originario se encuentra ubicado fuera del ámbito jurídico.

En cambio, pertenecientes a los predios de las disciplinas precedentemente mencionadas, se encuentran “topes” que no reposan en órganos o procedimientos jurídicos, sino básicamente en la realidad circundante, en la conciencia del hombre y en las convicciones de la comunidad. En este sentido Julio Cueto Rúa [“¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional?”. En: *Justicia*. Reproducción de la Revista La Ley, tomo 36, Argentina. Bolivia, Colegio de Abogados de Bolivia, 1993] afirma que “la más firme y sólida garantía de que una regulación constitucional repugnante a nuestros valores no se impondrá, está en el hombre mismo y no fuera de él, ya que normalmente el constituyente se sentirá apresado por vallas invisibles de las que no podrá escapar porque él no vive en un trasmundo, sino que participa necesariamente de las valoraciones ambientales: su existir es un coexistir con lo demás en el tiempo”.

Así pues, esta *ilimitación* jurídica no puede consentir el absurdo, la irracionalidad y la asociabilidad, por lo que el poder constituyente originario queda ligado al norte de la ética y los valores.

Los topes que actúan “sobre” el ejerciente del poder constituyente originario son los ideológicos, los estructurales, los axiológicos y los internacionales.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *Los topes ideológicos*

Hacen referencia a la percepción totalizadora de una concepción del mundo; es decir, a una cosmovisión de la existencia y coexistencia humana; amén del conjunto de creencias o valores que se ligan con una actitud de compromiso de comportamiento subjetivo e intersubjetivo.

En esa perspectiva nociones como justicia, libertad, igualdad, fraternidad, seguridad, paz, etc., dejan de ser meras indicaciones líricas para concretarse en guías para la actividad constituyente.

b) Los topes estructurales-institucionales

Hacen referencia a los ámbitos económico, social y político circundantes al proceso constituyente.

En esa perspectiva el sistema productivo, los grupos sociales, los lobistas, los grupos de presión, los factores reales exponen la gama de intereses y expectativas que orientan fácticamente la acción constituyente.

c) Los topes axiológicos

Hacen referencia al ámbito ético-político a que se contrae el ejercicio o ejercientes de dicho poder. Evidentemente, es inaceptable la consumación de la arbitrariedad y la vulneración de la dignidad humana, en razón de que dichas "acciones" romperían la propia racionalidad ordenadora y finalística de todo texto constitucional.

d) Los topes internacionales

Hacen referencia al conjunto de acuerdos y compromisos existentes con otros estados u organismos internacionales; los cuales generan efectos políticos y económicos de gran importancia.

2.10.- El fenómeno constituyente originario en la historia

El proceso constituyente en la vida de las naciones en lo relativo a la creación o refundación de estados, se ha desarrollado diacrónicamente por grandes oleadas derivadas de efervescencias ideológicas, procesos revolucionarios o conflagraciones bélicas de gran alcance.

A nuestro modo de ver, dicho proceso consta de cinco etapas, a saber:

a) La primera etapa

Dicho proceso se gestará a partir del último cuarto del siglo XVIII bajo la hegemonía de las ideas liberales en contra del absolutismo monárquico. Así como consecuencia de ello se reconocerán los derechos civiles y políticos.

El epicentro político jurídico se ubicará simultáneamente en parte de la Europa Occidental, Meridional y Nórdica; así como en América del Norte y América Latina.

Allí aparecerán las constituciones de Estados Unidos (1787), Francia durante la I República (1791, 1793 y 1795), Suecia (1809), España (1812) y Noruega (1814).

En América Latina son citables las constituciones de Venezuela (1814), México (1814), Colombia (1814), Perú (1823) y Argentina (1826).

b) La segunda etapa

Dicho proceso se gestará a raíz de las revoluciones de carácter social y nacionalista en la Europa Occidental y Central de 1830 y 1848. Su influencia se extenderá hasta América Latina.

Es de verse que en 1830 en Francia, se producirán las históricas jornadas del 27, 28 y 29 de julio conocidas como “las tres gloriosas”, en donde obreros, estudiantes y periodistas se alzaron contra las ordenanzas del rey Carlos X, relativas a la mordaza contra la libertad de prensa; la disolución de la Cámara de Diputados; la modificación de la ley electoral en beneficio de los grandes latifundistas; y la fijación de nuevas elecciones parlamentarias.

La ocupación popular de los palacios de Bambeu y Luvre motivará la caída del rey. Por aclamación cívica ocupará el mando de la Nación su primo el duque de Orleáns, con el nombre de Luis Felipe I (Luis Felipe “Igualdad”). La influencia liberal y el modelo político británico servirán de impronta.

En dicho proceso se concederá el voto a los varones mayores de veinticinco años que pagaren doscientos francos como impuestos; se asegurará la igualdad en materia religiosa; el Estado asumirá la responsabilidad de la organización del sistema educativo; etc.

Posteriormente, en 1848 una serie de revoluciones conmocionarán a Europa. Impulsados por las razones ya citadas, una pluralidad de pueblos se alzó en nombre de la libertad.

El 24 de febrero de 1848 se instalará en Francia la II República bajo el liderazgo de Luis Napoleón Bonaparte. Aquí se suprimirá la esclavitud; se abolirá la condena de muerte para los reos políticos; se implantará el sufragio universal; y se crearán por parte del gobierno

los “talleres nacionales” como paliativo para combatir el desempleo.

En la península Itálica aparecerá el movimiento liberal “Risorgimiento” (renacimiento o resurrección) al influjo del republicanismo francés. Para poner fin a los desórdenes, el rey de Nápoles, el duque de Toscana y el papa Pío IX aceptarán otorgar una Constitución a sus súbditos. En Roma el filósofo Giuseppe Manzini proclamará la República bajo el lema “Dios, el pueblo y la humanidad”.

En Austria estallará una revolución de corte liberal. Así, los checos reclamarán su autonomía y los húngaros se levantarán alcanzando transitoriamente su independencia.

En Alemania aparecerán numerosos movimientos de corte liberal y nacionalista, consiguiéndose la abolición de las cartas feudales y la promulgación de varias constituciones.

Son expresiones de este período en la Europa Occidental, las constituciones de Bélgica (1831), Holanda (1848), el Estatuto Albertino que llegará a regir incluso después de la unificación italiana (1848), Suiza (1848) y Dinamarca (1849).

En América Latina se aprobarán las constituciones de Uruguay (1830), Chile (1833), Argentina (1853) y México (1857).

c) La tercera etapa

Dicho proceso se gestará a raíz de la conclusión de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) con la victoria de las Fuerzas Aliadas (Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Italia). Ello provocará la caída de los imperios centrales (Alemania y Austria-Hungría) y posibilitará la creación de los nuevos estados en Europa Central y Oriental; amén del reconocimiento de los denominados derechos sociales (educación, salud, previsión social, etc.).

Contribuirán a dicho proceso la instauración de la ideología marxista en el otrora imperio zarista tras la victoria bolchevique en 1917; la revolución mejicana (1910-1917); la instauración en Alemania de la denominada República de Weimar y hasta la influencia nazi-fascista.

Son expresiones de este período las constituciones de México (1917), URSS (1918), Alemania (1919), Portugal (1933), y Austria (1934). En la experiencia fascista de la Italia de Benito Mussolini y en la España de Francisco Franco aparecerá un constitucionalismo disperso.

d) La cuarta etapa

Dicho proceso se gestará a raíz de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) con la victoria de las Fuerzas Aliadas (Francia, Inglaterra, Estados Unidos). Ello promoverá la lucha abierta entre las ideas democráticas y el auge del marxismo leninismo.

Los horrores del nazismo motivarán el reconocimiento y la protección de los derechos humanos; se afirmará el rol tuitivo del Estado; y se gestarán los procesos de descolonización tras el principio de libre determinación de los pueblos.

Los países derrotados refundarán sus estados y se consolidarán las denominadas democracias populares.

Son expresiones de este período en la Europa Occidental, las constituciones de Francia (1946 y 1958), Italia (1947), Alemania Federal (1949), Yugoslavia (1953 y 1963), Polonia (1952) y Hungría (1949).

En el África se aprobarán las constituciones de Marruecos (1972), Argelia (1963), Tunicia (1957), Senegal (1963), Gambia (1970), etc.

En el Asia se aprobarán las constituciones de Vietnam (1955), Laos (1949) y Singapur (1965).

e) La quinta etapa

Dicho proceso se gestará en el último cuarto del siglo XX a raíz de la disolución de los regímenes autocráticos en Europa y América Latina. Asimismo tiene especial relevancia la "Caída del Muro de Berlín" y con ello la hegemonía comunista en la Europa Central. Asimismo, es importante destacar la aparición del fundamentalismo islámico de clara tendencia antioccidental. Añádase que los enfrentamientos interétnicos promoverán una diáspora estatista en la Europa Balcánica.

Son expresiones de este período en la Europa Occidental, las constituciones de Portugal (1975), Turquía (1982), Grecia (1975) y España (1978).

En la Europa Central y Oriental se aprobarán las constituciones de la República Checa (1992), Eslovenia (1991), Estonia (1992), Lituania (1992), Eslovaquia (1992), Rumania (1991), Rusia (1993) y Kazajstán (1993).

En la Europa Balcánica se aprobarán las constituciones de Croacia

(1990), Macedonia (1991), etc.

En América Latina se aprobarán las constituciones del Perú (1979 y 1993), Chile (1980), Ecuador (1978), Brasil (1988) y Colombia (1991).

En Oriente Medio se aprobarán las constituciones de Irak (1970), Irán (1979) y Libia (1977).

2.11.- El poder constituyente originario y los poderes constituidos

El poder constituyente es una facultad de acción que deriva del atributo originario de una colectividad, de proveerse de manera autónoma una organización político-jurídica, a través del dictado de una Constitución. Representa la asociación de la voluntad con la fuerza, para adoptar una decisión, en conjunto, sobre el modo y forma de existencia política.

Como expresa Jaime Araujo Rentería [*Principios de derecho constitucional*. Bogotá: McGraw-Hill, 1999], dicho poder no encuentra su razón de ser en el orden de cosas existentes, sino que por el contrario lo desconoce y ataca. A lo sumo puede fundamentarse en la libre determinación de los pueblos, la dignidad humana, la revolución, etc.

Esta noción se justifica por sí misma; su potestad es prejurídica y suprema frente al derecho.

Los poderes constituidos son aquellos creados por el poder constituyente; manifestándose, por tanto, dentro de la Constitución creada por esta.

Como bien refiere Carlos Sánchez Viamonte [ob. cit.], estos poderes nacidos y subordinados al poder constituyente –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– constituyen el gobierno ordinario del Estado.

Al respecto, Segundo Linares Quintana [*Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1977-1987] afirma que los poderes constituidos son creados por una Constitución que por tal los limita y regula; encontrándose, por consiguiente, en una jerarquía institucional inferior al del poder constituyente.

En suma, el poder constituyente es aquel que crea y organiza el Estado, en tanto que los poderes constituidos son los poderes organizados por aquel a efectos de asegurar su dirección. En esa perspectiva, la actuación de estos últimos debe concretarse dentro del marco de las limitaciones impuestas por el primero de los citados.

Guillermo Calandrino [ob. cit.] expone que los poderes constituidos tienen como límites de su accionar aquellos que se derivan del cumplimiento de las pautas competenciales establecidas por el texto constitucional.

En lo genérico, la presencia de un poder constituido supone siempre una *competencia*, es decir, la facultad legal para otorgar o confirmar actos jurídicos. La naturaleza de ese poder, así como su extensión, la modalidad de su ejercicio, etc., se encuentran determinadas por una regla anterior, de modo tal que dicho poder se liga armoniosamente con el derecho.

En cambio, en el caso del poder constituyente, a este se le aprecia con una inevitable potencia, fuerza o dominación de naturaleza política. La autoridad que posee o encierra es rebelde a una integración total dentro de un sistema jerárquico de normas y competencias.

La distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos permite plantear las dos sustentaciones teóricas siguientes:

- a) Los poderes que la Constitución crea y regenta –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– se encuentran subordinadas a ella. Por ende, permite afirmar el principio de la supremacía de la Constitución.
- b) La Constitución tiene validez incondicionada en virtud de proceder de quien tiene el poder de darla; el mismo que a su vez no se encuentra sometido a normas jurídicas preexistentes.

Tal autoridad entraña el ejercicio de la más alta manifestación del accionar político de una comunidad consciente de su personalidad histórica, y es la suprema expresión de la voluntad nacional premunida de idoneidad creadora para forjar un nuevo orden jurídico.

Este poder se caracteriza por ostentar una prerrogativa superior, creativa, originaria y preexistente, respecto a los otros poderes conocidos doctrinariamente como constituidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

Esto es así porque el poder constituido solo actúa dentro de la esfera que le ha sido circunscrita por la labor del legislador constituyente. El marco constitucional es intocable e inmutable.

3.- EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO O CONSTITUIDO Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Jaime Araujo Rentería [ob. cit.] afirma “que el poder de reforma constitucional [...] formal es un poder integrado a un cuerpo que existe y obra gracias a la Constitución y que por lo mismo es un cuerpo constituido, no constituyente, delegado, no originario”. Sostiene, que su legalidad y legitimidad deriva de la creación normativa del poder constituyente originario: la Constitución.

En efecto la autoridad del poder constituyente derivado se encuentra en la propia Constitución que reforma, en razón a que el texto supra expresamente se lo permite.

Desde una perspectiva histórica el poder constituyente derivado o constituido se gesta en 1791, con las diez primeras enmiendas establecidas en la Constitución americana (1787).

La noción de poder constituyente derivado pertenece a lo que Jorge Reynaldo Vanossi [ob. cit.] denomina “etapa de la continuidad”. Su estudio corresponde exclusivamente al derecho, por ser típicamente un concepto de naturaleza jurídica.

Al respecto, Rubén Hernández Valle [ob. cit.] señala:

“Cuando el poder constituyente se juridifica y se somete a los límites que él mismo establece en la Constitución para su ejercicio, se transforma en poder constituyente derivado”.

La presencia de un poder constituyente derivado o constituido supone siempre una *competencia*, es decir, la facultad legal para otorgar o confirmar actos jurídicos. La naturaleza, extensión, modalidades de su ejercicio, etc., se encuentran determinadas por una regla anterior, de modo tal que dicho poder se liga armoniosamente con el derecho.

Este poder solo actúa dentro de la esfera que le ha sido circunscrita por el poder constituyente originario.

3.1.- Los alcances del poder constituyente derivado

La actividad del poder constituyente derivado o constituido se expresa en la reforma de la Constitución.

La reforma constitucional se entiende como aquella facultad extraordinaria otorgada a un órgano estatal –usualmente el Parlamen-

to- y que está destinada a promover la revisión y enmienda del texto fundamental establecido por el poder constituyente originario. Tal proceso se lleva a cabo con los textos constitucionales escritos y rígidos, e implica un conjunto de solemnidades que deben cumplirse para los efectos de sustraer la revisión y enmienda, del mecanismo común u ordinario de la legislación infraconstitucional.

Es evidente que mientras un texto constitucional en atención a su propia naturaleza normativa manifiesta una pretensión de perdurabilidad, la praxis política y la realidad social experimentarán cambios constantes.

Como señala Luis Carlos Sáchica [Citado por Luis Pérez Chávez. *El poder constituyente en el Perú*. Tesis. Lima: Universidad Particular San Martín de Porres, 1955]:

“El poder de reforma tiende a la conservación de la Constitución mediante actualizaciones que captan el cambio en la realidad”. En pureza, implica una técnica de defensa del texto fundamental contra los desajustes que sufre en su aplicación ante la concreta realidad espacio-temporal. Ella impide que las normas fundamentales queden reducidas a fórmulas sin proyección histórica.

En efecto, se trata de un mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del cuerpo político; ello en razón a que a pesar del cambio de Constitución mantiene su “identidad” pero gana en presencia y ejecutabilidad.

Al respecto, James Madison [Citado por Samuel Eliot Morrison, Henry Steele Commager y William Leuchtenburg. *Breve historia de los Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997] ha señalado que la reforma ha servido para proteger “por igual contra las facilidades que hacían a la Constitución demasiado variable y contra la perpetuación de sus manifiestos defectos”.

Siendo la realidad política *dinámica*, esta exige que la Constitución se acople a dicho tránsito; con ello se asegura la continuidad jurídica del texto fundamental.

El poder de la reforma constitucional consiste en aquella actividad dirigida a modificar parcialmente una Constitución escrita y rígida, utilizándose para tal efecto un procedimiento especial jurídicamente preestablecido. Se trata de una competencia extraordinaria o excepcional, por cuanto se encuentra indicada por el propio ordenamiento

constitucional (creado por el poder constituyente originario), a efectos de conseguir una modificación o redistribución de las demás competencias ordinarias del Estado. En su caso no existe una solución de continuidad, tanto en su actuar como en su proceder.

Esta potestad derivada o instituida es la expresión de un orden ya existente, que se manifiesta mediante ciertos procedimientos de reforma constitucional contemplados en la ley fundamental.

La facultad de reforma o revisión solo puede considerarse como una forma propuesta, de obrar, al poder constituyente derivado; es decir, como una técnica oportuna, pero nunca como una regla inexorable.

Es una verdad de perogrullo que toda Constitución necesita recoger permanentemente los recados emanados de la vida social; para ello se ha creado la institución de la revisión orgánica. La reforma constitucional se encuentra ligada al proceso social, que, por tal, es siempre dinámico y cambiante. Esa relación entre norma y realidad es en muchos casos esquiva e inexistente; ya Vladimir Ilich Uliánov "Lenín", censuraba al lirismo jurídico sosteniendo que no debe olvidarse que "los hechos son más testarudos que la ley". El propio general Charles de Gaulle planteaba en sus memorias que "lo que está escrito, aunque sea sobre un pergamino, solo vale por su aplicación".

La revisión contiene una situación de aplicación del derecho por las vías del derecho mismo. Así, nace de la propia Constitución y, por tanto, está comprendida en la especie de las normas constitucionales, dado que se rige por una de ellas. Más aún, mediante dicho procedimiento la consagra y transforma en ley suprema.

La revisión, como noción jurídica, es un aporte más del derecho constitucional norteamericano. Así, al influjo de hombres de la talla de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, se insertó en el artículo V de la Constitución de 1787 la idea de que los cambios en su texto deberían producirse de manera especial y reflexiva, antes que por el súbito y violento paroxismo legislativo. Ellos esperaban (y acertaron) que las llamadas "enmiendas" preservaran, al gobierno, de la excitación y turbulencia popular.

La aplicación de esta histórica concepción demuestra la vitalidad y lozanía permanente del texto fundamental de nuestros vecinos del norte. Ellas provienen de las veintisiete enmiendas

efectuadas a lo largo de dos siglos, que son las que han permitido encontrar adaptabilidad a las condiciones sociales imperantes a lo largo de dicho tiempo.

La robustez de la Constitución americana no proviene del texto de 1787; ella es la emanación de otra fuente que nosotros conocemos con el nombre de *reforma*. Este poder se mueve al interior del orden jurídico preexistente, opera dentro de una legalidad constitucional, y es oriundo de un derecho ya establecido. Su adecuación deviene de su validez y eficacia.

3.2.- Las características del poder constituyente derivado

Entre las principales notas connotativas que presenta el poder constituyente derivado o instituido, como ente con capacidad de reformar el texto fundamental, están las tres siguientes: la legitimación, la limitación y la eficacia.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La legitimación

El accionar de dicho poder deriva de la misma Constitución que habrá de reformar. Esta es la base de su propia fundamentación y consentimiento político.

Paolo Biscaretti di Ruffia [*Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1984] señala que se trata de una actitud normativa que se despliega sobre la del particular procedimiento establecido por la propia Constitución.

b) La limitación

El accionar de dicho poder parte de presupuestos establecidos por el poder constituyente originario; es decir, se encuentra subordinado al *orden establecido* en cuanto a su actuación y alcances de su labor.

Pedro de Vega [ob. cit.] señala que “el poder de reforma, en la medida que aparece reglado y ordenado en la Constitución se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad en revisión no puede ser entendida como una actividad soberana y libre”.

Dicha limitación establece la distancia que separa la acción legal de la acción revolucionaria.

Gonzalo Ramírez Cleves [*Límite de la reforma constitucional en Co-*

lombia. Bogotá: Universidad del Externado, 2005] expone que el poder reformador permite a través del cambio adecuar la norma básica a los tiempos y las necesidades de la sociedad; garantizando así su permanencia y estabilización política.

La doctrina establece que los límites que caracterizan al órgano reformador pueden ser formales y materiales.

Los límites formales se refieren a la totalidad de requisitos objetivamente establecidos por la Constitución para que el proceso de reforma prospere, a saber:

- La individualización del órgano con competencia para ejercer la potestad modificatoria.
- El *íter* procedimental.
- La ratificación ciudadana del proceso de reforma (opcional).

Los límites materiales se refieren a algunos contenidos de la Constitución. Con ellos se indica la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma.

Dichos límites aseguran los supuestos ideológicos y valorativos en que descansa y asienta el sistema político.

c) La eficacia

El accionar de dicho poder tiene como fundamento el afirmar un vínculo armonioso entre el texto constitucional y la realidad política y social.

Siguiendo en parte a Pedro de Vega García [ob. cit.] consideramos que la reforma constitucional cumple las dos funciones siguientes:

- La posibilidad de reordenar la realidad jurídica a la dinámica realidad política. Mediante ella se libra al texto fundamental de quedar reducida a una simple fórmula jurídica sin proyección histórica ni aplicación práctica. En esa hipótesis se entiende que la reforma constitucional no debe ser entendida como un instrumento de agresión sino de defensa de la Constitución, en la medida en que su accionar permite su pervivencia armónica con la realidad.
- La posibilidad de llevar a cabo el proceso de adecuación sin quebrantamiento del sistema constitucional; sino más bien con la gracia y anuencia de este.

3.3.- La justificación de la reforma constitucional

La razonabilidad de la reforma constitucional se explica en razón a lo siguiente:

- a) Por la constatación de una imperfecta acción constituyente originaria; es decir, por la existencia de omisividad, defectuosidad o error por parte del legislador constituyente en la elaboración del texto fundamental.
- b) Por la presencia de cambios en la sociedad política; lo que implica el surgimiento de un “desfase” entre la norma y la voluble realidad.

4.- LA RELACIÓN ENTRE EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

Entre ambos poderes existe una ligazón irrompible. Al respecto, debe señalarse que no se trata de poderes de distinta sustancia, sino de un entroncamiento de género a especie, que se presenta en dos momentos de la vida institucional: en el primero como creación o recreación de un orden constitucional; en el segundo como reforma del mismo.

Sergio Díaz Ricci [ob. cit.] expone que el poder constituyente originario “hace referencia [...] a aquella potestad que dicta una Constitución, o sea que elabora normas constitucionales”, mientras que el poder constituyente derivado “responde al supuesto de una Constitución existente que se modifica a través de la actuación de un procedimiento previsto por ella misma”.

A manera de síntesis, Alberto Spota [*Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*. Buenos Aires: Depalma, 1991] distingue conceptualmente el ejercicio de ambos poderes de la siguiente manera:

El *poder constituyente originario* es el que organiza y da asiento jurídico, por primera vez o nuevamente, a una comunidad. Su base de poder es de naturaleza política.

El *poder constituyente derivado o constituido* es la consecuencia de una norma constitucional que faculta o permite la reforma del texto magno; por ende, dicho poder tiene un origen estrictamente jurídico. Así, cuando una Constitución anuncia la factibilidad y el procedimiento para su propia reforma, el poder que surge de ello tiene el ca-

rácter de constituido o instituido; o sea, es una potestad cuyo asiento tiene base legislativa.

El *poder constituyente originario* es una expresión que alude a potencia, fuerza o dominación política.

El *poder constituyente derivado o constituido* se asocia con los conceptos de competencia, facultad, atribución o capacidad jurídica. Se encuentra condicionado por la decisión inicial del legislador constituyente y su legitimidad radica en la legalidad de la función regulada por la Constitución. En otras palabras, la autoridad de dicho poder se encuentra en el texto básico del Estado, y funda la validez de su actuación y su eficacia en el respeto a los parámetros procedimentales y sustanciales establecidos por el poder constituyente originario en la Constitución.

Al respecto, Javier Pérez Royo [ob. cit.] expone que una vez que el poder constituyente originario cumple con elaborar la Constitución ipso facto deja de existir. A partir de ese momento todos los poderes son constituidos.

La reforma constitucional es definida como poder constituyente derivado o constituido en razón a que como expresión *constituyente* se coloca en el lugar otrora ocupado por el operador o ejerciente originario; pero como expresión *derivada o constituida* actúa en función a un ordenamiento jurídicamente preestablecido.

5.- EL PROCESO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Como se ha referido, el *poder constituyente derivado* es estudiado por la ciencia del derecho, ya que expresa con claridad un concepto jurídico. La atribución de la reforma es expresión de una competencia extraordinaria o excepcional, en el sentido de que puede modificar o redistribuir las demás competencias ordinarias del Estado.

Al respecto, Carl Schmitt [*Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universitaria, 1970] señala que la competencia para reformar el texto fundamental no es una atribución normal, sino, más bien, una prerrogativa de carácter extraordinario y limitado.

La facultad de reforma prescrita por una norma constitucional significa que una o varias reglas del texto fundamental pueden ser sustituidas, pero bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un "todo".

Dicha facultad no se explica por sí misma; la competencia para ejercerla no implica la utilización de una facultad usual (como dar leyes, conocer procesos judiciales, realizar actos administrativos), sino que se trata de una acción singular con límites y objetivos muy precisos.

En razón de lo expuesto, la potestad de enmendar contiene, pues, tan solo la atribución de practicar reformas, adiciones, refundiciones, supresiones, etc., pero con la restricción de mantener la fisonomía del texto. Para Carl Schmitt, la Constitución es intangible en aquello que es sustancial; en suma, la reforma de esta no acarrea su destrucción.

Mediante la reforma se puede modificar pero no destruir la Constitución; en caso contrario, también se enerva su legitimidad como poder de revisión. Como tal, dicho tipo de poder promueve la "conservación" del texto magno mediante su permanente actualización con la realidad.

La Constitución intenta ser la completa regulación jurídica del incesante y diverso proceso renovador de la vida de un Estado. De allí que se pueda, en cierto modo, comprender su relativa permanencia. Una Constitución perdurará en la medida que armonice con los procesos reales; por ende, debe asumirlos y acomodarse a ellos. Los cambios formales la afectan, pero al integrarlos en su seno se renueva y así continúa viva y lozana. De lo contrario, cuando es desbordada por la realidad y es incapaz de "asumirla", se abre paso a la revolución o a la dación de una nueva Constitución.

Es conveniente subrayar que la reforma tiene un carácter esencialmente integrador, en la medida en que intenta "acomodar" las normas a la realidad. El poder constituyente derivado es la potestad transformadora con sentido de reafirmación y continuidad.

Sin embargo, para que esa dimensión integradora sea cabal existen límites que, en términos genéricos, conforman lo que podríamos denominar la *fórmula basililar* la cual no puede ser cambiada por la reforma constitucional. *Contrario sensu*, se abandona el cauce de la legitimidad constitucional y se origina un proceso revolucionario.

La existencia de estos límites es indispensable para el mante-

nimiento mismo de la Constitución, a efectos de que conserve su identidad pese a las modificaciones realizadas en su contenido. De manera que, aunque se hayan reformado partes íntegras, se mantendrá la continuidad de la misma Constitución en tanto se hayan respetado tales límites.

La fórmula basilar de una Constitución se compone de un techo ideológico (liberal, democrático, socialista, fascista, etc.), está ajustada a unos supuestos económico-sociales (capitalismo privado, capitalismo de Estado, etc.) y se adscribe al influjo de determinados principios de organización política (federalismo, república, monarquía, etc.).

La fórmula basilar está dirigida a determinar con claridad cuatro aspectos: quién manda, cómo manda, bajo que pautas basilares y marco institucional manda y para qué manda en un determinado Estado. Ella es obra exclusiva del poder constituyente originario; su alteración configuraría una expresión revolucionaria, razón por la que queda fuera de la competencia del poder de reforma.

La tarea, pues, del intérprete del derecho constitucional consiste en establecer los factores ideológicos, sociales y materiales que caracterizan a una fórmula política expresada por el código fundamental en cuestión. Esta labor se simplifica extraordinariamente cuando puede ser contrastada de modo inmediato. Así, por ejemplo, el preámbulo de la Constitución peruana de 1979 aclaraba esos aspectos, ya que señalaba ciertas finalidades y convicciones políticas.

A nuestro entender, la reforma total, que equivale al “cambio” de la Constitución, no sería doctrinariamente posible desde el momento mismo en que la propia ley fundamental prevé su enmienda y corrección, pero no su sustitución.

El *poder constituyente originario* es inalienable, no enajenable e intransferible, de lo que resulta que este no consiente que se le reemplace posteriormente en su titularidad primigenia. Al ser inalienable, no puede admitir su propia destrucción o aniquilamiento. Desde una perspectiva jurídica, el texto fundamental solo puede ser abolido en su totalidad, o en su fórmula basilar, mediante otro acto del poder constituyente originario o con expresa autorización de este.

La facultad de reforma, prevista en una norma fundamental, no encuentra el privilegio de su cambio; por ello, la Constitución –fuente del poder reformador– no nace, a su vez, del texto fundamental. Como señala Carl Schmitt [ob. cit.]:

“Que una Constitución se dé a sí misma es un absurdo manifiesto”.

Como afirma Luis Carlos Sáchica [Citado por Luis Pérez Chávez. ob. cit.], quien está legitimado para reformar la Constitución tan solo puede “conservar en lo esencial aquello que reforma, sin alterar ni sustituir su entidad propia, su sustancia. Podrá variar, modificar parcialmente la forma, suprimir lo adjetivo, adicionar lo necesario, rectificar lo contradictorio, pero siempre siguiendo los lineamientos, en trazos maestros que hacen de un ser lo que es [...]”.

A guisa de ejemplo, Guillermo Calandrino [ob. cit.] expone que “el poder constituyente originario es aquel que establece los cimientos de una casa (techo, hormigón y columnas) en tanto que el poder constituyente derivado es aquel que se utiliza para modificar el orden con que recibimos una casa (anular una ventana, abrir una nueva puerta).

Más aún, un análisis sesudo, desde el punto de vista histórico, acredita que la capacidad transformadora de cambios políticos de los pueblos por medio de sus representantes legales ordinarios, es poco viable. Por razones ajenas al derecho, los pueblos prefieren el misterioso encanto de la ruptura, y lo imprevisible que permita operar ese cambio.

El encauzamiento de los nuevos conceptos sociales en el andamiaje constitucional ofrece un ejercicio exitoso en los casos de enmiendas parciales, mas no en los casos de una negada renovación total.

Es falsa aquella tesis de que la imposibilidad jurídica de la reforma total sea una invitación a la excitación temeraria de quienes sostienen la necesidad de la revolución. En períodos de eclosión histórica, la factibilidad de dicho cambio por medio del consenso es solo una atribución lírica.

La historia constitucional peruana ofrece la verificación de que la transformación constitucional ha emanado de la revolución y no de la reforma, ello hasta el extremo, incluso, de que el cambio parcial ha sido un instrumento jurídico exótico y despreciado.

5.1.- El proceso de reforma constitucional como medio para el cambio de Constitución

La posibilidad de la dación de una nueva Constitución por la vía del proceso de reforma constitucional, solo es posible cuando el propio poder constituyente originario de manera expresa autoriza al legislador ordinario a *convertirse* en recreador del orden constitucional.

Al respecto, son citables los casos establecidos en las constituciones de Suiza, España, Austria, Argentina, Nicaragua, Uruguay, Venezuela, Cuba y Mónaco.

5.2.- Los presupuestos doctrinarios para el proceso de reforma constitucional

La reforma de la Constitución requiere, antes de ser llevada a cabo, el que de manera previa se observen algunos juicios de valor sobre su necesidad y oportunidad.

Asimismo, exige contemplar aspectos tales como el plazo de espera, el plazo de estudio, las disposiciones intangibles, las restricciones heterónomas y las reglas de aprobación.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La necesidad de la reforma

El legislador no puede prescindir ni evitar al momento de discutir la probabilidad de una enmienda el tener que justificar el carácter su imprescindible. Tal necesidad se expresa desde las cinco consideraciones siguientes:

- La existencia de una grave crisis de legalidad.
- La presencia excesiva de usos políticos o interpretaciones normativas constitucionales ocasionadas por el fenómeno de las mutaciones.
- La subordinación de los preceptos constitucionales a las exigencias de quien depende la decisión política.
- La existencia de contradicciones entre los mandatos de la Constitución y las exigencias sociales.
- La existencia de omisiones y vacíos normativos.

b) La oportunidad de la reforma constitucional

Alude a las circunstancias políticas adecuadas para llevar adelante el proceso de revisión constitucional. En este caso, el tiempo propicio es aquel en que existen las condiciones sociales y materiales, así como un clima de libertad y tranquilidad pública, que permitan a los ciudadanos y organizaciones políticas en general el manifestarse con pleno albedrío sobre el rubro.

En ese sentido, no son tiempos de reforma aquellos que coinciden con convulsiones políticas, guerra exterior, período de vigencia, etc.

c) El plazo de espera para la reforma constitucional

Se presenta cuando el legislador constituyente ordena que su obra no sea sometida a ningún cambio antes del vencimiento de un lapso preestablecido; ello con el objeto de dar paso a que la Constitución se consolide, se enraíce con la realidad, y que el pueblo se familiarice con sus postulados.

Expresiones concretas las encontramos en la Constitución argentina de 1853, que fijaba un plazo de diez años; la Constitución griega de 1927, que establecía un período de cinco años; la Constitución de Paraguay de 1967, que preceptúa un período de diez años.

En el Perú la Constitución de Cádiz estableció un plazo de ocho años; la Constitución de 1826, conocida como "Vitalicia" consignó cuatro años; y la Constitución liberal de 1828, determinó uno de cinco años.

d) El plazo de estudio para la reforma constitucional

Plantea la existencia de un "*tiempo de examen*" exigido por la Constitución, a fin de confrontarla o cotejarla con la realidad.

Al respecto, pueden ser citados los casos de la Constitución polaca de 1921, que fijaba que dicho proceso se efectuase cada veinticinco años; y las constituciones portuguesas de 1933 y 1951, que establecían tal proceso cada diez años, reducibles a la mitad por disposición de la Asamblea Nacional.

e) Las disposiciones intangibles

Son aquellas que tienen por finalidad librar radicalmente a determinadas normas constitucionales de cualquier tipo de modificacio-

nes, lo cual quiere decir que existen preceptos que no son materia reformable.

Este tipo de disposiciones apoya lógicamente la imposibilidad de realizar una reforma total. Ellas son el resguardo de la legitimidad constitucional, ya que preservan los supuestos ideológicos y valorativos en que descansa el régimen político.

Este tipo de normas puede ser de dos clases:

e.1) Las disposiciones de intangibilidad articulada

Son las que se sustraen expresamente a cualquier enmienda, por medio de su prohibición constitucional. En verdad, se trata de medidas concretas y explícitas para proteger instituciones inscritas en el magno texto.

La doctrina ha establecido que están referidas básicamente a la inderogabilidad de la declaración de derechos, la división de los órganos del poder estatal y la irreversibilidad de la forma de gobierno y del *telos* de la Constitución. Así, en la parte *in fine* del artículo 84 de la Constitución francesa de 1958 se dispone:

“La forma republicana de Gobierno no puede ser objeto de revisión”.

Una disposición análoga se encuentra en el artículo 139 de la Constitución italiana de 1947.

A mayor abundamiento, presentamos un sintético cuadro ilustrativo:

- *Inderogabilidad de la declaración de derechos*: Las constituciones de Alemania Federal 1949, Puerto Rico 1952, Brasil 1988, Rumania 1991, Ucrania 1996.
- *Irreversibilidad de la forma de gobierno*: Las constituciones de Alemania Federal 1949, Grecia 1952, Brasil 1988, Marruecos 1996.
- *Inalterabilidad de los principios fundamentales o del espíritu de la Constitución*: Las constituciones de Alemania Federal 1949, Grecia 1952, Camboya 1993.

En el ordenamiento constitucional peruano, las encontramos en el artículo 12 de la Constitución de Cádiz (1812), que estableció que la religión de la Nación fuese perpetuamente la católica, apostólica y romana; y en el artículo 183 de la Constitución de 1839, que fijó la inalterabilidad la forma de gobierno popular representativa fundada

en la división e independencia de los poderes.

Más sugestivo aún fue el artículo 142 de la Constitución de 1933, en donde textualmente se decía:

“No hay reelección inmediata. Esta prohibición no puede ser reformada ni derogada”.

e.2) Las disposiciones de intangibilidad implícita

Son las que permiten garantizar determinados valores fundamentales de la Constitución, los mismos que no se encuentran expresados literalmente en ella, pues se trata de criterios sustantivos inmanentes e inherentes al propio texto.

La prohibición de reforma se genera a partir del espíritu o *telos* de la Constitución, sin que explícitamente aparezca una proclamación detallada en una pauta jurídica. En puridad, las disposiciones de intangibilidad implícita afirman la existencia de límites no articulados o tácitos. Se trata de impedir que el legislador constitucional transgreda las *delimitaciones* que le son impuestas por los principios y valores insertos en una Constitución.

Estas disposiciones aparecen tras una labor deductiva de la fórmula basilar a cargo del órgano de control constitucional y hasta del propio órgano reformador. Expresan el encumbramiento normativo y la protección de los fundamentos ideológicos y valorativos sobre los que se organiza el régimen político que proyecta la Constitución.

Al respecto, el Tribunal Constitucional alemán ha tomado para sí la corriente iusnaturalista, al haber reconocido una jerarquía o escala de valores en las normas fundamentales. Con ello ha puesto un tope inmanente y no articulado a la reforma constitucional en Alemania.

A manera de síntesis, sobre las disposiciones intangibles, planteamos lo siguiente:

Las posibilidades materiales de actuación del poder constituyente derivado terminan donde la modificación constitucional conlleve la desvirtuación de su *legitimidad* como poder de revisión.

El hecho de que una Constitución no aluda a la existencia de cláusulas de intangibilidad articulada, de ningún modo significa la exis-

tencia de una facultad para la reforma total. Más bien, ello indicaría que el órgano legislador reformador y el de control de la constitucionalidad asumen de consuno la responsabilidad de interpretar y señalar *por vía objetiva* las normas que aluden a la fórmula basilar y a los valores, los que, por ende, no pueden ser objeto de reforma.

Debe decirse que existen constituciones donde el legislador constituyente ha declarado *expresamente* las *zonas prohibidas de reforma*; en tanto que en otras se ha establecido tácita y doctrinariamente que corresponde resolver –de conformidad con la legitimidad que subyace en el texto fundamental– al legislador y al contralor constitucional la ubicación de dichas zonas. Empero, esta demarcación se encuentra tácitamente inmersa en el seno mismo de la Constitución.

Como bien expone Roberto Rodríguez Gaona [*El control constitucional de la reforma a la Constitución*. Madrid: Dykinson, 2006] existen ciertos contenidos que definen la obra de ingeniería constitucional forjada por el poder constituyente originario; estos devienen en los límites infranqueables al poder constituyente derivado. Así, “la Constitución posee partes que [...] en la praxis de la regularidad jurídica no pueden alterarse o sustituirse, bajo pena de producir un cambio de Carta”.

William Marbury [*The limitation upon the amending power*. Harvard: Law Review, 1919-1920] sostiene que el poder de reforma tiene competencia para modificar la Constitución, lo que no posee es competencia para destruirla.

Ahora bien, la única forma posible de eliminar las cláusulas de intangibilidad es mediante la acción directa del poder constituyente originario.

En ese contexto, es dable señalar que siguiendo a Ignacio de Otto [ob. cit.] consideramos que el poder constituyente derivado no puede autoreformarse. Es decir, que la norma que confiere un poder de reforma no puede servir de fundamento para el establecimiento de un precepto modificador del proceso de enmienda.

Para tal efecto, debe recordarse que los alcances de dicha norma no son aplicables a ella misma. De allí que aun cuando una Constitución pueda ser objeto de una reforma en razón de existir un precepto que la permita y regule, en cambio este último no se encuentra sujeto

a la posibilidad de ser reformado siguiendo el *íter* procedimental establecido por sí mismo.

f) Las restricciones heterónomas

Son aquellas que derivan de normas jurídicas ajenas a la Constitución en sí mismas. Son externas al derecho nacional, aunque este las admite, recibe e incorpora. Así, tenemos el caso de los tratados de paz, los procesos de integración regional y los acuerdos de guerra, en cuyas cláusulas existe el consentimiento del Estado de las condiciones fijadas en aquellos.

Al respecto, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los tratados, consigna que el Estado no puede desligarse de sus compromisos internacionales argumentando la existencia de normas de derecho interno, salvo cuando estos fueron celebrados con violación manifiesta de las reglas estaduales de competencia para su aprobación y/o ratificación. Asimismo, es admisible que por la vía de la justicia transnacional libremente aceptada puedan invalidarse actos constituyentes reformadores violatorios de dichos compromisos.

En ese contexto, Néstor Pedro Sagüés [ob. cit.] es concluyente cuando afirma que “un poder constituyente posfundacional no libera al Estado de sus compromisos internacionales preexistentes”.

Un ejemplo de lo expuesto aparece en el artículo 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual nuestro país es suscriptor, en donde se establece lo siguiente:

“En los países que no han abolido la pena de muerte esta solo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada del tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se aplique actualmente”.

Igualmente, es citable el caso del Japón que tras su rendición y aceptación sin condiciones de la “Declaración de Postdam” de fecha 14 de agosto de 1945, aprobó -bajo la férula del general norteamericano Douglas Mac Arthur- una Constitución en donde se renovó la proscripción de poseer Fuerza Armada.

Al respecto, el artículo 9 de la Constitución japonesa textualmente señala: “Aspirando sinceramente a una paz internacional basada en la justicia y

el orden, el pueblo japonés renuncia para siempre a la guerra y a la amenaza o al uso de la fuerza como medio de solución en disputas internacionales.

Con el objeto de llevar a cabo el deseo expresado en el párrafo precedente, no se mantendrán en lo sucesivo fuerzas de tierra, mar o aire, así como tampoco otro potencial bélico. El derecho de beligerancia del Estado no será reconocido”.

g) Las reglas de aprobación

Son aquellas que permiten certificar la conclusión del proceso de obra constituyente.

El derecho comparado presenta alguna de las consideraciones siguientes:

- Exigencia de una mayoría calificada para la aprobación de las reformas.
- Exigencia de una doble aprobación distanciada en el tiempo.
- Exigencia de un referéndum confirmativo.

Estas consideraciones pueden presentar parcial o totalmente previstos en un texto constitucional.

5.3.- La inconstitucionalidad de la reforma constitucional

En concordancia con lo expuesto en el rubro sobre los límites del poder constituyente derivado, consideramos que la reforma constitucional no puede afectar la *fisonomía* de la Constitución.

El Tribunal Constitucional en el caso Colegio de Abogados del Cusco (Expediente N° 0014-2002-AI/TC) ha señalado que “el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto limitado”. Más aún, dicho colegiado estableció que le corresponde velar porque la norma suprema no sea en sí misma vulnerada a través de normas modificatorias que puedan atentar, tanto contra los principios jurídicos y valores democráticos como sobre los procedimientos establecidos para una reforma constitucional.

Asimismo, consignó que los límites que caracterizan al órgano reformador son los siguientes:

a) Límites formales

Estos se encuentran referidos a los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para otorgar validez a la reforma. Entre estos aparecen el órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria y el *íter* legislativo.

b) Límites materiales

Estos se encuentran referidos a los contenidos de la Constitución: es decir, implican el resguardo de los parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma. Entre estos aparecen las disposiciones de intangibilidad articulada y las disposiciones de intangibilidad implícita.

El primer caso de control de la reforma de la Constitución fue el *Hollingsworth vs. Virginia* (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1798), en donde se declaró que la undécima enmienda era conforme a la Constitución.

Esta enmienda había sido imputada por una supuesta infracción formal consistente en no haber sido aprobada por el Presidente de la República en los términos del artículo I, sección 7 de la Constitución.

Posteriormente han existido pronunciamientos en los casos *Hawke vs. Smith* (enmienda decimoctava, 1920) y *Leser vs. Garret* (enmienda decimonovena, 1922).

La Corte Suprema de la India en el caso *Indira Gandhi vs. Shi Ray Narain*, anuló una enmienda constitucional (1976); y en el caso *Mine-ría Mills vs. Union of India*, impidió la modificación de la fórmula de revisión de la Constitución (1980).

En Colombia, es citable el caso *Carlos Moreno Novoa y Álvaro Echeverri Uruburu contra el Acto Legislativo N° 2*. Allí, la Corte Suprema en 1978, declaró la inconstitucionalidad de la convocatoria del Congreso de la República, a una Asamblea Constituyente por vicio de forma.

Posteriormente, la Corte Constitucional entre 1992 y el 2003 establecerá un control a los límites formales. Luego accederá al control sobre los límites materiales, tal y conforme aparece de lo resuelto en el caso *reelección presidencial inmediata* (2006).

En la Argentina, la Corte Suprema admitió a trámite el control de

la constitucionalidad de la reforma contenida en el artículo 14, bis, relativa al derecho de huelga. Así, en el caso Soria de Guerrero vs. Bodegas y Viñedos Pulenta Hermanos S.A. (1963) resolvió que “la intervención de esta Corte es pertinente para decidir [...], si el artículo 14 nuevo de la Constitución nacional fue sancionado de conformidad con las normas del reglamento interno dictado por la Convención Constituyente de 1957 [...]”. Es decir, “acerca de la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una ley”.

En el caso Carlos Santiago Fayt vs. Estado Nacional (1995), la Corte Suprema argentina anuló una norma emanada de la reforma constitucional de 1994; concerniente a la fijación de un plazo (el cumplimiento de setenta y cinco años de edad) para la estabilidad de los jueces federales; dicha modificación era excesiva en relación a la Ley N° 24309 Ley de Convocatoria a Reforma Constitucional.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en el caso Reforma Constitucional del Régimen Pensionario (Expediente N° 0050-2004-AI/TC) en donde declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad; y en el caso Miguel Ángel Mufarech Nemy (Expediente N° 0024-2005-PI/TC) en donde declaró constitucional la reforma de los artículos 91, 191 y 194 del texto fundamental de la República.

5.4.- El proceso de reforma y el sentimiento constitucional

Toda Constitución, como cualquier obra humana, es en sí misma incompleta, máxime cuando es la consecuencia de un compromiso político asumido por las fuerzas sociales y los grupos partidarios que participaron en su elaboración. En ese sentido, tal como lo señala Karl Loewenstein [*Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1984] la expresión *sentimiento constitucional* permite describir aquella conciencia de la comunidad, que, trascendiendo a todas las tensiones y antagonismos existentes –políticos, económicos, sociales, culturales, religiosos, etc.–, integra y reúne a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio.

Dicho sentimiento significa estar personal y socialmente implicado con los valores y principios contenidos en la Constitución.

A nuestro modo de ver, el sentimiento o espíritu constitucional se

expresa en la fe ciudadana de la conveniencia de convivir en y con una Constitución.

Este espíritu lleva a internalizar el conjunto de normas, principios y prácticas en el seno de la comunidad política. Así, aparece la noción del deber de cumplimiento.

El sentimiento o espíritu constitucional asocia constructivamente el discernimiento, la intención y la libertad. Así, a la manera de Juan Jacobo Rousseau habría que decir que “si la razón hace a la persona, el sentimiento la conduce”.

Gerardo Eto Cruz [“El sentimiento constitucional peruano”. En: *Ponencias desarrolladas en el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. Arequipa: Adrus, 2008] señala que este término implica una experiencia cultural con una carga axiológica que permite vincular a los gobernantes y los gobernados por y en la Constitución.

La historia acredita que el sentimiento o espíritu constitucional de alguna manera es obra de la moralidad social de una colectividad política.

Pablo Lucas Verdú [*El sentimiento constitucional*. Madrid: Reus, 1985] expone que la existencia de este sentimiento deviene en una “prueba significativa de la consonancia entre norma y realidad”. Por ende, la define como “aquella adhesión íntima a las normas e instituciones fundamentales de un país, experimentada con intensidad, más o menos consciente, porque se estima –sin que sea necesario un conocimiento exacto de sus peculiaridades y funcionamiento– que son buenas y convenientes para la integración, mantenimiento y desarrollo de una justa convivencia”.

Su importancia es tal que Javier Tajadura Tejada [*El derecho constitucional y su enseñanza*. Lima: Grijley, 2001] se ha visto obligado a afirmar que “un ordenamiento constitucional sin una suficiente adhesión sentida puede devenir en fantasmagórico aunque se estudie y discuta en los libros y se explique en las aulas universitarias”.

Este fenómeno que se consolida ante la necesidad de afirmar la seguridad jurídica, el bienestar general y una vocación de justicia en sentido lato, pertenece a los imponderables de la existencia nacional. Por ende, no puede ser producido racionalmente, aunque puede ser consolidado a través de la educación y la acción ejemplarizadora de los sectores políticos, sean estos del gobierno o de la oposición.

Su formación depende de factores irracionales y de la vivencia histórica de un pueblo. Como bien sabemos, el irracionalismo se caracteriza por la exaltación de los elementos espirituales y afectivos en la acción.

Como bien expone Karl Loewenstein [ob. cit.] el sentimiento constitucional no se encuentra asociado en absoluto con la denominada *conciencia nacional*. Existen pueblos en los cuales este sentimiento es vigoroso, y otros en donde está débilmente desarrollado.

Los suizos, por ejemplo, se distinguen por una concepción clara y expresa del concepto nación, lo que, sin embargo, no corresponde a su relación sentimental con su Constitución. La ciudadanía suiza no duda en reformar su documento constitucional cuando surge la necesidad de ello. Así, a lo largo de casi cien años se han ocupado de cambiarlo repetidamente por medio del referéndum constitucional. En cambio, los belgas, que solamente han efectuado seis enmiendas constitucionales en más de ciento treinta años, poseen un fuerte sentimiento constitucional que hasta pudo hacer frente a la crisis generada en torno al rey Leopoldo III en 1951 [*El rey Leopoldo III gobernó desde 1934. Al producirse la invasión alemana en 1940, solicitó un armisticio con las fuerzas invasoras. Al término de la Segunda Guerra Mundial, sectores políticos de la izquierda belga se rebelaron ante la posibilidad de su retorno al poder. El Congreso belga, el 20 de julio de 1950, dictó una ley que daba por terminada la regencia impuesta después de la guerra e instaba al ex monarca a reasumir sus funciones para evitar la quiebra del orden del orden. En ese contexto, Leopoldo III abdicó a favor de su hijo Balduino*].

Finalmente, a los franceses –cuya conciencia nacional no le va a la zaga a la de ningún otro pueblo– les es indiferente la Constitución que se encuentra en vigor. Ellos jamás han mostrado un auténtico sentimiento constitucional.

Como bien señala Pablo Lucas Verdú para explicar la falta de sentimiento constitucional “¿Crisis del concepto de Constitución? La Constitución española entre la norma y la realidad”. En: *Derechos humanos y Constitución en Iberoamericana*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), 2002]:

“Cuando el vínculo moral que une a los ciudadanos con las instituciones que diseña la Constitución apenas existe o es muy débil, entonces tendremos Constitución pero no estaremos en ella”.

Es evidente que la fe, convicción, pasión y necesidad de vivencia estipulada en un solemne documento de pulida gramática y de impecable sintaxis, implica necesariamente la verificación de determinados actos, usos y costumbres.

Este concepto se liga con la problemática de la reforma constitucional, en atención a las consideraciones siguientes:

Las reformas constitucionales son absolutamente imprescindibles como adaptaciones de la dinámica constitucional a las condiciones sociales en constante cambio, o para corregir el error de apreciación del constituyente al promover la vigencia de una norma fundamental; pero cada una de ellas es una “intervención quirúrgica” en un organismo viviente, que debe ser efectuada con gran cuidado y responsabilidad.

Toda reforma constitucional emprendida por razones oportunistas, para facilitar una gestión política, puede contribuir a una deprecación del sentimiento constitucional o significar una traba para el enraizamiento definitivo de este en el corazón del pueblo. Ella debe promoverse con la anuencia o adhesión de la ciudadanía, y no solo ser fruto de una mayoría parlamentaria interesada en viabilizar un mejor manejo del gobierno, ni servir para satisfacer los particulares intereses políticos del gobernante de turno.

Es aceptable que se exponga que no se ha dado todavía el caso de un cuerpo político que haya colapsado por causa de una Constitución incompleta o necesitada de reforma, pero muchos regímenes han fracasado por el excesivo poder del grupo político que detentaba el poder.

Es más fácil vivir con una Constitución con lagunas, que con una que se ha convertido en la “pelota de juego” de quienes detentan el poder. Finalmente, consideramos que toda participación popular en el proceso de reforma –cualquiera fuere su modalidad técnica– es una contribución a la educación cívica y un elemento de integración política. Una nación vivirá democráticamente tan solo cuando le esté permitido comportarse democráticamente.

Como lección de la historia han quedado registradas las palabras expresadas por exdictador boliviano Mariano Melgarejo (gob. 1864-1871) quien ante el Parlamento de su país señaló lo siguiente:

“Sepa el señor diputado que acaba de hablar, que la Constitución de

1861, que era muy buena, me la metí en este bolsillo; y la de 1868, que es mejor, según estos doctores, ya me la metí en este otro”.

5.5.- La Constitución, el poder constituyente y el sentimiento constitucional en el Perú

El texto fundamental de un Estado es, en puridad, un instrumento que corresponde a su propia organización, mediante el cual se expresan fundamentalmente las relaciones de poder de una sociedad en un tiempo determinado, valiéndose para ello de la formalización jurídica que todo acto de derecho contiene.

La Constitución deviene en el formato legal en donde aparecen los aspectos centrales de la vida ciudadana, tales como los derechos y garantías personales, la participación en los asuntos políticos y en el goce de la riqueza nacional, la ordenación del funcionamiento del aparato estatal, el concierto de las relaciones socioeconómicas, etc. En esta perspectiva, la carta básica tiene como sello particular el ser mandato jurídico, formal e imperativo y, por consiguiente, inherente a las funciones tuitivas y coactivas del Estado. Más, sin embargo, de manera paralela y revestida por lo jurídico, ella expresa una naturaleza política entre los distintos sectores sociales.

Ello obliga al legislador constituyente a correlacionar el texto fundamental con una realidad concreta; a determinar de manera clara las aspiraciones sociales y las responsabilidades específicas de los ciudadanos en la forja del bien común.

Una Constitución necesita recoger los recados emanados de la historia, lo privativo y natural del quehacer social, a efectos de establecer un connubio sólido, estable e integrado. Cabe agregar la necesidad de que sea dictada por consenso, a fin de preservar normativamente todos los intereses generales de las distintas capas del pueblo.

En nuestro caso particular, bajo el síndrome del “complejo de Penélope”, los peruanos a lo largo de casi dos siglos de vida republicana hemos vivido haciendo y deshaciendo constituciones. El germinar de un texto cada diez años nos muestra, a las claras, que ellos no provinieron ni del mandato de la historia ni de las exigencias de una realidad puntual y precisa, ni mucho menos fueron corolario del consenso social.

Este acreditado exceso constitucionalista es fruto, a la postre, de

un evidente defecto de apreciación de la realidad que llevó a gobernantes y políticos, a cambiar tantas veces lo que por su *carácter de fundamental* exige, de por sí, estabilidad; o lo que es peor utilizándolo como coartada para consolidar una acción facciosa.

Las dogmáticas preocupaciones de facción, las situaciones políticas transitorias consideradas como definitivas y, sobre todo, la ingenua deformación mental que encarga a la ley la “creación de la realidad”, llevaron al país a tantos -y en gran parte inútiles- esfuerzos constitucionales.

Así, la práctica constitucional muestra el conflicto entre la “Constitución formal” y la “Constitución real”. Ello obligó a nuestros doctrinarios a descubrir sus ambigüedades y silencios. Aplicadas parcialmente, o simplemente no aplicadas, nuestras constituciones terminaron negadas por la praxis diaria de los gobernantes de turno.

En simbólica conflagración frontal unas veces, o en guerra fría en otras, los hechos y los textos son, en la historia republicana del Perú, como la tesis y la antítesis de una lógica exorcizante. La realidad ha ido perfilando períodos ensombrecidos, convulsiones anárquicas, tumultos, motines y hasta despreciables autocracias pretorianas. A cambio de ello, nuestros documentos constitucionales nos dejaron utopías vehementes y fervores obcecados, amén de los antiguos anhelos de libertad y bienestar ciudadano, del respeto franco a la ley y del decoro en la conducta pública [Enrique Chirinos Soto. *La nueva Constitución al alcance de todos*. Lima: Andina, 1980].

Lo expuesto revela que el divorcio prematuro entre el país legal y el país real y profundo, gestado a los pocos días de dictada nuestra primera carta republicana, nos ha perseguido como una sombra cada vez que nos hemos encaminado a la dación de otro texto fundamental.

Como bien afirmó Víctor Andrés Belaunde [Citado por José Pareja Paz Soldán. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Lima: Justo Valenzuela Ediciones, 1981]:

“En la historia del Perú, el alma nacional dormita sin querer nada o despierta para orientarse en el sentido de lo irrealizable o lo equivocado, siendo nuestra vida una triste sucesión de antagonismos”.

Por ello, aparecen la hipocresía legislativa o el alegre deporte

del trasplante y la copia de instituciones jurídicas extrañas a nuestra identidad y modo de ser. Como bien expresara un estudioso de nuestra literatura:

“En el Perú nuestra producción escrita no es más que ecos de ecos y reflejos de reflejos”.

En resumen, nuestras cartas políticas solo fueron catecismos llenos de dogmas republicanos y listines de promesas, pero sin creyentes ni adeptos convencidos. Toribio Pacheco [Citado por José Pareja Paz Soldán. ob. cit.], en sus certeras *Cuestiones constitucionales*, al respecto decía:

“Forjamos una Constitución y no nos volvemos a acordar de ella; proclamamos los derechos y garantías que todo hombre debe gozar en una sociedad medianamente autorizada, y no los respetamos en los otros, ni exigimos que ellos los respeten en nuestra propia persona; establecemos autoridades y tampoco las respetamos; nos burlamos de ellas, las desacreditamos y las derogamos el día que se nos antoja”.

Nuestro siempre trunco, incompleto e incumplido pacto social y, por consiguiente, el “exceso constitucionalista” derivado de aquello, es el fruto de un evidente defecto de la apreciación de la realidad, de una falta de constancia y de un permanente prurito innovador que ha llevado a la postre, a modificar permanentemente aquello que por su carácter de fundamental exige, de por sí estabilidad. La historia del Perú es la prueba más indubitable que no es posible la gobernabilidad sin estabilidad política ni vigencia cabal de las instituciones constitucionales.

A contracorriente de las exigencias de la realidad, en alegórica lucha incesante, los hechos y los textos se han enrumbado por horizontes diferentes.

El fracaso de la obra institucionalista de legisladores constituyentes de espaldas a la verdad histórica del país, permite explicar la peculiar naturaleza de cultura política que brotó en el Perú después de la guerra emancipadora, y documentó como prueba de cargo los falsos supuestos, las frustradas expectativas y las equívocas formas de respuesta supuestamente encaminadas a la forja de un bienestar hipócritamente formulado como inclusivo para todos.

El léxico constitucionalista, “fundado” en los principios y valores de las revoluciones atlánticas de finales del siglo XVIII, en puridad,

cimentó una pluralidad de perversas prácticas políticas en torno a una sociedad con robustos y aún indoblegables paradigmas prerrepúblicanos.

El constitucionalismo peruano como promesa nacional –tomando la feliz expresión de Jorge Basadre– jamás afrontó los problemas de la segmentada y jerarquizada sociedad nacional, ni atacó programáticamente la distribución desigual de la riqueza. La retórica constituyente vació de contenido los principios y valores de la democracia.

La idea de pueblo y ciudadanía fue siempre y solo ciudadina; la democracia emergente se preñó de jerarquías sociales y paternalismo.

En ese cuadro en donde se concibió el temprano divorcio entre las reglas y las conductas de los gobernantes y ciudadanos, apareció continuamente la anarquía. La inestabilidad política ha sido nuestro sino y destino. Buena parte de dicha responsabilidad le cabe al ilusionismo constitucionalista de los políticos y legisladores del siglo XIX.

5.5.1.- La mimesis constitucionalista

Don José de la Riva Agüero con aguda rotundidad en alguna ocasión afirmó que “en el Perú nuestra producción escrita no es más que ecos de ecos y reflejos de reflejos”. Con ello –quizá sin imaginarlo específicamente– aludía a el reiterado y nacional vicio constituyente de practicar el alegre deporte del transplante y la copia de instituciones político-jurídicas ajenas a nuestro peculiar e intransferible modo de ser.

Dicho mal ya había sido avizorado por el Libertador Simón Bolívar cuando en su histórico Discurso de Angostura, advirtió acerca de la necesidad de crear textos constitucionales compatibles y concordantes con el espacio-tiempo histórico latinoamericano; y, que, por ende, ese era el “Código que debíamos consultar”. En dicho texto consignó lo siguiente:

“¿No dice el Espíritu de las Leyes que estas deben ser propias para los pueblos que se hacen, que es una gran casualidad que los de una Nación puedan convenir a otra, que las leyes deben ser relativas a lo físico del país, al clima, a la calidad del terreno, a su situación, a su extensión, al género de vida de los pueblos, referirnos al grado de libertad que la

Constitución pueda sufrir, a la religión de sus habitantes, a sus inclinaciones, a sus riquezas, a su minería, a su comercio, a sus costumbre, a sus modales?

En esa misma línea, Víctor Raúl Haya de la Torre expuso el 28 de julio de 1978, en ocasión de ofrecer su Discurso de Instalación de la Asamblea Constituyente, lo siguiente:

"[...] Si queremos que la Constitución resulte válida para los más amplios sectores nacionales, debe concebirse como un documento que conjugue propósitos superiores y comunes. Una constituyente no legisla para un partido, ni para un sector, sino para todo el pueblo y debe procurar la concordancia constructiva de aspiraciones fundamentales [...]. Gran parte del fracaso de anteriores constituciones se explica por su inadaptación a la realidad nacional. El utópico extranjerismo de muchos legisladores y estadistas les hizo trasladar, sin mayor examen, instituciones que surgen de realidades espacio-temporales muy diferentes a las nuestras [...]. Nuestra Constitución debe emanciparse de la imitación y las copias, sin desdeñar el legado universal de la Ciencia Política".

Este accionar de los legisladores constituyentes –con todas las excepciones que la verdad histórica haga necesario reconocer– reafirmar mi convicción ideológica acerca de nuestra falencia y obstinada renuncia a pensar por nosotros sobre nuestra realidad particular, intransferible y específica. Esa desidia nos ha llevado a las extralimitaciones de transplantar innecesariamente o sin las correcciones del caso, lo expuesto en boga en la literatura, la jurisprudencia y el derecho constitucional comparado. Ello con los resultados infecundos que paradójicamente hoy casi todos reconocemos.

El Perú es una expresión clamorosa de la falsificación de la realidad. Así, quizá sea, a lo sumo, una copia al carboncillo acaso brillante por dar a conocer “lo nuevo” de los “otros”. Por ende, el paso del tiempo ha develado la incapacidad de poder configurar a nuestra sociedad política –siempre compleja– dentro de un marco institucional encajante con la realidad político-social subyacente.

La lección histórica que nos dejan las constituciones del Perú incita a que en el futuro nos lancemos a la “imaginación constitucional” anclada en el realismo. El modo de crear formas e instituciones políticas, jurídicas y administrativas, debe apuntar a

mostrar nuestra capacidad para la innovación en interdependencia con el verdadero “ser” de nuestra sociedad.

Las fracasadas construcciones artificiosas deben abrir paso a obras de ingeniería constitucional, imaginativas y ancladas sobre la realidad que se conoce y se quiere también transformar. Si alguna obstinación cabe no es la obsesión por la moda o la imitación académica, es la aceptarnos como somos y a convertirnos en lo que queremos ser.

Jean Juarez, el gran líder socialista francés, decía que debíamos seguir un ideal, pero comprendiendo la realidad.

En ese sentido, las lecciones de la historia son una buena herramienta para que desde la perspectiva del derecho constitucional podamos saber quienes somos, luego de conocer lo que hemos hecho.

La ignorancia de nuestro pasado es la clave de bóveda de buena parte de nuestros males. Ella es la expresión de nuestra falta de libertad para pensar por nosotros mismos; de allí que haya devenido en el lazarillo ciego de las desgracias nacionales.

5.5.2.- La ausencia del sentimiento constitucional

Un clásico de la psicología como James Wittaker ha señalado que gran parte de nuestra conducta social es determinada por las actitudes que resultan adecuadas al grupo social en que somos educados.

Es conocido que una actitud es la predisposición que existe para responder de manera predeterminada a los estímulos relevantes. De allí que cuando una colectividad política tiene una determinada actitud con respecto a los valores democrático-republicanos, posee también una predisposición para “contestar” de cierta manera a todos los estímulos que tienen que ver con dichas ideas-fuerza.

En la mayoría de los casos las actitudes colectivas pueden ser descritas por medio de dos propiedades: la dirección de la postura y el nivel del sentimiento representado.

Aquí a diferencia de lo exigido por Karl Loewenstein, la conciencia comunitaria no ha logrado “saltar” las tensiones y los antagonismos de carácter político, social, económico y cultural, lo que ha impedido integrar y reunir cohabitativamente a los detentadores y destinatarios del poder, al gobierno y la oposición, dentro del marco de un orden comunitario. Pareciera que nuestra ciudadanía en general no se sien-

te del todo implicada ni comprometida con los principios y valores recogidos por los legisladores constituyentes en las diversas constituciones que han regido en nuestra accidentada historia republicana.

Aún nos encontramos lejos –por razones que no es posible explicar del todo en este prólogo– de una manifestación de fe colectiva en la conveniencia de vivir dentro de la institucionalidad y de sentir con ardor ciudadano los basamentos axiológicos propios de una democracia.

La ausencia de un sentimiento constitucional es una adicional prueba incriminatoria de la no consonancia entre las normas constitucionales y las realidades que intentaron regular o construir.

Pablo Lucas Verdú en un artículo denominado *La imaginación constitucional como creación política*, explica que la ausencia de sensibilidad constitucionalista “ocurre cuando los constituyentes ignoran los deseos de la sociedad civil. Es decir, no cumplieron con el imprescindible conocimiento de la ciudadanía, o bien como sucede en países condicionados por el hambre, la incultura o una estructura socioeconómica y cultural subdesarrollada, o bien desgarrada por el enfrentamiento entre los partidos o el egoísmo de los grupos dominantes aferrados a sus privilegios y prácticas corruptoras”.

Quizá esta explicación sea insuficiente; empero es un buen punto de partida para examinar con detenimiento este problema.

Más allá de la existencia de pulidos y solemnes textos jurídicos se requiere por parte de todos, de la verificación de determinadas formas de conducta. La verdadera vocación constitucionalista –que en nuestro caso ha sido y sigue siendo débil– estriba en que la ciudadanía en su conjunto pueda realmente creer, luchar y persistir en la defensa de la vida, la libertad, la justicia social, la igualdad, el pluralismo, la cooperación, la tolerancia y la solidaridad ciudadana. En cambio, a la luz de los hechos que testimonia la historia al contrastar textos y conductas nacionales, cabe reconocer que nuestras constituciones solo han sido, como bien dijera Toribio Pacheco [Citado por José Pareja Paz Soldán. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Lima: Justo Valenzuela Editores, 1980] catecismos cívicos plétoricos de promesas, pero carentes de creyentes o adeptos genuinamente convencidos.

5.6.- La responsabilidad por los actos del poder constituyente

En relación a la obligación o exoneración de responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasiona el poder constituyente al actuar ya sea en una actividad refundadora o reformadora, la doctrina ha establecido dos posiciones radicalmente opuestas.

La primera postula al principio de continuidad jurídica que acepta la invariabilidad de la obligación estatal de reparar los daños y perjuicios que ocasiona dicha actividad pública. Por consiguiente, el cuerpo político se encuentra constreñido a observar el deber indemnizatorio por la afectación de derechos obtenidos al amparo de la Constitución sustituida o reformada. Tal el caso de las personas perjudicadas por la supresión de alguna magistratura pública.

La segunda postula el principio de discontinuidad jurídica que considera que al no existir solución de continuidad entre las obligaciones del Estado y el recreado o reformado, por consiguiente, no se reconoce obligación alguna sobre los daños y perjuicios que se pudieren causar fácticamente. En puridad señala no existir una precedente fuente creadora de un derecho objeto de resarcimiento.

Jorge Reynaldo Vanossi [ob. cit.] expone que en el caso concreto del poder constituyente originario no cabe imputar obligación reparadora al Estado, por cuanto tal poder no reconoce la existencia de una legalidad preexistente; ya que por el contrario este es el suceso mismo de la creación jurídica. En verdad, se trata de un poder transformador que no reconoce ni acepta la continuidad en forma alguna, del orden institucional precedente. Asimismo, plantea que en el caso del poder constituyente derivado, cuando se ha llevado a cabo una reforma de conformidad con el procedimiento establecido en la propia Constitución, no cabe aceptar la responsabilidad del Estado, ni habría norma superior en que fundarla, salvo que la propia reforma así lo estableciera para sus consecuencias prácticas en la ciudadanía.

En la hipótesis de una reforma constitucional violatoria de la Constitución, cabría que ante la constatación de la carencia de una cláusula de previsión constitucional expresa se fundare mediante la jurisprudencia, el reconocimiento de la responsabilidad estatal. En puridad, el aludido fallo no sería otra cosa que una creación pretoriana de los jueces constitucionales.

En relación con el mismo tema, aparece también el concepto de

que nadie tiene derechos irrevocablemente adquiridos frente a una norma de orden público.

En ese sentido, al tener los preceptos constitucionales un carácter de normas de orden público –ya que rigen la organización del Estado y su actividad destinada a regular las bases fundamentales del funcionamiento y conservación del grupo social– su existencia *per se* no da lugar al surgimiento de responsabilidades especiales respecto a particulares, salvo que así lo dispusiera expresamente la propia norma constitucional.

En cambio, Miguel Marienhoff [*Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 1982] ha señalado que “la responsabilidad del Estado puede derivar de una reforma constitucional, si implicase un agravio preciso y concreto a un ciudadano, cuya facultad legal para hacer o no hacer le es retirada”. Así, no toda reforma constitucional determina una responsabilidad para el Estado, ya que esta solo tiene lugar en tanto el objeto o contenido de aquella implique un acto que afecte concretamente la esfera jurídica del ciudadano.

Según esta tesis, la reforma de la Constitución no puede despojar –es decir, privar sin indemnización– a parte de la ciudadanía, de los derechos que la Constitución originaria le atribuyó.

Así, entiende que el Estado tiene, en principio, el deber jurídico de respetar las consecuencias de lo originariamente concebido y establecido como regla básica de convivencia. Expone que es dable suponer también, que toda reforma constitucional tiene por objeto satisfacer requerimientos de interés general o de interés público, de donde se derivaría la obvia necesidad de resarcir por los daños que los ciudadanos sufran en semejantes condiciones.

María Graciela Reiriz [*Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Eudeba, 1986], por el contrario, plantea que los ciudadanos carecen de atribución alguna para responsabilizar al Estado por las consecuencias de una reforma constitucional que suprime derechos que la ley básica de la República les ha concedido. La tesis parte del supuesto de que el órgano constituyente no es, en esencia, un órgano del Estado, por “*cuanto se encuentra por encima de él; más aún, es su fuente de creación*”.

Por ende, la responsabilidad por la decisión le cabe exclusivamente al pueblo a través del órgano constituyente; en suma, la imputación

de la responsabilidad recae en el pueblo mismo.

Esta materia tiene singular importancia para nuestra Constitución si partimos de la posibilidad de que mediante una reforma constitucional:

- Se enerve la garantía de la libertad sindical prescrita en el inciso 1 del artículo 28.
- Se retire la facultad de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa, prescrita en el artículo 29.
- Se suprima el pluralismo económico definido en el artículo 60.
- Se desconozca la libre competencia defendida en el artículo 61.

La experiencia histórica indica que el Estado surgido de un poder constituyente originario refundacional, en múltiples oportunidades se ha negado a reparar el daño causado a los titulares de derechos extintos. A guisa de ejemplo, aparecen los casos de la confiscación de bienes de la casa de Saboya -familia reinante en Italia de 1860 a 1946- establecida por la Constitución italiana de 1947; y la abolición de la propiedad de la tierra y la nacionalización de la banca consignada en la Constitución de la URSS de 1918.

Empero, también pueden citarse medidas reparatorias residuales como la prevista en la Constitución nicaragüense de 1987, en donde la privación del derecho de propiedad por razones de reforma agraria se hace con sujeción a un pago indemnizatorio.

6.- LA REFORMA CONSTITUCIONAL NO FORMAL

Karl Loewenstein [ob. cit.] señala que la Constitución ideal sería aquella en que el orden conformador del proceso político y el desarrollo futuro de la comunidad (político, social, económico, cultural) pudiese ser previsto de tal manera que no fuese necesario un cambio en las normas. Sin embargo, es inevitable que la Constitución no pueda prever totalmente el derrotero de lo venidero.

La Constitución es un organismo “vivo”, siempre en movimiento, como la vida misma y sometida a la dinámica de la realidad. De esta última se develan procedimientos no formales que cambian el contenido de un texto fundamental. No se trata aquí de justificar estos procedimientos, sino tan solo de explicarlos: ellos cumplen la función de adecuación entre la realidad normativa y la realidad histórico-política.

Ahora bien, la doctrina reconoce que la reforma constitucional formal es aquella que atiende a la modificación del texto básico *mediante un acto normativo y con estricta observancia del procedimiento que la propia Constitución señala*. Por tal motivo, toda reforma que se genere al margen de estos supuestos debe ser considerada como *no formal*.

La realidad y verdad incontrastable de la vida de los pueblos demuestra que aquello que en principio se presenta como improcedente y reñido con la supremacía del texto fundamental, se consuma como un hecho excepcional que integra un conjunto de posibilidades de *reforma*, que no necesariamente carece de *legitimidad*. Más aún, existen casos notorios y evidentes en donde se han desarrollado funciones propias del poder reformador con mayor efectividad.

Las manifestaciones de *reforma constitucional no formal* son dos: la *mutación constitucional* y la *habilitación constitucional*.

6.1.- La mutación constitucional

Dicha noción alude al cambio de significado o sentido de la Constitución sin que ello implique la alteración de su expresión escrita.

Sergio Díaz Ricci [ob. cit.] expone que se trata de “aquel fenómeno normativo en que un precepto normativo sufre una modificación de su contenido significativo sin que se haya alterado su expresión literal”. En puridad, surge una alteración semántica –cambio de significado del signo lingüístico– para adecuar el “sentido” de la norma constitucional a la realidad.

Como afirma Georg Jellinek [*Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954], se trata de prácticas políticas, usos constitucionales e interpretaciones judiciales contrarias al sentido de los términos o alcances de las cláusulas, con alteración de su contenido intrínseco y primicial o de su significación originaria, como imagen de la evolución.

La mutación constitucional es una expresión doctrinaria surgida del publicismo alemán de fines del siglo XIX y principios del XX. Al respecto, debe señalarse que la creación de la Constitución del Imperio alemán de 1871 es la consecuencia de muchos previos intentos de unificación.

Como bien refiere Ana Victoria Sánchez Urrutia [“Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación

al origen del concepto". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 58. Madrid, 2000]:

"La Unión Alemana estaba compuesta por estados muy distintos entre sí; desde los grandes ducados como Mecklemburgo-Schwein donde existía el absolutismo, hasta las llamadas ciudades libres, como Hamsburgo, que eran repúblicas, pasando por monarquías limitadas como la prusiana".

El referido ordenamiento se superpuso a confederaciones anteriores y al régimen organizativo de cada uno de los estados miembros; lo que generó una suerte de inadaptación formal de los ordenamientos particulares al ordenamiento imperial. Dicho factor motivó a que juristas de la talla de Georg Jellinek y Paul Laband [Cfr. Humberto Enríquez Franco. *Derecho constitucional*. Trujillo: Editora FECAT, 1999] estudiaran el fenómeno de las mutaciones constitucionales. Así, el citado Laband describirá como la Constitución del Reich se transformó sin que se accionen los mecanismos de reforma constitucional.

El proceso de mutación no implica necesariamente falseamiento del orden constitucional, más sí discontinuidad o insuficiencia del ordenamiento para responder a los imperativos de las fuerzas vitales que presionan sobre la decisión política.

La mutación constitucional alude a un fenómeno que se produce en aquellos estados cuyas constituciones escritas, sin someterse a la reforma formal adquieren un sentido nuevo, por la vía de la interpretación, un contenido distinto o incluso llegan a perder vigencia por un uso contrario.

En ese sentido, la mutación constitucional es "hija" del no uso o imposibilidad de ejercicio del mecanismo de reforma constitucional.

Se trata de una transformación en la realidad del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que dicho proceso quede *actualizado* en el documento constitucional.

A través de la mutación se plantea una operación *que no tiene por finalidad modificar el texto de la Constitución*, sino cambiar el significado o contenido que se atribuye al mismo. En consecuencia, la función tanto de la reforma constitucional como de la mutación será la de adecuar la realidad normativa constitucional con la realidad histórico-política.

Es evidente que la mutación carece de todo sentido allí donde las

reformas se realizan con relativa frecuencia. Inversamente, ella se produce cuando la extrema rigidez y complejidad son características del procedimiento de reforma, o ante la miopía o incuria del legislador.

Una aspiración del legislador constituyente, al momento de dictar el texto base, consiste en promover una relación armoniosa entre la *realidad* y la *normatividad*. Empero cuando la realidad no encaja en la práctica jurídica o sufre notorias variaciones, ella señalará la necesidad de *cambios* por un imperativo histórico; esto no puede ser de otra manera, ya que ambos conceptos (realidad y normatividad) implican una mutua adaptabilidad y correlatividad.

El *cambio* se legitima bajo la forma de “necesidad política”; es decir, en aras de que la Constitución responda a las necesidades vitales del Estado.

La mutación se produce por una acción u omisión funcional de algún órgano u organismo constitucional; o por una conducta ciudadana repetida y reiterada que termina siendo avalada por algún órgano u organismo constitucional.

En suma, la mutación es obra del acto interpretativo, la práctica constitucional o el hecho político.

6.1.1.- Los supuestos de la mutación constitucional

Le corresponde el mérito al jurista chino Hsü Dan Lin –como estudioso del constitucionalismo alemán de la República de Weimar (1919-1933)– el haber formulado una serie de consideraciones sobre los supuestos de la mutación constitucional.

Para dicho autor la mutación constitucional implica una incongruencia entre las normas constitucionales y la realidad.

Partiendo de la doble naturaleza de la Constitución en sentido formal y en sentido material, Hsü Dan Lin divide las mutaciones de la siguiente manera: La mutación formal y la mutación material.

La mutación formal se produce como consecuencia del divorcio entre el derecho constitucional gramaticalmente establecido y el efectivamente “vivido”.

La mutación material se produce cuando se desarrollan relaciones jurídico-políticas en la realidad vital del cuerpo estadual que están en contradicción con el sistema encarnado en la Constitución.

Ahora bien, ambas situaciones producen las cuatro modalidades de mutación siguientes:

a) Mutación por medio de la práctica estatal no violatoria de la Constitución

Se trata de prácticas *practer legem* que regulan situaciones jurídico-políticas no previstas en las prescripciones constitucionales. Hacen referencia a las "adiciones" no legisladas, generadas por los operadores de la Constitución.

En puridad, plantea la incorporación de un contenido nuevo a la Constitución material.

Tal el caso de la efectuada por la judicatura norteamericana a raíz del fallo del juez John Marshall en el caso Madison vs. Marbury en 1803. Aquí se cubrió una laguna legal en relación a la asignación de competencias para examinar el control de constitucionalidad de las leyes. En esa misma orientación, aparecen en Argentina los casos Ángel Siri (1957) y Samuel Kot S.R.L. (1958), que originaron la creación de la acción de amparo

b) Mutación por la no ejercibilidad de determinadas competencias o atribuciones constitucionales

Se trata de potestades constitucionales discrecionales; y que por causas sobrevinientes y el transcurso del tiempo caen en desuso.

En puridad surgen ante la imposibilidad del ejercicio por razones de facticidad política o por desuso de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución.

Tal el caso francés de 1873, en donde la Convención Constituyente eligió al promonárquico Mac Mahon como primer Presidente de la III República. Este al encontrar problemas para gobernar con una cámara de mayoría republicana, la disuelve conforme a la Ley Constitucional de fecha 25 de febrero de 1875.

Curiosamente, Mac Mahon se verá obligado a dimitir cuando la facción republicana vuelva a ganar las elecciones parlamentarias.

Mac Mahon es reemplazado por Jules Grevy, un republicano partidario de la reducción de los poderes presidenciales, el cual se abstendrá de ejercitar las facultades presidenciales de vetar las leyes o disolver el Parlamento.

Esta actitud será conocida como la "*posición Grevy*" en virtud de

la cual ningún otro presidente durante la III República (1871-1944) ejercitara la competencia de disolución.

También es citable la inaplicabilidad del veto regio por parte de la corona británica respecto de las leyes del Parlamento.

En el constitucionalismo peruano es citable el caso de la Constitución de 1933, en donde se consignó la creación de un Consejo Nacional de Economía y un Senado Funcional. Durante la vigencia de dicho texto jamás se implementaron los referidos órganos.

Asimismo, aparece el caso del artículo 152 de la Constitución vigente que prescribe la elección popular de los jueces de paz.

c) Mutación por medio de una práctica contraria a la Constitución

Se trata de prácticas *contra legem*; que por tales devienen en opuestas a los preceptos constitucionales. Estas afectan la eficacia más no la validez de la Constitución.

En este tipo de mutación se expone la imposición de lo ficticio sobre lo normativo.

Pedro de Vega García [ob. cit.] expone que surgen “cuando la contraposición entre facticidad y normatividad es evidente”. Ello da lugar a la imposición de la fuerza de los hechos sobre la fuerza coercitiva de las normas.

Tal el caso del artículo 93 de la Constitución, en donde a pesar de haberse establecido que los congresistas no se encuentran sujetos a mandato imperativo ni forma alguna de interpelación; en la praxis estos reciben presiones y consignas de sus organizaciones políticas.

d) Mutación por medio de la interpretación constitucional

Se trata de la asignación de significados a las normas constitucionales de conformidad con las cambiantes concepciones y necesidades de las épocas y sin atención al sentido literal de la Constitución o a la voluntad del legislador constituyente. En puridad, conllevan la modificación pristina –ya sea objetiva o subjetivamente– del texto fundamental.

Tal el caso de la cambiante interpretación constitucional de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos en relación a temas de los derechos civiles de los negros.

Debe advertirse que no cabe hablar de mutación creada por actos normativos; en este aspecto, la expedición de una norma contraria a la norma fundamental no genera una mutación, sino simplemente un supuesto de inconstitucionalidad. Ello en razón de que las mutaciones actúan dentro de la realidad y de la práctica política, más no dentro de la labor legislativa.

En suma, como bien expone Alberto Villacorta Michelena [*Los límites del poder constituyente*. Lima: Grijley, 2003] la mutación solo actúa dentro del campo de la realidad y de la práctica política y no dentro de la normatividad.

En el Perú, este proceso puede verificarse en el caso de la interpretación constitucional del valor de los decretos leyes. Es evidente que, a pesar de su inconstitucionalidad formal, ellos rigen por imperio de los hechos. La realidad social reconoce que estas normas generan en muchos casos efectos irreversibles y ponen en juego la seguridad jurídica.

En efecto, ello ha sido expresado por el propio Tribunal Constitucional en el caso Marcelino Tineo Silva (Expediente N° 0010-2002-AI/TC).

Pedro de Vega [ob. cit.] expone que entre la mutación y la reforma constitucional existe una relación “complementaria y excluyente”. Así, en tanto exista un Estado con vocación normativamente actualizante la mutación carecerá de sentido.

Ahora bien, el límite de la mutación aparece cuando la confrontación entre realidad y normatividad es tan grande y abierta que el concepto de *supremacía constitucional* queda subordinado a las meras interpretaciones prácticas o usos políticos. Allí queda “sentenciada” la Constitución a su perención fáctica.

6.2.- La norma de habilitación constitucional

Este concepto es una derivación de los criterios planteados por la escuela vienesa de Kelsen en torno a la validez y vigencia de las normas. Se encuentra vinculado con el estudio de los problemas que se derivan de la aplicación de los alcances de la pirámide jurídica; por ende, de los conflictos de significación opuesta o contradictoria, entre pautas legales de jerarquía distinta.

Como es sabido, la relación fundamental entre los contenidos nor-

mativos consiste en que la significación de un precepto de grado inferior no puede rebasar los “límites” que le impone la de mayor rango, ya que de lo contrario carecería de valor. En virtud de ello, como sanción a dicho rebasamiento surge la nulidad de la norma, por inconstitucional. Así se desprende tácitamente, por ejemplo, del artículo 51 de nuestro texto fundamental, el cual afirma:

“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”.

Sin embargo, puede acontecer que no se aplique la consecuencia sancionadora prevista –o sea, la nulidad–, sino que, por el contrario, se concrete en la realidad la equivalencia del resultado de validez entre las normas en conflicto, de manera tal que el deber o derecho asignado en exceso no carecerá de validez jurídica. Lo expuesto se produciría por la merced de la norma de habilitación, que iguala a ambas normas dejando de lado la sanción anuladora. Dicho suceso se ampararía en la mera existencia de un hecho externo a la propia pirámide jurídica. Al respecto, Fritz Schereier [*Conceptos y formas fundamentales del derecho*. Citado por Carlos Santiago Nino. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel, 1984] esgrime el siguiente enunciado sustentatorio:

“Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación de grado superior, deben producirse las consecuencias establecidas para las normas nulas. Pero mediante un rodeo a través de la norma de habilitación, el precepto nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido”.

Ahora bien, en lo específico y atinente al derecho constitucional la presencia de una norma de habilitación se concreta debido a alguna de las tres siguientes razones:

- a) Inexistencia de un sistema jurisdiccional de control y defensa de la constitucionalidad.
- b) Inexistencia de un recurso para cuestionar la inconstitucionalidad de una norma. En este caso, al no existir medio alguno que consagre la nulidad de la norma inconstitucional, esta queda automáticamente habilitada.

- c) Existencia de una resolución judicial expedida por algún órgano contralor de la constitucionalidad que, por error, convalida la norma infractoria de la Constitución. En este caso, la autoridad de la *cosa juzgada* de aquella resolución promueve la modificación de la norma *supra*, aunque el juez constitucional hubiere infringido la supremacía al dar por válida una norma incoherente y contradictoria a su texto.

Desde nuestra perspectiva la *norma de habilitación* que “confirma” la validez y eficacia de una decisión política o jurisdiccional presuntamente incompatible con la Constitución, puede ser tácita o expresa.

La norma de habilitación es expresa cuando a pesar de haberse utilizado los mecanismos de control, por un objetivo error de interpretación plasmado en una resolución jurisdiccional, no se inaplica ni declara la inconstitucionalidad de la decisión.

En este caso, la conclusión de un proceso bajo la regla de la *cosa juzgada* determina la validez de dicha decisión; y por ende, la informal reforma de la Constitución.

En suma, cuando la errática sentencia queda ejecutoriada, lo inválido queda *habilitado* a ser considerado como válido.

Jorge Reynaldo Vanossi [ob. cit.] sostiene que la habilitación constitucional proviene de la inexistencia o falta de control eficaz de constitucionalidad que anule el vicio o el exceso legislativo, quedando este, por tanto, convalidado. Nosotros agregamos que, en los hechos, determina la modificación del contenido del *corpus constitucional*.

Como afirma Sebastián Ariusta [*Derecho constitucional*. San José: Ediciones Águila, 1997], esta norma de habilitación constitucional traduce al lenguaje normativo el principio medieval: “*error principis just fact*” (el error de principio se convierte en derecho). Dicho gazapo provendría de la inexistencia de una jurisdicción contralora, la carencia de un recurso impugnatorio dentro del sistema o de una deficiente apreciación de la norma infraconstitucional violatoria de la cláusula constitucional. Ariusta señala que la norma de habilitación constitucional es un razonamiento lógico, ya que la justicia constitucional permite o ejecuta la norma inconstitucional.

Por su parte, Germán Bidart Campos [*Derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1968] afirma que la norma de habilitación constitucional se genera como consecuencia de “un fenómeno propio de la

dinámica constitucional [...] que revela la movilidad constante y las vicisitudes del mundo jurídico”.

De allí que dicha situación “informal” tenga que ser “formalizada” admitiéndose la enmienda producida por un error de interpretación.

Con juicio “benigno” podemos señalar que la Resolución N° 2191-99-JNE de fecha 31 de diciembre de 1999 expedida por el Jurado Nacional de Elecciones, configura un caso de habilitación constitucional; habida cuenta que declaró improcedente las tachas ciudadanas interpuestas contra la tercera candidatura presidencial de Alberto Fujimori Fujimori; quien como consecuencia de ello quedó hábil para postular como candidato al cargo de Presidente de la República a pesar que el artículo 112 de la Constitución de 1993 y la Resolución N° 172-94 emitida por el propio Jurado Nacional de Elecciones se lo impedía.

6.3.- El fraude constitucional

Dicho concepto alude a la utilización espuria del procedimiento de reforma. Así, desde la “legalidad” se destruye el orden constitucional.

Tal el caso de Gustavo Adolfo Hitler quien cumpliendo la fórmula prevista en la constitución de Weimar, implementó un régimen fascista.

Como bien expone Pedro de Vega [ob. cit.] “las leyes del 26 de mayo de 1933 y la del 31 de enero de 1934 son las que promueven la desaparición de la Constitución de Weimar”.

CAPÍTULO NOVENO

LOS VALORES, PRINCIPIOS, FINES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

SUMARIO

1. LOS VALORES CONSTITUCIONALES. 1.1. La tipología de los valores constitucionales. 1.2. Las características de los valores constitucionales. 2. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. 2.1. Las características de los principios constitucionales. 2.2. Los “contenidos” de los principios constitucionales. 2.3. Las funciones de los principios constitucionales. 2.4. El entroncamiento entre los principios y las reglas constitucionales. 2.5. La solución de los conflictos entre los principios de un mismo ordenamiento constitucional. 2.6. Los principios constitucionales y las normas jurídicas en sentido lato. 2.7. Los principios constitucionales y los principios fundamentales de otras disciplinas jurídicas. 2.8. La petrealidad de los principios constitucionales. 2.9. La tipología de los principios constitucionales. 2.10. Los principios constitucionales sustantivos. 2.11. Los principios constitucionales instrumentales. 3. LA RELACIÓN Y DISTINCIÓN ENTRE LOS VALORES Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. 4. LOS FINES CONSTITUCIONALES. 5. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. 5.1. La delimitación interpretativa del concepto Constitución. 5.2. La carta de navegación de los hermeneutas. 5.3. Los tipos de interpretación constitucional. 5.4. Los intérpretes constitucionales. 5.5. La interpretación constitucional y las indeterminaciones constitucionales. 5.6. La interpretación constitucional y el problema de las contradicciones. 5.7. La interpretación constitucional y las redundancias normativas. 5.8. La interpretación constitucional y las imprevisiones. 5.9. Los principios hermenéuticos. 5.10. Los límites de la interpretación constitucional. 5.11. Los criterios metodológicos en el proceso de interpretación constitucional. 5.12. El caso de la interpretación mutativa. 5.13. La interpretación y la argumentación constitucional.

La Constitución es un documento político con inseparables implicancias preceptivas. Comprende un conjunto de valores, principios y normas que delimitan la racional convivencia política y aseguran la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico del Estado.

Ahora bien, pese a que el texto constitucional acredita connotaciones jurídicamente preceptivas, ello no obsta para señalar que intrínsecamente tiene la peculiaridad de la “relativización de su valor formal” en relación con el resto de los instrumentos legales del Estado. Tal condición se debe a la necesaria generalidad o ambigüedad con que se redactan sus cláusulas.

La relativización del valor formal y la enunciación de pautas latas en la Constitución se justifican por la necesidad de hacer posible una interpretación-aplicación que asegure la vocación de perennidad y permanencia en el tiempo. Ambas evitan una interpretación-aplicación meramente legalista, lo cual se explica en razón de que la Constitución, si bien tiene una razón histórica para su entrada en vigencia, ello no es óbice para acreditarla como un documento político aplicable a las sucesivas circunstancias históricas [Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1984].

En suma, la Constitución no solo opera para ordenar y delimitar las situaciones político-jurídicas existentes al momento de su sanción, sino que se extiende a aquellos casos futuros que pudieran surgir de otras circunstancias igualmente históricas.

En ese sentido, el enunciado lato de valores y principios constitucionales permite regular todas las contingencias históricas vía una interpretación-aplicación dinámica y evolutiva. Debe señalarse, adicionalmente, que entre el texto constitucional [Domingo García Belaunde. “La interpretación constitucional como problema”. En: *Pensamiento constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995] y la realidad política existe un nexo de interacción constante. Así, la Constitución moldea la convivencia política, pero esta, a su vez, condiciona fácticamente la vigencia y aplicabilidad plena del texto fundamental.

1.- LOS VALORES CONSTITUCIONALES

Los valores aluden a los fundamentos políticos del Estado insertados en la Constitución, por lo que devienen en la causa y razón última de su institucionalización jurídica. Expresan los fundamentos y límites del sistema político jurídico impuesto en una comunidad.

En ese orden de ideas, Marcelo A. López Alfonsín [“Los valores y la protección de los consumidores y usuarios”. En: *Los valores en la*

Constitución argentina. Buenos Aires: Ediar, 1999] señala que “la ideología es el conjunto o sistema de juicios de valor que el hombre tiene sobre el mundo. Los valores son elementos culturales que establecen relaciones de preferencia y así se declara que hay determinados bienes que son preferibles a otros”.

Así, en relación al sentido espiritual de los objetos culturales, Luis Frescura y Candia [*Introducción a la ciencia jurídica*. Asunción: Marven, 2009] expone que se trata de “cualidades, ideales, inespaciales e intemporales que se captan mediante una intuición especial no sensible llamada estimación”.

Los valores constitucionales son aquellos que los gobernantes y los gobernados deben realizar en una sociedad política concreta, mediante normas y conductas cuyo cumplimiento puede exigirse coercitivamente. Cuando estos hacen referencia a las cosas, se les designa bajo la calidad de bienes.

Rodolfo L. Vigo [*Los principios jurídicos*. Buenos Aires: Depalma, 2000] afirma que los valores constitucionales son aquellos que políticamente son apreciados, de lo que resulta una perfección o completitud. Estos encuentran en la Constitución su condición necesaria y suficiente de vocación de plasmación político-jurídica.

La inserción de valores políticos en un texto con fuerza normativa apunta a que estos alcancen efectividad social.

Es evidente que los valores están impregnados de una racionalidad moral que como bien afirma Marcelo A. López Alfonsín [ob. cit.] es su “ambiente de nacimiento y hábitat de crecimiento, y que el poder político puede luego incorporarlos. Empero, [...] jamás puede generarlos”.

Hacen referencia a la síntesis de lo “estimable” políticamente para la comunidad; y por tanto, devienen en el *debe ser* gubernamental y ciudadano que propugna el ordenamiento constitucional. El carácter propositivo de dichos valores no se reduce a que sean percibidos con una existencia *in abstracto* ni a ser contemplados como una especie de “limbo dogmático” [J. Javier Santamaría Ibeas. *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson, 1997].

Ellos configuran los objetivos del orden constitucional; amén de determinar y condicionar los cauces formales de su aplicación, ya que como bien se interroga J. Javier Santamaría Ibeas [ob. cit.] ¿Cómo po-

dría pretenderse realizar el valor igualdad en un ordenamiento que no aplicará de forma igualitaria sus normas jurídicas? ¿Cómo podría realizarse el valor justicia en un ordenamiento cuyos procedimientos de aplicación no salvaguarden unas ciertas garantías formales?

En ese contexto, hacen referencia a una “forma” de concebir la convivencia política y estructurar el ordenamiento jurídico de un Estado. Contribuyen de manera significativa a racionalizar jurídicamente la relación que se establece entre el poder estatal y la libertad humana, es decir, permiten asegurar una específica configuración de la convivencia política.

Describen –sea de manera expresa o implícita– el cúmulo de propiedades o cualidades de naturaleza ético-política asignados al texto fundamental, a efectos de alcanzar su posterior “vivencia” dentro de una colectividad política.

En puridad, se trata de cualidades o propiedades que se atribuyen a las actividades humanas y a los bienes u objetos de su entorno, sobre la base de juicios éticos colectivos acerca de sus alcances y contenido.

La valoración implica una actitud crítica frente a un objeto o una conducta, lo que trae como resultado la asignación de una calificación positiva o negativa. Los valores constitucionales son “algo” que la comunidad siente y estima que deberían tener las situaciones o las conductas; estas en sí mismas las trascienden y en ese aspecto se les hace portadoras de valencia. Mediante la intervención del espíritu humano (inteligencia y voluntad) se les otorga existencia y se transforman en un bien.

La prescripción de los valores constitucionales implica una *vivencia ciudadana* que no se reduce a una simple mención mental, sino que requiere, adicionalmente, de una actividad afectiva. Ahora bien, concomitante con el ámbito subjetivo del sentimiento, estos tienen además una función cognoscitiva e intencional dirigida al ámbito objetivo, que se encuentra o queda fuera del sujeto que efectúa la valoración.

A los valores constitucionales no se llega nunca; no son un estado, sino más bien una pluralidad de cualidades; pueden realizarse relativamente, pero nunca se alcanzan a plenitud. En suma, son fuente de *sentido* que no determinan un futuro, sino que abren a la existencia humana un destino indeterminado.

Estos se encuentran insertos en un tiempo y en un escenario deter-

minado; en tal virtud, dicha percepción valorativa estará condicionada por esas circunstancias. Más aún, la relación de tiempo y espacio perfila una cultura política determinada, entendida esta última como un conjunto de hechos sociales emergentes de las actividades de un grupo social, que también incluye la creación individual en la medida que se plasma dentro del contexto de una pluralidad de experiencias y conocimientos que le sirven de base.

La Constitución de un país y el ordenamiento jurídico derivado de él es una forma de entender las relaciones interindividuales, configurando una expresión cultural hecha norma en una sociedad y en un tiempo preciso, todo ello dentro del hálito interno de la vocación justicia que acompaña al hombre. Así, la sociedad y la historia actúan como inevitables condicionamientos dentro de esa aspiración universal de "vivir en justicia". Por ejemplo, en la India, la mayoría de las castas cree en la reencarnación, lo que hace que se considere como un acto antijurídico (desvalorización contra su ordenamiento de vida) matar ciertos animales, porque se estima que hacerlo ocasiona daño a un semejante en proceso de expiación de sus culpas. Por otro lado, mientras en el mundo occidental y cristiano se castiga moralmente el suicidio y se sanciona jurídicamente a sus instigadores porque se cree que solo el ser supremo puede cancelar la vida, en la comunidad esquimal el suicidio es parte de una moral utilitaria, y, en la japonesa, el harakiri refleja la presencia de una moral que hace hincapié en el sentido del honor y la responsabilidad.

1.1.- La tipología de los valores constitucionales

De conformidad con lo planteado por Gregorio Peces-Barba [*Seguridad jurídica y solidaridad. Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984] los valores pueden ser clasificados en formales, materiales y relacionales.

Al respecto, veamos lo siguiente:

- a) Los valores formales son aquellos que inciden en la faz externa del orden constitucional, permitiendo asegurar su funcionamiento desde la perspectiva de la justicia procedimental en los *iter* de creación, aplicación o reforma de la normatividad estatal, así como en lo referente a la toma de decisiones políticas. Tal el caso de la justicia legal y la igualdad formal.

- b) Los valores materiales son aquellos que pretenden dotar de un contenido ético a las decisiones políticas y a las normas jurídicas. Tal el caso de la libertad y la igualdad material.
- c) Los valores relacionales son aquellos que aspiran a formar una sociedad más ordenada y armónica conforme a la objetivación de deberes morales compartidos. Tal el caso de la solidaridad, la fraternidad o la cooperación.

1.2.- Las características de los valores constitucionales

Las características básicas de los valores constitucionales son las cuatro siguientes [Enrique García. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995]:

a) *Plantean la enumeración de postulados ético-políticos generales, fundamentadores, orientadores y censores*

Expresan un núcleo de explicitación normativa básica y fundante de todo el resto del ordenamiento jurídico de un Estado.

Conducen a la consecución de fines o metas políticas predeterminadas, amén de manifestar parámetros para la calificación de hechos y conductas derivadas de la relación gobierno-ciudadanía.

Al respecto, Antonio Pérez Luño [*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984] plantea que la referida enumeración presenta a los valores constitucionales en una triple dimensionalidad.

En la primera aparece como *fundamentadora* del orden político-jurídico; esto es, como el núcleo básico e informador de la Constitución. En ese orden de ideas, los valores constitucionales son percibidos como la razón de ser de la existencia de la Constitución; y por tal, su basamento para regular la relación entre gobernantes y gobernados.

En la segunda aparece como *orientadora* del orden político-jurídico; lo que permite determinar la ilegitimidad de aquellas decisiones políticas o disposiciones jurídicas que persigan fines opuestos a los constitucionalmente establecidos u obstaculice a los enunciados en dicho orden.

En la tercera aparece como los *censores* que permiten evaluar la actividad político-jurídica del Estado; ergo sirven como pará-

metros de estimación para justificar o rechazar determinados hechos o conductas.

En buena cuenta, la fundamentación valorativa dota de contenido material a las distintas instituciones estatales “conminándolas” a una determinada ética pública; la orientación valorativa se configura como un “mandato” dirigido al legislador y a los jueces a efectos de que sean tomados en cuenta en los procesos de elaboración, interpretación, aplicación o integración normativa; la censura valorativa deviene en el último recurso de defensa y articulación para la salvaguarda de una determinada forma de existencia y coexistencia social.

b) Plantean la configuración de una estructura interna permanente, estable e inmodificable, empero sujeta a una asignación plural de significados

En atención a la posibilidad de una exploración interpretativa prolífica, se genera la presentación no previsible ni unívoca de su concreción en la praxis política.

c) Presentan un carácter vinculante, eficaz y expresivo, de contenido material, para la praxis político-jurídica

En ese contexto, se encuentran dotados de una “vivencia” y “funcionalidad” de las cuales se desprenden tareas, competencias, atribuciones y deberes de naturaleza constitucional.

Ellos supraordinan la reproducción de principios y normas en el resto del ordenamiento jurídico. Por ende, aseguran la unidad del mismo, legitiman la trama de relaciones políticas y jurídicas y complementan la finalidad integrativa de la Constitución.

d) Plantean una vocación de complementariedad y coordinación constreñida a un orden axiológico prelativo

Por ende, la materialización de sus contenidos en el ámbito normativo y aplicativo se encuentra sujeto a acciones de respeto jerárquico, colmación y asociación.

El orden axiológico prelativo puede encontrarse expresamente manifestado por el legislador constituyente a través de su consignación en alguna cláusula constitucional o ser establecido por el órgano de control de la constitucionalidad (Tribunal Constitucional, Poder Judicial).

Al respecto, el primer supuesto se encuentra verificado en la experiencia constitucional española, al establecerse en el inciso 1 del artículo 1 de la Constitución de 1978, lo siguiente:

“España se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el respeto al pluralismo político”.

A manera de conclusión, cabe señalar que los valores constitucionales impulsan un determinado y específico comportamiento político-jurídico, amén de operar como elementos de legitimación formal, material y relacional de las conductas gubernamentales y ciudadanas.

2.- LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Estos aluden a la pluralidad de postulados o proposiciones con sentido y proyección normativa o deontológica, que, por tales, constituyen parte del núcleo central del sistema constitucional. Insertados de manera expresa o tácita en todo el sistema constitucional, están destinados a asegurar la proyección normativa de los valores o postulados ético-políticos, así como las proposiciones de carácter técnico-jurídico.

Miguel Ángel Ciuro Caldani [“Principios y valores en el derecho constitucional”. En: *Los valores en la Constitución argentina*. Buenos Aires: Ediar, 1999] señala que estos “son especialmente relevantes, porque allí están de cierto modo los *principios del principio*”. Dicha noción es enteramente coherente con la acepción que formula la Real Academia de la Lengua Española [*Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa-Calpe, 2001] que la asocia con “base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia. Causa primitiva o primera de una cosa o aquello que de otra cosa procede de cualquier modo”.

Los principios constitucionales exponen *valores* ético-políticos o *proposiciones* de carácter técnico-jurídico, vinculados a aspectos vitales del Estado (como el origen, ejercicio y organización del poder político, y la relación entre gobernantes y gobernados). En puridad devienen en la expresión jurídica del conjunto de postulados y proposiciones que como bien señalan Edgard Carpio Marcos y José Palomino Manchego [“La interpretación constitucional y los inter-

pretes constitucionales". En: *Revista Institucional de la Academia de la Magistratura*, N° 4. Lima, 2002] recepciona el poder constituyente de la voluntad popular al momento de construir o elaborar un determinado texto constitucional.

Los principios constitucionales constituyen aquellas decisiones que imprimen una orientación determinativa en la relación gobernantes-gobernados; así como la estructuración, organización, funcionamiento y finalidad del cuerpo político.

Se trata de formulaciones desprovistas de la delimitación, detallamiento preceptivo y precisión que una norma jurídica pura tiene *per se*. Como tales en algunos casos plantean una aplicación diferida a través de normas de desarrollo constitucional; y en otros influyen en el sistema jurídico a través de la interpretación. No obstante ello, existen algunos casos de principios-normas *strictu sensu* que alcanzan eficacia propia y directa.

En ambos casos –postulados y proposiciones–, dichos principios están destinados a asegurar la consagración y eficacia normativa de los valores y fines constitucionales, así como la eficacia y eficiencia del *corpus* constitucional.

Dichos principios establecen la identidad del sistema constitucional en la medida en que definen sus características básicas o esenciales: se erigen como parte constitutiva de la "médula del sistema constitucional" [Giuseppe De Vergottini. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Espasa-Calpe, 1985]. Al adecuar la normatividad del sistema, le dan coherencia y razonabilidad político-jurídica. También permiten la óptima regulación normativa de los valores constitucionales, y –con prescindencia de su contenido y proyección valorativa– afirman el cabal cumplimiento y verificación práctica del plexo normativo constitucional.

Los principios constitucionales consagran pautas rectoras de suplementariedad valorativa –o criterios instrumentales– para el mejor manejo y cumplimiento de la Constitución. Dichas pautas coadyuvan para que las tareas de interpretación, aplicación e integración del plexo constitucional se verifiquen de una manera lógica, armónica y sistémica.

Estos son parte integrante de *los principios generales del derecho con fundamento disciplinario*, es decir, tratan de aquellos axiomas

que informan la conformación y desarrollo del derecho constitucional. En puridad, condensan o resumen la quinta esencia del derecho constitucional.

Francisco Lledo Yaque y Manuel M. Zorrilla Ruiz [*Teoría general del derecho*. Madrid: Dykinson, 1998] exponen que son fórmulas impulsoras de toda la actividad del Estado y una fuerza renovadora de la vida social.

En el discurso teórico se les califica como decisiones fundamentales con valor constituyente, reglas maestras del sistema constitucional, nociones básicas del orden político-jurídico, núcleo central del sistema constitucional, etc.

A propósito de lo expuesto, Miguel Ángel Ciuro Caldani [ob. cit.] expone que “en la medida que debe atenderse a una complejidad temporal, personal y real, el Derecho Constitucional se encuentra en la especial necesidad de valerse de normatividades incompletas que requieren determinación e incluso en la circunstancia de enfrentar lagunas que exigen integración. Sin embargo, en el marco constitucional, particularmente exigente de estabilidad y de dinámica para resolver los problemas del cambio histórico, hay que remontarse a los principios con miras a evitar la disolución futuriza pero al mismo tiempo a evitar la paralización.

2.1.- Las características de los principios constitucionales

Las características principales que ofrecen los principios constitucionales son las cuatro siguientes: la comprensividad espacial, temporal y personal; la amplitud conceptual y axiológica; la esencialidad constructiva del sistema jurídico y la naturaleza preceptiva.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La comprensividad espacial, temporal y personal

Los principios constitucionales abarcan postulados ético-políticos o proposiciones de carácter técnico-jurídico que cubren toda la normatividad existente o por existir; así como las relaciones interpersonales que se generan o puedan generarse *in totum*, dentro del ámbito territorial, temporal y personal.

Como bien afirma Gerardo Eto Cruz [*Los principios constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional en el Perú*. Trujillo: IDEJC, 1991]:

“Constituyen la aspiración y el límite infranqueable de la legislación ordinaria [...]. En efecto son auténticos valladares que no pueden ser innovados [...]. Esto presupone pues, delimitar las fronteras constitucionales dentro de determinados marcos que han de desarrollar la vida política, económica y social del Estado”.

b) La amplitud conceptual y axiológica

Los principios constitucionales exponen valores, fines y conceptos integradores de otras disciplinas jurídicas, así como su proyección obligatoria, con inspiración normativa para la vida coexistencial en una sociedad política determinada.

c) La esencialidad constructiva del sistema jurídico

Los principios constitucionales exponen lo fundamental o básico para la formación de la “cadena de normatividad” que regula la relación entre el Estado y la ciudadanía, y la de esta última para consigo misma. Son imprescindibles para la ordenación gradada de las normas.

d) La naturaleza preceptiva

Al respecto, Miguel Ángel Ciuro Caldani [ob. cit.] expone lo siguiente:

“A medida que las normatividades son más ‘incompletas’ o ‘lagunosas’ el recurso a los principios se hace más significativo”.

En consecuencia, participan junto con las declaraciones, los derechos y las garantías contenidas en el texto básico del Estado, de la misma naturaleza o esencia normativa, pudiendo como bien refiere Beatriz L. Alice [“Los principios generales del derecho constitucional argentino”. En: *Los valores en la Constitución argentina*. Buenos Aires: Ediar, 1999] “diferir en su estructura (porque presuponen la existencia de otras normas específicas) y su funcionalidad (informar el orden jurídico del Estado que arranca con la Constitución)”.

Debe advertirse que estas características se concretan por su “desenvolvimiento normativo” a lo largo de toda la cadena de perceptividad existente al interior de un Estado.

2.2.- Los “contenidos” de los principios constitucionales

En relación a lo existente dentro de los principios cabe señalar que estos encierran las cuatro opciones siguientes:

- a) Existen principios que aparecen como expresiones teleológicas, en donde no se prescriben comportamientos políticos ni consecuencias jurídicas precisas, sino que se plantean la consecución de fines. Tal el caso de lo previsto en el artículo 3 de la Constitución peruana de 1993, en lo relativo a los derechos fundamentales no enumerados o implícitos.
- b) Existen principios que aparecen como expresiones metanormativas, en donde se orientan las actividades de los operadores constitucionales para la aplicación de reglas. Tal el caso previsto en el artículo 51 de la Constitución peruana de 1993, en lo relativo al principio de la “soberanía” constitucional.
- c) Existen principios que aparecen como expresiones categoriales, en donde no encontrándose ligadas al cumplimiento de una condición plantean una obligación genérica y lata. Tal el caso de lo previsto en el artículo 1 de la Constitución peruana de 1993, en donde se hace referencia a la dignidad de la persona humana.
- d) Existen principios que aparecen como prescripciones normativas, en donde se señala, precisa y concreta la forma de actuación gubernamental o ciudadana. Tal el caso de lo previsto en el inciso 3 del artículo 26 de la Constitución peruana de 1993 en donde se señala la exigencia de la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Debe advertirse que esta última modalidad es excepcionalmente utilizada.

2.3.- Las funciones de los principios constitucionales

Beatriz L. Alice [ob. cit.] expone que las funciones que cumplen los principios constitucionales pueden resumirse en las tres siguientes:

- a) *La función informadora del ordenamiento jurídico al que le dan consistencia y fundamento*

En ese sentido en la formulación de las normas deben encontrarse presentes ya sea de manera explícita o implícita. Consecuentemente con ello, toda norma que sea objeto de recepción en

nuestro ordenamiento y que ofrezca un contenido lesivo a dichos principios deberá ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad o inaplicabilidad.

b) La función normativa por acto supletorio

En ese sentido actúan como fuente de derecho en los casos de la acreditación de una laguna legal.

c) La función interpretadora

En ese sentido operan como criterios orientadores de la actividad jurisdiccional o legislativa.

La doctrina plantea que la utilización y empleo de los principios están atados al campo de la vertebración de un orden coherente y armonioso, así como al proceso de elaboración, interpretación, aplicación e integración del derecho derivado de un orden constitucional.

En el campo de la elaboración normativa son empleados para circunscribir materialmente al legislador en la producción de las leyes orgánicas, leyes de desarrollo constitucional y demás normas de dicho ordenamiento.

Como bien refiere Jaime Cárdenas [“Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”. En: *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002]:

“El legislador no puede producir normas incompatibles con los principios constitucionales, so pena, de la invalidez de su producto [...]. Funcionan como parámetros para medir la constitucionalidad de la fuente subordinada”.

En el campo de la interpretación normativa son empleados para justificar la obtención de una asignación de significados que permitan la “mantención” de un texto dentro del ordenamiento constitucional. En ese sentido, auxilian a la consolidación de una interpretación que permite la conservación de la norma interpretada.

Jaime Cárdenas [ob. cit.] expone que “donde los principios desempeñan una labor fundamental es en [...] la interpretación sistemática”. Ello en razón a que “dan consistencia y coherencia a todo el sistema jurídico, constituyéndose en los puntos centrales de referencia [...]”.

En efecto, a través de la utilización de los principios en la actividad

interpretativa se alcanza disposición y estructuración sistémica del conjunto de normas jurídicas de un Estado.

En el campo de la aplicación normativa son empleados para escoger ordenadamente el valor o la norma específica utilizable a un caso en relación a las coordenadas del tiempo y el espacio.

En el campo de la integración normativa son empleados para ayudar a colmar las lagunas constitucionales. Para tal efecto, el operador constitucional utiliza los principios como premisas para el razonamiento destinado a formular un fallo creativo.

En razón a lo expuesto, las funciones que cumplen los principios permiten deducir su rol vertebrador y fundamentador.

En su rol vertebrador son utilizados para articular y dotar de coherencia y armonía a la totalidad de las disposiciones adscritas al orden jurídico de un Estado.

En su rol fundamentador son utilizadas para direccionar la técnica jurídica (elaboración, interpretación, aplicación e integración normativa).

2.4.- El entroncamiento entre los principios y las reglas constitucionales

Asumiendo una actitud estipulativa creemos necesario establecer una relación entre principios y reglas.

Al respecto, es ostensible que los principios que aparecen en la Constitución sirven de fundamento o justificación para la aplicación de las reglas; estas últimas establecen una estructura lógica que determina las condiciones para su aplicación a casos particulares y concretos.

Las reglas enuncian una determinación conforme a un principio.

2.5.- La solución de los conflictos entre los principios de un mismo ordenamiento constitucional

La colisión entre principios contenidos en un texto constitucional en función a un caso particular y concreto que los presenta en “pugna” o contradicción normativa, se supera mediante la técnica de ponderación. Ello supone el establecimiento, por vía jurisprudencial, de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto.

Tal como lo señala Jaime Cárdenas [ob. cit.]: “la jerarquía estable-

cida entre los principios en conflicto es [...] móvil, mutable y dependiente de cada caso concreto”.

José Prieto Sanchis [*Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2002] expone que “la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto.

Robert Alexy [*Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993] señala que “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que necesariamente ser la importancia de satisfacción del otro”.

Debe advertirse que la ponderación no formula una respuesta válida para todos los supuestos, sino que establece una preferencia relativa al caso concreto, lo que no excluye una solución diferente en otro caso con características disímiles.

2.6.- Los principios constitucionales y las normas jurídicas en sentido lato

Los principios constitucionales plantean *postulados* o enunciados que se aceptan como puntos de partida dentro de un sistema normativo *in genere* y que llevan a la elaboración de una cadena de inferencias con proyección preceptiva, o elaboración de *proposiciones* –exposición de determinados valores o fines político-jurídicos– que, por tales, devienen en directrices esquemáticas con un alto grado de abstracción y elasticidad.

En ese contexto, los principios constitucionales se diferencian de las normas propiamente dichas por su falta de concreción y por su carencia de certeza en las consecuencias prácticas de su aplicación inmediata a casos concretos. Más aún, no relacionan un caso concreto con una solución determinada.

En cambio, se ubican frente a las normas jurídicas en sentido lato, como orientaciones ético-políticas o técnico-jurídicas con sentido normativo.

Este factor de virtualidad normativa hace que devengan en *potencias de normas prescriptivas* para el establecimiento exacto de los deberes, responsabilidades, competencias, derechos o garantías existentes en torno a una determinada relación intersubjetiva surgida del seno de la comunidad política. Esta virtualidad no verificada por su falta

de certeza y alto grado de abstracción, exige y requiere, para su determinación y verificación exacta, del auxilio de la norma jurídica en sentido lato.

2.7.- Los principios constitucionales y los principios fundamentales de otras disciplinas jurídicas

En los últimos tiempos se han venido insertando principios fundamentales de otras disciplinas jurídicas (derecho penal, derecho procesal, derecho tributario, etc.) en los textos constitucionales.

En realidad, dichos principios, recogidos, recibidos, reclutados o “constitucionalizados”, no forman parte de la identidad constitucional; es decir, a pesar de haber sido recogidos por el texto constitucional, ello no lleva de ningún modo a que se conviertan en *principios constitucionales*. Por esa razón, son prescindibles al momento de establecer la “identidad constitucional”. Su incorporación o no incorporación a la Constitución, no le agrega ni le quita a esta ningún elemento connotativo para su existencia, pues no son vitales ni constitutivos para definir y significar el concepto de sistema constitucional.

Entre la pluralidad de principios insertados en el sistema constitucional, únicamente alcanzan la condición de *principios constitucionales* aquellos que le dan identidad constitucional; es decir, los que son imprescindibles, esenciales, inmanentes, intrínsecos o medulares para construir un sistema constitucional.

2.8.- La petrealidad de los principios constitucionales

La significación e identificación de los principios constitucionales permite optimizar y dar máxima operatividad a la tarea de desarrollo legislativo, así como a la defensa del sistema constitucional a través de la jurisdicción constitucional.

Ahora bien, la determinación de la inserción de los principios constitucionales en el seno de la Constitución, es obra exclusiva y excluyente del poder constituyente originario. Alessandro Pizorusso [*Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984] establece meridianamente que el poder constituyente derivado no puede alterar, modificar o suprimir dichos principios por la vía de la reforma constitucional.

En suma, los principios constitucionales –al igual que los valores

y fines constitucionales- tienen la condición de postulados y proposiciones incommutables.

2.9.- La tipología de los principios constitucionales

Desde nuestra perspectiva esos axiomas o pautas basales pueden ser clasificados en razón a su fuente de creación o a su carácter directriz.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) En razón a su fuente de creación

De conformidad con el operador constitucional responsable de su manifestación los principios constitucionales pueden ser nominados, innominados o adheridos.

Los principios nominados son aquellos que han sido insertados por el legislador constituyente en el texto constitucional; por ende, se encuentran formulados en una norma constitucional.

Los principios innominados son aquellos que no aparecen señalados ni determinados expresamente en el texto mismo de la Constitución; sino que han sido creados, contruidos o elaborados por la magistratura constitucional.

En este caso su "engendramiento" aparece como consecuencia de actos de deducción o inducción del texto fundamental. En consecuencia, se trata de principios que "devienen" de algún modo de la Constitución.

Los principios adheridos son aquellos que se basan en valores contenidos en alguna doctrina religiosa, política o filosófica. Estos no se encuentran expresados en modo alguno en el texto constitucional, y son instituidos por un acto de poder o por influencia doctrinaria.

En puridad, forman parte de la Constitución material.

Dichos principios no reciben plena aceptación en la dogmática constitucional.

b) En razón a su carácter directriz

De conformidad con la naturaleza proyectiva de la pauta basilar los principios constitucionales pueden ser sustantivos o instrumentales. Por su importancia los estudiaremos a continuación con prolijidad.

2.10.- Los principios constitucionales sustantivos

Son aquellos que explicitan proyectan o sugieren valores de carácter ético-políticos. En puridad, forman parte del bagaje ideológico-doctrinario-programático establecido en la Constitución.

Dichos principios son los dos siguientes: el principio ideológico-doctrinario y el principio de personalismo.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) El principio ideológico-doctrinario

Consiste en la proyección, explicitación o sugestión de valores políticos que implican una determinada concepción integradora de las creencias morales y cognitivas sobre el hombre, la sociedad y el Estado. Como tal, invita a la acción y praxis consecutoria de un determinado tipo o modelo de sociedad.

Asimismo, plantea una cotización axiológica del ejercicio del poder político, amén de la configuración de un determinado orden socio-jurídico.

En puridad, hacen referencia a los fundamentos que informan la Constitución y el modelo de sociedad política.

Este principio se presenta en las dos reglas siguientes:

- Regla de ubicación ideológica

Canon que plantea la concretización del principio ideológico-doctrinario, en lo relativo a los efectos, proyecciones y consecuencias jurídicas derivadas de las creencias, ideas y valoraciones acerca del Estado y la sociedad.

En ese ámbito aparecen la determinación de los enunciados referidos al techo ideológico (liberalismo, socialismo, marxismo, fascismo, etc.) y a los supuestos económico-sociales (economía dirigida, de libre iniciativa, etc.).

- Regla de autodeterminación

Canon que permite la concretización del principio ideológico doctrinario en lo relativo a los efectos, proyecciones y consecuencias jurídicas derivadas de la fuente fundante la sociedad política (potestad divina, pacto social, etc.); así como de la fuente de titularidad del ejercicio del poder político o forma de actuación en el ejercicio del poder

(elección popular, designación por abolengo dinástico, vicariato terrenal establecido por un texto sagrado, etc.).

b) El principio de personalismo

Consiste en la proyección, explicitación o sugestión de los valores políticos vinculados con el reconocimiento y defensa de la dignidad de la persona humana, en su doble rol existencial y coexistencial; así como de los deberes y cargas personales ante el Estado y la sociedad.

De este principio se desprenden las tres reglas siguientes:

- Regla de reconocimiento

Canon que permite la concretización del principio de personalismo en lo relativo a los efectos, proyecciones y consecuencias atinentes al reconocimiento de la persona humana *per se* y en relación con los derechos fundamentales objeto de tuición y defensa.

Aquí aparece el papel del Estado en relación con sus ciudadanos o súbditos (derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).

- Regla de seguridad

Canon que permite la concretización del principio de personalismo en lo relativo a los efectos, proyecciones y consecuencias atinentes a la defensa del goce de los derechos de la persona humana frente a las amenazas o actos conculcatorios de los mismos.

Aquí aparece la determinación de las acciones de garantía, el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

- Regla de responsabilidad

Canon que permite la concretización del principio de personalismo en lo relativo a los efectos, proyecciones y consecuencias atinentes a los deberes y obligaciones ciudadanas.

Aquí aparece la normativación de los aspectos referidos de las obligaciones patrimoniales y cargas públicas.

2.11.- Los principios constitucionales instrumentales

Son aquellos que se orientan hacia la organización, estructuración y funcionamiento óptimo, equilibrado, armónico y sistémico del or-

den constitucional. A través de su verificación eficaz se hace viable la realización de los principios constitucionales sustantivos.

Dichos principios son los tres siguientes: el principio de fórmula política, el principio de “soberanía” constitucional y el principio de perdurabilidad.

a) El principio de fórmula política

Consistente en la proyección, explicitación o sugestión postulatoria atinente a que la Constitución debe ocuparse de aquello que se considera *esencial* para la comunidad política: lo relativo a la organización, estructuración y funcionamiento del aparato estatal, así como a la relación entre gobernantes y gobernados. Como refiere Néstor Pedro Sagüés [*Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2001], hace referencia a “las bases del estatuto de poder y del estatuto de competencias”.

Este principio presenta las dos reglas siguientes:

- Regla de arquitectura

Canon que permite la concretización del principio de fórmula política, en lo relativo a los efectos, proyecciones y consecuencias derivadas del ejercicio del poder en función del territorio bajo dominio estatal, el mismo que sirve de asiento coexistencial a los ciudadanos o súbditos.

Aquí aparece la determinación de la forma de Estado (unitario, complejo, etc.).

- Regla de distribución

Mediante este canon o pauta basilar se configura la división de funciones y el reparto de las competencias político-jurídicas entre los distintos órganos estatales.

Aquí aparece la normativización de la forma de gobierno (presidencialista, parlamentarista, etc.).

b) El principio de “soberanía” constitucional

Consiste en la proyección o explicitación del carácter suprajerárquico de los principios y normas contenidas en el texto constitucional, sobre el resto de los preceptos dictados o reconocidos por el Estado.

Este principio presenta las tres reglas siguientes:

- Regla de supremacía

Canon que permite la concretización “del principio de soberanía” de la Constitución en lo relativo a los efectos, proyecciones y consecuencias atinentes a la constitución del sistema jurídico de un Estado, a través de un orden de jerarquía, superposición y prevalecimiento de valor de las distintas categorías normativas (Constitución, leyes, decretos, resoluciones).

Aquí aparece la determinación de los aspectos relativos a la pirámide jurídica de un Estado.

- Regla de rigidez constitucional

Canon que permite la concretización del principio de “soberanía” constitucional en lo relativo a los efectos, proyecciones y consecuencias atinentes a la configuración de los mecanismos procedimentales destinados a preservar la supraordinación de la Constitución. Para tal efecto, impide su modificación precipitada y expeditiva.

Aquí aparecen la determinación de ciertos aspectos de la reforma constitucional, las cláusulas pétreas, etc.

- Regla de defensa de la constitucionalidad

Canon que configura la tutela y defensa del carácter supraordinante de la Constitución y de los principios que ella contiene.

Aquí aparece la determinación de la jurisdicción constitucional, así como las acciones de garantías sistémicas (la acción de inconstitucionalidad, la acción popular).

c) El principio de perdurabilidad

Consiste en la proyección, explicitación o sugestión de la vocación de preservar la permanencia y continuidad espacio-temporal de los valores y fines consagrados en la Constitución.

Este principio presenta las tres reglas siguientes:

- Regla de revisión

Canon que permite la concretización del principio de perdurabilidad de la Constitución, en lo relativo a los efectos, proyecciones y

consecuencias atinentes a la necesidad de utilizar enmiendas o modificaciones en el texto básico para asegurar su continuidad y armonía de cara a la realidad política y social.

Aquí aparece la determinación de ciertos aspectos de la reforma constitucional.

- Regla de excepción

Canon que permite la concretización del principio de perdurabilidad de la Constitución, en lo relativo a los efectos, proyecciones y consecuencias atinentes a la necesidad de utilizar un determinado criterio lógico-jurídico que atienda a la naturaleza de las cosas y a las particularidades de los hechos o acontecimientos vinculados en su confrontación con el texto constitucional. Así, el criterio lógico-jurídico ayuda a regular y confrontar una situación de anormalidad política, social o económica.

Aquí aparece la determinación de los regímenes de excepción, la aplicación de la legislación de urgencia, etc.

- Regla de punición

Canon que permite la concretización del principio de perdurabilidad en lo relativo a la acusación política y procesamiento judicial de aquellas altas funciones públicas que atenten contra los principios, orden, instituciones y normas constitucionales.

Aquí aparece el antejuzicio político y la denuncia constitucional.

A manera de colofón, es dable consignar lo planteado por J. Javier Santamaría Ibeas [ob. cit.]:

“Los principios son aquellos preceptos cuya desaparición del ordenamiento provocaría una alteración radical del mismo”.

Así, en el caso de un ordenamiento constitucional democrático en donde desaparecieran principios tales como la soberanía popular, la separación de poderes o la igualdad ante la ley, en puridad se habría producido una desfiguración del “rostro constitucional” y un cambio de la identidad ordenativa.

3.- LA RELACIÓN Y DISTINCIÓN ENTRE LOS VALORES Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Los valores y los principios constitucionales forman en consuno

parte del orden constitucional; es decir, que existen normas de dicho corpus que los consignan y contienen explícita o implícitamente.

Por dicho motivo proporcionan pautas o criterios que conforman el orden sustancial o material de la Constitución; ergo, expresan la disposición y sentido del proyecto de vida en común; el estatuto de poder; la póliza de salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona; y las bases y fundamentos del orden jurídico que fluyen del texto constitucional.

Como bien afirma Germán Bidart Campos [“Los valores en el sistema democrático”. En: *Los valores en la Constitución argentina*. Buenos Aires: Ediar, 1999], ambos “integran –tal vez como techo ideológico– la textura normativa de la Constitución. O sea: están en ella, están positivizados en ella”.

En ese contexto, Luciano Parejo Alfonso [*Constitución y valores del ordenamiento*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, s.f.] señala que la distinción radicaría en que los valores son normas más abstractas y abiertas; es decir, son pautas que considera a los bienes y conductas políticas jurídicas en su esencia misma y de manera lata o extendida; en tanto que los principios tienen un contenido ciertamente indeterminado pero más preciso y concreto.

Luis Prieto Sabchis [*Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: CEC, 1992] expone que la diferencia radica en el diferente grado de concreción. Ello en razón a que los valores constitucionales son más generales que los principios.

Esta “mayor generalidad” indicaría la configuración de ideas acrecentadamente más abstractas y exentas del señalamiento de circunstancias de tiempo y espacio. Es decir, alude a la presencia de “dominios” más extendidos.

Rodolfo L. Vigo [ob. cit.] expone que “los valores plantean requerimientos o exigencias que desbordan el campo de lo jurídico. Así, la justicia y la igualdad son nociones que desbordan el ámbito de la norma para proyectarse a la totalidad de la vida coexistencial”.

En puridad, los valores constitucionales son como afirma Gregorio Peces-Barba [ob. cit.] “el núcleo de conexión entre el poder y el derecho”. Por tanto, “comunican la realidad jurídica con la ética y la política, y varían con la historia”.

En dicho contexto proyectan un cúmulo de propiedades o cuali-

dades de naturaleza ético-política que aspiran a plasmar o alcanzar un fin jurídico. Empero, añádase lo que plantea Luis Sánchez Agesta [*Sistema político de la constitución española de 1978*. Madrid: Nacional, 1980] en el sentido de que por sus enunciados ciertamente abstractos “son un mandato para el legislador, pero no elementos constitutivos que informen plenamente el ordenamiento jurídico”.

En cambio los principios constitucionales son fuentes del derecho que por su conformación técnico-jurídica sirven como bien afirma Antonio Torres del Moral [*Principios de derecho constitucional español*. Madrid, 1992] como “valla a la estructura un tanto vaporosa de los valores y el ordenamiento jurídico como un todo”.

En cierto modo, puede afirmarse que los principios emergen de los valores; y tienen el objeto consuno que sus postulados se “encarnen” en las normas del ordenamiento y en las conductas de los gobernantes y gobernados.

Los principios aparecen como las proyecciones generales de los valores al campo del derecho constitucional. Es decir, se trata de expresiones de optimización jurídica de un valor político.

Es a través de los principios que los valores pueden desarrollarse como ideas arquetípicas a concretarse de alguna manera.

Ahora bien, también puede hacerse similar diferenciación entre los principios y las normas constitucionales.

En ese sentido, J. Javier Santamaría Ibeas [ob. cit.] señala que “los principios [...] prevalecen sobre las normas, pues estas en último término [...] se fundamentan en aquellas”. Asimismo, tienen una redacción sujeta a mayor generalidad y vaguedad; es decir, un grado más elaborado de abstracción y de un insuprimible margen de indeterminación semántica.

4.- LOS FINES CONSTITUCIONALES

Aluden a las propuestas políticas dirigidas a satisfacer las aspiraciones del grupo social, propuestas que alcanzan la posibilidad de su verificación en el plano de la realidad política. Los fines constitucionales permiten afianzar la plasmación de valores en el seno de la sociedad.

Nuestro texto fundamental expresa en los artículos 1 y 44 buena parte de los fines que persigue alcanzar: la defensa de la persona

humana y el respeto de su dignidad, la protección a la población de las amenazas contra su seguridad, la promoción del bienestar general fundado en la justicia, la promoción de la integración económica y política (particularmente la relativa al área latinoamericana), etc.

Germán Bidart Campos [ob. cit.] expone que en el ensamble entre valores y principios “está anclado el finalismo constitucional, porque es el horizonte de los fines, el que confiere sentido unitario al sistema axiológico, para irradiar desde la Constitución todas las proyecciones que, en cuanto la Constitución es fundamento del ordenamiento, se filtran a todos sus compartimentos”.

5.- LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Denomínese como tal, al proceso mediante el cual se determina o asigna un sentido a las normas contenidas en el texto fundamental.

Ello con el objeto de fijar el marco perceptivo de una norma constitucional o el sentido de un comportamiento en relación a esta; vale decir, especificar *in concreto* la prohibición, obligación o autorización de ejecución de una conducta.

Juan B. Alberdi [*Bases y puntos de partida para la organización práctica de la República Argentina*. Buenos Aires, 1981] ha señalado “que la interpretación [...] es el medio para remediar los defectos de la ley. La ley es un Dios mudo: habla por boca del magistrado”.

El papel de los hermeneutas constitucionales consiste en declarar el significado y alcance de las normas constitucionales. Tal declaración se efectúa cuando, al percibirse *in totum* los fenómenos políticos y jurídicos que integran la norma objeto de interpretación, se elige aquel “sentido” que mejor se adecue a los valores y fines que esa norma intenta consagrar en el seno de la sociedad política.

Al respecto, no debe obviarse el hecho de que los preceptos constitucionales tienen una doble particularidad:

- a) Son normas primarias y no derivadas del sistema político-jurídico.
- b) Son normas indesligables y constituyentes de los hechos políticos y sociales.

Todo proceso de interpretación constitucional parte de la determinación *objetiva* del “sentido” asignado al significado de la norma, la misma que se auxilia con la determinación *subjetiva*, es decir,

se refuerza la declaración preliminar obtenida de la investigación de la norma en sí misma, con el conocimiento de las razones, argumentos y propósitos que llevaron al órgano constituyente a la dación de esa norma.

Como señala Luis Carlos Sáchica [Citado por Luis Pérez Chávez. *El poder constituyente en el Perú*. Tesis. Lima: Universidad Particular San Martín de Porres, 1995], la interpretación constitucional exige, a quienes la efectúan, el dominio de los ocho aspectos siguientes:

- Profundo conocimiento plenario del derecho.
- Amplia sensibilidad política.
- Hondo conocimiento de los hechos y los antecedentes históricos.
- Enorme visión de futuro.
- Sereno realismo.
- Manifiesta postura humanista.
- Objetiva capacidad de creación.
- Vigorosa orientación ética.

Héctor Masnatta [*Elementos para una reforma de la Constitución nacional*. Buenos Aires: Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1988] señala que el intérprete constitucional “debe tener conciencia de las relaciones políticas y de los respectivos conflictos de intereses que la Constitución pretende arbitrar”.

5.1.- La determinación interpretativa del concepto Constitución

Como bien expone Néstor Pedro Sagüés [*La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006] existen dos versiones contrapuestas en torno al concepto Constitución.

La primera aparece como texto inmutable e incompleto para la actividad interpretativa; lo que conduce a estudiarla como Constitución testamento que obliga a “desenterrar” la voluntad del legislador histórico.

En consecuencia, el intérprete deviene en un “albacea” de la obra constitucional.

El texto es inmune al tiempo y la interpretación. Por ende, tras develarse la voluntad del constituyente, debe procurarse que esta no

sea falseada en modo alguno.

En la segunda aparece como “texto viviente”; es decir, que se transforma y recrea con el tiempo. Sus contenidos se sustentan en las conductas y creencias comunitarias. Es decir, plantea el derecho de cada generación a “vivir” su Constitución.

En ese contexto, en un caso el intérprete realiza por la vía subjetiva una labor arqueológica; y en el otro, por la vía objetiva efectúa una tarea de alarife jurídico.

Señálese además la existencia de la interpretación bastarda; la cual se produce cuando el hermeneuta le asigna significados a la Constitución, con la finalidad de obtener una ventaja para sí. El propio Néstor Pedro Sagüés nos recuerda el caso de Oliverio Cromwell cuando intentó interpretar la cláusula octava del Instrumento de Gobierno en su propio provecho. Así, intentó disolver al Parlamento señalando que la palabra mes podría entenderse no solo “solar” sino también como “lunar”. En función a esto último clausuró la legislatura.

5.2.- La carta de navegación de los hermeneutas

La actividad hermenéutica a efectos de alcanzar su finalidad debe encauzarse a verificar lo siguiente:

a) Garantizar la fuerza normativa y supraordinadora de la Constitución

La interpretación debe orientarse a resolver y respetar la juridicidad del texto constitucional; así como su prelación jerárquica dentro del ordenamiento legal. Ergo, debe apuntar a acerar su eficacia, efectividad y utilidad regulatoria.

La actividad hermenéutica se proyecta a afirmar el vínculo *in totum* de las conductas que el texto supra exige en el ámbito de las relaciones entre los gobernantes y gobernados y la de estos entre sí.

b) Garantizar la percepción de la Constitución como un sistema normativo

La interpretación debe orientarse a que la pluralidad de normas constitucionales adscritas a las fuentes formales se complementen, dilucidan y definan unas a otras.

En ese sentido, la actividad hermenéutica debe procurar que la

fuerza normativa de la Constitución deje constancia de ser un sistema lógico, en donde la legislación, la jurisprudencia, etc., expresen su compatibilidad, coherencia y racionalidad preceptiva.

c) Garantizar el despliegue de los valores constitucionales y la gobernabilidad

La interpretación debe orientarse a la verificación práctica de los valores constitucionales; para tal efecto deben ser utilizados para validar y legitimar la normatividad infraconstitucional, así como para afirmar la idea de Estado y Gobierno establecidos en la Constitución. En este último contexto, procurará por el correcto y pleno ejercicio de las competencias asignadas a los órganos y organismos constitucionales.

d) Garantizar la previsión de consecuencias

La interpretación debe buscar la selección de un problema constitucional evaluando el costo político, económico o social desencadenante; es decir, no debe ofrecer la sustitución de un conflicto por otro. Como bien afirmara Gustavo Zagrebelsky [“La Constitución y la interpretación de la Constitución. En: *División de poderes e interpretación*. Madrid: Tecnos, 1987] expone que la función del intérprete “no es la introducir nuevas dificultades en el sistema político-constitucional. Así, este debe facilitar y no obstaculizar la actuación del Estado y la actividad de los ciudadanos.

5.3.- Los tipos de interpretación constitucional

Desde un punto de vista doctrinario, es posible establecer la existencia de cuatro tipos de interpretación constitucional: la interpretación de la Constitución, la interpretación desde la Constitución, la interpretación abstracta y conceptual genérica y la interpretación específica y concreta.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La interpretación de la Constitución

Consiste en asignar un “sentido” a la Constitución, a efectos de coadyuvar a su correcta aplicación a la realidad. Tal asignación requiere que previamente se precise y determine la existencia de los valores y principios constitucionales existentes en su seno.

b) La interpretación desde la Constitución

Es la que se efectúa sobre la legislación infraconstitucional a partir de la respuesta hermenéutica obtenida “de la Constitución”, a efectos de que aquella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

c) La interpretación abstracta y conceptual genérica

Consiste en comprender teóricamente el texto constitucional, sin necesidad de ligarlo a una contingencia real en la vida política.

d) La interpretación específica y concreta

Consiste en comprender la aplicabilidad del texto fundamental a una situación o contingencia real emanada de la vida política.

5.4.- Los intérpretes constitucionales

Denomínese como tales a una suerte de “mediadores” oficiales que comunican a la comunidad política –por expreso mandato constitucional– el significado que atribuyen a las normas contenidas en el texto fundamental. La doctrina reconoce la existencia de dos tipos de intérpretes constitucionales, a saber: los intérpretes legislativos y los intérpretes jurisdiccionales.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Los intérpretes por vía legislativa

Este papel está asignado a los legisladores ordinarios. Así, el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución peruana señala que es atribución del Congreso de la República la dación o interpretación de las leyes y resoluciones legislativas.

En ese sentido, los legisladores, a través de la interpretación desde la Constitución, elaboran normas que permiten la correcta aplicación de los valores y fines constitucionales, y garantizan la coherencia y armonía de las leyes y resoluciones legislativas.

En ese orden de ideas, es importante dilucidar el ámbito referido a la denominada interpretación auténtica; la cual es realizada por el ente “autor” de la Constitución o por quien el propio texto haya asignado la potestad de hacerla.

Al respecto, es citable el caso de la Constitución de Malta de 1964,

en donde el propio ente constituyente interpretó que “la expresión ley, es extensiva a toda disposición que tenga fuerza de ley y a toda regla jurídica no escrita”. Asimismo, los órganos creadores de la Constitución argentina de 1853 y de la Constitución peruana de 1993 devinieron por un tiempo como órganos parlamentarios ordinarios. Incluso, queda abierta la posibilidad que dicha modalidad interpretativa sea consecuencia de una competencia asignada por el poder constituyente al poder constituido (Parlamento).

Ahora bien, fuera de las situaciones descritas no cabe que los legisladores ordinarios (Congreso de la República) ejerzan facultades para ejercitar una *interpretación auténtica de la Constitución*; ello en razón de los siguientes argumentos:

- *La interpretación auténtica implica que el órgano legislador que dicta la norma, tiene posteriormente la potestad de aclarar los alcances de su contenido*

La labor del legislador ordinario emana de un *poder constituyente derivado*, cuya competencia es reglada; por eso, en tanto el *constituyente originario* no le conceda expresamente facultades interpretativas del texto fundamental, este carece de atribución jurídica para ejercerlas.

En lo que se refiere específicamente a nuestro texto fundamental, si bien este le ha otorgado al legislador ordinario atribuciones de reformar la Constitución y de interpretación de las normas que el propio ente legislador dicte, empero no le ha asignado competencias hermenéuticas *a nivel del texto base* del Estado.

- *La interpretación auténtica tiene carácter retroactivo, esto es, el significado que se le quiere asignar a una determinada norma se desplaza hacia atrás en el tiempo, hasta el momento mismo en que la norma interpretada entró en vigencia*

En ese sentido, de acuerdo a lo que dispone el artículo 103 de la Constitución peruana, el principio de retroactividad solo rige para el caso de las *normas penales*, por lo cual no es posible una interpretación auténtica de los preceptos constitucionales.

b) Los intérpretes por vía jurisprudencial

Esta potestad está asignada a aquellos que cumplen responsabilidades hermenéuticas en los órganos jurisdiccionales ordinarios o

especializados. En nuestro país la ejercen los tres órganos siguientes: el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y el Jurado Nacional de Elecciones.

Al respecto, veamos lo siguiente:

- El Tribunal Constitucional

El inciso 1 del artículo 202 y el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución señalan el deber funcional de los magistrados de este ente de declarar –previa labor interpretativa– el sentido de lo constitucional o inconstitucional de aquellas normas con jerarquía o condición de ley.

- El Poder Judicial

El artículo 138 de la Constitución señala el deber funcional de los jueces de preferir la norma constitucional cuando determinen –previa labor interpretativa– que existe incompatibilidad entre un precepto constitucional y una pauta legal de menor jerarquía.

- El Jurado Nacional de Elecciones

El inciso 1 del artículo 178 de la Constitución señala implícitamente el deber funcional de los miembros de este ente de declarar –previa labor interpretativa– la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos vinculados con la materia electoral.

La interpretación constitucional presenta como notas características su determinación fructuosa, creativa, previsiva y política.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La determinación fructuosa

La interpretación constitucional tiene como objetivo concreto la aplicación de una norma fundamental a la solución de un problema político-jurídico.

En ese sentido, [Néstor Pedro Sagüés. ob. cit.] exige que la determinación del significado y alcances de un precepto constitucional tenga que ser “funcional, útil y apta para dar respuestas sensatas y provechosas para la sociedad y el sistema político [...]”.

En dicha virtud, debe aspirarse a que el desenlace de un conflicto político-jurídico encuentre solución mediante la aplicación de una

norma constitucional. Por consiguiente, la interpretación constitucional se encuentra reñida con la obtención de determinaciones meramente teóricas o residuales; así como con aquellas que solo consiguen agudizar o dejar inconclusa la problemática planteada en el seno de una sociedad política.

b) La determinación creativa

La interpretación constitucional tiene como rol inexorable el esclarecer, desplegar, integrar y hasta adaptar a la Constitución.

Así, en algunas oportunidades existe la necesidad de dilucidar entre varias opciones interpretativas; o en otras de extender desarrolladamente los alcances de una norma constitucional o hasta elucubrar hipótesis no previstas por el legislador constituyente.

Asimismo, la interpretación promueve la concurrencia teleológica de dos o más normas constitucionales aparentemente contradictorias; o en su defecto pondera los atributos de los preceptos en cuestión, optando por aquella más cercana a los principios y valores constitucionales de mayor importancia político-jurídica.

Finalmente, acomoda y adapta la Constitución a las mutaciones sociales y los cambios científico-tecnológicos que enriquecen los procesos socio-políticos.

En ese sentido, Néstor Pedro Sagüés [ob. cit.] señala que “la interpretación constitucional rara vez será un trabajo de ‘descubrir’ algo preexistente. Lo habitual consistirá en la ‘construcción’ de respuestas constitucionales”.

c) La determinación previsor

La interpretación constitucional tiene la responsabilidad de predeterminar la totalidad de las consecuencias político-jurídicas de dicha actividad.

En ese sentido, los resultados de su aplicación deben haber sido “conocidos” con anticipación y con claro aseguramiento de remediar un mal preexistente y no formar otro postfacto al acto de aplicación de la norma objeto de interpretación.

La interpretación constitucional debe contener el augurio, la proyección y el vaticinio de una “mejor” realidad político-jurídica y la cancelación de un otrora “mal” de naturaleza constitucional.

d) *La determinación política*

La interpretación constitucional tiene la responsabilidad de afirmar los principios y valores políticos contenidos en la Constitución; vale decir, contribuye decididamente en asentar la ideología, la doctrina y el programa político inserto en dicho texto.

En ese sentido al definir, redefinir o integrar la Constitución en puridad se cumple una actividad política ya que la actividad interpretativa incide directamente en la gobernabilidad y administración de un cuerpo político. Añádase a ello su actividad efectivizadora de las cláusulas constitucionales y la armonización entre las competencias de los operadores político-administrativos y los derechos ciudadanos; amén de su labor dirimente en los conflictos interorgánicos.

La interpretación constitucional lleva implícita la asunción de una actividad política en el sentido de “gobierno” del Estado, en la medida que deriva de un órgano encargado del control de la constitucionalidad.

5.5.- La interpretación constitucional y las indeterminaciones constitucionales

En atención a que la Constitución es elaborada con el objeto de que rija los destinos de una sociedad política con vocación de perdurabilidad, consecuentemente es redactada con un lenguaje lo suficientemente vago y general que permita su permanente adaptación al “tiempo político” que se vive sucesivamente dentro de una colectividad.

En ese aspecto, Carlos Santiago Nino [*Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2002] justifica la vaguedad y generalidad del lenguaje constitucional, a efectos que el texto constitucional pueda sobrellevar “las contingencias y cursos futuros que no sean fáciles de prever en el momento de la sanción”.

El propio Carlos Santiago Nino [ob. cit.] distingue varios tipos de vaguedades o indeterminaciones constitucionales, a saber: la vaguedad por gradiente, la vaguedad por combinación y la vaguedad por textura abierta.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La vaguedad por gradiente

Dicha indeterminación normativa se produce cuando la Constitución hace referencia a objetos o fenómenos que se dan en la realidad, empero sin especificar algunas características de variabilidad como pueden ser los tipos, cantidades, espacios, etc.

b) La vaguedad por combinación

Dicha indeterminación normativa se produce cuando la Constitución utiliza expresiones que carecen del señalamiento de aquellas cualidades o características necesarias y suficientes, y a lo sumo hace referencia a algunas propiedades relevantes, sin que ello redunde en la determinación de su significación.

c) La vaguedad por textura abierta

Dicha indeterminación normativa se produce cuando la Constitución utiliza expresiones que si bien ostentan cualidades o características necesarias y suficientes para su distinción de otras, sin embargo son empleadas dentro de un contexto que genera duda sobre los alcances de dicha definición.

5.6.- La interpretación constitucional y el problema de las contradicciones

Es constatable por la praxis constitucional, la residual existencia al interior de un texto constitucional, de proposiciones opuestas que afectan grandemente el sentido de dicho texto.

En esa circunstancia la interpretación constitucional tiene un papel resolutivo importantísimo.

La doctrina reconoce la existencia de dos tipos de contradicciones; las ideológicas y las normativas.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Las contradicciones ideológicas

La historia constitucional permite constatar que las constituciones son generalmente el resultado de fuerzas políticas con ideologías, intereses y demandas sociales, económicas y culturales contradictorias que suscriben un pacto social por la vía de la concertación.

Dicha concertación que deviene en la práctica política inclusiva

de valores e intereses, puede originar que su integración normativa peque residualmente de colisionante e imperfecta.

Al respecto, Juan B. Alberdi [ob. cit.] sostenía que “la Constitución está llamada a contemporizar, a complacer hasta cierto grado algunas exigencias contradictorias, que no se debe mirar por el lado de su justicia absoluta, sino por el de su poder de resistencia para combinarlos con prudencia y del modo posible con los intereses del progreso general del país”.

En otras circunstancias, las contradicciones pueden surgir de los procesos de reforma constitucional en donde aparecen expresiones ideológicas disímiles a los intervinientes en el proceso de creación de la Constitución.

Al respecto, la doctrina señala que dichas contradicciones pueden ser concomitantes o escalonadas.

Las contradicciones ideológicas concomitantes son aquellas que se producen exprofesa y deliberadamente al momento de elaborarse el texto constitucional.

Al respecto, es citable el caso de la Constitución española de 1978, en donde coexisten cláusulas propias del liberalismo político y económico con otras que reflejan postulados y aspiraciones socialistas. Asimismo, cabe mencionar el caso de la Constitución de Nicaragua de 1987, en donde se presentan amalgamadas las posiciones socialistas derivadas de la influencia de los constituyentes del Frente Sandinista de Liberación Nacional y de las posiciones democrático-conservadoras de la Unión Nacional.

A mayor abundamiento es citable el caso de la Constitución peruana de 1979, que amalgamó las posiciones ideológicas de la socialdemocracia latinoamericana sustentadas por el Partido Aprista Peruano y las posturas conservadoras socialcristianas del Partido Popular Cristiano.

Las contradicciones ideológicas escalonadas son aquellas que se producen con posterioridad a la elaboración del texto original de la Constitución. Así, mediante el proceso de reforma constitucional se sustituyen, reformulan o adicionan conceptos políticos que si no fuera por el auxilio de la interpretación expondrían una opugnación residual entre partes del propio texto constitucional.

Al respecto, es citable el caso de la Constitución argentina de 1853

respecto de las reformas sufridas en 1957 y 1994.

b) Las contradicciones normativas

Dicho fenómeno ocurre cuando una o más normas de la Constitución disponen dos consecuencias jurídicas que se excluyen recíprocamente o cuando imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas.

Sobre la materia Karl Larenz [*Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1978] sostiene que la interpretación consiste en hacer comprensible una disposición legal no solo en sí misma, sino también en conexión con las restantes disposiciones.

5.7.- La interpretación constitucional y las redundancias normativas

La práctica constitucional certifica la existencia de textos constitucionales que presentan dos o más normas que reiteran una misma consecuencia político-jurídica al homologar hechos, sucesos o circunstancias.

Alf Ross [*Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1974] expone que la redundancia normativa se presenta cuando una norma establece un específico efecto, el mismo que en idénticas circunstancias fácticas está fijado por otra norma.

La redundancia constitucional surge inadvertidamente por una defectuosa o poco pulida actividad legisferante por parte del operador constituyente; o, expresamente por parte de este en su afán de enfatizar con rotundidad una determinada consecuencia político-jurídica.

Néstor Pedro Sagüés [ob. cit.] refiere que la redundancia constitucional consta de dos elementos, a saber:

- a) La existencia de dos o más normas que se proyectan a un mismo campo de referencia; vale decir, que aluden a los mismos hechos, sucesos o acontecimientos.
- b) La existencia de dos o más normas que ofrecen en relación a los hechos, sucesos o acontecimientos homólogos, idénticas soluciones jurídicas.

Ahora bien, las redundancias son en principio inocuas para la aplicación de la Constitución; salvo cuando la doctrina o la jurisprudencia constitucional intentan otorgarle un significado diferente a las

normas con contenido redundante.

En ese proceso interpretativo se puede incurrir en la creación de una situación de incertidumbre constitucional; es decir, que sin una justificación razonable una situación que en términos fácticos era ino-cua, puede por un prurito interpretativo devenir en un problema por una adaptación vaga e imprecisa.

5.8.- La interpretación constitucional y las imprevisiones

En atención a que la Constitución es creada con vocación de perdurabilidad, no es ajeno a la historia que dicho texto pueda sufrir en un momento determinado, del síndrome de la “imprevisión constitucional”, y que esta circunstancia sea obra del tino o la gazmoñería política.

Es indudable que la Constitución no es –ni debe ser– un texto cerrado ni omnicompreensivo. Así, los legisladores constituyentes que incurren en el “vicio de la previsibilidad absoluta”; y, elaboren un texto detallista, minucioso y casuístico obtendrán como resultado la denominada “Constitución-cárcel”; vale decir, erigirán “un instrumento nocivo que so pretexto de regular todo el porvenir, de hecho lo reglamentarán mal, ya que pretender disciplinar útilmente hoy a la integralidad de los acontecimientos del futuro puede significar tanto una misión utópica (frente a una realidad altamente cambiante y volátil, en grandes tramos impredecibles), como también axiológicamente discutible, en cuanto que aherrojar aquel porvenir con las pautas culturales del presente importará una empresa [...] con escasa legitimación” [Néstor Pedro Sagüés. ob. cit.].

Ahora bien, la imprevisión constitucional puede ser clasificada de las dos maneras siguientes: voluntarias o involuntarias.

Las imprevisiones voluntarias son aquellas que se originan por actos de prudencia política o por la farisaica determinación de no optar por alguna alternativa en particular.

Las imprecisiones involuntarias son aquellas que se originan por la inexistencia de situaciones fácticas al momento de la elaboración constitucional, por falta de consenso político, por impericia técnica o por descuido político.

En ese contexto, corresponde a los intérpretes de la Constitución

efectuar labores de integración normativa, con el objeto de completar la obra constitucional.

5.9.- Los principios hermenéuticos

La doctrina admite la existencia de principios interpretativos en materia constitucional, a efectos de orientar y canalizar el proceso de asignación y alcances de los significados contenidos en el texto supra del Estado.

Al respecto, siguiendo en buena parte a Konrad Hesse [*Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1966] cabe mencionar los siete siguientes: el principio de unidad de la Constitución, el principio de concordancia práctica, el principio de corrección funcional, el principio de eficacia integradora, el principio de adaptación, el principio de constancia y el principio de utilidad.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *El principio de unidad de la Constitución*

Plantea la vinculación independiente de los distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones fundamentales de la Constitución. Ello obliga a no aceptar en modo alguno la interpretación “insular” de una norma, sino que hace imperativa una actividad hermenéutica con el conjunto del texto.

Luis Huerta Guerrero [“Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales”. En: *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1997] expone que “la Constitución debe entenderse de modo integral y no como fórmula por compartimientos estancos”.

Torsten Stein [“Criterios de interpretación”. En: *La Constitución de 1993, análisis y comentarios III*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1996] señala que la esencia de la Constitución consiste en ser un corpus normativo homogéneo de la vida política y social de una determinada colectividad estatal. Por ende, no resulta admisible la separación por “cirugía jurídica” de una norma constitucional del resto del conjunto.

Este principio consignador de la relación e interdependencia normativa permite resolver un problema crucial en materia constitucional: la existencia de intereses contrapuestos y de fórmulas de com-

promiso político derivados del pacto social entre fuerzas políticas y sociales representadas ante un órgano constituyente.

Por consiguiente, como bien afirma Torsten Stein [ob. cit.]:

“El objetivo primario de la [...] interpretación consiste en ‘nivelar’ las discrepancias en la aplicación de algunas disposiciones constitucionales”.

En suma, las distintas instituciones, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional deben ligarse mutuamente entre sí. En ese contexto, no es aplicable una interpretación aislada e inconexa. Igualmente tampoco es admisible la presencia de normas constitucionales con “vida autárquica y solitaria”.

b) El principio de concordancia práctica

Plantea que los bienes jurídicos consignados en la Constitución deben ser objeto de protección y defensa de manera concomitante, de modo tal que en la solución de un problema político-jurídico todos conserven su identidad e indemnidad. Ergo, ninguno debe ser objeto de “inmolación”.

Para tal efecto se privilegia la ponderación proporcional de los mismos, a efectos que se consiga hacer respetar el núcleo esencial de cada bien en particular.

En ese contexto, la concordancia práctica solo admite en función a las circunstancias del caso, la afectación residual relativa al modo, la forma, el lugar o el tiempo de ejercicio, siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad en la recíproca limitación.

c) El principio de corrección funcional

Plantea que el intérprete está impedido de establecer determinaciones que de algún modo alguno interfieran con las competencias y funciones que la Constitución ha asignado a los diferentes órganos del Estado.

Al respecto, Luis Huerta Guerrero [ob. cit.] señala que “el intérprete se ve obligado a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrado por la Constitución”.

En consecuencia no es admisible que por la vía hermenéutica se restrinja o limiten las actividades, cometidos o misiones de los órganos constitucionales.

d) El principio de eficacia integradora

Plantea que la actividad hermenéutica debe promover, reforzar y vigorizar las determinaciones político-jurídicas que hagan más operativa y potente la unidad axiológica y teleológica de la Constitución.

e) El principio de adaptación

Las distintas instituciones, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional pueden ser objeto de variación en su sentido significativo, de conformidad con los cambios o mutaciones que sufre la realidad política del Estado. Es decir, deben ser objeto de una interpretación “viva”, a efectos de que sigan siendo un instrumento eficaz para el “buen gobierno”.

Como refiere Néstor Pedro Sagüés [ob. cit.], se debe postular “una adaptación de la Constitución a las realidades que le toca vivir y resolver”. Ello permitirá que la Constitución quede *actualizada* al compás del dinamismo de los tiempos y que alcance su óptima aplicación.

f) El principio de constancia

Las distintas instituciones, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional deben ser observados a la luz de los postulados o proposiciones de naturaleza ético-política o técnico-jurídica que proyectan una aplicabilidad permanente, debiéndose restar valor extremo a aquellos que meramente atiendan a situaciones provisionales.

g) El principio de utilidad

Los distintos instrumentos, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional deben ser objeto de una interpretación que propenda hacia algo constructivo y conveniente.

5.10.- Los límites de la interpretación constitucional [Víctor García Toma. *La ley en el Perú*. Lima: Grijley, 1995]

La actividad hermenéutica en relación con la Constitución –y con aplicación de los principios anteriormente señalados–, se encuentra sujeta a determinados límites, entre los cuales cabe mencionar los seis siguientes:

- a) La labor *interpretativa* no puede extenderse más allá del plexo de valores, principios y normas contenidos explícita o implícitamente en el *corpus* de la Constitución. Este límite se justifica en razón de la función racionalizadora, estabilizadora y delimitadora que tiene el texto fundamental. El hecho mismo de llevar a cabo una labor interpretativa más allá de dicho límite implicaría: un clarísimo acto de ruptura constitucional, un proceso de reforma constitucional no formal, o la concreción de una “norma habilitadora”, la misma que a consecuencia de falta de control eficaz de la constitucionalidad, en la práctica quedaría convalidada.
- b) La labor interpretativa debe cesar cuando se acredite fehacientemente la imposibilidad de obtener una respuesta hermenéutica con comprensión o adecuación plena al sentido del plexo normativo constitucional. La imposibilidad de la obtención de una respuesta óptima en la tarea hermenéutica plantea el reconocimiento de una laguna legal, y, por ende, la necesidad de una actividad integradora.
- c) La labor interpretativa no es aceptable cuando ofrece una respuesta hermenéutica contradictoria con el texto constitucional. Esta contradicción o antinomia puede presentarse en razón de lo siguiente: existencia de incompatibilidad entre dos normas que simultáneamente mandan y prohíben hacer algo; o existencia de la obligación de hacer algo y coexistentemente la facultad para no hacerlo.
- d) La interpretación constitucional no puede plantear la presentación de una respuesta hermenéutica enfrentada con los valores constitucionales. Esta confrontación puede surgir cuando el hermeneuta constitucional ofrece una respuesta apegada al criterio de la legalidad y con sujeción al formalismo jurídico, pero que es moralmente injusta, inequitativa, etc. La pretensión de todo Estado constitucional radica en plantear que el plexo de valores, principios y normas contenidas en un texto constitucional sea objeto de un cabal e íntegro cumplimiento en la vida social cotidiana.
- e) El intérprete debe asumir la denominada “ética de la responsabilidad”. Es evidente que la *ratio* de la voluntad y conducta del intérprete radica en defender y auspiciar la consagración

práctica y real de los valores y fines contenidos en el texto fundamental.

- f) El intérprete debe ser consciente de que la asignación de significados al texto constitucional supone un previo conocimiento del problema concreto que intenta resolverse a través del proceso de interpretación y aplicación de una norma constitucional a un caso específico y concreto. Es evidente que la declaración del sentido de una norma constitucional no puede ser separada de la concepción previa que tiene el intérprete acerca de las circunstancias, hechos o sucesos que exigen su aplicación concreta y específica. Más aún, el intérprete debe aclarar el "sentido" normativo de una cláusula constitucional, desde la concreta situación histórica en que se ubica o encuentra el sistema constitucional.

5.11.- Los criterios metodológicos en el proceso de interpretación constitucional

Desde nuestro punto de vista, el intérprete constitucional debe tener en cuenta los cinco criterios metodológicos siguientes:

a) El intérprete debe llevar a cabo una aproximación apriorística teleológica-axiológica

En ese aspecto, debe partirse del criterio de que los contenidos normativos de la Constitución se hallan determinados por el propósito de llevar a su realización práctica determinados fines coexistentes y precisos valores de carácter ético-políticos.

La aproximación apriorística consiste en el acto de elegir u optar por algún criterio cualitativo que enmarcará la orientación interpretativa de las normas. En ese sentido, en el campo de lo constitucional la opción de un criterio para dirigir el proceso interpretativo queda inexorablemente limitado al ámbito de lo axiológico-teleológico.

Dicha aproximación se desarrolla en el fuero interno del intérprete, antes de llevar a cabo el acto mismo de la interpretación.

El sentido de la norma constitucional surge de los fines y valores perseguidos. Por consiguiente en la norma constitucional no hay acción sin valores y fines predeterminados por la propia Constitución. En la interpretación debe prevalecer el contenido

axiológico-teleológico de la Constitución. Por ende, apriorísticamente la actividad hermenéutica tiene como marco de referencia la dignidad de la persona y la estructuración, organización y funcionamiento del gobierno en pro de la unidad, la supervivencia, la seguridad, el bienestar y la justicia, en favor del grupo social conformante del Estado.

b) El intérprete debe proceder a un análisis gramatical de la norma

En ese sentido, la interpretación debe prestar atención a los vocablos utilizados por la Constitución, dándoles el sentido que tienen en la vida diaria, salvo que de su propio contexto se desprenda una significación estrictamente técnica.

Señálese además que todo vocablo utilizado en la Constitución tiene importancia y utilidad significativa. Es por ello que Néstor Pedro Sagüés [ob. cit.] considera que el hermeneuta no debe suponer que aquel ha sido insertado superflua o inútilmente.

Dicho análisis conlleva a una indagación con cariz filológico; por lo cual se fija el sentido de cada una de las palabras intercaladas en el texto; amén de una averiguación sintáctica, por la cual se fija el sentido de una proposición entera a través de la coordinación gramatical que dentro de ella tienen las palabras utilizadas y su respectivo valor.

c) El intérprete debe proceder a un análisis lógico de la norma

En ese sentido, debe procurar encontrar el “espíritu” de la norma objeto de examen. Para tal efecto, debe ubicarse la fórmula normativa, vale decir, debe encontrarse el plan o arquitectura lógica de la norma dentro del contexto del “corpus” constitucional.

Así, mediante una ubicación plenaria se establece el “lugar” que aquella ocupa dentro de la totalidad de la estructura constitucional. Por ende, lo establecido en un inciso debe ser coherente con el resto del artículo, y este a su vez con el capítulo y ascendentemente con el título; o con todo lo expuesto, pero de manera inversa.

Al respecto, no debe olvidarse que generalmente un texto constitucional tiene el siguiente esquema arquitectural: títulos, capítulos, artículos e incisos.

Para el establecimiento de la ubicación de la norma dentro del plan

arquitectónico de la Constitución, puede hacerse uso de las reglas de deducción e inducción.

d) El intérprete debe proceder a un análisis histórico en lo relativo a la elaboración de la norma

En ese sentido, deben estudiarse los trabajos preliminares de una disposición, a efectos que confirmen o desvirtúen la exactitud de la hipótesis interpretativa; amén de además, permitir solucionar las dudas pendientes de aclaración en relación a los tramos anteriores de la actividad hermenéutica.

En el análisis histórico aparece la voluntad del legislador constituyente, la misma que tendrá importancia en la medida que la realidad presente guarde correspondencia con la que existió al momento de la actividad legisferante.

Ahora bien, el intérprete constitucional deberá tener en cuenta la aplicación de la analogía, los alcances de la conciencia político-jurídica existente en la comunidad y los aportes del derecho comparado, cuando se hayan producido cambios en los factores históricos y sociológicos que fundamentaron la necesidad de dictar alguna cláusula constitucional

Al respecto, es indudable que en este contexto específico la interpretación debe buscar la conciliación de la determinación significativa y sus alcances a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad política; por ende, debe evitar caer en el “vicio de la mujer de Lot”, o sea, de mirar obstinadamente hacia el pasado legisferante; y más bien debe otear hacia una interpretación dinámica y progresista.

e) La interpretación constitucional debe tener en cuenta la reconversión interpretativa de carácter extensivo, cuando se trate de la parte dogmática de la Constitución, y la reconversión interpretativa de carácter restrictivo, en lo relativo a su parte orgánica

Mediante la reconversión extensiva se amplían los alcances de la norma, cuando la parte gramatical expresaba menos de lo que afirmaba su sentido o voluntad normativa. El intérprete debe proceder de esta manera en cuanto a la parte dogmática de la Constitución.

Mediante la reconversión restrictiva se limita el significado de las

palabras de la norma (restringiendo el sentido de la voluntad normativa), luego de haberse comprobado que expresábamos, debido a su generalidad o vaguedad, mucho más de lo que es el sentido real de la norma. El intérprete debe proceder de esta manera en cuanto a la parte orgánica de la Constitución.

Cabe advertir que en el ámbito específico de la parte dogmática (derechos y libertades públicas), el texto constitucional no puede quedar encerrado en la complejidad de la Constitución, sino que debe ser coordinado y compatibilizado con el derecho internacional de los derechos humanos. En tal sentido, el artículo 4 de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución peruana de 1993 deviene en una regla metodológica, en razón de que en él se advierte que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por el Perú”.

En aquellos casos en que el intérprete constitucional debe descender al plano hermenéutico de las normas de *inferior jerarquía*, se hace oportuno tener en consideración lo siguiente:

- a) La norma investigada no debe ser declarada inconstitucional o inaplicable, en tanto pueda ser objeto de una interpretación en consonancia con el texto constitucional.
- b) La norma investigada debe ser interpretada en concordancia con la Constitución vigente. Así, en la hipótesis de que existiese una pauta legal promulgada bajo el orden constitucional precedente, pero que mantiene su vigencia con el texto constitucional abrogante, su contenido deberá ser adecuado de conformidad con la nueva situación constitucional.
- c) La norma investigada tiene en su favor el supuesto de presunción de *constitucionalidad*. Esta presunción rige en favor de los actos normativos de los órganos estatales, en tanto pueden ser armonizados con el texto constitucional.

5.12.- El caso de la interpretación mutativa

Como refiere Néstor Pedro Sagüés [ob. cit.], esta modalidad de interpretación concibe “la letra de la Constitución como una especie de estuche o cáscara cuyo contenido (el mensaje normativo) puede

cambiar en función de ciertas exigencias (técnicas o ideológicas) que maneja el intérprete”.

Según Sagüés, esta modalidad interpretativa puede ser *praeter constitutionem* y *contra constitutionem*.

La interpretación *praeter constitutionem* se presenta cuando complementa y desenvuelve el texto constitucional. Ergo, colma una laguna constitucional.

La interpretación *contra constitutionem* se presenta cuando se opone al texto y espíritu de la Constitución. Esta interpretación se genera por adición proditora a la voluntad del texto fundamental, por supresión de alguna regla constitucional o por sustracción-adición de una regla constitucional.

Entre las justificaciones doctrinarias que intentan avalar la interpretación *contra constitutionem* se encuentran las dos siguientes:

a) El criterio de economía procesal

Se fundamenta en la necesidad de obtener una modificación constitucional de forma más rápida y expeditiva que haciendo uso de la vía formal de la reforma constitucional.

b) El criterio cimentador

Se fundamenta en el concepto de que la Constitución es un instrumento de gobierno cuyas categorías y conceptos tienen contenidos siempre actuales. Por ende, la interpretación se “construye” en función de la necesidad de responder a las expectativas presentes.

Este criterio plantea que la Constitución debe siempre reflejar los estándares y patrones reales de la sociedad actual.

5.13.- La interpretación y argumentación constitucional

Entre estos conceptos existe complementariedad y actividad correlacional. En tal sentido, siguiendo en parte a Luis Manuel Sánchez Fernández [“Argumentación jurídica e interpretación constitucional”. En: *Scribas*, N° 2. Arequipa: Instituto Jurídico Nacional, 1996], pueden señalarse las cuatro siguientes características de la argumentación constitucional:

a) La argumentación constitucional se ocupa de la justificación ra-

cional del contenido normativo de las normas *supra*, mas no de su explicación.

- b) La argumentación constitucional se ocupa de la justificación de las premisas –proposiciones afirmativas o negativas que sirven como base para extraer una conclusión interpretativa–, antes que de la deducción lógico-sistemática de la decisión normativa.
- c) La argumentación constitucional se ocupa del encuadramiento de las ideas o afirmaciones que se utilizan para acreditar los hechos constitucionales, y no del desentrañamiento del alcance y contenido de las normas constitucionales.
- d) La argumentación constitucional se utiliza tanto en el momento de la interpretación-aplicación judicial o administrativa de las normas *supra*, como también en los contextos de la producción jurídica y de la dogmática jurídica (disciplina que estudia el fenómeno jurídico de manera sistemática y deductiva).

En ese sentido, la dinámica jurídica radica en la solución de conflictos mediante la aplicación racional de las normas. Así, el derecho en la praxis implica argumentación.

Esta en su aspecto formal hace referencia al uso del lenguaje distinguible de los demás, por enfocarse en dar razones inspiradas en una postura, la que a su vez puede ser continente de otras formas lingüísticas (descripción, interrogación, etc.).

Esta en su material, invoca a la certeza, la veracidad, la aceptabilidad y a un mínimo de consenso como un todo integrado.

En su aplicación jurídica, lo procedimental denota como particulares elementos, lo *dialéctico* (lucha entre partes por intereses opuestos), lo *retórico* (elemento verbal del proceso) y lo *derivado* (los argumentos práctico-jurídicos no pueden quedar desvinculados de la norma que les sirve de sustento o de los principios del derecho que puedan inspirarlos).

El razonamiento jurídico descansa sobre premisas de índole normativa; de donde extrae su fortaleza sugestiva; y premisas de naturaleza extrasistemáticas, en donde los enunciados fácticos motivadores de la problemática jurídica, a la vez otorgan los condicionantes necesarios para la determinación de la normativa a usarse y las instituciones jurídicas a emplearse con el propósito de persuadir.

CAPÍTULO DÉCIMO

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

SUMARIO

1. LOS ALCANCES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. 1.1. Los presupuestos jurídicos de la jurisdicción constitucional. 1.2. La naturaleza de la jurisdicción constitucional. 1.3. Los ámbitos de la jurisdicción constitucional. 1.4. Los objetivos de la jurisdicción constitucional. 1.5. Los orígenes de la jurisdicción constitucional. 1.5.1. El caso Madison vs. Marbury. 2. LOS SISTEMAS O MODELOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD. 2.1. Los modelos originarios. 2.1.1. El control orgánico político o no jurisdiccional. 2.1.2. El control orgánico jurisdiccional. 2.1.2.1. El sistema americano o de jurisdicción difusa. 2.1.2.2. El sistema europeo o de jurisdicción concentrada. 2.1.3. Los modelos originarios y las variables de admisión, naturaleza del acto cuestionado y tiempo de impugnación. 2.2. Los modelos derivados. 2.2.1. El control orgánico mixto. 2.2.2. El control orgánico dual o paralelo. 2.2.3. Nuestra opinión en relación al caso peruano. 3. EL EXAMEN DE INCONSTITUCIONALIDAD. 3.1. El examen de inconstitucionalidad material o de fondo. 3.2. El examen de inconstitucionalidad procedimental o de forma. 3.3. El caso del examen de inconstitucionalidad indirecta. 3.4. El examen de inconstitucionalidad por omisión legislativa. 3.4.1. Los elementos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. 3.5. Los efectos del control constitucional. 3.6. La jurisdicción constitucional y los procesos constitucionales. 3.6.1. Los fines de los procesos constitucionales. 3.6.2. Los procesos para la defensa de los derechos fundamentales de la persona. 3.6.3. Los procesos para la defensa de la unidad, jerarquía y coherencia del orden jurídico nacional. 3.7. La jurisdicción constitucional y las tendencias interpretativas. 3.8. La jurisdicción constitucional y la denominada cuestión política. 3.8.1. La determinación de la existencia de las cuestiones políticas. 3.8.2. El contenido material de las cuestiones políticas. 4. LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA Y LA SUPREMACÍA NORMATIVA INTEGRACIONISTA. 4.1. La jurisdicción supranacional de alcance regional.

Dicha acepción alude al órgano o conjunto de órganos estatales encargados de administrar justicia vinculante, en materia consti-

tucional. Por ende, tiene la facultad de conocer, procesar y resolver los conflictos vinculados con la prelación jerárquica de las normas adscritas a un determinado ordenamiento; la amenaza o efectiva vulneración de un derecho fundamental; el conflicto de competencias o atribuciones entre dos o más órganos u organismos constitucionales; y la renuencia funcional a acatar el cumplimiento de una norma o acto administrativo.

La jurisdicción constitucional es aquella parte de nuestra disciplina que, teniendo como presupuestos la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico y la necesidad de someter el ejercicio de la fuerza estatal a la racionalidad del derecho, se ocupa de garantizar el pleno respeto de los principios, valores y normas establecidas en el texto fundamental.

Dicha jurisdicción deviene en el comisionado o vocero que deja el poder constituyente, a efectos que se encargue del cuidado y resguardo de la constitucionalidad. Para tal cometido, se le ha asignado la función de intérprete de su contenido, contralor de que la Constitución realmente exista como norma jurídica suprema y vinculante; amén de garantista de su despliegue y adaptación a los retos del tiempo.

Dentro de la jurisdicción constitucional es donde se ejerce la actividad del control constitucional. Por ende, viabiliza la utilización del conjunto de procesos que permiten asegurar la plena vigencia y respeto del orden constitucional; al cual se encuentra sometido toda la normatividad que emane de los poderes constituidos y la conducta funcional de sus apoderados políticos.

Así, el orden constitucional se ve garantizado en su realización y continuidad a través de la referida jurisdicción.

Dicha tutela –como advierte Pablo Lucas Murillo de la Cueva [“El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía popular”. En: *Ius et Praxis*, N° 14. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1989]– necesariamente revierte en la protección de los derechos fundamentales de la persona; más aún –como afirma el propio Murillo–, tal actividad contralora implica la culminación del *Estado de Derecho*, en la medida que constituye la máxima expresión del proceso de justificación y racionalización de la vida política.

Como señala Karl Loewenstein [*Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1984]:

“La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda, por el hombre político, de las limitaciones del poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo por establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a [...] la autoridad existente”.

La jurisdicción constitucional opera como un órgano o conjunto de órganos extra-poder encargada de defender la eficacia y efectividad del sistema constitucional. Para ello cuenta con una fuerza político-jurídica capaz de detener, revertir, enmendar, subsanar, inaplicar y hasta invalidar cualquier norma o acto generado por un operador estatal o un particular, contrario a un principio, valor o precepto contenido en el texto fundamental.

1.- LOS ALCANCES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La jurisdicción constitucional solo cobra sentido plenario en el seno del Estado Constitucional de Derecho, ya que este último tiene como objetivos verificar la consagración de la seguridad jurídica en la relación entre gobernantes y gobernados; el eliminar cualquier rastro de arbitrariedad en el funcionamiento del Estado; el asegurar el sometimiento de este a la Constitución y al orden jurídico derivado de esta; y el velar por la afirmación de los derechos de la persona.

[Ernesto Blume Fortini. *El control de la constitucionalidad: con especial referencia a Colombia y al Perú*. Lima: Ersa, 1996] expone que la jurisdicción constitucional defiende y preserva la constitucionalidad, entendida esta como el vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que esta diseña.

Al respecto, Víctor Ortecho Villena [*Jurisdicción y procesos constitucionales*. Lima: Rodhas, 2000] señala que “la constitucionalidad como expresión jurídica, política y social es la expresión de la supremacía de la Constitución”. En ese aspecto, la jurisdicción constitucional supone la imagen de un “guardián de la constitucionalidad”.

El control que se ofrece dentro de la jurisdicción constitucional implica asegurar la regularidad del ordenamiento jurídico, así como la tarea paulatina de su *integración* mediante la interpretación dinámica

de la Constitución; en este último rubro expresa la actividad de intérprete sumo de la constitucionalidad.

Esta labor interpretativa-integrativa de la constitucionalidad es vinculante para todos los poderes públicos y expone una acción creadora de efectos genéricos. Como bien señala Luis Sánchez Agesta [*Curso de derecho constitucional comparado*. Madrid: Universidad Complutense, 1980], la jurisdicción constitucional “representa la eficacia práctica frente a la inmutabilidad y la adaptación frente a la cristalización de una ley falsamente divinizada”.

Entre los fundamentos sobre los cuales se erige la noción de jurisdicción constitucional, tenemos los cuatro siguientes:

a) *La Constitución es un corpus normativo* que enuncia regulaciones preceptivas, principios y valores que la elevan a la condición de centro del ordenamiento jurídico-político-social de una colectividad y por donde transitan todos los aspectos medulares del derecho nacional. En ese contexto, como afirma Luis Carlos SÁCHICA [*El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. Bogotá: Temis, 1988], las normas constitucionales no derivan ni son consecuencia del desarrollo de otros preceptos superiores que pudieran orientar y/o condicionar su aplicación, sino que se trata de un conjunto de “normas de normas”.

La existencia de las normas constitucionales tiene una relación inmediata y directa con los hechos políticos, históricos y culturales determinantes de su tendencia, contenido y finalidades de su modo de ser preceptivo, los mismos que son condicionantes a su vez de todo el orden normativo nacional.

Walter F. Carnota [“La interpretación constitucional”. En: *Curso de derecho constitucional*. Tucumán: La Ley, 2001] señala que la Constitución es el referente de vida de todas las demás normas positivas; por ende “no es un mero catálogo de ilusiones (*wish list*) en donde se apilan y amontonan las aspiraciones sociales, sino que es fuente de legalidad; cuyos preceptos obligan de manera imperativa”.

Al colocarse a la Constitución en la cúspide o cima del ordenamiento jurídico se requiere y exige que las demás normas del sistema le deban fidelidad y acatamiento; de allí que estas últimas tengan que ser redactadas y aprobadas de manera consistente,

congruente y compatible con sus sentidos y alcances axiológicos, teleológicos, basales y preceptivos.

- b) *La Constitución tiene efectos vinculantes erga omnes*, ya que es de acatamiento obligatorio tanto por los gobernantes como por los gobernados.
- c) *La Constitución contiene –a través de los principios, valores y normas que declara– un proyecto de vida comunitaria*, que se debe asegurar en su proclamación y goce, teniendo los derechos fundamentales de la persona, en ese contexto, particular importancia.
- d) *La relación entre gobernantes y gobernados y todo el funcionamiento de la organización estatal se rige por la Constitución*. Esto es, la sociedad política “vive” bajo una Constitución; empero no debe olvidarse que la Constitución es aquello que sus intérpretes oficiales dicen que es.

Alrededor de la jurisdicción constitucional se entrelazan los sistemas o modelos encargados de la tarea de la salvaguarda de la constitucionalidad, y los procesos a través de los cuales se vela por la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona.

La existencia de la jurisdicción constitucional se justifica en razón de la necesidad de revisar la inquietante y creciente “voracidad” legislativa de los órganos estatales; por la necesidad de asegurar la vigorosa defensa de los derechos fundamentales como valladar frente al abuso y la arbitrariedad estatal; y por la necesidad de integrar las lagunas constitucionales.

1.1.- Los presupuestos jurídicos de la jurisdicción constitucional

Desde nuestro punto de vista los elementos esenciales para el establecimiento de la denominada jurisdicción constitucional serían los tres siguientes:

- a) La existencia de una Constitución morfológicamente rígida

Las constituciones rígidas son aquellas que formalmente solo pueden ser modificadas mediante un procedimiento especial de reforma. En ese sentido, como bien afirma James Bryce [*Constituciones rígidas y flexibles*. Madrid, 1952] la nota caracterizadora de un texto de esta denominación radica “en su superioridad sobre los estatutos ordinarios”.

En ese contexto, Néstor Pedro Sagüés [*Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1997] expone que la rigidez es la expresión denotadora para percibir a la Constitución como una superley.

- b) La existencia de un órgano de control de la constitucionalidad dotado de competencias resolutivas

Los órganos encargados de la defensa y control de la constitucionalidad deben encontrarse dotados de competencias que les permitan separar, anular o inaplicar la normatividad infraconstitucional contraria a los principios, valores y normas de la Constitución. Por consiguiente, no basta la mera indicación, sugerencia, opinión o advertencia; se requiere contar con el atributo de la vinculación obligatoria e inapelable de sus decisiones.

- c) La existencia de un conjunto de procesos y procedimientos que permitan orientar las demandas o solicitudes relativas a la defensa del control de la constitucionalidad; los mismos que deben concluir con resoluciones o sentencias en donde se utilicen las técnicas propias del derecho

En ese sentido, se deben determinar los tipos de acciones, reglas de organización judicial, marco competencial, trámite de los procesos y ejecución de las decisiones relativas al órgano contralor. Asimismo, deben precisarse los instrumentos procesales que permitan realizar a plenitud dicha tarea.

Las decisiones que se adopten deben responder al conjunto de rubros vinculados con el quehacer jurídico (léxico, forma de razonamiento, tipo de interpretación, aplicación e integración normativa, etc.).

1.2.- La naturaleza de la jurisdicción constitucional

Los órganos encargados del control de la constitucionalidad tienen una naturaleza funcional binaria; vale decir, constan de dos elementos: el jurídico y el político.

Al respecto, Fernando Serrano Migallon [“Jurisdicción constitucional política”. En: *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Lima: Grijley, 2009] señala que estos están dotados de fuerza política y funciones jurídico-arbitrales de custodia y garantía.

La protección de la Constitución se viabiliza en muchas oportuni-

dades a través de procedimientos y técnicas jurídicas pero con contenidos y proyección sustancialmente política.

El primer elemento es jurídico en la medida en que dirimen conflictos y controversias vinculadas con las conductas institucionales o personales sujetas a un orden coactivo, mediante decisiones que adquieren la autoridad de cosa juzgada y que son factibles de ejecución.

Para tal efecto, tiene como referente inexorable toda la dogmática emergente de la ciencia jurídica.

Este componente jurídico aparece cuando a petición de un justiciable, se busca a través de un proceso el esclarecer la verdad de los hechos que afectan el orden constitucional, haciendo prevalecer mediante una sentencia la Constitución y las demás normas del bloque de constitucionalidad.

Así, aparecen las competencias de decisión en donde se declara judicialmente la resolución de un conflicto; la competencia de ejecución que permite al ente exigir que se cumplan sus mandatos dentro de los límites por él señalados; la coerción que implica constreñir la voluntad ajena o apremiar a través del poder de policía; y la de documentación que tiene sustento en la necesidad de acreditar de manera fehaciente la realización de los actos jurisdiccionales; así como en la de fijar indubitablemente en el tiempo, el modo y estilo como se desarrollará dicha actividad procesal.

En suma, la actividad jurisdiccional permite o impele a exigir a una persona jurídica o natural, el cumplimiento de una determinada conducta jurídica.

El segundo elemento es político en la medida que ejercitan dos de las funciones de gobierno: la contralora y la gubernativa.

Así, mediante la *función contralora* devienen como bien plantea Alfonso Santiago (h) ["Los modelos institucionales de la Corte Suprema". En: *Función política de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Aboco, 2000] en una suerte de "contrapoder" en tanto cautelan que las actividades legislativas y las conductas de direccionalidad política sean compatibles y armoniosas con la Constitución; la que como tal deviene simultáneamente en el proyecto de vida comunitaria pactado por el pueblo, en el estatuto de poder de las relaciones entre gobernantes y gobernados, en la póliza de salvaguardarla de los derechos fundamentales de la persona y en la base y fundamento del orden político-jurídico.

Al respecto, Eduardo Ojeriza [Citado por Alfonso Santiago (h). ob. cit.] señala que “la atribución de declarar la inconstitucionalidad del accionar de los poderes determina que [...] participen en el terreno de la política de Estado al constituirse en la pieza de control más importante del sistema constitucional”.

En ese sentido, el elemento político aparece como expresión del aseguramiento de los límites al ejercicio del poder. Así, se garantiza la preeminencia de los valores e ideas constitucionales previstas acerca del Estado y el Gobierno sobre aquellas decisiones políticas manifestadas en la dación de una ley o en una acción extraña a las competencias asignadas.

Igualmente, ejecutan incidentalmente una *función gubernativa* en la medida que algunas de sus decisiones determinan el trazado de específicas políticas globales e incentivan la ejecución de acciones concretas destinadas a su verificación en la praxis política.

El elemento político aparece nítidamente en lo que Alfonso Santiago (h) denomina fallos institucionales.

En ese sentido, dichos fallos expresan decisiones trascendentes y relevantes para el cuerpo político, y en donde lo que se determina excede con largueza el mero interés de las partes y que, por ende, se proyecta no solo hacia el presente inmediato, sino que se extiende hacia el futuro comprometido de todos los integrantes de la colectividad.

Los órganos encargados del control de la constitucionalidad mediante los fallos institucionales ejercitan un poder político, en razón a que participan decisivamente en la conducción general de la marcha del Estado, ya que en los hechos delinear, esbozan, e indican el rumbo de las políticas generales y hasta orientan a la adopción de medidas políticas, sociales o económicas concretas en un espacio y un tiempo determinado.

Manuel Medina Guerrero [*Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid, 2001] expone que “desde el momento en que el Tribunal Constitucional está llamado a garantizar la efectiva vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos [...] consiguientemente a de pronunciarse sobre la actuación del Parlamento y el Gobierno, se hace evidente, que a menudo, presentan una notable carga política las controversias que se le plantean, y que, paralela-

mente, sus decisiones puedan [...] tener repercusiones de tal índole”.

Emilio Fernández Vázquez [*Diccionario de derecho público*. Buenos Aires: Astrea, 1981] señala que la *función gubernativa* no solo comprende la manifestación de actos políticos, sino que se expresa también en la ejecución directa de una norma constitucional para la seguridad y el orden del Estado. Expone que se trata de “una actividad de orden superior referida a la dirección suprema y general del Estado, dirigida a determinar los fines de la acción del Estado, a señalar las directivas para las otras actividades de orden diverso y a coordinar el ejercicio de otras funciones, buscando la unidad de orientación que corresponde a la fundamental unidad de la soberanía estatal”.

La función política de los órganos encargados del control de la constitucionalidad queda patentizada, en su esfuerzo para preservar el orden constitucional y los derechos y las libertades ciudadanas. En ese contexto opera como un poder moderador y corrector de los excesos o incurias funcionales de los poderes constituidos.

Es evidente que tras la actuación de los órganos encargados de la jurisdicción constitucional en pro del afianzamiento de los mandatos, valores y principios constitucionales, estos por sí mismos despliegan una función política al “encauzarse” la forma y modo de actuación de los poderes públicos y la conciencia ciudadana.

En ese contexto aparecen la *potestatum correctionem* y la *potestatum moderaru* que se dirigen de un lado a corregir, enmendar y rectificar lo defectuoso derivado de la acción política de los poderes constituidos y también a moderar, reducir o hacer que estos actúen en su justa medida establecida por la Constitución.

El elemento político surge en las circunstancias siguientes:

- Al declararse fundada una acción de inconstitucionalidad se abroga una ley o una norma con rango de ley, por consiguiente, los magistrados constitucionales aparecen como legisladores negativos. Alfonso Santiago (h) [ob. cit.] señala que los órganos de control de la constitucionalidad “ejercen poder político ya que hacen prevalecer su decisión sobre lo dispuesto por el Poder Ejecutivo o Legislativo” [...] Asimismo, declara que la imposición “frente a los otros detentadores del poder, es en realidad una decisión política”. El propio Karl Loewenstein [ob. cit.] expresa que cuando los órganos de control jurisdiccional ejercen dicha

actividad “dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en detentadores de un poder semejante, cuando no superior, a los de otros detentadores del poder instituido”.

- Al declararse fundada una acción de inconstitucionalidad por ocio legislativo, por consiguiente, puede ordenarse –entre otras opciones– la expedición inmediata de una ley reglamentaria de la Constitución.
- Al plantearse un caso de conflicto de competencia, se resuelve la discrepancia de orden competencial entre dos órganos u organismos constitucionales, a efectos que se determine la titularidad de las mismas, así como se anulen las disposiciones, resoluciones u actos viciados de incompetencia. En consecuencia, el pronunciamiento sobre la titularidad de una competencia y la carencia de legitimidad de una determinada decisión emitida con vicio de poder de actuación de por medio, rebasa lo meramente jurídico y alcanza los fueros de una función política.
- Al emitirse una sentencia con una interpretación desde la Constitución, en donde se vela que la legislación infraconstitucional guarde coherencia y armonía con el plexo fundamental. Al respecto, Marina Gascón Abellán [“Justicia constitucional: la invasión del ámbito político”. En: *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Lima: Grijley, 2009] señala que ello “da pie a una actuación cuasi legislativa o legislativa a secas en nombre de la justicia constitucional”. Esto se produce por la existencia de múltiples normas constitucionales; las cuales han sido redactadas con cláusulas abiertas y principios materiales de justicia, cuya interpretación deviene en inevitablemente discrecional.
- Al emitirse una sentencia interpretativa manipulativa, una ley impugnada de inconstitucionalidad “sale” del proceso constitucional con un alcance y un contenido normativo diferente al que originalmente la había asignado el órgano legisferente; por ende, los magistrados constitucionales ejercitan una actividad paralegislativa.
- Al resolverse una controversia o conflicto de naturaleza constitucional, la decisión surge luego de una predeterminación de las consecuencias políticas, sociales y económicas que estas ocasio-

nan sobre la actividad del Estado y sobre la vida cotidiana de los ciudadanos.

Es incuestionable que el fenómeno de lo político no solo se presenta en el ámbito de la decisión sino que abarca el referido a la reflexión. Así Otto Bachof [“Nuevas reflexiones sobre lo jurisdiccional entre el derecho y la política”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 1986] señala:

“Considero indudable también, según mi propia experiencia como juez constitucional, que las reglas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas [...]. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la aplicación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez [...].”

En efecto, la interpretación constitucional tiene la responsabilidad de afirmar los principios y valores contenidos en la Constitución; vale decir, que, debe contribuir decididamente a asentar la ideología, la doctrina y el programa político inserto en dicho texto.

La función política de los órganos encargados del control de la constitucionalidad se liga con los orígenes mismos de la institucionalización de la jurisdicción constitucional.

Al respecto, Alberto Spota [“Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia en los Estados Unidos”. En: *Función política de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abaco, 2000] señala que tras la decisión del juez John Marshall en el caso *Madison vs. Marbury* aparece que la Constitución de los Estados Unidos (1787) estableció mediante los artículos III y VI, la concepción de un Poder Judicial (órgano encargado del control de la constitucionalidad) como poder administrador de justicia y simultáneamente como un ente con funciones políticas.

En ese contexto, Alberto Spota señala que “lo esencial es que lo judicial no solo es capacidad para administrar justicia, sino fundamentalmente poder político para compeler al cumplimiento de la distribución de competencias entre el Estado federal y los estados miembros”.

Dicha concepción apareció en el contexto de la fallida experiencia confederacional (1776-1787) en donde los estados miembros atentaron contra la unidad del conjunto, como consecuencia de los conflic-

tos de competencia entre el órgano confederal y el derecho de nulificación de los cuerpos políticos miembros. Es por ello que surgió la necesidad de arbitrar dicha problemática política.

A través de esta función política asignada al Poder Judicial se proyectaba evitar la desintegración nacional, a consecuencia, de los conflictos de determinación de competencias nacionales y locales.

Más aún, con la posterior aprobación de la *Judiciary Act* en 1789 se estableció el mecanismo del recurso extraordinario, que no tuvo esencialmente el objeto de dirimir un conflicto entre partes en pugna, sino fundamentalmente obligar al respeto de la distribución de competencias entre la instancia federal y las instancias locales, para así consolidar la identidad del Estado federal.

La singular naturaleza de los órganos encargados del control constitucional se resume en las afirmaciones del Presidente norteamericano Theodore Roosevelt (p.1901-1908) cuando en 1902 señaló lo siguiente:

“Los jueces de la Suprema Corte del país, deben ser no solo grandes juriconsultos, sino deben ser también grandes y constructivos estadistas”.

1.3.- Los ámbitos de la jurisdicción constitucional

A nuestro criterio cabe distinguir los espacios de actuación de la jurisdicción constitucional. Ellos serían los tres siguientes:

- a) El ámbito o espacio orgánico en donde se cautela que la actividad legislativa de los órganos con funciones legisferantes sea armónica y coherente con la Constitución.
- b) El ámbito o espacio personalista en donde se cautela que las conductas funcionales o ciudadanas sean armónicas y coherentes con la parte dogmática y principista de la Constitución; vale decir, resguarda la libertad y demás derechos fundamentales.
- c) El ámbito o espacio competencial de los distintos órganos estatales, en donde se cautela que las tareas asignadas por la Constitución a un órgano del cuerpo político no sean “invadidas” por entes no legitimados o “abandonadas” por su legítimo titular.

1.4.- Los objetivos de la jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional se orienta a afirmar el principio de

“soberanía” constitucional, la racionalización del ejercicio del poder, la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y la acción interpretativa e integradora de la Constitución.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La afirmación del principio de “soberanía” constitucional

Alude a las cualidades o propiedades centrales de la Constitución en lo relativo a su incontrastabilidad, incondicionalidad, irrenunciabilidad e imperio sobre los poderes constituidos al interior del Estado.

En ese sentido es notorio que frente a los mandatos de la Constitución no cabe oposición, resistencia u obstáculo que impida su verificación práctica; los cuales no pueden ser objeto de transferencia, cesión o delegación por parte de los obligados ante ella; amén de superponerse en su juridicidad y valor político sobre cualquier acto o norma emanada de los poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Es de verse que el orden jurídico y político del Estado, se encuentra estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga simétrica y homológamente a gobernantes y gobernados.

En función a los alcances de la “soberanía” de la que la Constitución es portadora, esta se impone dentro de una comunidad política en dos aspectos:

En el primero, la Constitución aparece en el ápice de la pirámide jurídica de un Estado, constituyéndose, por lo tanto, en la fuente y fundamento de todas las demás normas restantes imperantes dentro del Estado; no admitiéndose formal o sustancialmente contradicción alguna.

En el segundo, la Constitución aparece en el ápice del orden político al constituirse en la fuente de legitimación del poder político, ya que como bien afirma José Rivera S. [“Recurso de inconstitucionalidad en Bolivia”. En: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002] esta “tiene implícita toda una filosofía que sirve de orientación no solo a los gobernantes sino también a los gobernados”.

La “soberanía” de la Constitución resulta del hecho que esta es la

que establece y organiza las competencias de los órganos dotados con poderes políticos, por lo que es superior a las autoridades que se encuentran investidas con las competencias de la naturaleza descrita.

Tras el principio de “soberanía” de la Constitución aparece que la actuación de los órganos políticos y la conducta de los gobernantes y gobernados debe necesariamente operar dentro del cauce constitucional.

En ese contexto, se acredita dicha “soberanía” por cuanto:

- Las normas dictadas por los órganos políticos que sean contrarias al texto o el espíritu de la Constitución, serán consideradas nulas y desprovistas de valor jurídico.
- Los actos realizados por los órganos políticos que sean contrarios al texto o el espíritu de la Constitución, serán declarados nulos y sin efecto legal alguno.
- Las delegaciones o comisiones de competencias privativas de los órganos políticos, serán declaradas nulas y sin efecto legal alguno.
- El incumplimiento de aquellas normas y disposiciones emanadas de los órganos políticos que hubieren acreditado armonía y coherencia con la Constitución, será objeto de sanción política, judicial o administrativa, según sea el caso.

Es dable consignar que del principio de “soberanía” constitucional se desprenden las reglas de supremacía jerárquica y de control de la constitucionalidad.

La regla de supremacía jerárquica de la Constitución hace referencia a la prelación de la Constitución sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado.

Al respecto, cabe señalar que Hans Kelsen expuso en su obra *Introducción a la teoría pura del derecho* (1934) que el ordenamiento jurídico de una sociedad política deviene en un sistema de normas dispuestas jerárquicamente entre sí; de modo tal, que, traducido a una imagen visual, se asemeja a una pirámide formada por varios pisos superpuestos; postulando así una prelación normativa con arreglo a la cual las normas se diversifican en una pluralidad de categorías escalonadas según su rango jerárquico. Esta estructuración jerárquica se basa en un escalonamiento sucesivo tanto en la producción como

en la aplicación de las normas jurídicas.

Tal como lo plantea la doctrina, en el ordenamiento constitucional de un Estado debe acreditarse una actividad legisferante sujeta a la regularidad constitucional; vale decir, debe existir una relación de correspondencia y conformidad entre los grados inferiores y superiores de dicho ordenamiento.

Como afirma Francisco Fernández Segado [“La jurisdicción constitucional en la actualidad”. En: *Ius et Praxis*, N° 16. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1990] la pirámide jurídica, “implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización de conformidad con lo cual una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello a su vez conlleva a que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizadora, en cuya cúspide obviamente, se sitúa la Constitución”.

Charles Eisenman [Citado por Segundo Linares Quintana. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1976] señala que “la Constitución constituye el grado supremo o desde el punto de vista dinámico, [...] nada le es superior, porque no hay nada que le sea lógicamente anterior”. Las normas constitucionales bien sabemos, no están ni pueden estar limitadas.

En ese orden de ideas las normas constitucionales poseen supremacía jerárquica sobre cualesquiera otras del sistema, por lo que cuando estas se le oponen formal o materialmente, se preferirá aplicar las primeras. Como anota Manuel García Pelayo [“Estado legal y Estado constitucional de derecho”. En: *Lecturas de temas constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988]:

“Todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa, o indirecta con la Constitución”.

La regla de control de la constitucionalidad hace referencia a la existencia de acciones procesales concretas destinadas a asegurar la vigencia plena de la Constitución. En ese sentido, consigna la necesidad de la existencia de mecanismos de resolución de los conflictos políticos, sociales o jurídicos que se manifiestan ya sea como actos normativos propiamente dichos; como relaciones intersubjetivas sujetas al derecho constitucional; o como comportamientos político-jurídicos que constituyen amenazas de violación a la Constitución.

b) La racionalización del ejercicio del poder

Con ello se busca organizar la sujeción del ejercicio del poder público al control del derecho, así como armonizarlo con los fines y valores que este busca alcanzar en el plano de la sociedad.

Como bien afirmara James Madison [Alexander Hamilton y otros. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974]:

“Si los hombres fueran ángeles; no sería necesario el gobierno. Si ángeles fueran a gobernar a los hombres no sería necesario ningún control interno o externo sobre el gobierno. En la organización de un gobierno administrado por hombres sobre otros hombres [...] lo primero que se debe hacer es permitir al gobierno que controle a los gobernados; y luego obligarlo a controlarse así mismo”.

Es por ello que se crea un conjunto de órganos y mecanismos procesales vinculados con la tarea de examinar integralmente la constitucionalidad de las normas que se dictan en el seno de una colectividad política, y que además permiten resolver los conflictos de competencia que pudieran presentarse entre los órganos con poder estatal y los demás organismos constitucionales.

El Tribunal Constitucional en el caso Diodoro Gonzáles Ríos (Expediente N° 2409-2002-AA/TC) ha señalado que la jurisdicción constitucional “verifica que los actos de los operadores del Estado sean conformes a las asignaciones competenciales establecidas en la Constitución”. Por ende, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional y evitar cualquier forma de abuso y arbitrariedad.

c) La vigencia plena de los derechos fundamentales

Con ello se busca asegurar el respeto y protección de los derechos básicos de la persona humana.

Como bien afirma Giancarlo Rolla [“El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo”. En: *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002], “la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales de la persona garantizados por las cartas constitucionales: por lo tanto, constitucionalismo y justicia constitucional

constituyen hoy un binomio indivisible”.

En ese contexto, es claro que adicionalmente a su rol de cautelador de la defensa de los derechos fundamentales de la persona, también actúa en pro de la difusión, generalización e implementación de los mismos.

La acción cívica y didáctica sobre esta materia es incuestionable; consiguiéndose así no solo el goce pleno de dichos derechos; sino también información general y fomento de una cultura ciudadana en pro de su respeto y promoción. Sobre lo expuesto, Giancarlo Rolla [ob. cit.] consigna que dicha jurisdicción contribuye “de forma determinante al reforzamiento de la conciencia social, en lo que respecta a la importancia esencial de los derechos de cara a la existencia del Estado democrático de derecho”.

d) La afirmación de la acción interpretativa e integradora de la Constitución

Con ello se busca afirmar los valores y principios contenidos en el *corpus* constitucional, así como asegurar su correspondencia con la realidad, amén de preservar su vocación de presencia permanente.

Mediante la acción interpretativa se determinan o asignan los sentidos y alcances de las normas constitucionales, en relación con un suceso o conjunto de sucesos frente a los cuales pueden o deben ser aplicados. En ese contexto, la interpretación constitucional se consagra cuando al percibir *in totum* los elementos que integran la norma objeto de determinación, se elige aquella facultad o deber comprendido en ella, que se adecua a los fines y valores que cimientan el *corpus* constitucional.

Al respecto, tal como lo señalara en 1907, el magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Charles Evans Hughes [Citado por Segundo Linares Quintana. ob. cit.]:

“Nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

Mediante la acción integradora se suplen las omisiones o defectos en que pudiere haber incurrido la Constitución. Así. ante la existencia de una laguna normativa se “crea” o “recrea lógicamente” a favor del ordenamiento constitucional, una disposición jurisprudencial que

permita asegurar la “vivencia” de los principios y valores del texto fundamental del Estado.

En atención a lo expuesto, la jurisdicción constitucional cumple las funciones siguientes:

a) Función de valoración

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional examina, estima y aprecia la relación de concordancia o discordancia existente entre lo preceptuado en una ley o norma con rango de ley en relación a los principios, valores y normas que con carácter supraordinante se encuentran consignados en la Constitución.

Dicho proceso se lleva a cabo en razón a la incertidumbre que genera la norma objeto de valoración acerca de su compatibilidad y subordinación al texto constitucional.

b) Función de pacificación

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional –luego de efectuada la acción de valoración– determina la expulsión u otorga certificación de concordancia de la norma que generaba incertidumbre en cuanto a su validez constitucional.

En cualquiera de las hipótesis descritas la jurisdicción apacigua, aplaca o acaba con todo atisbo de inseguridad, duda, recelo o sospecha acerca del carácter supraordinado de una ley o norma con rango de ley respecto al corpus constitucional.

c) Función de ordenación

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional ya sea mediante la interpretación acerca del alcance y sentido de los principios, valores y normas contenidas en la Constitución, o por los efectos vinculantes de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley determina la sujeción del Estado y de los particulares en relación a dichas decisiones. Es decir, conlleva la obligación de uniformizar los actos de interpretación y aplicación normativa de conformidad con lo resuelto por el órgano contralor de la constitucionalidad.

La ordenación implica establecer una decisión con efecto vinculante sobre los aplicadores del derecho. Más aún las con-

secuencias de lo dispuesto alcanza tanto al Estado como a los particulares.

d) Función de estabilización

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional genera que no se produzca una escisión entre la norma constitucional y la realidad. Esta actividad a través de las sentencias interpretativas, permite que permanentemente se rejuvenezcan los principios y valores constitucionales.

Así, asentado sobre la moderación y equilibrio entre el “entumecimiento” y la “progresión” de los significados constitucionales, se promueve una razonable adecuación del sentido de la Constitución a las necesidades sociales de la comunidad, en un espacio-tiempo preciso y determinado.

e) Función de colaboración

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional sugiere, plantea o propone la adopción futura de prácticas funcionales o decisiones normativas con el propósito de optimizar el cabal y pleno funcionamiento del sistema constitucional.

1.5.- Los orígenes de la jurisdicción constitucional

El concepto de jurisdicción constitucional tiene antecedentes en la experiencia inglesa de los siglos XIII al XIX y en las experiencias francesa y norteamericana de los siglos XVIII al XX.

Al respecto, cabe recordar la posición asumida en Inglaterra por el juez lord Edward Coke en el célebre caso *Bonham vs. Henry Atkins, George Turner, Thomas Mounford* y otros (1610). Así, en 1606, Thomas Bonham, médico ejerciente en la ciudad de Londres, fue requerido por el Real Colegio de Medicina a un examen de conocimientos. Efectuada la evaluación, fue declarado incompetente indefinidamente –en tanto no fuese considerado técnicamente apto– para la práctica médica, amén de ser multado con cien chelines por ejercer sin la respectiva licencia. En acto de resistencia, el doctor Bonham –quien había obtenido su título de medicina en la Universidad de Cambridge– no solo incumplió con pagar la multa impuesta, sino que además continuó ejerciendo la profesión en Londres; acción por la cual fue confinado por desacato, en una prisión por el lapso de siete días por

orden del citado colegio.

Al respecto, es dable señalar que en 1518, durante el reinado de Enrique VIII (r. 1509-1547), se creó el Real Colegio de Medicina y se le otorgó a este las Cartas Patentes de la Corporación.

Dichas cartas señalaban que el ejercicio de la profesión médica en la ciudad de Londres o sus suburbios quedaba a criterio de dicha institución; amén de encargarle facultades propias del poder de policía en lo relativo a la vigilancia, investigación, corrección y decisión sobre la materia.

Asimismo, mediante una acta expedida por el Parlamento conocida como la Ley 14 de Enrique VIII (1540) se le confirió facultades punitivas como la determinación de multas (cuyos montos se compartían con la Corona) y detenciones en los casos de desconocimiento de sus competencias profesionales.

Apelando a las reglas del *common law*, Thomas Bonham acudió ante la Corte de Juicios Ordinarios presidida por Edward Coke, solicitando auxilio jurídico por considerar que en su caso se había producido una indebida detención.

Dicho magistrado elaboró una resolución judicial en donde a modo de proemio repitió los argumentos jurídicos expuestos en el caso Fuller (1607-1608) cuando el rey Jacobo I intentó resolver personalmente un conflicto de competencia que había surgido entre la jurisdicción eclesiástica y la del *common law*.

Así, el 13 de noviembre de 1608, este se había enfrentado a todos los jueces ingleses señalando que eran meros delegados suyos; y que, por ende, podía avocarse a cualquier caso que escogiere e incluso tenía potestad para retirarlo de la jurisdicción de los tribunales y decidirlo personalmente. El monarca estimaba que los jueces eran simples “sombras y ministros [...] y puede, si le place, presidir y juzgar en Westminster Hall, poniendo en tela de juicio sus sentencias [...]”.

La respuesta final de Coke a las argumentaciones del rey consistió en señalar que [E.L. Woodward. *La historia de Inglaterra*. Madrid: Alianza Editorial, 1996]:

“Es verdad que Dios ha dotado a su majestad de excelente ciencia y grandes dotes naturales, pero su majestad no es docto en las leyes de su reino, y los juicios que conciernen a la vida, a la herencia, a los bienes, o a las fortunas de sus súbditos, no deben decidirse por la razón natu-

ral, sino por la razón y juicios artificiales del derecho, el cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes de que un hombre pueda llegar a dominarlo; el derecho es la vara de oro de la virtud y la medida para sentenciar las causas de sus súbditos [...]".

La historia registra que ante la supina molestia del monarca, quien exigía se le respondiese si él quedaba sometido al derecho, Coke inclinando todo el cuerpo ante el monarca –en su afán de suavizar el grave momento– contestó: "El rey no debe estar sujeto a los hombres sino solamente a la ley de Dios".

En relación a las peculiaridades del caso presentado por Thomas Bonham, Coke fijaría en su sentencia lo siguiente:

"Y se desprende de nuestros libros que en muchos casos, el common law controla a las Leyes del Parlamento y en ocasiones debe juzgarlas como inválidas: pues cuando una Ley del Parlamento está contra el derecho y la razón tradicionales, o es repugnante o imposible de ser aplicada, el common law debe controlarlo y juzgar a dicha ley como inválida [...]".

Al respecto, debe advertirse que dicha argumentación significaba cambiar la interpretación judicial expuesta en el caso del cirujano Roger Jenkins (1596); el cual fue hallado culpable de ejercer la medicina sin licencia. La judicatura convalidó la multa impuesta y el cese de actividad.

En el fallo elaborado por Coke se declaró fundada la petición de Bonam; para tal efecto, contó con la adhesión de los magistrados Warburton y Daniel; el voto en minoría fue suscrito por Walmesley.

En el fondo del asunto se aprecia que la actitud de Coke se inspiró en la necesidad de establecer un control de legitimidad de una ley por ser contraria a los principios del *common law*; vale decir, intentó establecer la supremacía de este último sobre los actos del poder estatal.

Sobre la materia, cabe señalar que Coke sostuvo que no era admisible que el Real Colegio de Medicina actuase en propia causa como una suerte de Corte, asumiendo simultáneamente las veces de demandante, fiscal y juez; amén que el referido ente terminaba beneficiándose con parte del pago de la multa que devenía en recurso propio.

Así, en dicha histórica sentencia se consignó lo siguiente:

"La causa por la cual imponen una multa o detienen debe ser determinada

y susceptible de ser impugnada; ya que aunque tengan las Cartas Patentes y una Ley del Parlamento, como la parte agraviada no cuenta con otro recurso, ni la acción (writ) de error o algún otro, y como ellos no pueden dictar sentencia porque no son jueces, a pesar de haber una autoridad para hacerlo, la causa de su consignación es susceptible de ser impugnada mediante una acción de falsa o indebida actuación contra ellos [...]".

En resumen, Coke estableció que Bonham podía ser multado por el Real Colegio de Medicina por práctica ilícita, más en modo alguno –aun cuando lo permitiese la ley– ordenar encarcelarlo por ello; habida cuenta que según el *common law* no admitía que una persona pudiese ser simultáneamente juez y parte al mismo tiempo.

Cabe señalar que pese al disgusto que ocasionó su decisión a Jacobo I, el juez consiguió ser promovido en 1613 a la condición de magistrado del Supremo Tribunal de Inglaterra. Lamentablemente, tiempo después a instancias del propio rey fue destituido.

La historia registra que Thomas Bonham tras la expedición de la sentencia se trasladó a Oxford para ejercer su profesión.

En el período de la augusta Revolución Francesa apareció la concepción teórica del Jurado o Magistratura Constitucional, cuya elaboración correspondió al abate Emmanuel Sieyès. Este propuso la selección de un grupo de representantes, encargados de vigilar que los actos del órgano legislativo se ajustasen a la Constitución (puede concebirse como el origen propiamente dicho de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes).

Sieyès precisó su concepción en las llamadas "Opiniones" que presentó a la Convención (ente parlamentario de la Revolución Francesa), al señalar que para resguardar a una Constitución rígida se requería necesariamente de un jurado de ciento ocho miembros a efectos de poder denunciar los actos y leyes que le fuesen contrarios.

Textualmente, Sieyès expuso lo siguiente [Citado por Edgar Carpio Marcos. "Un antecedente del Tribunal Constitucional. El juez constitucional. Una lectura heterodoxa de Sieyès". En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima, octubre 1999]:

"Una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada sí en un cuerpo de leyes obligatorias, no se pregunta ¿Quién es su guardián, donde estará la magistratura de este código? Es necesario ofrecer una respuesta.

(...)

Si queréis dar una salvaguarda a la Constitución, un freno saludable que mantenga a cada acción representativa dentro de los límites de su procuración especial, entonces estableced un Jurado Constitucional [...]. Pido, pues, un verdadero cuerpo de representantes que tenga la misión especial de juzgar las reclamaciones que se puedan hacer contra todo atentado cometido contra la Constitución”.

La composición de dicho ente debía renovarse anualmente por tercios, en las mismas fechas que el cuerpo legislativo. La elección de dicho tercio (treinta y seis representantes) la llevaría a cabo el propio Jurado Constitucional de entre doscientos cincuenta miembros que, en la misma época actual, deberían salir de las cámaras legislativas.

La conformación primicial del referido Jurado la llevaría a cabo la Convención mediante escrutinio secreto.

La propuesta de Sieyès fue rechazada con dureza durante los debates de la elaboración de la Constitución de 1795. De alguna manera la propuesta será retomada en la Constitución de 1799, a través de la creación del Senado Conservador.

Finalmente, cabe referir el caso de la instauración del concepto de la *Judicial Review* en los Estados Unidos. Al respecto, cabe señalar que dicha noción no fue explícitamente recogida por la Constitución norteamericana de 1787; sino que surgió como expresión de un largo proceso de “concienciación” por la vía jurisprudencial, el mismo que se gestó con anterioridad al texto fundamental anotado (queda claro, para la doctrina, que entre 1776 y 1787 se consolida el principio según el cual existe una supremacía normativa).

Según plantea Francisco Fernández Segado [ob. cit.], la proclividad norteamericana hacia la *Judicial Review* se encuentra en la concepción política que subyace en la Declaración de Independencia de fecha 4 de julio de 1776. Esta declaración –invocada por Fernández Segado como “ratio” para la adhesión norteamericana a la *Judicial Review*– contiene en uno de sus párrafos lo siguiente:

“Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consenti-

miento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad [...]”.

Ahora bien, en la jurisprudencia norteamericana anterior a la constitución del Estado federal, podemos citar los tres antecedentes siguientes:

- En 1776, en el Estado de Rhode Island, la Corte Suprema se negó a aplicar una ley local que no preveía el juicio por jurado en casos criminales, por considerar que esta era contraria a los principios de la Constitución de dicho Estado.
- En 1782, el Tribunal de Apelaciones del Estado de Virginia, en el caso Commonwealth vs. Caton, declaró la inconstitucionalidad de una ley local que anuló la facultad de otorgar indultos al órgano Ejecutivo; la misma que había sido conferida por la Constitución de dicho Estado. El mismo principio fue reafirmado por el Tribunal Superior de Nueva York en el caso Rutgers vs. Waddington.
- En 1786, en el Estado de Carolina del Norte, en el caso Bayard vs. Singleton, la Corte Suprema del Estado se negó a aplicar una ley que suprimía el juicio por jurado.

Con posterioridad a la Convención de Filadelfia en 1787, Alexander Hamilton [ob. cit.], en una saga de artículos escritos en *El Federalista*, plantearía argumentos como los siguientes:

“No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que el amo”.

Como bien señala Francisco Fernández Segado [ob. cit.]:

“En lógica conexión con las consideraciones precedentes, Hamilton atribuirá a los tribunales la trascendental función de interpretar las leyes, prefiriendo la Constitución en el supuesto de que se produzca una discrepancia entre esta y cualquier ley ordinaria”.

Así, pues, Alexander Hamilton [ob. cit.] consignó lo siguiente:

“La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier otra ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior. En otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intervención del pueblo a la intervención de sus mandatarios”.

Finalmente, en 1803, la Suprema Corte de los Estados Unidos, a través de la resolución del célebre caso *Marbury vs. Madison*, delineó en definitiva la doctrina de la *supremacía de la Constitución*, vía su instrumentalización a través de la declaración judicial de constitucionalidad, amén de concebir el papel de la judicatura como intérprete del *corpus* constitucional. En razón de la importancia de dicho caso y del rol asumido por el Presidente de la Suprema Corte norteamericana, John Marshall, procederemos a continuación a resumir lo suscitado en torno a aquel proceso.

1.5.1.- El caso *Madison vs. Marbury*

Dicho proceso judicial se generó en el contexto de un abierto conflicto político entre federalistas y demócratas republicanos; vale decir entre los republicanos y los demócratas de hogaño.

Es del caso señalar que en los estertores de su gobierno, el Presidente de los Estados Unidos John Adams, reubicó en enero de 1801 a su secretario de Estado John Marshall como nuevo Presidente de la Corte Suprema. Asimismo consiguió que un Congreso adicto aprobase en febrero de 1801 dos leyes: la primera denominada Ley de las Cortes de Circuito (*Circuit Court Act*), que creaba dieciséis judicaturas federales de circuito y la segunda rotulada como Ley Orgánica del Distrito de Columbia (*Organic Act of the District of Columbia*) que establecía cuarenta y dos juzgados de paz para dicho distrito. Todo ello con el objeto de colocar a conspicuos partidarios que habrían de defenderlo políticamente de la incertidumbre generada por la derrota de su organización en los comicios presidenciales.

En aplicación de dicha ley, el propio Congreso procedió al nom-

bramamiento de los titulares de los nuevos juzgados.

El Presidente Adams firmó las resoluciones de nombramiento y Marshall en su primigenia condición de secretario de Estado, selló las órdenes de nombramiento a favor de los flamantes titulares de dichos cargos, el mismo día en que expiraba el mandato presidencial.

John Marshall ferviente partidario federalista; tras un “*nombramiento de medianoche*” había asumido el cargo Presidente de la Corte Suprema; empero, había continuado despachando como Secretario de Estado hasta el relevo presidencial a cargo de Thomas Jefferson.

A lo expuesto, debe agregarse que por un error administrativo cometido por un dependiente y hermano de Marshall no se llegó a despachar las resoluciones de William Marbury, Dennis Ramsey, Robert Townsend y William Harper.

En ese contexto, el flamante Presidente Thomas Jefferson ordenó a su secretario de Estado James Madison, detener la remisión de las resoluciones de nombramiento pendientes de entrega; en tanto que, el renovado Congreso con mayoría demócrata-republicana acordaba derogar las cuestionadas leyes.

En ese contexto, William Marbury y los otros afectados interpusieron un Writ of Mandamus contra Madison, para que este cumplierse con la remisión de sus resoluciones de nombramiento.

Marshall no obstante su estrecha relación con los hechos reseñados, decidió asumir el conocimiento y resolución de la causa. Para tal efecto, utilizó el método deductivo, centrando el análisis jurídico en tres cuestiones:

- a) El establecimiento de la existencia o no existencia de derechos por parte de William Marbury y demás demandantes, en lo relativo a la recepción de los nombramientos judiciales otorgados durante la administración Adams

Al respecto, en la sentencia aparece que los nombramientos expedidos durante la administración anterior y con sujeción a lo establecido en la ley de Cortes de Circuito, tenían el carácter de irrevocables por conferir derechos legítimos que se encontraban protegidos por las leyes de la federación americana. Asimismo, estableció que pese a haberse acreditado la no remisión o despacho de las resoluciones, así como la derogación de la ley correspondiente, en modo alguno ello podía perjudicar los títulos de nombramiento en sí mismos.

- b) La existencia o inexistencia de los mecanismos procesales de defensa del derecho de los demandantes encabezados por William Marbury, en el caso de acreditarse fundada la petición planteada

Al respecto, en la sentencia aparece que William Marbury y demás codemandantes podían ejercitar una acción para hacer efectivo su derecho. En ese supuesto, determinó la aplicación de un apotegma del *common law*:

“Where there is a right, there is a remedy” (donde hay un derecho, debe haber un remedio).

- c) La atribución de la Corte Suprema de conocer como instancia originaria la petición del mandato de remisión de los nombramientos judiciales otorgados por el Congreso, a favor de los demandantes encabezados por William Marbury

Al respecto, en la sentencia se señaló que no cabía interponer la acción de mandamiento judicial (“mandamus”) directamente ante la Corte Suprema de Justicia, en los términos previstos en la Ley de Organización de la Judicatura de 1789, en razón a que dicha norma infraccionaba la Constitución al haber ampliado o extendido su jurisdicción originaria. Así, se sostuvo que en este caso la actuación del máximo organismo de justicia solo podía producirse en vía de apelación.

Sobre esta última cuestión cabe recordar que la sección II del artículo 3 de la Constitución de los Estados Unidos establecía lo siguiente:

“En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Suprema Corte ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Suprema Corte ejercerá jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescribe el Congreso”.

Ahora bien, con posterioridad a la aprobación de la Constitución en 1787, el Congreso norteamericano hizo aprobar en la sección 13 de la Ley de Organización de la Judicatura de 1789 (*Judiciary Act of 1789*) lo siguiente:

“Promúlguese que la Suprema Corte tendrá jurisdicción exclusiva en todas las controversias de naturaleza civil en las que un Estado fuere parte, salvo entre un Estado y sus ciudadanos, y salvo también entre un

Estado y ciudadanos de otros estados o extranjeros, en cuyo caso tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva. Ejercerá también jurisdicción exclusiva en todo juicio o procedimiento contra embajadores, otros ministros públicos, miembros de su familia o sus empleados domésticos, siempre que pueda intervenir como tribunal de justicia conforme con el derecho internacional; y tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva en todas aquellas causas iniciadas por embajadores u otros ministros públicos o aquellas en las que un cónsul o vicecónsul fuere parte. El juzgamiento de cuestiones de hecho ante la Suprema Corte en todas las causas contra ciudadanos de los Estados Unidos se llevará a cabo por jurados. La Suprema Corte también tendrá jurisdicción por apelación de los tribunales de circuito y las cortes de los estados, y en los casos específicamente mencionados aquí; y tendrán el poder de mandar órdenes a los tribunales de almirantazgo, y mandamientos en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designada en su oficio bajo la autoridad de los Estados Unidos”.

De conformidad con lo reseñado, la ley atribuía a la Corte Suprema la facultad de emitir writs o “mandamus” en ciertas circunstancias.

De la lectura de ambos textos se podía apreciar la existencia de falta de coherencia o armonía entre lo señalado en la sección II del artículo 3 de la Constitución y la sección 13 de la Ley de Organización de la Justicia de 1789 (*Judiciary Act of 1789*).

La referida sentencia tomó como soporte jurídico-constitucional para fundamentar su parte resolutive la *cláusula de supremacía*, recogida en el artículo 6 de la Constitución federal, que señalaba:

“Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de su promulgación y todos los tratados hechos o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiera alguna disposición contraria en la Constitución o leyes de los estados”.

Es evidente que de la contrastación normativa aparece que la Constitución no le otorgaba a la Corte Suprema competencia para emitir órdenes directas de ejecución de conductas sobre los funcionarios públicos.

El fallo elaborado por John Marshall proclamó el principio esencial de que los puntos en disputa sobre constitucionalidad deben ser

discutidos en litigio. Asimismo, consideró que las facultades del Congreso de los Estados Unidos se encuentran delimitadas por el texto de la Constitución, y que los tribunales no deben acatar ni aplicar aquellas normas dictadas por el Congreso que fuesen contrarias a la Constitución, siendo por el contrario obligación de la judicatura reafirmar la vigencia y aplicabilidad del texto fundamental como ley suprema del país.

En puridad, los argumentos de John Marshall recogían las consideraciones expuestas por Alexander Hamilton en el número LXXVIII de *El Federalista*, en donde se planteaba que el gobierno de los Estados Unidos, por su naturaleza constitucional se encontraba sujeto a limitaciones. Estas se ventilarían en la acción jurisdiccional, cuya tarea en este caso consistía en declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución.

A través del fallo de John Marshall –según expresa Francisco Fernández Segado [ob. cit.]– se ponía de relieve que “una Constitución escrita y rígida, como la norteamericana, representa el ápice y la cumbre de la normación”. En esa idea, puede afirmarse con Nicolás Pérez Serrano [*Tratado de derecho político*. Madrid: Civitas, 1984] que “la Constitución [...] es una ley fundamental, la primera en jerarquía e importancia de todas las leyes, de donde resulta obligatorio proclamar su superioridad y supremacía”.

Resulta oportuno transcribir a continuación los párrafos más significativos de la histórica sentencia:

“Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida.

Hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo

para limitar un poder ilimitable por naturaleza. Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia.

Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él. Sin embargo, la cuestión merece recibir un atento tratamiento.

Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí, el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo, cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la corte debe decidirlo conforme a ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley, la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.

Quienes niegan el principio de que la corte debe considerar la Constitución como ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar solo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda Constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Congreso actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con

el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción.

Reducir de esta manera a la nada lo que hemos considerado el más grande de los logros en materia de instituciones políticas –una Constitución escrita– sería por sí mismo suficiente en América, donde las Constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar la tesis. Pero las manifestaciones particulares que contiene la Constitución de los Estados Unidos construyen un andamiaje de argumentos adicionales en favor del rechazo de esta interpretación.

El Poder Judicial de los Estados Unidos entiende en todos los casos que versen sobre puntos regidos por la Constitución.

¿Pudo acaso haber sido la intención de quienes concedieron este poder, afirmar que al usar la Constitución no debería atenderse a su contenido? ¿Que un caso regido por la Constitución debiera decidirse sin examinar el instrumento que lo rige?

Esto es demasiado extravagante para ser sostenido.

En ciertos casos, la Constitución debe ser interpretada y analizado su contenido por parte de los jueces.

Y si de este modo los jueces pueden abrir y examinar la totalidad de la Constitución ¿qué parte de ella está prohibido leer u obedecer? [...].

La Constitución prescribe que: ‘No se sancionarán leyes conteniendo condenas penales individualizadas ni leyes retroactivas’.

Si, no obstante, tales leyes son sancionadas y una persona es procesada bajo tales leyes, ¿debe la corte condenar a muerte a esas víctimas a quienes la Constitución manda proteger?

Dice la Constitución: ‘Ninguna persona será procesada por traición salvo mediante el testimonio de dos testigos sobre el mismo acto o mediante su confesión pública ante un tribunal de justicia’.

En este caso, el lenguaje de la Constitución está especialmente dirigido a los tribunales. Les prescribe directamente una regla de prueba de la que no pueden apartarse.

Si la legislatura modificara esa norma y permitiera la declaración de un solo testigo o la confesión fuera de un tribunal de justicia como requisitos suficientes de prueba, ¿debería la norma constitucional ceder frente a esa ley?

Mediante estos y muchos otros artículos que podrán seleccionarse es claro que los constituyentes elaboraron ese instrumento como una regla obligatoria tanto para los tribunales como para la legislatura.

¿Por qué motivo, si no, prescribe a los jueces su cumplimiento? Este juramento apela ciertamente a su conducta en el desempeño de su cargo de carácter oficial.

¿Qué modalidad sería imponérselos, si ellos [los jueces] fueran a ser usados como instrumentos –y como instrumentos conscientes– de la violación de lo que juran respetar!

El juramento del cargo judicial impuesto por el Congreso es también completamente ilustrativo de la opinión legislativa sobre esta cuestión.

Este juramento dice: ‘Juro solemnemente que administraré justicia sin importar las personas y haré justicia igualmente al pobre como al rico; y que desempeñaré legal e imparcialmente todas las obligaciones atinentes a mi cargo como [...] de acuerdo a mis mejores capacidades y comprensión, conforme con la Constitución y las leyes de los Estados Unidos’.

¿Por qué motivo jura un juez desempeñar sus deberes de acuerdo con la Constitución de los Estados Unidos si esa Constitución no fuera una norma obligatoria para su gobierno? ¿Si estuviera cerrada sobre él y no pudiera ser inspeccionada por él?

Si fuera ese el estado real de las cosas, constituiría algo peor que una solemne burla.

Pero además de ello, imponer, tanto como jurar en esos términos, sería una hipocresía.

No es tampoco inútil observar que, al declarar cuál será la ley suprema del país, la Constitución en sí misma es mencionada en primer lugar; y no todas las leyes de los Estados Unidos tienen esta calidad, sino solo aquellas que se hagan de conformidad con la Constitución.

De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los Estados Unidos confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda Constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento.

Por ello, se rechaza la petición del demandante. Cúmplase”.

Como bien afirma Enrique Álvarez Conde [Curso de derecho constitucional. Madrid: Tecnos, 1999]:

“Ciertamente, la Constitución norteamericana no parecía permitir las conclusiones a las que llegó Marshall. Es decir, el atributo de control judicial de las leyes a los tribunales de justicia, no era una competencia establecida por la Constitución, sino que se trata de una función autoapropiada por los tribunales norteamericanos”.

De lo expuesto en dicha sentencia se colige que el juez John Marshall estableció lo siguiente:

- a) Que William Marbury tenía derecho a reclamar la remisión y entrega de su resolución de nombramiento.
- b) Que la Corte Suprema carecía de competencia para conocer en instancia originaria dicha pretensión.
- c) Que la Ley de Organización de la Judicatura de 1789 era en sí misma contraria a la Constitución.
- d) Que ninguna disposición legal contraria a la Constitución podía ser aplicada en un caso concreto por ser inválida y sin valor jurídico alguno.

A manera de colofón debe indicarse que John Marshall ocupó el cargo de Presidente de la Corte Suprema durante treinta y dos años (1803-1835). En el caso de William Marbury, este nunca llegó a recibir su título de nombramiento como juez de paz, en razón a que pese a haber replanteado su demanda, una serie de demoras procesales ocasionaron que su reclamo excediera el plazo legal de cinco años que duraba el ejercicio de dicho cargo. Finalmente, la causa fue desestimada por abstracta.

No obstante lo expuesto, con mayor organicidad y tecnicismo, la noción jurisdicción constitucional aparecerá en la doctrina constitucional del siglo XX, durante el período de entreguerras (1919-1939). Entre los primeros divulgadores destacan nítidamente el gran tratadista austriaco Hans Kelsen –creador del modelo de jurisdicción concentrada, la pirámide normativa, etc.– y, en menor medida, Boris Mirkin-Guetzévich y M. Charles Eisenmann.

Es de verse, que en Checoslovaquia (1920), Austria (1920), Liechtenstein (1921) y España (1931) se crearon órganos autónomos, especializados y extra poder conocidos como Tribunales Constitucionales con el objeto de establecer un mecanismo orgánico de defensa de la Constitución. Por ende, su rango jerárquico tenía que ser homólogo

a los órganos de poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Dichos entes aparecen con la responsabilidad política de defender los valores, principios y normas jurídicas, de los actos de poder espurios dictados mediante mecanismos jurídicos.

La propuesta de Hans Kelsen explicitada en su obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* surge en el marco de una confrontación política entre jueces y legisladores; y de una tensión académica entre los partidarios de una fundamentación positivista del derecho y los alabarderos de la sustentación de la teoría del derecho libre, en donde impera la flexibilidad normativa.

Marina Gascón Abellán [“Justicia constitucional: la invasión del ámbito político”. En: *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Lima: Grijley, 2009] sostiene que la creación de un órgano *ad hoc* e independiente encargado del control de la constitucionalidad implicó el intento de conciliar la defensa del texto supra y la libertad política del Parlamento frente a la judicatura, así como recuperar la aplicación racional y controlable del derecho.

En efecto, Hans Kelsen consideró que la defensa de la Constitución requería de garantías respecto de los órganos constitucionales capaces de provocarle infracciones. Por ende, su contralor no debía ser ninguno que pudiese mediante sus actos ser su violador. De allí que formulase una propuesta independiente a las competencias del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo o Poder Judicial.

En la teoría kelseniana se estimaba que la garantía de la Constitución reposaba en la posibilidad de nulificar los actos de creación de la ley. Dicha facultad no podría ser atribuida al potencial infractor, ya que en tal caso el legislador se consideraría así mismo como responsable de una creación libre de la ley y no como un mero aplicador de la Constitución. Por ende, se hacía necesario implementar un ente técnico e independiente al Parlamento. Asimismo, planteó que tampoco podía ser asignada dicha función al Poder Judicial, en razón a que su ejercicio, requiere de una preparación y perspectiva político-jurídica diferente de la del juez común.

2.- LOS SISTEMAS O MODELOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Estos sistemas o modelos presentan la característica de ser originarios o derivados.

Los sistemas o modelos de control de la constitucionalidad *originarios* son aquellos que históricamente han surgido como consecuencia de la actividad creadora de principios, categorías y reglas destinadas a asegurar la supremacía de la Constitución. Estos son de dos clases: control político y control jurisdiccional (este último tiene dos variables: concentrado y difuso).

Los sistemas de control de la constitucionalidad *derivados* son aquellos que recogiendo la matriz de algún modelo originario sufren la adaptación a una necesidad o realidad político-constitucional específica. Se insertan en estados carentes de tradición jurídica propia; los cuales en ese contexto se empeñan en desarrollar una tarea de trasplante de instituciones, como sucede con los países del área latinoamericana. En ese orden de ideas, son dos las adaptaciones conocidas a la fecha: el control mixto y el control dual.

Ahora bien, la diferenciación de los sistemas o modelos se hace por el tipo de órgano estatal que tiene a su cargo la responsabilidad del control de la constitucionalidad.

2.1.- Los modelos originarios

De acuerdo con la doctrina se comprende como tales al control orgánico político y al control orgánico jurisdiccional.

Al respecto, veamos lo siguiente:

2.1.1.- El control orgánico político o no jurisdiccional

Se trata de un modelo que confía el control de la constitucionalidad al órgano parlamentario en su condición de portavoz omnicomprendivo de la soberanía popular. Excepcionalmente puede ser encargada a un ente *ad hoc* no jurisdiccional constituido sobre la base de una designación puramente política.

La fundamentación de su existencia radica en el principio genérico de la autonomía legislativa, que impide el control judicial de la legislación parlamentaria. En ese sentido, se sostiene que la magistratura únicamente puede participar *secundum legem* y no como *legisvus*.

En atención a que la magistratura no proviene de la voluntad ciudadana, sino de la designación por un órgano estatal; por tal motivo se encuentra impedido de anular o abrogar una ley, que es la expresión suma de aquella soberanía.

Enrique Álvarez Conde [ob. cit.] expone que en este modelo un mismo órgano –el Parlamento– se convierte simultáneamente en juez y parte de sus propias decisiones. Ello supone el apostar y confiar en la capacidad institucional de la autocensura y la moderación corporativa; así como en la presencia activa de las minorías parlamentarias como agentes de control de los excesos legisferantes de la mayoría.

Este modelo se sustenta en la premisa que el Parlamento como expresión directa de la soberanía popular, representa un valor político absoluto que no admite ninguna erosión del principio de la omnipotencia de la ley; amén de preservar la renovación legislativa y la acción reformadora que el propio órgano parlamentario pudiera estar llevando a cabo.

Los antecedentes del control orgánico político pueden encontrarse en la Ley del 16-24 de agosto de 1790, mediante la cual la Convención francesa dispuso que “los tribunales no podrán tener directa o indirectamente ninguna injerencia en el ejercicio del Poder Legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo sancionados por el rey, bajo pena de prevaricación”. Asimismo, en la Constitución de 1791 se fijó claramente que “los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo ni suspender la ejecución de las leyes”.

Al respecto, como bien sintetiza Maurice Hauriou [*Principios de derecho público y constitucional*. Granada: Comares, 2003] lo expuesto apuntaba a “exaltar la ley y abatir al juez”.

En ese contexto aparece la propuesta planteada por el abate Emmanuel Sieyès durante los debates de la Constitución francesa en 1795 de crear un Jurado o Magistratura Constitucional. Dicho ente alcanzaría una cierta concreción en la Constitución de 1852.

Al respecto, debe anotarse que la desconfianza en el operador jurisdiccional provino de los ataques ideológicos perpetrados por la en ese entonces supérstite magistratura del *Ancien Regime* contra las bases del constitucionalismo democrático emanados de la Revolución Francesa.

La expresión de este modelo encontrará cabida en la Constitución stalinista de 1936; luego se promoverá su impronta al resto de los países de la entonces vigorosa órbita socialista.

La incorporación de este modelo en la experiencia estadual marxista leninista emana de la doctrina del centralismo democrático y en donde el Parlamento deviene en el portador clasista de la soberanía nacional.

En América Latina apareció en las constituciones de Perú y Bolivia de 1826 con la creación de la Cámara de Censores; en la Constitución de Brasil de 1830 y en las constituciones ecuatorianas de 1830 y 1851.

Como bien se afirma, este sistema deposita el control o salvaguarda de la constitucionalidad, en un órgano enteramente político.

Las razones de su aplicación se basan en lo siguiente:

a) Concentración y unidad de las funciones de elaboración-control de la legislación en el órgano parlamentario, al que se considera como supremo poder estatal

Se asume que siendo aquel órgano el portador de la soberanía popular, le corresponde en exclusividad el ejercicio del control de la constitucionalidad. Como consecuencia de lo expuesto, surge la atribución de establecer la normatividad; verificar que su actividad legislativa sea armónica y coherente con el texto fundamental; y vigilar la efectividad de su aplicación.

b) Defensa del principio de exonerabilidad consistente en la no posibilidad de que los actos parlamentarios puedan ser objeto de observancia o control por otros órganos estatales

La tutela de la defensa de la constitucionalidad se deposita en el propio órgano Legislativo, como consecuencia de razones históricas, ideológicas y pragmáticas que tienden a relieves el papel de dicho ente; a manifestar una vocación recelosa de la actividad jurisdiccional; así como a generar una motivación prejuiciosa contra el órgano Ejecutivo, acusado de voraz y abusivo. Así pues, le corresponde al órgano parlamentario el conocer de las infracciones constitucionales provocadas por las normas por él mismo expedidas, así como por los actos del Ejecutivo y por los particulares.

Entre los procedimientos utilizados por los órganos de control político, tenemos el procedimiento de la cuestión previa y el procedimiento por acción popular:

a) *El procedimiento de la cuestión previa* se manifiesta en el momento de deliberar sobre una propuesta o proyecto de ley. En este caso, corresponde al Presidente del ente parlamentario el declarar de oficio o a petición de parte que no abrirá paso a la deliberación de fondo de un proyecto de ley, en razón de que la propuesta normativa es aparentemente inconstitucional. Por lo demás, cualquier parlamentario puede solicitar dicha declaración por la razón expuesta.

En ambos casos se apela al Pleno del Parlamento para que se decida preliminarmente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto presentado.

b) *El procedimiento por acción popular* se manifiesta mediante una petición formulada por un mínimo determinado de ciudadanos, a fin de que se reexamine la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley.

Como puede observarse, existe en el primer caso un control *a priori*, y en el segundo un control *a posteriori* o reexaminador de una decisión normativa emanada del Parlamento.

Al respecto, pueden citarse las experiencias siguientes:

La Constitución de Finlandia de 1919, tras la reforma constitucional del 2000, ha ratificado su adscripción a dicho modelo que data de 1882.

En ese sentido, dicho texto señala que es función de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento, el emitir su dictamen sobre la constitucionalidad de las proposiciones de dación de ley.

La referida Comisión tiene carácter permanente. La tradición parlamentaria exige que por lo menos la mitad de sus miembros tenga formación en materias constitucionales; amén de que el ente cuente con el apoyo de expertos externos.

La Constitución cubana de 1976 establece que corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos leyes y demás disposiciones legales. Para tal efecto, al interior de su seno se ha creado la Comisión de

Asuntos Constitucionales; la cual es la encargada de emitir dictámenes propositivos a la Asamblea Nacional.

La Constitución china de 1982 señala que corresponde al Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional el interpretar y supervisar el cumplimiento de la Constitución; esta incluso tiene facultades de revocación de todas las disposiciones legales contrarias a la Constitución.

Dentro de una óptica especial aparece en la Constitución francesa de 1958 el denominado Consejo Constitucional. Dicho ente se compone de nueve miembros; los cuales son designados paritariamente por el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado.

El Presidente del Consejo es designado por el Presidente de la República.

Tiene la responsabilidad de examinar preventivamente las leyes orgánicas y los reglamento de las asambleas parlamentarias. Asimismo, se podrán someter a la evaluación de constitucionalidad las leyes antes de su promulgación por parte del Órgano Ejecutivo.

La calidad de ente político es esgrimida por Bernard Chenot – ex presidente de dicho órgano– al afirmar en 1977 que “El Consejo Constitucional es un cuerpo político por su reclutamiento y por las funciones que cumple”. Por ende, deviene en la perspectiva francesa en una “pieza clave de contención política”.

2.1.2.- El control orgánico jurisdiccional

Se trata de un modelo que confía el control de la constitucionalidad de manera directa o indirecta en un ente administrador de justicia. Dicho modelo puede ser clasificado en sistema americano o de jurisdicción difusa y sistema europeo o de jurisdicción concentrada.

Marina Gascón Abellán [ob. cit.] señala que, entre otros, la distinción calificativa radicaría en que el sistema americano o de jurisdicción difusa está orientado primordialmente a generar garantías sobre los derechos fundamentales; en tanto que el sistema europeo o de jurisdicción concentrada está orientado a cautelar la conformidad constitucional de la elaboración y contenido de una ley.

Al respecto, veamos lo siguiente:

2.1.2.1.- *El sistema americano o de jurisdicción difusa*

En este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo del órgano judicial ordinario (se le denomina también de revisión judicial –*Judicial Review*– o de contralor judicial). Así, la pluralidad de los jueces ordinarios tiene la potestad de establecer la inconstitucionalidad de las normas dentro del marco de una controversia judicial concreta; esto es, los alcances de dicha inconstitucionalidad son aplicables única y exclusivamente a las partes intervinientes en dicho proceso judicial.

En este caso no existe un órgano contralor especial o *ad hoc*, sino que son los jueces comunes los que ante una determinada controversia deberán examinar si existe contradicción entre la norma invocada –teóricamente aplicable para amparar un supuesto derecho–, y los alcances de la propia Constitución, por lo que, de ser el caso, aplicarán el texto fundamental y dejarán de hacer uso de la ley inconstitucional.

En efecto, la facultad contralora no se concreta en una sola sala o tribunal, sino que se disemina o dispersa en la vastedad de todos los órganos jurisdiccionales del ente judicial, los cuales poseen el poder-deber de no aplicar una ley inconstitucional en aquellos casos sometidos a su conocimiento.

La situación de inconstitucionalidad debe entenderse como una cuestión incidental respecto a la controversia concreta; ergo, no puede ser planteada como una acción directa. Por otra parte, la decisión judicial tiene efectos declarativos; consiguientemente, al decidirse la inaplicabilidad de la ley al caso concreto, generará su inobservancia, por lo que dicha ley no surte efecto alguno en el caso sometido a consideración (la inaplicación de una ley surge cuando el juzgador ordinario debe decidir ineludiblemente la litis).

Al respecto, tal como señala Gumersindo Trujillo Fernández [*Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*. Tenerife: Universidad de la Laguna, 1970]:

“El juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, por lo que los efectos de su declaración son lógicamente retroactivos; y dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (efectos ex tunc e interpartes)”.

Por tal motivo, la ley en pugna con la Constitución no queda afec-

tada, en principio, en su vigencia general. Ahora bien, en aplicación del principio de *stare decisis*, los jueces quedan vinculados por la fuerza del precedente, por lo que, en la práctica, a través del tiempo tal declaración alcanzará efectos de carácter total.

En suma, a este sistema se le puede situar bajo el signo de la acción defensiva. La ley calificada de inconstitucionalidad no es anulada, sino que simplemente se rechaza su aplicación dentro del pleito generado por un accionante. Así, vía una *decisión judicial* el juez “veta” la aplicación de una ley inconstitucional para resolver una controversia. El juez al estatuir interpartes reviste su decisión con la autoridad de la cosa juzgada.

En resumen, las características del sistema de jurisdicción difusa son las cuatro siguientes:

a) Control extendido

La declaración de inconstitucionalidad es una atribución que corresponde ser ejercida por cualquier autoridad judicial, con prescindencia de su grado o jerarquía funcional.

b) Control incidental

El pronunciamiento de inconstitucionalidad surge a partir de la existencia previa de una cuestión judicial generada a través de cualquier proceso rutinario y planteada entre personas naturales y/o jurídicas.

c) Control con eficacia relativa

El pronunciamiento de inconstitucionalidad solo alcanza a las partes comprometidas en una cuestión judicial. En tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad solo tiene efectos, en principio, interpartes e inaplicativos.

No obstante lo expuesto, cabe señalar que de manera mediata por efecto del *stare decisis* un pronunciamiento puede alcanzar eficacia plena. Ello en razón a que respecto al precedente vinculante, un órgano jurisdiccional deberá seguir lo obligatoriamente decidido por otro de mayor jerarquía.

d) Control residual

Tal pronunciamiento surge de una actividad “añadida” a la

tarea judicial de dirimencia en los conflictos derivados entre dos partes litigantes.

El origen de este modelo se remonta a comienzos del siglo pasado, cuando, en los Estados Unidos, el Presidente de la Suprema Corte, John Marshall, en la histórica sentencia dictada en el caso *Marbury vs. Madison* –de 24 de febrero de 1803–, aplicó a un caso particular y concreto el principio de supremacía de la Constitución frente a una norma con rango de ley del Estado; así como la atribución de la judicatura para la revisión judicial de la validez constitucional de los preceptos legales.

Dale Furnish [“La revisión judicial de la constitucionalidad de la ley en los Estados Unidos”. En: *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999] resume los alcances de dicha jurisdicción en que la validez constitucional de una ley, es la última cuestión a examinarse en el marco de un proceso judicial sobre derechos en conflicto.

Expone que existirá abstención de pronunciamiento en caso se constate la existencia de una “cuestión política”. Asimismo, en lo relativo a la Corte Suprema esta tiene discrecionalidad para decidir sobre conocer o no conocer un determinado proceso judicial.

Es de verse que ante lo resuelto por la instancia inmediata inferior (Corte de Apelaciones) la Corte Suprema expide o se abstiene de otorgar el auto de avocación.

Dicho auto es la manifestación del instituto denominado *certiorari*, mediante el cual la Corte Suprema decide discrecionalmente –en atención a la importancia de los intereses jurídicos en juego– el revisar o no revisar una resolución judicial.

2.1.2.2.- El sistema europeo o de jurisdicción concentrada

En este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo de un órgano jurisdiccional especial (se le denomina *ad hoc* o de contralor concentrado); se confía el control de la constitucionalidad a un ente particular y autónomo del resto de los órganos del poder estatal.

Las primeras experiencias de este tipo se encuentran indisolublemente ligadas a la desmembración del imperio austro-húngaro tras su derrota en la Primera Guerra Mundial.

Así, el 21 de octubre de 1918 se constituirá la Asamblea Nacional Provisional de la República de Austria; la cual mediante la Constitución de 1920 instituyó un órgano *ad hoc* de control de la constitucionalidad denominado Tribunal Constitucional.

En dicha creación tuvo protagónica responsabilidad Hans Kelsen; el cual posteriormente fundamentó sus alcances doctrinarios en una obra denominada *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (1928).

En dicho documento Hans Kelsen desestimaré la capacidad de autocensura y moderación legislativa por parte del Parlamento en lo relativo al resguardo de la jerarquía normativa de la Constitución; y postulará las bondades de un órgano autónomo de este para que actúe como legislador negativo; vale decir, con facultades de anulación de las leyes contrarias a la Constitución.

La Constitución austriaca concibió al primigenio Tribunal Constitucional con una composición de un Presidente, un Vicepresidente y de un mínimo adicional de titulares y suplentes con cargo a establecerse reglamentariamente (en la actualidad se trata de doce y seis respectivamente).

Asimismo, en 1918 se crea el Estado de Checoslovaquia; el cual mediante la Ley del 29 de febrero de 1920 creó un ente denominado Tribunal Constitucional, integrado por siete miembros.

Al referido Tribunal se le encargó la responsabilidad de apreciar la conformidad constitucional de las leyes de la República Checa y de la Dieta de Rusia Subcarpática. Dicho ente, si bien entró en funciones a finales de 1921, a diferencia de la experiencia austriaca, no llegó a conocer ninguna acción de inconstitucionalidad. Más aún al no renovarse su composición en 1931 en la praxis quedó desactivada.

Finalmente, dicho modelo será incorporado en la II República Española (1931-1933) a través de la Constitución de 1931. Así, en dicho texto se instituirá el denominado Tribunal de Garantías Constitucionales; el cual entre otras competencias debía conocer en instancia única el recurso de inconstitucionalidad.

Domingo García Belaunde [*Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Tecnos, 2001] señala que el sistema de jurisdicción concentrada se caracteriza por entregar el control a “un órgano jurisdiccional especial y concentrado, pero que está fuera de la tríada clásica de poderes y sin relación de dependencia con el Poder Judicial [...]”. Este órgano tiene

atribuciones exclusivas y excluyentes para determinar la declaración –que produce efectos generales– de inconstitucionalidad de una ley, declaración que se desarrolla por vía principal y sin necesidad de que exista un conflicto particular previo. Es decir, existe un órgano especialmente encargado de conocer las acciones de inconstitucionalidad.

El resultado de la intervención jurisdiccional ocasiona que la ley cuestionada sea anulada (es decir, se le considere inexistente), decisión que se reviste de la autoridad absoluta que emana de la cosa juzgada. Así pues, la impugnación de la ley, por esta vía, puede llevar a su cancelación definitiva en el ordenamiento jurídico; generalmente desde el momento mismo del pronunciamiento jurisdiccional (efectos *erga omnes* y *ex nunc*).

El efecto *ex nunc* (a futuro) se explica por el propósito de tutelar principios como la estabilidad y la seguridad jurídica, que podrían verse gravemente afectados en caso de que se admitiesen alcances retroactivos del fallo declaratorio de inconstitucionalidad.

En puridad, este sistema se basa en la existencia de un órgano del Estado, diferente y autónomo de los tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), que ejerce control a partir de una privativa jurisdicción constitucional. A este ente, compuesto por magistrados orgánicamente ajenos al cuerpo administrador de justicia ordinaria, se le reserva el derecho excluyente y exclusivo de determinar la inconstitucionalidad de una ley y, por extensión, la facultad de su derogación con efectos rescisorios generales, así como el establecimiento de los mecanismos de corrección del acto inconstitucional.

Eduardo García de Enterría [*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1981] señala que:

“Se trata de un control abstracto de las normas, que se rige no en función de un conflicto de interés, para cuya solución sea menester dilucidar con carácter previo la norma de decisión, sino simplemente por una discrepancia absoluta sobre la interpretación del texto constitucional con relación a su compatibilidad con una ley singular”.

En resumen, las características de este sistema serían las cuatro siguientes:

a) Control condensado

La declaración de inconstitucionalidad corresponde ser ejercida

única y exclusivamente por un órgano especializado.

b) Control principal

El pronunciamiento de inconstitucionalidad se produce cuando se plantea directamente, ante el órgano especializado, un proceso especial denominado acción de inconstitucionalidad. Por ello, no es necesaria la existencia previa de un juicio, causa o cuestión judicial.

c) Control abstracto

El órgano especializado se encarga de analizar una norma cuestionada de inconstitucionalidad, en forma aislada e independientemente de la existencia de un caso concreto que afecte intereses particulares. En ese contexto, se promueve una resolución de puro derecho.

d) Control con eficacia general

El pronunciamiento de inconstitucionalidad opera de manera derogante y genérica. Las consecuencias de la decisión del órgano especializado afectan al Estado y a todos los ciudadanos y adscritos a él. En tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos *erga omnes* y abrogativos.

En el sistema de jurisdicción concentrada, el juzgador *ad hoc* responde en los hechos a una iniciativa *legislativo-jurisdiccional* en donde se le plantea decida a favor de la derogación de una ley inconstitucional.

Este sistema se inspiró en el pensamiento de Hans Kelsen, quien en su papel de asesor del canciller de la naciente república austriaca (ex Imperio austro-húngaro) lo propició con denuedo y pasión. La creación de la Alta Corte Constitucional (Constitución austriaca de 1920) rompió con la tradicional concepción según la cual no se podía modificar, anular o suprimir la vigencia de una ley, ya que ella era, hasta ese entonces, la expresión omnímoda del pueblo reunido en el Parlamento. Al respecto, debe anotarse que Carlos Luis de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu [*El espíritu de las leyes*. México: Porrúa, 1992], había señalado lo siguiente:

“El juez es simplemente la boca que pronuncia las palabras de la ley, un ser inanimado que no puede mitigar ni su fuerza ni su rigor”.

El sistema europeo o de jurisdicción concentrada se presenta en

países como Austria, Alemania, España, Italia, etc. En América Latina existe en Guatemala, Ecuador, Bolivia, Perú, Chile y Colombia.

2.1.3.- Los modelos originarios y las variables de admisión, naturaleza del acto cuestionado y tiempo de impugnación

Los modelos político y jurisdiccional pueden ser adicionalmente estudiados bajo las variables siguientes:

a) Por su admisión pueden ser expresos o implícitos

La admisión expresa aparece cuando la Constitución instituye de manera explícita y manifiesta la existencia de un órgano encargado del contralor de la Constitución. Tal el caso de la Constitución italiana de 1947, la Constitución alemana de 1949 o la Constitución española de 1978.

La admisión implícita es aquella en donde en vía de integración, a falta de expresión manifiesta en la Constitución, el modelo se implanta por decisión jurisprudencial. Tal el caso de Estados Unidos (caso *Marbury vs. Madison*) o Argentina (caso Eduardo Soyo).

Al respecto, en el caso del refugiado español Eduardo Soyo la Corte Suprema resolvió en 1887, de manera idéntica a lo previsto por la Corte Suprema norteamericana en *Marbury vs. Madison*. Así, el citado, propietario de la revista de dibujos y crítica política “*Don Quijote*”, en la que habían aparecido caricaturas de algunos congresistas, fue arrestado por orden de la Cámara de Diputados. Contra esa detención se interpuso directamente ante la Corte Suprema un *hábeas corpus* fundándose en el artículo 20 de la Ley N° 48. Dicho órgano se declaró incompetente para pronunciarse inmediatamente, ya que ello implicaría extender su jurisdicción originaria más allá de los límites que le fijaba la propia Constitución.

b) Por la naturaleza del acto cuestionado pueden ser indicativos u omisivos

El indicativo aparece cuando el control se produce por la anómala acción legisferante de un ente gubernamental. Tal el caso de Chile.

El omisivo aparece cuando el control se produce por la mora o retardo en cumplir un mandato constitucional de legislador, y a efectos de obtenerse la optimización plena de sus principios, valores o normas. Tal el caso de Portugal.

c) *Por el tiempo de impugnación pueden ser preventivos, reparadores o mixtos*

La impugnación preventiva aparece cuando el control se realiza cuando la norma cuestionada se encuentra aún en proceso de gestación; es decir, aún no forma parte del ordenamiento jurídico, y, por tal, carece de obligatoriedad. Tal el caso de Francia.

La impugnación reparadora aparece cuando el control se realiza sobre una norma vigente y obligatoria y componente del ordenamiento jurídico. Tal el caso de España.

La impugnación mixta aparece cuando el control es pre y post; ergo opera sobre las normas en proceso de elaboración o las declaradas vigentes. Tal el caso de Irlanda.

2.2.- Los modelos derivados

De acuerdo con la doctrina se comprende como tales al control orgánico mixto y al control orgánico dual. En el caso peruano se ha creado una expresión contralora que denominamos sinérgico.

Al respecto, veamos lo siguiente:

2.2.1.- El control orgánico mixto

Este surge como consecuencia de la mezcla, fusión o combinación de dos o más modelos originarios, constituyendo un modelo sui generis que, por ende, deviene en distinto de aquellos que le sirvieron de base. En ese aspecto, Domingo García Belaunde [ob. cit.] señala que "cuando las influencias son tan fuertes [...] se adquiere una nueva fisonomía". Así, partiendo de las influencias asimiladas se genera en la praxis un modelo relativamente diferente.

Esta mezcla o combinación de dos o más modelos da lugar a un *tertium*, en donde los rasgos sincréticos permiten señalar algo distinto, pero no tanto para calificarlo como original.

En puridad, de la imitación y la recepción surge algo parcialmente diferente.

En este modelo el órgano administrador de la justicia ordinaria –Poder Judicial– ejerce simultáneamente un control difuso y concentrado, según sea la naturaleza de la acción objeto de su conocimiento.

Al respecto, son citables las experiencias de Brasil, Venezuela y México.

En el caso del Brasil, al máximo órgano de la justicia ordinaria denominado Supremo Tribunal Federal se le han conferido las decisiones que son propias dentro de una jurisdicción concentrada a una Corte o Tribunal Constitucional. Entre las distintas modalidades procesales aparece la acción directa de declaración de inconstitucionalidad, bajo las modalidades de acción de declaración de inconstitucionalidad interventiva y genérica. Empero también aparece el recurso extraordinario para revisar una sentencia supuestamente contraria a la Constitución. En ese contexto, Ernesto Blume Fortini [ob. cit.] señala que:

“A pesar de la existencia de un control disperso de constitucionalidad se ha incorporado la acción directa de inconstitucionalidad, bajo las modalidades interoventiva y genérica. La primera controladora del orden interno respecto de los ordenamientos federales, y la segunda, cauteladota de la constitucionalidad de las leyes en general”.

En el caso de Venezuela, existe el control difuso a cargo de todos los magistrados del Poder Judicial; y concretamente se cuenta con un control concentrado a cargo de la Corte Suprema que tiene facultades exclusivas y excluyentes para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de aquellos actos violatorios de la Constitución.

En el caso de México, existe un control difuso a cargo de todos los magistrados del Poder Judicial; y simultáneamente se le ha conferido a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer las acciones de inconstitucionalidad contra normas generales.

En ese sentido Arturo Zaldivar Telo de Sarria [“La justicia constitucional en México. Balance y ritos”. En: *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002] señala que México cuenta “con un sistema de justicia constitucional complejo, formado por distintos instrumentos procesales: a) controversias constitucionales; b) acciones de inconstitucionalidad; c) medios de impugnación en materia política electoral; y d) juicio de amparo”.

En relación a lo expuesto, Domingo García Belaunde [ob. cit.] plantea que se trata de un control orgánico mixto en razón a que “un solo órgano, la Corte Suprema aparece como única instancia final, pues conoce tanto del control incidental (modelo americano) como del control abstracto (a través de la acción popular de

inconstitucionalidad [...]. Es decir, se fusionan armoniosamente las peculiaridades del modelo americano con el europeo, y dan origen a un *tertium quid*".

2.2.2.- El control orgánico dual o paralelo

Este modelo surge como consecuencia de la aplicación de dos modelos originarios que coexisten en forma independiente o autónoma, manteniendo cada uno de ellos sus propias características. Es decir, en este caso existe una aplicación paralela sin proceso alguno de mezcla o fusión entre los modelos originarios transplantados.

Domingo García Belaunde [ob. cit.] -autor de la nomenclatura aquí adoptada- señala que el modelo dual o paralelo "es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse".

En puridad, se trata de un modelo que plantea la coexistencia del control jurisdiccional concentrado y el control jurisdiccional difuso, sin interferencia mutua.

A nuestro entender, la tesis de García Belaunde es aplicable para el Perú en lo relativo al ámbito orgánico; habida cuenta que el Tribunal Constitucional independientemente de las competencias del Poder Judicial, opera con facultades monopólicas para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y para resolver los conflictos de competencia.

En cambio existe un control mixto en el ámbito personalista al intervenir el Tribunal Constitucional como última instancia nacional en la solución de los procesos vinculados con las acciones de garantía.

2.2.3.- Nuestra opinión en relación al caso peruano

En nuestro país aparece un modelo derivado y sinérgico en donde se acredita la existencia de un control político preventivo y un control jurisdiccional reparador en sus dos variables.

Dicha expresión contralora se caracteriza por la promoción de una acción.

Recibe dicha denominación por la asimilación de la pluralidad de modelos originarios; esta procura una acción simultánea de

varios entes tendentes a lograr un efecto único: la salvaguarda de los principios, valores y normas constitucionales, frente a las conductas irregulares o arbitrarias de gobernantes y ciudadanos.

Al respecto, veamos lo siguiente:

Por una interpretación concordada entre los artículos 94 y 102 de la Constitución, el Congreso de la República ha establecido dentro de su organización parlamentaria la Comisión Ordinaria de Constitución y Reglamento.

Cabe señalar que la comisión es un grupo de trabajo especializado de congresistas que entre otras tareas, le compete el estudio y dictamen de los proyectos de ley.

En este caso en particular la Comisión de Constitución y Reglamento expide dictámenes, que son documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un proyecto de ley.

Dicho dictamen aprobado por la Comisión es elevado al Pleno del Congreso de la República; el cual luego del correspondiente debate procede a aprobar o desestimar el dictamen. En dicha circunstancia cabe la posibilidad que un proyecto sea enviado al archivo por haberse encontrado un vicio de inconstitucionalidad que impide la prosecución del trámite de convertirse en ley.

Concurrentemente el artículo 138 de la Constitución establece un control jurisdiccional difuso.

Al respecto, el referido artículo señala lo siguiente:

“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Simultáneamente, el artículo 201 de la Constitución señala que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Como tal conoce, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

Señálese adicionalmente que el Tribunal Constitucional en el caso Ramón Salazar Yarlenque (Expediente N° 3741-2004-AA/TC)

ha establecido un precedente vinculante en donde consigna que los tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten justicia administrativa con carácter nacional adscritos al Poder Ejecutivo (Instituto Nacional de la defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual, Consejo Nacional de Minería, Tribunal Fiscal, etc.), y que tengan por finalidad la declaración de los derechos fundamentales de los administrados, tienen la facultad-deber de preferir la Constitución e inaplicar una norma infraconstitucional que la vulnere manifiestamente.

3.- EL EXAMEN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En relación a lo expuesto no puede obviarse lo establecido por el Tribunal Constitucional en el caso Congresistas de la República (Expediente N° 00019-2005-PI/TC) en donde se consigna que de conformidad con lo previsto en el artículo 108 de la Constitución; existe la obligación de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, respectivamente de ejercer un control político preventivo; “para cuyos efectos tienen la obligación de observar los criterios vinculantes señalados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

La existencia de una ley cuestionada de violatoria de la Constitución es sometida a un examen dentro de la jurisdicción constitucional. Este examen puede ser de inconstitucionalidad de fondo o material, de inconstitucionalidad de forma o procedimental y de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Al respecto, veamos lo siguiente:

3.1. El examen de inconstitucionalidad procedimental o de forma

En este caso, se examina si una ley o norma con rango de ley contraviene la Constitución al no haber sido elaborada de acuerdo con el *íter* legislativo expresamente establecido para su formación. En puridad, se trata de la comprobación del cumplimiento de algún trámite previsto para la elaboración de la ley.

Se dirige a la verificación de la observancia de los requisitos previstos en el procedimiento de creación de la ley.

En ese sentido, a guisa de ejemplo, cabe señalar que el examen de constitucionalidad formal opera en alguna de las siete circunstancias siguientes:

- a) Cuando una ley o norma con rango de ley es aprobada al margen o en contra de las regulaciones procedimentales establecidas en la Constitución, en lo relativo a la legitimación para presentar iniciativas legislativas.
- b) Cuando una ley o norma con rango de ley es aprobada al margen o en contra de las regulaciones procedimentales establecidas en la Constitución, en lo relativo a la discusión y aprobación de la ley.
- c) Cuando una ley o norma con rango de ley es aprobada al margen o en contra de las regulaciones procedimentales establecidas para su sancionamiento.
- d) Cuando una ley o norma con rango de ley es promulgada o publicada al margen o en contra de las regulaciones procedimentales establecidas en la Constitución.
- e) Cuando una norma con rango de ley derivada de una delegación de facultades otorgada por el Parlamento a favor del Ejecutivo, contiene aspectos distintos a la materia específica objeto de delegación; o cuando se expide fuera del plazo determinado establecido en la ley autoritativa.
- f) Cuando una norma con rango de ley se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado su manifestación a otra específica fuente formal (caso de las materias no delegables o sujetas a reserva de ley orgánica).
- g) Cuando una norma con rango de ley es expedida por un órgano incompetente

3.2.- El examen de inconstitucionalidad material o de fondo

En este caso, se examina si una ley o norma con rango de ley infringe la letra o el espíritu de la Constitución; es decir, si presenta un contenido disconforme o contrario con los principios, valores y normas previstas en la carta fundamental.

Ello implica la verificación de ausencia de coherencia y armonía entre los contenidos de la norma supra y las regulaciones previstas en una ley o norma con fuerza de ley.

En ese sentido, a guisa de ejemplo, cabe señalar que el examen de constitucionalidad material opera en alguna de las cinco circunstancias

siguientes:

- a) Cuando existe una ley o norma con rango de ley que colisiona con los principios y los valores que sirven de fundamentos políticos para la existencia del Estado; los mismos que son la causa y razón de su institucionalización jurídica en el texto constitucional. En ese sentido, opera cuando se produce una ruptura con la “manera” de concebir la convivencia política y la estructuración del ordenamiento jurídico del Estado.
- b) Cuando existe una ley o norma con rango de ley que colisiona con las potestades o proposiciones técnico-jurídicas, vinculadas a aspectos vitales de la estructura, organización o funcionamiento del Estado.
- c) Cuando existe una ley o norma con rango de ley que al conectarse lógicamente con otros preceptos ligados por razón de la regulación de una materia, conforma un complejo normativo contradictorio con los valores o principios constitucionales.
- d) Cuando una ley o norma con rango de ley afecta una categoría, presunción o ficción jurídica establecida en la Constitución.
- e) Cuando una ley o norma con rango de ley dispone o permite hacer algo o prohíbe realizar alguna acción de manera opuesta a lo establecido en una norma constitucional.

3.3.- El caso del examen de inconstitucionalidad indirecta

El Tribunal Constitucional en el caso Hoja de Coca (Expediente N° 020-2005-PI/TC) ha señalado que el examen de inconstitucionalidad no se reduce a una vulneración directa de la Constitución en donde el parámetro de control es el texto fundamental.

Así, cabe la posibilidad que la invalidez de una norma no quede acreditada con un mero juicio de incompatibilidad directa frente a la Constitución, sino solo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al bloque de constitucionalidad.

Es de verse, que en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada inescindiblemente por una disposición

constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo).

En tales casos, estas fuentes asumen la condición de *normas sobre la producción jurídica*, en un doble sentido; por un lado, como *normas sobre la forma de la producción jurídica*, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como *normas sobre el contenido de la normación*, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido.

En tal sentido, se produce una afectación indirecta de la Constitución, ante la presencia de una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y aquella otra a la que el propio constituyente delegó lo siguiente:

- a) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa. Tal el caso Defensor del Pueblo (Expediente N° 0041-2004-AI/TC) en donde se estableció que el requisito de ratificación de las ordenanzas distritales por parte de la Municipalidad provincial, previsto en el artículo 40 de la Ley N° 27972 -Ley Orgánica de Municipalidades-, constituye un requisito de validez de tales ordenanzas. Así, "En un Estado descentralizado, los distintos niveles de gobierno deben apuntar hacia similares objetivos, de modo que el diseño de una política tributaria integral puede perfectamente suponer -sin que con ello se afecte el carácter descentralizado que puedan tener algunos niveles-, la adopción de mecanismos formales, todos ellos compatibles entre sí, lo que implica que un mecanismo formal como la ratificación de ordenanzas distritales por los municipios provinciales coadyuva a los objetivos de una política tributaria integral y uniforme acorde con el principio de igualdad que consagra el artículo 74 de la Constitución".
- b) La regulación de un contenido materialmente constitucional. Tal el caso de las leyes que, por mandato de la propia Constitución, se encuentran encargadas de configurar determinados derechos fundamentales. En ese contexto, es citable la relación existente de lo establecido en la Ley N° 28094 -Ley de Partidos Políticos- por mandato del artículo 35 de la Constitución, respectote los denominados derechos políticos.

- c) La determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales. Tal el caso de la Ley de Bases de la Descentralización. Esta sirve de parámetro cuando se ingrese en la evaluación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna ordenanza regional.

Mientras las normas legales a las que se ha hecho referencia sean plenamente compatibles con la Constitución, formarán parte del denominado “bloque de constitucionalidad”, a pesar de que, desde luego, no gozan del mismo rango de la *lex legum*. En estos casos, las normas delegadas actúan bajo la condición de “interpuestas”, de manera tal que su disconformidad con otros preceptos de su mismo rango, desencadena su invalidez constitucional.

A dicho bloque hace alusión el artículo 79 del Código Procesal Constitucional:

“Para apreciar la validez constitucional de las normas del Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”.

3.4.- El examen de inconstitucionalidad por omisión legislativa

En este caso, se examina si aparecen transgresiones a la Constitución por ocio, incuria, negligencia, etc., de los órganos de poder.

En puridad, se trata del examen de inconstitucionalidad por abstención en la ejecución de actos legislativos.

Esta omisión, inactividad, inacción, o un *non facere* por parte del legislador ordinario, se presenta como un incumplimiento del encargo que la propia Constitución le ha formulado para que dicte una ley que haga viable parte de su ulterior práctica.

José Fernández Rodríguez [*La inconstitucionalidad por omisión. Derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1998] señala que dicha omisión alude a “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desenvolvimiento, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.

Como refiere Edgar Carpio Marcos [“La inconstitucionalidad por omisión legislativa. A propósito de la jurisdicción constitucio-

nal en el Perú". En: *El Jurista, Revista Peruana de Derecho*, N° 1. Lima, 1991], la Constitución puede ser burlada o quebrantada, "al no cumplirse con su mandato, por aquellos órganos derivados que tienen la obligación de satisfacer estas exigencias constitucionales a través de la reglamentación legislativa. Ello implica determinar la existencia de ocio o negligencia por parte del legislador ordinario en la reglamentación de un precepto constitucional, que requiere de esta para alcanzar plena eficacia".

Al respecto, no debe olvidarse que, como expresa Konrad Hesse [*Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983], la naturaleza de la normatividad constitucional radica en que "pretende tener vigencia, es decir, realizar el Estado por ella normado". Así, la ineficacia de una cláusula constitucional -fruto de una inacción o dejación parlamentaria- implica en la práctica una disfunción en el sistema constitucional, que promueve negativamente una suerte de fraude, engaño y falseamiento del texto base del Estado.

La omisión legislativa que deriva en una ineficacia de una parte de la Constitución, constituye un quebrantamiento que debe ser conjurado por la vía de la jurisdicción constitucional.

Este tipo de examen resulta aún una novedad constitucional, debido a que, como señala Germán Bidart Campos ["La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión". En: *Anuario Jurídico*, Vol. VI. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979], "normalmente los estudios sobre justicia o control constitucional enfocan casos en los que la Constitución aparece conculcada por algún acto, es decir, por alguna actividad positiva infractora de la Constitución".

Ahora bien, al influjo de la doctrina y los interesantísimos aportes de las constituciones yugoslava de 1974, la angoleña de 1975, la portuguesa de 1976, la brasileña de 1988, la húngara de 1989 y la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense de 1989, se ha ido forjando el concepto según el cual, cuando el legislador ordinario "no obstante tener un mandato constitucional, no lo hace efectivo, está burlando al estatuto constitucional que precisamente le dio título para legislar. Ese acto omisivo contraviene la Constitución, por lo que deviene en inconstitucional y es susceptible de ser impugnado

ante un organismo jurisdiccional” [Edgar Carpio Marcos. art. cit.].

En ese sentido –siguiendo en parte a Germán Bidart Campos [ob. cit.]–, consideramos que el tema de la inconstitucionalidad por omisión legislativa se afronta teniendo en consideración los tres principios siguientes:

- a) Cuando la Constitución ordena expresamente al órgano parlamentario el ejercicio de una competencia legislativa, a efectos de asegurar el ulterior desarrollo del texto base, dicho ente se encuentra en la obligación constitucional de hacerla efectiva.
- b) Cuando un órgano parlamentario omite o se abstiene de ejercer una competencia legislativa asignada por la Constitución, quebranta dicho texto. Esta infracción constitucional es equivalente a la acción de disponer o atribuirse una competencia no asignada ni atribuida. Como afirma Alberto Borea Odría [*Evolución de las garantías constitucionales*. Lima: Grijley, 1996], dicha infracción se configura una vez que se hubiere acreditado que la oportunidad de la expedición de la legislación reglamentaria no ha quedado, por mandato constitucional, al arbitrio del legislador ordinario. Así, la infracción por omisión existirá siempre que se establezca fehacientemente que la expedición reglamentaria infraconstitucional no se encuentra sujeta a la discreción de aquel legislador. Tal arbitrio, en todo caso, debe encontrarse expresamente consignado en la Constitución, ya sea con plazo fijo o abierto. Este último se encuentra sujeto al principio de responsabilidad legislativa en el cumplimiento de un mandato constitucional.
- c) Cuando la omisión u abstención legislativa genera un daño o gravamen a un ciudadano, este se encuentra legitimado para impulsar la jurisdicción constitucional. En ese sentido, la omisión tiene un efecto relacional, ya que la carencia indebida de norma perpetra la afectación de un derecho constitucional. Tal el caso del derecho a la igualdad.

3.4.1.- Los elementos de la inconstitucionalidad por omisión legislativa

José Joaquín Gomes Canotilho [Direito constitucional. Río de Janeiro: Almedina Coimbra, 1993] señala que la omisión legislativa se resume en el incumplimiento parlamentario de la expedición de una

ley específica, a pesar de existir un mandato constitucional concreto que ordena en ese sentido. Entre los elementos exigibles para establecer la omisión legislativa se encuentran los tres siguientes:

- Acreditación de inejecución de una acción legislativa constitucionalmente obligatoria, esto es, constatación de un *no hacer funcional*. Esta inejecución por omisión puede ser absoluta o relativa: en el primer caso se produce por una ausencia de ley; en el segundo se genera por la dación de una ley defectuosa que no regula plenamente un mandato constitucional. Debe advertirse que esta inacción o inejecución no se refiere a la transgresión de un simple deber de legislar, sino al incumplimiento de una responsabilidad legislativa particularizada en una cláusula constitucional que exige concreción vía su reglamentación a través de una ley. La falta de operatividad de una norma constitucional, que ocasiona una inadecuada relación gobierno-ciudadano y que genera un daño particular y específico a una persona, debe ser consecuencia de dicha inacción. La doctrina las distingue de la manera siguiente: a) *absolutas* se producen por la ausencia de una ley exigida para desarrollar o dar cumplimiento a una norma constitucional, ergo, son consecuencia de la falta de obrar del legislador; b) *omisivas relativas* se producen por la dación de una ley incompleta o defectuosa, en donde se deja de regular un aspecto de relevancia y exigencia constitucional, ergo, son consecuencia de un obrar negligente del legislador.
- Acreditación de que la acción legislativa no ejecutada es indispensable e imprescindible para que la ciudadanía pueda hacer exigible un derecho constitucional.
- Acreditación de la existencia de una irrazonable e injustificable inercia legislativa. Esta inercia puede evidenciarse en el vencimiento de los plazos expresamente señalados en la Constitución para la elaboración de una ley que haga viable el desarrollo del texto base, o en la no expedición de un precepto sin fecha fija de elaboración, pero sujeto implícitamente a la responsabilidad del legislador ordinario de dictarlo en un tiempo prudencial.

El accionar del órgano de control constitucional puede llevar a adoptar alguna de las soluciones propuestas por la doctrina o alguna de aquellas que ofrecen las experiencias jurisdiccionales de la ex Yugoslavia, Portugal, etc., a saber:

- a) Exponer formalmente la existencia de ocio o negligencia legislativa. Esta medida plantea una suerte de sanción moral al legislador ordinario.
- b) Intimar al órgano Legislativo omiso, a efectuar en un plazo razonable la expedición de una norma reglamentaria de la Constitución.
- c) Integrar la laguna legal generada por la omisión o abstención legislativa, mediante una resolución judicial aplicable al caso concreto del reclamante y con vigencia transitoria, hasta que el legislador ordinario cumpla con emitir la correspondiente norma reglamentaria (en caso no fuere factible que se pudiese cubrir la laguna legal por vía jurisprudencial, se debería disponer el pago de una indemnización al ciudadano afectado por un acto de omisión legislativa).

Lo anterior implica el ejercicio de una facultad legislativa excepcional y temporal que se justifica por la urgencia y el apremio de evitar un daño irreparable a los derechos fundamentales de una persona. Para tal efecto, el órgano encargado de la defensa de la constitucionalidad podrá hacer uso de la analogía, los principios generales del derecho o buscar una solución heterointegrativa (justificación en la adhesión al valor justicia).

Al respecto, cabe señalar que en la judicatura argentina se aplicó este criterio en los fallos de los casos Siri y Kot, los mismos que abrieron paso a la dación de una ley que garantizara de manera efectiva aquellos derechos fundamentales no vinculados con la libertad personal (ley de amparo).

En nuestro país, el primer caso de cuestionamiento judicial de una omisión legislativa se presentó el 17 de junio de 1987, vía la interposición de una acción de amparo. El Partido Popular Cristiano, accionando contra el Ministerio de la Presidencia y el Sistema Nacional de Comunicación Social, demandó que la judicatura exigiese se cumpliera con proporcionársele acceso gratuito en todos los medios de comunicación social de propiedad del Estado, en atención a que hasta entonces el Estado no había cumplido con establecer la regulación reglamentaria de dicho derecho, el cual se encontraba declarado en los artículos 70 y 71 de la Constitución de 1979. Dicho proceso concluyó en sustracción de la materia, en razón a que durante su tramitación se

dictó la correspondiente norma reglamentaria.

Posteriormente la omisividad ha sido cuestionada por su carácter relacional para afectar un derecho constitucional. En ese contexto, si bien la norma faltante no era exigida por la propia Constitución en los hechos lo terminaba violentando. Así, en ocasión de la acción de amparo presentada en 1992 por la Asociación de Servidores Civiles del Ejército y otros contra el Supremo Gobierno, a raíz de la supuesta omisión legislativa al no cumplirse con reglamentar el artículo 60 del Decreto Legislativo N° 608 expedido el 11 de julio de 1990.

Dicha reglamentación apuntaba a efectivizar la incorporación del personal civil nombrado de los Ministerios de Defensa e Interior en la categoría remunerativa de Oficiales y Subalternos de las mismas instituciones.

Aun cuando la referida acción fue declarada improcedente en atención al carácter programático de la norma, sin embargo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia de fecha 11 de diciembre de 1997 contenida en el Expediente N° 083-92-AA-TC, ha reconocido expresamente la posibilidad de demandar la inconstitucionalidad por omisión legislativa, esgrimiendo “que a la Constitución no solo se le transgrede por lo que se hace, sino por lo que se deja de hacer [...]”.

En el caso Rafael Tejada Goicochea (Expediente N° 09617-2006-PA/TC) dicho ente expuso consideraciones más concretas sobre el tema. Dicho proceso apuntaba a que se extendiese a los magistrados provisionales y suplentes los beneficios económicos establecidos para los titulares en el Decreto de Urgencia N° 114-2001.

Así, declaró que dicho dispositivo legal había generado una omisión relativa, ya que el carácter incompleto de la misma afectaba el principio-derecho de igualdad. Por ende, exhortó a que el Poder Ejecutivo subsane la omisión e incluyese a los magistrados provisionales y suplentes como beneficiarios de dicho dispositivo legal.

Finalmente, en el caso María Elena Choque Choquenayra (Expediente N° 02695-2006-PC/TC) declaró fundada una demanda de cumplimiento, ordenando que ante la acreditada omisión legislativa, el Ministerio de Educación cumpliera con reglamentar los aspectos señalados en la Ley N° 28044; la cual estaba sujeta por propio mandato a una regulación de precisión en el plazo vencido de ciento veinte días.

El Tribunal fijó aquí la regla que debía ampararse en la petición de cumplimiento ante el mandato probadamente expreso de reglamentación omitido por el legislador.

3.5.- Los efectos del control constitucional

La doctrina consigna como consecuencias de la actividad contralora manifestada en una resolución o sentencia, los efectos de la cosa juzgada, la aplicación vinculante y la fuerza de ley.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La cosa juzgada

Dicho concepto garantiza la fijeza y estabilidad de las resoluciones de un órgano constitucional. Es decir, conlleva la asignación calificativa de irrevocabilidad, inmutabilidad e irrevisibilidad de sus determinaciones.

Los efectos de la cosa juzgada se dan en dos planos: formal y material.

La *cosa juzgada formal* hace referencia a la imposibilidad de su revisión en otro proceso distinto y posterior del cual emana.

La *cosa juzgada material* hace referencia a la imposibilidad de restarle eficacia a la parte dispositiva o sustancial de la resolución.

b) La aplicación vinculante

Dicho concepto garantiza la exigibilidad de su cumplimiento tanto a las partes intervinientes en un proceso constitucional como a los órganos estatales y ciudadanía *in genere*.

El carácter vinculante de sus efectos corre a partir de la fecha de su publicación en el diario oficial.

Ahora bien, la asignación calificativa descrita no obsta para que con posterioridad a la publicación de la resolución o sentencia, en caso aparecieran nuevas situaciones de hecho, inéditos elementos de juicio o cambio de las circunstancias, el órgano contralor pueda estimar de manera distinta la relación existente entre una ley y la Constitución.

c) La fuerza de ley

Dicho concepto hace patente la residual actividad legislativa que tienen privativamente los órganos contralores-jurisprudenciales; ha-

bida cuenta que tras la declaración estimatoria de una acción de inconstitucionalidad se deja sin efecto y valor jurídico una ley o norma con fuerza de ley.

En razón a lo expuesto, es dable señalar que las sentencias dictadas en el marco de un control de constitucionalidad abstracto, no pueden ser revocadas por los órganos de justicia ordinaria; así como que tampoco pueden ser afectadas por la expedición de una ley o norma con fuerza de ley posterior que contravenga sus fundamentos o determinaciones jurídicas.

La declaración de inconstitucionalidad de una ley o norma con fuerza de ley, acarrea la abrogación implícita de todas las demás que se opongan a lo establecido en la sentencia.

Cabe señalar que dicha sentencia forma parte de la pirámide jurídica debiendo colocársele categorialmente al nivel jerárquico de la ley o normas con rango de ley; ello en razón a los efectos abrogatorios que contiene.

Igualmente, debe añadirse que por tener fuerza de ley genera que su cumplimiento tenga el carácter de *erga omnes*.

Ahora bien, tal y conforme lo establece el Tribunal Constitucional en el caso Colegio de Abogados de Cuzco (Expediente N° 00004-2004-AI/TC) la declaración de inconstitucionalidad a diferencia de la derogación; anula por completo la capacidad regulatoria de las normas expulsadas del ordenamiento jurídico (como se conoce la norma objeto de derogación puede tener efectos ultractivos).

3.6.- La jurisdicción constitucional y los procesos constitucionales

Denomínase como tales al conjunto de actos reglados ejecutables ante un órgano jurisdiccional con competencia para conocer los conflictos de naturaleza constitucional. Estos pueden ser empleados para la defensa de los derechos fundamentales de la persona o la defensa de la unidad, jerarquía y coherencia del orden jurídico nacional.

3.6.1.- Los fines de los procesos constitucionales

La Constitución expone un conjunto de valores, principios, categorías, instituciones y normas que modelan un tipo de sociedad política y que, por ende, reconoce, protege y promueve el efectivo goce de los derechos fundamentales de la persona, así como regula la organi-

zación, funcionamiento y competencias del Estado.

A trasluz la Constitución posibilita la construcción jurídica de un orden político-jurídico; de allí que diseñe normativamente un tipo de existencia y coexistencia social y asegure la “vivencia” práctica de determinados derechos inherentes a los miembros de un grupo humano adscrito al Estado. Esto último se hace extensible en lo que corresponde a las personas que por cualquier motivo se encuentran dentro del territorio estatal.

La Constitución como un conjunto normativo es la base para justificar y ordenar la actuación del cuerpo político; amén de fuente suprema del reconocimiento de la relación entre autoridad pública y persona humana. Asimismo, es póliza de salvaguarda de la dignidad de la persona.

En ese contexto, la jurisdicción constitucional, se rige por un sistema procesal que de un lado, promueve la defensa de la unidad, jerarquía y coherencia del orden jurídico nacional; y, del otro, la defensa de la persona.

En el primer caso la responsabilidad teleológica de hacer respetar la primacía de la Constitución sobre el resto de las normas consignadas en el orden jurídico que este crea, puede generar que el Poder Judicial declare la inaplicación de un precepto elaborado al margen del *íter* procedimental que corresponde o por un contenido incompatible con su cuadro de valores, principios o regulaciones preceptivas. Por las mismas razones cabría que el Tribunal Constitucional declare la anulación de la vigencia normativa.

En el segundo caso la responsabilidad teleológica de hacer respetar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales puede generar que el órgano jurisdiccional haga cesar la amenaza de violación o el restablecimiento del goce de un derecho fundamental. Más aún, cabe que en supuesto que la agresión hubiere devenido en irreparable se disponga que tal situación no vuelva a ocurrir y hasta viabilice la vía penal para la determinación de pena que corresponda.

De manera genérica los fines esenciales que se persigue alcanzar con el establecimiento de los procesos constitucionales, se resumen en los dos siguientes:

- a) Garantizar la primacía de la Constitución.
- b) Garantizar la vigencia plena de los derechos constitucionales.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional en el caso Mario Urrelo Álvarez (Expediente N° 2209-2002-AA/TC) ha señalado que “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella”. Asimismo, en el caso Maximiliano Villanueva Valverde (Expediente N° 0168-2005-AC/TC) ha consignado que “el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en el ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos [...], procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no basta que una norma de rango legal o administrativo sea aprobada cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución [...] y que tengan vigencia; es indispensable, también que aquellas sean eficaces”.

De otro lado, en el caso César Tineo Cabrera (Expediente N° 1230-2002-HC/TC) expuso que los derechos constitucionales por tener “la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo”.

Debe señalarse que el Tribunal Constitucional en el caso Hoja de Coca (Expediente N° 020-2005-PI/TC) ha señalado que el proceso de inconstitucionalidad presenta una doble dimensión.

La *primera con carácter objetivo y principal* apunta a la defensa del orden constitucional.

En ese contexto se lleva a cabo un juicio de compatibilidad abstracta entre dos fuentes de distinta jerarquía. Así, la Constitución actúa como parámetro y las leyes o normas con rango de ley devienen en fuentes sometidas a control.

La *segunda con carácter subjetivo y subsidiario* apunta a la vigencia efectiva y concreta de los derechos contenidos en la Constitución.

En ese contexto, es verificable que el órgano de control al momen-

to de evaluar la constitucionalidad de las normas, debe ingresar a una aproximación clara e inequívoca con los supuestos concretos en los que estas han sido o pueden ser aplicadas.

En resumen, la dimensión objetiva de los procesos constitucionales acompaña la expresión de una dimensión subjetiva.

3.6.2.- Los procesos para la defensa de los derechos fundamentales de la persona

Estos comprenden a aquella parte del sistema que tienen por objeto cautelar y asegurar la vigencia plena del conjunto de facultades o atribuciones derivadas de la dignidad de la persona; y, que, por tales se convierten en la razón de ser de la creación y existencia del cuerpo político.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) El proceso de hábeas corpus

Dicho proceso se promueve a raíz de un hecho u omisión de hecho perpetrado ya sea por un funcionario público o por una persona natural o jurídica de derecho privado que implique una amenaza o violación de la libertad individual o los derechos conexos al de aquella, cuya afectación se genere como consecuencia directa de una situación o restricción de dicho derecho.

El Tribunal Constitucional en el caso Félix Regalado Idrogo (Expediente N° 09057-2005-HC/TC) ha señalado que “el hábeas corpus se entiende vinculado [...] a la protección del derecho fundamental a la libertad personal y a un núcleo duro de los derechos fundamentales que se concentran en torno a dicho derecho, tales como el derecho a la seguridad, la libertad de tránsito y la integridad personal”. Asimismo, en el caso Alfonso Orrego Moreno (Expediente N° 04900-2005-HC/TC) señaló que si bien “el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso [...] (sin embargo) habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora, tras la imposición en la sentencia condenatoria de determinadas reglas de conducta, el Tribunal Constitucional tiene competencia *ratione materiae* para evaluar la legitimidad constitucional de los actos judiciales considerados lesivos [...]”.

b) El proceso de amparo

Dicho proceso se promueve a raíz de un hecho u omisión de un hecho perpetrado por un funcionario público o por una persona natural o jurídica de derecho privado que implique una amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución, salvo aquellos que se encuentran protegidos por el hábeas corpus y el hábeas data. Asimismo, se extiende su uso a los casos de afectación de derechos por aplicación de normas autoaplicativas.

El Tribunal Constitucional en el caso Inversiones Dream S.A. (Expediente N° 02302-2003-AA/TC) ha señalado que “procede el proceso de amparo cuando el acto lesivo es causado por normas autoaplicativas, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma [...]”.

c) El proceso de hábeas data

Dicho proceso se promueve a raíz de un hecho u omisión de un hecho perpetrado por un funcionario público o por una persona natural o jurídica de derecho privado que implique una amenaza o violación de los derechos de acceso a la información que obra en la administración pública y dentro de ese contexto, el derecho a la intimidad personal y familiar.

El Tribunal Constitucional en el caso Luis Távara Martín (Expediente N° 0666-1996-HD/TC) ha señalado que “en puridad constituye un proceso al que todo justiciable puede recurrir con el objeto de acceder a los registros de información almacenados en centros informáticos o computarizados, cualquiera sea su naturaleza, a fin de rectificar, actualizar o excluir determinado conjunto de datos personales, así como impedir que se propague información que pueda ser lesiva al derecho constitucional a la intimidad”.

d) El proceso de cumplimiento

Dicho proceso se promueve a raíz de la renuencia de un funcionario público a acatar lo establecido en una norma legal o un acto administrativo.

El Tribunal Constitucional en el caso Maximiliano Villanueva Valverde (Expediente N° 00168-2005-AC/TC) ha señalado que “El acata-

miento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto [...] apunta a proteger la eficacia de las normas legales y actos administrativos.

[...] en caso de renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán a través de este proceso, un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia”.

3.6.3.- Los procesos para la defensa de la unidad, jerarquía y coherencia del orden jurídico nacional

Dichos procesos comprenden a aquella parte del sistema que tiene por objeto que las normas obtengan y mantengan su vigencia y aplicación con sujeción a los principios de constitucionalidad y legalidad.

La Constitución en la medida que contiene normas jurídicas, es fuente del derecho. Como bien expone Francisco Balaguer Callejón [*Fuentes del derecho*. Tomo II. Madrid: Tecnos, 1992] esta contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de las normas.

La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción de las restantes, y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal como fuente suprema crea los órganos encargados de la producción normativa; otorga competencias materiales; determina los procedimientos para su elaboración; establece sus límites materiales; e impone y condiciona los contenidos normativos del orden jurídico estatal.

El orden jurídico estatal se conceptualiza como una pluralidad sistemática de normas aplicables en el territorio nacional y se caracteriza por su normatividad sistémica. Así, implica un conjunto de preceptos vigentes vistos en su ordenación formal y en su univocidad de sentido.

Dentro de todo ordenamiento existe un conjunto de conexiones entre diferentes proposiciones jurídicas, más aún lo constitucional y legal deviene en una normatividad sistémica ya que los citados enlaces constituyen una exigencia lógico-inmanente o lógico-material del sentido mismo de las instituciones constitucionales y legales.

En puridad, una norma jurídica solo adquiere sentido de tal por su adscripción a un orden. Por tal consideración, cada norma está con-

dicionada sistémicamente por otras. El orden es la consecuencia de una previa construcción teórica instrumental; la cual aparece en los principios, valores y preceptos constitucionales.

El orden jurídico estatal conlleva a la existencia de una normatividad sistémica, pues el derecho es una totalidad, es decir, un conjunto de normas entre las cuales existe tanto unidad como disposición ordenada. Por ende, se le puede conceptualizar como el conjunto o unión de normas dispuestas y ubicadas jerárquicamente respecto a una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí.

Esta normatividad se rige bajo el criterio de la unidad, ya que se encuentra constituida sobre la base de un escalonamiento jerárquico, tanto en la producción como en la aplicación de sus determinaciones.

De lo dicho, fluye que el orden jurídico estatal descansa en la coherencia normativa. Dicha noción implica la existencia de la unidad del mismo, lo que, por ende, indica la existencia de una relación de armonía entre todas las pautas legales que lo conforman.

Asimismo, al contener la Constitución un conjunto de normas supremas que irradian y esparcen sus principios, valores y contenidos a todas las demás pautas jurídicas del orden jurídico, el contenido de jerarquía deviene en el canon estructurado del mismo.

El criterio de jerarquía implica el sometimiento de la actividad normativa de los poderes constituidos (Ejecutivo y Legislativo) a la Constitución. Consecuentemente, como bien afirma Tomás Requena López [*El principio de jerarquía normativa*. Madrid: Civitas, 2004] es la imposición de un modo de organizar las normas vigentes en un Estado, consistente en hacer defender la validez de unas sobre otras. Así, una es jerárquicamente superior a otra cuando la validez depende de aquella.

La jurisdicción constitucional de la unidad, jerarquía y coherencia del orden jurídico comprende las garantías o procesos siguientes:

a) El proceso de inconstitucionalidad

Dicho proceso se promueve contra las leyes o normas con rango de ley (decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales), por contravención de la Constitución en la forma de elaboración-aprobación o por el contenido o fondo de los mismos.

También cabe su interposición contra los decretos leyes.

El Tribunal Constitucional en el caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos (Expediente N° 0010-2002-AI/TC) ha señalado que: “En efecto, el Tribunal no solo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la competitividad constitucional de los decretos leyes, pese a que no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, sino que además, ha entendido implícitamente, que las normas comprendidas en dicho dispositivo constitucional solo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control de una acción de inconstitucionalidad [...]. El Tribunal Constitucional es, pues, competente para determinar la constitucionalidad de los decretos leyes impugnados, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad (artículo 1 de la L.O.T.C.)”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el caso José Clever Nina-Quispe Hernández (Expediente N° 0047-2004-AI/TC) ha establecido que los decretos leyes se encuentran adscritos a la segunda categoría normativa de la pirámide jurídica nacional; es decir, que están a nivel de las leyes o normas con rango de ley.

b) El proceso de acción popular

Dicho proceso se promueve por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

c) El proceso competencial

Dicho proceso se promueve cuando aparecen conflictos que se suscitan sobre las competencias o atribuciones asignadas expresa y directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales. Dicho conflicto puede ser de naturaleza positiva, de naturaleza negativa, por omisión de cumplimiento de acto obligatorio o por menoscabo.

El Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Expediente N° 006-2006-PC/TC) ha señalado que el *conflicto de competencias o atribuciones es positivo* cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan entre sí,

una competencia o atribución constitucional.

El *conflicto de competencias o atribuciones es negativo* cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional.

El *conflicto de competencias por omisión en cumplimiento de acto obligatorio* se configura cuando un órgano actúa desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional. En este caso no se trata de la disputa por titularizar o no titularizar una misma competencia o atribución, sino que ante el hecho de soslayarse un deber constitucional o de relevancia constitucional, un órgano termina afectando el debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro. Tal el caso en que se declaró fundada la demanda presentada por el Banco Central de Reserva contra la Superintendencia de Banca y Seguros, al que imputaba había afectado sus competencias al omitir la solicitud de entrega de una opinión previa al acto de autorización o denegación de la transformación del CITIBANK N.A. Sucursal de Lima en CITIBANK DEL PERU S.A. (Expediente N° 005-2005-CC/TC).

El *conflicto de competencias por menoscabo* se configura por el modo procesal y sustancial como se ejerce una competencia o atribución constitucional. En tal supuesto la materia de controversia gira en torno al hecho de cómo una competencia o atribución –cuya titularidad no se discute– está siendo ejercitada; ello siempre que en la ilegítima modalidad de su ejercicio devenga en una lesión de atribuciones constitucionales ajenas, por acortamiento de las mismas. Tal el caso en que se declaró fundada la demanda del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial por el ejercicio de la función jurisdiccional con menoscabo de las atribuciones concedidas al Poder Ejecutivo en el inciso 1 y 9 del artículo 118 de la Constitución (resoluciones judiciales recaídas en procesos de amparo relacionadas con los casinos, casas de juego y máquinas tragamonedas, Expediente N° 006-2006-PC/TC).

3.7.- La jurisdicción constitucional y las tendencias interpretativas

El control de la constitucionalidad descansa significativamente en la interpretación del texto constitucional; habida cuenta que el ejercicio contralor guarda significativo entroncamiento con el acto de asignación o de develación del sentido que tiene la normatividad supra.

En dicho contexto la doctrina reconoce dos posiciones antitéticas, a saber: la posición *self restraint* o de autorestricción y la posición *activist judicial* o de activismo judicial.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La posición *self restraint* o de autorestricción

Dicha postura es defendida por la doctrina y la magistratura calificada de tradicionalista. En ella se plantea que la interpretación constitucional debe llevarse a cabo tal y conforme fue la intención y voluntad prístina del legislador constituyente.

En ese sentido, se preconiza un textualismo manifiesto, en donde la magistratura se limita a “aplicar” la Constitución y obsta en modo alguno a intentar “modificarla” con sus propios pareceres. Ello en razón a que considera que esta tiene un significado propio; y, por tanto, es independiente de sus intérpretes.

Por ende, no resulta admisible la existencia de opciones exegéticas discrecionales, ya que en esta posición solo cabe una sola respuesta constitucional: la que emana de la intención y voluntad del legislador constituyente.

El juez supremo norteamericano Roger Taney señaló en el caso *Dred Scott vs Sandford* (1856), que, mientras la Constitución permanezca inalterada, esta deberá ser interpretada tal y como fue concebida en el momento de su aprobación y “mientras siga existiendo en su forma original, hablará no solo con sus mismas palabras sino con el mismo sentido y la misma intención con que habló cuando salió de las manos de sus creadores [...]”.

Néstor Pedro Sagüés [*Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2001] comentando tal orientación señala que “si un tribunal se aparta del mensaje del constituyente histórico, invade en verdad competencias de este y atenta contra la soberanía popular, que encomendó al constituyente, y no al juez, la sanción y la reforma de la Constitución”.

Al respecto, Christopher Wolfe [*La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1991] señala que una actividad contraria a lo anteriormente anotado haría que la Constitución devenga en un objeto de cera expuesto a “las manos de quienes la aplican”.

La autorrestricción privilegia la interpretación gramatical y la orientación subjetivista de “huaquear” en los anales legislativos hasta encontrar la voluntad del legislador constituyente; por consiguiente, es remisa a aceptar el vigor del derecho consuetudinario; e impele a la magistratura a limitarse a solo cubrir ciertas lagunas de la Constitución.

b) La posición activista judicial o de activismo judicial

Dicha postura es defendida por la doctrina y la magistratura calificada de innovadora. En ella se plantea que la Constitución posee contenidos cambiantes conforme a las mutaciones sociales y políticas; es, por ende, un texto viviente y no un documento solemnemente óbito.

Los adeptos a esta postura advierten que el texto fundamental es una suerte de instrumento de gobierno, que inquiere, por dicho efecto, su adaptación a la realidad concreta. Así pues, por ser una creación totalizadora, progresiva y palpitante de un proyecto de vida en común, debe encontrarse permanentemente impregnada de “realidad”. Se estima que a raíz de su normatividad elástica y genérica es posible que la magistratura le asigne en el tiempo “nuevos” significados.

En puridad, existe una cierta inclinación a considerar positivamente la tesis de Eugen Elrich [Citado por Segundo Linares Quintana. *La Constitución interpretada*. Buenos Aires: Depalma, 1960], en el sentido que “en la vida diaria el pueblo depende mucho más de las personas encargadas de aplicar el derecho que de los principios de acuerdo con los cuales es aplicado”.

El activismo jurídico privilegia la interpretación histórica evolutiva y la orientación objetivista de desvincular la voluntad del legislador constituyente de la propia Constitución; la cual una vez aprobada cobra un soplo de vida autónoma.

Tal como afirma Alberto B. Bianchi [*El control de la constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, 2001], en la praxis, un Tribunal Constitucional será autorrestrictivista o activista jurisdiccional, según sea la posición ideológica del conjunto de sus miembros, ya sea ante la Constitución como un todo o en su disección por partes.

Pues bien, Alberto B. Bianchi fundamenta dicha opinión en función a los votos singulares de dos grandes miembros de la Corte Su-

prema Norteamericana: Oliver Wendell Holmes y Lewis D. Brandeis. En dichas fundamentaciones aparecen adhesiones a posturas autorre restrictivas o de activismo jurídico, según exista adhesión o rechazo ideológico a la parte de la Constitución objeto de análisis interpretativo. Sobre la materia no debe olvidarse que todo texto constitucional es fruto de una transacción o acuerdo político entre distintas fuerzas políticas.

Así, el progresista Holmes en el caso *Lochner vs New York* –en donde se debatía el establecimiento de la jornada de trabajo semanal en las panaderías– apoyó con su voto la declaratoria de constitucionalidad de la ley postulando una posición autorre restrictivista; en cambio en el caso *Gitlow vs. United States* en donde se debatía la condena de un militante político en función a una norma dictada por la legislatura estadual de New York, formuló un voto singular en contra amparándose en una concepción de activismo jurídico.

Asimismo, el conservador Lewis D. Brandeis en el caso *Aswander vs. Tenesse Valley Authority* –en donde accionistas de una compañía demandaban contra esta para evitar que cumpliera una ley que consideraban inconstitucional– expuso un voto singular en donde sostenía que la Corte Suprema no podía formular una regla de constitucionalidad más amplia que la requerida por los hechos precisos a los cuales a de aplicarse; en cambio en el caso *United States vs. Maryland* señaló que “la Constitución no era una camisa de fuerza [...] por consiguiente a de crecer y expandirse”.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que la intención del legislador constituyente debe ser tomada en cuenta en la asignación de los significados normativos, en la medida que la realidad que él conoció se mantenga estable; caso contrario cabe una nueva construcción normativa.

La renovada interpretación debe seguir siendo fiel a los valores consagrados en la Constitución; y desde allí debe promover una jurisprudencia constitucional progresista y armoniosa con la realidad siempre dinámica.

Asimismo, estimamos que el activismo jurídico tiene “espacios mayores” en los casos de situaciones de inestabilidad o debilidad institucional, así como para la conjuración de anómalas circunstancias en materia social y económica. Al respecto, es constatable que la

experiencia jurisprudencial de los Estados Unidos y Alemania han avanzado positivamente en ese sentido.

Por consiguiente, cabe admitir la existencia de una posición de *eficacia funcional*, en donde se plantea que la autorrestricción es la regla y el activismo judicial es la excepción, siempre que en este último caso se acredite la mutación de la realidad originaria que conoció el legislador constituyente o que se “viva” una situación de anormalidad o debilidad institucional o socio-económica.

3.8.- La jurisdicción constitucional y la denominada cuestión política

En la doctrina y jurisprudencia constitucional se ha establecido la exclusión de ciertos actos gubernamentales del control de constitucionalidad, en razón a que estos implican una *cuestión política*.

Como bien sabemos, lo político tiene que ver con los fenómenos relacionados con los fundamentos, organización, ejercicio, objetivos y dinámica del poder de mando y disposición dentro de una colectividad.

Como tal tiene que ver con la práctica del gobierno de un pueblo. Por ende, involucra las nociones de autoridad y sujeción autorizada en el seno de una comunidad, en aras de alcanzar y sostener un orden de convivencia libre y en lo posible justo.

El acto político es imprescindible para la gestación y consolidación de un orden político. Mediante este, el Estado de manera unilateral, promueve medidas eficaces para el logro de los intereses supremos de la Nación. Ello supone una apreciación subjetiva de los aspectos a afrontarse y las consecuencias a producirse.

Dicha manifestación es expresión concreta del poder discrecional del gobernante; el cual se fundamenta en una autorización expresa o implícita de la Constitución. Esto implica tener en cuenta la oportunidad y conveniencia de la acción política en aras de salvaguardar los intereses del cuerpo político.

Este poder discrecional indica libertad de arbitrio en la toma de decisiones sobre determinados asuntos.

El Tribunal Constitucional en el caso Juan Carlos Callegari Herazo (Expediente N° 0090-2004-AA/TC) ha señalado que los actos del Estado pueden ser calificados de discrecionalidad mayor, intermedia y menor.

Los actos de discrecionalidad mayor tienen naturaleza política y son aquellos en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acortado o restringido por concepto jurídico alguno.. Por ende, el ente político dotado de competencias no regladas se encuentra en la facultad de optar plenariamente.

Dicho tipo de discrecionalidad, está solo sujeto al control político.

La cuestión política se refiere a lo esencial, básico y primordial para la vida misma de la comunidad política.

Denomínese como tal a aquella decisión vinculada expresa y directamente con la dirección política del Estado. Dicho acto ostenta una naturaleza suprema en virtud que manifiesta la voluntad de un órgano político -Ejecutivo o Legislativo- a efectos de crear, regular, modificar o extinguir una relación de poder.

Samuel Warren [Citado por Segundo Linares Quintana. ob. cit.] señala que la cuestión política hace referencia “a aquellas situaciones que, bajo la Constitución son decididas por el pueblo en su capacidad soberana, o que han sido delegadas a la completa discreción de los departamentos ejecutivo o legislativo”.

Lucio Pegoraro [*Lineamientos de la justicia constitucional comparada*. Turín: Coiappichelli, 1998] sostiene la imposibilidad jurídica de acceder a una definición concreta, ya “que la razón que la sustenta es circular: las cuestiones políticas son los asuntos sin solución en el proceso judicial; los asuntos sin solución en el proceso judicial son cuestiones políticas”.

Los actos conformantes de la denominada cuestión política quedan a merced de decisiones discrecionales de las autoridades del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, respectivamente. En efecto, existen aspectos vinculados con la actividad estatal que por disposición expresa de la Constitución han de ser decididos por los representantes del pueblo en su capacidad soberana, a los cuales les ha sido conferida la potestad de decidir excluyentemente con el solo resguardo de su propia sensatez, prudencia, tino, inteligencia o agudeza.

La adopción de determinada medida comprendida como “cuestión política” está librada a los criterios de oportunidad, conveniencia, necesidad y utilidad que el propio Ejecutivo o Legislativo establezca según sea la competencia constitucional asignada.

Tales decisiones no se vinculan inmediata o directamente con los

derechos subjetivos de los ciudadanos; ergo, no fija para ellos consecuencias jurídicas que los afecten de manera contigua, propinqua o inminente.

La teoría fue enunciada primigeniamente en los tribunales ingleses con el objeto de enervar que las materias relacionadas con la monarquía pudiesen ser objeto de intervención judicial.

Entre los antecedentes de esta materia pueden citarse los casos del tercer duque de York vs. Enrique VI (Inglaterra), Jonathan Robbins vs. Estados Unidos (Estados Unidos), Marbury vs. Madison (Estados Unidos), Luther vs. Borden (Estados Unidos) y Cullen vs. Llerena (Argentina).

Al respecto, veamos lo siguiente:

El tercer duque de York promovió en 1460, un juicio contra el rey Enrique VI (1422-1480). La litis se centró en solicitar a la Corte la declaración de legitimidad para ocupar el trono de Inglaterra.

Dicho conflicto surgió en el contexto de la célebre lucha entre las casas de los Yorks y los Lancaster al inicio de la “Guerra de las Rosas”; la cual recibió esa denominación en razón a que la casa de los Yorks se identificaba emblemáticamente con una rosa roja, en tanto que la casa de los Lancaster lo hacía con una rosa blanca.

Ambas dinastías procedían de un tronco común: Eduardo III (1327-1377). La historia registra que los Yorks fueron alejados del poder monárquico a consecuencia del derrocamiento parlamentario de Ricardo II, en favor de su primo Enrique de Lancaster (Enrique V, r. 1413-1422).

El tercer duque de York sostuvo ante la Corte que tenía derecho preferente a la corona, en virtud a que el descendía por línea directa del tercer hijo de Eduardo III; en tanto que el rey emplazado era descendiente del cuarto de dicha prole.

Sobre la materia, la judicatura señaló que “esta no se atrevería a entrar en ninguna dilucidación respecto a ello, porque incumbía a los lores del rey –el Parlamento– tomar conocimiento de estas materias y mediar en ellas”.

Debe advertirse que el conflicto entre ambas dinastías concluyó en 1485, con el ascenso al trono del Lancaster Enrique VII y su posterior casamiento con Isabel de York; asegurándose así la unión de dichas

dinastías. Con tal propósito la monarquía adoptó la denominación de dinastía Tudor.

En los Estados Unidos fue enunciada por primera vez en el caso del marino Jonathan Robbins (1801). Allí el juez John Marshall convalidó la decisión adoptada por el Presidente John Adams de extraditar hacia Inglaterra a una persona condenada por asesinato en alta mar.

En dicha sentencia se consignó que “El Presidente es el único órgano de la Nación en sus relaciones exteriores, y su único representante ante las naciones extranjeras. Como consecuencia, cualquier acto que se desempeñe se realizará exclusivamente a través de él”.

En el caso *Madison vs. Marbury* en 1803, el propio juez John Marshall señaló en relación a la facultad discrecional para nombrar a ciudadanos en importantes cargos públicos que “por la Constitución de los Estados Unidos, el Presidente está investido con algunos importantes poderes políticos, en el ejercicio de los cuales debe usar su propia discreción y es responsable ante su país solamente en su carácter político y ante su propia conciencia”.

Más aún, expresó que “La competencia de la Corte es solamente, para decidir sobre los derechos de los individuos, no para inquirir cómo el Poder Ejecutivo desempeña sus deberes, en los cuales tiene completa discreción”.

En el caso *Luther vs. Borden* en 1849, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que “revisar la legitimidad del grupo gobernante en Rhode Island era una cuestión política ajena a la jurisdicción del Tribunal”.

Al respecto, es del caso comentar que la legislatura del Estado de Rhode Island para hacer frente a una intentona de golpe de Estado promovido por un ciudadano de apellido Dorr, declaró la ley marcial en todo el territorio.

Dicha situación se generó a raíz de la aplicación de una antigua ley electoral que se apoyaba en el restrictivo criterio censitario (económico); y, por ende, antidemocrático.

Como consecuencia de dicha decisión, un grupo de milicianos irrumpió en la casa de Martin Luther acusado del delito de traición.

Luther demandó al Estado de Rhode Island en la persona de un cuestionado funcionario de apellido Borden, por los daños materiales

ocasionados en su casa, a raíz de la violenta incursión de los milicianos. Asimismo, argumentó que el gobierno estadual era ilegal y solicitó que se dispusiera la intervención del gobierno federal, en aplicación de la cláusula de garantía prevista en el artículo 4 sección cuarta de la Constitución de 1787.

En el caso Cullen vs. Llerena en 1893, la Corte Suprema Argentina fue la primera en América Latina en afiliarse a dicha doctrina. Al respecto, es dable consignar que durante la presidencia de Luis Sáenz Peña (1892-1895) se generalizaron enfrentamientos entre la facción roquista de derecha y la facción radicalista de izquierda. En ese contexto, se produjeron revueltas en las provincias de Buenos Aires, San Luis y Santa Fe. En esta última un grupo de facciosos destituyó al gobernador Cafferata y lo reemplazó por Mariano Candiotti; el cual se autodesignó como gobernador provisional.

El Presidente Luis Sáenz Peña estableció el estado de excepción y designó a Baldomero Llerena como interventor de la provincia de Santa Fe.

En ese contexto, Joaquín Cullen promovió una acción judicial en supuesta representación de la provincia de Santa Fe, propugnando la restitución del gobierno provisional autoinstituido por Mariano Candiotti.

La Corte Suprema consideró que “la intervención nacional en las provincias [...] es un acto político por naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación sin ningún tipo de participación del Poder Judicial.

[...] se pretende expresamente el restablecimiento del Gobierno provisorio que representa el poder político de la Provincia y que se mande suspender la intervención que se realiza en ella por el Poder Ejecutivo en cumplimiento de una ley; reclama una decisión de carácter general, que comprenda todo el régimen de Gobierno de la provincia de Santa Fe, una sentencia de naturaleza política y de efecto puramente político, controlando y revocando disposiciones y actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo de la Nación, en materia de la exclusiva competencia de dichos poderes; lo que se encuentra fuera de las atribuciones de esta Corte.

[...] cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando

ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente”.

En el derecho europeo aparece una figura similar por sus consecuencias, conocida como *acte de gouvernement* o acto de gobierno; la cual también se encuentra excluida del control jurisdiccional.

La noción de acto de gobierno aparece en Francia a raíz del caso Lafitte, durante la restauración borbónica de Luis XVIII en 1822. Al respecto, el Consejo de Estado rechazó un recurso presentado por el banquero Jacques Lafitte que exigía la liquidación de una serie de pagos atrasados de una renta asignada a la princesa Borghese, integrante de la familia Bonaparte, alegando que “el reclamo [...] se refiere a una cuestión política, cuya decisión corresponde exclusivamente al gobierno”.

Es del caso señalar, que Napoleón Bonaparte había otorgado a la princesa Borghese una renta de 670,000 francos. Esta posteriormente vendió dicho crédito a favor del citado banquero.

La derrota de Napoleón en Waterloo (1815) ocasionó que el Estado dejase de pagar dicho crédito. Un año después, mediante una ley expedida por Luis XVIII, se privó a la familia del otrora victorioso general gobernante de todos los bienes recibidos a título gratuito.

El banquero Laffite había solicitado el reembolso de todos los créditos no pagados hasta la dación de la Ley de 1816.

Posteriormente en 1867, aparece el caso del duque Duc d’Aumah durante el gobierno del emperador Napoleón III; en donde el embargo y la posterior negativa de restitución de los ejemplares de un libro escrito por un enemigo político del emperador –pretendiente al trono de Francia y exiliado– fueron considerados “como ‘actos políticos’, los que, por su naturaleza, no son susceptibles de ser defendidos por abuso de poder ante nuestro Consejo de Estado por vía contenciosa”.

Dicho ente se declaró incompetente para resolver la controversia planteada contra el Poder Ejecutivo amparándose en que el acto cuestionado respondía a un móvil político; por ende, no justiciable.

De lo expuesto se colige que los órganos Ejecutivo y Legislativo por tener a su cargo la dirección o marcha política del Estado, no deben ser objeto en sus específicos campos de acción, de la intervención judicial, en la misma medida que estos no deben interferir en los procesos de administración de justicia.

En ese orden de ideas, se expone que así como tras la decisión final en un proceso judicial no cabe revisión alguna por parte de otro ente estatal; en los asuntos de estricta naturaleza política tampoco cabe intervenir jurisdiccionalmente tras una decisión final sobre dicha materia.

A nuestro entender, si bien es correcto aceptar que en el ejercicio de sus competencias políticas. El Ejecutivo y el Legislativo tienen capacidad para decidir en algunas materias con arreglo a su propia discrecionalidad, juicio de valor y sentido de prudencia; no es menos cierto que a la jurisdicción constitucional le corresponde pronunciarse sobre la existencia, extensión, forma de manifestación y cumplimiento de formalidades procesales.

En puridad, es más fácil exponer la doctrina referida a que la cuestión política es aquella que escapa del dominio jurisdiccional, que determinar con precisión los asuntos que quedan dentro de dicha esfera.

Como bien afirma Alberto B. Bianchi [ob. cit.] “las cuestiones políticas [...] luego de casi dos siglos de desarrollo jurisprudencial y doctrinario, no constituyen en sí mismas un grupo cerrado y homogéneo de decisiones. Por el contrario, integran un listado en donde constantemente se producen altas y bajas”.

Alberto Spota [*Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*. Buenos Aires: Depalma, 1991] consigna que el ordenamiento jurídico establece el señalamiento de una conducta debida y enuncia una sanción en caso de incumplimiento de dicha proscripción, de forma tal que la coacción efectivizada se constituye en el elemento esencial de *lo jurídico*. Por el contrario, en la cuestión política surge el arbitrio, como atributo para decidir discrecionalmente entre una pluralidad de opciones, produciendo respuestas eficaces en la superación de los desafíos o incitaciones recibidas por el poder político.

En realidad la cuestión política alude a decisiones no regulares en su determinación. Hace referencia a acciones creadoras, a fuentes de cambio impulsoras de lo novedoso que condicionan su existencia a los imprevistos de la tarea gubernamental. Por ello exige un margen de discrecionalidad.

Como bien afirma César Landa Arroyo [“Justicia constitucional y political questions”]. En: *Pensamiento Constitucional*, Año VII, N° 7. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial,

2000] la calificación de un proceso constitucional como político o no, no tiene una definición a priori, sino casuístico; ello en la medida que, la política opera con categorías decisionistas, acordes con el Zeigeist –espíritu del tiempo– de cada época y país, aunque dentro del marco político y jurídico del régimen democrático y constitucional.

Ricardo Haro [“Las cuestiones políticas: ¿Prudencia o evasión judicial?”. En: *Estudios de homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio*. Tomo I. México: UNAM, 1988] expone que “existe justiciabilidad en todo aquello en que la norma jurídica ha regulado de tal forma la cuestión, que en menor o mayor medida, pueda realizarse el juicio cierto, concreto y objetivo, que permita declarar alguna violación a la regulación legal o constitucional. Dicho de otra forma, existe justicialidad respecto de todo el ámbito de lo normado y en toda la hondura de lo normado, pero nunca más allá de lo normado”.

A la fecha la jurisprudencia ha establecido gruesamente cuatro grandes grupos de actos excluidos total o parcialmente del control jurisdiccional, a saber: la política exterior y relaciones internacionales; la defensa nacional y régimen interior; el derecho de gracia; y los asuntos diversificados.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *Las cuestiones políticas en materia de política exterior y relaciones internacionales*

La política exterior implica la conducción y establecimiento de líneas de acción dentro del concierto de las naciones, relativas a las vinculaciones de carácter económico-financiero, al comercio y a la acción política, a efectos de garantizar o reformular el orden político, económico, social e internacional.

Las relaciones internacionales aluden a la dirección de la política internacional en lo atinente al reforzamiento específico de vínculos con algunos estados en particular, en atención a razones geográficas, económicas, ideológicas, etc.

En ese contexto aparecen los asuntos en materia de celebración, aprobación, ratificación o denuncia de los tratados, la creación, retiro o cierre de las legaciones diplomáticas, la autorización de las actividades consulares en el país, etc.

b) La cuestión política en materia de defensa nacional y régimen interior

La defensa nacional alude al conjunto de acciones y previsiones que permiten la supervivencia y permanencia del Estado. Ello incluye la integridad de este, así como su unidad y facultad de actuación con autonomía en lo interno y libre de subordinación en lo externo, posibilitando con ello que el proceso de desarrollo nacional se realice en las mejores condiciones.

El régimen interior alude al conjunto de acciones tendentes a vigilar y asegurar la protección de la ciudadanía en lo relativo a su integridad física, moral y patrimonial. Ergo, tiene que ver con la tranquilidad ciudadana y el respeto a las normas de orden público.

En ese contexto, se encontrarían exentas de control jurisdiccional las decisiones relativas a la declaración de guerra, la firma de la paz, el decretamiento del estado de excepción, etc.

c) La cuestión política en materia de derecho de gracia

El derecho de gracia constituye una prerrogativa que tienen los poderes políticos para extinguir la potestad punitiva concedida al Poder Judicial. Debe ser entendido como un acto de benevolencia o beneficio que se otorga como expresión primaria de una potestad soberana. Este derecho tiene las expresiones siguientes: la amnistía, el indulto y la conmutación de penas.

d) La cuestión política en asuntos diversificados

Los asuntos diversificados aluden al conjunto de actos no clasificables en ninguno de los otros grupos; es decir, aparecen como una suerte de "cajón de sastre" de las decisiones políticas del Ejecutivo y del Legislativo.

En ese contexto, se encuentran exentas de control jurisdiccional las decisiones relativas a la concesión de indultos, la conmutación de penas, el otorgamiento de pensiones de gracia, las condecoraciones a nombre de la Nación, etc.

Es dable advertir que la Corte Suprema norteamericana intentó a través del caso Baker vs. Carr (1962) formular un conjunto de criterios generales para delimitar las denominadas cuestiones políticas, a saber:

- a) La calificación de cuestión política aparece cuando se intenta impugnar judicialmente el poder encomendado por el texto fundamental a un órgano constitucional distinto al jurisdiccional.
- b) La calificación de cuestión política aparece cuando el órgano jurisdiccional carece de patrones apropiados para su análisis jurídico.
- c) La calificación de cuestión política aparece cuando las consecuencias jurídicas de la decisión jurisdiccional pudieren generar mayores complicaciones que las surgidas por la discrecionalidad gubernativa.

Dicha orientación jurisprudencial lamentablemente no ha tenido aplicación uniforme.

Desde nuestra perspectiva, todos los actos en principio son justiciables. Ahora bien, por excepción algunas materias pueden ser consideradas como cuestiones políticas, con sujeción a las consideraciones siguientes:

La materia exenta de control debe tratarse de un asunto político por naturaleza; vale decir, que es irrelevante para declarar un hecho como cuestión política, la importancia o significación que revista.

Una decisión política depende de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo o Poder Legislativo en lo relativo a su realización o no realización. Por ende, la existencia fáctica de los requisitos materiales o causas que abren camino al uso de la autorización constitucional para obrar conforme al mero juicio de valor o prudencia gubernamental, queda a criterio exclusivo y excluyente del órgano de poder político dotado de dicha discrecionalidad.

En suma, la determinación de la oportunidad, la conveniencia, la necesidad y la utilidad queda a merced del pleno y absoluto "tacto gubernamental". Así, Ricardo Haro [ob. cit.] expone que "la relación de estas pautas constituye una zona de reserva política, en la que la prudencia política guiará al gobernante, en la búsqueda de los mejores medios para el logro de los objetivos propuestos".

Ahora bien, como hemos expuesto, aun así cabe efectuar sobre estos un residual control jurisdiccional.

Dicha comprobación jurisdiccional de los actos políticos descansa en la revisión del cumplimiento de los aspectos formales que revisten

la decisión política, la extensión de la discrecionalidad y la justificación lógica *in concreto*.

En relación a la primera hipótesis se trata de verificar el proceso de elaboración de la norma que contiene la decisión política o *íter* administrativo previo a la expedición de la misma. Tal el caso del otorgamiento presidencial de una condecoración a nombre de la Nación, sin la previa aprobación del Consejo de Ministros (inciso 22 del artículo 118 de la Constitución peruana); o la concesión de un pedido de indulto sin la preexistencia de la evaluación a cargo de la Comisión Permanente de Calificación de Indultos (Decreto Supremo N° 007-95-JUS).

En relación a la segunda hipótesis, se trata de verificar que la facultad discrecional no haya rebasado objetivamente el ámbito de la materia objeto de examen. Tal el caso de la aplicación de las reglas del juicio político a aquellas situaciones que no tienen dicho carácter (artículos 99 y 100 de la Constitución peruana).

Debe añadirse que la doctrina admite la evaluación de una decisión política cuando no promueve la satisfacción de un interés general, sino el mero beneficio particular o uso antijurídico del poder.

En relación a la tercera hipótesis se trata de verificar la justificación lógica o axiológica de una decisión política en su aplicación concreta a los hechos, conductas y circunstancias que lo ameritan; vale decir, se supervisa el vínculo de causalidad existente entre los motivos que la originaron, la obtención de los fines que se persiguen alcanzar con dicha determinación y su concretización en el ámbito de la casuística. Tal el caso de la necesaria correspondencia que debe existir entre el decretamiento de un estado de emergencia ante la situación de actividad subversiva de un grupo político y el objetivo de pronto restablecimiento del orden público y la paz social. Por ende, sería irrazonable declarar el estado de emergencia para enfrentar los actos terroristas y en la práctica ser utilizado por la fuerza pública para justificar la detención de sospechosos por delitos comunes. En este caso, se habría producido una grave distorsión de los agentes públicos al momento de aplicar una decisión política; la misma que no es cuestionada en su sentido general y abstracto, sino en su irregular concretización de cara a los objetivos perseguidos y en contra de un derecho fundamental reconocido a un ciudadano o grupo de ciudadanos. Asimismo,

sería el caso de un acto expropiatorio destinado a generar expresa, específica y concretamente un beneficio patrimonial a favor de un allegado al gobierno.

El Tribunal Constitucional en el caso Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur (Expediente N° 340-89-AA/TC) ha establecido que “si bien [...] entiende que el ejercicio de la potestad de sanción específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privativo del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como ‘political questions’ o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, es el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo que la imposición de una medida de sanción se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que [...] es un hecho inobjetable que este colegiado si pueda evaluar su coherencia a la luz de la norma constitucional”.

Es oportuno comentar que tras esta lucida argumentación, dicho colegiado –entroncado políticamente al gobierno del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori– convalidó la ignominiosa destitución congresal de los magistrados al declarar infundada la demanda de acción de amparo por ellos presentada. Debe recordarse que la arbitraria sanción les fue impuesta tras contestar un recurso de aclaración deducido por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, con relación a la sentencia que emitieran sobre la inaplicación de los alcances de la Ley N° 26657 conocida como Ley de Interpretación Auténtica.

Por último el Tribunal Constitucional en el caso Alfredo Jalilie Awapara (Expediente N° 4053-2007-PHC/TC) ha señalado que la facultad presidencial denominada derecho de gracia contemplado en el inciso 21 del artículo 118 de la Constitución se encuentra comprendida como cuestión política; aunque sujeta a límites adjetivos y materiales.

En el primero aparece el cumplimiento de las formalidades procesales (refrendo, condición penitenciaria del beneficiado, etc.); en el segundo caso implica el respeto a los fines constitucionalmente protegidos de las penas y el respeto al principio-derecho a la igualdad de trato.

En ese contexto, el referido órgano avaló el cumplimiento de la Resolución Suprema N° 097-2006-JUS que concede el derecho de gracia a Alfredo Jalilie Awapara, en razón de haberse acreditado que era un procesado con un proceso penal en etapa de instrucción abierta por más del doble de su plazo de tramitación más su ampliatoria. Por ende, declaró nula la resolución de la Cuarta sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima que había inaplicado la gracia presidencial concedida.

3.8.1.- La determinación de la existencia de cuestiones políticas

El derecho comparado acredita que por lo general la Constitución no se ocupa de precisar el reconocimiento o no reconocimiento de cuestiones políticas no justiciables.

Las excepciones en este rubro provienen de la Constitución brasileña de 1934, la Constitución venezolana de 1961 y la Constitución de Colombia de 1991, las cuales reconocen de manera precisa la existencia de esta zona de exención de control jurisdiccional.

En el caso de nuestra Constitución hay un reconocimiento implícito en la parte *in fine* del artículo 200 cuando señala que “no corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”. Agréguese a lo expuesto, lo establecido por el Tribunal Constitucional en los casos Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur (Expediente N° 340-89-AA/TC) y Alfredo Jalilie Awapara (Expediente N° 4053-2007-PHC/TC).

Como criterio extendido aparece que dicha determinación debe ser establecida por la jurisdicción constitucional.

En ese contexto existen las dos posturas siguientes:

a) La postura de admisión

Esta tiene su génesis en lo resuelto por la judicatura inglesa y norteamericana; así como por las decisiones del Consejo de Estado francés. Así, esta posición reconoce que escapa a la competencia de la jurisdicción constitucional la irrevisibilidad de los juicios de valor de una decisión política. Ello en razón a que existen determinaciones que no se sancionan en las cortes, sino en las urnas.

Ahora bien, la extensión de esta zona de discrecionalidad no revisable, es diminuta y excepcional; empero, en lo específico como bien

dice Ricardo Haro [*Estudios de homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio*. Tomo I. México: UNAM, 1988]: “las cuestiones políticas son los jueces dicen que son”.

La jurisprudencia acredita que la judicatura ante la duda de la determinación declara que el acto cuestionado es justiciable. Asimismo, es evidente que las cuestiones objeto de blindaje se han visto reducidas en el tiempo.

b) La postura de no admisión

Esta tiene su génesis en la decisión adoptada por la Corte Suprema de Costa Rica en el caso Roberto Zamora Bolaños y otros expedido en fecha 8 de setiembre de 2004. Como expone Néstor Pedro Sagüés [*Reflexiones sobre la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, a propósito de la coalición contra Irak*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005] esta posición declara que no existe zona alguna exenta del control jurisdiccional.

Es del caso, que el gobierno de Costa Rica presidido por Abel Pacheco emitió un comunicado en fecha 19 de marzo de 2003, pronunciándose a favor de la constitución de la Coalición Antiterrorista encabezada por Estados Unidos y otras cuarenta y cinco naciones, a raíz del atentado contra la ciudad de Nueva York.

El gobierno expuso que ante el dilema paz o terrorismo Costa Rica no era neutral.

Posteriormente, el 22 de marzo se emitió un nuevo pronunciamiento en donde Costa Rica se adhería formalmente a la Coalición en expresión de solidaridad internacional.

Ante esta postura política, el Colegio de Abogados, el defensor de habitantes, etc. plantearon una acción de inconstitucionalidad, señalando que dicho apoyo moral violentaba el sentimiento pacifista del pueblo costarricense; así como que este se había realizado al margen de lo previsto en la Carta de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

La Corte dispuso la nulidad de los efectos jurídicos de dichos pronunciamientos, así como la realización de las gestiones que fueren menester para exigir que el gobierno de los Estados Unidos excluyese a Costa Rica de la lista que aparecerá en la página Web de la Casa Blanca, de los países aliados a la Coalición Antiterrorista.

Estas posturas generan las reflexiones siguientes:

En el primer caso la postura de admisión ha servido de coartada para que un órgano jurisdiccional evite pronunciarse sobre un tema que corresponde a autoridades que ejercen el poder de manera férrea. Tal como expone Grove Heins [Citado por Ricardo Haro. ob. cit.] “se trata de un método inventado por la judicatura para evitarse conflictos con los poderes políticos”.

En el segundo caso la postura de inadmisión puede generar la “sensualidad del poder jurisdiccional”, ya que quien imparte justicia puede verse tentado a extender sus facultades en grado sumo. Así, instituye el “Gobierno de los Jueces”, y en donde bajo el pretexto de controlar termina emitiendo, vía jurisprudencial, un típico acto político.

En suma, ello puede implicar por la falta de autorrestricción una anomalía constitucional y axiológica, que se expresa como un arbitrio omnicompetente y, por consiguiente, omnipotente. Estas sentencias-actos políticos se emiten sin que la ciudadanía haya dado anuencia alguna para que a través de la judicatura, se ejerza el gobierno.

3.8.2.- El contenido material de las cuestiones políticas

Raúl Gustavo Ferreyra [“Sobre las cuestiones políticas y el control de constitucionalidad difusa en los estados federales”. En: *Seminario Internacional sobre Tribunales Constitucionales*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2008] señala que las cuestiones políticas “son el resultado de una facultad privativa; es decir, el ejercicio de una atribución propia de los poderes constituidos (eminentemente políticos)”.

La cuestión política es la consecuencia de la división de funciones. De allí que aparezcan zonas de competencia intrínsecamente propias de órganos de naturaleza política (Ejecutivo-Legislativo); los cuales deben resolver complejas circunstancias de carácter político, económico o social que requieren de determinaciones gubernativas discrecionales.

Estas determinaciones responden a criterios de oportunidad y conveniencia que no pueden ser evaluados judicialmente en razón a que escapan a la naturaleza de lo justiciable y porque el operador jurisdiccional carece de los elementos de juicio, infor-

mación y conocimientos suficientes para proceder a su evaluación. Señálese además que la gobernabilidad de un cuerpo político requiere que algunas determinaciones respondan a “un solo mando, una sola dirección y una sola voz”.

Estas determinaciones políticas de orden general surgen como consecuencia de lo siguiente:

- Ejercicio de una competencia emanada directamente de la Constitución.
- Evaluación acerca de la gravedad de determinadas circunstancias políticas, económicas y sociales.
- Expresión de oportunidad y conveniencia de la medida escogida –entre una pluralidad de opciones– para atender un asunto de carácter general.

En ese contexto, en caso las que la Constitución no hubiere expresamente declarado “zonas de exención”, corresponderá a la judicatura efectuar las acciones de autorrestricción.

4. LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA Y LA SUPREMACÍA NORMATIVA INTEGRACIONISTA

Como se ha señalado, la jurisdicción constitucional se orienta, entre otros fines, a la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona. En aras de alcanzar la plenitud de dicha defensa, los estados vienen reconociendo –en ejercicio de su cabal soberanía– la competencia de organismos internacionales para la protección de tales derechos, en lo que se denomina jurisdicción supranacional de los derechos fundamentales de la persona. En ese sentido, Mauro Cappelletti [*La jurisdicción constitucional de la libertad*. México: UNAM, 1961] plantea se le designe como “jurisdicción internacional de las libertades”.

Esta jurisdicción alude a las facilidades que se brindan a las personas a efectos de que puedan alcanzar remedio jurídico, a través de específicos mecanismos supraestatales, las vulneraciones de sus derechos básicos o esenciales.

Como bien señala Susana Castañeda Otsu [*La jurisdicción supranacional*. Lima, 2003]:

“Un paso importante significó el que se haya otorgado legitimación a la

persona o grupo de personas, para recurrir ante los órganos supranacionales jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, demandando la efectiva protección del derecho que se considere ha sido lesionado en el ordenamiento interno”.

A través de dicha jurisdicción se fortalece el sistema de garantías para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Añádase a ello, la aparición de una competencia supranacional para declarar la responsabilidad internacional del Estado por violación de los referidos derechos.

La jurisdicción supranacional implica la transnacionalización de las prerrogativas humanas, esto es, la facultad del justiciable –no atendido adecuadamente a nivel intraestatal en sus reclamos de defensa de sus derechos básicos– de poder alcanzar tutela a través de la acción ante organismos internacionales.

Como refiere Néstor Pedro Sagüés [*Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*. Buenos Aires: Astrea, 1992], estos organismos se convierten en “sujetos de control (último) del derecho o garantía constitucional”. En esa misma idea, Francisco Fernández Segado [*La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994] refiere que dicha jurisdicción “viene a operar como una suerte de segunda instancia correctora del deficiente funcionamiento del régimen de garantías de los derechos a nivel estatal y en supuestos individualizados [...]”. Para recurrir a ella el justiciable debe acreditar haber hecho uso de todos los recursos internos, salvo que –como se estableció en el caso Velásquez Rodríguez, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de junio de 1987– dichos recursos fuesen cabalmente ineficaces, o inexistentes las garantías del debido procesal legal.

Este interesantísimo proceso se genera, a criterio de Juan Carlos Hitters [“Derecho procesal transnacional y control judicial supranacional”. En: *El Jurista, Revista Peruana de Derecho*, N° 11 y 12. Lima, 1995], a partir de la segunda mitad del siglo XX, con la “evidente” intención de que el resguardo de los derechos humanos logre un nivel supranacional a través de tribunales y organismos internacionales (“*lex universalis*”). Asimismo, señala que, “como consecuencia de esta evolución, el clásico control de la constitucionalidad [...] es aún mucho más fascinante y abarcador, ya que se lleva a cabo por cuerpos

transnacionales [...]”.

La adhesión estatal al proceso de transnacionalización de la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, se plasma por las dos siguientes vías [Juan Carlos Hitters. ob. cit.]:

- a) Celebración de tratados internacionales –de conformidad con las reglas establecidas en la Constitución– que permitan el acceso personal a la jurisdicción supranacional (ONU, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, 1969; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales o Tratado de Roma, 1950; etc.).
- b) Establecimiento de cláusulas constitucionales expresas en donde se reconozca que, agotada la jurisdicción interna, se permite a la persona recurrir a los organismos internacionales vinculados con la defensa de los derechos humanos, en los que el Estado tenga compromisos de promoción y defensa de estos (Constituciones peruanas de 1979 y 1993, reforma costarricense de 1968, etc.).

Entre los antecedentes más destacables que abonaron en pro de este proceso paulatino de supranacionalización, pueden citarse los siguientes:

- a) La Corte Internacional de Justicia Centroamericana, creada en 1907, que tenía facultades para conocer las reclamaciones ciudadanas en conflictos con sus respectivos gobiernos. Este organismo ejerció competencia sobre asuntos originados en la relación persona-Estado, en Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador. Dicho organismo tiene el mérito de ser el primer ente de justicia supranacional de carácter permanente y obligatorio, en el que los particulares podían plantear demandas contra los estados miembros. Tuvo una existencia de diez años; durante los cuales se resolvieron seis reclamos de particulares contra un Estado y tres entre gobiernos.
- b) Los Tribunales Arbitrales Mixtos Internacionales, creados en el Tratado de Versalles de 1919, que permitió a los ciudadanos la posibilidad de comparecer para la protección de sus libertades fundamentales.

Ahora bien, las atrocidades cometidas por los estados nazifascis-

tas en el período de entreguerras del siglo XX motivaron la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, como ente responsable de asegurar la paz internacional y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona.

En ese contexto, es indudable que la Carta de Naciones Unidas inició el proceso de protección de los derechos humanos a un nivel supranacional.

Así la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial suscrita el 21 de diciembre de 1965, generó la creación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el mismo que se encuentra dotado de competencias para recibir comunicaciones interestatales e individuales contra los estados celebrantes de dicho compromiso, por la comisión de actos infractorios a los derechos protegidos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado el 16 de diciembre de 1966, concordante con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en 1976, estableció el Comité de Derechos Humanos. El referido órgano tiene competencias para recibir y examinar comunicaciones interestatales e individuales sobre la materia (en funciones a partir de 1979).

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Civiles, Inhumanas o Degradantes suscrita el 10 de diciembre de 1984, estableció el Comité contra la Tortura. El referido órgano tiene competencias para recibir y examinar comunicaciones interestatales e individuales sobre la materia (en funciones a partir de 1987).

La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer suscrita el 18 de diciembre de 1979, estableció el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. El referido órgano tiene competencia para recibir y examinar comunicaciones interestatales e individuales sobre la materia (en funciones desde 1981).

4.1.- La jurisdicción supranacional de alcance regional

La Carta de las Naciones Unidas y el propio interés de los estados adscritos a una región determinada, han posibilitado el surgimiento

de organismos supranacionales en Europa, América y África.

Al respecto, veamos lo siguiente:

En 1950 se suscribe en Roma el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. En dicho instrumento internacional se crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo (Francia); el mismo que inició sus actividades en 1960. Al respecto, Francisco Fernández Segado [ob. cit.] expone que con este órgano “se cierra el arco de bóveda del sistema [...] de protección de estos derechos [...] para los estados que han ratificado el Tratado de Roma [...]”.

En 1969 se suscribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En dicho instrumento internacional se crean la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica; las cuales iniciaron sus actividades en 1979.

En 1981 se suscribe dentro de la Organización para la Unificación Africana -actualmente Unión Africana- la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos. En dicho instrumento internacional se crea la Comisión para los Derechos Humanos con sede en Banjul (Gambia); la cual inició sus actividades en 1987. Debe añadirse que se encuentra en proceso de constitución la Corte Africana de Derechos Humanos.

Por otro lado, también existe un control supranacional de la supremacía normativa integracionista o comunitaria. Esta acción contralora ha surgido como consecuencia de la relación de integración comunitaria en el continente europeo.

En este tipo de control, los estados vinculados a un proceso de integración han decidido, en ejercicio de su soberanía, que el *derecho comunitario*, cual “*lex superior*”, prevalezca sobre sus respectivos derechos internos. Fundado en ello, entonces, los organismos de control supranacional ejercen facultades inaplicativas sobre la normatividad interna que devenga incoherente o contradictoria con el *derecho comunitario*. Al respecto, Mauro Cappelletti [ob. cit.] alude al control de legitimidad o validez comunitaria de las leyes nacionales.

Así, desde el histórico caso *Costa vs. E.N.E.L.*, en 1969, se estableció en la Comunidad Europea el criterio de que la legislación comunitaria tenía preeminencia sobre la legislación interna.

Actualmente, el control supranacional en favor de la supremacía normativa integracionista o comunitaria europea se encuentra a cargo de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea (ente que es resultado del Tratado de Roma de 1950 y del Convenio de Bruselas de 1968). Este organismo tiene su sede en Luxemburgo.

En lo relativo al control supranacional de la normatividad comunitaria de la Comunidad Andina –que comprende a Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela– esta se encuentra a cargo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con sede en Ecuador.

En lo relativo al control supranacional de la normatividad comunitaria de la Unión Africana esta se encuentra a cargo de una Corte de Justicia; la misma cuya organización y funcionamiento está sujeta a un Protocolo de la Declaración de Lome (2000).

Cabe señalar que el ejercicio de la supremacía normativa integracionista se encuentra avalada en razón de alguna de las tres consideraciones siguientes:

- a) Existencia de una norma constitucional expresa.
- b) Existencia de un tratado celebrado de conformidad con la Constitución.
- c) Aplicación de un modo de integración encargado de cubrir una laguna constitucional.

CAPÍTULO UNDÉCIMO

LA OBEDIENCIA CONSTITUCIONAL

SUMARIO

1. EL ORIGEN DE LA OBEDIENCIA. 2. LOS FUNDAMENTOS DE LA NO OBEDIENCIA. 3. LA DESOBEDIENCIA CIVIL. 3.1. Las características de la desobediencia civil. 4. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. 4.1. Las características de la objeción de conciencia. 5. LAS SEMEJANZAS Y LAS DIFERENCIAS ENTRE LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. 6. EL PROBLEMA DE LA OBEDIENCIA FUNCIONAL. 7. EL CASO DE LA ANARQUÍA.

La obediencia, expresión que deriva de la voz latina *obediere*, en sentido lato, alude a la ejecución de un acto por mandato de otra persona.

En el caso específico de la *obediencia ciudadana*, esta implica una relación vinculante entre un ciudadano o súbdito y una autoridad estatal, en donde el primero acata una decisión política o una norma jurídica que emite la segunda dentro de las competencias establecidas por el texto fundamental. En función de este vínculo se establece un mecanismo que une la acción de un miembro de una colectividad estadual, con el fin político que esta persigue alcanzar. En puridad, dicho acto es la argamasa que entronca a un ciudadano o súbdito estatal con el sistema político.

La obediencia es esencial para el adecuado funcionamiento de la sociedad política, a efectos de evitar el caos, el desorden o la anarquía coexistencial que rompe con la coherencia y cohesión de ella. Es evidente que la ausencia de obediencia a las disposiciones políticas y jurídicas haría prácticamente inviable la existencia y continuidad histórica del cuerpo político. En ese sentido, un sistema de autoridad-obediencia constituye una exigencia inexcusa-

ble de la vida existencial y comunitaria.

La obediencia ciudadana acarrea la manifestación de una conducta ético-política sustentada en la *legitimidad* surgida del reconocimiento consciente de la pertenencia a un cuerpo político, y en la *legalidad* de la forma y contenido de los mandatos y normas promovidas por la autoridad estatal elegida o designada por los miembros de dicho cuerpo político.

La obediencia es adicionalmente la resultante de una suerte de *contraprestación* por los beneficios determinables que se reciben de la comunidad política. Así, en reciprocidad, cada ciudadano o súbdito debe mostrar una conducta cooperadora a efectos de preservar la conservación del cuerpo político y la mantención futura del disfrute de los beneficios que el ciudadano obtiene por su pertenencia a la colectividad.

Cabe recordar que las sociedades políticas son consecuencia de la conjunción de dos factores: realidad y cultura. El primero, de naturaleza *fáctica*, surge del instinto gregario y de la inevitabilidad de la presencia de una autoridad política en el seno de la colectividad; el segundo, de naturaleza *cultural*, es consecuencia de las expresiones de coexistencia social, que promueven una forma superior de organización político-jurídica.

Es evidente que la entidad o ser de la sociedad política deriva confluyentemente de la sociabilidad humana -es decir, parte de un hecho material vinculado al instinto gregario- y del reforzamiento del aprendizaje colectivo en el arte de coexistir. Por ende, a consecuencia de la conjunción de ambos factores, se escoge a aquella forma de vida organizada en donde se tejen las relaciones, competencias y derechos derivados de la condición de gobernantes y gobernados.

El aprendizaje colectivo en el arte de coexistir implica que la constitución de una sociedad política se fundamenta en la necesidad de la renuncia a una parte residual de las aspiraciones individuales, en pro de la convivencia social. En ese contexto, la obediencia ciudadana es resultado de la inexorabilidad de la presencia de una autoridad y la convicción colectiva de su necesidad para asegurar la coexistencia social.

Así, los hombres reconocen que, para su propio bienestar den-

tro de una colectividad, se hace necesario aceptar la presencia de una autoridad encauzadora y reguladora de la vida coexistencial. Por ende, la obediencia deviene en la aquiescencia que los ciudadanos o súbditos le prestan a la sociedad política por el hecho de formar parte de ella.

Ahora bien, la obediencia ciudadana se encuentra sujeta a que el Estado garantice y tutele los valores predominantes en la colectividad, amén de que preserve la vigencia de los derechos fundamentales de la persona, que, con prescindencia de su “normativización”, son superiores y anteriores a la sociedad y al Estado. En caso contrario, se desvigoriza la razón que, moral y políticamente, obliga al acatamiento de las decisiones políticas y las normas jurídicas dictadas por el Estado.

En el plano conceptual, la obediencia ciudadana se distingue de la obediencia moral por la existencia del deber de respetar los mandatos y normas juridizadas por la autoridad política, en razón de una motivación basada en convicciones éticas comunitariamente compartidas. En cambio, la obediencia moral se sujeta únicamente en la convicción autónoma, subjetiva e íntima de un deber de acatamiento a los dictados de la conciencia.

Desde una perspectiva histórica, la noción de obediencia es tratada cabalmente por el cristianismo. Así, a través de la famosa expresión de Jesús [Citado en: *Biblia*. Lima: Ediciones Paulinas, 1989]: “Dad al César lo que es del César y dad a Dios lo que es de Dios”, se promueve una vasta discusión sobre la razón y los alcances de la obediencia política.

En la famosa “Epístola de San Pablo a los Romanos” [Citado en: *Biblia*. Lima: Ediciones Paulinas, 1989] se llega a señalar que “El que se insubordina contra la autoridad se opone a la ordenación de Dios; y el que se opone su propia condenación recibirá”. Posteriormente, a través de la Patrística –encargada del estudio de la vida y obra de los Padres de la Iglesia– la noción de obediencia política empezará a ser sujeta al respeto y prevalencia de cánones morales.

Por otro lado, de las teorías contractualistas se desprenderá que el acatamiento político tiene como límite de moralidad social el garantizamiento de los valores predominantes en la sociedad recogidos por

la Constitución, así como del resguardo de la dignidad humana.

La obediencia ciudadana se sustenta jurídicamente en lo siguiente:

- a) Existencia de una *aquiescencia* clara y rotunda de acatamiento por parte de un ciudadano, de una decisión política o normatividad expedida por una autoridad legalmente elegida o designada para hacerlo.
- b) Existencia de una acción mandante conforme a las competencias, formalidades y contenidos sustanciales amparados por la Constitución y las leyes derivadas de esta.

1.- EL ORIGEN DE LA OBEDIENCIA

Buena parte de la doctrina sustenta el origen de la obediencia en las sociedades políticas en función a tres hipótesis: la teoría de la coerción, la teoría del interés y la teoría del consenso de valores.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) *La teoría de la coerción*

Dicha concepción plantea que la amenaza o uso efectivo de la fuerza –por parte de una elite política– deviene en el factor primario de la cohesión político-social en el seno de una colectividad. Por ende, la obediencia existe en la medida que las personas de dicha sociedad en particular reconozcan el temor al castigo, la privación y la inhabilitación.

Tal como comentan Robert E. Dowse y John A. Hughes [*Sociología política*. Madrid: Alianza Editorial, 1999], para los partidarios de esta posición “el hombre obedece, ya que de no hacerlo pueden ser castigados; según este punto de vista, la base del orden [...] es la fuerza”. En ese contexto nos recuerdan las consideraciones expuestas por Anatole France en su obra *La isla de los pingüinos* [Citado por Robert E. Dowse y John A. Hughes. ob. cit.]:

“Hijo mío exclamó ¿ves a aquel loco que con sus dientes muerde la nariz del adversario que ha derribado y a aquel otro que golpea la cabeza de una mujer con una gran piedra?

Sí –dijo Bulloch– están creando el derecho [...] y los cimientos del Estado”.

En esa misma orientación pueden encontrarse las argumentaciones de Nicolás de Maquiavelo [*El príncipe*. Barcelona: Vosgos, 1972]:

“Los hombres tienen menos escrúpulos en ofender a aquellos que se hacen querer que a aquellos que se hacen temer; pues el amor se mantiene por una cadena de obligaciones que conviene; el temor, en cambio, se mantiene gracias al miedo al castigo que nunca desfallece”.

Robert E. Dowse y John A. Hughes [ob. cit.] sostienen que la obediencia fruto del mero temor se consolida en razón a la cohesión de la elite política, la falta de organización, inconsistencia y la pasividad de la masa; ello salvo que la incompetencia en el mando provoque una furia multanime.

b) La teoría del interés

Dicha concepción plantea que la conciliación entre los intereses personales promueve el surgimiento de un mínimo de armonía entre los hombres; lo cual genera que estos obedezcan por el solo deseo de hacerlo.

En ese sentido, la convivencia diaria promueve que las personas vislumbren los beneficios en términos de seguridad o utilidad de uno u otro tipo.

Las ventajas que genera la obediencia cooperativa, participativa o contributiva, se racionalizan en el tiempo. Esta teoría plantea que la suma de empeños individuales de acatamiento produce la obediencia ciudadana.

Al respecto, Bernard Mandeville en su obra *La fábula de las abejas* [Citado por Robert E. Dowse y John A. Hugues. ob. cit.] señala lo siguiente:

“Los hombres solo se mueven por impulsos egoístas [...] los que en conjunto son el paraíso”.

c) La teoría del consenso de valores

Dicha concepción plantea que las personas obedecen en razón de haber aceptado previamente la existencia de determinados principios de comportamiento coexistencial e identificado al grupo social por una misma cosmovisión de valores.

Los principios, los valores y las normas de una sociedad política caracterizan su modo de ser cultural; de allí que su estructura político-jurídica se constituya en la argamasa necesaria para el orden. La existencia de ese orden deseado y concertado requiere del auxilio de

la obediencia para que consolide en el tiempo las razones de la unidad y el esfuerzo mancomunado.

Al respecto, Paul Claudel en su obra *Diario* consignó “el deber de cumplir está siempre por encima”.

Asimismo, el filósofo griego Epitecto en su *Manual* [Citado en: *Diccionario de citas literarias*. La Coruña: Everest, 1985] llegó a afirmar lo siguiente:

“Lo que importa es que cada cual cumpla con la obligación que le corresponda”.

Esa visión consensuada acerca del marco axiológico que rodea el fenómeno mando-obediencia se constata en concepciones como las de Clemente Attlee [Citado en: *Diccionario de citas literarias*. La Coruña: Everest, 1985] quien plantea que la obediencia ciudadana no surge porque es “simplemente ley de la mayoría; sino que es la ley de la mayoría respetando como es debido el derecho de las minorías”.

2.- LOS FUNDAMENTOS DE LA NO OBEDIENCIA

La noción obediencia ciudadana plantea en determinadas circunstancias un problema de carácter ético-político. Es decir, nos confronta a la cuestión moral de obediencia en todo momento.

Al respecto, la dilucidación de dicho problema pasa por distinguir entre obligación político-jurídica y obligación ético-política.

La obligación *político-jurídica* es aquella que proviene del hecho de haberse dictado una orden o norma conforme con el *iter* procedimental y contenido sustancial previsto por la Constitución y demás dispositivos legales del bloque de constitucionalidad. Lo cual las dota de eficacia.

La obligación *ético-política* es aquella que proviene de la conciencia moral ya sea individual o del grupo social.

Así, las conductas que un gobernado puede asumir ante una orden política o un mandato legal notoriamente injusto pueden ser varias y sustentarse en razones diferentes.

Así, cuando en determinadas circunstancias el ciudadano tiene que enfrentarse en el terreno de la conciencia con la decisión de acatar o desacatar lo establecido injustamente por la autoridad política. En relación con tal decisión, la doctrina plantea tres opciones: la opción

revolucionaria, la opción sumisa y la opción de desobediencia civil u objeción de conciencia.

Al respecto, veamos lo siguiente:

- a) La *opción revolucionaria* legitima su proceder por la necesidad de replantear sustancialmente el concepto de un orden político-jurídico percibido como obsoleto y axiológicamente deleznable. Como refiere Mario I. Álvarez [*Introducción al derecho*. México: Mc-Graw Hill, 1995. (Serie Jurídica)], ello “presupone que los actores asumen que su conducta es moralmente correcta, y que actúan en conciencia y con conciencia”.

Esta opción surge ante la convicción de la inexistencia de medios legales eficaces para revertir el grado supino de injusticia inserto en el orden político-jurídico establecido.

- b) La *opción sumisa* legitima su proceder en un *síndrome socrático* que señala que es preferible sufrir una injusticia que cometerla. También se expresa en la abulia, el miedo o la pérdida de conciencia ciudadana en torno al carácter instrumental y de servicio a que se encuentra sujeto el accionar constitucional del Estado; y, particularmente, en la no exigibilidad de razonada justificación ético-política del ejercicio cotidiano de la autoridad política.
- c) La *opción de la desobediencia civil y la de objeción de conciencia* devienen en las posturas equidistantes y razonadas que se producen entre la revolución y la sumisión.

Es notorio que la obediencia al sistema político-jurídico ideado y avalado por el texto constitucional de un Estado tiene una connotación que atañe simultáneamente a la moral y la política. En ese sentido, un individuo que forma parte de un cuerpo político es conjuntamente persona y ciudadano; por consiguiente, tiene la responsabilidad de obrar de manera congruente en uno y otro rol.

El mando político y la normatividad jurídica derivada del texto fundamental de un Estado obligan a la obediencia desde que dicho suprainstrumento jurídico entra en vigencia, por lo que es admisible el uso de la coacción para asegurar dicho acatamiento. Empero ello no implica ni incluye que dicho acto de obediencia goce de *obligatoriedad moral*.

Cabe poner énfasis en que la Constitución *in totum* posee validez

jurídica, empero no necesariamente alcanzan validez de moralidad social las disposiciones político-jurídicas que una autoridad estatal expida al amparo de la Constitución. Más aún, *residualmente* es posible el cuestionamiento ético-político de alguna cláusula constitucional cuando ella se encuentra reñida con los valores y fines que el texto fundamental proclama y proyecta para regular el accionar del cuerpo político.

Es en ese contexto que aparecen la desobediencia civil y la objeción de conciencia. Ambas plantean el desacatamiento a alguna decisión estatal, a alguna norma legal y hasta a la aplicación específica de alguna cláusula constitucional, bajo la premisa de una convicción ético-social y política resguardada por el “*telos*” constitucional o de una convicción personal e íntima, según el caso.

3.- LA DESOBEDIENCIA CIVIL

Es una acción ético-social y política que se adopta contra determinados actos de gobierno o normas axiológicamente injustas, que por tales devienen inaceptables de obediencia político-jurídica por parte de los ciudadanos o súbditos de un Estado. Implica en la praxis la verificación de una pluralidad de conductas rupturistas – propiamente, acciones de “no hacer” – ante específicas obligaciones político-jurídicas.

Se configura como un quebrantamiento público de aquello dispuesto por la autoridad estatal, o como una infracción deliberada de una normatividad establecida con las formalidades exigidas por el ordenamiento constitucional. Como señala Ramón García Cotarelo [*Resistencia y desobediencia civil*. Madrid: Eudema, 1987], se le entiende como una “ruptura de la obligación”.

John Rawls [*Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980] anota que la desobediencia civil “consiste en el acto ilegal no violento de conciencia, pero de carácter público, realizado con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernamental”. Se trata de una forma extraordinaria de protesta cívico-política, de carácter residual o parcial, contra alguna decisión (en sentido lato) emanada del sistema político-jurídico.

Los desobedientes civiles aceptan los valores y fines establecidos dentro del marco constitucional; empero, en aparente contra-

dicción, se oponen a algo legalizado por los poderes constituidos al amparo del texto constitucional. Incluso, dicha oposición puede ejercerse contra la aplicación de una específica norma constitucional cuyo sentido se considera como notorio y objetivamente opuesto a la programación axiológica y teleológica expuesta en el resto del texto base del Estado.

La desobediencia civil no tiene como móvil ético, social y político el atacar los fundamentos de lo constitucional; es decir, no tiene una connotación revolucionaria. Como refiere Fabián Tenorio C. [*La disidencia y los derechos humanos*. México: Arcos, 1993], no se cuestiona la legitimidad constitucional, por cuanto la “ruptura de obligación” no apunta a la anarquía, al cambio de la fórmula política o a contrariar los valores previstos en el texto fundamental. Más aún, a pesar de expresar un cúmulo de conductas y un plural accionar de rebeldía, ello no afecta la eficacia del orden constitucional en su conjunto.

La utilización de esta institución se circunscribe a “embestir” desde los propios valores y fines que la Constitución proyecta, contra lo considerado como injusto. Como afirma Mario I. Álvarez [ob. cit.], en este caso la acción de un grupo de ciudadanos o súbditos desobedientes civiles clama a la “conciencia de los demás ciudadanos; a su adhesión cívica, a la solidaridad social, al cuidado de los valores esenciales que hacen posible la convivencia y la cooperación con esa comunidad. Por esto, las razones de la desobediencia no deben ser caprichosas o baladíes”. Esta conducta se genera en defensa de las “*haghs law*” (normas de moralidad social) concordantes con el telos constitucional.

La desobediencia civil manifiesta una suerte de denuncia colectiva por la perversión de los valores y fines constitucionales, y, más específicamente, de los derechos fundamentales de la persona, que por tales son incluso anteriores y superiores al Estado. En ese contexto, el desacato civil puede terminar siendo plenariamente congruente con la promoción del respeto, interpretación y aplicación correcta de los valores y fines que emanan de la Constitución.

En puridad, la desobediencia civil ocasiona una leve violación formal de la Constitución o de las decisiones y normas infraconstitucionales expedidas bajo su patronazgo procedimental. Empero, dicha violación venial se produce para evidenciar públicamente la infrac-

ción sustancial, grave y crasa, perpetrada desde el Estado, contra los valores y fines del texto fundamental. De allí que se sostenga que se hace necesaria la violación "menor" de la constitucionalidad o legalidad, para impedir la continuación de violaciones más oprobiosas y perjudiciales al propio sistema político-jurídico.

La desobediencia civil opera como un recurso ético y políticamente legítimo, en respuesta a un medio legal burocratizado, insuficiente e incluso inexistente para atender las demandas ciudadanas de mayor justicia. Persigue obtener una reorientación de las decisiones políticas y legales; es decir, más acordes con los fundamentos de la propia Constitución.

La desobediencia civil se entronca con la vivencia de la democracia, por una doble vía, a saber:

En una *primera vía*, aparece como una amplia y profunda comprensión de la democracia, la cual no se sujeta a la mera legalidad estatal, sino que se extiende -aun dentro de la legalidad misma- para permitir la realización de sus significados más puros y prístinos. La desobediencia civil se presenta cuando la representación política de la mayoría ciudadana se muestra reacia a tutelar y garantizar las expectativas e intereses del resto de los miembros de la comunidad política, a pesar de que dichas inquietudes y demandas son compatibles con los valores y fines establecidos en la Constitución.

La desobediencia civil tiene una connotación cualitativa de la democracia en la medida que, de algún modo, brega por el aseguramiento de la libertad, la igualdad jurídica, por la plenaria oportunidad de realización existencial y coexistencial, por la promoción del bienestar compartido, así como por la promoción de la tolerancia y el respeto a las minorías políticas, sociales y étnicas, amén de hacerlo por la concertación y búsqueda de la correlación de intereses contrapuestos, que pueden ser objeto de conciliación dentro de los fines y valores constitucionales.

Para tal efecto, dicha mayoría cuantitativa, en aras de la democracia como manifestación de conductas, prácticas y políticas dirigidas a asegurar la participación de *todas* las personas adscritas a un cuerpo político -en las tareas de decisión, distribución y control de los asuntos de naturaleza convencional-, deberá rectificar la acción gubernamental cuestionada, por la vía del desacato. Así, cuando Ja-

vier Muguerza [“La obediencia y el imperativo de la disidencia (Una introducción en un debate)”. En: *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, N° 70. Madrid, 1986] señala que “ninguna decisión colectiva por mayoritaria que fuere podrá legítimamente atentar contra la condición humana”, cobra total validez la afirmación kantiana [Enmanuel Kant. Citado por Víctor Quintanilla Young y Vilma Cuba de Quintanilla. *Pensamientos y refranes seleccionados y clasificados*. Lima, 1989] de que “el hombre existe como un fin en sí mismo y no tan solo como un medio”, idea que consagra la superioridad de la persona sobre la sociedad y el Estado, y la obligación de estos de ponerse al servicio de aquella para su realización individual y coexistencial.

En una *segunda vía*, la desobediencia civil aparece como una amplia y profunda aspiración de promover condiciones democráticas dentro de un Estado incurso o adscrito a consideraciones ideológicas de otra naturaleza. Aquí el sentido de justicia y moralidad social de la mayoría de la población –o de una buena parte de ella– manifiesta su protesta y reclama su *incorporación* plena dentro del sistema político-jurídico; es decir, aspira a que la decisión política y la normatividad estatal recojan sus reclamos.

Ahora bien, como señala Jorge I. Malem Seña [*Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel, 1988] “la dialéctica de la libertad debe permitir el goce de las libertades fundamentales, las cuales solo podrían ser ejercitadas dentro del respeto al orden. Pero si el orden se vuelve opresor, la libertad tiende a ejercerse fuera y contra el orden”. Esto quiere decir que la desobediencia civil puede, en algunos casos, perder su condición de mera protesta cívico-política, para devenir en acción revolucionaria.

El tránsito de la desobediencia civil a la acción revolucionaria queda a merced de la capacidad de “asimilación” de las autoridades estatales. Una posición intransigente y sorda a la protesta de los desobedientes civiles, puede obligar a la búsqueda o transformación del sistema político-jurídico, habida cuenta de su incapacidad para rectificarse o atender las solicitudes de los desplazados de dicho sistema.

Dentro de este contexto, resulta conveniente fijar los límites de la desobediencia civil y la acción revolucionaria, así como la diferencia que tiene aquella con la delincuencia común. Al respecto, Jorge I. Malem Seña [ob. cit.] establece que la desobediencia civil, a pesar

de su acción quebrantadora del orden jurídico, “no busca un cambio extrasistémico o anticonstitucional”. Señálese adicionalmente que el desobediente civil, a diferencia del criminal, a pesar de que deliberada y conscientemente infringe el cumplimiento de algo jurídicamente establecido, en cambio se somete a las consecuencias punitivas que el Estado establece en tal caso; es decir, acepta y no rehúye ni se resiste a sufrir las sanciones civiles, penales o administrativas correspondientes.

La doctrina ha llegado a establecer los móviles que generan la desobediencia civil, a saber:

- a) Cuando por extralimitaciones o errores interpretativos de carácter político o jurídico se agreden los valores y fines constitucionales y los derechos fundamentales de la persona.
- b) Cuando por imperfección del sentido de lo democrático se excluyen las expectativas e intereses de diversos sectores de la sociedad, los mismos que cuantitativamente no representan la “mayoría nacional”.
- c) Cuando el cumplimiento de una decisión política o una norma jurídica expedida por el Estado, puede generar mayores males que los derivados de la propia acción de desobediencia civil. Ello observado desde la perspectiva de los valores y fines constitucionales, así como desde los derechos fundamentales de la persona.

La desobediencia civil tiene primero una justificación *moral* y luego una justificación *política*. Ello determina que pueda recibir una comprensión jurídica. El desacatamiento no se sujeta a una mera cuestión jurídica, sino que transvasa dicho ámbito, ya que en esencia se presenta como una cuestión ética, social y política. Por ende, no aparece extraño constatar una cierta flexibilidad estatal ante ciertos actos de desobediencia. Lo anterior es posible porque la respuesta estatal no puede plantearse en términos estrictamente jurídicos, salvo en el caso de que la desobediencia civil hubiese degenerado en una grave vulneración del orden público.

Cuando se produce la vulneración del “núcleo duro” del orden público, la protesta se trastoca en una acción delincuencia.

El ejercicio de la institución de la desobediencia civil se presen-

ta en grupos como los movimientos feministas, ecologistas, étnicos, etc. Así por ejemplo, la decisión gubernamental relativa a la construcción de una carretera puede afectar el medio ambiente u ocasionar la destrucción de parte del patrimonio histórico de una nación. Otro ejemplo está dado por la negativa a una consulta que implique la participación directa de la ciudadanía. En respuesta, la desobediencia civil puede manifestarse bajo la forma de una negativa al pago de un impuesto, el bloqueo de una vía, la toma pacífica de una instalación gubernamental, etc.

Entre las principales experiencias de desobediencia civil pueden citarse las cuatro siguientes:

a) *Durante el reinado de Carlos I de Inglaterra (1600-1649) se produjo el “caso ship money”*

En 1625, el monarca procedió a gravar al pueblo –sin la anuencia del Parlamento– con una serie de impuestos indirectos, que incluso alcanzaban al tráfico de mercaderías. Posteriormente, en 1634, decretó un impuesto, denominado *ship money* (El caso de los barcos pagantes), que afectaba el uso de las embarcaciones en tiempos de paz. En esas circunstancias, Juan Hampden –gentilhombre respetado por su integridad personal– promovió la insubordinación en nombre de las costumbres constitucionales inglesas que establecían que los naturales pagaban por la protección en tiempos de guerra, negándose, por ende, al pago del citado impuesto.

b) *Durante el reinado de Jorge III de Inglaterra (1760-1820) se produjo el “caso del impuesto al timbre”*

En 1765, el Parlamento inglés impuso a los colonos ingleses de América del Norte un impuesto sobre el azúcar, amén de otro que exigía que todo documento debía ser presentado en papel timbrado. Esta carga impositiva se extendió a los libros y periódicos.

De manera inmediata, los delegados de nueve colonias, reunidos en Nueva York, proclamaron que las cargas tributarias no podían ser aplicadas a los colonos de América del Norte en razón de no encontrarse representados en el Parlamento de la metrópoli. La obcecación inglesa ante este acto de desobediencia civil de pago de impuestos generó aquello que el historiador Carl Grimberg ha denominado “el espíritu americano”.

c) *Durante la experiencia política norteamericana de mediados del siglo pasado (1846-1850) se produjo el “caso de la congruencia cívica”*

Los gobiernos de John Tyler, James K. Polk y Zachary Taylor exigieron el pago de impuestos, a sus ciudadanos, dentro del contexto de la promoción de una acción bélica contra México para apoderarse de Texas, Nuevo México, California, etc., amén de considerar lícita la esclavitud de los negros.

Frente a ello, el escritor y filósofo norteamericano Henry David Thoreau [Citado por Mario I. Álvarez. ob. cit.] –considerado el padre de la desobediencia civil, en el sentido de haber sido su primer argumentador teórico– sustentó, bajo consideraciones políticas y morales, su negativa al pago de dichos impuestos. Thoreau, quien desató la ley y fue llevado a prisión, expresó:

“Bajo un gobierno que encarcela a alguien injustamente, el lugar que debe ocupar el justo es también la prisión. Hoy el lugar adecuado, el único que Massachusetts ofrece a sus espíritus más libres y menos sumisos, son sus prisiones; se les encarcela y se les aparta del Estado por acción de este, del mismo modo que ellos lo habían hecho ya por sus principios. Ahí es donde el esclavo negro fugitivo, el prisionero mexicano en libertad condicional, y el indio que viene a interceder por los demás infligidos a su raza deberán ser encontrados. Es en ese lugar separado, pero más libre y honorable, donde el Estado sitúa a los que no están con él sino contra él. Esta es la única casa, dentro de un Estado de esclavos, donde el hombre libre puede permanecer con honor”.

d) *Durante el gobierno del Presidente Dwight Eisenhower (1953-1961) se inició el “caso de los derechos civiles”*

En Alabama, en 1955, una costurera de raza negra, Rosa Parks, al regresar a su casa en autobús, fue instada por el conductor y algunos usuarios a dejar su asiento y cederlo a un joven blanco. Su negativa motivó su detención y encarcelamiento.

En ese contexto apareció la figura del pastor bautista Martin Luther King (1929-1968), quien, de consuno con otros miembros de su iglesia, organizó un “boicot” al servicio de autobuses, utilizado en su gran mayoría por gente de color. Luego de casi un año de resistencia, la compañía de transportes se vio obligada a

cancelar su política segregacionista.

El movimiento de la desobediencia civil encabezado por Martin Luther King, tuvo por finalidad acabar con los principios jurídicos establecidos por la Suprema Corte norteamericana, en el sentido de que los blancos y negros eran iguales pero debían estar socialmente separados. Igualmente, bregó por el derecho al voto libre. Este movimiento conseguirá que, en 1964, durante el gobierno del Presidente Lyndon B. Johnson, se dicte la histórica Ley de los Derechos Civiles, que homologó coexistencialmente a negros y blancos.

3.1.- Las características de la desobediencia civil

Entre las principales características de esta institución aparecen las cinco siguientes:

- a) Accionar ilegal y exento del uso de la fuerza. Implica el incumplimiento calificado de una decisión política o de los alcances de una norma jurídica. Dicho acto de rebeldía, intencionado y deliberado, se manifiesta sin ejercicio de la violencia.
- b) Contradicción axiológica o teleológica entre los alcances de la decisión política o norma estatal desacatada, y los valores constitucionales o los derechos fundamentales de la persona.
- c) Accionar con vocación colectiva y pública, tendente a resolver la antinomia entre la ética social y política de los desobedientes civiles y la actuación de las autoridades estatales. Este accionar colectivo puede surgir por una iniciativa individual que busca alcanzar apoyo y solidaridad en un sector de la población; es decir, la desobediencia civil tiene un carácter proselitista y de adherencia social.
- d) Utilización de un mecanismo de protesta de naturaleza política, destinado a influenciar en las autoridades estatales para replantear una decisión política o la modificación, sustitución, derogación o abrogación de una norma estatal.
- e) Aceptación y cumplimiento de las responsabilidades civiles, penales o administrativas derivadas del acto de desobediencia.

4.- LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Dicho instituto hace referencia a la negativa personal, por razones de arraigada convicción, a someterse a una conducta exigida por el

Estado. Así, por razones ideológicas, filosóficas o religiosas, una persona se abstiene de cumplir una actividad determinada por la ley, sin perjuicio del respeto que este guarda con el orden político-jurídico en general.

Como bien refiere en parte, Carlos María Bidegain [*Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001] es una forma de desobediencia que se distingue por la existencia de acentuados imperativos de orden moral, religioso, filosófico o ideológico que provocan en el sujeto el rechazo a actuar de acuerdo con lo previsto por el cuerpo político.

Debe advertirse que la objeción de conciencia se produce como respuesta a una impugnación axiológica y en modo alguno como simple emanación de un estado de ánimo o puramente volitivo en donde la trasgresión de la norma ocurre para satisfacer un capricho o un interés subalterno.

Este instituto alude a una acción de impugnación moral al cumplimiento de una decisión política o una norma jurídica establecida por el Estado. El valor ético de esta impugnación es de tal magnitud, que ha alcanzado juridificación en algunos estados democráticos. En ese contexto, el objetante plantea, cuando es posible y en aras de no desatender sus obligaciones ciudadanas, el canje de la prestación observada por otra compatible con sus ideas o convicciones más arraigadas.

José López Guzmán [*La objeción de conciencia farmacéutica*. Barcelona: Ediciones Internacionales Universitarias, 1997] describe dicho instituto como “el incumplimiento de una obligación de naturaleza personal cuya realización produciría en el individuo una lesión grave de la propia conciencia, o si se prefiere de sus principios de moralidad”.

Miguel Carbonell [“La libertad religiosa como derecho fundamental”. En: *Gaceta Constitucional*, tomo 5. Lima: Gaceta Jurídica, mayo 2008] se formula la interrogante siguiente:

“¿Debemos cumplir una ley que nos obliga a dejar de lado nuestras creencias [...] más profundas?”.

Al respecto, no debe olvidarse que la libertad de conciencia supone el atributo de obrar de modo conforme a los imperativos de aquella. Ello en aras de plasmar una vida congruente entre aquello que se

crea y lo que se practica.

Así, la objeción de conciencia puede implicar –según el sistema político-jurídico donde se produce– una doble percepción. En la primera, la objeción de conciencia puede alcanzar una “comprensión” acerca del origen y fines de la aptitud del objetante; ello no significa su convalidación jurídica, pero puede llevar a la flexibilidad estatal en el tratamiento del asunto. En la segunda, puede convertirse en el ejercicio excepcional de un derecho, lo cual implica su convalidación jurídica.

A través de la objeción de conciencia, una persona perteneciente a un sector minoritario de ciudadanía puede ejercer individual y residualmente el ejercicio de un derecho natural inherente a la dignidad de la persona humana, que se concibe como el respeto al valor inalterable de la conciencia. Ello supone una esfera individual y personalísima de desobediencia, vinculada estrictamente con convicciones religiosas, filosóficas u otras de naturaleza similar, por lo que la objeción de conciencia significa un medio para mostrar ante la sociedad el rechazo a ciertos valores y mandatos que se confrontan con la conciencia de un ciudadano.

Mediante este instituto una persona se niega a realizar una actividad a la cual se encuentra jurídicamente obligada; es decir, opera como una negativa de cumplimiento de un mandato o deber político-jurídico, por consideraciones de incompatibilidad de conciencia. Se traduce en un acto estrictamente individual respaldado por una moral personal –que, por tal, es autónoma y subjetiva– de rehusarse al cumplimiento de una decisión política o una norma jurídica emanada del cuerpo político; vale decir, como expone Susana Mosquera Morelos [*El derecho de libertades de conciencia y de religión en el ordenamiento peruano*. Piura: Universidad de Piura, 2005] consiste en “dejar de hacer”.

Gerardo Laudrave Díaz [*Derecho de resistencia, desobediencia civil, objeción de conciencia e insumisión*. Madrid: Editorial Artes Gráficas, 1989] afirma que la objeción de conciencia supone un rechazo a las obligaciones impuestas por el orden legal; el mismo que se fundamenta en la intensidad de una conciencia individual. Por su parte, Fabián Tenorio C. [*La disidencia y los derechos humanos*. México: Arcos, 1993] señala que se trata de una “licencia” que ofrecen los estados de

corte democrático para que un ciudadano o súbdito pueda abstenerse del cumplimiento de un deber político-jurídico genérico, por razones de conciencia.

La objeción de conciencia avalada por el propio orden constitucional, permite a un ciudadano particular y concreto resolver el dilema que se le plantea entre la fidelidad a un deber moral de cumplir con sus convicciones personales y la realización de un deber político jurídico de carácter genérico.

Es dable advertir que la objeción de conciencia que tiene como límite los valores, principios y bienes constitucionales. En consecuencia ella opera en el marco de la normatividad infra constitucional, salvo que el texto supra permita una inobservancia en relación a su propio ámbito. Es dable advertir que si bien la objeción de conciencia en el pasado fue planteada como un medio de defensa de la conciencia religiosa frente a la intolerancia de los estados confesionales o de convicción filosófica ante los conflictos armados, en la actualidad comprende situaciones tales como: tratamientos médicos para preservar la salud o la vida; la obligatoriedad del servicio militar; la obligación funcional de participación en prácticas abortivas; la obligación del pago de tributos con fondos asignables a un fin específico y repugnante según la ética de un contribuyente; el cumplimiento de determinadas obligaciones laborales; la no reverencia a los símbolos patrios; la negativa de venta de determinados productos farmacológicos (preservativos, píldoras anticonceptivas, etc.).

Tal el caso de los miembros de la confesión Testigos de Jehová en relación a la práctica médica de transfusión de sangre. Ello en razón a las denominadas "prohibiciones bíblicas" contenidas -según la interpretación de dicho ente eclesial- en el Génesis 9, 3-4, Levítico 3, 17 y 17.10 y Deuteronomio 12, 23-25.

Al respecto, debe señalarse que dichas regulaciones resguardarían la idea de que el alma reside en la sangre; y, que, por ende, queda reservada para el culto, vale decir, que únicamente puede ser ofrecida a Dios. Igualmente, la citada entidad religiosa colige que el saludo a la bandera o la participación en actos similares es algo que corresponde a la adoración; la cual debe ser dirigida exclusivamente al Creador.

Debe advertirse que la objeción de conciencia no se desinteresa de la necesaria contribución personal al bien común ni tampoco rehúye

las imprescindibles cargas de solidaridad ciudadana; en respeto a todo ello, el ciudadano o súbdito objetor acepta le sea aplicada una prestación sustitutoria de aquella legal y genérica, que, por razones de conciencia se niega particularmente a satisfacer en el seno de la comunidad política. Por ende, el objetor de conciencia no plantea para su caso una condición de privilegio, sino que impele al Estado –representado por sus autoridades– a la “comprensión” de su conflicto de conciencia y a la búsqueda de un deber político-jurídico alternativo para afrontar, con respeto del criterio de dignidad humana, su contribución social de solidaridad y en pro del bien común del cuerpo político.

En suma, la objeción de conciencia pretende lo siguiente:

- a) Congruencia entre los actos político-jurídicos (obediencia ciudadana) y la convicción arraigada de un ciudadano o súbdito, en la esfera de la manifestación de la conducta social.
- b) Exoneración del deber político-jurídico en sí mismo.
- c) Constitución alternativa de una prestación o carga pública sustitutoria, cuyo paradigma se sustenta en el incondicional respeto de la dignidad humana. Ello desemboca en actividades subrogatorias en servicios sociales, conservación del medio ambiente, alfabetización, promoción cultural, servicios sanitarios, etc.

Desde una perspectiva histórica, le correspondió a Jan Crithian Smuts –político y militar sudafricano (1870-1950)– la acuñación de la expresión *objeción de conciencia*. En la Sudáfrica colonial inglesa, se dictó la “Ley negra de ordenanza asiática”, que obligaba a la comunidad india –entre otras– a inscribirse con sus huellas dactilares, en el registro, para obtener el certificado de residencia. Adicionalmente, el Tribunal Supremo de la Ciudad del Cabo declaró ilegales los matrimonios no celebrados bajo el rito cristiano ni inscritos en el registro civil. Frente a ello aparecerá la figura del Mahatma Karamchad Gandhi (1869-1948), quien a través de su comportamiento basado en la *satyagraha* (no cooperación) motivo que Smuts calificará dicha conducta como una objeción de conciencia basada en móviles religiosos.

El valor ético de esta impugnación es de tal magnitud que ha logrado alcanzar reconocimiento por vía jurisprudencial o legislativa, ya sea como parte del ejercicio regular del derecho a la libertad de conciencia o como un justificante para punibilidad estatal.

Cabe señalar que el primer caso conceptualmente referido a lo que hoy conocemos como objeción de conciencia se presentó en 1923, en el proceso judicial sostenido entre *Wilson vs. los Estados Unidos*, en donde la judicatura rechazó la petición de conciencia de un ciudadano a formar parte de un jurado.

En 1943, se produce el Caso *Barnette vs. el Consejo Educativo del Estado de Virginia Occidental* (los Estados Unidos).

Al respecto, el señor Walter Barnette en función a sus convicciones religiosas impugnó los alcances generales de un Reglamento Escolar que exigía el saludo a la bandera estadounidense.

La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la norma señalando que ningún Estado podrá prescribir sobre lo que es obligatorio en materia de política, nacionalidad, religión y cuestiones vinculadas con la libertad de opinión.

En 1946, en caso *Girouard vs. los Estados Unidos*, la Corte Suprema declaró que no era inconstitucional la conducta objetante de un naturalizado miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, de negarse a aceptar la posibilidad de alistarse en defensa de la Nación en caso de guerra.

Al respecto, es dable precisar que dicha obligación se encuentra contenida en el acta de juramento que debe ser recitada como compromiso de lealtad al Estado por parte de los inmigrantes obtenientes de la gracia de la nacionalización.

En 1971, en el caso *Cassius Clay vs. los Estados Unidos*, la Corte Suprema declaró la validez constitucional de la objeción de conciencia en ocasión que el afamado boxeador luego de adoptar la religión musulmana se negase a prestar servicios a las fuerzas armadas en el conflicto de Vietnam, sosteniendo que el Corán no permite participar a ningún fiel de esa Iglesia en ninguna guerra, a menos que esta hubiese sido declarada por Alá o se tratase de una guerra santa.

En 1972, se produce el caso *Yoder vs. el Estado de Wisconsin* (Estados Unidos).

Dicho proceso fue instaurado a iniciativa de Jonas Yoder, miembro de la comunidad religiosa Amish.

Cabe recordar que los Amish son una agrupación religiosa cristiana de doctrina anabaptista que se caracteriza por su negativa al uso

de la tecnología moderna y por la búsqueda del insularismo social. Esto último se produce en razón a que el aislamiento del resto de la sociedad se basa en la convicción de ser “la raza elegida, una verdadera comunidad cristiana, una nación sagrada, el pueblo de Dios (1 Pedro 2,9)”. “En esa perspectiva” se debe evitar el amor del mundo o de las cosas que viven en él” (1 Juan 2,15) ya que dicha amistad los enemista con Dios (Santiago 4,4)”.

A efectos de entrar evitar el contacto en lo posible con el mundo exterior, los Amish prefieren trabajar en sus casas, en sus tierras, así como eludir la convivencia escolar externa.

En el caso Yoder, la Corte Suprema reconoció el derecho a la comunidad Amish a no enviar a sus hijos adolescentes a la escuela, ya que era legítima su creencia en el sentido que la instrucción que se reciba después del octavo grado pone en peligro la salvación de su alma.

En 1995, se produce el famoso caso Seler en Alemania.

En efecto, el señor Ernest Seler, padre de tres alumnos de una escuela pública de Baviera impugnó para sí la vigencia general de un Reglamento Escolar que permitía la colocación de imágenes religiosas en los centros educativos estatales de dicho Land.

El citado señaló que los crucifijos colocados en las aulas, habían generado traumas en sus hijos como consecuencia de la diaria contemplación de un “cuerpo masculino moribundo”. Así, la imagen de culto transmitía horrendamente padecimiento psico-físico, asco y prácticas de tortura en su contra. Por ende, se objetaba el cumplimiento de una norma que contrariaba sus convicciones más sentidas acerca de la vida y la muerte.

El Tribunal Constitucional alemán ordenó retirar en todas las escuelas públicas los emblemas religiosos que aludieran a la “Pasión de Cristo”, en tanto no existiera acuerdo absoluto entre los miembros de la comunidad educativa.

Recientemente en España, el Tribunal Supremo declaró fundado el recurso de un suboficial del Ejército adscrito a la Religión Militar de Levante, el cual había sufrido arresto al incumplir la orden de formar parte del batallón de honor que rindió homenaje a la Virgen de los Desamparados.

Al respecto, dicho colegiado subrayó la no obligatoriedad de la

disposición del superior jerárquico, en razón a que el sargento obligado no pertenece a la confesión católica.

En atención a la infracción de las convicciones personales del demandante, se acordó un resarcimiento por los daños morales sufridos.

En este último caso puede observarse una ampliación de los alcances de la objeción de conciencia, en donde ya no se alude a la solicitud de exoneración de una prestación, sino que ante su exigencia compulsiva se adquiere el derecho al resarcimiento por el daño moral causado.

Desde una perspectiva legislativa aparece modalmente en el inciso 3 del artículo 4 de la Ley Fundamental de Bonn (1949) en donde se establece que “nadie puede ser obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con las armas [...]”. Asimismo, se encuentra previsto en la Resolución N° 337 de 1967, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en donde se precisa de manera indubitable que el reconocimiento de la objeción de conciencia deriva de los derechos fundamentales del individuo garantizados en el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En la vigente Constitución española (1978) también se establece -en el rubro de los derechos ciudadanos- la facultad de ejercer el derecho a la objeción de conciencia ante el llamado al servicio militar obligatorio, pudiendo el objetante solicitar se le señale una prestación social sustitutoria con fines de interés general.

Cabe señalar que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó, el 8 de marzo de 1989, una resolución reconociendo el derecho de toda persona al ejercicio de la objeción de conciencia en relación con el servicio militar obligatorio, “como ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión enunciados en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

De forma similar, en la resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, de 1967, se consagró el ejercicio de la objeción de conciencia en relación con el servicio militar obligatorio, fundada en una convicción profunda de orden ético, religioso, moral, humanitario, filosófico o de análoga naturaleza. En este documento se señaló que en los estados democráticos se debe considerar el derecho

subjetivo de la dispensa del servicio militar obligatorio; los mismos que deben establecer una prestación sustitutoria de igual duración y utilidad a la sociedad.

En nuestro país se han presentado –entre otros– tres casos de objeción de conciencia basada en razones filosóficas. Así, durante el acto de incorporación a la Asamblea Constituyente de 1978, el líder del FOCEP, Hugo Blanco Galdós, se negó a jurar al cargo ante la Biblia y el crucifijo; similarmente, el abogado Guillermo Olivera Díaz se negó a invocar a Dios al jurar al cargo de juez penal en el Distrito Judicial de Lima. En ambas situaciones se tuvo que cambiar parte del ritual ceremonial, en atención a la condición atea de los objetantes.

Más recientemente (1999), el jugador de fútbol Paulo Zabárbulo se negó a cantar el himno nacional en la ceremonia protocolar antes del encuentro entre las selecciones de Perú y Ecuador. Ello en razón de ser fiel de la Iglesia de los Testigos de Jehová, la cual consigna como idolatría los actos de reverencia a los símbolos patrios. El citado fue separado del equipo por la Federación Peruana de Fútbol.

4.1.- Las características de la objeción de conciencia

Entre las principales características de esta institución aparecen las siguientes:

- a) Acto ilegal o legal, según determinación de la Constitución o la legislación infraconstitucional. En los estados adscritos a la ideología democrática, el desacato por objeción de conciencia se convierte en el ejercicio excepcional de un derecho, pues está justificado por móviles de conciencia que el sistema político-jurídico respeta.
- b) Contradicción entre la conciencia individual fundada en convicciones religiosas, filosóficas u otras de igual naturaleza, y los alcances de una decisión política o una norma estatal.
- c) Acción personalísima y particular que carece de finalidad política.
- d) Solicitud de canje de la obligación establecida por el Estado, por una prestación sustitutoria de igual duración y calidad compatible con el interés general de la colectividad política.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional a través del caso Lucio Rosado Adanaque (Expediente N° 0895-2001-AA/TC) señaló que

la objeción de conciencia implica el reconocimiento de un “*contenido nuevo*” dentro de la libertad de conciencia.

El Tribunal Constitucional consideró que el no reconocimiento de la objeción de conciencia dentro del contenido de la libertad de conciencia implicaría aceptar el absurdo de “no permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano”.

Ahora bien, dicho colegiado señaló los límites de su ejercicio al establecer que “la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos. En atención a lo dicho, la procedencia de la eximencia solicitada por el objeto debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza ipso facto [...] el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber. Y por ello, también, la comprobación de la alegada causa de exención debe ser fehaciente”.

Es dable advertir que Lucio Rosado Adanaque presentó una acción de amparo contra el Seguro Social ESSALUD, Hospital Nacional Almanzar Aguinaga Asenjo (Chiclayo), a fin que no se le obligara a prestar servicios los días sábados. Ello en razón a que desde 1993 pertenecía a la Iglesia Adventista del Séptimo Día; organización religiosa que exige que dichos días sean únicamente dedicados a la reflexión y oración.

5.- LAS SEMEJANZAS Y LAS DIFERENCIAS ENTRE LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Entre las principales semejanzas entre una y otra institución, pueden citarse las dos siguientes:

- a) Ambas expresan una abstención a la *obediencia ciega* a la autoridad estatal.

- b) Ambas se erigen sobre el respeto a la dignidad humana y el carácter instrumental de la sociedad y el Estado en relación con la vida existencial y coexistencial.

Entre sus principales diferencias pueden citarse las cinco siguientes:

- a) La desobediencia civil es un acto ilegal y público. Se sustenta en razones de moralidad social y en la defensa de valores comunitarios proclamados, defendidos y regulados por la Constitución o por los derechos fundamentales de la persona. La objeción de conciencia deviene en un acto ilegal o legal –según lo señale el Estado–, pero de carácter privado. Se sustenta en razones de moralidad crítica y en la defensa de valores no necesariamente compartidos por la totalidad de la comunidad política.
- b) La desobediencia civil persigue alcanzar repercusiones de carácter político que lleven a un cambio en el “hacer” gubernamental. Más específicamente, promueve la modificación, sustitución, derogación o abrogación de una normatividad enemistada con los valores que la Constitución de un Estado proyecta o con los derechos fundamentales de la persona humana. La objeción de conciencia persigue alcanzar de modo personalísimo la exención del cumplimiento de un deber político-jurídico que contraviene una convicción religiosa, filosófica, etc. Esta convicción, en su manifestación social, no tiene carácter consensual en el seno de la comunidad política. Aquí el objetante no tiene como objetivo central influir políticamente en la conciencia o la conducta de sus conciudadanos; así, la objeción de conciencia no se afirma en la necesidad de promover la reorientación del accionar gubernamental o su accionar legislativo.
- c) La desobediencia civil implica la violación consciente y deliberada de una decisión gubernamental o de un deber político-jurídico, aceptándose *a priori* las consecuencias jurídicas que devienen de ello. Es decir, el desobediente civil acepta la penalidad y sanciones que se derivan de su acto de desobediencia. La objeción de conciencia implica la inobservancia consciente y deliberada de una decisión gubernamental o de un deber político-jurídico, planteando un canje o sustitución de una prestación personal –al Estado– por otra que es equivalente en términos de onerosidad, período de duración, laboriosidad, etc.

- d) La desobediencia civil se manifiesta como una protesta cívica; los desobedientes civiles alientan la adhesión ciudadana a su causa. La objeción de conciencia se manifiesta como una actitud personal y altruista de notoria y privativa importancia para su ejecutor. El objetante intenta resolver, por la vía de la rebeldía, el conflicto surgido entre el accionar político y/o jurídico del Estado y sus convicciones más arraigadas en la conciencia personal. En él prima un ánimo "defensista" de sus creencias más sentidas.
- e) La desobediencia civil puede alcanzar la comprensión y tolerancia estatal, desde una perspectiva política. La objeción de conciencia puede alcanzar la condición de derecho subjetivo en aquellos estados adscritos a la ideología democrática.

6.- EL PROBLEMA DE LA OBEDIENCIA FUNCIONAL

En el ámbito del operador administrativo del Estado aparece la obligación adscrita a un servidor público subordinado funcionalmente, de acatar y cumplir las órdenes hacia él impartidas por sus superiores jerárquicos.

Como refiere Emilio Fernández Vásquez [*Diccionario de derecho político*. Buenos Aires: Astrea, 1981] la supremacía jerárquica de un operador público sobre otro determina la subordinación de este sobre aquel. Por consiguiente, en principio, la dependencia funcional conlleva necesariamente al deber de obediencia.

La obligación funcional de acatamiento se encuentra atada irrevocablemente con los principios de jerarquía y competencia. Así, la aplicación del primero justifica jurídicamente el deber de obediencia; en tanto que el segundo determina los límites de dicha exigencia.

En suma, el deber de obediencia funcional se encuentra sujeto en principio, a la verificación de los requisitos de jerarquía y competencia.

Ahora bien, en la praxis político-administrativa se plantea una cuestión trascendental para el derecho público en general y para el derecho constitucional en particular, a saber: ¿debe un servidor público obedecer siempre la orden impartida por su superior jerárquico?

Al respecto, es dable consignar que la doctrina rechaza por igual las posiciones extremas de la obediencia absoluta y la resistencia rutinaria. Dicha distinción se produce en el primer caso porque conlleva

varía a configurar la existencia de ejecutores ciegos de cualquier tipo de “orden”; y en el segundo porque implicaría vaciar de contenido el principio de jerarquía y la lealtad funcional.

En ese contexto, nos inclinamos por considerar que preliminarmente son de aplicación los alcances del deber u obligación funcional de acatar las ordenes impartidas por el superior jerárquico; salvo que apareciesen circunstancias extremas o inusuales en donde se haga necesario la previa e íntima “calificación de la orden” recibida, en aras de salvaguardar, precisar y especificar principios, valores o derechos de naturaleza constitucional.

En ese sentido, Pío XII en su alocución al VI Congreso Internacional de Derecho Penal (1953), señaló que “No esté habilitada ninguna instancia superior para disponer un acto inmoral; no existe ningún derecho, ninguna obligación, ninguna licencia para cumplir un acto en sí inmoral, lo mismo que si él es ordenado, igual si la negativa de obrar entrañe los peores daños personales”.

Paulo VI en su *Constitución Pastoral sobre la Iglesia en el Mundo Actual* (1965), expresó que “los actos que se oponen deliberadamente a los principios fundamentales del derecho natural, y las ordenes que mandan todos tales actos son criminales, y la obediencia ciega no puede excusar a quienes las acatan”

Enfrentando al servidor público subordinado ante una circunstancia extrema o inusual, la doctrina plantea que dicha íntima calificación concluye en la aplicación de alguna de las dos teorías siguientes:

a) La teoría de la repetición

Esta teoría plantea que el servidor público subordinado debe cumplir con advertir a su superior acerca de las consecuencias derivadas del cumplimiento de su disposición. Más aún, debe precisar concretamente la supuesta inconstitucionalidad e ilegalidad de lo ordenado.

En caso que el superior jerárquico ratificase e impeliese al cumplimiento de la orden, el servidor público subordinado debe finalmente acatarla.

b) La teoría de la negación

Esta teoría plantea que el operador público subordinado consciente que el cumplimiento de la orden verificaría la grave violación de un principio, valor o norma de naturaleza constitucional se niega a su ejecución en términos absolutos.

Para tal efecto, se hace necesario acreditar previamente que la orden recibida es notoria, evidente y objetivamente afectante del *telos* o *corpus* del texto fundamental.

Dicha teoría ha ganado fuerza a raíz de la abrogación de la Ley N° 23521 sobre obediencia debida (Argentina, 8 de junio de 1987) en la que se declaraba la presunción *jure et de jure* (sin admitir prueba en contrario) que los oficiales y subalternos militares, policiales y penitenciarios argentinos operaran debidamente al limitarse a cumplir una orden emanada por un superior jerárquico. En tal caso dicha acción era eximente de punibilidad.

La referida ley señalaba que los oficiales y subalternos de los institutos militares, policiales y penitenciarios habían obrado en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de ordenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellos en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

La abrogada ley fue objeto de serios cuestionamientos doctrinarios y jurisprudenciales, lo que permitió consolidar la teoría de la negación, haciendo que se establezca una responsabilidad propia con respecto al subordinado que hubiere cumplido ordenes conducentes a la violación de los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario (genocidio, tortura, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, etc.).

7.- EL CASO DE LA ANARQUÍA

Alude a la situación de una sociedad carente de cualquier forma de coacción y cuyos miembros no se encuentran sujetos a reglas pre-determinadas; el poder se encuentra diseminado entre todos ellos, sin que su ejercicio sufra la imposición de límites heterónomos.

La proscripción absoluta de la coacción proviene de un rechazo ideológico al Estado como supuesto defensor, a través de la fuerza institucional, de los intereses de un grupo -los propietarios- y, por ello, fomentador de la injusticia y la desigualdad social. Para Enri-

co Malatesta [Citado por Hugo García Salvatecci. *Ciencia y revolución*. Lima: Colección Universitaria Okura, 1984], entender al Estado “como un imparcial administrador de los intereses del pueblo, no es más que una burla, una ilusión y una utopía jamás realizada y jamás realizable”.

Los partidarios del anarquismo aceptan el concepto de autoridad, siempre que no comprenda la posibilidad de que esta imponga su influencia mediante el uso institucionalizado de la fuerza.

Manuel González Prada resume el ideal anárquico en la abolición del Estado y la propiedad individual. Con la desaparición de aquel también se desaprueba a la ley como instrumento regulador de las relaciones sociales. En efecto, Miguel Bakunin [Citado por Hugo García Salvatecci. ob. cit.], la legalidad estatal es “la consagración jurídica del privilegio [...] es la injusticia”.

José Proudhon [Citado por Hugo García Salvatecci. ob. cit.] expone que las leyes son, “para los pobres y humildes, irrompibles cadenas”), lo cual no impide que se acepten otras expresiones del derecho, siempre que no estén vinculadas al Estado, sino a la sociedad: el derecho natural, la costumbre jurídica y la declaración de voluntad (contrato).

Pedro Kropotkin [Citado por Hugo García Salvatecci. ob. cit.] expresa que “Los anarquistas conciben la sociedad como una asociación en que todas las relaciones mutuas de sus miembros están reguladas no por leyes, sino por medio de convenios entre sus componentes, y por un cierto número de hábitos y costumbres sociales que, lejos de petrificarse por la ley, la rutina o por la superstición, están en continuo desarrollo y cambio. Surgen de las crecientes necesidades de la vida libre, estimuladas por el progreso de la ciencia, las invenciones y el constante engrandecimiento de los más elevados ideales”.

Los principios rectores del anarquismo parten de la premisa de creer en la bondad ingénita del hombre, bondad por la que es capaz de consagrarse a la coexistencia en un clima de cooperación, armonía y solidaridad. Para los anarquistas el Estado ha corrompido y envilecido a los hombres, aun cuando Edgar Bodenheimer [*Teoría del derecho*. México: Porrúa, 1959] duda sobre la posibilidad de que suprimiendo el ente estatal se produzca una armoniosa y libre cooperación entre ellos, dado que su naturaleza no tiene las características que se le atribuyen. Al respecto, el filósofo Baruch Spinoza [Citado por Edgar

Bodenheimer. ob. cit.] piensa que en una situación de anarquía cada individuo tratará de extender su poder hasta donde le sea posible, enfrentándose por poca cosa a sus semejantes: según él, los hombres están sujetos a las pasiones, desean intensamente ser los primeros, estallan ante los conflictos y se esfuerzan por oprimirse unos a otros.

La consecuencia lógica del anarquismo es la aparición de la autocracia.

Es innegable que donde quiera que la autocracia surja, pronto se verá desplazada por su extremo opuesto: la acracia.

CAPÍTULO DUODÉCIMO

EL ESTADO Y LAS SITUACIONES DE ANORMALIDAD CONSTITUCIONAL

SUMARIO

1. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN. 1.1. Los antecedentes históricos. 1.2. Las características del régimen de excepción. 1.3. Los elementos y las dimensiones del régimen de excepción. 1.4. El régimen de excepción, la razón de Estado y el estado de necesidad. 2. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN Y SUS MODALIDADES DE EXCEPCIÓN. 2.1. El estado de sitio. 2.2. El estado de desorden interno o de emergencia. 2.3. El estado de calamidad. 2.4. El estado de crisis económica. 2.5. El estado de prevención. 2.6. El caso de los decretos de urgencia. 3. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 3.1. El régimen de excepción y las prerrogativas parlamentarias. 3.2. El régimen de excepción y las acciones de garantía. 3.3. El régimen de excepción y el control judicial y político. 4. LA CIUDADANÍA Y LA ANORMALIDAD CONSTITUCIONAL. 4.1. El derecho a la insurgencia. 4.2. El derecho de insumisión.

La normalidad constitucional se sustenta necesariamente en el desarrollo de la relación Estado-ciudadanía con sujeción a pautas jurídicas previamente establecidas y de alcance general. Implica el desenvolvimiento de la actividad del Estado dentro del marco de competencias delimitadas con precisión por la Constitución y demás normas derivadas de aquella, y el que los ciudadanos desplieguen sus actividades ordinarias con el goce efectivo de los derechos que dicha normatividad –en sentido lato– les reconoce. Como señala Manuel García Pelayo [*Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1984], “toda normatividad supone una normalidad; no hay normas aplicables a un caos. La posibilidad de la vigencia del derecho está condicionada por una situación social estable; es decir, por una situación en la que se dan los supuestos sobre los que se edificó la normatividad jurídica en cuestión”.

Como bien afirman Carlos Blancas Bustamante, Marcial Rubio Correa y César Landa Arroyo [*Derecho constitucional general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992], la normatividad jurídica que regula la constitución, vida y acción del Estado supone, como premisa para su aplicación, una situación de normalidad y equilibrio político, social y económico, tanto en el ámbito nacional como internacional. Ahora bien, cuando dicha situación de regularidad plenaria desaparece o se ve alterada como consecuencia de factores perturbadores de diversa índole, al Estado se le hace difícil –e incluso hasta imposible– actuar con arreglo a sus normas ordinarias, las que se revelan ineficaces para afrontar una situación imprevista que puede poner en serio peligro la existencia misma del cuerpo político, la plenitud del ejercicio del poder o el goce duradero de los derechos constitucionales.

La situación extraordinaria es aquella que se configura por la alteración del normal desenvolvimiento del aparato estatal y/o de las actividades ciudadanas, y cuya gravedad hace imprescindible la adopción de medidas excepcionales.

Esta si bien puede ser predeterminada en su naturaleza y consecuencias políticas, sociales o económicas, en cambio no alcanza a ser precisada en el tiempo en que se desarrollará.

Dentro de ese singular e incomodo contexto, el Estado hace frente a la perturbación ocasionada por dicho “clima” de anormalidad empleando, para tal efecto, recursos excepcionales que le permitan una acción rápida y eficaz para conjurar y eliminar los factores de alteración. Así, la aplicación –con la anuencia de la Constitución– de alguna modalidad de instituto excepcional y de un conjunto de competencias extraordinarias en favor del órgano Ejecutivo, surge de la necesidad de solucionar o conjurar una serie de circunstancias anormales, lo cual acarrea la supresión, limitación o restricción transitoria de ciertos derechos ciudadanos. En ese sentido, Óscar Alzaga [*La Constitución española de 1979*. Madrid: Ediciones del Foro, 1978] anota que la supresión, limitación o restricción de los derechos ciudadanos se efectúa para la salvaguarda futura de la plenitud del ejercicio del poder político y de los intereses ciudadanos.

La doctrina y el derecho constitucional comparado admiten que la vida institucional no es siempre uniforme, permanentemente lineal,

ni previsoramente absoluta del acontecer coexistencial dentro de una comunidad política; por el contrario ante los recados de la historia, la sensatez acredita la necesidad de que el Estado esté premunido de los instrumentos necesarios para afrontar aquellas situaciones extraordinarias que impiden el cumplimiento de los fines de la sociedad estatal y hasta ponen en cuestionamiento su perdurabilidad como tal.

Resulta claro que no siempre es posible que la relación Estado-ciudadanía se desenvuelva de conformidad con los cánones de la normalidad constitucional, sino que eventualmente se producen crisis de orden político o económico, sucesos derivados de la fuerza mayor, etc., que obligan a que la propia Constitución permita el vigorizamiento de los resortes de la autoridad estatal, aun a costa de suspender, limitar o restringir ciertos derechos constitucionales.

Igualmente, no siempre la relación Estado-ciudadanía se regula bajo los principios de *legalidad* y *legitimidad*, ya que, en ocasiones la Constitución corre el peligro de ser vulnerada por la amenaza o materialización de golpes de Estado. En este difícil y excepcional contexto, el texto fundamental permite el “vigorizamiento” de los derechos constitucionales de los ciudadanos –cuando estos son obligados a la obediencia político-jurídica mediante actos y normas emanadas de un gobierno usurpador– configurando atributos de excepción que abarcan la posibilidad de la acción ciudadana en defensa del orden constitucional.

La anormalidad constitucional, *desde la perspectiva estatal*, lleva a la adopción de un conjunto de medidas establecidas por la Constitución para su conjuración, a saber:

- a) Decretamiento de algunas de las modalidades de regímenes de excepción (estado de sitio, de desórdenes internos o de emergencia, de alarma, etc.), según sea la naturaleza y grado del peligro existente para la organización político-jurídica.
- b) Manifestación concreta del ejercicio de competencias estatales extraordinarias para el sofocamiento del suceso, hecho o acontecimiento generador de la anormalidad constitucional.
- c) Limitación o restricción temporal de ciertos derechos fundamentales.
- d) Aprobación de una legislación derivada de la necesidad y urgencia.

La anormalidad constitucional, desde la perspectiva de la ciudadanía, lleva a la posibilidad de que esta, en aras de un deber ético-político, se encuentre legitimada para oponerse a la ruptura del orden constitucional, es decir, para luchar por su inmediata e instantánea restauración.

1.- EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

Dicha acepción hace referencia a aquellas “competencias de crisis” que la Constitución otorga al Estado con el carácter de extraordinarias, a efectos de que pueda afrontar hechos, sucesos o acontecimientos que, por su naturaleza, ponen en peligro el normal funcionamiento de los poderes públicos o amenazan la continuidad de las instituciones estatales y los principios básicos de convivencia dentro de una comunidad política.

El régimen de excepción compromete el funcionamiento normal de las instituciones y la vida coexistencial de los ciudadanos. Forman parte integrante de la propia dialéctica constitucional, que, en su afán de encuadrar dentro de su seno toda la actividad estatal y ciudadana, se ha visto en la necesidad de prever la institucionalización normativa del régimen de excepción.

Germán Bidart Campos [*Derecho político*. Buenos Aires: Aguilar, 1972] señala que en este contexto “el poder público ensancha la órbita de sus competencias; hay un desplazamiento de atribuciones a favor del órgano que con más celeridad y eficiencia puede conjurar la crisis; se le permite la aplicación de leyes más severas”.

Según Bernardino Gonzáles [Citado por Rodolfo Rodríguez. *Consideraciones sobre el Estado y el gobierno*. Buenos Aires: Punto, 1991], dicho régimen se traduce en competencias especiales que asume el Jefe del Ejecutivo, para poner fin, por medios jurídicos, a la situación de emergencia que se ha producido, o para precaverse de ella en caso de que sea inminente. Esto lleva a una regulación constitucional *ad hoc* destinada a “enmarcar” la anormalidad. El efecto inmediato de lo expuesto es el surgimiento de una concentración de competencias o funciones.

Estas competencias extraordinarias implican la concesión de atributos de poder al Ejecutivo, en un grado y una extensión no habitual. El referido órgano es el “receptor” de estas “competencias de

crisis", en razón de la mayor prontitud y eficacia con que este puede actuar para afrontar y resolver una situación de anormalidad. La concesión de dichas competencias sui géneris genera de manera paralela y transitoria el debilitamiento de las atribuciones de los demás entes estatales.

Carlos S. Fayt [*Derecho político*. Buenos Aires: La Ley, 2003] señala que tras la declaración de dicho régimen se coloca en manos del Poder Ejecutivo la potestad de adoptar un conjunto de medidas de carácter preventivo o represivo. Estas se aplicaran áreas precisadas y con una intención que quedan sujetas a la evaluación del grado y naturaleza de los hechos anormales

Maruja Delfino de Palacios [*El derecho de excepción en América Latina*. Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1967] señala que para otorgar *legitimidad* a las competencias de excepción, existen dos condiciones:

- a) Que su otorgamiento se produzca cuando se acredite que el orden institucional y la seguridad del Estado se encuentran en severo peligro. En ese contexto, deben haberse presentado condiciones políticas, sociales, económicas o de fuerza mayor provenientes de la naturaleza, que no pueden ser controladas a través de los medios ordinarios con que cuenta el Estado.
- b) Que la aplicación de las medidas extraordinarias tenga carácter temporal, es decir, que no se extienda más allá del tiempo estrictamente necesario para el restablecimiento de la normalidad constitucional y, por tanto, de la vigencia rediviva de la normatividad ordinaria del Estado.

1.1.- Los antecedentes históricos

El origen de la concesión de competencias de excepción a las autoridades políticas para la conjuración de graves peligros contra el Estado, pueden encontrarse en Grecia y Roma.

Así, tras la muerte de Solón en el año 560 a.C., aparecerá en las antiguas repúblicas griegas la institución del *oeynmeta* o tirano, quien resultaba elegido con plenos poderes para superar las situaciones de conflicto bélico o de grave conmoción interna.

En Roma, durante el período de la República (509-30 a.C.), se esta-

bleció la *dictadura* como una institución legal.

La historia registra que el primer dictador nombrado fue Tito Larcio, a efectos de resolver el grave conflicto con la etnia de los latinos.

Esta institución aparecerá cuando los cónsules –dos funcionarios que se encontraban colegiadamente al mando del cuerpo político– reconocían que Roma se encontraba frente a circunstancias de grave peligro por razones bélicas. En ese contexto, uno de ellos era instituido por el Senado romano como soberano temporal, con el título de *dictador*.

Esta autoridad, dotada de competencias extraordinarias, quedaba librada legalmente de cualquier tipo de control proveniente de la *provocatio ad populum* o apelación ante los comicios, del veto de los Tribunos de la Plebe, así como de la *intercessio* de los magistrados.

En realidad, la dictadura romana actuaba y se justificaba en aquel aserto que dice “que cesen las leyes para que puedan regir las leyes”, es decir, aceptamos la situación de excepcionalidad para recuperar la normalidad.

Entre los requisitos exigidos para el establecimiento legitimado de la dictadura se encontraban los cinco siguientes:

- a) El nombramiento debía efectuarse con arreglo a un procedimiento predeterminado. Este se efectuaba con posterioridad a la declaración de existencia de una situación peligrosa para la continuidad del cuerpo político.
- b) El nombramiento confería el ejercicio de una competencia única, superior y extraordinaria del poder político. Las decisiones del dictador eran absolutamente inapelables.
- c) El nombramiento se extendía por el plazo de seis meses. Al respecto, Teodoro Mommsen [*Compendio de derecho público romano*. Madrid: La España Moderna, 1893] señala que “los límites de la duración de este cargo estaban fijados de una manera más estricta que las de la magistratura suprema regular; el dictador, una vez desempeñada la misión que le hubieren recomendado, habría de resignar a su cargo, el cual se extinguiría por ministerio de la ley [...]”.

- d) El nombramiento tenía como finalidad que el dictador se encargase de conducir y preservar la defensa del orden político-jurídico. Al respecto, Teodoro Mommsen [ob. cit.] señala que “la dictadura tenía una particularidad, que se explica, no obstante, por el mismo carácter extraordinario que revestía el cargo; esa particularidad consistía en corresponderle por derecho político la plenitud del poder, y, sin embargo, limitarse de hecho a ejercer facultades determinadas [...] se le nombraba para que desempeñara un negocio determinado”. Ergo, no podrá ejercer facultades no precisadas
- e) La declaración de excepcionalidad y el nombramiento del dictador estaba a cargo de un ente que no asumía ni ejercía dichas competencias extraordinarias (Senado).

Cabe señalar que el dictador no podía disponer del tesoro público sin la autorización del Senado, ni ausentarse del territorio estatal. Al concluir sus labores, debía comparecer ante este a efectos de rendir cuenta de sus actos.

En efecto, al vencimiento del “período de dictadura” las competencias excepcionales (suma de facultades civiles y militares) del gobernante caducaban y este era objeto de una prolija investigación acerca de su conducta funcional.

Ahora bien, la historia recuerda que cuando el período de dictadura fue sobrepasado o el Senado no quiso o no pudo llevar a cabo su tarea de control a posteriori, se sepultará todo rasgo de juridicidad. Tal el caso de Cayo Julio César (100-44 a.C.) que tras su victoria sobre Pompeyo gobernó al margen del derecho, hasta su asesinato en el Senado el 15 de marzo del año 44 a.C.

Posteriormente en las experiencias históricas de Francia, Inglaterra y Estados Unidos entre los siglos XVI y XX, irán apareciendo otras modalidades del régimen de excepción; las mismas que serán reseñadas más adelante.

Por otra parte, correspondió a Carlos Luis de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu [*El espíritu de las leyes*. México: Porrúa, 1992], fundamentar teóricamente la necesidad de la concesión de competencias extraordinarias para afrontar las situaciones de anormalidad, al afirmar que la vida política en los pueblos más libres del mundo le había enseñado que era preciso, en ocasiones, cubrir alegóricamente

la libertad con un velo, del mismo modo que en la antigüedad se ocultaban las estatuas de los dioses.

1.2.- Las características del régimen de excepción

Siguiendo en parte a Jorge Power Manchego-Muñoz [*Constitución y estados de excepción*. Lima: Sesator, 1990], consideramos como características del régimen de excepción las diez siguientes:

- a) Concentración del poder, con permisión constitucional, en un solo detentador –normalmente el jefe del Ejecutivo–, mediante la concesión de un conjunto de competencias extraordinarias, a efectos de que la acción estatal sea tan rápida y eficaz como lo exijan las graves circunstancias de anormalidad que pesan sobre la comunidad política. Fruto de ello es el acrecentamiento de las atribuciones de las fuerzas armadas y de la policía.
- b) Existencia o peligro inminente de una grave circunstancia de anormalidad, cuyo origen puede ser de naturaleza político-social, situaciones de fuerza mayor o crisis económica. Tales los casos de guerra exterior, guerra civil, revueltas, motines, revoluciones, cataclismos, maremotos, inflaciones, deflaciones, etc.
- c) Imposibilidad de resolver las situaciones de anormalidad a través del uso de los procedimientos legales ordinarios.
- d) Transitoriedad del régimen de excepción. Habitualmente, su duración se encuentra prevista en la Constitución o en las leyes derivadas de esta; en su defecto, el régimen de excepción rige por el tiempo necesario para conjurar la situación de anormalidad. La prolongación indebida e inexcusable del régimen de excepción, a más de desvirtuar su razón de ser, vulnera la propia autoridad política, ya que, como señala Carlos Sánchez Viamonte [*La libertad y sus problemas*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, s.f.], “lo único que hace tolerable la autoridad, más allá de su carácter representativo, es su carácter de servicio público y las limitaciones que impiden desnaturalizarla”.
- e) Determinación espacial del régimen de excepción. En ese sentido, la acción del Estado premunido de competencias reforzadas se hace presente en el lugar en donde se producen las situaciones de anormalidad. De allí que se precise que la medida tiene carácter nacional, regional, departamental o local.

- f) Restricción transitoria de determinados derechos constitucionales. Dicha medida tiene alcance en aquellos ámbitos geográficos específicamente determinados en la norma instituyente del régimen de excepción.
- g) Aplicación, con criterio de proporcionalidad y razonabilidad, de aquellas medidas que se supone permitirán el restablecimiento de la normalidad constitucional. Dichas medidas deben guardar relación con las circunstancias existentes en el régimen de excepción. Por ende, como ha expuesto el Tribunal Constitucional en el caso Defensoría del Pueblo (Expediente N° 0017-2003-AI/TC) dicha medida “deberá atender a criterios de utilidad, idoneidad y equilibrio respecto de tales circunstancias; es decir, no se trata de una cláusula habilitante para limitar en forma desmedida y absolutamente desproporcionada sino solo en cuanto resulta necesario y suficiente para superar las graves circunstancias que aquejan al Estado.
- h) Funcionamiento de los demás órganos estatales, pero sujetos a la posibilidad de que “sufran” transitoriamente un debilitamiento en algunas de sus competencias ordinarias.
- i) Finalidad consistente en defender la perdurabilidad y cabal funcionamiento de la organización político-jurídica.
- j) Control jurisdiccional en relación a la verificación jurídica de la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo o suspensivo de los derechos fundamentales de la persona y del cumplimiento del *íter* procedimental exigido por la Constitución para establecer su decretamiento; así como el uso del control político por parte del Parlamento en lo relativo al cumplimiento de los principios de rendición de cuentas y de responsabilidad política.

1.3.- Los elementos y las dimensiones del régimen de excepción

Los elementos necesarios para configurar la doctrina de la situación de normalidad se pueden resumir en las tres siguientes: *la situación de anormalidad, el acto estatal necesario y la legalidad excepcional.*

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La situación de anormalidad

Implica la existencia de una circunstancia fáctica peligrosa o riesgosa que exige una respuesta inmediata por parte del Estado. Esta situación anómala impone o demanda una solución casi instantánea, so pena de producirse un grave daño que comprometería la estabilidad o supervivencia del Estado.

b) El acto estatal necesario

Implica una respuesta imprescindible, forzosa o inevitable, a efectos de enfrentar la situación de anormalidad. En esta circunstancia, el Estado no actúa en razón de criterios de discrecionalidad, utilidad o conveniencia, sino que se moviliza en virtud de lo inevitable, imperioso o indefectible.

c) La legalidad excepcional

Implica la existencia de un marco normativo derivado de una grave situación de anormalidad, lo cual, sin embargo, vincula al acto estatal necesario con los valores y principios mismos del Estado de Derecho.

En dicho contexto, si bien las normas que consagran los derechos fundamentales de la persona son previstas para su goce pleno en situaciones de normalidad, en cambio durante los “*tiempos de desconcierto*” pueden convertirse en instrumentos para la destrucción del propio orden constitucional que los reconoce y asegura. Por ende, en vía de excepción, legislativamente es admisible la suspensión o limitación de algunos de dichos derechos; sin que ello signifique llegar al extremo de consagrar un estado de indefensión ciudadana y proscripción de la actuación del Estado con sujeción a reglas, principios y valores que justifican su existencia y finalidad.

Al respecto, mediante la absolución de la Opinión Consultiva OC-8/87 de fecha 30 de enero de 1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la legalidad excepcional, la cual se expresa en que “estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni debe [...] entenderse que el gobierno esté investido de poderes abstractos [...]”.

En cuanto a las dimensiones de las situaciones de anomalía constitucional –siguiendo a Néstor Pedro Sagüés [*Derecho constitucional y estado de emergencia*. Separata. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, s.f.]–, estas son las tres siguientes:

a) Fáctica

En cuanto contempla las situaciones, hechos o casos de anomalía.

b) Normativa

En cuanto describe las reglas que regulan las situaciones de anomalía.

c) Axiológica

En cuanto plantea la legitimación de los fines que se persiguen alcanzar con la aplicación de determinados actos estatales.

En ese sentido, la declaratoria del régimen de excepción se justifica en la medida que se acredita lo siguiente:

- La necesidad de asegurar la existencia misma del Estado.
- La necesidad de asegurar la libertad y la seguridad ciudadana.

1.4.- El régimen de excepción, la razón de Estado y el estado de necesidad

La incorporación del régimen de excepción en las constituciones ha permitido la proscripción de la denominada razón de Estado.

Friedrich Meinecke [*La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1959] señala que dicho obsoleto instituto era la ley motora del cuerpo estadual, que otorgaba liberalidad al ejercicio del poder en relación a todo condicionamiento jurídico –sea formal o material–; a efectos que ante una fáctica “exigencia” política se pudiese obrar a voluntad.

Dicha razón permitía al gobernante situarse por encima de la ley. Así, un imperativo político impone sus propias “normas” y hace que la compulsión estatal se exponga como elemento único y exclusivo en pro de la conservación y mantenimiento del poder.

La razón de Estado permitía que ante una necesidad política se considerare como legítimo un obrar incluso arbitrario.

En los tiempos actuales cierto sector de la doctrina intenta sustituir los alcances de la razón de Estado por el estado de necesidad.

Este instituto incompatible con el régimen de excepción, expone la actuación gubernamental sin ley cuando aparece una gravísima situación excepcional frente a la cual el ordenamiento constitucional en su conjunto no ofrece una respuesta potente y efectiva.

Dejamos constancia de dicha incompatibilidad, en razón a que el régimen de excepción contiene como última ratio, las competencias de crisis necesarias para conjurar una situación de anormalidad.

Más allá de ello, se modela una sociedad sin parámetro alguno para vincular racional y objetivamente la relación gobierno-ciudadanía.

2.- EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN Y SUS MODALIDADES DE EXCEPCIÓN

El derecho comparado presenta como variables del régimen de excepción el estado de sitio, el estado de desorden interno o de emergencia, el estado de calamidad, el estado de crisis económica y el estado de prevención.

Al respecto, veamos lo siguiente:

2.1.- El estado de sitio

Dicha modalidad se establece cuando el Estado presenta una situación concreta o peligro inminente de verificación de una invasión, guerra exterior o guerra civil.

La *invasión* se describe como la irrupción y ocupación militar *extra iure* del territorio de un Estado. En puridad, implica la incursión, asedio y acantonamiento de fuerzas militares extranjeras beligerantes sobre el espacio de otro Estado.

La *guerra exterior* se describe como aquella situación de agresión o defensa bélica, a la que se suma la ruptura de relaciones diplomáticas y comerciales entre dos o más estados beligerantes. En puridad, implica el empleo de la violencia militar por fuerzas organizadas de un Estado contra otro.

La *guerra civil* se describe como aquella situación de violencia continua y sistemática entre dos o más grupos de ciudadanos de un mismo Estado. En puridad, implica un conflicto armado interno.

Dentro de este contexto de situación o inminencia de situación *cuasi* límite para el cuerpo político, el estado de sitio deviene en una verdadera *dictadura legal*. Como anota Carlos Sánchez Viamonte [ob. cit.], “es una dictadura paradójicamente institucionalizada por el constitucionalismo”.

En buena cuenta es una dictadura comisoria, en razón a que expresamente se encuentra contemplada en la Constitución, a efectos de combatir los hechos anormales mediante mecanismos institucionales no ordinarios.

Joaquín V. Gonzáles [*Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*. Buenos Aires: Estrada, 1951] expone que la naturaleza jurídica de dicho instituto radica en ser “una medida excepcional de gobierno, dictada en circunstancias de extrema gravedad para el orden público, para la paz interior y la seguridad común; y como está fuera de los recursos ordinarios de la Constitución, es temporaria y limitada en sus efectos”.

La declaración del estado de sitio puede generar la *suspensión* del ejercicio de casi la totalidad de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, salvo de aquellos que tienen la condición de intangibles *in tempore*.

Maurice Hauriou [*Principios de derecho político y constitucional*. Madrid: Instituto Editorial, 1927] señala que el estado de sitio es una situación legal dispuesta de antemano para asegurar la paz pública, mediante la que se dispone y organiza el robustecimiento del órgano Ejecutivo, el cual puede transferir a la autoridad militar parte del poder de policía sobre la población. En ese sentido, el estado de sitio puede llevar a que la autoridad política encargue el control interno del país a las fuerzas armadas.

Está acreditado históricamente que el estado de sitio encuentra su primera experimentación en Francia, entre finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX.

Así, mediante la ley del 8 de julio de 1791 se estableció el estado de sitio, como consecuencia del peligro simultáneo de guerra exterior con las monarquías de Prusia, Rusia y España.

Es del caso, que el 20 de junio de 1791, el rey Luis XVI huye de París, en plena efervescencia de la Revolución Francesa, para unirse en la ciudad de Montmédy con las tropas del general francés Bonillé. El monarca había reprochado a la Asamblea Constituyente el hacer inviable cualquier tipo de entendimiento al querer asumir conjuntamente la acción gubernamental y la legislativa. Llegó a afirmar que solo regresaría luego de la elaboración de una Constitución libremente aceptada por la corona y siempre que se hubiese dejado de perseguir a la Iglesia Católica (a la que denominaba “nuestra santa religión”). Su detención en Varennes y su posterior conducción a París el 25 de junio, originaron las inmediatas protestas y amenazas bélicas del rey prusiano Leopoldo II, la emperatriz rusa Catalina II y el rey español Carlos IV.

En ese contexto en los artículos 6 al 12 de la citada ley el insurgente parlamento burgués dispondrá lo siguiente:

- *Artículo 6.- En las plazas de guerra y puestos militares que se hallen en estado de paz, así la policía interior como todos los demás actos del poder civil estarán precisamente a cargo de los magistrados y demás oficiales civiles que tienen por la Constitución el cuidado de velar sobre la observancia de las leyes, sin que la autoridad de los agentes militares pueda extenderse más que a las tropas y a las cosas dependientes de su servicio, que se designarán a continuación del presente decreto.*
- *Artículo 7.- En las plazas y puestos militares que se hallen en estado de guerra, continuarán los oficiales civiles con el cuidado del orden y de la policía interior; pero podrá requerirlos el comandante militar para que se presten a las medidas de orden y de policía que interesen a la seguridad de la plaza; y en su consecuencia, para asegurar la responsabilidad respectiva de los oficiales civiles y de los agentes militares, se transmitirán a la municipalidad las deliberaciones del consejo de guerra, en cuya virtud se hubieren hecho los requerimientos del comandante militar.*
- *Artículo 8.- El estado de guerra se determinará por un decreto del cuerpo legislativo, dado a propuesta del rey, sancionado y publicado por este mismo.*
- *Artículo 9.- Y en caso de no estar reunido a la sazón el cuerpo legislativo, podrá declarar el rey, por su sola autoridad, bajo la responsabilidad personal de los ministros, que tales plazas o puestos se hallan en estado de guerra; pero el cuerpo legislativo, luego que se reúna, deliberará so-*

bre dicha declaración, para validarla o rescindirla por un decreto.

- *Artículo 10.- En las plazas de guerra y puestos militares que se hallen en estado de sitio, toda la autoridad de que los oficiales civiles estuvieren revestidos por la Constitución para la conservación del orden y de la policía interior, pasará al comandante militar, que la ejercerá exclusivamente, bajo su responsabilidad personal.*
- *Artículo 11.- Las plazas de guerra y puestos militares estarán en estado de sitio no solo desde el momento en que comenzaren los ataques del enemigo, sino luego que a resultas del cerco o acordonamiento quedaren cortadas las comunicaciones de adentro a fuera y de fuera a dentro, a distancia de mil ochocientas toesas de las crestas de los caminos cubiertos.*
- *Artículo 12.- El estado de sitio no cesará sino después de roto el cerco; y en caso de haber comenzado los ataques, después de haber sido destruidos los trabajos de los sitiadores y reparadas o puestas en estado de defensa las brechas”.*

Esta norma permitía a las autoridades militares asumir la custodia del orden público si se producía un cerco o asedio bélico sobre una ciudad francesa. Como bien afirma Germán Bidart Campos [*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1995]:

“Toda la autoridad que investía al poder civil de acuerdo con la Constitución, pasaba al comandante militar para la conservación del orden y de la policía interior; y era ejercida por él bajo su personal responsabilidad. No cesaba hasta que quedaba roto el cerco, o, en caso de haber comenzado los ataques, hasta que se destruían los trabajos de los sitiadores y se reparaban las brechas”.

Posteriormente, en el artículo 11 del Título 4 de la Constitución de 1791, se establecerá que “en caso de conmoción que agite todo un departamento, el rey dispondrá, bajo responsabilidad de sus ministros, las ordenes necesarias para la ejecución de las leyes y el restablecimiento del orden, con cargo de informar sobre ello al cuerpo legislativo, si esta se encuentra en funciones y de convocarlo si está en receso”.

Igualmente, mediante decreto de 1799, Napoleón Bonaparte estableció el estado de sitio –con fines prístinamente políticos– en la ciudad de Toulouse; y luego mediante otro expedido en 1801 deter-

minará lo mismo para las ciudades de Brest, Arrás, etc., a efectos de sofocar insurrecciones y movimientos sediciosos a cargo de civiles. Más aún, el propio Napoleón lograría su incorporación bajo esta nueva premisa en la Constitución de 1815, instaurándose a nivel *supra* la traslación de competencias civiles a los mandos militares en los casos de conmoción o perturbación interna.

Igualmente, en 1832, el rey Luis Felipe I decretó el estado de sitio en la ciudad de París por razones de perturbación interna. Finalmente, en 1848, durante la Segunda República Francesa, Carlos Luis Napoleón Bonaparte expidió una ley constitucional donde quedó configurado el estado de sitio como una modalidad de regulación excepcional destinada, por igual, a afrontar la agresión de potencias extranjeras o los casos de insurrecciones internas.

Con la dación de dicha Constitución, se consagró la existencia de dos tipos de estado de sitio, a saber:

a) Estado de sitio real o de guerra

Se establece con un carácter connotativo castrense, por su vinculación con la inminencia o existencia de una invasión o guerra exterior; vale decir, la existencia de una situación de violencia interestatal.

b) Estado de sitio ficticio o político

Se establece con un carácter connotativo de conmoción o perturbación interna, por su vinculación con la inminencia o existencia de una rebelión, sedición, revolución, etc.; vale decir, la existencia de una situación de violencia doméstica o interna.

En relación al núcleo duro del concepto, como bien se expresó la Corte Suprema Argentina en el caso Granada vs. Jorge Horacio (1985) “los acontecimientos que justifiquen la adopción del estado de sitio deben ser de una gravedad que racionalmente obliguen al uso de las medidas defensivas, en sus aspectos preventivos o represivos, y pongan en riesgo inminente a las autoridades constituidas o a la Constitución. Su fundamento responde a la necesidad de poner en manos del poder político los recursos indispensables para reprimir o prevenir la grave alteración del orden o la seguridad pública -la situación excepcional o anómala- frente a la cual los recursos ordinarios para garantizar el orden y la paz pública sean, a criterio del Congreso, o en su caso del Poder Ejecutivo, in-

suficientes o impotentes”.

Ahora bien, el acto declarativo del estado de sitio debe reunir cinco recaudos, a saber: motivos determinantes de la declaración, finalidad perseguida, duración, extensión territorial y efectos de dicha medida.

A modo de colofón, es oportuno consignar las diferencias existentes entre el estado de sitio y la *ley marcial*.

El estado de sitio es una institución surgida del sistema jurídico románico-germánico, en tanto que la ley marcial proviene del *common law*.

La ley marcial genera la suspensión temporal de la legislación ordinaria y de las competencias de las autoridades civiles encargadas de su aplicación, colocando transitoriamente en su lugar a la normatividad y autoridad castrense. En ese contexto, el conocimiento de los asuntos públicos queda a cargo de los mandos militares.

En puridad, se trata de una institución anglosajona que surge con la llamada *Munity Act* o Ley de Sedición, que con el tiempo se transformó en el Estatuto de las Fuerzas Armadas de la Gran Bretaña.

En este caso la situación excepcional que se afronta es la guerra y la ocupación militar.

Como bien expone Adolfo Gabino Ziulu [*Estado de sitio*. Buenos Aires: Depalma, 2000], “la expresión ‘ley marcial’ se aplica en el derecho constitucional para denominar la situación de urgencia que se caracteriza por el sometimiento de los civiles a la ley militar”.

Por su parte, Horacio J. Mayner [*Ensayo de un derecho de guerra*. Buenos Aires, 1978] señala que la ley marcial consiste en un procedimiento de derecho militar mediante el cual se otorga al mando castrense atribuciones de dirección y orientación sobre la conducta de civiles ubicados en un preciso dominio territorial. En suma, la jurisdicción militar se hace extensiva a la civilidad.

En el estado de sitio la extensión de competencias extraordinarias a la autoridad política no enerva, en modo alguno, su sujeción a la Constitución. En cambio, la ley marcial configura la suspensión

in totum del texto fundamental, deviniendo, los bandos militares, en normas supremas durante la vigencia de dicha institución.

2.2.- El estado de desorden interno o de emergencia

Se establece cuando se presentan situaciones concretas o peligro inminente de verificación de actos de rebelión, sedición, motín, perturbación de la paz pública y demás circunstancias políticas o sociales que atenten directa y frontalmente contra el desenvolvimiento de la actividad gubernamental o agredan la tranquilidad y seguridad ciudadana.

La rebelión se describe como el alzamiento en armas destinado a variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o modificar el régimen constitucional.

La sedición se describe como el alzamiento armado que sin desconocer al gobierno legalmente constituido, está destinado a impedir que la autoridad ejerza libremente sus funciones, a evitar el cumplimiento de las leyes o resoluciones u obstaculizar la realización de los procesos electorales.

El motín se describe como la actuación tumultuaria y con violencia, destinado a exigir de la autoridad, la ejecución u omisión de un acto propio de la función gubernamental.

Esta modalidad apareció históricamente en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, cuando consignó –ante la necesidad de afrontar casos de la naturaleza descrita– la probabilidad de la suspensión del uso del hábeas corpus.

Así, el artículo 1 de la Sección 9 de dicho texto expone que “El privilegio del mandamiento de hábeas corpus no será suspendido, salvo en los casos de rebelión [...] y la seguridad pública lo exija”.

La historia norteamericana recuerda que al poco tiempo de la aprobación de la Constitución de 1787, se produjo el famoso caso Fries en 1798.

Así, John Fries, un militar afincado en Pennsylvania, encabezó una sedición para oponerse a la Ley de Impuesto Directo.

El referido impuesto afectaba las propiedades inmuebles de la novísima fuerza armada de la época. En ese contexto el capitán Fries, armado con pistola y espada y llevando una escarapela tricolor francesa, indujo a medio centenar de conciudadanos a expulsar a los re-

caudadores de impuestos del condado de Bucks y a que liberaran a los presos de la cárcel de Bethlehem.

El gobierno federal aplicó los alcances de la referida norma constitucional y ordeno la privación de la libertad de todos los sediciosos.

2.3.- El estado de calamidad

Dicha modalidad se establece cuando se presentan situaciones concretas o hay un peligro inminente de verificación de catástrofes públicas. Tales acontecimientos pueden originarse por dolo o negligencia humana o por acción de la naturaleza.

En la primera hipótesis por acción u omisión volitiva de autoridades o ciudadanos se pueden presentar desgracias derivadas de un incendio, explosión, etc.

En la segunda hipótesis por “ensañamiento” de la naturaleza se pueden presentar maremotos, terremotos, huaycos, sequías, etc.

Ahora bien, tales situaciones pueden sucedáneamente ocasionar la paralización de servicios públicos, el desabastecimiento de productos de primera necesidad, etc.

La historia registra que Ramses II El Grande (1301-1235 a.C.) faraón de Egipto, fue uno de los primeros gobernantes en dictar un estado de alarma para combatir los estragos que ocasionaban los desbordes del río Nilo.

En dicha circunstancia es admisible centralizar la acción del Estado en una entidad; el limitar el derecho de libre tránsito; exigir compulsivamente el auxilio y cooperación de los ciudadanos; ordenar la evacuación de habitantes; etc.

En suma, dicha modalidad está destinada a evitar, reducir o reponer los casos al estado anterior del efecto dañoso.

2.4.- El estado de crisis económica

Dicha modalidad se establece cuando se presentan situaciones de anormalidad de naturaleza económica y financiera. Estas situaciones que afectan el uso de los recursos para la satisfacción de necesidades colectivas, la producción de bienes o servicios, la inversión de capitales, el crédito bancario, etc., surgen a raíz de la depreciación o desvalorización del dinero, la inflación, la delación, déficit fiscal, etc.

La depreciación monetaria consiste en la pérdida persistente

del valor adquisitivo de la moneda en el mercado de bienes y servicios.

La desvalorización monetaria consiste en una decisión legislativa conforme a la cual, por razones de orden propias a la política estatal, la administración pública fija la relación entre la unidad monetaria y el oro o cualquier otra divisa de referencia a un nivel inferior a la anteriormente existente.

La inflación consiste en el alza de los precios de los servicios y los productos en forma continua y acelerada. Es decir, expone la disminución paulatina en el poder de compra del dinero, generada por un incremento sostenido en el nivel de precios de una economía.

La deflación consiste en la baja de los precios de los servicios y los productos en forma continua y acelerada. Es decir, implica una situación en que disminuye persistentemente durante un período de tiempo.

El déficit fiscal consiste en el desequilibrio que se produce entre los ingresos calculados por el Estado en el presupuesto de la República y los gastos o egresos previstos por este en un determinado lapso (un año). Es decir, implica que los gastos devienen mayores que la totalidad de ingresos posibles en un período presupuestal.

La devaluación consiste en el fenómeno de la disminución del valor de la moneda de un Estado en términos de recomparación con las unidades monetarias de los demás cuerpos políticos. Esto se efectúa para equilibrar el mercado de divisas, cambiando los precios relativos de los bienes transables y no transables. Es decir, implica que un Estado admite que una moneda extranjera de referencia aumente de valor.

La declaración del estado de crisis económica puede conllevar la intervención de la actividad económica; la restricción de los derechos vinculados con la adquisición, posesión, explotación y transferencia de bienes; el tráfico patrimonial; etc.

Desde una perspectiva histórica la reina inglesa Isabel I (1533-1603) expidió una norma conocida por los irlandeses como "la ley del retiro de la moneda" por la que se recogía todo el circulante existente en Irlanda y se disponía emitir una nueva moneda "rebajada" o "po-

dada" (*mixed money*) en comparación con la cantidad originaria de oro y plata que contenía la anterior unidad.

Dicha medida tendente a una desvalorización monetaria procuró mantener la integridad de las obligaciones en términos nominales, y simultáneamente aliviar la carga de los deudores sin alterar la sustancia jurídica de las deudas contraídas; ello dentro de un proceso de subida de precios y del costo de vida producto del aflujo excesivo de oro y plata a consecuencia del descubrimiento de las minas de Potosí en el Alto Perú en 1542.

En 1933, Estados Unidos llevó la aplicación del estado de crisis económica a niveles nunca antes conocidos. Ello a consecuencia del crack de la bolsa de 1929.

Esta situación excepcionalmente grave en materia económica, financiera y social llevo a decir a un agudo observador político [Samuel Elliot Morrison, Henry Steele Commager y William E. Leuchtenburgh. *Breve historia de los Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997]:

"Parece, que como Alicia –en clara referencia al personaje creado por Lewis Carroll–, hemos atravesado un espejo económico para ir a las de un mundo en donde todo se marchita: los precios de los bienes, los precios de la bolsa, los precios de los artículos, el empleo, todo se marchita".

En efecto, a consecuencia del crack trece millones de norteamericanos perdieron sus empleos; cinco mil instituciones bancarias no pudieron cumplir con sus obligaciones contractuales con sus clientes; etc.

Ante tal situación, el Presidente Franklin D. Roosevelt (1882-1945) se vio en la necesidad de dictar medidas de excepción tales como: dictar una norma estableciendo un feriado bancario en donde quedaron suspendidas la totalidad de las transacciones bancarias durante cuatro días consecutivos; restringir la conversión del papel moneda, a efectos que el dólar se deprecie y desvalore; disponer la intervención del sistema bancario; la suspensión de las actividades bancarias de inversión; el control federal sobre el tráfico de bienes y acciones; la refinanciación de las pequeñas hipotecas; etc.

Desde una perspectiva constitucional el estado de crisis económica quedó consagrado a raíz de la dación de la Ley Monetaria Hipotecaria del Estado de Minnesota (1933), la que generó el caso Home

Building & Loan Assin vs. Blaisdell.

Es del caso que la referida ley autorizaba a los tribunales locales a extender el período de reducción de las hipotecas –derecho real de garantía sobre un inmueble que responde sobre una obligación patrimonial dentro de un plazo expresamente convenido– y, por lo tanto se la facultaba a extender los plazos de vencimiento en función a los criterios de justicia y equidad.

En ese contexto, los demandados señores Blaisdell obtuvieron una prórroga judicial y el establecimiento del pago de renta inmueble en un monto más acorde con las graves circunstancias del país. La Corte Suprema Federal confirmó la validez constitucional de la ley impugnada.

Asimismo, es citable el caso de una ley dictada por el Parlamento del Estado de Nueva York en 1933, en donde se creaba un organismo denominado Junta de Control de la Leche, que entre otras facultades podía establecer un control de precios de venta al público sobre dicho producto lácteo.

Por tal motivo, dicha junta fijó el precio de la leche en nueve centavos de dólar, empero un propietario de un negocio de comestibles de apellido Nebbra fue sorprendido ofertando el producto a dieciocho centavos de dólar; por ello, fue objeto de una sanción económica.

Llevado el asunto a la Corte Suprema dicho ente convalidó la ley como constitucional.

En el 2008, se produjo en Estados Unidos una crisis crediticia e hipotecaria que se expandió a todo el sistema económico. Las llamadas hipotecas subprimas promocionaban la adquisición de viviendas a clientes con escasa solvencia y a intereses elevados. Ello generó la quiebra de medio centenar de bancos y entidades financieras; la pérdida de millones de empleos; la contracción de créditos y la caída de las bolsas de valores en el mundo. En ese escenario el Presidente Barack Obama dispuso la estatización de los bancos con graves problemas de liquidez; la estatización de la parte más importante de la industria automotriz; la creación de empleos directos; etc.

Dicho tipo de estado se encuentra previsto en la Constitución de Nicaragua de 1986, la Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999, etc.

2.5.- *El estado de prevención*

Dicha modalidad se establece cuando se presentan situaciones de anormalidad político-social vinculadas en el desenvolvimiento de los agentes públicos o privados responsables de la conducción de los servicios públicos, lo que sin embargo aún no justifica la adopción de medidas extremas. En este caso se trata de robustecer la acción del órgano Ejecutivo a efectos de evitar que tales acciones se consoliden, agudicen y obliguen a la suspensión del goce de determinados derechos ciudadanos.

Adolfo Gabino Ziulu [ob. cit.] explica que dicho estado “entraña una situación institucional preventiva o precautoria de una crisis”. Es decir, trata de evitar que la situación devenga en grave y que se tenga que decretar un estado de sitio, un estado de desorden interno o emergencia o un estado de crisis económica; lo que obviamente acarrearía la restricción o transitoria suspensión del ejercicio de determinados derechos fundamentales.

Esta modalidad aparecerá en la Ley de Orden Público Española del 20/23 de abril de 1870 en momentos en que se intentaba consolidar una monarquía parlamentaria con el hijo del rey de Italia Amadeo de Saboya.

Es del caso que tras el golpe de estado revolucionario perpetrado contra la reina Isabel II (r. 1833-1868) en 1868, las Cortes deciden instituir una monarquía constitucional invitando para tal efecto, al aristócrata Amadeo de Saboya a ocupar el trono. En ese contexto se dictará la referida norma, con el objeto de limitar el derecho de reunión de los sindicalistas marxistas y anarquistas.

Posteriormente será utilizada en la Segunda República Española (1931-1936) –durante el gobierno de Manuel Azaña (1880-1940)– a través de la dación de la Ley de Orden Público del 20 de julio de 1932, que fue expedida como consecuencia de la actitud levantisca y mutuamente conflictiva de los obreros agrupados en la Confederación Nacional del Trabajo (CNT) de orientación anarco-socialista y Unión General de Trabajadores (UGT) de inspiración socialista. Más aún la primera de las citadas promovió una ruptura política con las Cortes Constituyentes.

Durante el primer gobierno de Juan Domingo Perón en 1949 los argentinos introdujeron dicha figura vía una reforma constitucional,

en donde se señaló que procedía su decretamiento “en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población. Una ley determinará los efectos jurídicos de tal medida, pero esta no suspenderá, sino que limitará transitoriamente las garantías constitucionales en la medida que sea indispensable”. La historia acredita no haberse utilizado en la praxis.

En puridad, el estado de prevención se instituye para la dación de reglas dirigidas a preservar el funcionamiento permanente y continuado de los servicios públicos (transporte, agua potable, energía, educación, salud, etc.). Entre las medidas frecuentemente utilizadas aparecen, el control policial o militar de los servicios públicos; el fijamiento de reglas condicionantes para el ejercicio del derecho de huelga; el impedimento de circulación o el estacionamiento de vehículos en zonas determinadas; la limitación de las actividades al aire libre. Dichas medidas apuntan a controlar un tenue peligro o anormalidad.

Como bien afirma César Enrique Romero [“Estado de alarma”. En: *Enciclopedia jurídica*. Tomo X. Buenos Aires: Omeba, s.f.], el estado de prevención “no se dirige a enervar los hechos que atacan la Constitución (para ellos está señalado el estado de sitio), sino los hechos que atacan los derechos que este reconoce y garantiza”. En tal virtud se trataría del ejercicio del poder de policía revestido de algunas competencias adicionales.

A guisa de diferenciación explicativa Julio M. Laffite [Citado por Narciso J. Lugones; Alberto Garay; Sergio Dongo y Santiago Corcuera. *Leyes de emergencia. Decretos de necesidad y urgencia*. Buenos Aires: La Ley, 1992] sostiene que en tanto “el estado de sitio es la defensa del Estado en sí, [...] el estado de prevención es para la defensa de las funciones que el Estado debe garantizar”.

Actualmente se encuentra previsto en la Constitución de Guatemala de 1985.

2.6.- *El caso de los decretos de urgencia*

Se trata de normas que contienen medidas extraordinarias destinadas a regular por un lado, graves, súbitas y anormales circunstancias de carácter económico y financiero; y, por otro, aseguran la actividad legislativa durante el período que transcurre entre la diso-

lución del Congreso y la instauración de otro surgido de elecciones parlamentarias.

El origen de este tipo de dispositivos con rango de ley emanados del órgano Ejecutivo, como consecuencia de una delegación general establecida por el legislador constitucional o por una delegación específica formulada por el legislador ordinario puede encontrarse en Francia, Italia e Inglaterra.

En el caso francés dicha modalidad aparecerá bajo la denominación de decretos leyes dictados durante la vigencia de la Tercera República (1870-1944), ello a pesar que la Constitución de la época no preveía dicha situación.

Como bien refieren Narciso J. Lugones, Alberto F. Garay, Sergio Dongo y Santiago Corchera [ob. cit.], el uso de este instrumento legal se intensificará durante la Primera Guerra Mundial (1914-1918), la crisis económica de 1924-1926 y la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). En ese contexto destacan, las denominadas *lai du cadeuas* (leyes de candado) que permitía poner en vigencia inmediata las nuevas tarifas aduaneras propuestas al Parlamento, o disponer la ejecución de la escala de aumentos por decreto, de manera previa a la sanción de la ley.

En Italia aparecerán en la primera mitad del siglo XX mediante los denominados decretos *caterracci* (decretos de cerrojo) relativos a la aplicación urgente de reglas limitativas a la expansión de los grandes almacenes.

Posteriormente serán introducidos en el artículo 77 de la Constitución de 1947 en donde textualmente se expresará:

“No podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria”.

Cuando en casos extraordinarios de necesidad y urgencia el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales (*provvedimenti provvisori*) con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a la Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente concordadas y se reunirán dentro de los cinco días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos”.

En el caso inglés, dicha modalidad tiene antecedentes en la “Ley sobre desagües” de 1531 que permitía fijar tasas, embargar bienes e imponer penalidades a quienes no afrontaran los gastos de instalación o consumo.

Entre las principales características de los decretos de necesidad y urgencia destacan las siete siguientes:

a) Medida extraordinaria

Se trata de disposiciones que se dictan ante situaciones que están fuera de lo común; es decir, se promueven para conjurar hechos imprevistos, anormales y extremos.

Su expedición permite atender específicas situaciones de súbita aparición y de impostergable atención, dada su agudeza, anormalidad y la potencial gravedad de sus consecuencias; las cuales no pueden esperar el cumplimiento del trámite ordinario de la dación de una ley o de la delegación de facultades legislativas.

Tal como expresara el Tribunal Constitucional en el caso Banda de Tarifas (Expediente N° 008-2003-AI/TC), se trata de circunstancias de una naturaleza tal que por el tiempo que demandaría el cumplimiento del trámite parlamentario, implicaría la consumación de daños irreparables.

b) Materia económica y financiera o de crisis política

Se trata de disposiciones que se vinculan con la producción, circulación y consumo de bienes y servicios, o con aspectos vinculados con el tráfico bancario, la bolsa de valores y la obtención de créditos estatales.

Asimismo, en otras circunstancias apuntan a asegurar la continuidad de la actividad legisferante del Estado, cuando el Jefe del Ejecutivo de conformidad con la Constitución decide disolver al Parlamento, en razón a previamente haberse censurado o negado la confianza a dos Consejos de Ministros.

Dicha disolución se formula mediante un decreto que contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. En ese interregno, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de necesidad y urgencia.

c) Transitoriedad

Se trata de disposiciones que tienen un período de vigencia breve; es decir, solo deben pertenecer al ordenamiento jurídico durante el lapso estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.

d) Generalidad

Se trata de disposiciones cuyos efectos no pueden circunscribirse a intereses focalizados, sino que directa o indirectamente deben alcanzar a toda la comunidad en su conjunto.

e) Conexidad

Se trata de disposiciones que deben tener vinculación y entroncamiento directo entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes.

f) Valor integrador y/o suspensorio

Se trata de disposiciones que permiten cubrir un vacío o defecto legislativo, o, en otra hipótesis, suspender los alcances de una ley que regula una situación normal, hasta en tanto no cese la situación anormal.

g) Dación de cuenta

Se trata de disposiciones que deben ser puestas en inmediato conocimiento del Parlamento, a efectos del correspondiente control y la subsecuente ratificación o no ratificación.

3.- EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

De acuerdo con Florentín Menéndez [*Instrumentos internacionales sobre derechos humanos*. México: Fundación Konrad Adenauer, 2004] la suspensión o limitación de los derechos fundamentales en el marco del decretamiento de un régimen de excepción debe producirse dentro del marco siguiente:

a) Principio de proclamación

El Estado debe dar a conocer previamente la existencia de una situación de anormalidad que lo obliga a decretar alguna modalidad del régimen de excepción.

b) Principio de proporcionalidad

El Estado debe asegurarse que existe correspondencia entre las medidas que adopta y la situación inminente o real de peligro.

c) Principio de provisionalidad o temporalidad

El Estado debe velar por evitar en lo posible a la renovación del régimen de excepción.

d) Principio de intangibilidad

El Estado no puede suspender o limitar el goce de ciertos derechos fundamentales.

En efecto, el goce efectivo o la limitación de los derechos constitucionales dentro de alguna de las modalidades de estado de excepción, puede presentarse de la siguiente manera:

- a) Existencia de derechos fundamentales de la persona que no pueden ser objeto de suspensión bajo ninguna circunstancia. Entre ellos están el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad, el derecho a la libertad de conciencia, la aplicación de los principios relativos a la legalidad y retroactividad, así como la prohibición de la esclavitud y servidumbre. Como señala Daniel Zovatto G. [*Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1990], bajo ninguna consideración las referidas facultades pueden ser objeto de suspensión. Se trata de derechos calificados de intangibles o inalienables, aun en circunstancias de anormalidad constitucional.
- b) Existencia de derechos fundamentales de la persona que tienen una mínima y residual vinculación con las situaciones de anormalidad constitucional (por ejemplo, los derechos de familia), razón por la cual no es frecuente que sean objeto de alguna suspensión.
- c) Existencia de ciertos derechos fundamentales de la persona estrecha e inequívocamente vinculados con el orden público y la seguridad del Estado, los cuales por dicha razón son objeto de suspensión en casos de situaciones de anormalidad constitucional. Es el caso de las libertades de asociación, de reunión, de expresión, de tránsito, etc.

Dentro del contexto anotado, la suspensión, limitación o restricción de los derechos fundamentales de la persona se encuentra legitimada a condición de que se reúnan los dos requisitos siguientes:

- a) Que se trate de una suspensión autorizada por la Constitución, amén de que se encuentre acreditada por la existencia de las condiciones peculiares en que puede ser permitida.
- b) Que los fines para los cuales se ha establecido la suspensión, limitación o restricción de los derechos fundamentales de la persona obedezcan a reales y objetivas razones de interés general. Es necesario que se acredite que su propósito no obedece a factores de desviación de poder, sino a consideraciones sustanciales para la pervivencia del Estado y el bien común de sus miembros.

El estado de excepción solo es legítimo en la medida que sea estricta e indefectiblemente necesario, inexorable e inevitable.

Por otra parte, la acción suspensiva, restrictiva o limitativa de los derechos constitucionales debe ser examinada a la luz de los principios de la razonabilidad y proporcionalidad.

El principio de *razonabilidad* implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que ameritan la declaratoria de un tipo de estado de excepción. Ergo, es necesario acreditar la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para controlar y solucionar, mediante los mecanismos ordinarios, las situaciones que ameritan dicha declaratoria.

El principio de *proporcionalidad* implica la necesaria disposición o correspondencia que debe existir entre la causa y el efecto, esto es, entre la situación de anormalidad y su conjuración. Por ende, se exige adoptar únicamente las medidas estrictamente necesarias para restablecer la normalidad constitucional; o sea, que dichas acciones guarden relación con las circunstancias existentes en el estado de excepción.

3.1.- *El régimen de excepción y las prerrogativas parlamentarias*

Las prerrogativas parlamentarias aluden al conjunto de decretos y garantías que la Constitución ofrece al Parlamento como institución, así como a sus miembros de manera individual, a efectos de salvaguardar su independencia funcional, el libre y normal accionar en el desempeño de su misión constitucional, su seguridad y jerarquía

frente a la injerencia de los otros poderes del Estado o de particulares con influencia en la vida pública.

En doctrina se admite la clasificación de prerrogativas a título individual y a título colectivo, entre las primeras aparecen la inviolabilidad o no responsabilidad por los votos y opiniones funcionales y la inmunidad o exención de arresto o procesamiento judicial sin la previa autorización del propio Parlamento. Entre las segundas destacan la obligación del Ejecutivo de poner a disposición del Congreso los efectivos de las fuerzas armadas y de la policía que este demande; así como el impedimento de estos a ingresar al recinto congresal sin la previa autorización de parte del titular de dicho órgano constitucional.

En ese contexto, la doctrina no admite la posibilidad de la suspensión o limitación de dichas prerrogativas, en razón a que estas se encuentran estrictamente vinculadas con las funciones que desarrolla el Parlamento a través de sus miembros; y, que, por ende, devienen en indispensables para el cabal ejercicio de la función parlamentaria máxime en los períodos de anormalidad.

Al respecto, ha sentado jurisprudencia el caso Alem en Argentina.

Así, el 2 de abril de 1892, el Presidente Carlos Pellegrini declaró el estado de sitio en todo el territorio de la República en razón de estarse promoviendo una rebelión. Como consecuencia de ello, se ordenó la detención de una decena de personas, entre ellos el senador Leandro N. Alem.

Alem es detenido, empero logra alcanzar a la ciudadanía una protesta escrita en donde sostenía que “se somete a la fuerza, sin someterse a la ilegalidad”.

Se interpone una acción de hábeas corpus a favor, la cual es declarada fundada.

Posteriormente, en setiembre de 1893 se produce un episodio semejante. Tras una serie de incidentes la Corte Suprema falla recordando que el régimen de excepción no puede afectar a las autoridades de los otros poderes del Estado, dado que si así se aceptase “se estaría autorizando al presidente para destruir los restantes poderes de la República por medio del arresto o traslación de sus miembros durante el estado de sitio”.

Sobre la materia, cabe agregar que cuando un parlamentario es

suspendido en la comisión flagrante de un delito, es pasible de un arresto policial, pero inmediatamente debe ser puesto a disposición del Parlamento para la dilucidación de su situación personal; la cual puede concluir con el levantamiento del fuero parlamentario.

3.2.- El régimen de excepción y las acciones de garantía

Como consecuencia de la existencia de derechos fundamentales de la persona que no pueden ser objeto de suspensión bajo ninguna circunstancia, la sujeción de la suspensión o limitación de los derechos fundamentales a los requisitos de forma y contenido contemplados en la Constitución, amén de la necesidad, verificación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, la Constitución legitima a favor de la ciudadanía, la interposición de las acciones de garantía, aún durante el interregno del régimen de excepción.

Así pues, la interposición de un hábeas corpus procede a pesar de encontrarse suspendido el derecho a la libertad personal, en razón a la necesidad de asegurar los derechos a la vida, a la integridad personal del detenido; al mismo tiempo de corroborar si la detención dispuesta absuelve favorablemente el test de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese sentido, debe recordarse que aún dentro de una situación de anormalidad el Estado se encuentra obligado a preservar la legalidad y los valores democráticos.

Por dicho motivo, puede afirmarse que durante la vigencia de un régimen de excepción –consecuencia directa de una situación de anormalidad– si bien existe “consentimiento” constitucional para utilizar una legalidad excepcional, ello no admite en modo alguno la posibilidad de configurar una relación de mando-obediencia al margen del Estado de Derecho. De allí que el control jurisdiccional a cargo de Tribunal Constitucional o el Poder Judicial se mantenga activo durante dicho período.

Al respecto, en 1893 la Corte Suprema Argentina declaró en el caso Leandro Alem que *“el estado de sitio, lejos de suspender la Constitución, se declara para defenderla”*.

3.3.- El régimen de excepción y el control judicial y político

En la doctrina constitucional prima el criterio de no revisibilidad del acto de establecimiento de un régimen de excepción en razón a

que se trata de una “cuestión política”.

Entre otras argumentaciones, que son expuestas prolijamente en el capítulo referido a la jurisdicción constitucional, se esgrime que tal declaración comprende en *strictu sensu* a los poderes políticos, por consiguiente cualquier intromisión judicial en este particular aspecto, implicaría una distorsión del reparto de competencias entre los órganos estatales.

En ese sentido, la no revisibilidad judicial se sustenta en la tesis que cada órgano político tiene una “zona de reserva” que no puede ser invadida por el Poder Judicial, so pena de instaurar un sistema de gobierno de los jueces; el cual no se encuentra diseñado en ninguna Constitución vigente.

Ahora bien, no obstante lo expuesto la propia doctrina constitucional admite la existencia de un control no sobre el acto mismo del decretamiento de algún tipo de régimen de excepción, sino sobre los actos restrictivos de algunos derechos restringidos o suspendidos durante dicho lapso; amén de aceptar la verificación de los presupuestos formales para su verificación práctica.

En consecuencia dentro del contexto referido, un órgano jurisdiccional puede intervenir a efectos de corroborar lo siguiente:

- a) Cumplimiento del *íter* procedimental establecido por la Constitución para decretar algunas de las modalidades del régimen de excepción.
- b) Cumplimiento de la regla de indemnidad a favor de los derechos fundamentales no sujetos en tiempo o lugar alguno a suspensión o limitación.
- c) Cumplimiento en la praxis de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.
- d) Cumplimiento de no extensión del plazo máximo para la vigencia de alguna de las modalidades del régimen de excepción.

De otro lado, es oportuno indicar que con posterioridad al cese del régimen de excepción, el órgano jurisdiccional tiene facultades plenas para en aplicación del principio de responsabilidad, resolver los casos de indemnización por los daños y perjuicios que sufrieron las personas o los bienes de estos, por uso indebido y arbitrario de las competencias de excepción, por parte de las autoridades estatales

encargadas de su ejercicio.

En lo relativo al control político, la doctrina constitucional admite plenariamente la existencia de dicho proceso de fiscalización en lo relativo al acto mismo de decretamiento del régimen de excepción y la forma de actuación del órgano Ejecutivo en lo relativo a su ejecución.

Al respecto, es usual que el órgano parlamentario conozca vía la denominada dación de cuenta acerca de las razones y determinaciones adoptadas por el Ejecutivo durante una situación de anormalidad.

A través de dicho instituto el Parlamento toma conocimiento oficial de los alcances de la situación de anormalidad, así como las medidas concretas para su conjuración, es decir, se verifica el principio de rendición de cuenta.

En ese aspecto, la dación de cuenta permite efectivizar la atribución congresal referida a velar por el respeto de la Constitución y las leyes.

Es dable advertir que los actos derivados del decretamiento de alguna de las modalidades del régimen de excepción no enervan la determinación posterior de la culpa o responsabilidad política, por el uso indebido de las competencias de excepción.

A modo de colofón, debe señalarse que el régimen de excepción – consecuencia de una situación de anormalidad– no autoriza en modo alguno, a que el Estado pueda hacer uso de facultades o competencias extraconstitucionales, sino a lo sumo implica el atributo de uso de una legalidad excepcional prevista en el texto constitucional.

El uso de facultades extraconstitucionales aún para remediar una situación de anormalidad configuraría una situación de crisis constitucional; vale decir, una quiebra grave del pacto social, una actividad ilegítima del poder estatal y la degradación de la relación política de mando-obediencia por la mera sujeción mediante la fuerza bruta.

Por dichas consideraciones, el control judicial y el control político precisan que el régimen de excepción esta dentro del Estado de Derecho. Ello a mérito de la existencia de una legalidad –para el caso extraordinario– una división de las funciones y un respeto a la dignidad de las personas.

4.- LA CIUDADANÍA Y LA ANORMALIDAD CONSTITUCIONAL

Como se ha referido, la anormalidad constitucional también puede producirse por obra de una inminente ruptura o una efectiva deposición de un gobierno de *iure*. Dicha situación introduce la cuestión de la defensa del orden constitucional a través del ejercicio de derechos ético-políticos que el propio texto constitucional consigna en favor de la ciudadanía. Así, en aras de garantizar la oposición ciudadana a la amenaza o ruptura del orden institucional, la Constitución plantea dos opciones: el derecho a la insurgencia y el derecho de insumisión.

En puridad, los derechos derivados de la necesidad de defender el orden constitucional se encuentran en un espacio equidistante entre la juridicidad y la facticidad, ya que se admite la realización de conductas ordinariamente proscritas por el derecho, para impedir o cancelar un gobierno de facto.

En ese sentido, es dable advertir la imposibilidad de acceder a los remedios jurídicos comunes o corrientes para conjurar dicha situación de anormalidad (denuncias penales).

4.1.- El derecho a la insurgencia

Esta facultad implica una acción del pueblo contra quienes usurpan o intentan usurpar el poder. Esta acción se acomete en pro de la defensa o reposición de la autoridad legalmente establecida, amén de implicar una acción tuitiva en favor de la mantención o restitución inmediata del orden constitucional violentado.

Como señala Alfonso Ramos Alva [*Lecciones de sociología del derecho*. Lima: Génesis, 1996]:

“El derecho de insurgencia posibilita rebelarse al pueblo, cuando el régimen constitucional se halla en peligro”.

El ejercicio de este derecho se verifica en la defensa del orden constitucional y no para procurar su abolición; en esencia, se convierte en un instrumento facultativo que recae en la voluntad del pueblo, para garantizar o asegurar un gobierno y un orden legalmente constituido.

El *derecho a la insurgencia* se asemeja al estado de necesidad, en tanto se ejercita la violencia ciudadana para salvaguardar el Estado de Derecho.

El derecho a la insurgencia opera cuando al interior de una sociedad política surge súbitamente una voluntad política que monopoliza o intenta monopolizar al gobierno del Estado; es decir, implica la ruptura o amenaza de ruptura del marco institucional y la consiguiente quiebra de la continuidad y eficacia del orden constitucional. En este último sentido se verifica la violación o inminencia de violación de la Constitución, y, por ende, el normal funcionamiento de los órganos del Estado y el pleno ejercicio de los derechos y garantías ciudadanas.

Elvito Rodríguez Domínguez [*Manual de derecho procesal*. Lima: Grijley, 2006] lo confirma como un mecanismo excepcional de autotutela o autodefensa. Así expone que:

“La alteración del orden constitucional es pasible de autodefensa, tanto por las personas individualmente consideradas como de la población en su conjunto, pues la primera parte del artículo 46 de la Constitución peruana se refiere a las personas y la segunda a la población.

En ambos casos, no se trata de obligaciones sino de derechos. En este aspecto es donde mejor se aprecia la relación entre derecho y fuerza. La fuerza puede hacer inoperantes estos derechos, e incluso, convalidar la actuación del usurpador; la Constitución autoriza el uso de la fuerza con la finalidad superior de recuperar el orden constitucional”.

La situación que provoca la insurgencia se deriva de la deposición o perentoria deposición del gobierno de jure; la falsificación de la voluntad popular a través de un fraude electoral; la prolongación inconstitucional del período de gobierno; la acción de autogolpe; etc.

Como puede observarse se justifica ante una situación de quiebre del orden constitucional o inminencia de que ello ocurra.

Así, ante la acreditación de un hecho de fuerza que intenta o que efectivamente rompe con el orden constitucional, se genera la justificación extraordinaria para que el Estado pueda repeler dicho ataque con un grado igual o mayor de fuerza.

En ese contexto la doctrina exige que se encuentre acreditada objetivamente la quiebra del orden constitucional o que se verifique el peligro cierto o inminente de que ello pueda ocurrir; amén que el pueblo no tenga otro medio para salvar o reponer la institucionalidad. En este último caso debe tratarse de la última ratio de la que se vale la ciudadanía para defender y asegurar el Estado de Derecho.

Asimismo, la acción insurgente debe ser inmediata y sin solución de continuidad en relación al fenómeno perturbador del Estado de Derecho.

En puridad, se trata de una facultad perteneciente al pueblo como colectivo cívico que lo autoriza constitucionalmente a ejercitar hasta acciones de fuerza contra un usurpador del poder o “pretendiente” inconstitucional del mismo, a efectos de hacer cesar la ruptura del orden institucional o impedir la consumación de una acción contra ejercientes del poder legítimamente constituido.

Javier Valle Riestra [“La insurgencia del 13 de noviembre de 1992”. En: *Diario Correo*. Lima, 26 de noviembre de 2006] recuerda con acierto el antecedente de Miguel Grau Seminario y el pueblo de Lima en 1872.

En efecto, el 22 de julio de 1872 estando por culminar el mandato del Presidente José Balta y ya electo como nuevo mandatario Manuel Pardo y Lavalle se produce el golpe de Estado de los hermanos coroneles Tomás, Silvestre y Marcelino Gutiérrez.

Miguel Grau Seminario tiene papel protagónico en la suscripción del manifiesto de la armada a favor del orden constitucional e incluso parte al sur del país en el Huáscar para promover la insurgencia. Por su parte el pueblo de Lima, tras el apresamiento y hasta linchamiento de los usurpadores del poder consigue el restablecimiento del Estado de Derecho. La insurgencia aparece aquí sin un expreso fundamento jurídico pero arropado al legítimo ejercicio del deber moral de defender las instituciones constitucionales.

Este instituto fue aplicado con éxito por el pueblo argentino en 1988. Así, el 18 de enero de 1988 el coronel Aldo Rico se rebeló, con la guarnición militar del Campo Marte, contra el gobierno constitucional de Raúl Alfonsín. Inmediatamente, miles de ciudadanos salieron a las calles para defender el orden constitucional en peligro inminente de ruptura. En ese contexto, finalmente, la rebelión fracasó.

Desde una perspectiva histórica aparece en el Capítulo II, inciso 4) de la Constitución de Alemania de 1949, en donde textualmente se expone que “Todo alemán tendrá derecho de resistencia (*Rect zum widerstand*) cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia”.

En este caso la resistencia tiene la connotación de insurgencia en

pro de la defensa del orden constitucional.

Dicho artículo fue insertado por la necesidad manifiesta de evitar la consolidación de otra experiencia similar a la producida por Gustavo Adolfo Hitler, quien luego de acceder en 1932 al cargo de Canciller de Alemania, tras la muerte del mariscal Paul von Hindenburg dos años más tarde, asumió la Presidencia de la República y desde allí concentró todo el poder político y pisoteó la Constitución de 1919. En puridad, dicha experiencia obligó a que se dispusiese de un instituto ciudadano en defensa de la Constitución, en caso esta fuese quebrantada desde el propio poder político.

En nuestro país, el constituyente aprista Alfonso Ramos Alva denominó a dicho instituto como derecho a la insurgencia y la replanteó para defender al orden constitucional quebrantado o amenazado generalmente por rebeliones provisoriamente “trionfantes” o en proceso de consumación.

4.2.- El derecho de insumisión

Alude a una institución emanada de la voluntad ciudadana de incumplir o desacatar un mandato gubernamental, en razón de que este ha sido expedido por una persona que ha usurpado el poder político o ejerce funciones públicas con violación de la Constitución y las leyes.

En puridad, esta institución es consecuencia del conflicto que surge entre el ejercicio anómalo de la autoridad pública y la conciencia política de la ciudadanía, decidida a defender el imperio de la constitucionalidad y la legalidad.

Se trata de actos individuales de oposición político-jurídica contra quienes ejercen las funciones públicas de manera opuesta a lo previsto en el ordenamiento jurídico. Por ende, se refleja como una forma pacífica de no reconocimiento a una autoridad espuria. Se manifiesta en el hecho de no pagar los impuestos decretados por el usurpador, en la acción de incumplir las disposiciones legales emanadas de una legislación de facto, etc.

Con el derecho a la insumisión se deja constancia de la fidelidad ciudadana al *Estado de Derecho*, frente a la producción de normas y mandatos proditores a su sentido.

Desde una perspectiva histórica la insumisión aparece con Tomás

de Aquino (1225-1274) cuando en su obra *Tratado de la ley; Tratado de la justicia; Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, señala lo siguiente [Cfr. Walter Theimer. *Historia de las ideas políticas*. Barcelona: Ariel, 1969]:

“Las leyes son injustas de dos maneras, o por contrarias al bien común, o porque su fin, como el caso en el que el gobierno impone a sus súbditos leyes onerosas, no es por motivo de bien común, sino de propia codicia o ambición, o también por su autor, cuando este da una ley extralimitándose de la facultad que tiene encomendada [...] a esas leyes de ninguna manera es lícito observarlas [...]”.

Dicha institución fue establecida en nuestro país como concurrente al ejercicio del derecho de insurgencia en la Constitución de 1979.

Ahora bien, entre ambos institutos existen las diferencias siguientes:

- a) El derecho a la insurgencia promueve una acción colectiva y con connotación de fuerza. En cambio el derecho de insumisión se plasma en una acción individual y pacífica.
- b) El derecho a la insurgencia puede promoverse como una medida de prevención ante un peligro inminente de ruptura; el derecho a la insumisión se ejercita después de la ruptura del orden constitucional.
- c) El derecho a la insurgencia exige una actuación inmediata, el derecho a la insumisión puede incluso promoverse en lapso mediato.

Es citable como caso de insumisión el que se produjo en 1920 durante la República de Weimar (Alemania). Así, el comandante del ejército alemán Wolfgang Kapp dio un golpe de Estado. Inmediatamente y durante largos días los empleados públicos y la ciudadanía en general se negaron a cumplir las normas y ordenes del gobernante de facto. Esto llevó a la caída de Kapp y el regreso al Estado de Derecho.

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO

LOS GOBIERNOS DE FACTO

SUMARIO

1. LAS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LOS GOBIERNOS DE FACTO. 2. LA TIPOLOGÍA DE LOS GOBIERNOS DE FACTO. 2.1. Los gobiernos de facto por razón de su origen. 2.2. Los gobiernos de facto por razón de su ejercicio. 3. LOS REQUISITOS DE CONSOLIDACIÓN INTERNA. 3.1. La legitimidad o ilegitimidad de los gobiernos de facto. 3.1.1. El golpe de Estado y la revolución. 3.1.1.1. La revolución y el poder constituyente originario. 3.1.1.2. La revolución y la normatividad prerrevolucionaria. 3.1.2. La resistencia contra la opresión. 3.1.3. El deslinde conceptual entre revolución y resistencia contra la opresión. 4. LA DOCTRINA DE FACTO. 5. LOS DOCUMENTOS CONSTITUTIVOS. 5.1. La suspensión o abrogación in totum de la Constitución. 5.2. La supraordinación del documento constitutivo sobre la Constitución. 5.3. La adecuación homologante entre Constitución y el documento constitutivo. 6. EL CASO DE LOS DECRETOS LEYES. 6.1. El problema de la validez o no validez de los decretos leyes. 6.1.1. La validez o no validez de los decretos leyes durante la existencia de un gobierno de facto. 6.1.2. La validez o no validez de los decretos leyes al restaurarse el Estado de Derecho. 6.2. Los decretos leyes en el Perú. 7. LA RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LOS GOBIERNOS DE FACTO EN EL PERÚ. 8. EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS GOBIERNOS DE FACTO. 8.1. La doctrina Tobar. 8.2. La doctrina Estrada. 8.3. La doctrina Betancourt. 8.4. La doctrina Rodríguez Larreta. 8.5. La doctrina de la Organización de los Estados Americanos. 9. EL CASO DE LOS GOBIERNOS EN EL EXILIO.

Dicha noción hace referencia a aquellos gobiernos que acceden o ejercen el poder político de modo irregular; esto es, sin observar las prescripciones que la Constitución y las leyes determinan para tales efectos. Ergo, son expresión de un acto de ruptura del ordenamiento fundamental del Estado.

Rubén Hernández Valle [*Diccionario electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (CAPEL), 1989] señala que los gobiernos de facto representan una “contraposición a los gobiernos de

iure, y no tienen fundamento constitucional expreso”.

Sigifredo Orbegozo Venegas [*Poder constituyente y otros ensayos*. Trujillo: Normas Legales, 2002] señala que la diferencia entre un gobierno *de iure* y un gobierno de facto radica en la disimilitud del título para mandar o continuar mandando. Plantea que el ejerciente del primero ha llegado al poder por derecho y que se ha desenvuelto y hasta prorrogado en su condición de gobernante de conformidad con las normas y procedimientos reglados por la Constitución; en cambio el ejerciente del segundo ha accedido, actuado o renovado en el mando del Estado mediante hechos generados al margen de lo señalado en el texto fundamental.

La referida expresión califica a aquellos gobiernos que se constituyen o que ejercen el poder sin autorización legal, lo cual implica una ruptura del orden constitucional; alude a aquellas expresiones gubernativas que no acomodan su erigimiento o su accionar a los mandatos y preceptos constitucionales, sino a la mera voluntad o a las orientaciones ideológicas o doctrinarias de quienes ejercen el poder político.

Como bien afirma Humberto Quiroga Lavié [*Derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1987] el gobierno de facto “es aquel que no acomoda su funcionamiento a un techo constitucional, sino a la voluntad discrecional de quien consigue monopolizar la fuerza en el Estado”.

Este tipo de gobierno surge como consecuencia de un acto de “apropiación” político-jurídica –apoderamiento para sí y por mera voluntad de los encaramados en el poder– que conlleva el ejercicio extrajurídico de los órganos políticos del Estado (Ejecutivo y Legislativo), el que incluso puede extenderse por distintos mecanismos al ámbito de la administración de justicia. Como refiere Salvador Dana Montaña [*Principios de derecho público*. Citado por Rodrigo Borja. *Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992], “los gobiernos de facto son aquellos que se constituyen por sí mismos, prescindiendo del mecanismo legal, o que se mantienen y hacen valer a sí mismos, proporcionalmente a su fuerza e independientemente del derecho o en contra de él”.

Los gobiernos de facto se establecen como consecuencia de hechos que contradicen las normas constitucionales y legales que proveen el

modo de constituir un gobierno o el ejercicio mismo del poder político. Su potestad de mando se encuentra viciada por el “síndrome de la irregularidad jurídica”; por ende, conllevan la ruptura total o parcial del ordenamiento constitucional vigente, mediante una acción súbita y violenta.

La existencia de este tipo de gobierno genera la interrupción del Estado de Derecho y la flagrante oposición a sus postulados y principios. Expresa un ejercicio arbitrario del poder –es decir, al margen y sin sujeción a las normas constitucionales que regulan la forma de asunción al gobierno y las competencias funcionales señaladas a los operadores de los órganos políticos del Estado– y con concentración del mismo –esto es, la potestad de mando no está sujeta a control ni contrapeso intra o interorgánico–.

Humberto Quiroga Lavié [ob. cit.] señala que surgen de una ruptura con el principio de validez jurídica –pues no se ajustan a las formas y procedimientos constitucionales– y decretan *per se* un establecimiento autocrático basado únicamente en la eficacia que alcanza el mando del gobernante autoproclamado.

La experiencia histórica acredita que dicho tipo de gobierno concentra sus poderes en una persona o grupo de personas, que con una autoridad auto impuesta y mantenida, por lo general, mediante la fuerza busca transformarse en el tiempo en un gobierno regular.

Mario A.R. Midón [*Manual de derecho argentino*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1997] advierte que “lo que califica a un gobierno de facto es su investidura. No interesa por lo tanto que pueda reunir un eventual consenso o repudio de la ciudadanía; que se le juzgue como progresista o retardatario; que tras su asunción acate ininterrumpidamente todas las leyes de la Nación o haga caso omiso de ello [...]”.

En suma, un gobierno es de facto cuando su título originario está viciado por la ilegalidad; habida cuenta de haberse adquirido o mantenido con prescindencia del cumplimiento de las reglas establecidas en el texto *supra* del Estado.

1.- LAS CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LOS GOBIERNOS DE FACTO

Los gobiernos de facto presentan las siete particularidades siguientes:

- a) Expresión de un hecho súbito, violento y transitorio nacido de una voluntad política que monopoliza la fuerza y la coerción estatal.
- b) Ruptura total o parcial del marco institucional y consiguiente quiebra de la continuidad y eficacia del orden constitucional. En ese sentido, se acredita la violación del texto fundamental del Estado y, por consiguiente se afecta la Constitución, el funcionamiento normal de las actividades estatales y los derechos y garantías ciudadanas. La historia acredita que la ruptura normativa es total en el caso de una revolución, en razón de que esta apunta a sustituir los fundamentos ideológicos y axiológicos de la sociedad política. En cambio la ruptura es parcial en el caso de un golpe de Estado, autogolpe, etc.
- c) Absorción de los poderes políticos, tanto los de carácter constituyente como los de carácter constituido. El gobierno de facto se instituye como una instancia autosuficiente y excluyente para la producción normativa. Ello al extremo de intentar asumir la calidad de poder constituyente originario.
- d) Ejercicio discrecional, y sin parámetros institucionales, del poder político.
- e) Manifestaciones normativas sustentadas en la necesidad apremiante de su acatamiento o en la eficacia de las decisiones obtenidas ante los ciudadanos.
- f) Capacidad jurídica sui géneris para comprometer al Estado en sus relaciones dentro y fuera del territorio estatal. Así, actúa como administración pública en el plano de las relaciones entre gobernantes y gobernados, y como sujeto de derecho internacional público.
- g) Búsqueda de legitimación política para el aseguramiento de su continuidad política espacial y temporal.

2.- LA TIPOLOGÍA DE LOS GOBIERNOS DE FACTO

Esta sui géneris y extra jurídica modalidad gubernativa puede ser clasificada en dos clases: los gobiernos de facto por razón de su origen

y los gobiernos de facto por razón de su ejercicio.

Al respecto, veamos lo siguiente

2.1.- Los gobiernos de facto por razón de su origen

Son aquellos gobiernos que no cumplen con la forma y el modo establecidos en la Constitución para su institucionalización; por ende, violentan o contradicen los mecanismos constitucionales establecidos para la elección o nombramiento de los gobernantes.

Al respecto, Fabián Novak Talavera y Luis García Corrochano Moyano [*Derecho internacional público*. 2 tomos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000] señalan que el gobierno de facto “es aquel que llega al poder [...] mediante cualquier procedimiento no previsto por el ordenamiento jurídico nacional”.

En ese orden de ideas, Mario A.R. Midón [ob. cit.] considera que el gobierno de facto “es aquel que accede al poder de modo irregular, sin observar en ese tránsito las prescripciones que la Constitución y las leyes marcan”.

Estos gobiernos surgen como consecuencia de lo siguiente: deposición del gobierno *de iure*; obtención del título para constituir gobierno mediante la falsificación de la voluntad popular (fraude electoral), o por infracción de cualesquiera otras reglas de institucionalización del mando en los casos de cobertura de vacancia presidencial por razones de deceso, destitución, etc.

a) *Deposición del gobierno de iure*

En este caso el gobierno de facto se instaura como consecuencia de un acto de fuerza irresistible contra un gobierno constituido al amparo de lo establecido en la Constitución. Se origina en un acto de derrocamiento o deposición de un gobierno *de iure*, que trae como consecuencia la instauración de un gobierno alternativo carente de legalidad alguna para instituirse como tal.

Al respecto, puede citarse los casos siguientes:

- En Nicaragua el 9 de junio de 1936 el Presidente Juan Bautista Sacasa es derrocado por el general Anastasio Somoza García.
- En Panamá, el 12 de octubre de 1966, el Presidente constitucional Arnulfo Arias A. es derrocado por un movimiento militar encabezado por el general Omar Torrijos.

- En Chile, el 11 de setiembre de 1973, el Presidente constitucional Salvador Allende es derrocado por un movimiento institucional de las fuerzas armadas, encabezado por el general Augusto Pinochet Ugarte (Salvador Allende, en gesto heroico, se suicidó en pleno palacio presidencial de “La Moneda”).
 - En nuestro país, el 4 de febrero de 1914, el Presidente constitucional Guillermo E. Billinghurst es depuesto por el coronel Óscar Raimundo Benavides.
 - El 27 de agosto de 1930, el Presidente constitucional Augusto Bernardino Leguía es depuesto por un movimiento militar encabezado por el comandante Luis M. Sánchez Cerro.
 - El 8 de octubre de 1948, el Presidente constitucional José Luis Bustamante y Rivero es depuesto por un movimiento militar encabezado por el general Manuel A. Odría.
- b) *Obtención del título para constituir gobierno mediante la falsificación de la voluntad popular (fraude electoral), o por infracción de cualesquiera otras reglas de institucionalización del mando en los casos de cobertura de vacancia presidencial por razones de deceso, destitución, etc.*

Al respecto, pueden citarse los casos siguientes:

- En República Dominicana, el 26 de mayo de 1930 se instaura el gobierno de Rafael Leonidas Trujillo Molina “Chapita”, tras un proceso electoral en donde un grupo de seguidores constituye un grupo paramilitar denominado “La 42”; el cual se dedicó a intimidar y asesinar opositores. Ello al extremo de obligar a renunciar a la Junta Central de Elecciones. Esta fue “recompuesta” de la manera exigida por el citado personaje.
- En Haití, el 22 de octubre de 1957 se instaura el gobierno de Francisco Duvalier –apodado “Papa Doc”–, luego de ganar en comicios fraudulentos auspiciados por las fuerzas armadas.
- En República Dominicana, el 2 de junio de 1966 se instaura el gobierno de Joaquín Balaguer, antiguo seguidor del tristemente célebre dictador Rafael Leonidas Trujillo, producto de comicios amañados en los que, con apoyo del gobierno norteamericano y de los funcionarios estatales derrotó a Juan Bosch.
- En Nicaragua, el 1 de febrero de 1967 se instaura el gobierno de Anastasio Somoza Debayle –apodado “Tachito”–, luego de “ga-

nar” las elecciones con el triple de votos de su más cercano oponente y sin que se hubiere permitido la participación electoral del Partido Conservador.

- En Argentina, el 29 de mayo de 1962, las fuerzas armadas obligan a dimitir al Presidente Constitucional Arturo Frondizi; reemplazándolo el presidente del Senado José María Guido. Al respecto, es dable señalar que la Constitución argentina no contemplaba la acefalía presidencial por acto de insurrección militar.
- En nuestro país, el 1 de abril de 1894, producido el deceso del Presidente constitucional general Remigio Morales Bermúdez, el Congreso de la República reconoce como su reemplazante al segundo Vicepresidente, Justiniano Borgoño, en vez de quien legalmente correspondía asumir el cargo. En efecto, el primer Vicepresidente, Pedro Alejandrino del Solar, fue arbitrariamente despojado de su derecho a ascender a la primera magistratura por no responder a las simpatías del mariscal Andrés Avelino Cáceres, verdadero “elector” de su adlátere Justiniano Borgoño.
- El 30 de abril de 1931, a consecuencia del asesinato del Presidente Luis M. Sánchez Cerro, el Congreso de la República designa en el cargo al jefe del Ejército, general Óscar Raimundo Benavides, a pesar de que el artículo 137 de la Constitución de 1933 establecía que miembros activos de las fuerza armadas eran inelegibles para ocupar el sillón presidencial.

2.2.- Los gobiernos de facto por razón de su ejercicio

Son aquellos que, habiendo cumplido con instituirse de conformidad con las formalidades y modo establecidos en la Constitución, se expresan, manifiestan y conducen fuera de ella o contra lo previsto por ella. Ostentando título habilitador para instituirse como gobierno, ejercen el poder político con violación grave e inequívoca del ordenamiento constitucional, lo que comprende prácticas irregulares y degenerativas en el uso de las competencias específicas señaladas en la Constitución.

Cierto sector de la doctrina señala que esta modalidad hace referencia a la pérdida del título habilitatorio para gobernar, por abuso de confianza de la voluntad ciudadana.

Sigifredo Orbegozo Venegas [ob. cit.] refiere que esta modalidad

surge a consecuencia de una trayectoria y conducta inconstitucional. Así, ello se acredita por la violación de los derechos y garantías ciudadanas o de la crasa inmoralidad política y administrativa que pervierte los principios y valores que sustentan el pacto social.

Estos gobiernos surgen como consecuencia de:

- Prolongación del mandato más allá del período fijado expresamente por la Constitución.
- Desempeño gubernamental arbitrario y despótico.
- Acción de autogolpe.

a) Prolongamiento del mandato más allá del período fijado expresamente por la Constitución

Al respecto, pueden citarse los casos siguientes:

- En Paraguay, el 12 de octubre de 1812 se crea la República del Paraguay, nombrándose como Presidente a José Gaspar Rodríguez de Francia. En 1816, este se asigna la condición de “dictador perpetuo”, ejerciendo el poder hasta 1840 (veinticuatro años).
- En Honduras, el 1 de febrero de 1933, Tiburcio Carías Andino accede al poder convertido en una suerte de conserje político de la empresa norteamericana United Company. En su condición de gendarme de intereses económicos extranjeros, Carías decide prorrogar su mandato hasta 1949 (dieciséis años).
- En Paraguay, el 13 de marzo de 1844, es elegido Presidente constitucional Carlos Antonio López, el mismo que mediante sucesivas “prórrogas” extenderá su mandato hasta 1862 (dieciocho años).
- En Guatemala, el 22 de abril de 1851, Rafael Carrera inicia su mandato. Tres años más tarde, prorroga su mandato con carácter vitalicio hasta su muerte en 1865 (catorce años).
- En nuestro país, en 1936, el Congreso de la República prorroga por tres años (hasta 1939) el mandato del general Oscar Raimundo Benavides. La justificación para esta acción inconstitucional fue la declaratoria de nulidad de las elecciones presidenciales, la misma que tuvo como objetivo impedir la proclamación de Luis Antonio Eguiguren con el argumento de que los partidarios del APRA –organización política arbitrariamente proscrita– habían votado en su favor.

b) Desempeño gubernamental arbitrario y despótico

Al respecto, pueden citarse los casos siguientes:

- En Cuba, en 1954 se instaura el gobierno de Fulgencio Batista. Este gobernará despóticamente hasta 1959, violentando todos los derechos básicos ciudadanos (cinco años).
- En Filipinas en 1969, se instaura el electo gobierno de Ferdinand Marcos. Este decretará al poco tiempo la Ley Marcial, a efectos de perseguir y encarcelar a sus principales opositores.
- En nuestro país, el 2 de octubre de 1931, asciende al poder el comandante Luis M. Sánchez Cerro. Este gobernará con dureza extrema un breve período históricamente denominado como “El Año de la Barbarie”.
- El 28 de julio de 1950, el general Manuel A. Odría legitima vía las urnas el poder que ya ostentaba. Empero su gestión se caracterizará por la sistemática violación de los derechos ciudadanos.

c) Acción de autogolpe

Esta situación difiere de aquella en que se prolonga el mandato más allá del período fijado expresamente por la Constitución, en razón de que aun cuando en los hechos ello pudiere producirse, la génesis del autogolpe tiene por objeto sustancial la disolución del Parlamento; por ende, su intención primigenia radica en dejar sin efecto el control interórgano del Parlamento sobre el Ejecutivo.

Debe advertirse, que originalmente se utilizaba el concepto golpe de Estado (*coup d'état*) para referirse a dicha modalidad de gobierno de facto. En efecto, en el siglo XVIII se describirá como tal al conjunto de medidas adoptadas por el rey de Francia al margen del orden jurídico, a efectos de deshacerse de sus adversarios políticos.

En esa orientación, aparece bajo el concepto de Bonapartismo.

En efecto, Carlos Luis Bonaparte (1808-1873) protagonizó un autogolpe en 1851, con el expreso objetivo de perpetuarse en el poder. Dicha situación fue “legitimada mediante un plebiscito impulsado desde el gobierno.

Carlos Luis Bonaparte había sido elegido en 1848 Presidente de la Segunda República francesa; y ante el fracaso de una reforma constitucional para promover la reelección presidencial, gestó la ruptura

del Estado de Derecho.

Cabe señalar que en 1852 bajo la conducción de un gobierno de facto, se asignó la condición de Emperador de Francia.

Al respecto, pueden citarse los casos siguientes:

- En Uruguay, el 30 de junio de 1979, el Presidente constitucional Juan María Bordaberry acepta la decisión de las fuerzas armadas de disolver las cámaras congresales.
- En Guatemala, el 25 de mayo de 1993, el Presidente constitucional Jorge Serrano Elías cierra el Parlamento. Para suerte de la democracia latinoamericana, siete días después es depuesto.
- En Rusia, el 3 de octubre de 1993, el Presidente constitucional Boris Yeltsin ordena el cierre del Parlamento; e inmediatamente bombardea sus instalaciones y encarcela a sus opositores políticos.
- En nuestro país, el 5 de abril de 1992, el Presidente constitucional Alberto Fujimori Fujimori, en complicidad con los altos mandos de las fuerzas armadas, "disuelve" el Congreso de la República.

3.- LOS REQUISITOS DE CONSOLIDACIÓN INTERNA

Conforme a los postulados planteados por el publicista inglés Hersh Lauterpacht [Citado por Fabián Novak Talavera y Luis García Corrochano Moyano. ob. cit.] los gobiernos de facto alcanzan firmeza, solidez y aseguran su permanencia cuando cumplen los dos requisitos siguientes:

- a) Contar con la fuerza necesaria para mantenerse en el poder, esto es, acreditar el ejercicio territorial efectivo de las funciones estatales.
- b) Obtener algún grado importante de consenso o respaldo popular, o, en defecto de ello, alcanzar un nivel de tolerancia o resignación ciudadana respecto de su presencia y actuación. En consecuencia hace referencia a la obtención de legitimidad política, ya sea activa o pasiva.

Al respecto, en el arbitraje planteado en el denominado Asunto Tinoco entre Gran Bretaña y Costa Rica se esgrimió lo siguiente en lo relativo al reconocimiento político-jurídico de un gobierno de facto:

“La cuestión es ¿se ha establecido (el nuevo gobierno) de tal forma que todos los que se hallan bajo su influencia reconocen su control y que no existe otra fuerza que actúe en su lugar? ¿Desempeña sus funciones de la forma en que normalmente lo hace un gobierno dentro de los límites de su propia jurisdicción?”.

3.1.- La legitimidad o ilegitimidad de los gobiernos de facto

Todas las expresiones de los gobiernos de facto –sea que provengan de razones originarias o derivadas del ejercicio degenerativo del poder político– son ilegales. Esto último alude a lo no conforme o carente de sujeción a la Constitución y demás leyes del ordenamiento jurídico. En suma, los gobiernos de facto son expresiones gubernativas antijurídicas surgidas de una acción súbita y violenta que quebranta el Estado de Derecho.

Ahora bien, los gobiernos de facto generalmente aducen razones políticas o ejercitan acciones de dicha naturaleza destinadas a alcanzar legitimidad entre los ciudadanos y ante la comunidad internacional. Esta legitimidad debe entenderse como aquella capacidad que alcanzan los gobiernos de facto para ser aceptados y reconocidos en el ejercicio del mando político, es decir, para conseguir hacer cumplir sus decisiones. Para ello deben demostrar ante la ciudadanía que el ejercicio de su poder político es conforme con la plasmación de fines o valores vitales y básicos (como la justicia, el bien común, el orden, etc.).

Dicha legitimidad no otorga patente a una irregular forma de adquisición o ejercicio del poder, sino que acepta el hecho consumado, en aras del respeto de determinados fines y valores esenciales para la sociedad. Puede pues apreciarse, en el fenómeno de los gobiernos de facto, la pérdida de vigencia de la legalidad, sin que ello implique aceptar el sacrificio –al mero *absoluto de la fuerza*– de los fines y valores más sentidos de una comunidad política.

En ese preciso contexto, algunos gobiernos de facto pueden alcanzar legitimidad en determinadas circunstancias específicas. Como indica Rodrigo Borja [ob. cit.]:

“Si bien un acto que viola la ley jamás puede ser legal, [...] puede ser legítimo en razón de las circunstancias que lo rodean”.

Así, un gobierno de facto logra legitimidad si alcanza o ejerce el poder:

- En defensa de los intereses públicos, los que, dentro de un peligroso y extremo contexto, pueden exigir la supresión del orden jurídico anterior y la cesación en sus funciones de los gobernantes *de iure*.
- En defensa de los ideales de justicia u otros valores sociales y morales que, en un determinado contexto, pueden superponerse a la mera legalidad.
- En resguardo y favorecimiento del retorno de la paz, la seguridad pública o la moral social.

En todos estos casos se trata de gobiernos ilegales desde que suprimen por la mera fuerza el orden jurídico preexistente; empero, en pro de la consagración de algún fin o valor político sustantivo –no alcanzado hasta ese entonces por medio del orden jurídico vigente o con la conducción de un gobierno *de iure*– se legitiman en el ejercicio del poder hasta que se establezca una nueva legalidad o se asegure un ejercicio del poder de manera eficiente y eficaz.

Esta posibilidad de alcanzar y obtener legitimidad es excepcional y extraordinaria; más aún, no es usual en este tipo de expresiones gubernativas. Por el contrario, la historia de América Latina demuestra que los gobiernos de facto han devenido en enfáticas manifestaciones oligárquicas, reaccionarias, u obedientes a voluptuosidades pasionales de grupos o personalidades con marcadas tendencias autoritarias.

Desde nuestro punto de vista, los gobiernos de facto pueden alcanzar, en los hechos, legitimidad cuando cumplen los cinco requisitos siguientes:

- a) Exponer “razones” y patrones morales compatibles con la conciencia y sentimientos de la ciudadanía, que avalan, en un momento crítico o grave para la sociedad política, el atributo del mando de facto.
- b) Actuar de conformidad con las “razones” y patrones morales expuestos al momento del apoderamiento del poder.
- c) Corroborar en la praxis que los mandatos emitidos ostentan la condición de prescripciones jurídicas, esto es, que obligan tanto a los gobernantes como a los gobernados. Por ende, dichas pres-

cripciones no pueden ser ineficaces o inaplicables para quienes las dictan.

- d) Reconocer y proteger política y normativamente la dignidad de la persona humana.
- e) Dejar testimonio cabal de que se alcanzará prontamente la restauración del Estado de Derecho; o la construcción de nuevos principios y reglas de legalidad, con la anuencia del pueblo.

Los gobiernos de facto pueden alcanzar dicha legitimidad, cuando son producto de la revolución o de la resistencia contra la opresión.

Al respecto, veamos lo siguiente:

3.1.1.- El golpe de Estado y la revolución

Julio Casares [*Diccionario ideológico de la lengua española*. Barcelona: Gustavo Gili, 1985] señala que el golpe de Estado implica una acción violenta mediante la cual uno de los poderes del cuerpo político usurpa las atribuciones de otro.

En ese sentido, la historia acredita que dicha acción es *institucional* cuando la ruptura del orden constitucional y captura del poder es ejecutada por algunos miembros del derrocado gobierno; o es *militar* cuando dicha acción es perpetrada por elementos de la fuerza armada.

Dicho concepto expresa un acto perpetrado por un grupo reducido de personas que desde alguna esfera del poder desplaza a la autoridad constitucional.

La revolución alude a un cambio radical, acelerado, profundo, irreversible e irrevocable de las instituciones del Estado, en aras de lograr un nuevo sistema de convivencia política. La justificación de la revolución tiene que ver con valores, principios y fines como la justicia, la equidad, la solidaridad, etc.

De acuerdo a lo planteado por Umberto Melotti [*Revolución y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971], “presupone una ruptura profunda [...] del antiguo régimen e imposición de un nuevo sistema que difiere del anterior no solo en sus aspectos formales sino también sobre todos los de fondo”.

La revolución expresa un estadio del espíritu y una nueva medida de valores.

La revolución significa el “enterramiento” de un orden constitucional y la instauración de otro nuevo, sin que exista entre ambos –el abrogado y el recién creado– una solución de continuidad. En puridad, implica la sustitución de una idea de derecho por otra.

La revolución no deviene en una simple acción antijurídica; no se limita a la mera abrogación o aniquilamiento de la normatividad vigente, sino que implica su reemplazo por otras más acordes, armónicas y conformes con las nuevas demandas políticas, culturales, sociales, etc., a las que todo proceso revolucionario obedece. Por ende, tiende a modificar las formas de vida existencial y coexistencial de un pueblo, para lo cual se vale de un nuevo ordenamiento jurídico. La revolución se plantea como una voluntad política destinada a establecer un orden cualitativamente distinto al anterior.

Carlos Alberto Torres Caro [*El derecho de resistencia a la tiranía*. Lima: SEDDEPAZ, 2000] considera que “la revolución es una nueva estructuración social y, al mismo tiempo, un cambio radical de los valores fundamentales del ordenamiento institucional del Estado afectado”.

En la revolución se aprecia de manera inequívoca la absorción tanto de los poderes constituidos como del poder constituyente originario. Mario Cattaneo [*El concepto de revolución en la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1968] sostiene que las normas dictadas en el marco de un proceso revolucionario aparecen como un cambio de las normas fundamentales, puesto que son ellas *per se* las que confieren validez a todas las demás normas del mismo ordenamiento. Es por tal motivo que puede afirmarse que no existen normas superiores a las “revolucionarias”, mediante las cuales pueda consagrarse “legalmente” el cambio revolucionario. Al respecto, Henry Campbell Black [Citado por Segundo Linares Quintana. *ob. cit.*] sostiene que “la revolución es el derecho natural de todo el pueblo, que no existe en virtud de la Constitución, sino a pesar de ella”.

Jorge Reynaldo Vanossi [*El poder constituyente*. Buenos Aires: Depalma, 1976] considera que existen tres clases de datos o exigencias para detectar y calificar un acontecimiento como de carácter revolucionario:

- Para las ciencias sociales en general (la sociología y la economía), impone cambios estructurales.
- Para la ciencia política, impone transformaciones institucionales.

- Para la ciencia jurídica, supone la fractura o violación de la lógica de los antecedentes legales; es decir, es aquel hecho que no puede ser comprendido utilizando un precedente normativo vinculatorio

Georges Burdeau [*Derecho constitucional e instituciones políticas*. Madrid: Editora Nacional, 1981] expone que el elemento constitutivo de la revolución es la oposición de la idea del derecho a la que sirven los gobernantes y aquella otra aún no vigente auspiciada por el grupo revolucionario, la cual pretende ser erigida como la nueva fuerza motriz de la institución estatal.

La revolución afecta al derecho no porque implique la simple infracción de algunas normas –caso de los ilícitos penales–, sino porque entraña la transformación o cambio de aquello que el orden caduco había consagrado como válido y vigente en la vida social y política.

Ella implica –como hemos dicho– un quebrantamiento radical del ordenamiento jurídico y la instauración de otro nuevo; lo cual se efectúa al margen de las normas preexistentes. Es decir, se trata de un procedimiento no previsto en el ordenamiento precedente, de modo tal que la legalidad futura se asienta sobre bases distintas a las que existían con anterioridad a la revolución.

En ese sentido, Mario Cattaneo [ob. cit.] expone que se produce “el quebrantamiento de un ordenamiento jurídico y la instauración de otro nuevo, efectuado en forma ilegal, con un procedimiento no previsto en el ordenamiento precedente”.

Así, los hechos revolucionarios tienen relación con el derecho en un doble sentido:

- a) Constituyen formalmente una trasgresión de las normas.
- b) En razón de su vigorosidad, fuerza y convalidación social por tolerancia o adhesión, afirman nuevos valores considerados en la colectividad como “indispensables”.

Ello es así porque en la *opinio iuris necessitatis* del grupo social reside el criterio de calificación de un fenómeno como jurídico, lo cual lleva a que la revolución sea una realidad normativa. No debe olvidarse que la fuerza del Estado no es suficiente para sostener cierto derecho si es que este no se apoya en el consentimiento del pueblo, fin supremo de la sociedad y el Estado.

La revolución tiene significación en cuanto es portadora de las exigencias de justicia, ya que forzando la situación histórica de la involución social -no resuelta jurídicamente ni siquiera con la reforma constitucional- rompe violentamente con el orden vigente, pero caduco, para aspirar a instaurar principios de vida más justos. Representa un momento crítico en la vida de los pueblos, en que la justicia se redescubre con toda su grandeza, suprimiendo todo lo que obstaculiza su camino.

Cuando surgen los movimientos revolucionarios, los hombres que los acometen no se aferran a la valorización de una acción particular concreta y determinada, sino que tratan de investigar la hermenéutica deontológica de toda una situación histórica completa. Se trata de enjuiciar el sistema jurídico de un país, que, ante la insuficiencia vital para seguir su ritmo de evolución, ha dejado de desarrollar sus principios normativos de acuerdo a las necesidades sociales, anquilosándose hasta el punto de haberse convertido en lastre, produciéndose un desajuste entre la realidad jurídica y la social.

Se torna entonces legítimo lo que John Locke (1632-1704) [*Consideraciones sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Agora, 1959] denominó "apelación al cielo", es decir, la lucha contra las leyes escritas en nombre de las no escritas, así como la reivindicación del derecho natural contra el orden vigente que reniega de él.

La revolución como acto es, en esencia, un claro deber moral porque implica el reconocimiento de un comportamiento determinado frente a la injusticia. Este deber es una exigencia social, ya que no solo significa un compromiso para con uno mismo, sino también para con los demás miembros de la colectividad que tienen una similar percepción del valor justicia.

Su génesis como responsabilidad moral se entronca con las declaraciones políticas del siglo XVIII, a las que, por su acentuado valor moral, les da expresión jurídica en textos como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789). Esta inquietud del legislador de incorporar jurídicamente la revolución como responsabilidad moral, se basa en dos criterios:

- Asegurar la búsqueda y/o defensa del valor justicia.
- Consolidar la insita responsabilidad moral del hombre en dicha tarea.

Este acontecer revolucionario –consistente en la pretensión de imponer un cambio en el sistema normativo básico vigente– nada tiene que ver con su extensión o vastedad, ya que lo importante y significativo es la profundidad de la acción para alterar las decisiones político-jurídicas fundamentales.

Ahora bien, existe una clasificación jurídica de las revoluciones, según sea que la ruptura de la lógica de creación se efectúe en la parte orgánica de la Constitución (la que determina los órganos del Estado que deben aplicarla) o en la parte material (la que determina qué debe hacer el órgano en materia política, social, económica, etc.). De ello resulta lo siguiente:

- Las puramente orgánicas, que aluden a la ruptura de la lógica de creación normativa en razón al ejercicio legisferante no formal de un órgano del Estado (carencia de competencias).
- Las puramente materiales, que aluden a la ruptura de la lógica de creación normativa, en razón al ejercicio legisferante por parte de un órgano del Estado, pero cuya acción transgrede el ámbito material de la Constitución (extralimitación de competencias).
- Las mixtas, que se refieren a la ruptura de la lógica de creación normativa en razón al ejercicio no formal de un órgano Legislativo, y cuya acción adicionalmente, transgrede el ámbito material de la Constitución.

3.1.1.1.- La revolución y el poder constituyente originario

Segundo Linares Quintana [*Derecho constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1976] señala que “el constitucionalismo se funda en la continuidad de las instituciones, cuyo normal y concreto funcionamiento presupone el gobierno constitucional. De ahí que Constitución y revolución aparezcan como términos que designan conceptos antitéticos. No existe duda que la existencia de un gobierno constitucional y su permanencia en el tiempo constituyen el ideal político de los pueblos civilizados”.

Es indudable que las sociedades aspiran a vivir dentro de la constitucionalidad; empero cuando entre el texto constitucional y la realidad se abre un abismo que los separa irremisiblemente, surge la necesidad de refundar el Estado y, por ende, establecer un nuevo texto institucionalizador.

En esa circunstancia el poder constituyente originario puede aparecer bajo la fórmula de un poder revolucionario.

Georges Burdeau [ob. cit.] señala que la obsolescencia de una Constitución puede acarrear la revolución; la que lleva implícita “la sustitución de una idea de derecho por otra en tanto que principio director de la actividad social”.

Santi Romano [*Principios de derecho administrativo italiano*. Milán: Sel, 1912] considera que la revolución es en sí misma, una acción antijurídica para el Estado contra la cual se dirige. No obstante desde el punto de vista de los ejercientes de dicha acción, esta es calificada como el presupuesto de un nuevo ordenamiento jurídico.

Dentro de ese contexto, Mario Cattaneo [ob. cit.] refiere que “si la revolución tiene éxito el antiguo ordenamiento pierde validez y surge un nuevo ordenamiento con un nuevo contenido, por lo cual la afirmación del carácter antijurídico de la revolución deja de tener significado concreto. De allí, que la revolución produzca, por un lado, el efecto de destruir el derecho, y, por el otro, de crear un nuevo derecho”.

Es evidente que la acción revolucionaria tiene como objetivo sumo, el tratar de derruir las instituciones del Estado en sus cimientos mismos; ello a efectos de edificar una sustitutiva y flamante forma de estructuración política, jurídica y social.

En esa línea de pensamiento, el artículo 39 de la Constitución mexicana de 1917, solemnemente declara:

“El pueblo conserva en todo momento el derecho invariable de alterar o modificar su forma de gobierno”.

3.1.1.2.- La revolución y la normatividad prerrevolucionaria

El cambio que genera una revolución no implica de ningún modo que la *totalidad* de los preceptos jurídicos que se originaron en la etapa prerrevolucionaria sean reemplazados. En realidad, lo que la revolución produce es la *modificación* del origen de validez de las normas.

En ese sentido, se produce un *proceso de recepción*, es decir, las normas prerrevolucionarias pueden seguir “valiendo” siempre que sean compatibles con los valores y fines que la revolución persigue alcanzar. De allí que el *telos* revolucionario devenga en la fuente de

mantención de validez de las normas prerrevolucionarias: estas normas no cambian de enunciado formal, sino que cobran un sentido renovado y acorde con el nuevo código político-moral que fluye de la revolución.

3.1.2.- La resistencia contra la opresión

Este concepto alude al alzamiento contra el ejercicio abusivo y arbitrario del poder; el cual incide gravemente en lesionar la dignidad de los miembros de un cuerpo político.

Carlos Alberto Torres Caro [ob. cit.] consigna que es “una facultad y/o recurso de defensa y afirmación en última instancia o excepcional circunstancia del enunciado primario de la dignidad humana”.

La resistencia contra la opresión es un derecho inherente al pueblo, consistente en desobedecer e insubordinarse a un gobierno despótico. Ello en razón de carecer de otro medio óptimo para salvaguardar sus derechos insitos o fundamentales.

Se trata de una institución semejante al estado de legítima defensa, en virtud a que expresa la respuesta ciudadana a una agresión perpetrada desde el poder contra los fundamentos de la vida coexistencial. En puridad dicha agresión obliga moralmente y faculta jurídicamente a la autodefensa.

El derecho-deber de resistencia contra la opresión o *ius resistendi*, es un derecho natural y facultad subjetiva que tiene largo respaldo a través de la historia.

En esa perspectiva puede señalarse que ya en el juramento ciudadano establecido en Atenas por Solón (640-558 a.C.), se exigía moralmente que el voto ciudadano “no sirviera para dividir las tierras, ni, para abolir los derechos, ni para apoyar la tiranía”.

Aristóteles (384-322 a.C.) a través de sus obras *La ética a Nicómaco* y *La política*, consignó su preocupación por el problema de la opresión.

El sacerdote inglés Juan de Salisbury (1115-1180) consigno en su libro *Policraticus* que la diferencia entre un gobernante y un tirano radica en el cumplimiento de la ley; por ende, “quien usurpa la espada merece morir por la espada”. En suma, plantea que el tiranicidio es una forma de resistencia a la opresión.

El diplomático y teólogo calvinista francés Hubert Languet (1518-1581) se interroga en su obra *Reclamación contra los tiranos*: ¿Están

obligados los súbditos a obedecer a los príncipes cuando mandan algo contra la ley de Dios? ¿Hasta que punto es lícito resistir a los príncipes que están oprimiendo o destruyendo al Estado? Este se responde en el sentido que en tales circunstancias aquellas pueden ser declarados fuera de la ley y muertos impunemente por cualquier miembro del pueblo.

El sacerdote jesuita Juan de Mariana (1536-1624) estableció en su libro *El rey y la institución real*, que era una potestad del pueblo el deponer al gobernante que infringiese la ley (*princeps non est sulus legibus*).

John Locke (1632-1704) señaló en sus *Consideraciones sobre el gobierno civil*, que, “siempre que las leyes cesen o sean violadas con perjuicio para los otros, la tiranía empieza [...] cualquiera que hallándose revestido de autoridad excede el poder que le ha sido confiado por la ley, y emplea la fuerza que está a su disposición para hacer con los súbditos cosas vedadas [...]; y como entonces obra sin autoridad, se le puede presentar oposición, del mismo modo que a cualquier otro que invadiese por la fuerza el derecho ajeno”.

El Papa León XIII –en su encíclica *Libertas*– llegó a señalar que se “falta al derecho de mandar cuando se ordena algo contra la razón, contra la ley o los mandamientos divinos; por ende, es justo desobedecer a los hombres para obedecer a Dios”.

Desde una óptica jurídica el primer antecedente aparece en la cláusula 61 de la Carta Magna de 1215 –suscrita por Juan sin Tierra– en donde se establece que en caso “el rey no cumpla con sus obligaciones de respetar los privilegios pactados con sus súbditos, un grupo de veinticinco barones elegidos previamente para el cumplimiento de la Carta, podrán junto con la comunidad de todo el reino, desobedecer al rey y afligirle [...] en todas las formas posibles”.

En 1222, el rey de Hungría Andrés II (1175-1235) se verá compelido a conceder una Bula de Oro que confirmaba a los nobles su cuasi liberación del poder regio. En ella se expresó que “si a pesar de todo, yo o mis sucesores llegásemos a infringirles en cualquier tiempo con cualesquiera de nuestras ordenes, los obispos y los demás nobles del reino [...] ustedes se encuentran libres para resistir y contradecirnos [...] sin incurrir en el delito de alta traición”.

En 1287, el rey español Alfonso III concedió a los hidalgos de Ara-

gón “el derecho de alzarse contra el rey cuando cometiese desafuero contra alguno de ellos; o deponerlo o sustituirlo por otro, si castigase sin previa sentencia del Justicia Mayor”.

En la Declaración de Virginia de 1776 (Estados Unidos) la resistencia es elevada a la categoría de derecho inalienable e irrevocable. En esa misma línea se fijará dicho criterio en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Francia) se incluirá el derecho de resistencia contra la opresión, entre los denominados derechos naturales, conjuntamente con la libertad, la propiedad y la seguridad.

En la Constitución francesa de 1793 se considerará que “la resistencia contra la opresión es consecuencia de todos los derechos naturales del hombre”. Asimismo, fijará que “cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección [...] es el más sagrado y el más indispensable de los deberes”.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (ONU) se señalará que es esencial que se respeten los derechos humanos dentro de un Estado de Derecho, a fin de que los hombres no se vean compelidos a utilizar el recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Carlos Sánchez Viamonte [*Revolución y doctrina de facto*. Buenos Aires: Claridad, 1946] señala que “la resistencia a la opresión es el derecho que tiene toda sociedad de hombres dignos y libres para defenderse contra el despotismo, e incluso destruirlo”.

Carlos S. Fayt [*Derecho político*. Buenos Aires: La Ley, 2003] señala que el derecho a la resistencia a la opresión, ha pasado por tres etapas en el proceso de formulación, a saber:

- a) Como expresión de un imperativo moral (siglo XII al XVII).
- b) Como expresión del reconocimiento de un derecho positivo (siglo XVIII).
- c) Como expresión de un principio político (siglo XX).

Ahora bien, la doctrina plantea que el ejercicio de este deber-derecho está sujeto a las tres consideraciones siguientes:

- a) Existencia de una grave y permanente vulneración de los dere-

chos fundamentales de la persona.

- b) Imposibilidad fáctica de que el pueblo pueda utilizar otros medios menos extremos.
- c) Exigencia de razonabilidad y proporcionalidad en las consecuencias que se derivan de los actos de resistencia. Esto es, los efectos no deben aparejarse en cantidad y calidad con los que produce el gobierno despótico.

La resistencia contra la opresión es necesariamente colisionante con las normas establecidas por el gobierno despótico, empero puede efectuarse sin incurrir en la violencia física. Tales los casos de las acciones de huelga, marchas, mítines, proclamas periodísticas, etc. Sin embargo también cabe la posibilidad que pueda efectuarse con alzamiento en armas por las vías de la insurrección o rebelión. En ese sentido, Segundo Linares Quintana [ob. cit.] señala que “quienes lo ejercen, son responsables ante Dios y ante la historia por las consecuencias buenas o malas que puedan acarrear [...]”.

3.1.3.- El deslinde conceptual entre revolución y resistencia contra la opresión

Estas instituciones se diferencian en lo siguiente:

- a) La revolución se dirige a la transformación del sistema político, jurídico y social; la resistencia contra la opresión se dirige única y exclusivamente al derrocamiento del gobierno constituido.
- b) La revolución se ocupa de la creación de un nuevo ordenamiento jurídico; la resistencia a la opresión se ocupa del mero cambio del titular del poder político.

José Ortega y Gasset [*La rebelión de las masas*. Madrid: Revista de Occidente, 1984] señala que las revoluciones, al cambiar las instituciones, implican un alzamiento de los hombres contra los usos, mientras que las rebeliones irrumpen contra los abusos.

4.- LA DOCTRINA DE FACTO

Dicha expresión doctrinaria surgió en la literatura jurídico-política francesa e inglesa. En América Latina la judicatura argentina la recogió con entusiasmo.

En efecto, dicha doctrina emanó primigeniamente de las canteras

del derecho administrativo. Particular importancia ostentan los aportes de Gastón Jeze en su obra *Los principios generales del derecho* y de Albert Constantineau en su obra *Tratado de la doctrina de facto*.

Las consideraciones de su formulación estuvieron vinculadas con la resolución de las situaciones que se generaban por la existencia de funcionarios autodesignados o nombrados irregularmente, encargados de la dirección de organismos con funciones preexistentes y objetivamente establecidas en la Constitución y las leyes.

Los referidos “funcionarios” realizaban actos que afectaban el patrimonio jurídico de los ciudadanos. En ese sentido, Albert Constantineau [Citado en *Lecturas sobre Gobiernos de Facto*. Separata del Curso Constitución y Gobernabilidad. Lima: Instituto de Gobierno de la UPSMP, 2002] dejó expresa constancia que la doctrina de facto solo se ocupaba de los actos funcionales destinados al cumplimiento de las obligaciones estaduales; y en modo alguno para la creación o perpetración de los beneficios particulares de los operadores irregulares de la administración pública.

El propio Constantineau expuso que dicha doctrina es un principio de derecho que se dirige a justificar el reconocimiento de las autoridades de facto ejercientes de actividad estadual a cargo de organismos con existencia y operatividad preexistente al apoderamiento ilegal de su conducción. Por ende, se ocupaba de los actos de los funcionarios ejercientes de un cargo con investidura con “color de título”.

La referida doctrina intenta promover la convalidación de los actos políticos y administrativos generados por un gobierno de facto, en aras de preservar el principio de seguridad jurídica a favor de los ciudadanos.

En ese sentido, Albert Constantineau intenta establecer una diferencia entre los gobiernos de facto y los por él denominados gobiernos usurpadores. Los primeros a pesar de su ilegitimidad de origen ejercen pacíficamente las funciones públicas, contando para ello con el asentimiento más o menos tácito del pueblo. En cambio los segundos se mantienen en el poder mediante prácticas violentas sin solución de continuidad.

En puridad dicha doctrina tiene como objetivos los tres siguientes:

- a) Justificar –más no avalar– el reconocimiento de gobiernos nacidos de la fuerza.
- b) Reconocer la actividad de los entes públicos a cargo de operadores que tienen un origen irregular pero que actúan bajo apariencia de legitimidad (*color of law*).
- c) Conferir validez a los actos funcionales por los agentes públicos responsables de la conducción político-administrativa durante el interregno de fuerza (*color of right or authority*).

Como bien expone Jesús Fueyo Álvarez [*La doctrina de la administración de facto*. Madrid, 1945] dicha teoría “justifica” la actividad de entes públicos organizados irregular o ilegalmente, que sin embargo, ejercen abiertamente bajo la apariencia de legitimidad (*color of law*) los poderes y funciones de entes regularmente creados; y confiere validez a los actos oficiales de personas que, bajo la apariencia de derecho o autoridad (*color of right or authority*), ocupan un cargo en un gobierno de facto, siempre que dichos actos sean en beneficio de los ciudadanos y en modo alguno para una ventaja personal.

Mediante la doctrina de facto se intenta conciliar el orden público, la justicia y las razones de necesidad, a efectos de proteger y resguardar de daños a la comunidad. En relación a esta última, la argumentación se sustenta en la inexistencia de otra alternativa objetivamente real y razonable; amén de evitar daños mayores a los ya inflingidos al Estado con la ruptura del Estado de Derecho.

El propio Albert Constantineau expone que la necesidad de conciliación jurídica queda sujeta a la existencia, entre otros, de tres requisitos básicos, a saber:

- a) Los órganos, funciones y cargos públicos de donde surgen los actos políticos y administrativos del gobierno de facto, deben acreditar preexistencia *de iure*.
- b) El ejercicio del poder debe efectuarse de manera continuada y bajo tolerancia ciudadana.
- c) La ejecución de actividades y decisiones que beneficien a la colectividad y se encuentren exentas de cualquier atisbo de ventaja personal para sus inspiradores.

Debe advertirse que la doctrina de facto no fue creada para justi-

ficar o exculpar la interrupción del Estado de Derecho, sino que tuvo como objetivo el generar la certidumbre y la seguridad jurídica de los ciudadanos y demás personas ajenas al ejercicio del poder, en lo relativo a las consecuencias legales derivadas de las normas y actos emanados de la administración estatal. Empero la desnaturalización de sus postulados y su praxis como “*legitimador*” de las constantes agresiones al espíritu constitucional y al Estado de Derecho, han terminado por desacreditarla.

A modo de colofón, debe reconocerse que dicha teoría guarda alguna relación con las opciones jurídicas para reconocer o no reconocer la legislación de facto que a continuación veremos.

5.- LOS DOCUMENTOS CONSTITUTIVOS

La presencia periódica de los denominados gobiernos de facto enseña que la toma del poder por la fuerza se ve acompañada de la emisión de un documento de entronización en el mando político. Dichos documentos devienen en textos de redacción “pomposa” en donde se deja constancia de la voluntad política de instituir un gobierno de hecho; los mismos que por imperio de la realidad política producen efectos jurídicos para las instituciones del Estado y para la ciudadanía.

Es usual que a este tipo de documentos se les asigne la condición de *estatutos*. La utilización de esta expresión es equívoca, ya que esta denota doctrinariamente, en el campo del derecho público interno, la asignación de potestades de autarquía territorial o institucional en favor de determinados entes de naturaleza político-administrativa señalados expresamente en la Constitución. A través de los estatutos, los referidos entes ejercen potestades de autorregulación normativa.

No obstante lo expuesto, el uso político ha convenido en denominar como tales a los documentos justificantes de la instauración de un gobierno de facto.

La emisión de estos documentos plantea –en relación con la vigencia de la Constitución– la existencia de las tres posturas político-jurídicas siguientes:

- a) La suspensión o abrogación *in totum* de la Constitución.
- b) La supraordinación del documento constitutivo sobre la Constitución.

- c) La adecuación homologante entre la Constitución y el documento constitutivo.

5.1.- La suspensión o abrogación *in totum* de la Constitución

Esta postura implica que la acción del Estado y las relaciones interpersonales de los ciudadanos se circunscriben única y exclusivamente a los alcances del documento constitutivo del gobierno de facto, y subsidiariamente a los decretos leyes que los detentadores del poder expiden.

Esta postura es poco viable en la actualidad, dada la complejidad de la actuación estatal y ciudadana.

5.2.- La supraordinación del documento constitutivo sobre la Constitución

Esta postura implica que el gobierno de facto acepta la vigencia de aquellas cláusulas constitucionales y demás normas del ordenamiento jurídico que no se opongan al contenido del documento constitutivo.

Al respecto, en nuestro país, pueden citarse a guisa de ejemplo los tres documentos constitutivos siguientes:

- El 8 de setiembre de 1820, la expedición libertadora de José de San Martín –luego de zarpar del puerto de Valparaíso (Chile) y desembarcar en la bahía de Paracas– ocupa parte del territorio nacional. En ese contexto, el 8 de octubre de 1821, el Libertador dicta el Estatuto Provisorio, en donde se consigna la instauración de un gobierno conocido como Protectorado. En dicho documento se señala que la Constitución de 1812 (Constitución de Cádiz) y las demás normas derivadas de ella mantendrán su vigencia siempre que no fueren opuestas al proceso independentista, a la forma de gobierno establecida y a los decretos y declaraciones que expidiera el Protector.
- El 3 de octubre de 1968 surge un movimiento institucional de las fuerzas armadas encabezado por el general Juan Velasco Alvarado, que depone al Presidente constitucional Fernando Belaunde Terry. Ese mismo día se expide un documento conocido como “Estatuto del Gobierno Revolucionario”. En él se señala que los comandantes generales, constituidos en junta revolucionaria,

asumen el compromiso de cumplir y hacer cumplir el “Plan del Gobierno Revolucionario”, y que dicho gobierno se regirá por los alcances del citado estatuto, por la Constitución de 1933 y demás normas derivadas de dicho texto, siempre que estas últimas no sean incompatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario.

- El 5 de abril de 1992, Alberto Fujimori, hasta entonces Presidente Constitucional de la República, ejecuta –con el apoyo institucional de las fuerzas armadas– un autogolpe. La naciente autocracia mediante el Decreto Ley N° 25418 de 6 de abril del mismo año, se autodenomina “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”. En ese documento se señala que el gobierno instaurado se regirá por dicho texto, por la Constitución de 1979 y demás normas derivadas de ella, siempre que estas últimas sean aplicables a los fines que se persiguen alcanzar.

5.3.- La adecuación homologante entre la Constitución y el documento constitutivo

Esta postura implica que el gobierno de facto asume para sí determinadas funciones constitucionales, empero declara su decisión de respetar el resto del ordenamiento constitucional y legal. En la praxis, implica colocar al documento constitutivo en equivalencia jerárquica con la Constitución, señalándose en su texto la “apropiación transitoria” de determinadas funciones constitucionales.

Al respecto, pueden citarse a guisa de ejemplo los cuatro documentos constitutivos siguientes:

- El 22 de agosto de 1930, el comandante Luis M. Sánchez Cerro encabeza en Arequipa un movimiento militar y se proclama Jefe Supremo Militar y Político, deponiendo al Presidente Augusto Benardino Leguía. Mediante decreto de 27 de agosto, constituye una junta militar cuya presidencia se asigna. El 22 de setiembre se dicta el denominado “Estatuto de la Junta de Gobierno”. Esta junta asume las atribuciones que la Constitución de 1920 asignaba a los órganos Legislativo y Ejecutivo. El Presidente de la Junta de Gobierno asume las funciones constitucionales correspondientes al Presidente de la República y al Presidente del Consejo de Ministros. Los otros siete miembros de la Junta de Gobierno se adjudican las atribuciones correspondientes a los ministros de Estado.

- El 20 de febrero de 1931, la guarnición militar de Arequipa, al mando de los comandantes Carlos Beytia y Antonio Dianderas, se subleva y obliga a la Junta de Gobierno de Luis M. Sánchez Cerro a abandonar el poder el 1 de marzo. El 11 de marzo de 1931 se establece una Junta Nacional de Gobierno encabezada por David Samanez Ocampo. Este ente asume las atribuciones que la Constitución de 1920 confería a los órganos Legislativo y Ejecutivo, y su presidente asume las atribuciones constitucionales del Presidente de la República. Los otros siete miembros de dicha junta se adjudican las funciones correspondientes a las de un ministro de Estado.
- El 27 de octubre de 1948, la guarnición militar de Arequipa dirigida por el general Manuel A. Odría –ex miembro del Consejo de Ministros del depuesto Presidente Constitucional José Luis Bustamante y Rivero– promueve una acción de fuerza con la denominación de “Movimiento Restaurador de Arequipa”. El 2 de noviembre de 1948 se establece la Junta Militar de Gobierno, encabezada por el propio general Manuel A. Odría. Mediante un documento conocido como “Estatuto de la Junta Militar de Gobierno”, el citado ente asume para sí las atribuciones constitucionales señaladas en la Constitución de 1933 para los órganos Legislativo y Ejecutivo, y su Presidente asume las atribuciones constitucionales del Presidente de la República y del Presidente del Consejo de Ministros. Los otros once miembros de la junta se adjudican las atribuciones inherentes a un ministro de Estado.
- El 18 de julio de 1962, un movimiento institucional de las fuerzas armadas, encabezado por el general Ricardo Pérez Godoy, depone al Presidente constitucional Manuel Prado Ugarteche. En el nuevo gobierno, el Presidente de la Junta Militar se adjudica las atribuciones correspondientes al Presidente de la República, y los doce miembros restantes las atribuciones inherentes a las de un ministro de Estado.

Debe advertirse que en la praxis histórica nacional, en muchos casos los documentos constitutivos son solo expresión de una formalidad política, ya que la actuación gubernamental queda a merced de la voluntad de los encaramados en el poder, sin más parámetros que su ideología, valores morales, capricho, etc. Es decir, dichos documentos solo tienen un contrapeso extrajurídico.

Es evidente que los documentos constitutivos carecen de legitima-

ción democrática, ya que no han sido aprobados por el pueblo en un Congreso o Asamblea Constituyente, o al menos ratificados por este mediante un referéndum constitucional.

Más aún, dicha legitimidad democrática exige no solo participación y anuencia afirmativa del pueblo, sino un escenario político con condiciones mínimas de libertad y pluralismo que le permitan discernir sobre los puntos esenciales y básicos sobre los que discurrirá la vida política y social.

Ahora bien, en múltiples circunstancias dichos documentos son solo parte de la “utilería del teatro político” que monta una dictadura. Ello en razón a que con prescindencia de su forma de elaboración y la exclusión de la ciudadanía en su aprobación, en los hechos, los referidos textos terminarán siendo ignorados por sus propios creadores.

Es decir, que dichos documentos no devienen en la praxis ni en normas hipotéticas fundamentales en sentido lógico-jurídico positivo, ni en textos de encuadramiento jurídico del fenómeno jurídico, así como tampoco en cartas de asignación de competencias, en conjunto de normas limitativas de la acción gubernamental, o en dispositivos fundamentales para el control del poder; ergo, devienen solo en el ropaje que utiliza la dictadura para presentarse ante la comunidad internacional o para engañar a una ciudadanía incauta o sin cultura jurídico-política.

A la fecha, nuestra historia constitucional registra veinticuatro documentos constitutivos; algunos de los cuales adolecieron del doble mal de la ilegitimidad de origen y de ejercicio, a saber:

- Reglamento Provisional de 1821.
- Estatuto Provisional de 1821.
- Ley de 15 de octubre de 1822.
- Ley de 10 de febrero de 1824
- Ley de 10 de febrero de 1825.
- Decreto de 24 de enero de 1822.
- Ley de 10 de junio de 1827.
- Ley de 17 de junio de 1827.
- Ley de 17 de diciembre de 1833.

- Decreto de 28 de octubre de 1836.
- Acuerdo de 24 de agosto de 1838.
- Ley de 22 de agosto de 1834.
- Resolución Legislativa N° 1958.
- Ley N° 3083.
- Decreto Supremo de 2 de octubre de 1914.
- Decreto Ley N° 6874 de 2 de setiembre de 1930.
- Decreto Ley N° 7045 de 11 de marzo de 1931.
- Ley N° 8429 de 25 de julio de 1936.
- Ley N° 8463 de 14 de noviembre de 1936.
- Ley N° 10334 de 29 de diciembre de 1945.
- Decreto Ley N° 10889 de 2 de noviembre de 1948.
- Decreto Ley N° 14167 de 20 de julio de 1962.
- Estatuto Revolucionario de las Fuerzas Armadas de 3 de octubre de 1968.
- Decreto Ley N° 25418 de 6 de abril de 1992.

La Constitución de 1993 fue objeto de un pronunciamiento especial por parte del Tribunal Constitucional, en el caso Alberto Borea Odría (Expediente N° 014-2003-AI/TC) de fecha 27 de setiembre de 2003.

6.- EL CASO DE LOS DECRETOS LEYES

Los decretos leyes aluden a disposiciones de naturaleza jurídica sui generis dictadas por un poder de facto que ha reunido para sí –contra lo previsto en el ordenamiento constitucional– las funciones parlamentarias y ejecutivas. Se trata de disposiciones surgidas de la voluntad de operadores del órgano Ejecutivo que carecen de título que los habilite para ejercer la potestad legislativa; las que, con prescindencia de las formalidades procesales establecidas en la Constitución, regulan aspectos reservados a la ley. Son, pues, expresiones normativas de origen y formalidad espuria, que empero se encuentran amparadas al momento de su expedición, por la eficacia de una acción de fuerza.

Desde una perspectiva jurídico-formalista, se trata de normas inconstitucionales que, en los hechos, adquieren sustancia jurídica.

Debe advertirse que la denominación formal de decretos leyes corresponde a una nomenclatura tomada de la Constitución italiana de 1947; texto que utiliza dicha expresión para hacer referencia a la legislación de urgencia que dicta el órgano Ejecutivo en circunstancias extraordinarias o excepcionales que atraviesa el Estado. Este transvase terminológico se justifica, en nuestro caso, por la necesidad de asignar una denominación a la legislación ordinaria de facto, tan frecuente como abrumadora en sus contenidos y volumen.

6.1.- El problema de la validez o no validez de los decretos leyes

La doctrina suele distinguir entre derecho vigente y derecho válido.

Con la expresión derecho vigente se designa al conjunto de normas imperativo-atributivas que en cierta época y país, el Estado prescribe, declara o reconoce como obligatorias.

Dichos preceptos además de comprender las facultades, atribuciones, deberes, responsabilidades, etc., existentes en el seno de una colectividad política, rige y regula las relaciones jurídicas que se producen a partir de la fecha en que es exigible su cumplimiento.

En cambio el derecho válido alude al conjunto de normas que han sido declaradas vigentes por el Estado, respetando los principios de constitucionalidad, legalidad o subordinación subsidiaria, así como elaboradas siguiendo el *íter* procedimental previamente establecido por el ordenamiento jurídico del cual forman parte.

En ese contexto una norma declarada vigente por el Estado alcanzará el *status* de norma válida, en atención a que cuestionada jurisdiccionalmente en su constitucionalidad o legalidad, acredite lo siguiente:

- a) Haber sido dictada por la autoridad estatal con competencia para dicha actividad legisferante.
- b) Haber sido dictada observándose las disposiciones procedimentales relativas a su formulación, aprobación y promulgación.
- c) Haber sido dictada observándose respeto y coherencia material con las normas de mayor jerarquía existentes en el ordenamiento jurídico.

Huelga decir que la legislación de facto carece de los presupuestos exigidos por la doctrina para ser calificada como normatividad con validez jurídica. Por consiguiente, su tratamiento queda reducido a los problemas que crea su condición de normatividad vigente.

En ese contexto, el tema del reconocimiento, aplicabilidad y exigibilidad del cumplimiento de los decretos leyes es analizado, según la doctrina, en función del “tiempo político” que se vive dentro de una comunidad política. En tal sentido, se plantean los dos problemas siguientes:

- a) La validez o no validez de los decretos leyes durante la existencia de un gobierno de facto.
- b) La validez o no validez de los decretos leyes al restaurarse el Estado de Derecho.

6.1.1.- La validez o no validez de los decretos leyes durante la existencia de un gobierno de facto

Durante el período en que se produce la presencia de un gobierno de facto, la validez de los decretos leyes se procesa en función de las tres teorías siguientes:

a) Teoría de la negación de aplicabilidad

Plantea la nulidad *ipso jure* de todas aquellas disposiciones gubernativas que disminuyan, restrinjan o tergiversen los principios, valores o normas previstas en la Constitución.

Dicha teoría rechaza cualquier forma de admisión de una realidad normativa diferente a la que configura formalmente el texto fundamental. En consecuencia, su verificación práctica implica la existencia de un órgano contralor de la Constitución que establezca la negación de aplicabilidad y la existencia de una situación político-jurídica que respalda tan valorable gesto de firmeza político-jurídico.

Al respecto, es citable el caso de Guatemala en 1993.

Así, el 25 de mayo de 1993, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala se avocó de oficio a examinar la decisión adoptada por el Presidente de la República Jorge Serrano Elías, el cual había anunciado que dejaba sin efecto las disposiciones contenidas en la Constitución de 1985, disolvía el Congreso de la República, destituía a los miembros de la Corte Suprema de Justicia y asumía poderes legislativos,

actos que se consolidaron con la emisión de un decreto denominado “Normas Temporales de Gobierno”.

En ese contexto, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala señaló que “los actos realizados por el Presidente de la República [...] representan el rompimiento del orden constitucional, situación que no puede pasar inadvertida para esta Corte cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Consecuentemente, procede declarar que los actos realizados [...] adolecen de nulidad *ipso jure* y, por lo tanto, carecen de toda validez jurídica, por lo que es imperativo para este Tribunal hacer la declaratoria correspondiente y dejar sin efecto aquellas disposiciones, restableciendo así el orden jurídico quebrantado [...].

Por tanto

La Corte de Constitucionalidad con base en lo considerado [...], en ejercicio de las facultades que le asigna la Constitución, resuelve:

- 1.- Declarar inconstitucional el decreto que contiene las ‘normas temporales de gobierno’ emitido por el Presidente de la República [...] disposiciones que quedan sin vigencia y dejan de surtir efecto;”.

b) Teoría del estado de necesidad político-institucional

Plantea la vigencia de los decretos leyes como consecuencia de la exigencia de la continuidad político-jurídica del Estado. Se pone especial énfasis en lo indispensable de la preservación del orden social, que no admite interrupción alguna.

Federico Royces [*Base jurídica de los gobiernos de facto*. Citado por Rodrigo Borja. ob. cit.] anota que dada la necesidad que tiene toda sociedad política de que alguien mande y ordene la vida coexistencial, ella no puede carecer de conducción en ningún momento.

Esta teoría se justifica en la inevitabilidad de tener que elegir entre la anarquía absoluta y el gobierno de facto; impele a comprender y aceptar la existencia de una legislación derivada de una situación jurídicamente anómala, en aras de salvaguardar al Estado y a la sociedad del caos y la debacle total. Por ende, la validez de los decretos leyes implica afirmar la continuidad de la marcha institucional del Estado, con prescindencia de la forma en que se asume o se conduce el gobierno.

El estado de necesidad político-institucional exige, para superarlo, “liberar” a la sociedad de los efectos del vacío de poder. Es decir, plantea aceptar conscientemente el mal menor –la quiebra del orden constitucional–, so pena de caer en las ergástulas de la anarquía político-social.

Al respecto, es citable la posición adoptada por la Corte Suprema argentina en 1930, a raíz de la notificación cursada por el general José Félix Uriburu en su “condición” de jefe de Estado por deposición del Presidente Constitucional Hipólito Irigoyen.

Así, mediante lo acordado de fecha 10 de setiembre de 1930, dicho órgano expresó:

“Que el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país, es, pues, un gobierno de facto, cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercite la función administrativa y política derivada de su posición de la fuerza como resorte de orden y seguridad social”.

c) Teoría de la realidad existencial y eficacia decisional

Plantea que a pesar de su proscripción por razones jurídico-formalistas, es evidente que los decretos leyes, en determinadas regiones del orbe y particularmente en América Latina, aparecen y existen con una periodicidad incontrastable: su presencia cíclica –avalada por la constatación histórica– no puede ser desconocida, obviada ni ignorada. Este aserto se evidencia aún más cuando la “vocación decisionista” de los gobernantes de facto de expedirlos y hacerlos cumplir alcanza un grado importantísimo de aceptación o tolerancia ciudadana.

En el caso de la *aceptación*, esta implica una suerte de *placet* o autorización ciudadana vía el acatamiento de tales mandatos; en suma, las disposiciones del gobierno de facto consiguen la aceptación y el acatamiento, de buen grado y hasta con entusiasmo, de la mayoría de la población.

En el caso de la *tolerancia* se produce la imposibilidad ciudadana de resistirse a los mandatos del gobernante de facto; en suma, las disposiciones del gobierno de facto se cumplen ante la inexistencia de otra opción.

Al respecto, es citable el famoso caso Mitre a finales de 1861.

Es del caso, que Bartolomé Mitre luego de su victoria contra los

confederados en Pavón el 17 de setiembre de 1861 se convierte en el primer Presidente argentino de facto.

En ese contexto, el ciudadano Manuel Otero efectúa pagos por derecho de importación a favor de la Aduana de Rosario. Estos fueron declarados “legislativamente” nulos por Mitre.

Sobre la materia la Corte Suprema expresó lo siguiente:

“Que el gobernador de Buenos Aires, y el general en jefe de su ejército fue autoridad competente para conocer y decidir en esa clase de asuntos, por ser quien ejercía provisoriamente todos los poderes nacionales [...] con el derecho de la resolución triunfante y sentida por los pueblos”.

6.1.2.- La validez o no validez de los decretos leyes al restaurarse el Estado de Derecho

Durante el período que sigue a la desaparición de un gobierno de facto, la vigencia o no vigencia de los decretos leyes se procesa en función de tres opciones conceptuales: la teoría de la caducidad, la teoría de la revisión y la teoría de la continuidad.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) Teoría de la caducidad

Plantea que una vez restaurado el Estado de Derecho, dichas normas dejan *ipso facto* de tener validez. Esto de alguna manera responde a los alcances de un viejo aforismo romano: “*Quod ab initio vitiosum est non potest trahere tempore convallescere*” “lo vicioso en su principio, no puede convalidarse por el transcurso del tiempo”.

Esta teoría se genera en razón de que los decretos leyes implican un desencuentro con uno de los fines básicos y esenciales del derecho: la legalidad.

Puede citarse la sentencia de la Corte Suprema argentina de 1945, en relación al caso de la Municipalidad de la Capital vs. Carlos M. Mayer, en donde se cuestiona la constitucionalidad de un decreto ley dictado por el gobierno provisional del general Pedro Pablo Ramírez, en cuanto modificaba una ley de expropiación. En dicha sentencia se consignó que los gobiernos de facto tienen facultades legislativas que se ejercen mediante los denominados decretos leyes; los cuales una vez “vuelto el país a la normalidad las disposiciones de tal carácter dejan de regir para el futuro [...]”.

La aplicación de la teoría de la caducidad solo es viable en los casos de aquellos gobiernos de facto de cortísima existencia, cicatera vocación legislativa y con presencia de una normatividad no trascendente para la marcha del Estado ni para la consolidación de las relaciones interpersonales entre ciudadanos.

Al respecto, puede citarse el caso del gobierno de facto instaurado en Bolivia por el coronel Alberto Natusch Busch, gobierno que, surgido del derrocamiento del Presidente Walter Guevara Arce, duró del 1 al 11 de octubre de 1979. En circunstancias así, la aplicación de la teoría de la caducidad resulta claramente viable

En nuestro país es citable el caso de la ley de fecha 20 de diciembre de 1895, que a su vez anuló aquella que había proclamado a don Andrés Avelino Cáceres como Presidente de la República, amén de declarar inexistentes tanto los actos gubernativos como las leyes aprobadas durante su período de gestión (1894-1895). La historia recuerda que Cáceres fue elegido en elecciones amañadas en donde solo participaron su partido y el Constitucional.

b) Teoría de la revisión

Esta teoría plantea que una vez restaurado el Estado de Derecho, los decretos leyes deben ser objeto de un examen de validez por parte del Congreso sucedáneo al gobierno de facto. Para tal efecto, el órgano Legislativo debe señalarse un plazo para estudiar y pronunciarse sobre la validez o invalidez de la totalidad o parte de los decretos leyes dictados; plazo dentro del cual su aplicación queda suspendida.

Esta teoría se sustenta en el principio de convalidación jurídica.

En Argentina mediante la denominada “Ley Ómnibus” de 1947, el Parlamento ratificó la validez de los decretos leyes dictados entre 1943 y 1945 durante los gobiernos militares de Arturo Rawson, Pedro Pablo Ramírez y Edelmiro Farrell.

La principal objeción a la aplicación de esta teoría puede expresarse en palabras de Marcial Rubio Correa [*El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Colección de Textos Jurídicos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993]:

“La revisión es criticada en numerosos textos por su escaso valor práctico, sobre todo porque en casos como los últimos [...] años de producción legislativa peruana por gobiernos de facto, sería materialmente

imposible que el Congreso constitucional revise una por una cada norma contenida en los miles de decretos leyes existentes". (Recuérdese que durante el "Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas" de 1968-1980 se dictaron 1151 decretos leyes y en el lapso del "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional" de Alberto Fujimori Fujimori se expidieron 745).

Puede citarse la experiencia de Argentina, donde el 6 de setiembre de 1930, un movimiento militar encabezado por el general José Félix Uriburu derrocó al Presidente constitucional Hipólito Yrigoyen. Promovido por los sectores oligárquicos, el gobierno de facto disolvió el Congreso y ejerció *per se* atribuciones legislativas irrestrictas.

El 10 de setiembre de 1933, la Corte Suprema argentina, al pronunciarse en el caso Martiniano Malmonge Nebreda vs. Administración de Impuestos Internos, en relación a la expedición de decretos leyes de imposición de cargas tributarias, señaló que el gobierno de facto carecía de facultades para legislar, salvo la excepción de la existencia de una situación extraordinaria. Se determinó que en este residual contexto se podían dictar decretos leyes, siempre que no contuvieren aspectos represivos.

La propia Corte Suprema señaló que los decretos leyes solo tenían vigencia durante el período de existencia del gobierno de facto, y declaró que, al cesar este, para mantenerla debían ser objeto de ratificación por el Congreso instaurado con el regreso del Estado de Derecho.

Asimismo, en el caso Municipalidad vs. Mayer (1945) señaló que la legislación de facto perdía validez al finalizar el gobierno que la dictó. Por dicha razón, si el Estrado quería extender su vigencia debía obtener una ratificación por parte del Congreso de la República. Tal el caso de la llamada "Ley Ómnibus" de 1947.

c) Teoría de la continuidad

Según esta teoría, los decretos leyes perviven o mantienen su vigencia –surtiendo todos los efectos legales– no obstante producirse la restauración del Estado de Derecho. Solo perderán tal condición en caso de que el Congreso sucedáneo a un gobierno de facto dicte leyes que los abroguen, modifiquen o sustituyan, según el caso.

Esta teoría se sustenta en la necesidad de preservar uno de los fines básicos del derecho: la seguridad jurídica. En el caso de los decre-

tos leyes, dicho fin implica resguardar el desenvolvimiento de la vida cotidiana y los bienes jurídicos ordinarios (vida, propiedad, honor, etc.) que se encuentran amparados por ellos, ello sin mengua de reconocer que este amparo hubiere sido establecido de manera no formal.

En efecto, durante el interregno del Estado de Derecho –como consecuencia de la imposición de un gobierno de facto– surgen inevitablemente relaciones interpersonales reguladas por decretos leyes. No aceptar la continuidad de la vigencia *sui generis* de estos sería abrir un largo, oscuro e inestable “paréntesis jurídico” que dejaría en la orfandad al cúmulo de beneficios, facultades, derechos o prerrogativas nacidos de dicha legislación, así como también quedarían privados de exigencia las cargas públicas, deberes, responsabilidades, penalidades, etc., que el Estado hubiere establecido en su relación con los ciudadanos. Desde ambas perspectivas –la ciudadanía y la organización estatal–, se perpetraría un inmenso perjuicio para la vida coexistencial y la normal marcha del cuerpo político.

Así, el desconocimiento *a priori* y genérico de la totalidad de los decretos leyes, luego de restaurarse el Estado de Derecho, generaría incertidumbre, riesgo y amenaza para las relaciones entre ciudadanos y entre estos y el Estado.

Al respecto, resulta ilustrativa la experiencia de Argentina. El 23 de febrero de 1946 asume constitucionalmente la Presidencia de la República el general Juan Domingo Perón, restaurándose en dicho acto el Estado de Derecho, luego de tres años del gobierno de facto instaurado por un movimiento militar encabezado por el general Pedro Ramírez.

La Corte Suprema argentina –restablecido ya el Estado de Derecho– señaló, en el caso *Esidio Ziella vs. Sniniglio Hermanos* (1947), que los decretos leyes “valen por su origen, puesto que tienen el valor de las leyes; subsisten aunque no hayan sido ratificados por el Congreso, salvo una derogación expresa por medio de la ley”.

La propia Corte Suprema argumentó adicionalmente lo siguiente:

“Si las sanciones legislativas de los gobiernos de facto caducasen al constituirse el gobierno legal, a partir de esa fecha ninguna autoridad debería aplicarlas, ni nadie estaría obligado a lo que en ellas se mande. Ello traería una anarquía inimaginable, salvo que se les atribuya vigencia hasta que el Congreso se pronuncie [...]; lo cual equivaldría pura y

simplemente a considerar que el Congreso tiene respecto a cualesquiera leyes la facultad de derogarlas”.

Como señala Alberto Borea Odría [“Nuevas perspectivas para el tratamiento de los decretos leyes de los gobiernos de facto”. En: *Gaceta Jurídica*, tomo 21. Lima, 1995], el caso Ziella –que se cimienta en la teoría de la continuidad– se instituyó como cartabón para los países de la región. El Perú no ha escapado de ese sino.

6.2.- Los decretos leyes en el Perú

Nuestra vida republicana se ha visto azotada despiadadamente por la presencia de gobiernos de facto, muchos de ellos voluptuosos y voraces en el ejercicio de la legislación de hecho [Javier de Belaunde López de Romaña. “Algunas consideraciones en torno a los gobiernos de facto y las vigencias constitucionales”. En: *Derecho*, N° 32. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1974]. Esta lamentable realidad ha generado que el tratamiento acerca de la validez o invalidez de los decretos leyes sea objeto de una honda preocupación política, académica y jurisdiccional.

Dicho tratamiento se ha efectuado desde una doble perspectiva: la jurisdiccional y la política. En ambos casos, el Estado peruano ha optado por la aplicación de la teoría de la continuidad.

a) Los decretos leyes en el ámbito jurisdiccional

Dale B. Furnish [“La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano”. En: *Derecho*, N° 30. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1972] ha recopilado –en un documentado trabajo– importantes testimonios que demuestran que la Corte Suprema de la República, en resoluciones expresas, se ha adherido a la denominada *teoría de la continuidad*, habiendo adoptado nuestro sistema judicial los fundamentos de la famosa sentencia argentina para el caso Esidio Ziella vs Sniniglio Hermanos.

La patentización clara y concreta de la adhesión de nuestra judicatura a dicha tesis se puede encontrar en la resolución final de un recurso de inconstitucionalidad presentado contra el decreto ley –dictado durante el gobierno militar de 1962– de Bases de la Reforma Agraria (Decreto Ley N° 14283). Este dispositivo fue dictado para solucionar –mediante la expropiación de tierras agrícolas– el álgido problema

creado por el movimiento guerrillero de La Convención (Cusco), encabezado por el líder trotskista Hugo Blanco Galdós.

En aquella resolución, la Corte Suprema declaró:

“Los decretos leyes que expiden los gobiernos, que en los hechos asumen las funciones legislativas, rigen hasta que sean derogados o sustituidos por otra disposición”.

A mayor abundamiento en la acción de inconstitucionalidad presentada por Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos contra la legislación antiterrorista (Expediente N° 010-2002-AT/TC), el Tribunal Constitucional reconoció que la legislación de facto “pertenece” al ordenamiento jurídico nacional, pese a su origen espurio. En ese contexto sometió dicha normatividad al control de constitucionalidad material.

Más aún, el propio Tribunal Constitucional en el caso José Nina-Quispe Hernández (Expediente N° 0047-2004-AI/TC) ha incorporado a los decretos leyes dentro de la pirámide jurídica nacional, ubicándolos en la segunda categoría como normas con condición de ley.

b) Los decretos leyes en el ámbito político

Aunque luego de presentar antecedentes contradictorios, nuestros órganos políticos se han adherido a la teoría de la continuidad. Examinemos los casos.

El 4 de julio de 1919, el candidato presidencial electo, Augusto Bernardino Leguía, con la directa intervención de la gendarmería y la pasividad cómplice del Ejército depone al Presidente constitucional José Pardo y Barreda e instaura un gobierno de facto denominado “Gobierno Provisorio”. La explicación de este insólito hecho estuvo, según algunos, en la necesidad de Leguía de poner coto a una maniobra palaciega para impedir su ascensión a la presidencia; según otros, en la conveniencia de disolver un Parlamento que le era políticamente opositor.

Luego de algunas semanas, el Gobierno Provisorio convoca a elecciones parlamentarias y establece una nueva Asamblea Nacional, la cual, con la conducción de Mariano H. Cornejo, expide la Ley N° 3083 de fecha 24 de setiembre de 1919, en donde se aprueban todos los actos practicados por el Gobierno Provisorio y se otorga fuerza de ley a

todos los decretos expedidos durante su gestión.

Como puede apreciarse, la solución adoptada en la Ley N° 3083 se alineó en la teoría de la revisión, dado que se otorgó validez a los decretos leyes mediante su ratificación congresal. Empero, posteriormente, durante el segundo gobierno de Fernando Belaunde Terry, al plantearse el problema existente en torno a la frondosa legislación expedida durante los gobiernos de facto de los generales Juan Velasco Alvarado y Francisco Morales Bermúdez Cerrutti (1968-1980), el Parlamento acogió la teoría de la continuidad.

Así, en la sesión del 30 de marzo de 1983, la Cámara de Diputados aprobó el dictamen elaborado por la Comisión de Constitución, en donde se destaca que los decretos leyes, actos administrativos y contratos celebrados por los gobiernos de facto producen efectos válidos sin necesidad de ratificación, mientras no sean derogados o abrogados por una ley emanada del Parlamento.

En la misma línea de la teoría de la continuidad, el 6 de enero de 1993, el Congreso Constituyente sucesor al autogolpe promovido por Alberto Fujimori dictó una ley constitucional en cuyo artículo 2 se señaló lo siguiente:

“Los decretos leyes expedidos por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional a partir del 5 de abril de 1992 hasta el 30 de diciembre del mismo año, mantienen su vigencia en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático”.

7.- LA RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LOS GOBIERNOS DE FACTO EN EL PERÚ

La historia acredita que en ciento ochenta y tres años de vida republicana, el Perú se ha visto regido durante noventa y ocho años y dos meses por gobiernos de facto.

Al respecto, recogiendo casi en totalidad la cronología planteada por Herbert Morote [*El militarismo en el Perú*. Lima: Jaime Campodónico, 2003], presentamos la siguiente relación cronológica:

- 1823: Golpe de Balconcillo seguido por la presidencia de José de la Riva Agüero (duración cuatro meses).
- 1829: Etapa de los “señores de la Guerra” iniciado con el golpe del general Agustín Gamarra. Entre otros protagonistas de esta etapa se encuentran los generales Luis José de Orbegoso, Felipe

Santiago Salaverry, Andrés de Santa Cruz, Domingo Nieto, Manuel Menéndez, Manuel Ignacio de Vivanco, Antonio Gutiérrez de la Fuente y Francisco Vidal (duración quince años, diez meses).

- 1855: Después de once meses de rebelión Castilla derrota al Presidente Echenique. Segundo gobierno de Castilla (duración siete años, nueve meses).
- 1865: Revolución y gobierno del coronel Mariano Ignacio Prado, seguido por los golpistas general Pedro Diez Canseco (duración dos años, nueve meses).
- 1879: Guerra con Chile. El Presidente Mariano Ignacio Prado “viaja” al extranjero cuando la ocupación chilena era inminente. Posteriores gobiernos del general Luis La Puerta, Nicolás de Piérola y a la vez del contralmirante Lizardo Montero (Norte), Pedro del Solar (Sur) y Francisco García Calderón (Lima). Finalmente, el “Presidente Regenerador” Miguel Iglesias negoció la paz (duración cuatro años, tres meses).
- 1884: Gobierno del “Presidente Provisorio”, general Miguel Iglesias (duración dos años, tres meses).
- 1886: Luego de una insurrección asume la presidencia el general Andrés Avelino Cáceres (duración cuatro años, dos meses).
- 1890: Gobierno del general Remigio Morales Bermúdez, a su fallecimiento ocupa la presidencia el segundo vicepresidente, el coronel Justiniano Borgoña (duración cuatro años).
- 1894: Segundo gobierno del general Andrés Avelino Cáceres (duración siete meses).
- 1895: Revolución y gobierno de Nicolás de Piérola (cuatro años, seis meses).
- 1914: Golpe militar encabezado por el coronel Oscar R. Benavides (duración un año, un mes).
- 1919: Revolución de Augusto B. Leguía apoyado por las Fuerzas Armadas, su “oncenio” (duración once años, un mes).
- 1930: Turbulentos años posteriores al derrocamiento de Leguía. Gobierno del general Luis Miguel Sánchez Cerro (duración dos años, ocho meses).

- 1933: Luego del asesinato de Sánchez Cerro, el general Oscar R. Benavides se hace elegir Presidente (duración seis años, ocho meses).
- 1948: Gobierno de Manuel A. Odría iniciado con un golpe militar (duración siete años, nueve meses).
- 1962: Luego de un golpe militar, asume la presidencia el general Ricardo Pérez Godoy, seguido por el general Nicolás Lindley (duración un año).
- 1968: Luego de un golpe militar, gobierno del general Juan Velasco Alvarado, seguido por el gobierno del general Francisco Morales Bermúdez (duración once años, nueve meses).
- 1992: Autogolpe del Presidente Alberto Fujimori Fujimori (duración ocho años, siete meses).

8.- EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS GOBIERNOS DE FACTO

Como afirma Rodrigo Borja [ob. cit.], “fuera de las implicancias de orden jurídico constitucional, los gobiernos de facto tienen también implicancias en el campo del derecho internacional y de las relaciones entre Estados”. Así, los gobiernos de facto suscitan consecuencias importantes en el plano de las relaciones diplomáticas y son objeto, además, de severo juzgamiento y evaluación por parte de la opinión pública internacional.

En el pasado –fundamentalmente en Europa–, los gobiernos de facto generaron honda preocupación al promover cambios profundos en las estructuras políticas, jurídicas, económicas y sociales: fue el caso de lo suscitado con la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Rusa (1917). Esa orientación promovió una generalizada negativa de reconocimiento.

Así, en el Tratado de Venecia de 1822 que cohesionó la denominada política de la Santa Alianza (integrada por Rusia, Austria, Prusia e Inglaterra) se negaba el reconocimiento a los gobiernos revolucionarios republicanos que hubiesen depuesto a los gobiernos monárquicos.

Como bien refieren Bohdan Halacjuk y María Teresa Moya Domínguez [*Derecho internacional político*. Buenos Aires: Ediar, 1978] con

dicha posición se condenaba a aquellos gobiernos que hubiesen violentado la legitimidad dinástica que supuestamente emanaban del derecho natural y divino.

En cambio distinta fue la posición de la naciente Federación Americana; la cual a través del pronunciamiento del secretario de Estado Thomas Jefferson instruyó al embajador Morris en Francia a reconocer en 1793 al gobierno republicano, en razón a “que cada pueblo puede regirse de acuerdo con la forma de gobierno que le plazca, puede cambiarlo siguiendo su voluntad [...]. La voluntad de la nación es la única cosa esencial que debe considerarse”.

En América Latina, los gobiernos de facto han generado preocupación por sus secuelas: la ruptura del Estado de Derecho y la violación de los derechos humanos. La historia atestigua el caso curioso de la particular posición de los Estados Unidos con relación a América Latina, pues, ha extendido su condena a algunos gobiernos de facto cuando se trataba de revoluciones con contenido social, y en otras ha otorgado su rápido reconocimiento a cuartelazos militares antisocialistas, anticomunistas, etc.

El reconocimiento internacional de los gobiernos de facto alude a la expresión de la voluntad política de los estados de aceptar o admitir la presencia de un gobierno de ese tipo en el marco del concierto de las naciones, en razón de la legitimidad de su institucionalización.

Dicho reconocimiento puede ser *expreso y formal*, vía la manifestación de un acto unilateral dotado de solemnidad (una nota o circular diplomática); o *tácito e informe*, a través de la manifestación de hechos inequívocos (intercambio de agentes diplomáticos, promoción de una visita, etc.).

A pesar de que doctrinariamente el reconocimiento o no reconocimiento internacional es un típico acto unilateral –por el cual cada Estado expresa su soberana e incondicionada decisión–, en América Latina ambas opciones han sido generadas de manera colectiva. Una acción de este tipo fue la que sufrió el gobierno cubano encabezado por Fidel Castro, cuando, por presión de los Estados Unidos –durante la reunión de consulta de ministros de Relaciones Exteriores realizada en Punta del Este, Uruguay, en 1962–, se le negó reconocimiento y se le excluyó de la Organización de los Estados Americanos. (Esta negativa de reconocimiento colectivo tuvo la honrosa y singular excep-

ción de México, hecho laudable por ser el único país que, en ejercicio cabal de su soberanía, continuó manteniendo relaciones diplomáticas con Cuba.)

Rodrigo Borja [ob. cit.] plantea que en América Latina existen tres grandes doctrinas en relación con el problema del reconocimiento o no reconocimiento de los gobiernos de facto: la doctrina Tobar, la doctrina Estrada y la doctrina Betancourt. A ello nosotros agregamos la doctrina Rodríguez Larreta y la novísima posición adoptada por la Organización de los Estados Americanos.

8.1.- La doctrina Tobar

Elaborada por el escritor, gramático y político ecuatoriano Carlos R. Tobar (1854-1920), esta doctrina –conocida como de “legitimidad constitucional”– plantea que los estados latinoamericanos deben negarse a reconocer a cualquier gobierno que hubiese nacido de una acción de fuerza.

Carlos Tobar, en su condición de ministro de Relaciones Exteriores, en una declaración escrita de fecha 15 de marzo de 1907, dirigida al cónsul de Bolivia en Bruselas, señaló:

“Las repúblicas americanas, por el buen nombre y crédito de todas ellas, aparte de otras consideraciones humanitarias y altruistas, deben intervenir siquiera indirectamente en las discusiones internas de las repúblicas del continente. Esta intervención pudiera ser, al menos, negándose al reconocimiento de los gobiernos de hecho surgidos de las revoluciones contra el orden constitucional”.

La doctrina Tobar tuvo una inmediata repercusión en Centroamérica. Como anota Ezequiel Ramírez Novoa [*Derecho internacional público*. Lima: Amaru, 1992]: “Centroamérica constituía el nudo neurálgico y la prédica unionista para preservar los gobiernos constitucionales”.

Así, en 1907, Honduras, Guatemala, Costa Rica, Nicaragua y El Salvador suscribieron en Washington un Tratado de Paz y Amistad, donde se obligaban a no reconocer “ningún gobierno que se establezca en cualesquiera de las cinco repúblicas como consecuencia de un golpe de Estado o de una revolución contra un gobierno reconocido, mientras que la representación popular libremente elegida no haya reorganizado el país en la forma constitucional”.

Posteriormente, en 1923, aquellos estados –con los auspicios de

los Estados Unidos y México- reiteraron su propósito, asumiendo la política del “no reconocimiento de los gobiernos que llegasen al poder después de un golpe de Estado, hasta que estos gobiernos sean reconocidos por sus propios ciudadanos”.

8.2.- La doctrina Estrada

Formulada por Genaro Estrada, connotado poeta, escritor y diplomático mexicano (1887-1937), esta doctrina –conocida como de la “no intervención”– postula que cada pueblo tiene el derecho de establecer su propio gobierno y de cambiarlo libremente. En consecuencia, los nuevos gobiernos no necesitan ni requieren de reconocimiento alguno por parte de sus homólogos para obtener plena validez jurídica.

Estrada dejaba constancia de que tras la práctica de aquel reconocimiento se encubría una indebida injerencia de un Estado en los asuntos internos de otro; era obvio que, subliminalmente, condenaba la política norteamericana de decidir sobre el futuro de los gobiernos latinoamericanos.

Genaro Estrada, en su condición de ministro de Relaciones Exteriores, envió en 1930 una circular a las cancillerías del continente, donde señalaba que era “inconveniente dejar al arbitrio de los gobiernos extranjeros el pronunciamiento sobre la legitimidad o ilegitimidad de otro régimen, produciéndose con este motivo situaciones en que la capacidad legal o ascenso nacional de los gobiernos, parece supeditarse a la opinión de extraños”.

La doctrina de la no intervención niega la potestad de que estados extranjeros expresen en un documento especial el reconocimiento del gobierno de un Estado determinado; frente a la aparición de un nuevo gobierno, cada Estado debe proceder *per se* a mantener o romper relaciones diplomáticas con aquel. El propósito fundamental de la doctrina Estrada radicaba en impedir que las potencias imperialistas –fundamentalmente los Estados Unidos– utilicen la institución del reconocimiento para inmiscuirse en los asuntos internos de los países latinoamericanos.

8.3.- La doctrina Betancourt

Planteada por el político venezolano Rómulo Betancourt (1908-1981), esta doctrina –conocida como “del no reconocimiento de los

gobiernos de facto” – considera que es necesario oponer obstáculos y atajos a las frecuentes interrupciones del orden constitucional motivadas por los sectores militares latinoamericanos en alianza con las oligarquías nativas, los mismos que toman como pretexto de aquellas la lucha contra los movimientos políticos progresistas, a los que tildan genéricamente como comunistas.

La doctrina Betancourt [Santiago Aliañan. “Betancourt y la democracia”. En: *Personajes y Procesos*, N° 5. Caracas, 1984] propone utilizar la institución del reconocimiento internacional como un instrumento para desalentar los cuartelazos e insurrecciones militares contra el orden constitucional y para defender los principios de la democracia en América Latina

Esta doctrina se encuentra expuesta en la nota de fecha 22 de agosto de 1960, dirigida por el Presidente Rómulo Betancourt a José Mora –entonces secretario general de la Organización de los Estados Americanos–, con motivo de la condena al régimen de facto instaurado por Joaquín Balaguer en República Dominicana.

También se encuentra expuesta en la nota enviada por Betancourt al Presidente constitucional argentino Arturo Frondizi, ante la amenaza de su deposición por parte de una gavilla militar.

Al respecto, allí se señaló lo siguiente:

“Creemos [...] que debe negarse reconocimiento diplomático a las Juntas o Jefes de Estado autoelectos, después de haber sido abatido por la fuerza, un orden de cosas político de origen comicial [...] El gobierno de hecho [...] debiera ser excluido de la comunidad jurídica regional y sometido a un boicot diplomático y universal”.

Fiel a esta doctrina, Venezuela rompió relaciones diplomáticas, durante un buen tiempo, con todos los gobiernos surgidos de golpes de Estado.

Dicha posición fue abandonada en 1968, en razón al autoaislamiento en que incurrió Venezuela en una región dominada por la existencia de gobiernos de facto.

8.4.- La doctrina Rodríguez Larreta

Planteadas por el ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay Eduardo Rodríguez Larreta, mediante una nota diplomática de fecha 21 de noviembre de 1945. Esta doctrina plantea una acción conjunta

no limitada al mero desconocimiento de los gobiernos de facto, sino que incluye una intervención multilateral de carácter económico en defensa de los principios democráticos.

Al respecto, Rodríguez Larreta justificó dicha posición en el hecho de que “El principio de no intervención no ampara ilimitadamente la notoria y reiterada violación por alguna República a los derechos elementales del hombre y del ciudadano, y el incumplimiento de los compromisos libremente contraídos acerca de los deberes internos y externos del Estado [...]”.

Fabián Novak Talavera y Luis García Corrochano Moyano [ob. cit.] exponen que dicha doctrina fue utilizada en Haití a raíz del golpe de Estado perpetrado en 1991 por el general Raoul Cedras en contra del gobierno de Jean Bertrand Aristides; lo que ocasionó que la Organización de las Naciones Unidas decretara un embargo y bloqueo económico

8.5.- La doctrina de la Organización de los Estados Americanos

Durante el vigésimo octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Organización de los Estados Americanos (OEA), celebrado en la ciudad de Lima el 11 de setiembre del 2001 se aprobó la denominada Carta Democrática Interamericana.

En dicho documento se señala que en caso de que en un Estado miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático, cualquier Estado miembro o el secretario general pueden solicitar la convocatoria del Consejo Permanente para realizar un análisis colectivo de la situación y adoptar las decisiones que estime pertinentes.

En la situación extrema de acreditarse la situación de anormalidad, la OEA puede suspender a dicho Estado en el ejercicio de su derecho a participación en ella.

Las referidas normas intentan constituirse en notorios y claros medios de disuasión para el surgimiento de los gobiernos de facto.

Ahora bien, fuera de los marcos de la peculiar y ambigua política exterior norteamericana para con Latinoamérica y de la actual postura de la Organización de los Estados Americanos (OEA), existió en el pasado regional un cierto consenso en considerar que un gobierno de facto alcanzaba un reconocimiento expreso y for-

mal o reconocimiento tácito e informe, cuando se cumplía los tres requisitos siguientes:

- a) Credibilidad en su vocación de establecer o restablecer, con cierta prontitud, un sistema político sometido a las reglas del Estado de Derecho.
- b) Credibilidad en su vocación de respetar los derechos humanos de la población y en su vocación de la aplicación de los principios generales del derecho en las relaciones entre gobernantes y gobernados.
- c) Otorgamiento de seguridad a los actos jurídicos de trascendencia internacional.

A modo de conclusión debe señalarse que los constituyentes peruanos de 1979, establecieron en el artículo 141 del texto fundamental de la República, el principio de que el Estado solo garantizaba el pago de la deuda pública que contrajeran los gobiernos constitucionales de acuerdo con la Constitución y la ley. Asimismo, en el artículo 82 del referido texto incluyeron el criterio de que nadie debía obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y las leyes. Actualmente, ambos principios se encuentran contenidos en los artículos 75 y 49 de la Constitución vigente.

9.- EL CASO DE LOS GOBIERNOS EN EL EXILIO

Fabián Novak Talavera y Luis García Corrochano Moyano [ob. cit.] definen esta modalidad gubernativa como “aquella organización político-jurídica del Estado que, frente a la ocupación total en su territorio por parte de fuerzas militares foráneas, busca refugio en el territorio de un Estado extranjero”.

Ahora bien, dicha situación se consuma cuando dentro de una guerra exterior, el gobierno del Estado ocupado *in totum* por fuerzas militares extranjeras se ve obligado a trasladarse transitoriamente hacia el territorio de un Estado extranjero, con previa anuencia para ello. Como corolario de dicha situación se produce la desvinculación provisional entre el poder político y los otros dos elementos constitutivos del Estado (territorio y población).

La existencia de los gobiernos en el exilio se gesta primordialmente como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

Al respecto, veamos algunos casos concretos:

- En 1919, las fuerzas armadas del Japón invaden Corea; como consecuencia de ello las autoridades estatales se refugian en Shangai (China) e instalan allí un gobierno en el exilio que duró hasta 1945. Durante ese lapso creó y condujo victoriosamente el Ejército de Liberación Nacional.
- En 1939, las fuerzas armadas de la Alemania nazi invaden el territorio del reino de los Países Bajos (Holanda); como consecuencia de ello, tanto la reina Guillermina como el gabinete se refugian en la ciudad de Londres hasta 1945. Desde dicha ciudad el gobierno continuó ejerciendo sus potestades políticas sobre las posesiones coloniales de Insulindia (Indonesia), Nueva Guinea, etc.
- En 1940, las fuerzas armadas de la Alemania nazi invaden el territorio del reino de Noruega; como consecuencia de ello el rey Haaken VII y su gabinete se refugian en Londres y constituyen allí un gobierno en el exilio hasta 1945.
- En 1940, las fuerzas armadas de la Alemania nazi invaden el territorio del reino de Bélgica e incluso apresan al rey Leopoldo II; como consecuencia de ello el gabinete se refugia en Londres y constituye allí un gobierno en el exilio. Desde dicha ciudad continuó ejerciendo sus potestades políticas sobre las posesiones coloniales en el Congo Belga (Zaire).
- En 1940, las fuerzas armadas de la Alemania nazi invaden Luxemburgo; como consecuencia de ello la Gran Duquesa Carlota se refugia en Londres y constituye allí un gobierno en el exilio.
- En 1940, tras la invasión de las fuerzas armadas de la Alemania nazi, el general Charles de Gaulle el 18 de junio a través de las ondas de la BBC de Londres comunica la instalación del Gobierno de Francia Libre. En dicho histórico discurso el general De Gaulle expondrá que “Ocurra lo que ocurra, la llama de la resistencia francesa no debe apagarse y no se apagará”. Este gobierno operará en Londres (Inglaterra) del 18 de junio de 1940 al 2 de junio de 1943. Luego desde Argel (colonia francesa) del 13 de junio de 1942 al 2 de junio de 1944.
- En 1941, las fuerzas armadas del Imperio del Japón invaden Filipinas; como consecuencia de ello el gobierno constitucio-

nal del Presidente Manuel L. Quezón se refugia en los Estados Unidos y constituye allí un gobierno en el exilio.

- En 1952, las fuerzas armadas de China invaden el Tíbet; como consecuencia de ello se crea el gobierno tibetano en el exilio, cuya sede es Mc Leod Ganj en India. El Dalai Lama ejerce la calidad de Jefe de Estado y se crea un Gabinete Ministerial, simbólicamente encargado de preservar la unidad de los refugiados en India, Nepal y Bután.
- En 1990, las fuerzas armadas de Irak invaden el territorio del Emirato de Kuwait; como consecuencia de ello el emir jeque Jaber Al Ahmad Al-Sabath se refugia en Arabia Saudita y constituye allí un gobierno en el exilio.

Entre las características básicas de esta modalidad gubernamental destacan la existencia de la continuidad legal, empero carente del ejercicio de la soberanía territorial. En ese contexto el gobierno acredita no haber sufrido ruptura en su continuidad jurídica, más sufre de la imposibilidad de hacer valer su plena y suprema potestad sobre el territorio y la población.

En esta peculiar condición el gobierno en el exilio ejercita residualmente algunas competencias, a saber:

- Ejerce la representación del Estado en el exterior.
- Ejerce la dirección de la política exterior y las relaciones internacionales.
- Nombra embajadores y ministros plenipotenciarios.
- Ejerce la potestad legislativa en materia de tratados internacionales.
- Dirige las fuerzas armadas.
- Declara la guerra y firma la paz.
- Confiere condecoraciones a nombre de la Nación.
- Autoriza a los nacionales a servir en un ejército extranjero.

La transitoriedad de un gobierno en el exilio culmina cuando al concluir el conflicto bélico, este no logra recobrar su territorio o pierde legitimidad ante su población. La circunstancia más favorable que permite recobrar la soberanía territorial, se produce con el restablecimiento del gobierno dentro de los dominios geográficos del Estado.

TEORÍA DEL ESTADO Y DERECHO CONSTITUCIONAL

BIBLIOGRAFÍA

1. ABENDROTH, Wolfgang y LENK, Kurt. *Introducción a la ciencia política*. Barcelona: Ediciones Anagrama, 1971.
2. ABUGATTÁS, Gattas. "Globalización y derecho constitucional". En: *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
3. ACCIOLY, Hildebrando y DO NASCIMENTO E SILVA, Geraldo. *Manual de derecho internacional público*. Sao Paulo: Saraiva, 1997.
4. ACUÑA POZO, Eduardo. *Introducción a las instituciones políticas*. Bogotá: Universidad del Externado, 1978.
5. AFTALIÓN, GARCÍA OLANO, VILANOVA. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: El Ateneo, 1960.
6. ALBERDI, Juan B. *Bases y puntos de partida para la organización práctica de la República Argentina*. Buenos Aires, 1981.
7. ALEM, Alejandro. "Los gobiernos y el abuso del poder". En: *Revista de Derecho* (de estudiantes de la UPIGV), N° 1. Lima: UPIGV, 2002.
8. ALEXY, Roberet. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
9. ALIAÑAN, Santiago. "Betancourt y la democracia". En: *Personajes y Procesos*, N° 5. Caracas, 1984.
10. ALICE, Beatriz L. "Los principios generales del derecho constitucional argentino". En: *Los valores en la Constitución argentina*. Buenos Aires: Ediar, 1999.
11. ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional*. Ma-

- drid: Tecnos, 1999.
12. ÁLVAREZ, Mario I. *Introducción al derecho*. Serie Jurídica. México: Mc-Graw Hill, 1995.
 13. ALZAGA, Óscar. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*. 12 tomos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1983-1989.
 14. ALZAGA, Óscar. *La Constitución española de 1979*. Madrid: Ediciones del Foro, 1978.
 15. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho procesal civil. Teoría del proceso*. Lima: Sesator, 1982.
 16. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del derecho*. Lima: Liborio Estrada, 1972.
 17. ARAUJO RENTERÍA, Jaime. *Principios de derecho constitucional*. Bogotá: Mc-Graw Hill, 1999.
 18. ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer curso de derecho internacional público*. México: Porrúa, 1993.
 19. ARISTÓTELES. *La política*. Madrid: Espasa-Calpe, 1943.
 20. ARIUSTA, Sebastián. *Derecho constitucional*. San José: Ediciones Águila, 1997.
 21. ARTOLA, Miguel. *Constitucionalismo en la historia*. Barcelona: Crítica, 2005.
 22. AYUSO TORRES, Miguel. *¿Después del Leviathan? sobre el Estado y su signo*. Madrid: Dykinson, 1998.
 23. BACACORZO, Gustavo. *Derecho administrativo del Perú*. Lima: Editorial Cuzco, 1992.
 24. BACHOF, Otto. "Nuevas reflexiones sobre lo jurisdiccional entre el derecho y la política". En: *Boletín Mexicano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 1986.
 25. BADENI, Gregorio. *Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.
 26. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Derecho constitucional II*. Madrid: Tecnos, 1999.
 27. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del derecho*. Tomo II. Madrid: Tecnos, 1992.

28. BARTHELMY Joseph y DUNZ, Paul. *Tratado de derecho constitucional*. México: Daltoz, 1933.
29. BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Tomo I. Lima: Editorial Panamericana, 1963.
30. BASSOLS, Martín. *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos, 1985.
31. BASTIDAS, Simeón. "Los derechos humanos". En: *Presente*, N° 3. Lima, 1980.
32. BERNAL PULIDO, Carlos. "El precedente constitucional en Colombia". En: *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra, 2007.
33. BIANCHI, Alberto B. *El control de la constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, 2001.
34. *Biblia*. Lima: Ediciones Paulinas, 1989.
35. BIDART CAMPOS, Germán. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1968.
36. BIDART CAMPOS, Germán. *Derecho político*. Buenos Aires: Aguilar, 1972.
37. BIDART CAMPOS, Germán. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995.
38. BIDART CAMPOS, Germán. "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión". En: *Anuario Jurídico*, Vol. VI. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
39. BIDART CAMPOS, Germán. *Lecciones elementales de política*. Buenos Aires: Ediar, 1973.
40. BIDART CAMPOS, Germán. "Los valores en el sistema democrático". En: *Los valores en la Constitución argentina*. Buenos Aires: Ediar, 1999.
41. BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1985.
42. BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1995.
43. BIDART CAMPOS, Germán y CARNOTA, Walter F. *Derecho constitucional comparado*. 2 tomos. Buenos Aires: Ediar, 2001.

44. BIDEGAIN, Carlos María. *Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.
45. BIELSA, Rafael. *Compendio de derecho público constitucional, administrativo y fiscal*. Buenos Aires: Llorden, 1952.
46. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1984.
47. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
48. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; RUBIO CORREA, Marcial y LANDA ARROYO, César. *Derecho constitucional general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.
49. BLUME FORTINI, Ernesto. *El control de la constitucionalidad*. Lima: Ersa, 1996.
50. BLUME FORTINI, Ernesto. *El rango de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993. Colisión normativa entre Ley del Congreso y ordenanzas municipales*. Lima: Municipalidad de Lima, 1997.
51. BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. México: Porrúa, 1959.
52. BOREA ODRÍA, Alberto. *Derecho y Estado de Derecho. Tratado de derecho constitucional*. Tomo II. Lima: Gráfica Monterrico, s.f.
53. BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las garantías constitucionales*. Lima: Grijley, 1996.
54. BOREA ODRÍA, Alberto. *Los elementos del Estado moderno*. Lima: Centro de Estudios Legislativos, Económicos y Sociales, 1994.
55. BOREA ODRÍA, Alberto. "Nuevas perspectivas para el tratamiento de los decretos leyes de los gobiernos de facto". En: *Gaceta Jurídica*, tomo 21. Lima, 1995.
56. BORJA, Rodrigo. *Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
57. BRYCE, James. *Constituciones rígidas y flexibles*. Madrid, 1952.
58. BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Madrid: Editora Nacional, 1981.
59. BURDEAU, Georges. *Método de la ciencia política*. Buenos Aires: Depalma, 1964.

60. BUSTAMANTE BELAUNDE, Luis. *El gobierno regional*. Separata. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1988.
61. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta, 1979.
62. CAIROLI MARTÍNEZ, Milton H. "Derecho constitucional y procesos de integración". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Uruguay: Konrad Adenauer, Steflung A.C., 2003.
63. CALANDRINO, Guillermo. "Reforma constitucional". En: *Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2001.
64. CAMACHO OMISTE, Edgard. "El marco constitucional y el principio de supranacionalidad". En: *Integración y supranacionalidad*. Lima: Comunidad Andina, 2001.
65. CAMBELLES, Ricardo. "El concepto de Estado de Derecho y los obstáculos a su preeminencia en América Latina". En: *Derechos humanos, Estado de Derecho y desarrollo social*. Caracas: Fundación Konrad Adenauer, 1994.
66. CANOTTI, Fernando. *El hombre, las ideas y los gobiernos*. Buenos Aires, 1989.
67. CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad*. México: UNAM, 1961.
68. CARBONELL, Miguel. "La libertad religiosa como derecho fundamental". En: *Gaceta Constitucional*, tomo 5. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
69. CÁRDENAS GARCÍA, Jaime. *Constitución política de los Estados Mexicanos*. México: Porrúa, UNAM, 1997.
70. CÁRDENAS GARCÍA, Jaime. "Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial". En: *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002.
71. CARNOTA, Walter F. *Curso de derecho constitucional*. Tucumán: La Ley, 2001.
72. CARPIO MARCOS, Edgar. "El primer libro de derecho constitucional en el Perú". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 31. Lima, febrero 2002.

73. CARPIO MARCOS, Edgar. "La inconstitucionalidad por omisión legislativa. A propósito de la jurisdicción constitucional en el Perú". En: *El Jurista, Revista Peruana de Derecho*, N° 1. Lima, 1991.
74. CARPIO MARCOS, Edgar. "Un antecedente del Tribunal Constitucional. El juez constitucional. Una lectura heterodoxa de Sieyès". En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima, octubre 1999.
75. CARPIO MARCOS, Edgar y PALOMINO MANCHEGO, José. "La interpretación constitucional y los intérpretes constitucionales". En: *Revista Institucional de la Academia de la Magistratura*, N° 4. Lima, 2002.
76. CARPIZO, Jorge. "La democracia y la clasificación de las constituciones: una propuesta". En: *Ius et Praxis*, N° 8. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1986.
77. CARPIZO, Jorge. "Tendencias constitucionales en América Latina". En: *Memoria del X Consejo Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
78. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 1974.
79. CASARES, Julio. *Diccionario ideológico de la lengua española*. Barcelona: Gustavo Gili, 1985.
80. CASTAÑEDA OTSU, Susana. *La jurisdicción supranacional*. Lima, 2003.
81. CATTANEO, Mario. *El concepto de revolución en la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1968.
82. CIURO CALDANI, Miguel Ángel. "Principios y valores en el derecho constitucional". En: *Los valores en la Constitución argentina*. Buenos Aires: Ediar, 1999.
83. COHEN L., Jean y ARATO, Andrew. *Sociedad civil y teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
84. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid, 2001.
85. COSSÍO DÍAZ, José. *Estado social y derecho de prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
86. CRISAFULLI, Vezio. "Fonti del diritto costituzionale". En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. VIII. Traducción libre. s.l., 1964.
87. CUETO RUA, Julio. "¿Es posible declarar inconstitucional una refor-

- ma constitucional?”. En: *Justicia*. Reproducción de la Revista La Ley, tomo 36, Argentina. Bolivia, Colegio de Abogados de Bolivia, 1993.
88. CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Diccionario de derecho constitucional*. Lima: Editorial San Marcos, 1993.
 89. CHIRINOS SOTO, Enrique. *La nueva constitución al alcance de todos*. Lima: Andina, 1980.
 90. DABIN, Jean. *Doctrina general del Estado*. México: Jus, 1961.
 91. DALLA VÍA, Alberto Ricardo. *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.
 92. DALLA VÍA, Alberto Ricardo. *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.
 93. DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier. “Algunas consideraciones en torno a los gobiernos de facto y las vigencias constitucionales”. En: *Derecho*, N° 32. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1974.
 94. DE CASTRO BRAVO, Federico. *Derecho transitorio: el sistema del efecto inmediato de la ley*. Tomo XVI. Madrid: AOC, 1961.
 95. DE ESTEBAN, Jorge. *Tratado de derecho constitucional I*. Madrid: Universidad Complutense, 2001.
 96. DE LA CUEVA, Mario. *La idea del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
 97. DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1999.
 98. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “El rol de la sociedad civil”. En: *Gaceta Jurídica. Normas Legales y Jurisprudencia*, tomo V. Lima, 1994.
 99. DE VEGA GARCÍA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, 1985.
 100. DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
 101. DE VERGOTTINI, Giuseppe. “El derecho de la Constitución”. En: *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.

102. DEL VECCHIO, Giorgio. *Estudios de filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, 1971.
103. DELFINO DE PALACIOS, Maruja. *El derecho de excepción en América Latina*. Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1967.
104. DÍAZ RICCI, Sergio. *Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004.
105. DÍAZ REVORIO, F. Javier. *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra, 2003.
106. *Diccionario de citas literarias*. La Coruña: Everest, 1985.
107. DIENA, Julio. *Derecho internacional público*. Barcelona: Bosch, 1941.
108. DIEZ CANSECO, Luis y PASQUEL, Enrique. "Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial". En: *Revista de Economía y Derecho*, N° 2. Lima, 2004.
109. DOMINGO OSLE, Rafael. *¿Qué es el derecho global?* Lima: Universidad de Lima, 2009.
110. DONOSO CORTÉZ, Juan. *Lecciones de derecho político*. Madrid, 1836-1837.
111. DOWSE, Robert E. y HUGHES, John A. *Sociología política*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
112. DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad, 1997.
113. DROMI, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Civitas, 1978.
114. DROMI, José Roberto. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1987.
115. DU PASQUIER, Claude. *Introducción al derecho*. Lima: Portocarrero, 1994.
116. DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1970.
117. DUVERGER, Maurice. *Sociología de la política*. Barcelona: Ariel, 1975.

118. ECHEVERRI URUBURU, Álvaro. *Teoría constitucional y ciencia política*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2002.
119. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios constitucionales*. Lima: Ara Editores, 2002.
120. ENRÍQUEZ FRANCO, Humberto. *Derecho constitucional*. Trujillo: Editora FECAT, 1999.
121. ESCUDERO ÁLVAREZ, Hiram. "Los órganos constitucionales autónomos y la seguridad pública". En: *Los desafíos de la seguridad pública en México*. México: UNAM-UI, 2002.
122. ETO CRUZ, Gerardo. *Los principios constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional en el Perú*. Trujillo: IDEJC, 1991.
123. FAYT, Carlos S. *Derecho político*. Buenos Aires: La Ley, 2003.
124. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José. *La inconstitucionalidad por omisión. Derecho comparado*. Madrid: Civitas, 1998.
125. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad del legislador: una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 1998.
126. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional especial*. Madrid: Dykinson, 1992.
127. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994.
128. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La jurisdicción constitucional en la actualidad". En: *Ius et Praxis*, N° 16. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1990.
129. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Protección jurídica de la persona*. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1992.
130. FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, Emilio. *Diccionario de derecho político*. Buenos Aires: Astrea, 1981.
131. FERRANDO BADÍA, Juan. *El Estado unitario, el federal y el Estado regional*. Madrid: Tecnos, 1978.
132. FERREYRA, Raúl Gustavo. "Sobre las cuestiones políticas y el control de constitucionalidad difusa en los estados federales". En: *Seminario Internacional sobre Tribunales Constitucionales*. Buenos Aires:

- Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2008.
133. FERRERO REBAGLIATI, Raúl. *Ciencia política*. Lima: Studium, 1975.
 134. FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de términos jurídicos*. Lima: Cultural Cuzco, 1980.
 135. FORTIN, Ernest. *Compendio de historia de la filosofía política*. México, 1999.
 136. FRESCURA CANDIA, Luis. *Introducción a la ciencia jurídica*. Asunción: Marven, 2009.
 137. FUEYO ÁLVAREZ, Jesús. *La doctrina de la administración de facto*. Madrid, 1945.
 138. FURNISH, Dale. "La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano". En: *Derecho*, N° 30. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1972.
 139. FURNISH, Dale. "La revisión judicial de la constitucionalidad de la ley en los Estados Unidos". En: *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
 140. GABINO ZIULU, Adolfo. *Estado de sitio*. Buenos Aires: Depalma, 2000.
 141. GALLO, Orlando J. "La política constitucional". En: *Curso de Derecho Constitucional IV*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.
 142. GARCÉS, Gustavo. *Breviario constitucional*. México: Ediciones Águila, 1996.
 143. GARCÍA, Aurelio. *Ciencia del Estado*. Quito, 1937.
 144. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Constitución y política*. Lima: Studium, 1991.
 145. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Derecho procesal constitucional*. Bogotá: Tecnos, 2001.
 146. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Esquema de la Constitución peruana*. Lima: Justo Valenzuela Ediciones, 1992.
 147. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "La interpretación constitucional como problema". En: *Pensamiento constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.
 148. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Teoría y práctica de la Constitución*

- peruana. Tomo I. Lima: Eddili, 1989.
149. GARCÍA COTARELO, Ramón. *Resistencia y desobediencia civil*. Madrid: Eudema, 1987.
 150. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1981.
 151. GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
 152. GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1984.
 153. GARCÍA PELAYO, Manuel. *El estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1984.
 154. GARCÍA PELAYO, Manuel. "Estado legal y Estado constitucional de derecho". En: *Lecturas de temas constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988.
 155. GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1990.
 156. GARCÍA SALVATECCI, Hugo. *Ciencia y revolución*. Lima: Colección Universitaria Okura, 1984.
 157. GARCÍA TOMA, Víctor. "Constitución, nacionalidad y ciudadanía". En: *Gaceta Jurídica*, tomo 13. Lima, 1995.
 158. GARCÍA TOMA, Víctor. *La ley en el Perú*. Lima: Grijley, 1995.
 159. GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del derecho. El sistema jurídico nacional*. Lima: CONCYTEC, 1988.
 160. GARCÍA TRINIDAD, Carlos. *Apuntes de introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1986.
 161. GASCÓN ABELLÁN, Marina. "La invasión del ámbito político". En: *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Lima: Grijley, 2009.
 162. GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge Antonio. "La Corte Centroamericana de Justicia como Tribunal Constitucional de la Comunidad Centroamericana". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Uruguay: Konrad Adenauer, Steflung A.C., 2003.
 163. GOMES CANOTILHO, José Joaquín. *Direito constitucional*. Río de Janeiro: Almedina Coimbra, 1993.

164. GONZÁLES CASANOVA, J.A. *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Barcelona: Vicens-Vives, 1984.
165. GONZÁLES, Magdiel. *Manual de derecho constitucional*. Borrador en proceso de edición.
166. GONZÁLES, Tadeo. *Estado y nación*. San José: Roa, 1989.
167. GONZÁLES V., Joaquín. *Manual de la Constitución argentina (1853-1860)*. Buenos Aires: Estrada, 1951.
168. GRAÑA, Eduardo y ÁLVAREZ, César. *Principios de teoría del Estado y de la Constitución*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2003.
169. GRIMBERG, Carl. *Historia universal*. Lima: Ediciones Revista Gente, autorizada y reproducida de la Sociedad Comercial y Editorial Santiago Limitada, 1987.
170. GROPPOLI, Alessandro. *Doctrina del Estado*. Milán: Guiffra, 1945.
171. GUMPLOWICS, Luis. *Derecho político y constitucional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
172. GUY, Isaac. *Manual de derecho comunitario general*. Barcelona: Ariel, 1991.
173. HABERLE, Peter. *El Estado constitucional*. México: UNAM, 2001.
174. HABERMAS, Jurgen. *Factibilidad y validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de una teoría del discurso*. Valladolid: TROTTA, 2000.
175. HALACJZUK, Bohdan y MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa. *Derecho internacional político*. Buenos Aires: Ediar, 1978.
176. HAMILTON, Alexander y otros. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
177. HARO, Ricardo. *Estudios de homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio*. Tomo I. México: UNAM, 1988.
178. HARO, Ricardo. "Las cuestiones políticas: ¿Prudencia o erosión judicial?". En: *Estudios de homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio*. Tomo I. México: UNAM, 1988.
179. HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel, 1980.
180. HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*.

- Granada: Comares, 2003.
181. HAYA DE LA TORRE, Víctor Raúl. *Obras completas. El espacio tiempo histórico*. Tomo 4. Lima: Mejía Baca, 1977.
 182. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *Diccionario electoral*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (CAPEL), 1989.
 183. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. "El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de la reforma constitucional". En: *El Jurista*, N° 11 y 12. Lima, 1995.
 184. HERRERA PAULSEN, Darío. *Curso de derecho constitucional*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1970.
 185. HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1966.
 186. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
 187. HESSE, Konrad y otros. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1989.
 188. HINSLEY, Frederic. *El concepto de soberanía*. Lima: Labor, 1972.
 189. HITTERS, Juan Carlos. "Derecho procesal transnacional y control judicial supranacional". En: *El Jurista, Revista Peruana de Derecho*, N° 11 y 12. Lima, 1995.
 190. HUAMÁN TASCO, Jorge. *La nacionalidad en la Constitución peruana de 1979*. Tesis de Bachiller. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 1989.
 191. HUERTA GUERRERO, Luis. "Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales". En: *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1997.
 192. ISASI CAYO, Felipe. *Elementos de cultura política*. Lima: Universidad de Lima, 1989.
 193. JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1954.
 194. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980.

195. JORDAN, David P. *Robespierre: biografía e historia*. Buenos Aires: Javier Vergara Editor, 1986.
196. JUAN XXIII. *Encíclica Pacem in terris*. Lima: Ediciones Paulinas, s.f.
197. KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado*. México: Nacional, 1965.
198. LANDA ARROYO, César. "Justicia constitucional y political questions". En: *Pensamiento Constitucional*, Año VII, N° 7. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2000.
199. LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1978.
200. LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es la Constitución?* Bogotá: Temis, 1997.
201. LAUDRAVE DÍAZ, Gerardo. *Derecho de resistencia, desobediencia civil, objeción de conciencia e insumisión*. Madrid: Editorial Artes Gráficas, 1989.
202. LECLERQ, Jacques. *La libertad de oposición y los católicos*. Barcelona: Estela, 1964.
203. *Lecturas sobre Gobiernos de Facto*. Separata del Curso Constitución y Gobernabilidad. Lima: Instituto de Gobierno de la UPSMP, 2002.
204. LERER, Adrián. "El derecho constitucional actual". En: *Presente*, N° 3. Lima, 1980.
205. LINARES, Juan Francisco. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1986.
206. LINARES QUINTANA, Segundo. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1976.
207. LINARES QUINTANA, Segundo. *La Constitución interpretada*. Buenos Aires: Depalma, 1960.
208. LINARES QUINTANA, Segundo. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1977-1987.
209. LIRA PINTO, Jorge. *La ley orgánica en el Perú*. Tesis para optar el título de abogado. Lima: Universidad de Lima, 2004.
210. LLEDO YAQUE, Francisco y ZORRILLA RUIZ, Manuel. *Teoría general del derecho*. Madrid: Dykinson, 1998.
211. LOCKE, John. *Consideraciones sobre el gobierno civil*. Buenos Aires:

- Agora, 1959.
212. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1984.
213. LONIGRO, Félix Vicente. "El Estado y sus elementos". En: *Instituciones de derecho público*. Buenos Aires: Mocchi, 1997.
214. LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo A. "Los valores y la protección de los consumidores y usuarios". En: *Los valores en la Constitución argentina*. Buenos Aires: Ediar, 1999.
215. LÓPEZ GUERRA, Luis. *El poder judicial en el Estado constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2001.
216. LÓPEZ GUZMÁN, José. *La objeción de conciencia farmacéutica*. Barcelona: Ediciones Internacionales Universitarias, 1997.
217. LÓPEZ MARTÍNEZ, Klisberg. *Nacionalidad peruana y Constitución*. Lima, 1984.
218. LOZANO PONGANO, Américo. "Consideraciones acerca de la jurisdicción". En: *Ius et Praxis*. Lima: Universidad de Lima, s.f.
219. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. "El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía popular". En: *Ius et Praxis*, N° 14. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1989.
220. LUGONES, Narciso J.; GARAY, Alberto F.; DONGO, Sergio y CORCUERA, Santiago. *Leyes de emergencia. Decretos de necesidad y urgencia*. Buenos Aires: La Ley, 1992.
221. MACK SMITH, Dennis. *Mussolini*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
222. MALEM SEÑA, Jorge I. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona: Ariel, 1988.
223. MAQUIAVELO, Nicolás de. *El príncipe*. Barcelona: Vorgos, 1972.
224. MARBURY, William. *The limitation upon the amending power*. Harvard: Law Review, 1919-1920.
225. MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982.
226. MARTÍNEZ BULLE GOYRI, Víctor M. "El tránsito del Estado de

- Derecho al Estado Social de Derecho". En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 1. Lima: Tribunal Constitucional, 1999.
227. MARTÍNEZ DELFA, Norberto Q. *Génesis del derecho constitucional*. Rosario: Juris, 1995.
228. MARX, Carlos. *Introducción general a la crítica de la economía política*. México: Siglo XXI Ediciones, 1984.
229. MASNATTA, Héctor. *Elementos para una reforma de la Constitución nacional*. Buenos Aires: Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1988.
230. MAYNER, Horacio J. *Ensayo de un derecho de guerra*. Buenos Aires, 1978.
231. MC IVER, Robert M. y PAGE H. Charles. *Sociología*. Madrid: Tecnos, 1958.
232. MEINECKE, Friedrich. *La idea de razón de Estado en la Edad Moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1959.
233. MEJÍA VALERA, José. *Introducción a las ciencias sociales*. Lima: Universidad Nacional Federico Villarreal, 1973.
234. MELLO DE ALBURQUEQUE, Celso. *Separata del Curso Introducción al derecho internacional público*. Lima: INAP, 1990.
235. MELOTTI, Umberto. *Revolución y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
236. MENÉNDEZ, Florentín. *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos*. México: Fundación Konrad Adenauer, 2004.
237. MIDÓN, Mario A.R. *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1997.
238. MOMMSEN, Teodoro. *Compendio de derecho público romano*. Madrid: La España Moderna, 1893.
239. MONTESQUIEU, Carlos Luis de Secondat, barón de la Brede y. *El espíritu de las leyes*. México: Porrúa, 1992.
240. MORENO QUINTANA, Lucio. *Preliminares del derecho internacional*. Buenos Aires: Perrot, 1954.
241. MOROTE, Herbert. *El militarismo en el Perú*. Lima: Jaime Campodónico, 2003.

242. MORRISON, Samuel Eliot; COMMAGER, Henry Steele y LEUCHTENBURG, William E. *Breve historia de los Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
243. MOUSNIER, Roland. *La monarquía absoluta en Europa (del siglo V a nuestros días)*. España: Taurus, 1986.
244. MUGUERZA, Javier. "La obediencia al derecho y el imperativo de la disidencia (Una introducción en un debate)". En: *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, N° 70. Madrid, 1986.
245. NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis, 2003.
246. NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2002.
247. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel, 1984.
248. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "La democracia". En: *Regímenes políticos contemporáneos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
249. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Páginas políticas contemporáneas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985.
250. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Regímenes políticos contemporáneos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
251. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. *Derecho político. Introducción a la política y teoría del Estado*. Cuadernos Universitarios. Caracas: Universidad Nacional Andrés Bello, 1990.
252. NOVAK TALAVERA, Fabián y GARCÍA CORROCHANO MOYANO, Luis. *Derecho internacional público*. 2 tomos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.
253. OEHLING DE LOS REYES, Alberto. "Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción dignidad humana". En: *Pensamiento Constitucional*, N° 12. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.
254. OLANO, Carlos Alberto. *Derecho constitucional e ilustraciones políticas*. Bogotá: Temis, 1987.

255. OPPENHEIM, Lassa. *Tratado de derecho internacional público*. Barcelona: Bosch, 1961.
256. ORBEGOZO VENEGAS, Sigifredo. *Poder constituyente y otros ensayos*. Trujillo: Normas Legales, 2002.
257. ORLANDINI, Héctor Rodolfo. *Principios de ciencia política y teoría del Estado*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1985.
258. ORTECHO VILLENNA, Víctor. *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Lima: Rodhas, 2000.
259. ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Madrid: Revista de Occidente, 1984.
260. PALACIOS PIMENTEL, Gustavo. *Elementos de derecho civil*. Lima, 1971.
261. PALMIERI, Máximo. *Introducción al estudio del derecho constitucional*. Guatemala: El Sol, 1975.
262. PANIAGUA SOTO, Juan Luis. *Regímenes políticos. Gobernantes y gobernados: el poder y sus controles*. Barcelona: Salvat Editores, 1981.
263. PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Lima: Justo Valenzuela Ediciones, 1981.
264. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Constitución y valores del ordenamiento*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, s.f.
265. PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 1986.
266. PECES-BARRA, Gregorio. *Seguridad jurídica y solidaridad. Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984.
267. PEGORARO, Lucio. *Lineamientos de la justicia constitucional comparada*. Turín: Coicippichelli, 1998.
268. PÉREZ CHÁVEZ, Luis. *El poder constituyente en el Perú*. Tesis. Lima: Universidad Particular San Martín de Porres, 1995.
269. PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis, 2004.
270. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984.
271. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Mar-

- cial Pons, 2000.
272. PÉREZ SERRANO, Nicolás. *Tratado de derecho político*. Madrid: Civitas, 1984.
273. PINTO-BAZURCO RITTLER, Ernesto. *Diccionario de relaciones internacionales*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1997.
274. PINTO FERREIRA, Luiz. *Curso de derecho constitucional*. Sao Paulo: Saraiva, 1991.
275. PIRENNE, Jacques. *Historia universal*. Barcelona: Océano, 1987.
276. PIZZOLO, Calogiro. "Constitución nacional y procesos de integración regional. El desarrollo del problema de la soberanía". En: *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
277. PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
278. PLANAS SILVA, Pedro. *El Estado moderno. Una nueva biografía*. Lima: DESCO, 1993.
279. PLANAS SILVA, Pedro. "Los límites del legislador ante el juez constitucional". En: *Ius et Praxis*, N° 27. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1997.
280. PLANAS SILVA, Pedro. *Regímenes políticos contemporáneos*. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1997.
281. PODESTÁ COSTA Luis A. y RUDA, José María. *Derecho internacional público*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1985.
282. POSADA, Adolfo. *Tratado de derecho político*. Madrid, Manuel Soler, 1940.
283. POVIÑE, Alfredo. *Sociología*. Córdoba: Assendri, 1954.
284. POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge. *Constitución y estados de excepción*. Lima: Sesator, 1990.
285. POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge. *Curso de derecho constitucional I*. Apuntes de clase. Lima: Universidad de Lima, s.f.
286. PRATS, Ives. *Descentralisation et développement*. Traducción libre. Pa-

rís, 1960.

287. PRATT FAIRCHILD, Henry. *Diccionario de sociología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1960.
288. PRÉLOT, Marcel. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Material de Enseñanza. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1980.
289. PRIETO SANCHIS, José. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2002.
290. PRIETO SANCHIS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: CEC, 1992.
291. QUIGNE, Manuel. "Las partes del Estado". En: *Estado, Sociedad y Derecho*, N° 1. Lima: UPSMP, 1991.
292. QUINTANILLA YOUNG, Víctor y CUBA DE QUINTANILLA, Vilma. *Pensamientos y refranes seleccionados y clasificados*. Lima, 1989.
293. QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1987.
294. RAMÍREZ NOVOA, Ezequiel. *Derecho internacional público*. Lima: Amaru, 1992.
295. RAMOS ALVA, Alfonso. *Lecciones de sociología del derecho*. Lima: Génesis, 1996.
296. RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. *Límites de la reforma constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad del Externado, 2005.
297. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
298. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa-Calpe, 2001.
299. RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía*. México: Porrúa, 1981.
300. REIRIZ, María Graciela. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Eudeba, 1986.
301. REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho internacional*. Madrid: McGraw Hill, 1997.
302. RENAN, Ernest. *¿Qué es una nación?: cartas a Strauss*. Madrid: Alian-

- za, 1987.
303. REQUENA LÓPEZ, Tomás. *El principio de jerarquía normativa*. Madrid: Civitas, 2004.
304. RICO FRONTAURA, Víctor. "El derecho de integración en los procesos latinoamericanos: Comunidad Andina". En: *Integración y supranacionalidad*. Lima: Comunidad Andina, 2001.
305. RISSO, Camilo I. "Gobierno y Estado". En: *Curso de derecho constitucional*. Tucumán: La Ley, 2001.
306. RISSO, Guido I. *Curso de derecho constitucional*. Tucumán: La Ley, 2001.
307. RIVERA S., José. "Recurso de inconstitucionalidad en Bolivia". En: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002.
308. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. *Manual de derecho procesal*. Lima: Grijley, 2006.
309. RODRÍGUEZ GAONA, Roberto. *El control constitucional de la reforma de la Constitución*. Madrid: Dykinson, 2006.
310. RODRÍGUEZ, Rodolfo. *Consideraciones sobre el Estado y el gobierno*. Buenos Aires: Punto, 1993.
311. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. "El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos". En: *Estudios del precedente constitucional*. Lima: Palestra, 2007.
312. ROLLA, Giancarlo. "El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo". En: *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002.
313. ROMANO, Santi. *Principios de derecho administrativo italiano*. Milán: Sel, 1912.
314. ROMERO, César Enrique. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Zarelia, 1978.
315. ROMERO, César Enrique. "Estado de alarma". En: *Enciclopedia jurídica*. Tomo X. Buenos Aires: Omeba, s.f.
316. ROMERO PÉREZ, Jorge. "Soberanía, globalización de las constituciones". En: *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Consti-*

- tucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
317. ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1974.
318. ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El contrato social*. México: Taurus Ediciones, 1966.
319. RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.
320. RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Colección de Textos Jurídicos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.
321. RUIZ ELDREDGE, Alberto. *La Constitución comentada de 1979*. Lima, 1980.
322. RUMNEY, Jay y MAIER, J. *Sociología*. Buenos Aires: Paidós, 1966.
323. SABINE, George H. *Historia de la teoría política*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1998.
324. SÁCHICA, Luis Carlos. *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. Bogotá: Temis, 1988.
325. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho constitucional y estado de emergencia*. Separata. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, s.f.
326. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
327. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1997.
328. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.
329. SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú y el quórum para sus votaciones". En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III*. Serie: Lecturas de Temas Constitucionales, 12. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1996.
330. SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea, 2001.

331. SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de derecho constitucional comparado*. Madrid: Universidad Complutense, 1980.
332. SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Principios de teoría política*. Madrid: Nacional, 1983.
333. SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Madrid: Nacional, 1980.
334. SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, Tula. "Nacionalidad y doble ciudadanía en la Constitución peruana: breve comentario y análisis". En: *Ius et Praxis*, N° 14. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1989.
335. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Luis. "Argumentación jurídica e interpretación constitucional". En: *Scribas*, N° 2. Arequipa: Instituto Jurídico Nacional, 1996.
336. SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 58. Madrid, 2000.
337. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El constitucionalismo. Sus problemas*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.
338. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.
339. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *La libertad y sus problemas*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, s.f.
340. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Kapelusz, 1964.
341. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Revolución y doctrina de facto*. Buenos Aires: Claridad, 1946.
342. SANGUINETTI, Horacio. *Curso de derecho político*. Buenos Aires: Astrea, 2000.
343. SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier. *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson, 1997.
344. SANTIAGO (h), Alfonso. "Los modelos institucionales de la Corte Suprema". En: *Función política de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Aboco, 2000.

345. SARMIENTO GARCÍA, Jorge. *Derecho público*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
346. SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
347. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universitaria, 1970.
348. *Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de fecha 21 de enero del 2002 (Expediente N° 014-2002-AI-TC)*. Lima, 2002.
349. SERRA ROJAS, Andrés. *Diccionario de ciencia política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
350. SERRANO MIGALLÓN, Fernando. "Jurisdicción constitucional política". En: *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Lima: Grijley, 2009.
351. SIEYÈS, Emmanuel. *Escritos y discursos de la Revolución*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
352. SIEYÈS, Emmanuel. *¿Qué es el tercer Estado?* Buenos Aires: Losada, 1993.
353. SILVA SANTISTEBAN, Fernando. *Antropología*. Lima: Universidad de Lima, 1986.
354. SILVA SANTISTEBAN, Fernando. *Introducción a la antropología jurídica*. Lima: Universidad de Lima, 2000.
355. SOBRINO HEREDIA, José Manuel. "El derecho de integración. Marco conceptual y experiencia en la Unión Europea". En: *Integración y supranacionalidad*. Lima: Comunidad Andina, 2001.
356. SOROKIN, Pitirim. *Sociedad, cultura y personalidad*. Nueva York, 1928.
357. SOTELO, Ignacio. "La cuestión del Estado. Estado de la cuestión desde una perspectiva latinoamericana". En: *Encuentro*, N° 35. s.l., 1956.
358. SOTO KLASS, Eduardo. "La vida humana y el derecho". Traducido por Juan Cubas Romero. En: *Jus*. Lima: Centro Federado de la Universidad Particular San Martín de Porres, 1988.
359. SPOTA, Alberto. "Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia en los Estados Unidos". En: *Función política de la*

- Corte Suprema*. Buenos Aires: Abaco, 2000.
360. SPOTA, Alberto. *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*. Buenos Aires: Depalma, 1991.
361. STALIN, Joseph. *Los fundamentos del leninismo*. Lima: Fondo de Cultura Popular, 1973.
362. STEIN, Torsten. "Criterios de interpretación". En: *La Constitución de 1993, análisis y comentarios III*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1996.
363. STEIN, Torsten. "Estado de Derecho, poder público y legitimación desde la perspectiva alemana". En: *Derechos humanos, Estado de Derecho y desarrollo social*. Caracas: Fundación Konrad Adenauer, 1994
364. TAJADURA TEJADA, Javier. *El derecho constitucional y su enseñanza*. Lima: Grijley, 2001.
365. TAYLOR, E.B. *Cultura primitiva*. Buenos Aires: Ediciones Sudamericana, 1986.
366. TENORIO C., Fabián. *La disidencia y los derechos humanos*. Arcos, 1993.
367. THEIMER, Walter. *Historia de las ideas políticas*. Barcelona: Ariel, 1969.
368. TOBAR DONOSO, Julio. *Elementos de ciencia política*. México: Rof, 1988.
369. TORRES CARO, Carlos Alberto. *El derecho de resistencia a la tiranía*. Lima: SEDDEPAZ, 2000.
370. TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de derecho constitucional español*. Madrid, 1992.
371. TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos, 1983.
372. TRUEBA, Manuel Rufino (h). *Instituciones de derecho público*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1997.
373. TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo. *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*. México: Universidad de la Laguna, 1970.
374. VALADES, Santiago. *Problemas constitucionales de Estado de Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

375. VALLE RIESTRA, Javier. "La insurgencia del 13 de noviembre de 1992". En: *Diario Correo*. Lima, 26 de noviembre de 2006.
376. VALLES, Josep M. *Ciencia política*. Barcelona: Ariel, 2000.
377. VANOSSI, Jorge Reynaldo. *El Estado de Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.
378. VANOSSI, Jorge Reynaldo. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Depalma, 1976.
379. VANOSSI, Jorge Reynaldo. *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1976.
380. VERDÚ, Pablo Lucas. "¿Crisis del concepto de Constitución? La Constitución española entre la norma y la realidad". En: *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, 2002.
381. VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1983.
382. VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Madrid: Reus, 1985.
383. VICENTE LONIGRO, Félix. "El Estado y sus elementos". En: *Instituciones de derecho público*. Buenos Aires: Macchi Grupo Editor, 1997.
384. VIGO, Rodolfo. *Los principios jurídicos*. Buenos Aires: Depalma, 2000.
385. VILLACORTA MICHELENA, Pedro. *Los límites del poder constituyente*. Lima: Grijley, 2003.
386. WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.
387. WOOWARD, E.L. *La historia de Inglaterra*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
388. WORMUTH, D. *Los orígenes modernos del constitucionalismo*. Nueva York, 1949.
389. XIFRA HERAS, Jorge. *Curso de derecho constitucional*. Barcelona: Bosch 1962.
390. ZAGREBELSKY, Gustavo. "La Constitución y la interpretación de la Constitución". En: *División de poderes e interpretación*. Madrid: Tecnos, 1987.
391. ZALDIVAR TELO DE SARRIA, Arturo. "La justicia constitucional

- en México. Balance y ritos". En: *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002.
392. ZARINI, Juan Helio. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
393. ZIPPELUS, Reinhold. *Teoría general del Estado*. México, UNAM, 1985.
394. ZOVATTO G., Daniel. *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

TEORÍA DEL ESTADO Y DERECHO CONSTITUCIONAL

Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de

Editorial Adrus S.R.L.

en el mes de Mayo del 2010

