

REVISTA JURÍDICA

# DERECHO Y PODER

Programa de Estudio  
de Derecho de la  
Universidad Privada  
Antenor Orrego



# UPAO

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

  
ASTREA

REVISTA JURÍDICA

# DERECHO Y PODER

Programa de Estudio  
de Derecho de la  
Universidad Privada  
Antenor Orrego

Vol. 1, N° 1, Julio - Diciembre 2023, Trujillo, Perú  
ISSN 3028-9254

**UPAO**  
UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

  
**ASTREA**

La *Revista Jurídica Derecho y Poder* es una publicación académica semestral, multidisciplinaria, impresa y electrónica del programa de estudio de derecho que incluye trabajos de investigación originales. Está abierta a recibir, seleccionar y editar artículos de investigadores externos e internos que contribuyan al avance del conocimiento científico y a la solución de los problemas jurídicos, sociales y políticos.

Las colaboraciones podrán pertenecer a las siguientes categorías: *a)* artículos de investigación empírica; *b)* artículos de revisión; *c)* ensayos, y *d)* reportes de casos.

*Derecho y poder* tiene como objetivos primordiales:

*a)* Difundir los resultados de los avances logrados en las diversas áreas de las ciencias jurídicas y políticas.

*b)* Promover el debate acerca de las diferentes corrientes de pensamiento sostenidas a lo largo de la historia y en la actualidad.

*c)* Fomentar el desarrollo del pensamiento crítico en torno al mundo jurídico y las disciplinas afines.

*d)* Estimular el desarrollo de la investigación y la docencia en estas materias.

*Derecho y poder* es una revista arbitrada que utiliza el sistema de doble ciego de evaluadores externos para la selección de los artículos a publicar.

Revista Jurídica Derecho y Poder

Periodicidad semestral - N° 1, julio-diciembre 2023

Depósito legal N° 2023-12832

ISSN 3028-9254 (edición impresa)

© UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO (UPAO)

Av. América Sur n° 3145 – Trujillo – Perú

[www.upao.edu.pe](http://www.upao.edu.pe) - [derechopoder\\_revista@upao.edu.pe](mailto:derechopoder_revista@upao.edu.pe)

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires - Argentina

[www.astrea.com.ar](http://www.astrea.com.ar) - [editorial@astrea.com.ar](mailto:editorial@astrea.com.ar)

Diseño de tapa: Rodolfo Mesturini

Imagen de portada: © Michael Zysman | Dreamstime.com

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, y fue impresa en Inversiones Gráficas G&M SAC, sita en Jirón San Martín 674, Trujillo, Perú, en la primera quincena de diciembre de 2023.

Tirada: 300 ejemplares.

Impreso en Perú - *Printed in Peru*

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA  
ANTENOR ORREGO**

**RECTORA**

Dra. Yolanda Peralta Chávez

**VICERRECTOR ACADÉMICO**

Dr. Daniel Cerna Bazán

**VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN**

Arq. Julio Chang Lam

**DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Dr. Raúl Lozano Peralta

**REVISTA JURÍDICA DERECHO Y PODER**

**DIRECTORA**

Dra. Tula Benites Vásquez

*Universidad Privada Antenor Orrego, Perú*

**EDITOR**

Ms. Domingo Varas Loli

*Universidad Privada Antenor Orrego, Perú*

**COMITÉ EDITORIAL**

Ms. Alan Yarrow Yarrow

*Universidad Privada Antenor Orrego, Perú*

Dr. Carlos Hakansson Nieto

*Universidad Privada de Piura*

Dr. Martínez Martínez Flores

*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

## **SECCIÓN NACIONAL**

Dr. Francisco Carruitero Lecca  
*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

Dr. José Palomino Manchego  
*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

Ms. Pedro Grández Castro  
*Pontificia Universidad Católica del Perú*

Dr. Omar Sar Suarez  
*Universidad San Martín de Porres*

Dr. Carlos Mesía Ramírez  
*Universidad San Martín de Porres*

## **SECCIÓN INTERNACIONAL**

Dr. Francisco Díaz Revorio  
*Universidad Castilla La Mancha - España*

Dr. Roberto Romboli  
*Universidad de Pisa - Italia*

Dr. Félix Arias Schreiber  
*Freie Universität Berlin Alemania*

Dr. Ricardo Alonso García  
*Universidad Complutense de Madrid - España*

Dr. Eduardo Velandia Canosa  
*Universidad Libre - Colombia*

Dr. Miguel Polaino Orts  
*Universidad de Sevilla - España*

## EDITORIAL

El pensamiento humano vuela a ritmo acelerado y en ese derrotero exterioriza excelencias, pero también debilidades conforme ocurrieron, a manera de ejemplo, con la última pandemia “covid-19”; con las impresionantes migraciones que vienen alcanzando magnitudes sin precedentes; con los conflictos bélicos y otros fenómenos sociales que, englobados, alcanzan contornos que preocupan también a la Universidad por ser receptáculo de una “universalidad de conocimientos”. En este contexto cobran extraordinaria importancia la reflexión y la investigación, tareas que son consustanciales a la actividad académica.

La *Revista Jurídica Derecho y Poder* surge como respuesta a la demanda de compromiso social de la Universidad para contribuir a la gobernabilidad, a la paz social, al orden jurídico y a la estabilidad que requieren los países para emprender el camino del desarrollo. Las endémicas crisis institucionales que hemos atravesado hacen más que evidente que tenemos que repensar nuestra arquitectura jurídica, los modelos organizativos adoptados, los sistemas legislativos y las relaciones entre los poderes del Estado para salir del círculo vicioso que nos ha conducido a una crisis que parece terminal y sistémica.

Anhelamos que esta revista confirme lo expuesto, se erija como tribuna para la expresión del pensamiento libre y fiel testimonio de nuestro propósito.

Así, el artículo del maestro Gustavo Gutiérrez Ticse explora en la posibilidad de que los jueces se conviertan en aliados del diseño de las políticas sociales. El profesor Hubert Asencio Díaz indaga en el tratamiento normativo homogéneo respecto a la imposición de las penas en los delitos contra la

Administración pública. Los académicos José Palomino Manchego y Dante Paiva Goyburu analizan el proceso de evolución del constitucionalismo peruano y los factores sociales y políticos que fueron determinantes. Otro texto del doctor en filosofía de la Universidad de Bremen (Alemania), Julio Roldán, cavila sobre el derecho penal del enemigo. El quinto trabajo corresponde a la doctora Daniela López Testa, que nos aporta una valiosa investigación acerca de la cláusula de eternidad que la reforma de 1949 incorporó a la Constitución alemana, para evitar que se repita lo sucedido con el Tercer Reich ante la omisión de la Constitución de Weimar.

Convocamos a alumnos y profesores del programa de estudio de Derecho de nuestra Universidad, a sus pares del Perú, América Latina y el mundo a colaborar en esta jornada editorial que es obra, especialmente del generoso concurso de sus docentes investigadores.

TULA BENITES VÁSQUEZ

*Directora*

## TABLA DE CONTENIDOS

<i>Editorial</i> .....	V
------------------------	---

### DOCTRINA

<i>La intervención democrática de los jueces en el diseño de las políticas públicas en el Perú</i> Por GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE .....	3
<i>Razones jurídicas para justificar la extensión de la ley 30.304 y del decreto legislativo 1351 a otros delitos contra la Administración pública</i> Por HUBERT EDINSON ASENCIO DÍAZ .....	21
<i>Poder y Constitución. Los cambios constitucionales de la bicentenaria república</i> Por JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO y DANTE PAIVA GOYBURU .....	43
<i>La violencia estatal y el derecho penal del enemigo</i> Por JULIO ROLDÁN .....	77
<i>Identidad constitucional alemana. Escapando de las paradojas</i> Por DANIELA LÓPEZ TESTA .....	91

### VENTANA AL MUNDO

<i>Nuevos rumbos en el pensamiento español: diálogos con Daniel Innerarity</i> Por POR BLANCA NAVARRO PARDIÑAS y LUC VIGNEAUL .....	113
--	-----



**NOTAS CULTURALES****CINE**

<i>Lo mejor y lo peor del “Napoleón” de Ridley Scott</i>	
Por JACINTO ANTÓN .....	131
<i>Woody Allen: un Chéjov contemporáneo</i>	
Por Sonia Barroso Sáez-Bravo .....	137

**LITERATURA**

Javier Solana, <i>Testigo de un tiempo incierto</i> .....	141
Jorge Alejandro Amaya, <i>Fronteras del Sistema Interamericano de Derechos Humanos</i> .....	148
Normas de publicación para los autores .....	155
Declaración de originalidad de autoría de artículos para la publicación en la Revista Jurídica Derecho y Poder ....	159

## **DOCTRINA**



## **LA INTERVENCIÓN DEMOCRÁTICA DE LOS JUECES EN EL DISEÑO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL PERÚ\***

por Gustavo Gutiérrez Ticse\*\*

**Resumen.** Las políticas públicas son actividades que implementan los Estados a través de la Administración pública. En ese orden de ideas, se trata de actos de políticos que usualmente son ejercitados y desarrollados por el Parlamento y el Gobierno. Sin embargo, en las últimas décadas, el sistema jurisdiccional no solo interviene, sino redefine las políticas públicas, sobre todo a través del Tribunal Constitucional.

El presente trabajo hace un análisis del caso peruano en donde la actividad del Tribunal Constitucional ha asumido un activismo en algunos casos radical –aunque sumamente relevante para la afirmación de los derechos sociales– y que vienen redefiniendo el concepto de políticas públicas dentro del sistema democrático contemporáneo.

**Palabras clave:** políticas públicas, derechos sociales, derecho a la salud, justicia constitucional.

### ***THE DEMOCRATIC INTERVENTION OF JUDGES IN THE DESIGN OF PUBLIC POLICIES IN PERU***

**Abstract:** Public policies are activities that States implement through public administration. In that order of ideas, these are

\* Recepción: 19/7/2023; evaluación: 2/8/2023; aceptación: 17/9/2023.

\*\* Magistrado del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional en las Universidades San Martín de Porres, Antenor Orrego de Trujillo y San Ignacio de Loyola.

acts of politicians that are usually exercised and developed by Parliament and the Government. However, in recent decades, the jurisdictional system not only intervenes, but redefines public policies, especially through the Constitutional Court.

This work analyzes the Peruvian case where the activity of the Constitutional Court has assumed radical activism in some cases –although extremely relevant for the affirmation of social rights– and that has been redefining the concept of public policies within the contemporary democratic system.

**Keywords:** public policies, social rights, right to health, constitutional justice.

## § 1. *INTRODUCCIÓN*

El sistema de poder, desde su concreción tripartita entre los siglos XVIII y XIX, ha sufrido una serie de cambios y adaptaciones. La dialéctica social, y el constante proceso de transformación de las relaciones humanas, y el advenimiento de los nuevos derechos, sin duda reconfiguran el esquema clásico del poder. Hoy por hoy, los órganos jurisdiccionales asumen tutela en controversias políticas que hasta hace muy poco eran consideradas no justiciables. Es decir, estamos ante un profundo cambio de los cimientos del esquema clásico de poder.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional, desde su puesta en funcionamiento a partir del año 1995, ha venido afianzando su poder no solamente como órgano jurisdiccional, sino también como un estamento decisorio de políticas públicas. En principio, en materias de política criminal hasta llegar a determinar el sentido de las políticas de salud.

Esta creciente intervención judicial ha reconducido el ámbito de la decisión estatal. Se trata sin duda de un giro radical, como ya lo dijimos, en cuanto al concepto clásico de reparto de las funciones del poder, que reconfigura el aparato estatal en su totalidad, desde el sistema constitucional, y con ella las funciones de los poderes públicos; el Tribunal Constitucional en ese esquema siendo un órgano constituido resulta ser el encargado de interpretar la Constitución, y dentro de sus nuevas competencias, participa en el proceso de formulación de políticas públicas, controlándolas y, en algunos casos, configurándolas.

De hecho, ya el Tribunal Constitucional ha controlado la legitimidad constitucional de medidas relacionadas con:

- a) La provisión de agua potable (STC 03333-2012-AA/TC).
- b) La circulación de vehículos usados con timón cambiado (STC 02500- 2011-AA/TC).
- c) El consumo de bebidas alcohólicas (STC 00850-2008-AA/TC).
- d) El combate contra el tráfico ilícito de drogas (STC 00033-2007-AI/TC).
- e) La infancia y los programas sociales (STC 01817-2009-HC/TC, El 1 D), entre muchas otras [...]

En conclusión, la intervención de los jueces constitucionales en las políticas públicas se viene consolidando en el contexto de sus deberes de respeto y garantía de los derechos (Caso Ley Universitaria, 2015).

## § 2. **LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES Y LA TITULARIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Señala Naranjo que, “aunque se mantiene el principio de la separación de funciones, este no debe entenderse en el sentido de una separación absoluta, como lo planteara Montesquieu, como si se tratara de compartimientos estancos. Lejos de ello, como se verá más adelante, el ejecutivo tiene en el Estado moderno una serie importante de funciones de tipo legislativo, que algunas veces se consideran incluso exageradas. Y, en materia judicial, se le otorgan también atribuciones importantes y se le asignan deberes de colaboración como el de “prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios de la Constitución [...]”. De la misma manera los órganos legislativo y judicial ejercen, en las circunstancias determinadas por cada Constitución, funciones de naturaleza administrativa y jurisdiccional, el primero, y legislativa y administrativa, el segundo” (Naranjo Mesa, 1987).

Es por eso necesario un balance. Lowenstein denomina a esta reformulación de la separación de los poderes la configuración en todos ellos de “una limitación y un control a través de los *checks and balances* frenos y contrapesos, o, como dijo

Montesquieu en fórmula famosa '*le pouvoir arrête le pouvoir*'" (Loewenstein, 1986)

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido lo siguiente:

"Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –*checks and balances of powers*– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos" y además que "Dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado", lo que "sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; sino que exige también el control y balance (*check and balance*) entre los órganos del Estado" (Caso Gaston Ortiz, 2004).

La división de poderes, *ergo*, no es un concepto rígido y metafísico sino dinámico conforme al proceso social. No de otra manera podría sostenerse una teoría construida desde hace centurias. La separación de poderes no se mantendría válida sin una lógica mixtura de funciones cruzadas entre todos los estamentos de poder, más aún cuando el Estado ha pasado de ser un gendarme (estado de policía) conforme surgió con la revolución francesa de 1789, a un claro y activo ejecutor de políticas públicas, sobre todo en asuntos de índole social desde inicios del siglo xx.

En la misma línea Balbín refiere que "el Estado liberal fue desbordado por el nuevo rol de Estado social y económico; el reconocimiento de los nuevos derechos, el desplazamiento de poder político por los poderes corporativos o económicos; el quiebre de principio de legalidad; y el descontrol del poder discrecional del Estado" (Balbín, 2018).

En consecuencia, nos encontramos frente a una reconceptualización de la teoría de la separación de los poderes. Ello en la *praxis* implica una serie de cambios en la configuración del Estado democrático contemporáneo, el cual se transforma del clásico modelo legislativo, a uno en el que la administración está –como asevera Zagrebelsky–, directamente conectada con "los valores y principios, sobre la que hoy debe

basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista" (Zagrebelsky, 2011)

Precisamente, la conexión con los principios hace que hablemos ya no de un Estado legislativo *per se*, sino de un Estado constitucional. Este nuevo estadio del modelo democrático reconfigura las relaciones de poder. El cuadro de valores constitucionales es dinámico y variable. Y esencialmente, busca materializar los derechos, y, por tanto, los roles de los poderes se entremezclan en tanto y en cuanto la finalidad del modelo permite una confluencia de fuerzas dándole a los órganos jurisdiccionales mayor poder, al punto que los del más alto nivel, como el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema, no solo poseen capacidad de veto de las políticas públicas contenidas en normas, sino también potestad correctora y reconfiguradora de las aludidas reglas emitidas por los poderes públicos.

En efecto, la Administración cumple los propósitos constitucionales. El juez está también comprometido con esta causa, más allá de la mera aplicación de la ley. Es en puridad de verdad, un actor más. En muchos casos, al límite entre lo jurisdiccional y lo político. Pero justificado en tanto y cuanto tutele los derechos.

Es, en realidad este cambio, el que moldea nuevas funciones entre los poderes del Estado. La labor legislativa y de la administración se ven seriamente comprometidas en cuanto al desarrollo de las políticas públicas. Como dice el propio Zagrebelsky: "La ley –en este punto de su historia– ya no es la expresión 'pacífica' de una sociedad política internamente coherente, sino que es una manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere 'constitucionales', del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificados de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares. (Zagrebelsky, 2011).



Los actos legislativos y gubernamentales, en consecuencia, son expuestos al control constitucional, incluso las políticas públicas que contienen alta incidencias presupuestal y prestacional (en especial cuando se trata de la materialización de los derechos sociales), entre otras actuaciones que estaban hasta hace muy poco, al margen del conocimiento jurisdiccional.

### § 3. **LA RECONFIGURACIÓN DEMOCRÁTICA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL: DE LEGISLADOR NEGATIVO A GESTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Las políticas públicas como concepto tienen diversas definiciones. La que aquí empleamos es aquella que la define en forma amplia, como diría Lahera, en la medida que se entienda como "un factor común de la política y de las decisiones del gobierno y de la oposición. Así, la política puede ser analizada como la búsqueda de establecer políticas públicas sobre determinados temas, o de influir en ellas. A su vez, parte fundamental del quehacer del gobierno se refiere al diseño, gestión y evaluación de las políticas públicas" (Lahera, 2004).

Son acciones de gestión. Por tanto, forman parte de la usual agenda del Parlamento y del Gobierno, estamentos de poder que tradicionalmente definen las políticas públicas. Sin embargo, la falta de compromisos con los derechos, sobre todo los de índole social, ha propiciado un rol cada vez más activo de los jueces.

No se trata de hacer apología a la superposición constitucional al rol que les corresponde a los poderes políticos, sino en el afán deliberativo que permita fomentar un diálogo colaborativo entre los poderes del Estado. Como señala Gargarella, "no existe una buena razón para pensar que la intervención judicial en esta área necesariamente esté en conflicto con la democracia (deliberativa). Al contrario, también en este ámbito los jueces pueden decidir de manera muy respetuosa hacia la autoridad superior del pueblo y de sus representantes. En su libro sobre los derechos sociales, Cecile Fabre cita algunas posibilidades al respecto. Desde su punto de vista, los tribunales podrían, por ejemplo: i) "establecer que un derecho constitucional ha sido violado, sin demandar remedios es-

pecíficos"; *ii*) "declarar que un derecho constitucional ha sido violado, y pedirle al Estado que provea el remedio; *a*) sin especificar cómo y sin fijar un período límite; *b*) sin especificar cómo, pero demandando que se efectúe en un cierto tiempo"; *iii*) "establecer que un derecho constitucional ha sido violado, exigirle al gobierno la provisión de remedios, y especificar qué clase de remedios pueden usarse, cómo y cuándo" (Fabre, 2000:148; Gloppen, 2006)" (Gargarella, 2006).

Precisamente, la intervención de los jueces debe ser en clave democrática, no pretendiendo irrogarse atribuciones propias de los poderes políticos, ni afanes de superioridad, sino esencialmente, estableciendo fórmulas en base a los derechos que generen una reacción tuitiva en las autoridades.

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha asumido esta tarea y ha coadyuvado en el desarrollo de políticas públicas con especial énfasis precisamente, en los derechos sociales.

#### § 4. ***EL DERECHO A LA SALUD Y SU CONTEXTO COMO POLÍTICA PÚBLICA***

Son varias las sentencias del Tribunal Constitucional, entre ellas, acaso las más relevantes en materia de salud, pensiones, trabajo, educación, infraestructura básica, entre otros derechos de carácter prestacional.

En cuanto al derecho de salud, y el desarrollo de políticas estatales en este sector, el Tribunal Constitucional peruano ha reconceptualizado y extendido los alcances de este derecho en perspectiva progresista y de inmediata operatividad desde el año 2004.

Así, en el caso Azanca Alheli Meza García, referida a la atención médica gratuita para personas con VIH, el Alto Tribunal peruano señaló lo siguiente:

"El reconocimiento de estos derechos implica, entonces, superar su concepción programática, perfeccionando los mandatos sociales de la Constitución, así como la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho (Cascajo, 1998, p. 53).

Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social de derecho" (Azanca Alhelí, 2004).

En esta sentencia, no solo declaró fundada la demanda y ordenó que se considere a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, incluyendo la provisión de medicamentos y análisis correspondientes; sino además, exhorta a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8° de la ley 26.626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA, y dispone finalmente, que la dirección del hospital tratante dé cuenta a este Tribunal, cada 6 meses, de la forma como venía realizándose el tratamiento de la recurrente.

Al amparo de dicho discurso, el Alto colegiado marcó un derrotero en las políticas públicas en materia de salud en el Estado peruano. Las coberturas gratuitas para las personas con VIH, y el desarrollo de un programa de aseguramiento universal (Sistema Integral de Salud) en las agencias sanitarias del estado, ha sido uno de sus resultados.

Años más tarde, en el año 2007, nuevamente reconoció el derecho a la salud mental como derecho fundamental. En ese caso (Azanca Alhelí, 2004), la demanda que motiva la causa busca que se deje sin efecto la orden de alta de G. R. S. expedida por el Hospital 1 Huariaca EsSalud, y que se le otorgue atención médica permanente e indefinida en dicho centro hospitalario, en razón que se dispuso una orden de alta violatoria del derecho a la salud y que le asigna la responsabilidad a la madre de la paciente.

El Tribunal Constitucional constata la imposibilidad de que la madre pueda hacerse cargo de ella debido a su avanzada edad, y advierte también la necesidad de que una persona lleve un control del tratamiento farmacológico por tiempo indefinido. Dispone, por tanto, que las autoridades del centro hospitalario donde se encuentra la paciente brinden de por vida las atenciones médicas necesarias para que no haya re-

trocesos en el nivel de desarrollo de la enfermedad de la cual adolece G. R. S.

En ese sentido, el Alto Tribunal declara fundada la demanda de amparo, deja sin efecto el informe de alta de fecha 7 de noviembre de 2005, expedido por el Hospital 1 Huariaca-EsSalud - Pasco, y ordenar que el Seguro Social de Salud-EsSalud, otorgue a G. R. S., atención médica y hospitalización permanente e indefinida, y la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad mental, así como la realización de exámenes periódicos.

Tiempo después, nuevamente el Tribunal Constitucional se pronunció en una demanda de amparo para tutelar el derecho fundamental a la salud mental de una menor de 16 años, con esquizofrenia hebefrénica crónica.

El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda, y otorgó cobertura enfatizando en el modelo de atención en salud mental. En efecto, “en dicha excepcionalidad y de acuerdo con el nuevo enfoque social, no solo se deberá considerar el diagnóstico médico, sino también el modelo de atención comunitaria, además de otros factores como el peligro para la seguridad e integridad de sí misma, su familia o terceros (situación de agresividad o violencia) y la situación del entorno familiar en todos sus aspectos (económico y social). Para esto último se debe contar con el apoyo de profesionales de trabajo social de Essalud. Además, y fundamentalmente, se deberá considerar la decisión de la beneficiaria en el presente caso en cuanto a las alternativas de tratamiento que existen en su caso”.

Como se puede observar, el juez constitucional ha ido perfilando el sentido de las políticas públicas en materia de salud. Ello, ha permitido que en los últimos años el estado invierta en este sector, aun cuando la pandemia del covid-19 evidenció la precariedad de nuestro sistema de salud.

En tiempos recientes, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado también sobre un caso de salud. Esta vez sobre las llamadas enfermedades raras. Así, el colegiado ha dispuesto la compra de medicamento Ataluren (Translarna) en favor de un niño con distrofia muscular de Duchenne (Coral Monzón en representación de su hijo I.S.T.C., 2023).

Sin embargo, en el fundamento de voto del suscripto, se ha enfatizado en que el costo elevado de este medicamento debe hacerse dentro de un marco de políticas públicas programáticas orientadas a cumplir con objetivos estatales en materia de salud pública tales como la reducción de la anemia, la desnutrición infantil, el combate de enfermedades epidémicas como el dengue, entre otros.

Asimismo, se ha hecho notar del deber del Estado de observar la posibilidad de implementar criterios objetivos, con el fin de analizar de manera más eficiente en qué casos correspondería una intervención estatal que escape de las políticas públicas en materia de derechos sociales y en qué casos se podrían implementar estrategias alternativas como un sistema de copagos, facilidades de importación, exoneraciones arancelarias, reembolsos o convenios extrainstitucionales a nivel internacional.

En ese orden de ideas, el Estado debe facilitar al beneficiario mejores condiciones para el acceso a dichos fármacos, mediante el desarrollo de políticas públicas con fórmulas idóneas que se proyecten además a todos los pacientes con enfermedades raras.

Como se puede advertir, la función de juez constitucional es marcar un derrotero razonable para la cobertura de la salud como derecho social y deber estatal.

## § 5. ***EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA: EL CASO FONAVI***

La vivienda ha sido una aspiración de la mayoría de la población. Pero a contravelo, su acceso siempre estratificado. A lo largo de las últimas décadas los gobiernos han tenido que darle reconocimiento legal a las invasiones urbanas en tierras estatales. Y además de ello, se han implementado fondos financieros de acceso más amplio. Aun con todo, la vivienda sigue siendo uno de los problemas sociales más álgidos en el país.

Precisamente, uno de los fallos más importantes en el caso peruano fue a través del Tribunal Constitucional en el caso Fonavi. Este se trataba de un Fondo de Vivienda administrado por el Estado, y que permitía a los contribuyentes acceder a planes de vivienda y de mejora en las condiciones básicas ha-

bitacionales. Sin embargo, durante su vigencia, fueron miles los aportantes, y solo cientos los beneficiarios. Por lo que, se exigió la devolución de los aportes de quienes no recibieron ningún tipo de beneficio.

Luego de un largo y complejo proceso de lucha política, los fonavistas lograron se apruebe vía referéndum, la Ley 29625, Ley de devolución de dinero del Fonavi, el cual establece lo siguiente: “Devuélvase a todos los trabajadores que contribuyeron al Fonavi el total actualizado de su aportes que fueron descontados de sus remuneraciones”.

El Gobierno emitió el Decreto Supremo 016-2014-EF para el pago actual de los aportantes al Fonavi, pero imponía un cálculo para la devolución de aportes que terminaba por menoscabar el derecho social ya reconocido.

El Tribunal Constitucional –avocado al caso– expresó el deber del Estado de devolver el total actualizado de los aportes que fueron descontados a los trabajadores, y que la actualización del valor de las contribuciones señaladas se llevará a cabo aplicando la tasa de interés legal efectiva vigente durante todo el período comprendido desde junio de 1979 hasta el día y mes que se efectúe la liquidación de la cuenta individual (Caso Colegio de Abogados del Callao contra la ley 29.625, 2012).

Con posterioridad a la decisión del Tribunal Constitucional, el parlamento mediante ley 31.173 dispuso que para efectos de la devolución del Fonavi se incluya aquellos aportes que hicieron los empleadores (Estado y empleadores). Lamentablemente, el propio Estado interpuso una demanda de inconstitucionalidad alegando que la ley rebasaba el marco tutelado, toda vez que el colegiado no contempló para efectos del cálculo de la devolución la posibilidad de incluir los aportes al Fonavi realizados por el Estado u otros en calidad de empleados.

En puridad, no se definió claramente estos componentes, por lo que el propio Tribunal Constitucional, en decisión por mayoría, le dio la razón al gobierno. Solo se devolverán los aportes sin que se cuenten para el efecto los hechos por los empleadores y el Estado (Caso Fonavi IV, 2022).

Sin embargo, dicha sentencia tiene el voto disidente del suscripto. Así, se señala taxativamente lo siguiente:

“A nuestro juicio, esta interpretación del legislador –asumiendo en la ley 31.117– de la devolución de los aportes a título individual es también constitucionalmente lícita, viable y acorde con la ley aprobada por referéndum, como también lo es la desarrollada en la STC 00007-2012-PI/TC. Se justifica desde una lectura sociológica del constitucionalismo histórico y no únicamente desde la Constitución de 1993, pues esta por sí sola, no resuelve el problema. Ciertamente, el decreto Ley 22.591 fue una norma construida en una época distinta, donde la función social se justificaba en el colectivismo. Así, los aportes de los otros actores (Estado y empleador) eran liberaciones para el trabajador. El sentido de la fórmula legal del aludido decreto, por tanto, destinaba dichos aportes a los trabajadores como recursos que les correspondían en calidad de intangibles”.

De cualquier forma, la sentencia del TC dispone que el Poder Ejecutivo adopte las acciones necesarias para el correcto funcionamiento de la Comisión *ad hoc* para la devolución de dichos aportes, así como de las medidas complementarias que sean necesarias.

#### § 6. **LOS DERECHOS SOCIALES MÍNIMOS: LA INFRAESTRUCTURA DEL AGUA Y DESAGÜE PARA PUNCHANA**

El 4 de julio de 2016, don William Navarro Sajami (delegado vecinal de la Junta Vecinal del Asentamiento Humano “Iván Vásquez Valera”), doña Graciela Tejada Soria (subdelegada de la citada junta vecinal) y don Pedro Tuanama Gutiérrez (delegado vecinal de la Junta Vecinal del Asentamiento Humano “21 de Setiembre”), interponen demanda de amparo contra el Gobierno Regional de Loreto, la Dirección Regional de Salud de Loreto, la Municipalidad Provincial de Maynas, la Municipalidad Distrital de Punchana y la Red Asistencial de EsSalud en Loreto, por no actuar de forma adecuada frente al vertimiento de residuos sólidos en cuerpos de agua en el distrito de Punchana por parte del camal municipal de Punchana y el Hospital III de EsSalud-Loreto, ni frente a la quema de residuos sólidos y al olor de los gases que tales residuos emanan. Asimismo, denuncian la ausencia de prestación de los servicios públicos esenciales de agua potable, desagüe y recojo de basu-

ra, lo que ha traído consigo enfermedades infectocontagiosas, situación que afecta sus derechos a la salud, a un ambiente equilibrado para el desarrollo de la vida, a la educación, al agua potable y al trabajo.

En decisión histórica para la justicia social en el Perú, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda respecto de los derechos a contar con un ambiente equilibrado y adecuado, al agua, a la vida, a la salud, a la integridad física, a la vivienda, a acceder a servicios públicos y al bienestar.

Asimismo, en esta sentencia, el Alto Tribunal dispone que, de modo perentorio los demandados cumplan con el cese, en el plazo máximo de 30 días hábiles contabilizados desde el día siguiente de notificada la presente sentencia a la parte demandada, del vertimiento de desechos orgánicos y residuos sin tratar al sistema de alcantarillado municipal que desemboca en el desagüe a cielo abierto ubicado en los asentamientos humanos “Iván Vásquez Valera” y “21 de Setiembre”.

De orden palmario, el establecimiento inmediato de la recolección de residuos sólidos de manera asequible y suficiente, mediante un sistema que evite la acumulación de residuos en las calles o que ellos deban ser transportados a lugares lejanos para su acopio, con una periodicidad cuando menos interdiaria y en un rango de horario establecido. También, el cubrimiento inmediato del alcantarillado a cielo abierto ubicado en los asentamientos humanos “Iván Vásquez Valera” y “21 de Setiembre”, así como la construcción de rasantes que impermeabilicen el suelo y coadyuven a evitar el rebalse de las aguas residuales hacia las calles y casas.

El Tribunal Constitucional sentencia además que, en el plazo máximo de 30 días hábiles, las autoridades demandadas coordinen y dispongan las medidas necesarias para revertir en el más breve plazo, y agotando el máximo de los recursos disponibles para tales efectos, las vulneraciones aquí determinadas. Estas coordinaciones y acciones a seguir deberán estar contenidas en un plan de acción que deberá ser remitido al juzgado de ejecución y a la Defensoría del Pueblo, a más tardar, a los 45 días hábiles contabilizados desde el día siguiente de notificada la sentencia.

Dichas obras deben constituir el abastecimiento de un sistema de agua potable en condiciones accesibles, de calidad y



suficiente, y en la construcción definitiva del sistema de desagüe integrado a la red de alcantarillado municipal.

Finalmente, el colegiado declara la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la Región de Loreto respecto a la vulneración masiva del derecho al agua potable, la contaminación ambiental y la falta de acopio y gestión de los residuos sólidos, de tratamiento, o el tratamiento defectuoso, de las aguas residuales.

En el afán de colaboración de los poderes y de preservación de los derechos concurrentes en las demandas sociales, el Tribunal Constitucional dispone que las entidades demandadas precisen las situaciones de bloqueo institucional que limitan la posibilidad de cumplir debidamente con sus competencias relacionadas con el estado de cosas inconstitucional evidenciado, con la finalidad de que la Defensoría del Pueblo pueda supervisar el cumplimiento cabal de lo dispuesto en esta sentencia y, para que, de ser el caso, el propio colegiado amplíe sus efectos a las entidades correspondientes.

En la misma línea, notifica la sentencia al Ministerio del Ambiente, al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, a la Autoridad Nacional del Agua, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental y a la Presidencia del Consejo de Ministros, y dispone que informen al Tribunal Constitucional y a la Defensoría del Pueblo, en el plazo de 30 días hábiles, sobre los alcances de sus competencias respecto del estado de cosas inconstitucional, con la finalidad de que la Defensoría del Pueblo pueda supervisar el cumplimiento de esta sentencia. Notifica a la Defensoría del Pueblo, para que en el marco de sus atribuciones reconocidas en la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica, supervise que todas las entidades administrativas involucradas cumplan de manera eficaz y oportuna con los mandatos establecidos por este Colegiado.

Se trata de una decisión, acaso la más importante desde el funcionamiento del Tribunal Constitucional. No solamente se reconocen los derechos sociales, sino que se diseña la estructura para la ejecución de políticas públicas en materia de saneamiento e infraestructura básica en la Amazonía peruana.

Articula además los niveles de ejecución y colaboración. Se cuida de intervenir de manera intensa en la misma, y deja

espacio para que el resto de poderes públicos se articulen en el desarrollo y cumplimiento del mandato, tanto en la ejecución de la infraestructura necesaria como para la supervisión y cumplimiento de la sentencia.

La política de saneamiento en la Amazonía peruana tiene con la sentencia del Tribunal Constitucional un marco sumamente relevante que debe desarrollarse con responsabilidad y con urgencia, habida cuenta no solo el compromiso de los derechos sociales, sino la vida, la salud y la dignidad de las personas involucradas.

### § 7. **IMPACTO EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL**

Lo expuesto nos permite afirmar que, en el Estado democrático constitucional, el reparto de roles no puede ser una división inconexa y pétrea entre los poderes del Estado, sino todo lo contrario. Pero sobre todo, hay un mandato constitucional de permanente retroalimentación en función de los derechos. Ello implica que los jueces coadyuvan aún se traten de políticas públicas.

Según el profesor argentino Carlos F. Balbín: “Cuando uno piensa que el diseño constitucional nos lleva a que el poder político, en el cual está representadas mayorías y minorías, diseñe las políticas públicas esto es razonable, pero también es cierto que muchas veces en ese camino no se reconocen satisfactoriamente los derechos y de ahí, por tanto, la necesidad de que también intervengan los jueces” (Balbín, 2014).

El ex magistrado del Tribunal Constitucional peruano Carlos Ramos tiene el mismo criterio concluyente: “Lo que pasa es que las decisiones del Tribunal Constitucional tienen una importancia enorme porque incluso ayudan en el diseño de las políticas públicas. Es decir, corrigen, de pronto, un atraso o una mala orientación por parte de la actividad del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo o del Poder Judicial. Entonces, el Tribunal Constitucional –en ese sentido– lo que busca es salvaguardar los derechos de toda persona y lograr una interpretación conforme y adecuada a la Constitución en caso de que los distintos poderes del Estado no adviertan que su accionar puede ser contrario a los mandatos constitucionales” (Ramos, 2018).

Lo expuesto evidencia el nuevo modelo. En ese sentido, las políticas públicas han sido constitucionalizadas. Es decir, si la ley, y los actos de Administración, no satisfacen los derechos, el control constitucional se habilita para garantizarlos.

En ese devenir que parece inevitable, se hace imperativo evitar el activismo judicial, el cual en vez de coadyuvar el correcto funcionamiento del sistema de poder, y su fuente democrática, puede terminar por desnaturalizar el modelo democrático constitucional si es que se evidencian con renuencia excesos de tutela.

Estamos de acuerdo con Balbín, cuando en el caso argentino y plenamente válido para el Perú, propone los siguientes trazos fundacionales del principio (de división de poderes) en perspectiva de las políticas públicas de la siguiente manera:

a) El Poder Legislativo debe ejercer un rol central como responsable de definir los lineamientos más relevantes de las políticas públicas por ley (planificación de políticas públicas).

A su vez, el Congreso debe fortalecerse con la incorporación de las Administraciones autónomas que dependan de este y no del Poder Ejecutivo y, particularmente, de los órganos de control externo e independientes del presidente, pero ubicados –a su vez– en el escenario propio del legislador (por ejemplo, el órgano de control externo: la Auditoría General de la Nación).

b) El Poder Ejecutivo –que ejerce un papel central en el diseño de las políticas públicas con alcance complementario y sobre todo en su aplicación– debe ser atravesado por técnicas de participación en sus estructuras y decisiones.

c) El Poder Judicial (y en el caso peruano, el Tribunal Constitucional), debe avanzar en el diseño de las políticas públicas, siempre en relación con el reconocimiento de derechos, particularmente, los derechos sociales. Esto es posible por el mayor acceso al proceso judicial y los efectos absolutos de los sentencias. Así, el Estado democrático no solo exige formas sino sustancias, es decir, respeto por los derechos fundamentales y el juez en el principal garante de este compromiso constitucional.

Sin duda, estamos ante un nuevo proceso de cambios en el modelo democrático constitucional que, en resumidas cuentas, busca colocar a la persona como el eje central del poder, organizados armónicamente con la activa participación de los jueces constitucionales.

## § 8. **CONCLUSIONES**

El sistema de poder, desde su concreción tripartita entre los siglos XVIII y XIX, ha sufrido una serie de cambios y adaptaciones. Hoy por hoy, los órganos jurisdiccionales asumen tutela en controversias políticas que hasta hace muy poco eran consideradas no justiciables. Es decir, estamos ante un profundo cambio de los cimientos del esquema clásico de poder.

En el Perú, el Tribunal Constitucional como órgano de cierre y de interpretación constitucional, ha venido interviniendo en causas judiciales ligadas a las políticas públicas. Se trata, sin duda, de un giro radical como ya lo dijimos, en cuanto al concepto clásico de reparto de las funciones del poder, que reconfigura el aparato estatal en su totalidad, desde el sistema constitucional, y con ella las funciones de los poderes públicos.

La falta de compromisos con los derechos desde la organización del poder, sobre todo los de índole social, ha propiciado ese rol cada vez más activo de los jueces constitucionales. No es un proceso sencillo en puridad, no solo por que se trata de una reconfiguración del rol judicial, sino como señala Gargarella en muchos casos, no son atendidos como deberían serlos, porque queda aún en el pensamiento inclusive de los propios jueces justificaciones para no aplicar los derechos sociales en razón de que "son muy costosos (mientras que los derechos civiles o políticos no lo son)" (Gargarella, 2006).

Lo expuesto nos permite afirmar que, en el Estado democrático constitucional, el reparto de roles no puede ser una división inconexa y pétrea entre los poderes del Estado, sino todo lo contrario. Ello implica que los jueces coadyuvan aunque se traten de políticas públicas y en clave más tuitiva se comprometan más con los principios y valores constitucionales.

En suma, si bien se hace imperativo evitar el activismo, el modelo democrático constitucional debe preservar a la persona y sus derechos. Es por ello que las sentencias emitidas deben servir como faros en el sendero del bienestar y del buen gobierno, y de una real y racional reconfiguración del rol del juez consitucional en claro resguardo democrático.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Azanca Alhelí, Sentencia 02945-2003-AA/TC (Tribunal Constitucional 20 de abril de 2004).
- Balbín, C. (13 de junio de 2014). *Los jueces intervenimos en el diseño de políticas públicas*, R. Ijudicial, entrevistador)
- Balbín, C. (2018). *Manual de derecho administrativo*, 4ª ed., Bs. As., La Ley.
- Cascajo Castro, J. L. (1998). *La tutela constitucional de los derechos sociales*, "Cuadernos y Debates", n° 5, Madrid).
- Colegio de Abogados del Callao contra la Ley 29625, Sentencia 007-2012-PI/TC (Tribunal Constitucional 26 de octubre de 2012).
- Coral Monzón en representación de su hijo I.S.T.C., Sentencia 01503-2022-PA/TC (Tribunal Constitucional 24 de Mayo de 2023).
- Fonavi, Sentencia 00007-2012-AI/TC (Tribunal Constitucional 26 de octubre de 2012).
- Fonavi IV, Sentencia 00016-2021-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 24 de noviembre de 2022).
- Gastón Ortiz, Sentencia 03760-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 2 de diciembre de 2004).
- Ley Universitaria, Sentencia 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 007-2015-PI/TC (Tribunal Constitucional 15 de noviembre de 2015).
- Gargarella, R. (2006). *Scielo*. Obtenido de [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-76532006000200001&script=sci\\_abstract](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-76532006000200001&script=sci_abstract).
- Lahera, E. (2004). *Política y políticas públicas*, Santiago de Chile, Cepal.
- Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ariel.
- Naranjo Mesa, V. (1987). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Themis.
- Ramos, C. (29 de enero de 2018). *Sentencias del TC ayudan a mejorar políticas públicas*, P. Herrero, entrevistador).
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta.

## **RAZONES JURÍDICAS PARA JUSTIFICAR LA EXTENSIÓN DE LA LEY 30.304 Y DEL DECRETO LEGISLATIVO 1351 A OTROS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA\***

por Hubert Edinson Asencio Diaz\*\*

**Resumen.** Mediante ley 30.304, de fecha 28 de febrero de 2015, se modifica el art. 57 del Cód. Penal, en el sentido que los funcionarios que sean condenados por los delitos de colusión y peculado no puedan gozar de la suspensión de la ejecución de la pena, y por tanto, tendrán que cumplir su condena en un centro penitenciario. Asimismo, el día 6 de enero de 2017 se promulgó el decreto legislativo 1351, por el cual se modifica nuevamente el art. 57, estableciéndose que la figura de la suspensión de la ejecución de la pena no resulta aplicable a los funcionarios y servidores públicos condenados, además de los delitos de colusión y peculado, por los delitos de malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito. Así, si la finalidad fue imponer severidad en la aplicación de las sanciones penales; no obstante, ello solo aplica para algunos ilícitos penales contra la Administración pública, dejándose de lado otros delitos tan importantes de la misma tipología, por lo que a través de ese artículo quedará demostrado que no ha existido un tratamiento normativo homogéneo en el modo de imposición de penas, que acoja a la teoría de la prevención general, lo cual genera que se siga vulnerando el bien jurídico protegido como

\* Recepción: 14/7/2023; evaluación: 29/7/2023; aceptación: 30/8/2023.

\*\* Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. M. Cs. Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Cajamarca. Estudios de Maestría en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Nacional de Cajamarca. Doctor en Derecho por la Universidad Privada del Norte. Juez Especializado de Familia del Distrito Judicial de Trujillo.

es el correcto funcionamiento de la Administración pública. Análisis realizado desde la visión de la corriente filosófica del tetradi-dimensionalismo jurídico.

**Palabras clave:** delitos contra la Administración pública, política criminal, suspensión de la ejecución de la pena.

**LEGAL REASONS TO JUSTIFY  
THE EXTENSION OF LAW 30.304 AND LEGISLATIVE  
DECREE 1351 TO OTHER CRIMES  
AGAINST THE PUBLIC ADMINISTRATION**

**Abstract.** Through Law 30.304, dated February 28, 2015, article 57 of the Penal Code is modified, in the sense that officials who are convicted of the crimes of collusion and embezzlement, cannot enjoy the suspension of the execution of the sentence, and therefore, they will have to serve their sentence in a penitentiary center. Likewise, on January 6, 2017, Legislative Decree 1351 was promulgated, through which article 57 is modified again, establishing that the figure of the suspension of the execution of the sentence is not applicable to the officials and public servants convicted, in addition to the crimes of collusion and embezzlement, for the crimes of embezzlement, specific passive bribery, passive corruption of judicial assistants, incompatible negotiation and illicit enrichment. Thus, if the purpose was to impose severity in the application of criminal sanctions; however, this only applies to some criminal offenses against the public Administration, leaving aside other such important crimes of the same type, so through this article we will demonstrate that there has not been a homogeneous regulatory treatment in the form of imposition of penalties, which embraces the theory of general prevention, which generates that the protected legal right continues to be violated, such as the proper functioning of the public Administration. Analysis carried out from the perspective of the philosophical current of legal tetradi-dimensionalism.

**Keywords:** crimes against the public Administration, criminal policy, suspension of the execution of the sentence.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

En los últimos tiempos, los ilícitos penales cometidos por los servidores o funcionarios públicos en las diferentes enti-

dades estatales han suscitado una polémica inesperada, en especial por la corrupción sistemática que se apodera de los más altos niveles de la organización estatal, representando así conductas antijurídicas que entorpecen su correcto funcionamiento y ocasionando graves perjuicios económicos al Estado, por lo que la corrupción deviene en un serio problema para toda sociedad, por la afectación de derechos fundamentales que genera, y que lamentablemente, afecta con mayor impacto, a la población más vulnerable y de escasos recursos económicos.

En ese orden de ideas, la corrupción según la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción (2021), se define como el mal uso del poder público o privado con la finalidad de obtener un beneficio indebido, ya sea de índole económico o no económico; alguna ventaja, directa o indirecta, por parte de agentes públicos, privados o ciudadanos; que vulneran principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales.

En tal contexto, con fecha 28 de febrero de 2015 se promulgó la ley 30.304, “que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos”, mediante la cual se modifica el art. 57 de nuestro Cód. Penal, regulador de la figura jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena, estableciéndose que aquellos servidores o funcionarios estatales condenados por los delitos de peculado y colusión no puedan gozar de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, y, en consecuencia, tendrán que cumplirla su totalidad en prisión.

El día 6 de enero de 2017 se promulgó el decreto legislativo 1351, “que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana”, a través del cual nuevamente se modificó el texto del art. 57 del Cód. penal, estableciéndose la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para servidores o funcionarios estatales que hayan sido condenados por cualesquiera de los ilícitos penales previstos, además de los arts. 384 (colusión) y 387 (peculado), a los delitos previstos en el art. 389, segundo párrafo, 395, 396, 399 y 401 del Cód. Penal, ampliándose la gama de delitos contra la Administración pública (delitos de malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales,



negociación incompatible, así como para el delito de enriquecimiento ilícito), respecto de los cuales, no será posible aplicar la suspensión de la condena, no interesando así la existencia o no de los presupuestos establecidos en el art. 57 del Cód. Penal.

Así, el art. 57 del Cód. Penal quedó redactado con el siguiente texto: "El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los arts. 384, 387, segundo párrafo del art. 389, 395, 396, 399, y 401 del Código, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del art. 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales *c*, *d* y *e* del numeral 3 del art. 122".

Sin embargo, a través de estas modificatorias se incluyen solo siete delitos contra la Administración pública pese a que en nuestra legislación penal se encuentran tipificados veintiocho delitos de esta tipología, dejándose de lado a otros delitos que también vulneran el bien jurídico: correcto funcionamiento de la Administración pública, que es lo que precisamente se busca proteger y garantizar a través de la normativa pertinente, como fin político criminal de nuestro Estado peruano. De ahí que se necesita conocer cuáles son las razones jurídicas que justifican la extensión de la ley 30.304 y del decreto legislativo 1351 a otros delitos contra la Administración estatal,

y así comprender por qué razón no debería prohibirse la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena únicamente a siete delitos de esta tipología, pues corresponde que ello abarque también a otros delitos contra la Administración pública, por su gran connotación e incidencia delictiva, pues así se garantizará y protegerá su bien jurídico, como es el correcto funcionamiento del aparato estatal, entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que nuestro Estado utiliza para poder cumplir con sus objetivos constitucionales (Montoya, 2015). Pero además por una necesidad de que exista un tratamiento homogéneo que acoja a la teoría de la prevención general, y así dar cumplimiento a la función de la pena; de modo que la sociedad no siga viendo defraudada sus expectativas en el aparato estatal. Por lo que, si bien la política de combatir la corrupción es una tarea fundamental del aparato estatal, tenemos que, si el objetivo es poder crecer en lo económico, político y democrático como país, corresponde adoptar medidas tendientes a ello en las distintas instituciones estatales; no obstante, nuestras autoridades políticas y los legisladores han debido analizar con profundidad aquellos fundamentos jurídicos de las diversas medidas normativas que adoptan, para evitar adoptar mecanismos que puedan resultar perjudiciales.

Los delitos contra la Administración estatal son pluriofensivos, pues además de proteger el recto funcionamiento del aparato estatal, de modo general, también, de forma específica, se busca proteger el deber de lealtad y probidad de aquellos servidores y funcionarios estatales en el cumplimiento de sus funciones encomendadas en razón del cargo que desempeñan, como percibir, administrar y custodiar el patrimonio del Estado.

## § 2. **METODOLOGÍA EMPLEADA**

Para el desarrollo de esta investigación, dada la rigurosidad que le quisimos irrogar, hemos empleado diversos métodos, que nos han permitido obtener una manera lógica del conocimiento que nos ocupa:

a) **MÉTODO DOGMÁTICO JURÍDICO-FORMALISTA.** Se utilizó este método cuando se realizó el estudio doctrinal de las diferentes instituciones jurídicas en las que se encuentra enmarcada el de-

sarrollo de esta investigación, además se ha tenido en cuenta la normatividad vigente por cuanto esta a su vez ha sido objeto de análisis en correlación con la doctrina que la ha sustentado.

b) *MÉTODO ANALÍTICO-SINTÉTICO*. Este método nos permitió determinar las causas y efectos de nuestro tema de investigación, en el proceso de conocimiento, pues resultó de suma importancia el establecimiento de las causas y los efectos que ellas originan en el tópico que nos ocupó.

c) *MÉTODO INDUCTIVO-DEDUCTIVO*. Después de haber realizado un análisis de la dogmática jurídica que da sustento a la aparición de la institución jurídica bajo estudio, y de haber estudiado la figura que nos atañe y las normas que la regulan, procedimos a realizar la contrastación a través de la argumentación con nuestro marco teórico general del problema de investigación planteado, con el fin de obtener los resultados. Así, luego de definido nuestro marco teórico general, describimos cómo se presenta el problema en nuestro ordenamiento jurídico, para poder aplicarla en realidades concretas.

d) *MÉTODO DE INTERPRETACIÓN O HERMENÉUTICA JURÍDICA*. Este método nos ha ayudado en el análisis y estudio de la normatividad relacionada con nuestro tema de tesis, pues hemos podido desentrañar cuál es el real sentido del instituto jurídico y de la norma jurídica que lo sustenta, así como su origen y fundamento doctrinal, utilizando así diferentes formas de interpretación con las que cuenta este método.

e) *MÉTODO DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*. La utilización de este método nos ha permitido elaborar el discurso jurídico relevante y bien estructurado, ya que hemos empleado las reglas técnicas, desmembrando el objeto de estudio en todo su sentido gramatical, para con ello elaborar las proposiciones jurídicas referentes al tema investigado.

### § 3. *RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN*

El objetivo fundamental de la presente investigación fue identificar las razones jurídicas que justifican la extensión de la ley 30.304 y del decreto legislativo 1351 a otros delitos contra la Administración pública, con la finalidad fundamental de que exista un tratamiento normativo homogéneo en la forma de

imposición de la pena, por razones de política criminal, teniendo como base para ello, la teoría de la prevención general, pero además con la finalidad de que la sociedad no vea defraudada sus expectativas en el aparato estatal, además de garantizar el correcto funcionamiento de la Administración pública, máxime cuando en estos tiempos existe un alto índice en la comisión de ilícitos penales de esta tipología.

Los resultados que a continuación se detallarán y su respectivo análisis, sobre cada una de las razones jurídicas que presentamos como respuesta al problema planteado, las proponemos, realizando una reflexión crítica, tomando como base los postulados de la corriente filosófica del derecho conocida como "tetradimensionalismo jurídico" propuesta por el Miguel Polaino Navarrete, es decir, entender a la institución jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena desde sus dimensiones sociológica, axiológica, normativa y temporal, pretendiendo sustentar con ello su función y fin dentro del derecho penal.

Así, veamos a continuación el análisis crítico señalado, de la evolución y cambios de la figura de la suspensión de la ejecución de la pena a través de los cuadros siguientes:

Perspectiva de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, a través del Código Maurtua y el decreto legislativo 126:

	DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA	DIMENSIÓN AXIOLÓGICA	DIMENSIÓN NORMATIVA	DIMENSIÓN TEMPORAL
SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	CÓDIGO PENAL DE 1924 - CÓDIGO MAURTUA			
	Evitar aplicación efectiva PPL de corta duración. Aplicación limitada a PPL no 6 meses de duración. Asimilación del sistema franco-belga.	Evitar efectos negativos de encarcelamiento.	Art. 53, <i>in fine</i> hacía referencia "beneficio de la suspensión condicional". Criterio adoptado también por la jurisprudencia de la Corte Suprema.	Ley 4868 (27/7/1924)
	DECRETO LEGISLATIVO 126			
	Aplicación a PPL no 2 años.	Ibidem	Ibidem	D. Leg. 126 (12/6/1981)

Perspectiva de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, a través del Código Penal de 1991 aprobado por decreto legislativo 635:

	DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA	DIMENSIÓN AXIOLÓGICA	DIMENSIÓN NORMATIVA	DIMENSIÓN TEMPORAL
	CÓDIGO PENAL DE 1991			
SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	Evitar aplicación efectiva PPL de corta y mediana duración. Ampliación de aplicación a PPL no 4 años. No reincidencia. No habitualidad.	Evitar efectos negativos de encarcelamiento. Pronóstico favorable de cambio positivo del ser humano. Disuadir al delincuente de no volver a delinquir "prevención especial".	Art. 57. – El juez puede suspender la ejecución de pena reúnan requisitos siguientes: 1. Condena a PPL no 4 años. 2. Naturaleza, modalidad del hecho punible, comport. procesal y personalidad de agente, permitan inferir no volverá a cometer delito. Debida motivación. 3. Agente no reincidente o habitual. Plazo suspensión de 1 a 3 años.	D. Leg. 635 (3/4/1991)

Cambio de perspectiva de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, a raíz de que el Estado Peruano asume compromisos internacionales de lucha severa contra la corrupción, y se promulga la ley 30.304, como inicio de tal finalidad: (*ver grilla de página 27*).

Consolidación del cambio de perspectiva de la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, a raíz de que el Estado Peruano asume compromisos internacionales de lucha severa contra la corrupción, y se promulga el decreto legislativo 1351 (*ver grilla de página 28*).

DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA	DIMENSIÓN AXIOLÓGICA	DIMENSIÓN NORMATIVA	DIMENSIÓN TEMPORAL
LEY 30.304			
<p>- Perú suscribe y ratifica Convención ONU contra Corrupción.                      - Compromiso adoptar medidas de lucha más severas.                      - Corrupción principal problema social del país.                      - Merma recursos del Estado destinados a atender necesidades de población.                      - Pérdida de no menos de S./ 6000.000.</p>	<p>- Política criminal Estado debe res-ponder a la gravedad de la lesión que infringe al Estado los funcionarios corruptos.                      - Delitos de colusión y peculado, con- siderados graves en perjuicio de la Adm. pública.                      - Jueces no podrán aplicar suspensión de ejecución de pena en dichos delitos afectan el correcto funcionamiento de la Adm. pública y el erario estatal.                      - Lesión de la confianza de los ciuda- danos, para con sus instituciones pú- blicas y sus funcionarios o servidores.                      - CIDH, este tipo de delitos afectan o impiden el ejercicio pleno de una mul- tiplicidad de derechos de la colecti- vidad (alimentación, salud, vivienda, educación, etc.).                      - Estimula la discriminación y agrava la situación económica de quienes vi- ven en situación de vulnerabilidad.                      - Debilitan la institucionalidad demo- crática.</p>	<p>"Art. 57. - Requisitos. El juez puede suspender la ejecución de la pena siem- pre que se reúnan los re- quisitos siguientes:                      ...                      La suspensión de la eje- cución de la pena es ina- plicable a los funcionarios o servidores públicos conde- nados por cualquiera de los delitos dolosos pre- vistos en los arts. 384 y 387".</p>	<p>28/2/2015</p>
<p>SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</p>			

DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA	DIMENSIÓN AXIOLÓGICA	DIMENSIÓN NORMATIVA	DIMENSIÓN TEMPORAL
<p style="text-align: center;">SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</p>	<p style="text-align: center;">DECRETO LEGISLATIVO 1351</p>	<p>“Art 57.- Requisitos. El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: ...          La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los arts. 384, 387, segundo párrafo del art. 389, 395, 396, 399 y 401 del Código”.</p>	<p style="text-align: right;">7/1/2017</p>
	<p>- Política criminal Estatal debe res-ponder a gravedad de lesión que in-fringe al Estado los funcionarios co-rruptos.          - Delitos de colusión, peculado, mal-versación agravada, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de au-xiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito, agravados perjuicio de Adm. pública.          - Jueces no aplicar suspensión de eje-cución de pena en dichos delitos que afectan correcto funcionamiento de Adm. pública y erario estatal.          - Lesión de la confianza de los ciuda-danos, para con sus instituciones pú-blicas y sus funcionarios o servidores.          - CIDH, estos delitos afectan o impi-den ejercicio pleno de multiplicidad de derechos de colectividad (alimenta-ción, salud, vivienda, educación, etc.).          - Estimula discriminación y agrava situa-ción económica de quienes viven en si-tuación vulnerable.</p>		

#### § 4. **EXTENSIÓN DE LA NORMA A OTROS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Todo lo antes descripto y analizado nos permite señalar que la extensión de la normatividad bajo análisis a los demás delitos contra la Administración pública se debe dar en razón a las siguientes circunstancias:

a) *TRATAMIENTO NORMATIVO HOMOGÉNEO.* Conforme hemos detallado, por medio de las modificatorias dadas al art. 57 del Cód. Penal, si bien se ha buscado dar severidad en la sanción penal contra funcionarios o servidores públicos que atentan contra la Administración pública, no obstante, ello solamente aplicaría para algunos esos delitos, dejándose de lado otros de esta gama tan importantes y de alta incidencia en nuestra sociedad. Es decir que en los casos en donde los funcionarios y servidores públicos cometan un delito contra la Administración pública distintos de los establecidos en el art. 57 del Cód. Penal, y de presentarse los requisitos establecidos en él, no habría restricción alguna para que el juez pueda disponer la suspensión de la condena, lo cual indefectiblemente seguirá generando en la sociedad una situación de impunidad e indefensión.

Observamos que se han dejado de lado otros delitos importantes comprendidos también dentro de la tipología de delitos contra la Administración pública previstos en el Código Penal, como los de concusión (art. 382), cohecho pasivo propio (art. 393), soborno internacional pasivo (art. 393-A), cohecho pasivo impropio (art. 394), cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (art. 395-A), cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial (art. 395-B), cohecho activo genérico (art. 397), cohecho activo transnacional (art. 397-A), cohecho activo específico (art. 398), cohecho activo en el ámbito de la función policial (398-A), tráfico de influencias (art. 400), que conforme se puede apreciar de su propia redacción del tipo penal, oscilan con penas mínimas promedio no menor de cuatro años de pena privativa de libertad, y que incluso pueden tener penas máximas de ocho, esto en su tipo base, pues de existir agravantes, la pena es mayor.

Los espacios punitivos de estos once delitos son casi similares como los límites punitivos de los siete delitos que



han sido incluidos en el art. 57 del Cód. Penal, lo cual permite corroborar que no ha existido un tratamiento normativo homogéneo por parte del legislador al incluir algunos delitos contra la Administración pública, como excluyentes para la aplicación del instituto jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena.

b) *OBSERVANCIA DEL FIN POLÍTICO CRIMINAL EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.* Como se ha podido evidenciar a través de las modificaciones efectuadas al art. 57 del Cód. Penal, se ha dejado de lado la observancia del fin político criminal de esta gama de delitos, pues lo que el Estado busca con su regulación es garantizar el correcto funcionamiento de la Administración pública, y, además garantizar la plena confianza que la sociedad tiene en el aparato estatal y sus funcionarios, que indudablemente se ve defraudada con la conducta del funcionario contrario a derecho. Pero, además, se busca en los funcionarios y servidores públicos una conducta íntegra, leal y proba; de tal forma que se pueda satisfacer los derechos fundamentales de todos los integrantes de nuestra sociedad, sobre todo de los más vulnerables. Por lo que, si la razón de ser de incluir siete delitos contra la Administración pública dentro del art. 57 del Cód. Penal, como parte de la política criminal de nuestro Estado, entonces, por qué no se tuvo en consideración otros delitos de alta incidencia delictiva y con una prognosis de pena similar, como los mencionados precedentemente, que de igual manera tienden a proteger el mismo bien jurídico tutelado por esta clase de delitos, buscándose así la fidelidad a la pureza de la Administración pública o, dicho de otra forma, el regular desenvolvimiento de las funciones públicas estatales (Creus, 1999).

c) *LA OBSERVANCIA DE LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL COMO FUNDAMENTO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE PENAS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.* Nuestro Estado peruano se exhibe como un Estado social y democrático de derecho, en el cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, conforme así se propugna en el art. 1º de nuestra carta magna; es decir, tiene como postulados fundamentales: la supremacía de la Constitución, la limitación del poder y el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales (Espinosa-Saldaña, 2001).

Así, dentro de este marco constitucional, el derecho penal debe legitimarse como un sistema de protección efectiva de todos los ciudadanos, teniendo así una función de prevención, respecto de comportamientos que considere reprochables (Mir, 2002). Por ello, nuestra carta magna, en el art. 139, numeral 22, establece como principio y derecho de la función jurisdiccional que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; con lo cual, tenemos que se asigna a la pena una función preventiva especial positiva, lo cual guarda coherencia con lo establecido en el Código Penal, en cuyo art. IX del Título Preliminar, se ha establecido que la pena cumple una función preventiva, protectora y resocializadora, asignándose asimismo a la pena una función preventiva general.

Con las modificatorias dadas al art. 57 del Cód. Penal, se ha buscado generar un efecto amedrentador mediante la pena como reproche punitivo en la conducta del funcionario o servidor público transgresor de la norma penal, estableciéndose que la suspensión de la ejecución de la pena ya no se aplique en siete delitos contra la Administración pública, bajo una visión de la función del derecho penal de la pena: prevención general, y por tanto, la pena privativa de libertad deba ser efectiva.

En tal contexto, frente a esta finalidad político criminal adoptado por nuestro Estado para luchar contra la corrupción y conseguir la disminución del alto índice de comisión de delitos contra la Administración pública, cabe preguntarse: ¿por qué si la valoración de la situación actual por parte de los Poderes Legislativo y Ejecutivo fue eliminar la sensación de impunidad y la desconfianza por parte de la sociedad, así como generar un efecto amedrentador en los funcionarios y servidores públicos (función de prevención general de la pena), ello no se hizo extensivo también para otros delitos contra la Administración pública, que al igual que los delitos de colusión, peculado doloso, malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito, atentan contra el bien jurídico protegido "correcto funcionamiento de la Administración pública"?

## § 5. *ANÁLISIS IUSFILOSÓFICO TETRADIMENSIONAL*

A partir de un análisis del tema de investigación que nos ocupa mediante la corriente iusfilosófica del tetradimensionalismo jurídico (hecho, valor, norma y tiempo) y analizando las dimensiones de la problemática planteada, tenemos como resultado lo siguiente:

a) *DIMENSIÓN SOCIAL (HECHO)*. Los delitos contra la Administración pública son conductas humanas que generan ingentes daños y perjuicios al correcto funcionamiento de la Administración pública, producto del quebrantamiento de los deberes de carácter especial que asumen en su condición de garantes (funcionarios y servidores públicos).

b) *DIMENSIÓN VALORATIVA (VALOR)*. De la revisión de la tipología de delitos contra la Administración pública, en el momento de establecerse, quienes propusieron su regulación han valorado los siguientes aspectos:

V1: Sensación de impunidad por parte de la sociedad.

V2: Desconfianza por parte de la sociedad.

V3: Generar un efecto amedrentador.

V4: Suspensión de la ejecución de la pena en los delitos de colusión, peculado doloso, malversación, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito.

En consecuencia, si bien el Estado debe enviar un mensaje político claro de que la corrupción no se tolera y en atención a ello es que nuestros legisladores han considerado y establecido que la prisión efectiva cumpliría una función ejemplarizante al constituir la sanción máxima contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, siguiéndose así una teoría de la pena de prevención general, y de este modo, la sociedad podría volver a confiar en el sistema y saber que la norma válida es la que señala que “está prohibido corromper”; no obstante, no entendemos por qué el legislador ha establecido una diferenciación, o mejor dicho una discriminación respecto de prohibir la suspensión de la pena solo para algunos delitos contra la Administración pública y, en todo caso, por qué no debió consi-

derarse a otros tipos penales de alta incidencia delictiva y que generan un gran reproche penal.

Con lo que tenemos que no se ha realizado una correcta valoración de la situación que aflige a nuestro país, inobservándose la función de la pena, desde la óptica de la prevención general para todos los delitos contra la Administración pública, como fin político criminal del Estado, y por tanto, no protegiéndose de manera correcta y homogénea el bien jurídico tutelado, como es el correcto funcionamiento de la Administración pública, y así ajustar sus contenidos de tipicidad, en razón a que la misma constituye una temática de gran trascendencia para la existencia de nuestro Estado peruano.

c) *DIMENSIÓN NORMATIVA (NORMA)*. Se promulgó la ley 30.304 y el decreto legislativo 1351 sin valorarse en todas sus aristas los valores antes señalados.

d) *DIMENSIÓN TEMPORAL (TIEMPO)*. Al realizar el análisis del derecho, teniendo como base la temporalidad en el conocimiento científico, se nos permite aproximarnos al derecho vivo y palpante, en acción; como dice Polaino Navarrete, no se estudia al derecho penal de forma estática, sino de forma dinámica, en su contexto temporal, esto es, valorando su evolución anterior y relacionándola con la venidera (Polaino, 2004).

## § 6. ***LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN COMO INTERÉS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO Y COMO POLÍTICA DE ESTADO***

La Administración pública como función pública deviene en un interés constitucionalmente protegido, cuyo fin es garantizar de igual modo el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas de manera igualitaria, pues en un Estado constitucional de derecho, por intermedio del aparato estatal, se otorga a la sociedad en cumplimiento efectivo del interés general, los diversos servicios públicos, como parte de su función. En ese contexto, durante la presente investigación, se ha logrado establecer que, pese al incremento considerable de delitos contra la Administración pública en todas las esferas del Estado, y que la corrupción es considerada como uno de los principales problemas que aquejan a nuestro país, nuestros legisladores

han desconocido tal realidad, haciendo una discriminación en la forma de imposición y ejecución de las penas para los delitos en estudio, estableciendo rigurosidades únicamente para algunos delitos, sin que exista justificación jurídica alguna.

En ese sentido, posiciones en contrario a la punibilidad de las figuras bajo análisis vulneran la prevención y control de la corrupción como interés constitucionalmente protegido, pues la lucha contra la corrupción es un mandato que se desprende de los arts. 39<sup>1</sup>, 41<sup>2</sup> y 44<sup>3</sup> de nuestra Constitución Política del Estado, lo cual también ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional peruano en diversas resoluciones, señalando expresamente: "el propio combate a toda forma de corrupción goza también de protección constitucional"<sup>4</sup>; es por ello, que nuestro Estado ha buscado reafirmar este compromiso al suscribir y ratificar los principales instrumentos internacionales, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción; así como también la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, también conocida como la Convención de Mérida, convenciones en las cuales se prescribe como delito reprimible por los Estados parte diversos comportamientos corruptos, y en las cuales se propone una serie de medidas para detectar, investigar y sancionar comportamientos corruptos, así como la promoción de medidas preventivas y de cooperación internacional.

<sup>1</sup> Art. 39 de la Constitución Política del Perú: "*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...*".

<sup>2</sup> Art. 41 de la Constitución Política del Perú: "*Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley. Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.*

*La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública...*".

<sup>3</sup> Art. 44 de la Constitución peruana: "*Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación...*".

<sup>4</sup> Expedientes n° 006-2006-PCC/TC y n° 00017-2011-PI/TC.

De igual modo, nuestro país ha reiterado su compromiso de luchar contra este flagelo de la corrupción en otros ámbitos internacionales, como son la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el Foro Económico Asia Pacífico (APEC), Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), Cumbres de las Américas; además que se ha comprometido a ejecutar los lineamientos de Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas, que tiene como propósito el disminuir la corrupción y el soborno en todas sus manifestaciones y crear así instituciones eficaces, transparentes y responsables.

Pero, además, a nivel nacional, tenemos que mediante decreto supremo 044-2018-PCM, se aprobó el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, a fin de contar con un instrumento que establezca las acciones priorizadas que sobre la materia se deben emprender para prevenir y combatir la corrupción, e impulsar la integridad pública, en el marco de la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción.

Por ello, combatir contra la corrupción en nuestro país se ha concentrado principalmente en desarrollar medidas que enfatizan el enfoque punitivo buscando la sanción y la reparación del daño con posterioridad a la comisión de un acto corrupto.

#### § 7. **TRANSGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE NO LESIVIDAD DE LOS INTERESES PATRIMONIALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

A nivel global, con la finalidad de fortalecer la lucha contra la corrupción y para evitar que se vulneren los intereses patrimoniales de la Administración pública, se han ido estableciendo estándares mínimos para que las políticas establecidas por los Estados, se tornen efectivas en su lucha contra este flagelo, de ahí que se establece como política criminal global, evitar la impunidad para actos lesivos de los intereses patrimoniales de la Administración pública, pues propugnan su persecución y sanción, además de evitar su prescripción, estableciendo incluso, plazos amplios.

Por otro lado, debemos indicar que, si bien existen posiciones que consideran cualquier tipo de no efectividad de la pena privativa de libertad a los funcionarios o servidores públicos que cometen esta clase de delitos, no obstante, creemos que dicho criterio es equivocado, pues el *ius puniendi* estatal debe guardar coherencia con los fines constitucionales y a la vez con su razón de ser como Estado constitucional de derecho, y por tanto consagrar la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública.

Así, podemos evidenciar que la tendencia en nuestra legislación es a establecer mecanismos como parte de la prevención general, para coadyuvar a esta lucha frontal contra la corrupción, y que, si bien conforme hemos podido apreciar se ha ido ampliando e incluyendo a los delitos contra la Administración pública dentro del art. 57 del Cód. Penal, para efectos de limitar la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena, ello ha procedido solo para ciertos delitos, desconociéndose y dejándose de lado a otros de esta tipología que también tienen bastante incidencia en nuestro país, y que del mismo modo deslegitiman a nuestro Estado y siguen acrecentando la desconfianza de la sociedad en sus instituciones.

Por ello, esta propuesta tiene como objeto que la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena se aplique también a otros delitos contra la Administración pública, de alta incidencia delictiva y que tienen una prognosis de pena similar a los delitos ya incluidos, y que por ende generan un considerable reproche penal; se trata de una propuesta de precisión normativa, que permitirá evitar que estas conductas jurídicas queden impunes.

#### § 8. ***PROPUESTA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 57 DEL CÓDIGO PENAL***

En virtud de lo expuesto, proponemos una modificación al actual texto del art. 57, de modo de regular mejor la inaplicación del instituto jurídico penal “suspensión de la ejecución de la pena” al momento de establecerla como una medida para la efectivización de la pena impuesta a los delitos contra la Administración pública.

La redacción sugerida es la siguiente:

*“Artículo 57. – Requisitos.* El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años. La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados *por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 382, 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 393, 393-A, 394, 395, 395-A, 395-B, 396, 397, 397-A, 398, 398-A, 399, 400 y 401 del Código*, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales *c, d y e* del numeral 3 del artículo 122”. El texto destacado indica la modificación propuesta.

## § 9. **CONCLUSIONES**

1. Se ha determinado que las razones jurídicas para justificar la extensión de la ley 30.304 y del decreto legislativo 1351 a otros delitos contra la Administración pública son:

a) La necesidad de que exista un tratamiento normativo homogéneo en la forma de imposición de la pena.

b) La observancia del fin político-criminal en los Delitos contra la Administración Pública.

c) La necesidad de acoger a la Teoría de la Prevención General, y así se cumpla el fin preventivo general de la pena asignado en nuestro ordenamiento jurídico peruano.



d) La lucha contra la corrupción como interés constitucionalmente protegido y como política de Estado.

e) La no transgresión del Principio de No Lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública.

2. Las modificatorias del art. 57 del Cód. Penal, sobre la no procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena para algunos delitos contra la Administración pública, han generado una discriminación normativa inmotivada, dejándose de lado otros delitos, tan importantes, que incluso traen consigo mayor reproche penal.

3. Se ha logrado establecer que con las modificaciones del art. 57 del Cód. Penal se deja de lado la observancia del fin político criminal de este tipo de delitos, como es el garantizar el correcto funcionamiento de la Administración pública y la plena confianza que la sociedad tiene en el aparato estatal y sus funcionarios o servidores públicos.

4. Se ha podido determinar que la justificación de la inaplicación de la suspensión de la pena a los demás delitos contra la Administración pública se debe a un análisis de necesidad y merecimiento de la pena del sujeto que ha delinquido por razones de política criminal.

5. Se ha podido establecer que al no hacerse extensiva la modificación del art. 57 del Cód. Penal a otros delitos contra la Administración pública se lesiona el interés constitucionalmente protegido, así como la política de Estado, consistente en la lucha contra la corrupción.

6. Se ha logrado corroborar en esta tesis que de mantenerse la no efectividad de la pena privativa de libertad a los funcionarios o servidores públicos que cometen delitos contra la Administración pública no comprendidos en el art. 57 del Cód. Penal, el *ius puniendi* estatal no guardaría coherencia con los fines constitucionales del mismo, así como con la razón de ser como Estado constitucional de derecho.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Creus, C. - Buompadre, J. E. (1999). *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Bs. As., Astrea.

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*, Lima, ARA.

Mir Puig, S. (2002). *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Barcelona, Reppertor.

Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración pública*, Lima, Columbus.

Polaino Navarrete, M. L. (2004). *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, Lima, Grijley.



## **PODER Y CONSTITUCIÓN. LOS CAMBIOS CONSTITUCIONALES DE LA BICENTENARIA REPÚBLICA\***

por José F. Palomino Manchego\*\*  
y Dante Paiva Goyburu\*\*\*

**Resumen.** El presente trabajo analiza la evolución del constitucionalismo peruano, a propósito del Bicentenario de su primera Constitución, promulgada en 1823, y que a la fecha suman un total de doce cartas fundamentales, las mismas que se aprobaron en contextos particulares que son necesarios de evaluar. En este

\* Recepción: 25/8/2023; evaluación: 9/9/2023; aceptación: 14/10/2023.

\*\* Abogado, magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Investigador RENACYT.

\*\*\* Abogado, magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos así como docente ordinario de la Facultad de Derecho. Secretario de redacción de la Revista Peruana de Derecho Público. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana). Presidente de la comisión Historia y Derecho Constitucional de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Investigador RENACYT.

sentido, mediante el método histórico y el análisis documental, se ha realizado un estudio detallado de los hechos sociales y políticos que conllevaron a la promulgación de cada una de las constituciones peruanas. De los resultados obtenidos, se advierte que las 12 constituciones que rigieron el Perú no fueron inéditas propiamente, resultando paradigmáticas las de 1828, 1920 y 1979; y es que en general la mayoría de las constituciones peruanas fueron producto de la acción política y la decisión de los grupos que gobernaban más que un reclamo o demanda social.

**Palabras clave:** constitución, derecho constitucional, historia constitucional, instituciones políticas, reforma jurídica.

### ***POWER AND CONSTITUTION. THE CONSTITUTIONAL CHANGES OF THE BICENTENARY REPUBLIC***

**Abstract.** The present work analyzes the evolution of Peruvian constitutionalism, regarding the Bicentennial of its first Constitution, promulgated in 2023, and which to date add up to a total of twelve fundamental letters, the same ones that were approved in particular contexts that are necessary assess. In this sense, through the historical method and documentary analysis, a detailed study of the social and political events that led to the promulgation of each of the Peruvian constitutions has been carried out. From the results obtained, it is noted that the 12 constitutions that governed Peru were not exactly unprecedented, those of 1828, 1920 and 1979 being paradigmatic; In general, most Peruvian constitutions were the product of political action and the decision of the groups that governed rather than a social claim or demand.

**Keywords:** constitutions, constitutional history, constitutional law, law reform, political institutions.

#### **§ 1. *INTRODUCCIÓN***

Como bien advirtió, con patriótico empeño, Manuel Vicente Villarán (1873-1958), al analizar la trayectoria de su primer siglo de vida independiente, vivir "haciendo y deshaciendo Constituciones" (1962, p. 45) ha sido la característica del Perú Republicano. Estas palabras fueron proféticas, toda vez que, para el año 2021 en el cual se conmemoró el Bicentenario de la proclama-

ción de la Independencia peruana, la ilusión sobre el papel de la Constitución como remedio de todos los males es una figura que se acentúa, tornándose un credo peligroso por la demagogia que conlleva, haciéndose creer que bastan reformas a la norma fundamental para asegurar el progreso del país.

La primera Constitución de la República del Perú fue proclamada en 1823, pero como veremos, este texto fue de exigua influencia, siendo más su recuerdo como una figura simbólica, pero que bien vale tenerse presente como efeméride.

El destino de las constituciones en América Latina ha sido prácticamente exiguo, falto de tradición, puesto que salvo algunas excepciones como Argentina (vigente de 1853), el periodo de vigencia de las Constituciones ha sido relativamente reducido, sin permitir que alguna se consolide o trascienda en el tiempo, a diferencia de lo ocurrido con la Constitución federal de Estados Unidos de 1787, la única vigente en la historia de ese país.

Los altos valores, en los contornos gloriosos de la historia, requiere, sin duda alguna el examen integral del pasado, sí de viva importancia para contribuir modestamente al esclarecimiento por parte de los intelectuales especializados en estudios de esta índole. Por ello y a propósito de la primera Constitución de la historia del Perú es que consideramos oportuno reflexionar en torno a las doce cartas que han regido en el país, hasta la vigente de 1993.

Si bien una docena de Constituciones puede parecer excesivo, el propósito del presente trabajo es determinar si estamos ante 12 normas genuinas, originales que marcaban una ruptura con su predecesora o si acaso solo eran nomenclaturas políticas para un mismo texto con algunas reformas. Con esta base, a la luz de la crítica, planteamos como problema de investigación del presente ensayo:

*¿Cómo cambiaron las Constituciones del Perú en sus doscientos años de vida republicana?*

Para resolver este problema haremos un análisis de fuentes documentales primarias, consistentes en leyes y decretos promulgados para la convocatoria de las diversas asambleas constituyentes a cargo de la redacción de las constituciones.

Asimismo, realizamos una exégesis sobre las Constituciones que han regido, pero enfatizando los puntos que realmente fueron una novedad en cada oportunidad.

En paralelo, presentaremos algunos aspectos del contexto social y político en el cual se proclamaron cada una de las cartas.

El objetivo de este trabajo es contribuir al debate sobre la pertinencia de los cambios de Constitución que, en el Perú, viene siendo parte del reclamo de un sector de la sociedad en los últimos años, marcados por la inestabilidad política y crecientes protestas y, a tal efecto, buscamos responder a los siguientes interrogantes: ¿cómo se configuró el cambio de Constituciones en sus distintas versiones? ¿Qué factores influyeron en el cambio de la norma? Ello permitirá contemplar en la experiencia histórica si las Constituciones cambiaron al Perú o fueron las particulares condiciones sociales las que modificaron a la Constitución

Iniciaremos este trabajo sin obviar la posición insustituible de los hechos, haciendo un repaso sobre los aspectos que consideramos esenciales de la teoría de la Constitución, especialmente, en las categorías vigentes, que servirán como un parámetro comparativo entre el ayer y hoy, logrando dar así un mejor encuadre sobre los objetivos de investigación que hemos propuesto.

Al respecto, cabe recordar que en el Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América (1787), el propósito de la misma es referido expresamente, señalando que la Constitución serviría para "formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general", asegurando así los beneficios de la libertad.

En la misma época en Francia la idea sobre la Constitución se encontrará tanto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), al prescribir en su artículo XVI que "Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución", como en la Constitución de 1791, en cuyas primeras líneas se precisa que "La Asamblea Nacional, queriendo establecer la Constitución francesa sobre los principios que ella ha reconocido y declarado, abole irrevocablemente las instituciones que hieren la libertad y la igualdad de los derechos".

Por su parte el Preámbulo de la Constitución de Cádiz (1812) refiere textualmente que “decretan la siguiente Constitución política para el buen gobierno y recta administración del Estado”.

A la luz de lo establecido en estos magistrales textos constitucionales se observa que la Constitución era concebida como un instrumento para una correcta gestión del Estado, amparada en la visión de libertad y justicia que plasmaban los ideales revolucionarios.

Posteriormente la doctrina constitucional fue precisando los alcances, características y propósitos de la Constitución, cada una conforme a las condiciones propias de la época.

## § 2. **LA CONSTITUCIÓN Y SUS ALCANCES**

A virtud de ello nos preguntamos: *¿cuál es el rol de la Constitución Política?* Y, para responderlo es indispensable hacer un repaso de la Teoría de la Constitución, contrastando el contexto y objetivos de la revolucionaria época del siglo de las luces (XVIII) y la dinámica actual del nuevo milenio.

Con los cambios en las perspectivas y forma de vida de la población, sus intereses y relaciones, es inevitable que se dieran ciertos matices en torno a lo que representa la Constitución, lo cual incide en las expectativas que tiene la nación sobre el papel de la norma suprema.

A continuación, reproducimos una muestra ilustrativa sobre cómo es concebida la Constitución, sin pretensiones de obviar injustificadamente a ningún autor del vasto firmamento del constitucionalismo.

En este sentido, podemos comenzar evocando las palabras pronunciadas en 1862 por Ferdinand Lassalle (1825-1864) acerca de lo que es una Constitución, refiriendo al respecto:

Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder, la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social (1984, p. 119).



Por su parte, Hans Kelsen (1881-1973) sería el responsable de redimensionar el sentido de la Constitución para la primera mitad del siglo XX, cuando expresó lo siguiente:

Por el término "constitución", en el sentido material más amplio de la palabra, hay que entender una norma o conjunto de normas que regulan la creación de las otras. En sentido estricto solamente se emplea este término para designar los preceptos que regulan la creación de las normas jurídicas de grado superior, y, en particular, la creación de las normas generales, llamadas "leyes". La constitución en este sentido es, por decirlo así, tan sólo el primer jalón positivo para la creación del Derecho. (1934, p. 191)

Desde su *Teoría de la Constitución*, Karl Loewenstein (1891-1973) nos ofrece una perspectiva concordante con las condiciones del mundo de la posguerra, señalando que:

En un sentido ontológico, se deberá considerar como el telos de toda constitución la creación de instituciones para imitar y controlar el poder político. En este sentido, cada Constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder (1982, p. 151).

En las últimas décadas podemos destacar los aportes de Peter Häberle, quien ha expuesto sobre nuestro tema que:

Constitución quiere decir orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir, incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad, es decir, no sólo es el Estado el constituido (la Constitución no es solo Constitución "del Estado"). (2016, p. 3)

Incluso, de forma progresiva, ha venido ganando presencia la perspectiva de una constitucionalización del ordenamiento jurídico, lo cual, en palabras de Ricardo Guastini, puede considerarse de la forma siguiente:

[...] en un ordenamiento constitucionalizado, el derecho constitucional tiende a ocupar la totalidad del espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, las acciones de los actores públicos y las relaciones privadas (2018, p. 190).

### § 3. **LA PRIMERA CONSTITUCIÓN PERUANA (1823)**

El proceso independentista peruano tiene especiales aspectos que destacar. Como bien es sabido, el Perú sería el último bastión de las fuerzas españolas en Sudamérica, prolongándose por varios años las campañas entre los independentistas y realistas, siendo este período altamente complejo debido a la presencia de factores internos y externos que influirían en el destino final del Perú.

Es recordado el papel que tuvo la llamada Expedición Libertadora del Perú, con José de San Martín y Matorras (1778-1850) a la cabeza, la cual, en secuencia con las alcanzadas independencias de las Provincias Unidas del Río de la Plata y de Chile, veía en el Virreinato del Perú el punto culminante a sus objetivos, para asegurar que la ruptura con España fuera plena en toda la región.

En este sentido, las fuerzas de la expedición logran cierta presencia y posicionamiento en territorio peruano, principalmente en Lima lo que, sumado a la retirada del Virrey José de la Serna (1770-1832), alentó a San Martín a hacer su afamada proclamación del 28 de julio de 1821, dando inicio al período del Protectorado.

Respecto al Protectorado, esta etapa debe su nombre al título de Protector del Perú que asumió José de San Martín conforme al decreto del 3 de agosto de 1821, en el cual se sancionó que en su persona recaía "el mando supremo político y militar de los departamentos libres del Perú". Cabe destacar además sobre la vigencia de este decreto, que en el mismo se indicó que tendría "fuerza y vigor hasta tanto que se reúnan los Representantes de la nación peruana y determinen sobre su forma y modo de gobierno". Esto último permite evidenciar el talante del propósito del régimen, que buscaba asegurar el autogobierno.

Lo antes señalado tiene correlato con la convocatoria que realizaría José de San Martín el 27 de diciembre de 1821, mediante el decreto 146, a fin de que se reúna el Congreso General Constituyente el 1° de mayo de 1822 (aunque por diversos factores el congreso se establecería hasta el 20 de septiembre de ese año), sobre el cual se especificó recaían las siguientes labores: Establecer la forma de gobierno del Perú y redactar la Constitución respectiva.

Instalado el Congreso Constituyente luego de la respectiva elección, este estuvo conformado por 91 diputados, quienes se reunieron en el local de la Universidad Mayor de San Marcos, el cual es sede del Poder Legislativo hasta el día de hoy. Quedó avocado el Congreso, en paralelo a la redacción de la Constitución a otras tareas tales como proseguir con las acciones para resguardar la proclamada independencia, a pesar de que las fuerzas realistas se mantenían en ciertas regiones del Perú y luego retornarían a Lima, así como organizar al naciente país en sus aspectos ejecutivos y judiciales, lo cual sería sumamente complejo.

La situación era álgida y frente a ello se buscó la ayuda de Simón Bolívar (1783-1830) quien, luego de reiteradas invitaciones por parte del presidente José de la Riva Agüero (1783-1858), no concurría alegando que no tenía permiso por parte del Congreso de su país. En mérito de esto último, el Congreso peruano expediría el 14 de mayo de 1823 un decreto reiterando la invitación a Bolívar bajo los términos siguientes:

Que el Presidente de la República suplique al Libertador Presidente de la de Colombia haga presente á aquel Soberano Congreso, que los votos de el del Perú son uniformes; y los más ardientes porque tenga el mas pronto efecto aquella invitación. [sic]

Luego de los pedidos antes señalados, Bolívar llegó al Perú el 1° de septiembre de 1823, encontrando un país fracturado políticamente –Riva Agüero había sido destituido por el Congreso, pero desacató resuelto y estableció un gobierno en la ciudad de Trujillo, siendo designado como su sucesor en Lima José Bernardo Tagle (1779-1825)– y militarmente diezmado, debido al fracaso de la llamada campaña de puertos intermedios, así como a la ocupación de Lima, el 18 de junio de 1823, por parte de las fuerzas realistas al mando del general José de Canterac (1786-1835).

Y aun bajo este contexto de aguda adversidad, el Congreso Constituyente culminó el encargo que le fue conferido, promulgándose el 12 de noviembre de 1823 la "Constitución Política de la República Peruana", siendo suscripta por José Bernardo Tagle; no obstante, un día antes, el Congreso emitió un decreto suspendiendo los artículos de la Constitución que resultaran incompatibles con la autoridad y facultades otorgadas a Bolívar, en los términos siguientes:

Quedar suspenso el cumplimiento de los artículos constitucionales que sean incompatibles con la autoridad y facultades que residen en el Libertador, y con las que asisten al gobierno para dictar las providencias más enérgicas y eficaces que son indispensables para la salvación del país; hasta que las circunstancias de la presente guerra hayan variado a juicio del Congreso, y desaparezca la necesidad de tan inevitable medida.

Ahora bien, ¿qué artículos quedaron en suspenso? En los hechos, prácticamente todos. Los 194 artículos de la flamante Constitución no tenían mayor impacto, a pesar de la ilusión que había en establecer una norma política para ratificar el carácter independiente del Perú, la realidad era que dicho propósito era inviable ante la difícil circunstancia que se afrontaba.

Sin perjuicio de este inusual hecho (una Constitución sin eficacia), hacer un análisis de sus alcances y referencias, al menos como un ejercicio histórico, ha sido motivo de atención de distintos autores, encontrándose diversas reflexiones sobre esta primera norma política peruana.

Al respecto, podemos destacar a Toribio Pacheco y Rivero (1828-1868), uno de los primeros analistas de las Constituciones peruanas, quien sostuvo:

Tales son las principales disposiciones de la Constitución del año 23 que, si por un lado presenta algunas ideas que merecen elogio, por otro manifiesta claramente que sus autores no tuvieron un concepto claro y distinto del equilibrio de los poderes, ni tomaron tampoco en cuenta la situación del país. Según esta Constitución, el Poder Legislativo es todo, el Ejecutivo nada; y esta sola consideración basta para creer que su observancia había de ser efímera y su duración muy corta. En una época en que se requería obrar más y discutir menos, era preciso dar más ensanche al poder en quien reside esencialmente la acción; pues, estrechamente ligado, como se encontraba, por la Carta fundamental, se veía reducido a dos extremos opuestos y eminentemente perniciosos: o a sucumbir bajo el peso de la impotencia, o a hacer un esfuerzo, como Sansón, para romper las cuerdas que estorbaban sus movimientos y aniquilar del todo las fórmulas constitucionales (2015, p. 62-63).

Asimismo, y habiendo transcurrido más de un siglo del hecho, tenemos la perspectiva de José Pareja Paz Soldán, quien consideró sobre el impacto que acaso tuvo la Constitución de 1823 para las constituciones posteriores, lo siguiente:

La filosofía política predominante en el período de la Emancipación, aquella filosofía ultraliberal, optimista, basada en el entusiasmo por la libertad, en el dogma de la soberanía popular y la separación absoluta de los poderes, en la fe absoluta en el progreso del ser humano hoy y en los sagrados derechos del hombre y del ciudadano, tiene expresión máxima en el documento que estamos analizando. No tenía esta Constitución ni antecedentes como ni base tradicional como ni arraigo en la realidad. De allí que no fuera durable ni ejerciera influencia apreciable en las constituciones posteriores, no obstante la sujeción brillante de sus fórmulas y los atractivos de su lenguaje político (1981, p. 38)

Por lo expuesto, el valor de la Constitución de 1823 radica en su consideración simbólica, careció de mayor influencia, su vigencia fue exigua y el contexto en el cual apareció no era el más auspicioso para vivir en armonía y paz, por cuanto aún se seguían librando batallas por consolidar la independencia, lo cual no llegará sino hasta el 9 de diciembre de 1824, con la victoria del Ejército Unido Libertador del Perú en Ayacucho, y la firma de la correspondiente Capitulación.

#### § 4. *LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XIX Y SUS ORÍGENES*

Como hemos podido apreciar, la Constitución de 1823 no pudo implementarse por las dificultades que se afrontaban al momento de promulgarse, y será esa condición azarosa la que terminaría fomentando que no alcanzara mayor popularidad, por lo cual, su cambio resultó cuestión de poco tiempo tan pronto se restableciera un poder autónomo y soberano en el Perú.

A partir de esta situación y ofreciendo un recuento de las Constituciones que sucedieron a esta primera carta política, presentamos en este acápite un cuadro donde se resumen las Constituciones que se promulgaron en el resto del siglo XIX.

Previo al examen sobre el origen de estas cartas políticas, conviene invocar la tesis sobre las constituciones peruanas que formula García Belaunde, quien sostiene que:

Quizá lo que primero debemos tener presente es que la exuberancia de textos no ha hecho mejores ni a nuestros gobernantes ni a nuestras instituciones. En realidad, los textos nunca

han mejorado nada; en el menor de los casos han sido instrumentos para encauzar una conducta social en forma políticamente adecuada. Esto, por lo demás, lo puede demostrar una acuciosa historia de nuestro pasado constitucional, que en parte está aún por hacer. (2016, p. 27)

### Cuadro n° 1

#### Constituciones peruanas del siglo XIX posteriores a la de 1823

<i>Año de la Constitución</i>	<i>Autor</i>	<i>Presidente que la suscribe</i>
1826	Consejo de Gobierno	No había presidente <sup>1</sup>
1828	Congreso Constituyente	José de La Mar
1834	Convención Nacional	Luis José Orbegoso
1839	Congreso General	Agustín Gamarra
1856	Convención Nacional	Ramón Castilla
1860	Congreso de la República	Ramón Castilla
1867	Congreso Constituyente	Mariano Ignacio Prado

Elaboración propia

a) **LA CONSTITUCIÓN DE 1826.** La presencia de Bolívar en el Perú se extendió más allá de la victoria de Ayacucho. Apelando a lograr una unión mayor de las naciones lo cual tuvo su mayor muestra en la convocatoria al Congreso de Panamá, reunido en junio y julio de 1826, también buscaba mantener un mando permanente en los territorios donde logró asegurar la respectiva independencia.

Con este propósito, y estando aun al mando del Perú, Bolívar formula un proyecto de Constitución para los peruanos, el cual presentó el 1 de julio de 1826, oficializándose mediante el decreto del 30 de noviembre del mismo año emitido por el Consejo de Gobierno de la República Peruana, bajo el mando

<sup>1</sup> Bajo la denominación de Suprema Autoridad Militar y Política de la República del Perú, Simón Bolívar tuvo el mando del país entre febrero de 1824 y enero de 1827, bajo el título de Dictador del Perú conforme al decreto del 17 de febrero de 1824.

de Andrés Santa-Cruz (1792-1865). En el referido decreto se indica textualmente lo siguiente:

Vistas las cincuenta y nueve actas originales en que aparecen los votos pronunciados por los colegios electorales aprobando y sancionando dicho proyecto de Constitución para el Perú; y proclamando al Libertador Simón Bolívar como al único que puede y debe desempeñar las altas funciones de presidente vitalicio de la República con arreglo a la Constitución misma.

Tal como se aprecia, el objetivo de la Constitución era asegurar el mando de Bolívar sobre el Perú de manera indefinida, siendo jurada la misma el 9 de diciembre de 1826, coincidiendo con los dos años de la gesta de Ayacucho. Ahora bien, la estructura de la Constitución tenía similitudes con la Constitución de 1823, pero sería en la organización de los poderes Ejecutivo y Legislativo donde habría llamativas particularidades, tales como un Poder Legislativo de tres cámaras: Tribunales, Senadores y Censores (artículo 27°), y un Poder Ejecutivo con un presidente vitalicio (artículo 77°).

Sin embargo, problemas en la Gran Colombia, así como una impopularidad creciente de Bolívar en el Perú lo obligaron a retornar a su Patria, para no volver jamás a suelo peruano, siendo relevado del mando por Andrés de Santa Cruz, quien optaría por convocar a elecciones, para que el Perú pudiera retomar su vida independiente.

En buena cuenta, la Constitución vitalicia se redujo a 7 semanas de vigencia. Los análisis sobre la misma bien han ocupado bastante interés desde el ámbito histórico, pero sin despertar mayor entusiasmo jurídico al no haber conseguido mayor influencia para el futuro. Con ésta, el Perú sumaba dos Constituciones, pero ninguna de ellas con plena condición de regir.

b) **LA CONSTITUCIÓN DE 1828.** Con la salida de Bolívar del Perú y el derrocamiento de los que le eran fieles se dio la oportunidad de actuar con auténtica autonomía, y que las instituciones que se establecieron definieran la conducción del país.

Bajo estas circunstancias, Andrés de Santa Cruz, en su calidad de presidente del Consejo de Gobierno, mediante el decreto del 28 de enero de 1827 convocó para el 1° de mayo del

mismo año a un Congreso extraordinario constituyente, el cual tendría a su cargo decidir para la nación peruana “cual haya de ser la Constitución que la rijan, y para nombrar su presidente y vice-presidente”.

En los considerandos del referido decreto se hacía expresa mención acerca de las dudas que se presentaban respecto de la legitimidad que se tuvo sobre la aprobación de la Constitución de 1826, imputándole a los colegios electorales carecer de facultades para establecer una nueva Constitución. Sobre la base de este hecho es que se vio por conveniente convocar al Congreso extraordinario constituyente, el cual se instalaría el 4 de junio de 1828.

Tal como se aprecia de estos fundamentos, el impase contra la Constitución vitalicia recaía en el cuestionamiento sobre la legalidad de su aprobación, y es que, conociendo las pretensiones de Bolívar, la duda sobre la libertad e idoneidad de quienes participaron en la implementación de dicha norma eran ineludibles. Además, habiendo ya cerrado la presencia española con la Capitulación de Ayacucho, y ahora retirada la injerencia de Bolívar, era el momento de intentarlo una vez más, de lograr por fin establecer la vida independiente peruana.

El Congreso convocado por Santa Cruz se instaló el 4 de junio de 1827, estando a cargo de atender la gestión del país, incluyendo la designación de un presidente, cargo que recayó en el Mariscal José de la Mar (1778-1830), pero avocándose sobre todo a la redacción de la nueva Constitución, la misma que se promulgaría el 18 de marzo de 1828. Sería la primera Constitución redactada sin injerencias externas en el mando del naciente Estado Peruano.

Esta Constitución, de 182 artículos, ha obtenido con el tiempo un reconocimiento significativo por los estudiosos de las constituciones peruanas, resaltando sus virtudes para dar el ansiado rumbo a la configuración que le urgía tener al Estado peruano. En este sentido, Paniagua afirmaba que:

Es un hecho, por fin, que la Constitución de 1828 resolvió del único modo posible y razonable, el segundo problema fundamental relacionado con la forma de Estado en el Perú, al optar por un Estado unitario descentralizado. De esa manera, cerró el camino a las dos tendencias extremas que podían habernos conducido a la disolución por obra del enfrentamiento de dos



concepciones que resultaron igualmente aplacadas por obra de una fórmula ecléctica que resolvió armoniosamente la oposición de unitarios y federalistas (2003, p. 150).

Siendo esta la primera Constitución que tendría plena y mayor vigencia en el Perú, el destino le depararía alcanzar una significativa influencia en el futuro; así lo explica Manuel Vicente Villarán al precisar que:

Terminada la Independencia, apartado Bolívar, se halló la República por primera vez en condiciones de libertad y seguridad para sentar las bases de su organización definitiva y una nueva Asamblea dio la Constitución de 1828, que con buen título merece el nombre de madre de nuestras Constituciones. Todas las posteriores dictadas en 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920, son sus hijas legítimas, más o menos parecidas a la madre común. Son como sucesivas ediciones corregidas, aumentadas o reducidas de un libro original (1962, p. 45).

c) **LA CONSTITUCIÓN DE 1834.** Podemos afirmar que la génesis de esta Constitución se encuentra directamente en una disposición de su predecesora, y esto por cuanto en el artículo 177° de la Constitución de 1828 se estableció que "En julio del año de mil ochocientos treinta y tres se reunirá una Convención Nacional, autorizada para examinar y reformar en todo o en parte esta Constitución".

Este mandato inédito (no se volvió a repetir en ninguna de las constituciones peruanas) se tuvo permanentemente en cuenta, tal como se desprende de la ley del 13 de diciembre de 1832, mediante la cual el Congreso estableció las reglas a observar para la elección de los representantes de la Convención Nacional a cargo de revisar a la Constitución conforme al artículo 177°, fijando que dicha Convención estaría a cargo de las respectivas reformas.

Sin embargo, el proceso sobre la deliberación de la revisión de la Constitución resultó prolongado, y anticipándose a cualquier riesgo, la Convención Nacional, mediante el decreto del 17 de diciembre de 1833, estableció que hasta que no se concluyera y publicara reforma sobre la Constitución de 1828, esta continuaría rigiendo.

El 10 de junio de 1834 se promulgaría la Constitución Política de la República Peruana, refiriéndose en su parte intro-

ductoria que este texto reemplazaba al anterior por decisión de la Convención Nacional reunida en atención a lo dispuesto en el artículo 177° de la Constitución anterior. Los cambios que se efectuaron fueron puntuales y la carta ofrecía un total de 187 artículos, así como 13 disposiciones transitorias.

d) *LA CONSTITUCIÓN DE 1839*. Una convulsionada etapa política se vivió en el Perú a partir de la Confederación establecida con Bolivia, fundada mediante el decreto del 28 de octubre de 1836, pero que, producto de recelos internos, así como de las acciones directas realizadas contra esta por parte de argentinos y chilenos mediante las expediciones restauradoras, llegó a su final para 1839, conforme decretó el presidente Agustín Gamarra.

La Constitución de 1839 estará ligada indiscutiblemente a la figura de Agustín Gamarra (1785-1841), quien en el marco de las acciones contra la Confederación Perú-Boliviana es proclamado, en agosto de 1838, como presidente provisorio del Perú. Desde este puesto, decretó el 22 de marzo de 1839 la elección, por parte de las provincias de Ayacucho, Cuzco, Puno y Arequipa, de diputados que integrarían el Congreso a reunirse en la ciudad de Huancayo el 28 de julio de ese año; a su vez, se estableció en el artículo 4° del referido decreto, que los diputados tendrían como única condición a su poder “hacer cuanto crean conveniente al arreglo y felicidad del país”.

Este Congreso se instaló el 15 de agosto de 1839, y dentro de sus primeras medidas fue mantener a Gamarra en el poder, encargándole el mando del Poder Ejecutivo como presidente provisorio desde ese mismo día. Con esta nueva posición, Gamarra pondría final a la Confederación Perú-Boliviana, y también vendría otra medida sustancial.

Considerando las secuelas de la Confederación y los enfrentamientos, el Congreso, mediante la ley del 23 de agosto de 1839 declaró insubsistente la Constitución de 1834, y se irrogó la facultad de expedir una nueva Constitución para el país, señalando, conforme a lo previsto en el artículo 4° del decreto del 22 de marzo de 1839, disponiendo también que la reforma de la Constitución de 1828 se vio afectada por la inestabilidad de la época, y que la Convención Nacional no contaba con facultades de expedir una nueva Constitución.

A partir de ello, el Congreso General establecido daría, el 10 de noviembre de 1839, una nueva Constitución para el Perú, la cual constaba de 192 artículos.

e) **LA CONSTITUCIÓN DE 1856.** El Perú ingresa a una etapa de abundancia fiscal inédita a causa de la explotación del guano asentado en sus costas, el cual tenía una alta demanda en distintas latitudes por sus beneficios para la agricultura.

Sin embargo, se suscitaron hechos de corrupción por parte de las autoridades que derivaron en una serie de conflictos políticos, siendo el punto álgido la revolución liberal de 1854, que conllevó a la destitución del presidente José Rufino Echenique (1808-1867) luego de que sus fuerzas fueran derrotadas en la batalla de La Palma el 5 de enero de 1855. El lado vencedor, con el general Ramón Castilla (1797-1867), contó con el respaldo de los pensadores liberales peruanos Pedro Gálvez Egúsquiza (1822-1872), Manuel Toribio Ureta (1813-1875) y Domingo Elías (1805-1867), partidarios estos últimos de la abolición de la esclavitud, una ampliación de los derechos ciudadanos incluyendo la apertura a otros cultos y un gobierno que fuera más cercado a la voluntad de los gobernados.

A partir de esta situación, Ramón Castilla en su calidad de presidente provisorio del país, convocó, mediante el decreto del 5 de febrero de 1855, una Convención Nacional que tendría a su cargo la redacción de una nueva Constitución y otras leyes que resultaran propicias. Dentro de los considerandos de este decreto, Castilla hace expresa mención a una norma previa, el decreto del 1 de mayo de 1854 con el cual aceptó el mando de presidente provisorio, y en donde prometió textualmente que luego de pacificarse a la República "convocará a una Convención Nacional, a quien daré cuenta de mis actos administrativos y que contemplará la reorganización del país, según el deseo expresada en las actas de los pueblos".

La Convención Nacional redactó una nueva Constitución de la República peruana, la cual se promulgó el 19 de octubre de 1856 y tendría una extensión reducida a 140 artículos, con relación a sus predecesoras. Un punto central dentro de esta Constitución era que proscribía la pena de muerte.

f) **LA CONSTITUCIÓN DE 1860.** Pocos años le depararían a la Constitución de 1856 y a todos los liberales que habían conse-

guido posicionarse en el Ejecutivo y el Legislativo. Los grupos conservadores se definieron como una tenaz oposición al régimen, especialmente contra la Convención Nacional la cual afrontó una permanente impopularidad. Asimismo, se presentaron acciones de fuerza contra esta, aglutinadas bajo el mando del Manuel Ignacio de Vivanco (1806-1873), rostro indiscutible del levantamiento conservador del 31 de octubre de 1856 ocurrido en la ciudad de Arequipa.

Los enfrentamientos y campañas en contra de los liberales, si bien no pudieron terminar con el mandato de Ramón Castilla, sí consiguieron que la Convención Nacional se disolviera en noviembre de 1857 con la intervención al recinto parlamentario por parte del coronel Pablo Arguedas.

Advirtiendo que no existía Poder Legislativo en funciones, mediante el decreto del 11 de julio de 1859, Ramón Castilla, ejerciendo su facultad constitucional de convocar al Congreso, conforme expone en los considerandos de la referida norma, llama a elecciones a nivel nacional para los representantes que conformarían este Congreso, el cual sería instalado el 28 de julio de 1860.

Una vez instalado el Congreso, aprobaría la ley del 4 de agosto de 1860, en la cual, bajo el sustento de que la Constitución de 1856 no había podido cumplirse en todas sus partes, generando de este modo peligros a la República, por lo que los electores habrían facultado a los diputados a reformar la Constitución en cuanto se reúna el Congreso. A partir de ello, en el artículo 1º de esta ley se prescribe que el Congreso antes de formar las dos Cámaras efectuaría las reformas que la Constitución demandara, para que se cimente el orden público.

Y es así que para el 10 de noviembre de 1860, pocos meses después de su instalación, el Congreso daría una nueva Constitución al país, presentándola como una versión reformada de la Constitución de 1856, teniendo un total de 138 artículos, pero sí una redacción con tintes conservadores, como representa por ejemplo, la restitución de la pena de muerte para los casos del crimen de homicidio calificado.

g) *LA CONSTITUCIÓN DE 1867*. Esta Constitución representa un episodio breve dentro de la extensa vigencia de la Constitución de 1860, pero que tiene su explicación a partir del proceder

de Mariano Ignacio Prado (1825-1901), quien asumió el mando del país en calidad de dictador luego de su proclamación en Lima el 25 de noviembre de 1865, en el contexto de un inminente conflicto armado con las fuerzas españolas, el cual finalmente tendría su punto culminante en el Combate del 2 de mayo de 1866, donde las fuerzas peruanas, con el respaldo de aliados como Ecuador, Bolivia y Chile obtuvieron la victoria en las aguas del puerto del Callao.

Pocos meses después de lo antes reseñado, el 28 de julio de 1866, Mariano Ignacio Prado promulgó un decreto mediante el cual convocaba a elecciones tanto para presidente de la República, como para representantes a un Congreso Constituyente.

Respecto del Congreso Constituyente, en el segundo numeral del artículo 4° del referido decreto se indicó que era una de las funciones del mismo "Expedir una Constitución política ó designar de las preexistentes la que deba regir, haciendo en ella las reformas convenientes".

Asimismo, dentro de los considerandos introductorios Prado menciona que cuando asumió de forma provisoria el cargo de presidente, ofreció a la nación convocar a un Congreso Constituyente en cuanto las circunstancias lo permitieran, pero a pesar de que aun subsistía un ambiente de conflicto, habiéndose derrotado a la escuadra española el 2 de mayo de ese año, y retirado esta del Pacífico, daba lugar al establecimiento de un régimen constitucional.

Conforme al diario de los debates, el Congreso Constituyente quedó instalado el 15 de febrero de 1867, expidiendo la nueva Constitución de 131 artículos y 4 disposiciones transitorias el 29 de agosto de 1867. No obstante, se produjo una protesta en rechazo a este texto, por parte del sector conservador, teniendo como epicentro la ciudad de Arequipa donde se negaron a jurar dicha carta. Ante el descrédito, Mariano Ignacio Prado abdicaría del cargo, asumiendo Pedro Diez Canseco (1815-1893) el 22 de enero de 1868.

Instalado en funciones, Diez Canseco procedió a dejar sin efectos los actos realizados por Prado, lo que implicaba al Congreso Constituyente, y dispuso además la restitución de la Constitución de 1860 bajo la cual se elegirían nuevas autoridades en los meses siguientes.

## § 5. **LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XX Y SUS ORÍGENES**

El Perú ingresó al nuevo siglo bajo la “República Aristocrática”, que corresponde al período de 1895 a 1919, en el cual hubo una continuidad de gobiernos civiles (luego del militarismo predominante en el siglo XIX) quienes se rigieron bajo la Constitución de 1860, siendo esta última la carta política de más extendida vigencia en la historia peruana.

Ahora bien, tal como se desprende del cuadro que expone-  
mos a continuación, se promulgaron un total de cuatro Consti-  
tuciones en esta época, siendo la última, de 1993, la que rige  
hasta el día, aunque con varias reformas.

**Cuadro n° 2**  
**Constituciones peruanas del siglo XX**

<i>Año de la Constitución</i>	<i>Autor</i>	<i>Presidente que la suscribe</i>
1920	Asamblea Nacional	Augusto B. Leguía
1933	Congreso Constituyente	Luis Miguel Sánchez Cerro
1979	Asamblea Constituyente	Fernando Belaunde Terry <sup>2</sup>
1993	Congreso Constituyente Demo- crático	Alberto Fujimori <sup>3</sup>

Elaboración propia

El siglo XX peruano se caracterizará por la presencia de grandes cambios sociales, así como de una diversidad de actores en la política, y también una mayor influencia de los acontecimientos que tuvieron a lugar en el resto del mundo, tales como las guerras mundiales, la quiebra de la Bolsa de Valores de Nueva York, la irrupción del fascismo, el surgimiento de

<sup>2</sup> Lo haría el 28 de julio de 1980, al asumir como presidente constitucional electo.

<sup>3</sup> De conformidad con el artículo 1 de la ley 27.600, publicada el 16 diciembre 2001, se suprime la firma de Alberto Fujimori Fujimori, del texto de la Constitución Política del Estado de 1993.

las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros.

a) *LA CONSTITUCIÓN DE 1920*. Un personaje que terminará siendo un hito de la política peruana fue Augusto B. Leguía (1863-1932). Encabezó un golpe de Estado el 4 de julio de 1919 contra el presidente José Pardo y Barreda (1864-1947), cerrando así la etapa de la "República Aristocrática", para luego posicionarse, mediante diversos hábiles movimientos y un marcado populismo, como presidente del Perú.

Ofreció Leguía una "Patria Nueva", mensaje que le permitiría tener acogida entre diversos sectores sociales, así como sumar a nuevas fuerzas a sus propósitos, tales como los indígenas peruanos a quienes incluso hablaba en quechua. Pero sus actitudes también provocaron desconfianza, y es que iniciar su gestión mediante un golpe de Estado y hacerse ver como un demócrata ya permitía anticipar las paradojas de su actuar.

La naturaleza contradictoria y pragmática del régimen del Leguía también se puede apreciar en la génesis de la Constitución de 1920. Al respecto, una vez instalado en el gobierno luego de deponer a Pardo y Barreda, Leguía expidió, el 9 de julio de 1919, un decreto por el cual convocaba a elecciones para un Congreso a ser instalado el 15 de septiembre del mismo año, pero que funcionaría como Asamblea Nacional los primeros treinta días a fin de promulgar reformas constitucionales.

En el mismo decreto se postularon 19 puntos como reformas constitucionales, las cuales, conforme al primer párrafo del referido decreto, permitirían que "implanten en el Perú la democracia efectiva", estando vinculadas estas reformas a la labor del Poder Legislativo, principalmente. Se indicó que las reformas serían sometidas a un plebiscito, llevándose a cabo este último el 25 de agosto de 1919, y logrando ser aprobadas todas ellas.

Sobre la base del resultado del plebiscito, la Asamblea Nacional aprobó la ley 4000, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 16 de octubre de 1919, mediante la cual los 19 puntos de reforma constitucional, prácticamente reproducidos del decreto del 9 de julio de 1919, eran incluidos en la Constitución Política vigente (que era la de 1860).

De los términos de la ley antes referida, podría considerarse que al régimen de Leguía le bastaba los cambios efectuados en la Constitución sin la necesidad de promulgar otro texto; no obstante, conforme explica Jorge Basadre, dentro del mismo seno de la Asamblea Nacional se estableció que esta tenía facultades constituyentes, y como tal, considerando irrevocables los 19 puntos aprobados, podrían hacer algunos ajustes y complementos (2005, p. 40).

Fue así entonces, a partir de la voluntad de la propia Asamblea Nacional, que se impulsó la redacción de una nueva Constitución, la cual fue suscripta por Leguía, siendo promulgada el 18 de enero de 1920 y con un total de 161 artículos. En el primer párrafo de esta Constitución se ratificaría la tesis de que la Asamblea Nacional era una Asamblea Constituyente a cargo de expedir una nueva Constitución (a pesar de que el decreto que la convocó nunca indicó ello, ni siquiera lo sugirió toda vez que se habló expresamente de reformas a realizar), que podía "integrar y concordar las reformas sancionadas por el plebiscito". Una evidencia más de la audacia descarada que caracterizaría la gestión de Leguía.

b) *LA CONSTITUCIÓN DE 1933*. El descontento contra Leguía fue en aumento en los años finales de la década del 20, motivado principalmente por la corrupción de su gobierno y los problemas económicos como consecuencia directa del *crack* de octubre de 1929, crisis financiera ocurrida principalmente en la bolsa de valores de Nueva York, teniendo en cuenta que la economía peruana había establecido relaciones más directas con las inversiones norteamericanas. Parte de esa corrupción y arbitrariedad se evidencia en su reelección en los comicios de agosto de 1929 (meses antes del martes negro), en los cuales participó como candidato único con la pretensión de continuar hasta 1934.

Surgiría entonces una acción armada encabezada desde Arequipa por el comandante Luis Miguel Sánchez Cerro (1889-1933), quien expuso en el Manifiesto de Arequipa, del 22 de agosto de 1930, los motivos para rebelarse contra Leguía, refiriendo expresamente, entre otros aspectos, que:

Hace más de once años que sufre el Perú los crecientes desmanes de un régimen corruptor y tiránico, en el que se aúnan la miseria moral y la protervia política. Dentro y fuera del país deja las huellas de sus atropellos y de sus villanías.



En el orden constitucional, ha roto la Carta Política, erigiendo en ley suprema la voluntad despótica de un hombre y haciendo del Parlamento un hato de lacayos sumisos y voraces.

Depuesto y encarcelado Leguía, el país entró en una nueva etapa de gobierno, aunque con ciertas peripecias sobre quién debía asumir la presidencia ante la transición, situación que se prolongaría hasta 1931 lográndose un consenso en torno a la figura del empresario David Samanez Ocampo (1866-1947), quien lideraría la Junta de Gobierno al mando.

La referida Junta publicó, el 14 de agosto de 1931, el decreto ley 7160, mediante el cual se convocaban a elecciones para presidente de la República y para representantes a un Congreso Constituyente, a quienes, conforme el artículo 2º, se les encargaba elaborar una nueva "Carta Fundamental del Estado".

Al respecto, en los considerandos del decreto ley 7160 se precisó de forma literal, lo siguiente:

Que ha llegado el momento de dictar las disposiciones convenientes para que el país retorne a la normalidad constitucional con el funcionamiento legal de los Poderes del Estado que emanan del sufragio popular;

Que, para la satisfacción del propósito enunciado, es preciso armonizar determinadas prescripciones de la Carta Fundamental vigente con la necesidad de que introduzcan en ellas las reformas reclamadas por el país.

Luego de las respectivas elecciones, Luis Miguel Sánchez Cerro asumiría los destinos del país como presidente Constitucional, y el Congreso Constituyente quedaría instalado el 8 de diciembre de 1931, procediendo a elaborar la respectiva Constitución, la cual fue promulgada en sesión solemne el domingo 9 de abril de 1933 y ante la cual el presidente prestaría el juramento respectivo, garantizando su cumplimiento, refiriendo en su discurso que "Esta Carta Política está destinada a regir en adelante el normal desenvolvimiento de nuestras instituciones, por cuanto asegura la garantía para todos los derechos lícitos y tiene a la conservación y a la defensa de la nacionalidad" (1933, p. 1186).

Sin embargo, un destino aciago le deparaba a Sánchez Cerro, quien sería asesinado a los pocos días, el 30 de abril de 1933, siendo relevado por el general Oscar R. Benavides (1876-1945).

La Constitución, de 231 artículos, con algunas interrupciones producto de distintos golpes de Estado, mantendría su vigencia en las décadas siguientes.

c) *LA CONSTITUCIÓN DE 1979.* Para analizar esta Constitución hay que partir mencionando al presidente Fernando Belaunde Terry (1912-2002), quien asumió el cargo en 1963. Su gestión estuvo marcada por una constante inestabilidad política producto de los enfrentamientos con el Poder Legislativo, dominado por una coalición opositora que censuraba ministros a diestra y siniestra, pero a pesar de la adversidad el orden constitucional se mantenía a flote.

Pero pocos meses antes de culminarse el mandato, el 3 de octubre de 1968, Fernando Belaunde fue defenestrado del cargo por una asonada del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, encabezada por el general Juan Velasco Alvarado (1910-1977), quien iniciaría un nuevo periodo de los militares en el poder y que se prolongaría hasta 1980. Cabe señalar que este nuevo militarismo se dividió en dos fases, la primera (1968-1975) a cargo de Velasco y la segunda (1975-1980) bajo Francisco Morales Bermúdez.

Si bien en un inicio el gobierno militar, a pesar de su condición de gobierno de facto, contó con cierta popularidad sobre todo por su carácter reformista y desarrollo de una acción empresarial estatal bastante intensa, progresivamente el respaldo se fue desgastando; en su lugar, el descontento social aumentó, deviniendo en paros y huelgas de amplia repercusión, como en febrero de 1975, en el mes de julio de 1977 y en mayo de 1978, siendo parte de las demandas de la población el cese de la represión y el retorno a la democracia.

Ante este panorama de rechazo, los militares no tuvieron más salida que apartarse del poder, para lo cual, el 5 de octubre de 1977 se publicó el decreto ley 21.949, mediante el cual se convocó a elecciones para una Asamblea Constituyente, fijándose como fecha del sufragio el 4 de junio de 1978. En el artículo 2º de este decreto se indicó expresamente que era exclusiva finalidad de la Asamblea Constituyente "la dación de la nueva Constitución Política del Estado, la que contendrá esencialmente, entre otras, las disposiciones que institucionalicen las transformaciones estructurales que viene llevando a cabo el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada".

Asimismo, es pertinente resaltar los fundamentos que sustentan el decreto ley 21949, precisándose en la introducción del mismo que un paso previo e indispensable para la transferencia del poder exigía contar con una nueva Constitución, la cual definiera la estructura del Estado, el ejercicio del pluralismo político y económico y los mecanismos de participación de la población, así como asegurar la plena vigencia de los derechos constitucionales y fundamentales.

La Asamblea Constituyente a cargo de la redacción de esta Constitución fue conformada por las principales fuerzas políticas peruanas del siglo xx: el aprismo, la democracia cristiana y los socialistas. Se terminó de redactar el 12 de julio de 1979, pero su promulgación y vigencia se reservó hasta la elección de un nuevo presidente mediante comicios generales.

Culminado el proceso electoral de mayo de 1980, el Perú ingresaría a la nueva década con un presidente civil, Fernando Belaunde, quien asumía por segunda vez el cargo, en esta ocasión para el periodo de 1980-1985, promulgando la flamante Constitución, la cual estaba integrada por 306 artículos, haciéndola la carta política más extensa que había tenido el país en toda su historia, buscándose retomar con esta el camino de la tan ansiada democracia.

d) **LA CONSTITUCIÓN DE 1993.** Como señalamos en el punto anterior, el Perú ingresó a la década de los ochenta con una flamante Constitución, que condensaba las perspectivas de las principales fuerzas políticas del país y con el anhelo de por fin poder vivir bajo los parámetros contemplados por la norma suprema y lograr alcanzar el rumbo prometido del desarrollo nacional. No obstante, dos hechos gravitantes definirían este período: la irrupción de los movimientos terroristas Sendero Luminoso (de inspiración maoísta) y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), así como el descalabro del modelo económico de corte intervencionista, cuyo osado empleo llevaría al Perú al aislamiento del sistema financiero internacional, una hiperinflación inédita en su historia y de los mayores índices en el mundo.

Con relación al accionar de los grupos terroristas, estos emprendieron una serie de acciones aniquiladoras (matanzas de comunidades, robos y pillaje, destrozos de infraestructura

mediante explosivos, atentados, así como asesinatos de políticos, policías, empresarios y civiles en general) con el propósito de capturar el poder central, instaurando un gobierno de índole comunista. Su estrategia implicó partir desde las zonas provincianas en marcha hacia la capital, Lima, valiéndose de infundir el pánico entre la población, así como la inseguridad.

Sobre el modelo económico, y conforme a la tendencia de aquel entonces, en el Perú había una fuerte actividad empresarial estatal, muchas de estas fundadas en la década anterior, pero sin mayor visión de modernidad o eficiencia; es más, fueron en algunos casos enclaves para la corrupción y con una gestión deficiente solo generaban malos servicios, así como pérdidas. Sumado a este panorama, en la década de 1985-1990 las medidas heterodoxas de Alan García Pérez (1949-2019) (quien declaró que no destinaría más del 10% del valor de las exportaciones al pago de la deuda externa), y su acentuado populismo (con alzas de salarios y productos subsidiados) originaron una economía artificial, sustentada en la emisión inorgánica de dinero, que originó que el Inti (moneda de aquel entonces) se devaluara continuamente, alcanzando para 1990 un índice de 7,649.60% de inflación.

A pesar de estas álgidas circunstancias, se convocaron a las elecciones generales de 1990, definiéndose la presidencia de la República peruana entre las candidaturas de Mario Vargas Llosa (laureado novelista y convencido liberal) y Alberto Fujimori Fujimori (político *outsider*), resultando este último electo por medio de ballottage con 62.40% de votos.

Alberto Fujimori juraría al cargo el 28 de julio de 1990, ofreciendo respetar la Constitución de 1979, por la cual fue elegido (nadie imaginaba lo que le deparaba a esa Carta). Su gestión debía enfrentar los problemas de corrupción y terrorismo heredados de sus antecesores, y hasta los primeros meses de 1992 el gobierno parecía asumir con cierta responsabilidad la situación; no obstante, la noche del 5 de abril de 1992 el presidente Fujimori anunciaría mediante un sorpresivo mensaje a la nación, la disolución del Congreso de la República<sup>4</sup>,

<sup>4</sup> Disponible en <https://www.congreso.gob.pe/participacion/museo/congreso/mensajes/mensaje-nacion-05-04-1992>.

acusándolo de obstruccionista a su gestión, así como la intervención (bajo la figura de reorganización) del Poder Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Ministerio Público. En buena cuenta, se procedería a reestructurar el Estado mediante un autogolpe, prometiendo Fujimori que se convocaría a un referéndum nacional.

Es sobre la base de este mensaje a la nación que se materializaría el acto normativo para la ejecución de las medidas anunciada. Así, con el decreto ley 25.418, del 6 de abril de 1992, Alberto Fujimori y sus ministros instituirían (de forma transitoria) el autoproclamado "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional", dejando sin efecto a la Constitución de 1979 en las disposiciones que les resultaran opuestas, y anunciándose una modificación de la norma suprema conforme a los términos siguientes:

*Art. 2º* – Constituye objetivo fundamental del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional la reforma institucional del país, orientada a lograr una auténtica democracia, que eleve sustancialmente los niveles de vida de la población creando las condiciones para una mejor realización de la persona humana.

Dicha reforma busca establecer las siguientes metas:

1) Proponer la modificación de la Constitución Política para que el nuevo instrumento resultante sirva de medio eficaz para el desarrollo.

Luego de las elecciones de los representantes al Congreso Constituyente Democrático a la que había convocado Fujimori, este órgano quedó instalado el 5 de enero de 1993, y logrando el oficialismo la mayoría absoluta con 44 miembros sobre 80 representantes, quienes procedieron a redactar una nueva Constitución, aunque recogiendo en gran medida la estructura de la carta de 1979 y varias de sus disposiciones, pero reduciéndose en general el texto a 206 artículos.

La nueva Constitución sería sometida a un referéndum ante todo el país, hecho inédito en la historia constitucional peruana, el cual se realizó el 31 de octubre de 1993, ganando el Sí a la aprobación del nuevo texto por mayoría simple, con el 47.63% de los votos, luego de una comprometida campaña a favor de la misma por parte del Poder Ejecutivo como el Le-

gislativo, que encontraron en este texto la oportunidad de legitimar la gestión posterior al autogolpe del 5 de abril de 1992. La Constitución inició su vigencia el 31 de diciembre de 1993.

## § 6. **EL SIGLO XXI Y LAS PRETENSIONES CONSTITUYENTES**

Hemos sido testigos directos de los acontecimientos de las últimas cinco décadas, y como tal nutrimos este trabajo con nuestros propios recuerdos al presenciar los hechos que han tenido a lugar y las consecuencias que generaron. Es sobre la base de las particulares experiencias y saber que efectuamos la valoración que presentamos acerca de lo que se vive en la realidad del país.

El extenso gobierno de Alberto Fujimori llegaría a su fin en el año 2000 luego de una polémica segunda reelección marcada con intensas protestas en todo el país y un fraude electoral del cual dieron noticia los observadores internacionales. A pesar de que el régimen se aferraba a continuar, sería la denuncia difundida el 14 de septiembre del año 2000, mediante la proyección de un video en el cual se registró el soborno realizado por el principal asesor de Fujimori, Vladimiro Montesinos, de quince mil dólares americanos, al congresista Alberto Kouri para actuar a favor de la bancada oficialista a pesar de que entró por otro partido.

Ante el rechazo de su renuncia, y la declaratoria de incapacidad moral, así como la renuncia de sus vicepresidentes, se estableció un gobierno de transición liderado por el presidente del Congreso, Valentín Paniagua Corazao (1936-2006), observándose lo dispuesto en el artículo 115° de la Constitución y convocándose a elecciones generales, en la cuales sería elegido Alejandro Toledo Manrique para el periodo 2001-2006.

Sin embargo, aun con el final del gobierno de Fujimori, en el cual se gestó la Constitución de 1993, esta última se ha mantenido vigente, aunque siendo objeto de más de una docena de reformas a la fecha, pero preservando en esencia su diseño.

Sobre este hecho, podemos considerar que, si bien la Constitución de 1993 estará indisolublemente vinculada a Fujimori, sus disposiciones configuran un particular sistema político, donde incluso, tal como se ha visto en la práctica en los últi-

mos años, el Congreso de la República puede tener tanto poder como el Ejecutivo, a tal punto que es crucial tener una mayoría parlamentaria o al menos cierta concertación para que el gobierno pueda alcanzar sus propósitos.

De esta forma, contrario a la usual creencia por la génesis de la Constitución vigente, luego de un autogolpe, ésta no brinda poderes absolutos al Poder Ejecutivo o alguna posición de privilegio, obligando a la concertación de fuerzas en las relaciones Ejecutivo-Legislativo. Asimismo, debe considerarse, conforme explica García Belaunde, que el texto actual goza de cualidades que le permiten subsistir, señalando al respecto que:

Lo primero que hay que tener presente, pese a que lo niegan algunos, es que nuestra Constitución tiene los dispositivos necesarios para tener un buen sistema de salud, de educación y de seguridad. Si esto no se traduce en la realidad, es simplemente por dejación del Estado y por la ineptitud de su clase política. Para eso no hace falta cambiar nada, sino implementar políticas públicas serias y de largo alcance (2022, p. 434).

Para los primeros años del siglo XXI el Perú mostró su vocación institucional al lograr la sucesión de 4 presidentes democráticamente elegidos (Toledo, García, Humala y Kuczynski), todos ellos bajo las disposiciones de la Constitución de 1993 a la cual observaron en sus funciones. Parte de esta experiencia, a nuestro criterio, conllevó a que el debate sobre una nueva Constitución pasara a segundo plano y la norma política vigente continuara en vigor.

No obstante, el gobierno iniciado por el presidente Kuczynski en julio de 2016 fue marcado por una constante crisis política derivada de una tenaz y obstinada oposición desde el Congreso donde la mayoría parlamentaria del partido opositor Fuerza Popular (liderados por Keiko Fujimori), tras una serie de mociones contra el gobierno central, terminó por provocar la renuncia de Kuczynski en el mes de marzo de 2018.

Este hecho fue el detonante para intensificar los enfrentamientos entre los diversos grupos y actores de la política peruana, con una incertidumbre que se prolonga hasta el presente 2023. Y si bien las elecciones generales del 2021 despertaban las esperanzas de cerrar por fin los constantes enfrentamientos, estos se intensificarían todavía más luego del

triunfo de Pedro Castillo Terrones como presidente de la República, pero al dar este último un intento de golpe de Estado fallido el 7 de diciembre de 2022, agudizó la crisis.

En este caótico contexto de los últimos años, que merece un análisis más amplio, han surgido ciertos grupos que pregonan por una nueva Constitución, pero sin la fuerza o contundencia que se suscitó en Chile, por ejemplo, donde como hemos podido atestiguar, la ilusión despertó entusiasmos que finalmente sucumbieron estrepitosamente cuando el referéndum por el proyecto de la Convención Constituyente obtuvo un contundente 62% de los votos que rechazaban al mismo.

Las voces por una nueva Constitución son minoritarias hasta el día de hoy en el Perú, aunque el mismo presidente Castillo, en el mensaje a la nación del 7 de diciembre de 2022, por el cual dispuso la disolución del Congreso, medida inconstitucional y desacatada en todo nivel, emulando lo ocurrido el 5 de abril de 1992, señaló que se convocaría a un Congreso Constituyente, pero ni por ese anunció logró un movimiento o reacción a su favor con la fuerza suficiente para seguir sus pretensiones; es más, actualmente se encuentra en prisión preventiva por 36 meses y con una serie de cargos en su contra, principalmente por rebelión y corrupción, que le asegurarían más de una década en prisión.

Que la Constitución vigente demande algunas reformas es plenamente comprensible y debatible, pero siempre y cuando obedezca a una visión de mejora significativa de las instituciones para la gobernabilidad, y que no encumbran objetivos malsanos. En este sentido, podemos recordar las palabras de Alfredo Quispe Correa (1936-2010), quien advertía en los siguientes términos:

Una Constitución no debe considerarse solo estatuto de gobierno; es, además, y sobre todo, compromiso de la sociedad entera para respetarla y vivir conforme a sus preceptos. Si alguien hace una Constitución y jueces, magistrados y congresistas contribuyen a preservarla, hay que estar agradecidos, porque es una obra que pertenece a todos y todos deben cuidar (1998, p. 71).

En atención a esto último, sostenemos que no puede banalizarle la Constitución, ni tomarse a la ligera sus propósitos y



efectos, menos aun vender a la norma suprema como el remedio contra todos los males del país. La Constitución debe ser un compromiso para vivir en sociedad de forma civilizada, buscando en las instituciones que se erijan y las autoridades electas con responsabilidad a los respectivos encargados de demostrar los beneficios de la democracia, recayendo en estos el deber de asegurar la felicidad de los gobernados, conforme a lo prescrito en el punto tercero de la paradigmática Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 1776.

## § 7. **REFLEXIONES FINALES**

Las Constituciones se erigieron como los pactos políticos para definir la estructura de los Estados modernos, estableciendo las normas a observar por parte de los actores de las principales instituciones, asegurando una coexistencia ordenada basada en la separación de funciones y la garantía de los derechos sobre la base del imperio de la ley y el respeto a la voluntad general, teniendo una particular evolución llegando el día de hoy a hablarse de una constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Luego de un extenso y turbulento proceso, el Perú proclama su independencia, logrando establecer un Congreso Constituyente y promulgándose por vez primera una Constitución en 1823, aunque por los avatares políticos no llegó a regir, y tampoco alcanzaría mayor influencia en las posteriores Constituciones que surgieron, salvo por fijar la forma republicana de gobierno, pero de ahí su valor es simbólico dentro de la historia constitucional peruana.

Sería hasta 1828 que el Perú tendría una Constitución plenamente vigente, la cual si bien es reemplazada en 1834 prolongó su vigencia en las posteriores que rigieron. Propiamente sirvió como modelo para el constitucionalismo peruano en su primera centuria.

La hegemonía militar en el gobierno peruano en el siglo XIX es palpable en las Constituciones que tuvieron a lugar en este período, todas estas fueron promulgadas por militares, quienes mediante diversos decretos justificaron su redacción, apelando principalmente a la constante anarquía que se vivía en el país o la dudosa legitimidad de las cartas predecesoras;

aunque un rasgo característico para las Constituciones que alcanzaron mayor tiempo de vigencia, las de 1839 y 1860, fue su carácter conservador.

En definitiva, las constituciones promulgadas en el siglo xx son producto de factores políticos, pero también sociales como es el caso de la carta de 1979. El sustento para cada una de estas estuvo vinculado con la visión de romper con las condiciones precedentes para modernizar al país. Al respecto, debemos tener en cuenta que el último siglo fue de cambios muy acelerados, lo cual también dinamizó a la sociedad, más aún con la apertura democrática que ampliaba la base ciudadana.

Respondiendo a nuestras preguntas de inicio, las constituciones peruanas cambiaron producto de las fuerzas políticas en la gran mayoría de los casos, siendo decisiva la habilidad política del gobernante, salvo para 1933, donde la Constitución de Leguía era insostenible en la práctica, así como en 1979, donde el descontento social y las jornadas de protestas por el retorno a la democracia, hizo declinar del gobierno a las Fuerzas Armadas. A excepción de estos casos, en todos los demás escenarios fue la perspectiva del gobernante, provisional o electo, que pudo forzar un órgano constituyente para que se promulgue un nuevo texto.

En este sentido, las Constituciones no cambiaron a la sociedad peruana, tampoco tenían esa pretensión, sino que se elaboraron a partir de ciertas particularidades del contexto político, pero recogiendo cláusulas pétreas de sus predecesoras y modernizándose paulatinamente conforme a las instituciones jurídicas y políticas de Occidente. En este sentido, la Constitución paradigmática fue la de 1828, mientras las que le precedieron hasta 1920 fueron versiones reformadas de este texto, sin cambios masivos que pudieran categorizar alguna originalidad o rompimiento de lo anteriormente establecido; mientras que la Constitución de 1920 sí marcó un nuevo enfoque, propio del siglo xx, pero que luego será nuevamente variado gracias a la Constitución de 1979.

No se aprecia en plenitud, en la hora actual, una demanda social mayoritaria por una nueva Constitución, pero bajo la experiencia histórica, si se quiere promulgar un nuevo texto, un habilidoso gobernante con capacidad de convocar a las

distintas fuerzas políticas y controlar cualquier manifestación opositora bien podría lograr el propósito, pero siendo prudentes habría que tener en claro el ¿para qué promulgar una nueva Constitución? ¿Será realmente un texto original o solo una razón para que el nombre de quien la promulgue se preserve en la norma suprema?

Las Constituciones deben dar estabilidad a las instituciones, y de ser necesario redimensionar el texto, éste puede ser cambiado mediante reformas o interpretado mediante la labor jurisdiccional. Pero hay que guardar distancia de quienes de forma ligera prometen que un cambio de Constitución garantiza el desarrollo de la nación y la eliminación de los conflictos, porque no es trabajo de la norma conseguir ello, sino de la propia nación, su práctica y valores cívicos.

### **BIBLIOGRAFÍA**

- Basadre, J. (2005). *Historia de la República del Perú*, Tomos 1 - 17, 9ª ed., Empresa Editora El Comercio S. A., Lima.
- Contreras Carranza, C. (2013). *Historia del Perú contemporáneo. Desde las luchas por la independencia hasta el presente*, 5ª ed., Instituto de Estudios Peruanos.
- García Belaunde, D.:  
 (2016). *Las constituciones del Perú*. Fondo editorial del Jurado Nacional de Elecciones.
- (2022). *El constitucionalismo peruano en perspectiva. Reflexiones sobre el Bicentenario*, Palestra editores.
- Guastini, R. (2018). *Filosofía del Derecho Positivo. Manual de Teoría del Derecho del Estado Constitucional*, Palestra editores.
- Häberle, P. (2016). *El Estado Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Kelsen, H. (1934). *Compendio de Teoría General del Estado*, Bosch.
- Lassalle, F. (1984). *¿Qué es una Constitución?*, Ariel.
- Loewenstein, K. (1982). *Teoría de la Constitución*, Ariel.
- Pacheco, T. (2015). *Cuestiones constitucionales*. Centro de Estudios del Tribunal Constitucional.
- Paniagua Corazao, V. (2003). *La Constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano*, "Historia Constitucional", 4, p. 103-150.

Pareja Paz Soldán, J. (1981). *Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979*, Justo Valenzuela editor.

Villarán, M. V. (1962). *Páginas escogidas*, P. L. Villanueva.

Quispe Correa, A. (1998). *Apuntes sobre la Constitución y el Estado*, Gráfica Horizonte.

### ***BASES DE DATOS DIGITALES***

Archivo digital de la Legislación del Perú <https://www.leyes.congreso.gob.pe/>

Mensajes presidenciales y otros documentos para la historia política del Perú

<https://www.congreso.gob.pe/participacion/museo/congreso/mensajes-presidenciales/>



## **LA VIOLENCIA ESTATAL Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. CASO PERÚ\***

por Julio Roldán\*\*

**Resumen.** La definición de Estado como violencia organizada, al servicio de una clase para garantizar el control de las mayorías en una sociedad, es la que más se ajusta a la realidad. El Estado descansa en dos pilares: fuerza armada y burocracia. En tiempos de bienestar económico, de paz social, de gobernabilidad, el Estado se limita a sus funciones mencionadas en la Constitución. Estado de derecho, independencia de poderes, elecciones periódicas. Garantiza el ordenamiento demoliberal. En tiempos de crisis económica, de protesta social, de ingobernabilidad, esos principios son reemplazados por medidas de excepción. El derecho liberal es licenciado y reemplazado por lo que Günther Jakobs denomina derecho penal del enemigo. En el Perú, desde mediados de la década del 80 del siglo pasado, por las condiciones de guerra interna, se implementó el principio mencionado a los que fueron tipificados como “terroristas”. Bajo estos principios, se juzgará a Pedro Castillo y a todos los que sean acusados de atentar contra el orden en las recientes protestas populares.

**Palabras clave:** fascismo, derecho penal del enemigo, APRA.

\* Recepción: 20/8/2023; evaluación: 9/9/2023; aceptación: 25/10/2023.

\*\* Sociólogo. Doctor en Filosofía por la Universidad de Bremen, Alemania. Investigador y conferencista internacional.

**STATE VIOLENCE  
AND THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY.  
PERU CASE**

**Abstract.** The definition of the State as organized violence, at the service of a class to guarantee the control of the majorities in a society, is the one that best fits reality. The State rests on two pillars: armed force and bureaucracy. In times of economic well-being, social peace, and governability, the State limits itself to its functions mentioned in the Constitution. Rule of law, independence of powers, periodic elections. It guarantees demoliberal ordering. In times of economic crisis, of social protest, of ungovernability, these principles are replaced by exceptional measures. Liberal law is licensed and replaced by what Günther Jakobs calls the criminal law of the enemy. In Peru, since the mid-80s of the last century, due to the conditions of internal war, the aforementioned principle was implemented for those who were classified as "terrorists". Under these principles, Pedro Castillo and all those accused of attacking order in the recent popular protests will be judged.

**Keywords:** fascism, criminal law of the enemy, APRA.

§ 1. **ESTADO Y DEMOCRACIA LIBERAL**

a) **TRES TEORÍAS SOBRE EL ESTADO.** Podemos mencionar estas teorías bien diferenciadas.

1) Para el filósofo Aristóteles (384-322), el Estado tiene su origen en el alma humana. Mientras que para el teólogo Tomás de Aquino (1225-1274), el Estado tiene un origen en la naturaleza del hombre. En otras palabras, para los dos, el Estado tiene un origen divino.

2) Los filósofos Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) y Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) sostienen, con diferencias, que el Estado es el resultado del contrato social entre ciudadanos. Ese pacto implica renunciar al derecho natural, la libertad, en función del derecho de los ciudadanos, la seguridad.

3) Friedrich Engels (1820-1894), Vladimir Lenin (1870-1924) y Max Weber (1864-1920) afirman que el Estado aparece en el momento y lugar cuando la sociedad se ha dividido en clases sociales. El Estado es la violencia organizada, legalizada, al servicio de una clase para controlar a las demás. El Estado descansa en la fuerza armada y en la burocracia.

b) *LUCHA CONTRA LA MONARQUÍA.* La burguesía en ascenso, en lucha y unidad contra el viejo régimen encarnado en la monarquía, su Estado absolutista, que disponía de la escolástica como concepción filosófica, toma como arma la razón y mediante ella logra plasmar la revolución democrática liberal. Francia de 1789 es el caso más destacado. Subrayemos los conceptos que la burguesía enarboló para atraer a las mayorías populares: democracia, justicia y libertad.

c) *LA BURGUESÍA Y EL PODER.* La burguesía estructura el poder y organiza el gobierno bajo los lineamientos del llamado Estado de derecho. Sobre la base de ello se estructuró el ordenamiento demoliberal burgués. La Constitución es el marco general que lo regula. Propugna la separación y equilibrio de poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral), el libre juego de partidos, elecciones periódicas libres, libertad de pensamiento y libertad de prensa, etcétera. Con ciertas diferencias, estos conceptos tuvieron alguna ejecutoria solo en determinados países, fundamentalmente europeos. En la mayoría de los casos se mantiene como enunciado teórico y con una pálida concreción práctica. Un ordenamiento democrático formal, mas no real.

d) *EL CAPITAL INDUSTRIAL.* Este ordenamiento demoliberal burgués correspondía, en el plano político-jurídico, a la etapa del predominio del capital industrial en el nivel económico. Él se caracteriza por el predominio del libre mercado. Es este, a través de la oferta y la demanda, el que determina los precios de las mercancías. Son los tiempos de dejar hacer y dejar pasar. A nivel externo, se caracteriza por la exportación de mercancías.

e) *DINÁMICA DEL CAPITALISMO.* El capitalismo, como todo sistema histórico, es un sistema dinámico. Tiene la necesidad de renovarse pues, de no hacerlo, simplemente perece. En ese proceso se da, por necesidad, la fusión del capital industrial con el capital bancario. El resultado es el capital financiero, que ge-



nera el imperialismo. Desde 1870, más o menos, es cuando se comienza a expresar este fenómeno. El principio fundamental del imperialismo es que niega la economía de libre concurrencia. Concentra los capitales en pocas manos. Nacen los monopolios, que son los que imponen los precios en el mercado. A nivel externo, se caracteriza por la exportación de capitales que reemplaza a la exportación de mercancías del período anterior. Lo expuesto se ha hecho sobre la base de la lectura de las investigaciones de Rudolf Hilferding (1877-1941), Lenin y Rosa Luxemburgo (1871-1919).

f) *CRÍTICAS*. El ordenamiento demoliberal burgués fue cuestionado desde dos vertientes.

1) La crítica socialista y sus variantes le cuestiona su inconsecuencia. La burguesía se ha limitado, fundamentalmente, a la prédica teórica. Ha traicionado a la razón. La ha convertido en un mito. Es el gobierno de la sinrazón, a decir de Max Horkheimer (1895-1973) y Theodor Adorno (1903-1969). De lo que se trata es de llevar estos principios hasta las últimas consecuencias, a la práctica. Ello pasa por transformar revolucionariamente la sociedad en dirección de una sociedad socialista. El triunfo de la revolución bolchevique fue un ejemplo de lo que ellos pretendían. Bajo las reglas del sistema socialista se concretizarán los principios que la burguesía se limitó a enunciar. Los planteamientos de Albert Einstein (1879-1955) y Jean Paul Sartre (1905-1980), al respecto, son ilustrativos.

2) La crítica desde posiciones conservadoras, en muchos aspectos, es volver hacia atrás. Ella retomaba ideas, principios, del pasado y, de esa manera, evitar el avance del comunismo que utiliza ese sistema jurídico-político para destruirlo. A este movimiento se le denomina con un término italiano, pues nació en este país: fascismo.

g) *EL FASCISMO*. El fascismo tiene su fuente filosófica en dos vertientes.

1) En el pragmatismo, que apareció en Estados Unidos de América en las dos últimas décadas del siglo XIX. Corriente ligada, entre otros, a los nombres de los psicólogos filósofos Charles Sanders (1839-1914), William James (1842-1910), John Dewey (1859-1952).

2) En el neotomismo, que se gestó en Italia y se expresó en tiempos paralelos al pragmatismo. El neotomismo tiene su base teórica en la *Encíclica æternis patris* (1879), anunciada por el papa León XIII (1810-1903). La ideología del fascismo es el anticomunismo. Políticamente, el fascismo está en contra de la idea de república, tanto en la variante de la democracia liberal burguesa como de la democracia socialista proletaria. En el nivel social, el fascismo niega la existencia de las clases y la lucha entre ellas. Levanta como alternativa la idea de la identidad y la nación. En el nivel organizativo, el fascismo apunta a revivir las corporaciones medievales. El Estado, el partido, el Gobierno, controlan verticalmente la sociedad. Es el Estado corporativo o totalitario. Económicamente, el fascismo expresa los intereses de grupos de grandes terratenientes en alianza con sectores de la burguesía financiera. El sector social más proclive al fascismo es la mediana burguesía. De igual manera, el fascismo cala, organiza, a los sectores pobres y lumpenizados. El fascismo dispone de una simbología marcial. Uniformes, himnos, banderas, consignas, saludos, rituales, mitos. El fascismo busca, normalmente, un líder carismático en la concepción de Max Weber. Se proclaman revolucionarios, nacionalistas, en algunos casos socialistas; predicán en contra de los nuevos ricos, en contra de la burguesía liberal y contra las organizaciones comunistas. Son los que levantan la tercera vía: ni capitalismo ni socialismo.

Además de estas características generales, el fascismo tiene, también, particularidades que se expresan en los diferentes países. En Italia reivindican al Imperio Romano, la unidad de la nación y el pasado histórico. El César es el equivalente al duce. En este caso, Benito Mussolini (1883-1945). En Alemania trabajan sobre tres conceptos. El piso sustenta la nación. La sangre determina la raza. La cultura se expresa en el idioma. Además, el antisemitismo. En España comenzó con el golpe de Estado dado por el general Miguel Primo de Rivera (1870-1930), en el año 1923. En 1933 se fundó la Falange (la organización fascista española), que levantó tres símbolos: Dios, patria y familia. Tuvo como líder a José Primo de Rivera (1903-1933), hijo de Miguel. Teniendo a la Falange como base, se fundó el movimiento nacional que sustentó al régimen de Francisco Franco (1892-1975).

## § 2. **DE SCHMITT A JAKOBS**

Tomamos el caso particular de Alemania por dos razones: *a)* Fue en esta sociedad donde el fascismo extremo, el nacional-socialismo, llegó mucho más lejos que en otro país, y *b)* consecuentemente, es en este país donde aparecen los dos teóricos más conocidos sobre el tema que aquí nos ocupa: Carl Schmitt (1888-1985) y Günther Jakobs (1937). Los trabajos que nos servirán para el análisis son: *El concepto de lo político* (1932), del primero, y *El derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo* (1984), del segundo.

*a)* El 14 de agosto de 1919 fue sancionada la Constitución, celebrada en la ciudad de Weimar. La influencia ideológico-política del Partido Socialdemócrata alemán fue mayoritaria, es evidente. Los puntos más destacados de esta carta fueron:

- 1) Alemania es una república federal.
- 2) La democracia es el sistema del régimen político-social.
- 3) El presidente es elegido por sufragio universal.
- 4) El presidente elige al canciller.
- 5) Elecciones libres y soberanas.
- 6) Se reconoce el Estado de bienestar.

7) Como parte de ello, se plasman los derechos sociales de los trabajadores en ella. Fue una Constitución demoliberal, sobre su base se orienta la nueva república.

Friedrich Ebert (1871-1925; SPD) fue el primer presidente de la República Federal alemana.

*b)* Contra esta Constitución, del régimen político-social, se expresa el Partido Nacionalsocialista. Lo hará mediante el filósofo y jurista Carl Schmitt. Él fue militante de dicha organización. En el libro mencionado líneas arriba, cuando aún el partido no había tomado el poder en Alemania, se destaca el concepto de amigo-enemigo. Sus palabras son: "El sentido de la distinción amigo-enemigo es marcar el grado máximo de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación. Y este criterio puede sostenerse tanto en la teoría como en la práctica sin necesidad de aplicar simultáneamente todas aquellas otras distinciones morales, estéticas, económicas

y demás. El enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni estéticamente feo; no hace falta que se erija en competidor económico, e incluso puede tener sus ventajas hacer negocios con él. Simplemente es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo" (Schmitt, 2009, p. 57).

La actualmente conocida teoría del otro está expuesta en forma diáfana.

De igual manera cómo se construye al enemigo. Schmitt es preciso.

No es el enemigo en general. Es el enemigo político. En otras actividades de la vida, este enemigo no es enemigo. Los auténticos enemigos son los políticos. ¿Y por qué? Porque los enemigos políticos ponen en riesgo el poder político, el Estado. Para el nacionalsocialismo, los enemigos centrales fueron los comunistas, los socialistas, en la medida en que deseaban cambiar el Estado. Luego venían los judíos, los gitanos, los homosexuales-lesbianas, los Testigos de Jehova, etcétera.

Al enemigo, además de construirlo, se lo despoja de sus atributos elementales. Se lo deshumaniza. Los comunistas son parias, los comunistas son apátridas. Ellos han traicionado a la nación, a la raza, a la cultura. No son nada. A los judíos, la propaganda oficial los presentaba como animales. Concretamente, como ratas. Los demás fueron individuos degenerados. En esa condición, no tienen derecho a nada, son nadie. Son los enemigos políticos.

Después de haber construido al enemigo, en función de afianzar la unidad de la patria, la identidad de la nación, de la sociedad, del Estado, de la raza, de la cultura, el autor, tomando como punto central la unidad política del país, sostiene: "Por lo tanto mientras exista la unidad política, es siempre la unidad decisiva, total y soberana. Es 'total', en primer lugar, porque todo asunto puede ser potencialmente político y, en consecuencia, puede ser afectado por la decisión política; y, en segundo lugar, porque la participación política abarca al hombre en forma total y existencial. La política es el destino" (Schmitt, 2008, p. 30).

Tres conceptos, unidad-política-total, son lo central en el párrafo transcrito. El último concepto, total, se repite tres veces. La filosofía política y la ciencia política tienen como

objetivo el estudio del poder, del poder político, más concretamente, del Estado. Por ello, desde Plutarco (50-120) hasta Lenin, se ha repetido esta frase que expresa: ¡Salvo el poder, todo es ilusión! Con Sun Tzu (544-496) y Mao Tsetung (1894-1976), de que: ¡El Poder nace del fusil! Karl Schmitt tiene como centro la tríada antes mencionada, unidad-política-total. En otros términos, es el Estado piramidal. Está formado por el Gobierno-partido-Estado. Es el Estado corporativo. Es el Estado totalitario. Último concepto que fue popularizado, críticamente, por Hannah Arendt (1906-1975), décadas después.

En otra parte, para una mejor comprensión de la idea del Estado total, Schmitt hace algo de historia: "Este desarrollo tiene su punto de partida en el Estado absoluto del XVIII, pasa por el Estado neutral (no intervencionista) del XIX y llega al Estado total del XX. La democracia se ve obligada a cancelar todas las distinciones que caracterizan al liberalismo decimonónico, y a eliminar la oposición entre Estado y sociedad (entre lo político y lo social)" (Schmitt, 1963, p. 54). Repitamos este párrafo: "La democracia se ve obligada a cancelar todas las distinciones que caracterizan al liberalismo decimonónico". Entendemos que se refiere a la Constitución, al Estado de derecho, al equilibrio de poderes, elecciones libres y periódicas, etcétera. Luego continúa con la diferencia entre la sociedad política (Estado) y la sociedad civil (población), típica de la democracia liberal del siglo XIX; esta es eliminada en función de la idea de que el Estado somos todos. No hay diferencias de clases sociales, de sectores culturales, de grupos minoritarios. El Estado lo abarca, lo copa, lo comprende todo. Insistiendo sobre el Estado total, continúa: "En realidad es el Estado total, que ya no conoce nada que pueda considerarse como absolutamente apolítico, el que tiene que eliminar la despolitización del XIX, poniendo así fin al axioma de una economía libre (apolítica) y de un Estado libre respecto de la economía" (Schmitt, 1963, p. 56).

El Estado, la política, debe participar en la planificación, orientación, de la vida económica de la nación. A esta no se la puede dejar a los vaivenes del libre mercado, se estaría jugando con el futuro de la nación. Propugnan el desarrollo de los monopolios ligados al poder político, al Estado, también

como empresario. En alguna forma, se adelantó a las ideas de John Maynard Keynes (1883-1946). El capitalismo con rostro humano apadrinado por el Estado o el capitalismo con corazón planificado desde el Estado. Sea en una dirección u otra, la esfera se mueve bajo las leyes que impone el sistema capitalista.

El Estado social es defendido también por los fascistas. Luego de teorizar el acápite del Estado totalitario, el jurista regresa al concepto inicial de amigo-enemigo. Leamos lo que dice: "Los conceptos de amigo, enemigo y lucha adquieren su sentido real por el hecho de que están y se mantienen en conexión con la posibilidad real de matar físicamente. La guerra procede de la enemistad, ya que esta es una negación óntica de un ser distinto. La guerra no es sino la realización extrema de la enemistad. No necesita ser nada cotidiano ni normal, ni hace falta sentirlo como algo ideal o deseable, pero tiene desde luego que estar dado como posibilidad efectiva si es que el concepto del enemigo ha de tener algún sentido" (Schmitt, 1963, p. 63).

El desarrollo particular de la sociedad alemana, dentro de ello la Constitución de Weimar, la presencia comunista y judía, que para el industrial Henry Ford (1863-1947) eran las dos caras de la misma moneda, entre otras razones, fue el motivo que generó, en 1932, se hayan plasmado estos dos conceptos: 1) la construcción del enemigo. Su consecuencia: deshumanización, y 2) negación del ordenamiento demoliberal y sustitución por un sistema totalitario.

Medio siglo después ocurre otro hecho político-militar en la sociedad alemana, de alguna importancia. Entra en escena una organización que se reclamaba antiimperialista, anarquista, conocida con el nombre de la RAF. Con acciones cuestionaba la democracia liberal en el país. El Estado terminó con ellos en un tiempo relativamente corto. En principio, este fue uno de los motivos, luego vendrán las guerras en el mundo árabe, para que el jurista Günther Jakobs, en 1984, actualice algunos conceptos del mencionado Carl Schmitt. Lo curioso es que Jakobs no menciona a Schmitt. Posiblemente el pasado nazi de su colega es un árbol que no da buena sombra.

El autor es mucho más preciso en sus opiniones, en comparación al anterior citado, sobre el tópico. Sobre el derecho penal del enemigo, sus manifestaciones vinculantes, escribe:

“Por consiguiente, no puede tratarse de contraponer 2 esferas aisladas del derecho penal, sino de describir 2 polos de un solo mundo o de mostrar 2 tendencias opuestas, en un solo contexto jurídico-penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros” (Jakobs, 2004, p. 22).

Para él, estos dos tipos de individuos, son excluyentes. Por eso, su juicio es concluyente cuando, sintéticamente, afirma: “Contrato social, aceptación de las leyes. El ciudadano y sus derechos y el enemigo sin derechos” (Jakobs, 2004, p. 23).

Aquí se repite la construcción binaria, lo hecho por Schmitt 50 años atrás, amigo versus enemigo. En Jakobs, el amigo ha evolucionado a ciudadano que está enfrentado al enemigo. Para esta manera de conceptualizar basta la conocida frase que expresa: ¡Para mis amigos, todo; para mis enemigos, la ley!, suena liberal y hasta democrática. Para el jurista, el ciudadano respetuoso de la ley, que cumple disciplinadamente con las normas del orden, merece todos los derechos. Para el transgresor, para el rebelde, eventualmente para el revolucionario, nada. Él no tiene derechos, se le ha deshumanizado.

Algunas páginas después, Günther Jakobs, apoyándose en citas de Rousseau y Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), sobre la misma división binaria, ciudadano versus enemigo, sostiene: “La consecuencia reza así: ‘al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano.’ De modo similar argumenta Fichte: ‘quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos’” (Jakobs, 2004. p. 26 y 27).

Luego de citar a Rousseau y Fichte, continúa con Thomas Hobbes e Immanuel Kant (1724-1804) sobre la misma temática, sus palabras son como siguen: “Por consiguiente, Hobbes y Kant conocen un derecho penal del ciudadano –contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio– y un derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; este excluye, aquel deja incólume el estatus de persona.

El derecho penal del ciudadano es derecho también en lo que se refiere al criminal; este sigue siendo persona. Pero el derecho penal del enemigo es derecho en otro sentido" (Jakobs, 2004, p. 32).

El autor reitera: "El derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el derecho penal del enemigo. El de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es solo coacción física, hasta llegar a la guerra. Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz" (Jakobs, 2004, p. 33).

El contenido de la cita transcrita es claro, directo, no se presta a divergentes interpretaciones. Este es el motivo por el cual nosotros nos limitaremos a algunos agregados en torno al derecho penal del enemigo desarrollado en los últimos años por el jurista aquí tratado.

Los tipificados, construidos, como enemigos tienen derecho a la existencia, discernir diferente a lo que piensa el ciudadano común. Lo que no tiene derecho es a decir, por cualquier medio, lo que piensa.

Menos formar parte, en cualquier nivel, de una organización política, tipificada por el orden como subversiva, criminal o terrorista. Si lo hace, de inmediato pierde su condición de ciudadano y se convierte en enemigo. Se le aplicará lo que contempla el derecho penal del enemigo.

### § 3. **PERÚ, LABORATORIO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO**

Antes de entrar en el tema propiamente dicho, es menester mencionar que el adjetivo "terrorista", y su derivado "terrucó", tienen en el Perú larga data. En los años 30 del siglo xx, fue aplicado contra el APRA, los apristas, también contra los comunistas, a quienes se les denominó "terroristas". Los trabajos de Carlos Miro Quesada Lagos (1903-1969) sobre esta etapa son



ilustrativos. A esta organización, el APRA, se le siguió tipificando hasta 1949 como terrorista. En ese año se publicó un folleto titulado *Los crímenes del APRA*, editado por el Ministerio de Gobierno y Policía del Perú. En las primeras páginas del fascículo se lee: "Los crímenes y actos de terrorismo cometidos en forma sistemática por la secta aprista en el Perú, que se dan a conocer en este folleto, están debidamente comprobados" (ministro de Gobierno, 1949, p. 4).

Con la irrupción de la lucha armada del PCP-SL en la vida política nacional en el Perú, 1980, el adjetivo cobra nuevamente presencia y luego es transformado en sustantivo y verbo. El primer hecho oficial donde se les tipifica como terroristas fue el decr. ley 046 de 1980, llamado decreto antiterrorista. Él creó la policía política llamada Dircote (Dirección contra el terrorismo). Destaquemos tres hechos donde se evidencia el desmonte de la legislación demoliberal y la implementación del derecho penal del enemigo: 1) los sospechosos de ser terroristas son detenidos sin mandato judicial; 2) los detenidos son catalogados como terroristas, y 3) la policía puede retener e incomunicar por dos semanas a los detenidos.

A la par, destaquemos tres hechos concretos que solo se ha dado en la guerra contrasubversiva en el Perú: 1) los jueces sin rostro; 2) formar a mujeres para torturar a mujeres en la Dircote; 3) los hornos crematorios. El "Pentagonito" en Lima y los "Cabitos" en Ayacucho.

En otro nivel, la persecución ideológica política, como parte del derecho penal del enemigo cuando la guerra ya había terminado, son el caso "Perseo" (2014) y el caso "Olimpo" (2021). En estos casos se detuvieron a más de 100 personas. Se les acusó de pertenecer a una organización terrorista; para evitar que realicen acción subversiva se les detiene, se les criminaliza. Se prolongan los juicios por años. La intención es anular su actividad política y evitar que difundan sus ideas. Es la misma táctica que se está aplicando, en la actualidad, con la prensa alternativa. Teniendo un juicio pendiente, no pueden seguir desarrollado su labor de difundir información que al Estado no le conviene.

El caso más conocido de la aplicación del derecho penal del enemigo, fue el proceso contra Abiamel Guzmán (1936-2021; jefe del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso).

La presentación en la jaula. La indumentaria con la cual se hizo. La degradación humana y, en reemplazo, la animalización. El confinamiento en la base naval. La incomunicación. Las dos cadenas perpetuas. El destino que se le dio a sus restos.

Por las condiciones de guerra interna en el Perú, este país se ha convertido en una especie de laboratorio donde se aplica, de manera más consecuente, los lineamientos del derecho penal del enemigo en toda la región. Sobre el tema existen algunas investigaciones; se destaca la realizada por el jurista peruano Pedro L. Puma (1974). El libro, de pronta publicación, lleva un largo título y subtítulo que, de alguna forma, sintetiza su contenido: *La cristalización previa al derecho penal del enemigo y su expresión en el sistema penal peruano. Una regresión cualitativa violatoria de principios, derechos y garantías constitucionales y penales.*

En el caso de Pedro Castillo, según los especialistas, él llamó a cerrar el Parlamento. Las interpretaciones sobre la acción son varias.

Lo que queda claro es que el llamado no tuvo efecto concreto alguno.

Por el contrario, la elocución fue motivo para su destitución, detención, y reemplazado en el cargo de presidente del Perú. Todo ocurrió en el lapso de una hora. Hasta el momento no ha sido tipificado como terrorista, pero la lógica indica que será procesado bajo el marco del derecho penal del enemigo.

A las millones de personas que protestan, políticamente, en las calles del Perú se les tipifica como "terroristas" o "vándalos", que para la ocasión es lo mismo. Los cientos de detenidos a nivel nacional están comprendidos en el principio aquí comentado.

Antes de terminar, recordemos las condiciones económicas, sociales y políticas que condicionan la implementación de estas dos concepciones de entender y aplicar el derecho. El derecho demoliberal burgués y el derecho penal del enemigo. En tiempos de bienestar económico, de paz social, de gobernabilidad, el Estado se limita a sus funciones mencionadas en la Constitución. Estado de derecho, independencia de poderes, elecciones periódicas. Garantiza el ordenamiento demoliberal.

En tiempos de crisis económica, de protesta social, de ingobernabilidad, esos principios son reemplazados por medidas de excepción. El derecho demoliberal es licenciado y reemplazado por lo que Günther Jakobs denomina derecho penal del enemigo.

Terminamos afirmando que la crisis del sistema capitalista, en unos países más que en otros, lleva necesariamente a implementar los principios del derecho penal del enemigo. Debemos ser conscientes que de él no escapa nadie que tenga ideas de cambio, que sea progresista, o que sea de izquierda. Aún estamos a tiempo para evitarlo y así no lamentarnos posteriormente. Lo último nos trae a la memoria un poema escrito por el pastor luterano Martin Niemöller (1892-1994), que fue publicado a comienzos de la Segunda Guerra Mundial en la Alemania nazi. Leamos:

*“Cuando los nazis vinieron a llevarse a los comunistas, guardé silencio, porque yo no era comunista.*

*Cuando encarcelaron a los socialdemócratas, guardé silencio, porque yo no era socialdemócrata.*

*Cuando vinieron a buscar a los sindicalistas,  
no protesté, porque yo no era sindicalista.*

*Cuando vinieron a llevarse a los judíos,  
no protesté, porque yo no era judío.*

*Cuando vinieron a buscarme,  
no había nadie más que pudiera protestar”.*

## **BIBLIOGRAFÍA**

Jakobs, G. (2023). *El derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas.

Ministerio de Gobierno y Policía del Perú (1949). *Los crímenes del APRA*, Lima.

Schmitt, C. (2009). *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial.

## **IDENTIDAD CONSTITUCIONAL ALEMANA. ESCAPANDO DE LAS PARADOJAS\***

por Daniela López Testa\*\*

**Resumen.** La Constitución alemana contiene una cláusula pétrea denominada garantía de eternidad, que enumera los principios que no pueden modificarse en una reforma.

La introducción de esta cláusula fue producto de la experiencia del Tercer Reich. La Constitución vigente hasta ese momento, la de la República de Weimar, no establecía ningún límite material para la reforma constitucional, por lo que después de la caída del nacionalsocialismo fue señalada como factor coadyuvante a la existencia del mismo. Es que la democracia podía eliminarse por medios democráticos. En ese sentido, la República de Weimar contenía el germen de su propia destrucción.

Por ello, en el proceso del dictado de la Ley Fundamental de 1949 el Consejo Parlamentario se esforzó por incluir una cláusula de eternidad que protegiera ciertos principios fundamentales del orden democrático liberal. En los debates se hacen presente las referencias a evitar la revolución legal, y el suicidio de la democracia.

**Palabras claves:** identidad constitucional, inmodificabilidad, reforma, revolución legal, poder constituyente.

\* Recepción: 23/7/2023; evaluación: 8/8/2023; aceptación: 11/9/2023.

\*\* Doctora en Derecho (*summa cum laude*; Universidad de Erlangen-Núremberg, Alemania). Magíster Legum (LL.M) por la Universidad de Freiburg, Alemania. Abogada de la Universidad Nacional de Tucumán (Medalla de oro, promoción 2009). Titular de la cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad de San Pablo Tucumán. Directora de la Diplomatura de Razonamiento Legal aplicado: diseño de casos y sentencias.

## **GERMAN CONSTITUTIONAL IDENTITY. ESCAPING FROM PARADOXES**

**Abstract.** The German constitution contains a “guarantee of eternity”, which lists the principles that cannot be changed in a reform.

The introduction of this clause was a product of the experience of the Third Reich. The constitution of the Weimar Republic, which had been in force at the time, did not set any material limits to constitutional reform, which is why after the fall of National Socialism it was pointed out as a factor contributing to its existence. Democracy could be eliminated by democratic means. In this sense, the Weimar Republic contained the seeds of its own destruction.

In the process of drafting the Basic Law of 1949, the Parliamentary Council therefore endeavored to include an eternity clause to protect certain fundamental principles of the liberal democratic order. References to the avoidance of legal revolution, and the suicide of democracy, were present in the debates.

**Keywords:** constitutional identity, immutability, amendment, legal revolution, constituent power.

### § 1. **INTRODUCCIÓN**

Hubo un día en 1933 en el que no hubo vuelta atrás. Probablemente fue imperceptible para los que lo estaban viviendo, pero ese día perfiló exactamente lo que vendría. En ese punto la historia comenzó a tomar un rumbo que sería luego estudiado como acontecimiento.

Ese día para Alemania fue el 14 de julio. Adolf Hitler logró prohibir la creación de nuevos partidos políticos y con ello se deshizo de la oposición. Así, por medio de la ley contra la creación de partidos (*Gesetz gegen die Neubildung von Parteien*) se estableció un sistema unipartidista con el Partido Nacionalsocialista como único actor político.

Solamente necesitó dos artículos. El primero declaraba que el partido nazi era el único partido que podía funcionar en Alemania. El segundo establecía las penas –de hasta tres años de prisión– para quienes fundaran nuevas organi-

zaciones políticas o intentaran reavivar las que ya estaban prohibidas<sup>1</sup>.

Con esto se terminó por un tiempo con la democracia. Esa democracia que había sido tolerante hasta el extremo de permitir ideas radicales como las del *führer* que, paradójicamente, terminarían acabando con ella.

Este peligro que encierra la democracia por su apertura hacia el pluralismo de ideas políticas es advertido por Karl Popper a través de la formulación de la paradoja de la democracia, tomada de la obra de Platón.

En este artículo se presentará la cláusula de eternidad alemana, sus antecedentes, es decir, cómo fue producto de la paradoja de la democracia y de una revolución legal, y luego pasaremos a analizar sus dos facetas. Asimismo, se explicará la fundamentación teórica de ambas facetas, tomando dos teorías que pueden complementarse. Finalmente, se esbozarán algunas conclusiones en forma de tesis.

## § 2. *CLÁUSULA PÉTREA ALEMANA*

De la experiencia del Tercer Reich, Alemania aprendió.

La Constitución vigente hasta ese momento, la de la República de Weimar, no establecía ningún límite material, en su art. 76, para la reforma constitucional (Murswiek, 2008), por lo que inmediatamente después de la caída del nacionalsocialismo fue señalada como factor coadyuvante a la existencia del régimen del Tercer Reich (Dreier, 2009). Es que la democracia podía eliminarse, en ese entonces, por medios democráticos (Murswiek, 1999). En ese sentido, la República de Weimar contenía el germen de su propia destrucción. A eso se debe sumar la crisis económica reinante y la crisis de gobernabilidad que enfrentaba el poder, al no contar con mayorías estables en el Parlamento (Liet-Veaux, 1943).

<sup>1</sup> El día que Hitler terminó de consolidar su poder y anticipó el horror nazi que se avecinaba en Europa, en Infobae, 14/7/2023.

Por las razones antes aludidas en el proceso del dictado de la Ley Fundamental (GG por sus siglas en alemán) de 1949 el Consejo Parlamentario (*Parlamentarischer Rat*) se esforzó por incluir una cláusula de eternidad que protegiera ciertos principios fundamentales del orden democrático liberal. En los debates se hacen presente las referencias a evitar la revolución legal o la apariencia de legalidad (*Rechtsschein*) (Even, 1988). Como sostiene Konrad Hesse, el objetivo de incluir esta disposición era evitar el suicidio de la democracia en forma legal (Hesse, 1995). El Tribunal Constitucional federal alemán (BVerfG) en el fallo "Escuchas" (*Abhörurteil*) describe también esta función al afirmar que, "la Constitución de la República Federal de Alemania ha optado por la 'democracia militante'. No acepta un abuso de los derechos fundamentales en la lucha contra el orden liberal [...] No se debe permitir que los enemigos de la Constitución hagan peligrar, perjudiquen o destruyan el orden constitucional o la existencia del Estado invocando las libertades otorgadas por la Ley Fundamental o bajo su protección" (BVerfGE 30, 1-Abhörurteil).

La discusión en el seno del Consejo Parlamentario tuvo un antecedente inmediato que sirvió de modelo. En 1948, antes de que se dictara la Ley Fundamental, una convención se reunió en Herrenchimsee para dictar una propuesta de Constitución (Even, 1988). Los arts. 107 y 108 de aquella propuesta se erigieron después como modelo para el actual art. 79, inc. 3, GG. A su vez, el debate que dio origen a aquellos preceptos de la propuesta está basado, en cierta medida, según la doctrina mayoritaria, en la teoría de Carl Schmitt (Stern, 1984). Schmitt, durante la República de Weimar, ya defendía la existencia de decisiones constitucionales fundamentales que "debían permanecer inalterables para que la Constitución no dejara de ser la misma" (Schmitt, 1928).

Schmitt parte de la diferencia entre poder constituyente y poder constituido; reconoce que las decisiones fundamentales las toma el primero. Al mismo tiempo, sostiene que el acto de dar una Constitución es un acto cualitativamente diferente que el de reformarla (Schmitt, 1928). Es que dar la Constitución es tomar las decisiones fundamentales, mientras que la reforma es cambiar las leyes constitucionales. De ahí que declara que la actividad de enmendar o reformar la Constitución es distinta a la tarea ordinaria de un parlamento (Schmitt, 1928).

La influencia de la fórmula de Schmitt tanto en el debate como en la versión final del artículo no se nombra. A pesar de esto, se puede reconocer su impronta en el informe estenográfico del Consejo Parlamentario que da cuenta de la discusión sobre la inclusión de la cláusula de eternidad. En el marco de ella se expresa, por ejemplo, que la Ley Fundamental "es la decisión común de un pueblo libre sobre la forma y contenido de su existencia política", lo que evidentemente coincide con el concepto de Constitución en sentido positivo de Schmitt.

Los principios consagrados dentro del art. 79, inc. 3, GG como intocables ante las enmiendas constitucionales serían: la división de la República Alemana en Estados federados (*Länder*), la participación (*Mitwirkung*) de estos en la legislación (*Gesetzgebung*), y los principios establecidos en los arts. 1º y 20, GG. Estos últimos son: el respeto por la dignidad humana (*Menschenwürde*), la república, la democracia (liberal), el Estado social, parte de los principios del Estado de derecho, así como el Estado federal. Respecto de los principios del Estado de derecho abarcados por el art. 20 y, por consiguiente, protegidos en la cláusula, ellos son, "el principio de la separación de poderes y [...] el principio de la vinculatoriedad del Poder Legislativo al orden constitucional, y la vinculatoriedad del Poder Ejecutivo y Judicial a la ley y al derecho".

Esta cláusula sería una especie de código genético del paradigma actual alemán. Ella encierra la identidad constitucional alemana que desea ser preservada a través del tiempo. Por ello, se denomina garantía de eternidad (*Ewigkeitsgarantie*).

Como las constituciones son producto de una cultura en las que se vuelcan sus valoraciones, historia y experiencias, parecería, a primera vista, que este instituto es una *rara avis*. Es decir, este sería el resultado de la conjunción de factores únicos que se dieron solamente en la historia alemana. Sin embargo, a poco que uno se introduce en el análisis del fenómeno advierte que no se trata de otra cosa que de una cláusula pétrea, de un límite material explícito a las reformas constitucionales. En ese sentido, no se diferenciaría de otras cláusulas de inmodificabilidad como las del ordenamiento jurídico noruego, portugués, brasileño, entre otros.



### § 3. **REFORMA CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA**

En este punto es necesario contextualizar la cláusula de eternidad en el proceso de reforma de la Constitución en ese ordenamiento.

El art. 79, GG rige la reforma constitucional y exige para ello una ley que cuente con la aprobación de dos tercios de los miembros del *Bundestag* (una suerte de cámara de diputados) y dos tercios de los votos del *Bundesrat* (equivalente a una cámara de senadores). Es decir, el proceso de reforma (enmienda) es llevado a cabo por el Poder Legislativo ordinario con mayorías agravadas, no por una convención constituyente creada al efecto. Esta tradición, que se remonta a la Constitución de Prusia de 1850, es reiterada luego en la del Imperio (*Kaiserreich*) de 1871 y en la Constitución de Weimar (Dreier, 2009).

El poder de reforma es un poder limitado que deriva su competencia de la Constitución. A pesar de utilizarse en Alemania el mismo órgano parlamentario para las reformas, no se debe por eso pensar que el acto de reformar una Constitución es una actividad ordinaria del Estado, sino que es extraordinaria y limitada como toda competencia (Murswiek, 1999).

La Constitución alemana ha sufrido veintisiete reformas solo en el período 1986-2017. A pesar de ellas, se considera que sigue siendo la misma Constitución diseñada por el *Parlamentarischer Rat* en 1948-1949, luego de la capitulación de la Segunda Guerra Mundial (Dreier, 2009). Esto evidencia su permanencia en el paradigma que la sustentó.

Como se sostuvo al presentar la cláusula pétrea, no toda la Constitución alemana puede ser reformada. Explícitamente, el inc. 3 menciona los límites materiales a la enmienda.

### § 4. **PARADOJA DE LA DEMOCRACIA Y OTRAS PARADOJAS**

Ahora bien, como se expresó, la República de Weimar sucumbió por su propia apertura a todas las formas políticas, incluso las que estaban en contra de la propia democracia. Por eso, se culpa a la neutralidad axiológica de la República de Weimar, que hizo las veces de caldo de cultivo para un partido como el de Hitler. A causa de ello, se podría decir que aconteció un

fenómeno descrito como la paradoja de la democracia, que se sintetiza en la idea de que la democracia se termina cuando la mayoría decide elegir un tirano (Popper, 1995).

Así, Popper, parafraseando a Platón, sostenía que:

“No se trata aquí, en modo alguno, de una posibilidad remota, sino de un hecho repetido infinidad de veces en el curso de la historia, y cada vez que se ha producido, ha colocado en una insostenible situación intelectual a todos aquellos demócratas que adoptan, como base última de su credo político, el principio del gobierno de la mayoría u otra forma similar del principio de la soberanía. Por un lado, el principio por ellos adoptado les exige que se opongan a cualquier gobierno menos al de la mayoría, y, por lo tanto, también al nuevo tirano. Pero por el otro, el mismo principio les exige que acepten cualquier decisión tomada por la mayoría y, de este modo, también el gobierno del nuevo tirano. La inconsistencia de su teoría les obliga, naturalmente, a paralizar su acción” (Popper, 1995).

Una democracia militante no puede permitir esto, como lo sostuvo al respecto Karl Loewenstein (Loewenstein, 1937).

El entendimiento de la democracia que es tan absoluto que permite aun la tiranía es, al decir de Karl Popper, una concepción ingenua de ella, al igual que del liberalismo y del principio del gobierno de la mayoría (Popper, 1995). La democracia deja de defenderse si permite cualquier sistema de valor.

A su vez, la paradoja de la democracia está relacionada también con otras dos paradojas más generales que son la paradoja de la tolerancia y la de la libertad. Con la primera se advierte que la tolerancia absoluta hacia grupos intolerantes acaba con los partidarios de la tolerancia y con la tolerancia misma (Popper, 1995). La segunda, encierra la idea de que la total libertad, es decir, la libertad sin control alguno, lleva a la esclavitud de los débiles por parte de los fuertes (Popper, 1995).

Las tres paradojas descritas tuvieron lugar al final de la República de Weimar.

## § 5. **REVOLUCIÓN LEGAL**

Lo más preocupante de lo acontecido al final de la República de Weimar es que todo fue paulatino y solapado. Por eso, se habla de revolución legal, pues detrás de una apariencia de lega-

lidad se estaba ocultando una ruptura radical con el régimen vigente. De hecho, cuando Hitler asumió juró por la Constitución de Weimar, a la que poco respetaría en lo sucesivo. Además, los objetivos del partido se redactaron en forma tan ambigua que no se supo lo que iba a venir (BVerfGE 2, 1-SRP-Verbot).

Apenas Adolf Hitler logró el poder absoluto comenzó un régimen totalitario que prohibió el pluralismo de partidos políticos, suprimió la división de Alemania en Estados federados (*Länder*), y el balance de poderes entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo. Asimismo, emprendió una política racista tendiente a la conservación de la "pureza de la sangre aria", lo que implicó la persecución y exterminio de grupos no pertenecientes a ella, como judíos y romaníes.

Ya cinco años antes estaba clara esa intención, pues Joseph Goebbels, en 1928, escribió en el diario *Völkischen Beobachter*:

"Entraremos en el Parlamento para suministrarnos con las propias herramientas de la democracia. Vamos a convertirnos en miembros del Parlamento para aniquilar la ideología de Weimar con su propio apoyo. Si la democracia es tan tonta como para darnos dietas y transportes gratis, es cosa suya. Para nosotros cualquier forma es correcta para revolucionar el estado actual de las cosas" (*Völkischen Beobachter*, 30/4/1928).

Pero claro, puede que quienes lo estuvieran viviendo no se imaginaran el grado de revolución del estado de cosas que se proponían.

Así, Goebbels definía sin querer un fenómeno que estaba apareciendo con cierta frecuencia en la historia: el de las revoluciones legales.

El fenómeno de las revoluciones legales sucedió a menudo a mitad del siglo xx. Así lo observaba George Liet-Veaux, que se dedicó al estudio histórico del ascenso de Benito Mussolini en Italia, el de Adolf Hitler en Alemania y la Francia de Vichy de 1940. Los tres regímenes se caracterizaron por la paradoja de respetar las normas formales en vigor y sin embargo emprender cambios tan radicales que terminaron por subvertir el orden establecido (Liet-Veaux, 1943). Esa vocación por el respeto de las formalidades se desprende del hecho de que, por ejemplo, Mussolini y Hitler juraron por las constituciones que luego terminaron por destruir.

Este autor los llamó fraude a la Constitución, para mostrar justamente la violación de la norma material detrás de esta, es decir, de las decisiones fundamentales y del núcleo constitucional. El instituto lo tomó Liet-Veaux del derecho privado internacional de fraude a la ley, descrito ya por el jurisconsulto romano Paulus. El autor francés no lo identificaba únicamente con la mala fe de evadir la normativa, sino con todo lo que contradiga la intención por lo que la ley fue creada, su *but* (Liet-Veaux, 1943). Si bien reconocía que en el derecho público no hay algo equivalente encontraba una cierta similitud con institutos más abarcativos como abuso de competencias o distorsión del poder (*détournement de pouvoir*) en el derecho público.

En el caso de Alemania en particular, su Tribunal Constitucional puso de manifiesto cómo su cláusula pétrea podía servir para evitar la revolución legal, al decir:

“El párr. 3º del art. 79 de la Ley Fundamental, como barrera para el legislador que modifique la Constitución, tiene por objeto impedir que la sustancia y los fundamentos del orden constitucional vigente sean eliminados por los medios legales formales de una ley que modifique la Constitución y que se abuse de ellos para la posterior legalización de un régimen totalitario” (BVerfGE 30, 1-Abhörurteil).

El fenómeno de las revoluciones legales es al menos preocupante y debe evitarse como forma de protección del orden vigente (Schmitt, 1965). A menos que se quiera el cambio absoluto de forma consentida. Se debe ser consciente de que ese cambio incluso puede implicar dejar de ser un orden constitucional.

## § 6. **LA GRAN CULPABLE, LA REFORMA TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE WEIMAR**

La revolución legal tuvo lugar en la República de Weimar, entonces, porque así lo permitió, en concreto, su Constitución (dado que posibilitaba la reforma total).

La reforma total como posibilidad en una Constitución parece la opción más respetuosa con el principio democrático. Permitir a una generación que cambie por completo la Constitución que le legó una generación pasada parece a simple vista

como lo justo. Esto coincide con la idea de Condorcet de que cada generación tiene derecho a su propia Constitución. En ese sentido, no habría que reprocharle nada al art. 76 de la Constitución de la República de Weimar cuando dejaba abierta esta posibilidad, como actualmente lo hacen varios ordenamientos jurídicos, como el de España, Argentina, Uruguay y Venezuela.

Sin embargo, si se observa el concepto con detenimiento se descubre que conduce a ciertos problemas que se analizarán a continuación.

Si se piensa en el sentido literal de la expresión "reforma total" se observa que se cae en una *contradictio in adiecto*. Reformar es cambiar algo, no sustituirlo, como sostuvo Schmitt. Reformar tampoco es destruir.

Supongamos que la postura aquí presentada no convence. La reforma total trae aparejada ciertos problemas.

Los partidarios de una reforma total argumentan que la norma está contemplando la posibilidad de que la comunidad como poder constituyente abandone la adhesión normativa a la Constitución vieja y la traslade a la nueva. Sin embargo, en primer lugar, el proceso de reforma de la Constitución es llevado a cabo por representantes del pueblo, no por el pueblo mismo y bajo el nombre de reforma, por lo que este procedimiento no es el apto para el abandono de la adhesión mencionada. Es justamente con el fin de proteger al titular del poder que se afirman los límites a la reforma. Los límites materiales, entonces, hacen las veces de advertencia de que se está por abandonar el paradigma vigente para que el cambio se haga con total conocimiento de causa. Además, son la advertencia de, que, si se abandona el núcleo constitucional, ni siquiera se puede seguir hablando de Constitución.

Si la amenaza de las tres paradojas descriptas más arriba, la de la democracia, tolerancia y libertad, no resultara suficiente argumento, es necesario considerar aspectos prácticos de la reforma total. En primer término, si la identidad constitucional abarca, como mínimo, elementos como catálogo de derechos fundamentales, división de poderes, democracia liberal, entre otros; el cambio de paradigma que significa una reforma total solo puede consistir en concreto en la adopción de sus contrarios. Es decir, desconocimiento

de derechos, suma del poder público y negación de la democracia liberal.

En segundo término, suponiendo que fuera factible que la Constitución decretara su propia muerte, ¿qué jueces juzgarían su apego a las formalidades del proceso y, por lo tanto, su validez? Si se trata de jueces nombrados por la nueva Constitución es difícil que declaren su invalidez, puesto que ella acarrearía la nulidad de sus nombramientos en el cargo. Los jueces anteriores podrían ocuparse de controlar los requisitos formales, pero cuando quisieran comprobar el producto final del proceso de reforma “total” ya no estarían en funciones. Tampoco puede aceptarse solo un control formal.

En tercer término, esta cláusula adolecería de una imposibilidad lógica, dado que estaría habilitando la “revolución” encubierta, jurídicamente ordenada, pero revolución al fin (Ragone, 2012). El derecho a la revolución es de realización imposible, puesto que solo podría reclamar validez cuando la Constitución misma desaparece, por lo que no es un derecho como tal, sino una posibilidad fáctica, un hecho (Garzón Valdés, 1983). Además, esta no puede tener lugar sin ruptura de paradigma (Stern, 1984). La revolución como un hecho siempre puede acontecer; no necesita habilitación constitucional (López Testa, 2017). Tampoco acepta formalidades.

Ya advertía Carl Schmitt la problemática de las reformas totales cuando sostenía en referencia a la reforma total del antiguo art. 118 (hoy 193) de la Constitución Suiza:

“Puede ser cuestionable hasta qué punto la revisión total según la Constitución Federal suiza puede dar lugar a una Constitución completamente nueva [...] ya que la Constitución suiza es puramente democrática y no puede pensarse en serio en una supresión de esta base democrática o de la forma de gobierno democrática, ni aun por una ‘revisión total’” (Schmitt, 1928).

## § 7. **DOS DIMENSIONES DE LA IDENTIDAD**

La reforma total es problemática para la identidad constitucional en su conjunto; sin embargo, como se verá, no lo es en el mismo sentido para dos tipos de elementos que se hayan consagrados en ella. A su vez, tener presente ambos tipos de

elementos sirve para evitar las revoluciones legales, cada uno a su manera.

Para explicar la estructura de la identidad constitucional, y por tanto la tipología de sus elementos, podemos acudir a la etimología de la palabra.

El término "identidad" es difícil de definir, entre otras cosas porque ella tiene un sentido ambiguo, puesto que puede ser identificada con dos conceptos exactamente opuestos como lo son el de igualdad y el de diferencia. Para mostrar esta dualidad es necesario hacer un análisis más profundo del concepto que conducirá a la determinación de dos facetas.

Etimológicamente, la palabra identidad proviene del latín *identitas* y esta de *idem* que significa lo mismo, es decir, *is-dem*: este que estoy indicando y no otro (Daros, 2015). En su raíz se observa, entonces, una función de deíctico.

La Real Academia Española, a su vez, define el término identidad entre otras acepciones, como: "1. *f.* Cualidad de idéntico. 2. *f.* Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás".

De la mencionada definición se pueden extraer dos facetas que Paul Ricœur identificaba como *mêmeté* (en alemán *Selbigkeit*) e *ipséité* (en alemán *Selbstheit*) (Ricœur, 1990). La primera (*mêmeté*) es el emparejamiento de diferentes objetos en sus características; en otras palabras, aquello que nos hace iguales a otros como, por ejemplo, el hecho de ser seres humanos. La segunda (*ipséité*), en cambio, remite a lo que los hace únicos, la diferenciación entre uno mismo y los demás.

Ambas facetas son aplicables también a la identidad constitucional. La faceta *mêmeté* son los elementos esenciales de una Constitución: el núcleo constitucional mínimo (derechos fundamentales, división de poderes y democracia liberal). La tríada de los elementos *mêmeté* se relaciona con el orden democrático liberal. Por esa razón, Walter O. Schmitt, por ejemplo, sostiene que el art. 79, inc. 3, GG protege el contenido mínimo del orden democrático liberal (Schmitt, 1965). Coincide con esto Matthias Jestaedt, que considera que la garantía de eternidad se dirige especialmente a los enemigos del orden democrático liberal (Jestaedt, 2009). El orden de-

mocrático liberal fue definido por BVerfG como un régimen que se caracteriza por ser un orden jurídico con un dominio basado en la autodeterminación del pueblo y según la voluntad de la mayoría, que encarna la libertad y la igualdad y que excluye todo tipo de régimen violento o arbitrario (BVerfGE 2, 1-SRP-Verbot).

Por su parte, la faceta *ipseité* son los elementos decididos por el poder constituyente como valiosos, que deben mantenerse inmunes a los cambios como, por ejemplo, el federalismo, unitarismo, Estado social, separación de la Iglesia del Estado.

Es importante señalar que mientras el núcleo constitucional es común a todas las constituciones, como se verá, dado que las hace constituciones como tales, los elementos propios, decididos (*ipseité*), son institutos que cada país quiera consagrar debido a su historia, valores, experiencias o preferencias políticas.

Los principios mencionados como límites materiales a la reforma constitucional alemana en parte se corresponden con un núcleo mínimo constitucional propio de toda Constitución (p.ej., democracia liberal, derechos humanos y división de poderes), y, por otro lado, tienen carácter voluntario (p.ej., Estado federal, Estado social, la participación de los *Länder* en la legislación).

Ambas facetas sirven para evitar revoluciones legales. Así lo entendió Alemania en 1949. Mientras que defender la faceta *ipseité* es utilizada para conservar las decisiones fundamentales tomadas por el poder constituyente, en el proceso de reforma llevado a cabo por el poder constituido la faceta *même-té* sirve para evitar que una Constitución deje de ser tal, puesto que, si ella perdiera el núcleo constitucional esencial, no se podría hablar, ni siquiera, de Constitución.

La reforma total atenta contra ambos tipos de elementos. Si la reforma total elimina las decisiones fundamentales tomadas por el poder constituyente se trata de un abuso de competencias (*ultra vires*) por parte del poder constituido. Si la reforma total, en cambio, suprime los tres principios que forman el núcleo mínimo constitucional, ni siquiera se puede seguir hablando de Constitución, lo que también se puede clasificar como acción *ultra vires*.



## § 8. **FUNDAMENTACIÓN DE LAS FACETAS**

En cuanto a la fundamentación de las facetas, la faceta *mê-meté* se inscribe en la concepción de Robert Alexy de no positivismo incluyente que entiende que el derecho necesariamente contiene una pretensión de corrección (justicia) (Alexy, 2013). No cualquier ejercicio de poder es un orden jurídico. Ello conduce también a reconocer una vinculación entre derecho y moral. Asimismo, la teoría del discurso, a la que el autor adhiere, "plantea dos exigencias cardinales respecto al contenido y a la estructura del sistema jurídico: derechos fundamentales y democracia", lo que lleva directamente al constitucionalismo democrático (Alexy, 2008).

La faceta *ipséité* por el contrario, se fundamenta en la teoría de Constitución (positiva) de Carl Schmitt, quien entendía la Constitución como decisión política del poder constituyente (Schmitt, 1928). Ella es la decisión concreta sobre el tipo y la forma de la existencia política. Cabe resaltar que lo que está aquí en juego no es cualquier decisión, sino "una decisión política fundamental" (*grundlegende politische Entscheidung*). Ellas deben permanecer intangibles ante una revisión, dado que son el resultado de la voluntad del tenedor del poder constituyente sobre su forma de existencia. De lo contrario, no se trata de una reforma de la Constitución, sino de una supresión de ella (Schmitt, 1928).

En síntesis, el fundamento de la identidad constitucional se ubica en un decisionismo constitucional racional. Por un lado, se parte de la teoría decisionista de Carl Schmitt en lo relativo a Constitución como decisiones fundamentales y, por otro, se toma la teoría de Robert Alexy de un no positivismo racional o no positivismo incluyente.

Cabe aclarar que al decisionismo de Schmitt se le agrega el adjetivo de constitucional, puesto que aquí se comparte con el autor únicamente su concepción positiva de la Constitución y su entendimiento de las reformas constitucionales, que se analizará en lo sucesivo. Como ocurre con muchos autores, su obra es amplia, por lo que reconocer el acierto de un punto específico de análisis en él, no conduce necesariamente a compartir todos sus postulados.

La aplicación práctica de las dos facetas descriptas de la identidad se diferencia según se trate de derecho interno o derecho externo. En el derecho interno, Alemania utiliza su cláusula pétrea para proteger su orden constitucional, evitando que las reformas lo desvirtúen; en este sentido, se hace mayor hincapié en la faceta *mêmeté*. Respecto del ámbito exterior, si bien Alemania con su art. 23, inc. 1, Ley Fundamental (al exigir que no se viole el art. 79, inc. 3, GG) protege toda su identidad constitucional en el marco de la Unión Europea, en la praxis defiende principalmente la faceta *ipséité*, es decir, las particularidades que difieren del derecho europeo (Martí, 2013). Esto es así puesto que no se hará hincapié en el núcleo mínimo constitucional que siempre será protegido por la Unión Europea en interés propio de la integración.

En lo referente a la relación entre las dos facetas descriptas existe una cierta preeminencia de la *mêmeté* sobre la *ipséité*, en dos sentidos. El primero es que toda decisión del poder constituyente que sea contraria al núcleo mínimo constitucional (*mêmeté*), no tendrá valor, porque si este desaparece ya no se puede hablar de Constitución. Así, un poder constituyente, por ejemplo, no puede alegar que es parte de su cultura jurídica o historia no reconocer derechos fundamentales. El segundo es que mientras que la faceta *ipséité* puede estar en una Constitución o no (contingente), la *mêmeté* debe estar siempre porque de lo contrario no es ni siquiera una Constitución (necesaria). Por ello, se denomina a la faceta *mêmeté* núcleo mínimo constitucional. Ambas deben preservarse ante los cambios constituciones, una por esencial y la otra porque así lo requiere la voluntad del poder constituyente.

## § 9. *SURGIMIENTO DE LAS FACETAS*

La influencia de Schmitt no se limitó a Alemania. En el Tratado de Lisboa se consagró una cláusula que contiene una reminiscencia del autor: art. 4º, inc. 2, TUE.

No hay dudas de que la definición de Constitución de Carl Schmitt como decisiones fundamentales del poder constituyente (Schmitt, 1928) logra adhesión dentro y fuera de Alemania. Sobre todo, es muy convincente si uno piensa en las

cláusulas pétreas y observa cómo en ellas se preservan de los cambios elementos de lo más variados y arbitrarios. Un ejemplo es la Constitución de Portugal, que en su art. 288, CP establece en sus incs. *c, f, e, n y o*, respectivamente, la separación de las iglesias y el Estado; los derechos de los trabajadores, de las comisiones de trabajadores y de las asociaciones sindicales; la coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción; la autonomía de las entidades locales; la autonomía político-administrativa de los archipiélagos de las Azores y de Madeira.

Pese a esa pertinencia de Schmitt es necesario indagar si esa faceta *ipséité* de la identidad constitucional es suficiente. Es decir, si ella podría definir por completo la identidad constitucional.

El decisionismo se caracteriza por una neutralidad axiológica en cuanto al contenido de esa decisión. Es decir, se debe aceptar cualquier decisión del poder solo por ser una decisión voluntaria. En este sentido solo hay una pretensión de poder, no una pretensión de corrección. Por ello, nos apartamos en este punto. Es necesario reparar en que la teoría de Schmitt se inscribe en un contexto internacional y en última instancia en un paradigma diferente del actual.

Al adoptar el criterio schmittiano, todos los regímenes podrían, en principio, contar con una identidad constitucional a ser respetada, independientemente del paradigma en el que se ubiquen. En ese sentido, se podría hablar de identidad constitucional de la Alemania de Hitler, la España de Franco o la Corea del Norte de Kim Jong-un. Disentimos en este punto del autor.

Por ello, es conveniente preguntarse si es posible llamar constitucional también a un ordenamiento que no consagre una democracia liberal, que no prevea la protección de derechos fundamentales o la división de poderes (Millet, 2013), cuando lo que se denomina Constitución es un producto histórico concreto de ciertas revoluciones, acrecentado luego con nuevos aportes como los del pluralismo jurídico.

La respuesta debe ser negativa. Aquí se adopta una concepción del adjetivo "constitucional" restringida (Millet, 2013). La tesis que se encuentra plausible, entonces, es que todos los ordenamientos jurídicos que pertenecen al paradigma demo-

crático-liberal caracterizado por división de poderes y de respeto por los derechos humanos gozan de una identidad constitucional digna de respetarse. Aquí se obtiene el elemento *mêmeté* de la identidad defendida en este trabajo; es decir, el núcleo mínimo constitucional.

La revolución legal arriba descripta no solo es una amenaza para el núcleo mínimo constitucional (*mêmeté*), sino también para las decisiones fundamentales de una Constitución (*ipséité*). Estas últimas se pueden perder en una revolución legal de forma paulatina. Así sucedió con el Tercer Reich, por ejemplo, cuando este eliminó, entre otras cosas, la división de Alemania en *Länder* (Frotscher-Pieroth, 2011).

## § 10. *CONCLUSIONES EN FORMA DE TESIS*

a) Alemania cuenta con una cláusula de eternidad (art. 79, inc. 3, Ley Fundamental), que no es otra cosa que una cláusula pétrea que excluye ciertos principios de la reforma constitucional. Ese precepto es producto de una experiencia histórica concreta: El Tercer Reich. Como la Constitución de Weimar permitía la reforma total, en su art. 76, se la señala como la culpable de lo que vino luego. La República de Weimar tenía el germen de su autodestrucción porque se dieron las paradojas de la democracia, tolerancia y libertad descriptas por Popper. Actualmente, la Constitución alemana reconoce una democracia militante que no puede permitir su autodestrucción.

b) En la cláusula de eternidad alemana está contenida la identidad constitucional alemana, el paradigma en el que se encuentra la Constitución vigente desde 1949.

c) Lo que ocurrió luego de la República de Weimar, en concreto, fue una revolución legal, también llamado por Liet-Veaux como fraude a la Constitución, dado que se produce un cambio radical de forma solapada, violándose el objeto o norma material de la Constitución.

d) En todas las constituciones hay, por un lado, un núcleo mínimo constitucional que es común a todas las constituciones. Y, por otro, existen elementos que son resultado de una elección, es decir, de una decisión voluntaria del poder constituyente.

e) El núcleo mínimo constitucional que representa la faceta *mêmeté*, la de la igualdad, son los derechos fundamentales, la división de poderes y la democracia liberal.

f) Las decisiones fundamentales, por el contrario, dependen de experiencias concretas del país, de su historia o de sus valores. Estas decisiones políticas pueden ser, por ejemplo, el federalismo, unitarismo, secularismo, Estado social.

g) La faceta de la *ipseité*, de la diferencia, encuentra su fundamento en la definición de Constitución de Carl Schmitt, de constituciones como decisiones políticas fundamentales. Su teoría, sin embargo, es axiológicamente neutral y no se corresponde con el constitucionalismo. Por ello, la teoría de Schmitt tiene que ser complementada con la teoría de Robert Alexy del positivismo no incluyente, que entiende que en la naturaleza del derecho hay una pretensión de corrección, es decir, de justicia, y que, por lo tanto, hay una conexión entre derecho y moral. De este segundo autor se extrae la fundamentación para la faceta de la identidad: *mêmeté*, la de la igualdad.

h) Ambas facetas de la identidad pueden prevenir revoluciones legales.

## § 11. **REFLEXIONES FINALES**

Un primer acercamiento a la cláusula de eternidad alemana sugiere que se trata de una *rara avis* surgida por una experiencia histórica: el aprendizaje de los errores que permitieron a Adolf Hitler realizar una revolución legal. Sin embargo, de un análisis más profundo se extrae que se trata de una cláusula pétrea similar a la de otros ordenamientos que consagran principios inalterables ante reformas constitucionales.

Toda cláusula pétrea contiene elementos que se corresponden con un núcleo mínimo constitucional (derechos fundamentales, división de poderes y democracia liberal) o decisiones fundamentales que toma el poder constituyente a causa de su historia, su idiosincrasia, voluntad política, etcétera. Ser conscientes de la identidad constitucional de un ordenamiento jurídico, esté ella expresada en una cláusula pétrea o no, es importante para evitar caer en las tres paradojas descriptas

por Popper y evitar, así, una revolución legal como la que aconteció en Alemania luego de la República de Weimar.

No permitir la reforma de ciertos principios constitucionales no es un atentado contra el gobierno de la mayoría sino que es justamente en defensa de la democracia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- (2013). El no positivismo incluyente, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", nº 36.
- Daros, W., R. (2015). *El problema de la identidad. Sugerencias desde la filosofía clásica*. "Invenio", nº 14, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4381762>.
- Dreier, H. (2009). *Gilt das Grundgesetz ewig?, Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat. Stark erweiterte Fassung eines Vortrags, Carl Friedrich von Siemens* (versión ampliada de una disertación presentada en la Fundación Carl Friedrich von Siemens Stiftung).
- Even, B. (1988). *Die Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG für die Grundrechte*, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris, Peter Lang GmbH.
- Frotscher, Werner-Pieroth, Bodo-Füsslein, Rudolf W. (2011). *Verfassungsgeschichte*, München, C. H. Beck.
- Garzón Valdés, Ernesto, Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano, Bulygin, Eugenio (ed.) (1983). *El lenguaje del derecho*, Bs. As., Abeledo-Perrot.
- Hesse, K. H. (1995). *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, C. F. Müller.
- Jestaedt, M. (2009). *Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah? Verfassungshandwerkliche Anfragen an das Lissabon Urteil des BverfG*, "Der Staat", vol. 48, nº 4.
- Liet-Veaux, G. (1943). *La fraude à la Constitution*. "Revue de Droit Public", p. 116-150.
- Loewenstein, K. (1937). *Militant democracy and fundamental rights*, "The American Political Science Review", vol. XXXI, nº 3 y 4.
- López Testa, D. (2017). Venezuela: la paradoja del suicidio constitucional, *Clarín*, 16/8/2017, [www.clarin.com/opinion/venezuela-paradoja-suicidio-constitucional\\_0\\_ryuHzgWu-.html](http://www.clarin.com/opinion/venezuela-paradoja-suicidio-constitucional_0_ryuHzgWu-.html).

- Martí, J. L. (2013), "Two different ideas of constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People", en Saiz Arnaiz, Alejandro - Alcoberro Llivina, *National constitutional identity and european integration*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia.
- Millet, F.-X. (2013). *L'Union Européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique, Lextenso Editions et Karine Roudier.
- Murswiek, D. (2008). *Ungeschriebene Ewigkeitsgarantien in Verfassungen*, charla presentada en noviembre 2008, en las Jornadas Turco-Alemanas de Garantías de Eternidad en las Constituciones, <https://docplayer.org/38480078-Institut-fuer-oeffentliches-recht.html>.
- Popper, K. (1995). *The open society and its enemies*, London, Princeton University Press.
- Ragone, S. (2012). *El control judicial de la reforma constitucional, aspectos teóricos y comparativos*, México, Porrúa.
- Ricœur, P. (1990). *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil.
- Schmitt, C. (1928). *Verfassungslehre*, München, Leipzig, Duncker & Humblot.
- Schmitt, W. (1965). *Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und Art. 79 Abs. 3 des Grundgesetzes*, "Die Öffentliche Verwaltung", nº 18.
- Stern, K. (1984). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, C. H. Beck.

## **VENTANA AL MUNDO**





## NUEVOS RUMBOS EN EL PENSAMIENTO ESPAÑOL: DÍALOGOS CON DANIEL INNERARITY\*

por Blanca Navarro Pardiñas y Luc Vigneault

**Resumen.** Se hace un recorrido por el itinerario intelectual de Daniel Innerarity, un filósofo que aúna rigor, claridad y elegancia. Sus reflexiones nos llevan a repensar temas tan universales como la política, la ética, la crisis de la modernidad o la función del arte y de la literatura en el mundo contemporáneo.

**Palabras clave:** filosofía y literatura, arte y filosofía, pensamiento español, Innerarity.

Según el *Nouvel Observateur*, Daniel Innerarity se encuentra entre los veinticinco pensadores más importantes del mundo actual, al lado de figuras tan sobresalientes como Toni Negri, Martha Nussbaum, Cándido Mendes, Néstor García Canclini o Charles Taylor, por no citar más que algunos nombres muy conocidos. Tras obtener el prestigioso Premio Nacional de Literatura en la modalidad de ensayo y el Premio Miguel de Unamuno por *La transformación de la política* (2002), y tras conseguir también el Premio Espasa de ensayo con



*Daniel Innerarity*

\* Artículo publicado en *Ergo, Nueva Época*, marzo 2007, nº 20, p. 69-83, revista de la Universidad Veracruzana, elaborada por la Facultad de Filosofía.

La sociedad invisible (2004), Daniel Innerarity se ha convertido, sin lugar a dudas, en uno de los intelectuales más destacados de la España actual.

En este diálogo, dividido en cinco partes, recorreremos el itinerario intelectual de Daniel Innerarity, un filósofo que aúna rigor, claridad y elegancia. Sus reflexiones rebasan las fronteras de la España contemporánea y nos llevan a repensar temas tan universales como la política, la ética, la crisis de la modernidad o la función del arte y de la literatura en el mundo contemporáneo.

### 1. **DANIEL INNERARITY Y LA FILOSOFÍA ESPAÑOLA ACTUAL**

**Si analizamos de forma global las diferentes aportaciones de los intelectuales españoles actualmente, ¿cree que se puede hablar de una "escuela española" como se habla de una escuela americana o francesa?**

En la filosofía española hay siempre que plantearse la cuestión generacional. Hubo generaciones en las que el número de filósofos era menor y había un aire de familia mayor. Yo creo que, ahora mismo, hay tanta gente haciendo filosofía que eso se ha fragmentado mucho. Yo pertenezco a una generación que, por razones biográficas y de posibilidades de estudio en el extranjero, tiene tantas relaciones fuera como dentro. Nuestros interlocutores son también los filósofos alemanes y franceses contemporáneos, no solo los españoles. Esto no lo considero ni un mérito para nuestra generación ni un delito; simplemente creo que hemos disfrutado de más oportunidades. Hemos tenido más facilidad para aprender idiomas y viajar al extranjero que en la España de la posguerra, por ejemplo. Esto hace que sea difícil hablar de una "filosofía española"; yo conozco en España tayloristas, analíticos y marxistas. Pero no hay filósofos de los que pueda decirse que son típicos filósofos españoles. También en lo que se refiere a qué cabe considerar un producto típico de la filosofía española ha habido sus tópicos y estereotipos. Lo que podíamos pensar de la filosofía española al hilo del Quijote y lo castizo, esas cosas que dicen Unamuno y Ortega, eso se acabó.

**Como muy bien dice, actualmente se está haciendo mucha filosofía en España. ¿Cree que hay un maestro, o una figura clave en el pensamiento español?**

En estos momentos, no hay una única figura reconocida, aglutinante, que pueda ser exhibida como una especie de marca nacional. Sí que hay gente que ha hecho grandes cosas, pero ninguno de ellos ha sido un héroe local o un patriarca. Parece algo incompatible con la fragmentación a la que antes me refería, con una cierta dispersión de las referencias, con la desnacionalización que se ha producido.

**Como decía usted hace un momento, las filiaciones de los filósofos españoles actuales se encuentran más en el extranjero que en España. ¿Es ese su caso? ¿Qué es lo que le ha influenciado más?**

Hice la tesis sobre Habermas y fui becario de la fundación Humboldt en Múnich. Trabajé varios años sobre Hegel y creo que esto me ha formado y deformado casi inevitablemente. Mi interés por la filosofía francesa fue una especie de "remedio terapéutico" contra la deformación alemana. Me pareció que había que buscar eso que decía Nietzsche para corregir en lo posible la deformación que acompaña a todo oficio, la desmesura de toda especialización. A principios de los 90 me pareció que lo francés podría ser el correctivo de lo alemán y, por eso, la segunda oportunidad que tuve de estar un año sabático y viajar al extranjero decidí viajar a la Suiza francesa; pero, realmente, la influencia más importante que yo noto, incluso a veces al escribir y hablar, es la alemana.

**La filosofía alemana y la francesa son, pues, dos filiaciones importantes en su manera de interpretar el mundo. ¿Qué es lo que le parece más atractivo de cada una de ellas?**

Aun a riesgo de caer un poco en los clichés que he criticado anteriormente acerca de un supuesto carácter de la filosofía española, me gusta de la filosofía alemana la capacidad de generalización, de abstracción, la capacidad de paradojización, mientras que otras filosofías, como puede ser la analítica, la filosofía de la precisión, nunca me han interesado particular-

mente. La filosofía francesa representa algo que a mí siempre me ha resultado atractivo: el gusto por la forma, la disertación, el ensayo...

### **¿Hay algún tipo de filosofía que no le interesa en absoluto?**

Probablemente la filosofía analítica es la que siempre me ha resultado más incomprensible, lo mismo que la metafísica. Lo que pasa es que, ahora mismo, en el panorama de la discusión filosófica internacional está ya todo mezclado y muy pocos se adscriben a una escuela sin ninguna otra influencia. Por eso, creo que es difícil decretar que “hay algo que no me interesa en absoluto”. Casi todo puede resultar interesante.

### **Hablando ahora de su itinerario intelectual, ¿cómo llegó a la filosofía?**

Es un poco cómico lo que le voy a contar, pero la filosofía fue mi segunda opción. Soy hijo de ingeniero y yo quería estudiar Bellas Artes; quería ser pintor y mi padre no me dejó. Entonces, empecé con la filosofía como un sustituto del arte. La filosofía fue para mí lo que me dejaban hacer en vez del arte, un sustituto del arte.

### **Uno de sus primeros libros se titula *La filosofía como una de las bellas artes*. ¿Qué relación hay entre una y otra?, ¿por qué eligió la filosofía y no otra disciplina?**

Ese libro es un cierto ajuste de cuentas. Yo estudié filosofía pensando que en unos años me iba a pasar a Bellas Artes, pero, en un momento determinado, me di cuenta de que lo que hacía al estudiar filosofía satisfacía ese deseo genérico que tenía de la expresión y de la forma. En este libro intento explicar por qué, aunque sin decirlo de esta manera, en el fondo yo hago filosofía como una de las bellas artes. Para mí, la filosofía sustituye a la creación artística que yo hubiera querido (y que seguramente hubiera hecho mal).

### **¿Le sigue interesando ahora el mundo artístico?**

El mundo del arte siempre me interesa, pero ahora mismo estoy más centrado en cuestiones de filosofía política y social.

## 2. DANIEL INNERARITY, FILÓSOFO DE LA CONTINGENCIA

**En su libro *Dialéctica de la modernidad* (1990) intenta explicar la crisis de la modernidad y reflexiona sobre las radicales transformaciones del mundo actual. ¿Qué es lo que ha cambiado?**

Hay diversos factores: la presencia simultánea de procesos como la individualización, la crisis del Estado nacional, la aparición de la sociedad del conocimiento y, por tanto, una idea del poder muy diseminado y repartido, la fragmentación del espacio social, la pérdida de dureza del discurso científico... Todas estas causas, y otras más, han quebrado la idea monolítica que teníamos de la modernidad. Esto no significa que no haya modernidad, pero esta se ha pluralizado: hay varios tipos de modernidad, en varios planos. Hoy en día no tenemos ningún principio reductor de complejidad y unívoco que se pueda aplicar al estudio de nuestras sociedades sin dejar fuera injustificadamente otros aspectos de la sociedad. Asistimos así a la pérdida de un relato lineal progresivo de la historia, como podría ser la idea de progreso, que es otro de los factores que explican que las sociedades nuestras no están construidas por un eje central.

**En la introducción de *Ética de la hospitalidad* (2001) habla de sus tres ensayos, *La transformación de la política* (2002), *La sociedad invisible* (2004) y *Ética de la hospitalidad* como de una posible trilogía, pero de una trilogía que en realidad no es tal ¿por qué?**

De entrada, mi resistencia a llamar a eso trilogía se debe a mi convicción de que en la vida humana hay mucha menos planificación de la que retrospectivamente podemos reconocer. Casi todos los intentos de dar coherencia, relato, unidad narrativa a una vida son retrospectivos. No es que en un momento dado yo dijera "voy a hacer una trilogía", del mismo modo que las sociedades nunca dijeron "vamos a votar si entramos en el Renacimiento". Simplemente, al acabar ese tercer libro me di cuenta de que había escrito tres libros que tenían cierto parecido, que acotaban un marco de interpretación de la cultura contemporánea. Se me ocurrió llamarlo trilogía *a posteriori*, aun-

que luego me dio un poco de vergüenza, porque eso es lo que hacen los cineastas cuando están a punto de morir, y a mí aún me queda mucho por trabajar. En la vida de las personas hay muchas más casualidades que causalidades. No sería honesto si ahora describiera mi trayectoria intelectual como el encadenamiento sucesivo de problemas que unos han llevado necesariamente a otros.

### **¿Cómo entiende la idea de hospitalidad?**

Es una manera de referirse al hecho de que la vida humana está más gobernada por el azar y la contingencia que por la necesidad. Nos pasan más cosas de las que nosotros hacemos. La idea de hospitalidad tiene una gran significación para entender las relaciones intersubjetivas o la estructura básica de la sociedad.

Como ha dicho Steiner, somos huéspedes unos de otros, y el otro representa siempre una contingencia que no podemos controlar plenamente. Solo hay "otro" donde hay sorpresa y sorpresa que nunca termina de agotarse.

### **¿Podría pensarse que su reflexión sobre la hospitalidad se inspira en filósofos como Derrida y Lévinas?**

Sí, aunque no solamente. Una idea similar de hospitalidad me ha parecido encontrarla en códigos tan dispares como Steiner o Bauman.

### **Más que una ética normativa, la hospitalidad aparece en su ensayo como una actitud frente a la vida o una forma de conocimiento, ¿no le parece?**

Sí, de hecho tuve bastantes dudas de si llamarlo *Ética de la hospitalidad* o *Antropología de la hospitalidad*, porque el libro es muy poco normativista y generalmente el enfoque ético no es lo que más me interesa respecto a la realidad social.

### **¿La hospitalidad es, entonces, un principio epistemológico?**

Sí, el principio de que lo que nos sorprende tiene más valor epistemológico que lo que refrenda lo que ya sabíamos, no es un principio ético, sino una constatación antropológica y epistemológica.

**El sentido de la existencia es una de las preocupaciones mayores del ser humano. ¿De qué forma responde a esta cuestión en *Ética de la hospitalidad*? ¿Qué relación tiene con lo que usted llama "el severo nominalismo del sentido"?**

Cuenta Hans Blumenberg que, en la consigna de la Ópera de Viena, había un conserje que cuando se le entregaba un abrigo no daba a cambio la típica ficha con número. Pero, al salir, siempre devolvía el abrigo correspondiente y no se equivocaba nunca. Un día uno le preguntó: "y usted... ¿cómo sabe que este abrigo es mío?". A lo que respondió: "yo no sé si este abrigo es suyo, solo sé que usted me lo ha dado hace dos horas". Esto es un ejemplo de nominalismo que podría igualmente aplicarse a cuestiones como el sentido de la vida o la felicidad. Muchas veces lo que buscamos no es el sentido de la vida sino el énfasis del sentido de la vida. No me gusta el énfasis, el patetismo. Las personas somos un conjunto de incongruencias mejor o peor articuladas, más que una coherencia total.

**Algo que nos parece fundamental y muy original en su ensayo es el hecho de que cuestiona la actitud social de la tolerancia. Es más, usted nos hace ver la cara oculta de la tolerancia, ¿cómo se explica esto?**

La tolerancia es compatible con el desinterés absoluto por el otro, por las demás culturas. Hay que dar un salto por encima de la tolerancia en la dirección de meter las narices en los asuntos de los demás. La tolerancia es demasiado respetuosa con el otro y no se entera de lo que el otro tiene de valioso e interesante por contraste con mi propia personalidad. La tolerancia se protege de la irrupción de lo desconocido. Antes que el principio ético de tolerar está el principio epistemológico de curiosear y aprender, frente a una cultura extraña lo primero que hay que hacer es interesarse. Los demás representan posibilidades que no tenemos que negar para afirmar nuestra posición.

**¿Cuál sería entonces su propuesta para una nueva política, más allá del relativismo y de esta "mala tolerancia"?**

Sería una política en la que habría una mayor disputa. La relación más fructífera entre los seres humanos es precisamente la de una libre discusión. Por otro lado, la idea de tolerancia



cultural muchas veces olvida los fenómenos de transferencia, de traducción cultural. Vamos hacia un tipo de sociedad en el que se requiera una mayor competencia intercultural.

### **¿Cree que existe algún modelo de sociedad multicultural?**

Hay un modelo interesante que son las ciudades. En general son núcleos de población en los cuales se superponen al mismo tiempo las cosas más dispares y extrañas. La ciudad actual es el gran modelo de convivencia de lo diferente, donde no hay una compulsión a ser idénticos.

### **¿Se puede considerar a la España actual como modelo de sociedad multicultural?**

España ha pasado de un modelo homogéneo –de una falta de libertad y diversidad en el que lo más que había era una cierta folklorización de las diferencias sin que tuvieran su articulación política– a un modelo que, sobre el papel, diseñaba un primer escenario de pluralidad efectiva. España, hoy por hoy, todavía es un Estado central con procesos de descentralización muy fuertes; pero no ha llegado a ser lo que a mi juicio debería ser: un Estado multicéntrico, plurinacional.

### **3. DANIEL INNERARITY, FILÓSOFO DE LA SOSPECHA**

**En *La sociedad invisible* sostiene que la realidad se mueve por fuerzas invisibles, pero, por otro lado, vivimos en un mundo de imágenes. ¿Cómo se pueden reconciliar estas dos realidades?**

Como todo en la vida, las dos cosas se concilian, las dos cosas son ciertas. La primera advertencia de la tesis de *La sociedad invisible* va en contra del viejo dualismo entre lo visible y lo invisible.

Pretende ser una crítica de este esquema tradicional “apariciencia-ocultación”, no tanto poner la cabeza en los pies y los pies en la cabeza, como decía Marx. No se trata de invertir el esquema y tomar partido por la ocultación, declarándola como sustituto de lo aparente. El esquema debería ser un poco más complejo que el que elaboraron los clásicos filósofos de la sospecha. La sociedad actual no reedita el viejo problema de la aparien-

cia y la realidad en otro contexto, sino que lo transforma de una manera más radical.

### **¿Tiene esto algo que ver con lo visible y lo invisible, tal y como los imagina Merleau-Ponty?**

Sí. Podría resumirse en la idea de que no hay signo que no oculte algo. Toda atención implica una desatención; no se puede estar atento a todo. La operación de sacar todo a la luz choca siempre con unos límites, el primero de los cuales es la simple finitud humana. No hay luz sin contraste de sombras.

### **¿Cómo se puede reconciliar la actitud de la sospecha, preconizada en *La sociedad invisible*, con la ética de la hospitalidad?**

La compatibilidad de esos dos principios consiste en entender que la realidad es siempre algo que da mucho más de sí, que es una fuente de descubrimientos mayor de lo que imaginamos. Hay una frase de Nietzsche que siempre me ha parecido una negación de la verdadera filosofía: "encontramos en las cosas lo que previamente hemos escondido en ellas". Eso no es verdad, o por lo menos no es verdad siempre. La actitud con el extranjero, con lo extraño es dejarse sorprender. El extranjero es aquel que nos confunde y amplía nuestro mundo. Es una metáfora que expresa la inagotabilidad de las cosas, su incancelable falta de transparencia.

### **Afirma en *La sociedad invisible* que vivimos en una época postutópica. ¿Cómo se entiende esta idea?**

Bajo unas ciertas consideraciones, la utopía es algo que ha quedado superado, sobre todo la concebida como planificación y diseño de una sociedad inmejorable. Frente a esto cabe suponer una reformulación del ideal utópico en unos términos incluso contrarios. Hoy en día la utopía viene de la mano de la imperfección y no tanto de la perfección. El ideal normativo de las sociedades es configurar procesos o diseñar las instituciones de manera que se impida la limitación, lo definitivo. Deben ser sociedades con un futuro abierto en las que se permita la irrupción de lo nuevo. Creo que esta sería una nueva reformulación de la utopía al hilo de la profunda decepción que han producido las viejas utopías.

## **También habla de una etapa postheroica. ¿De qué se trata?**

La idea fundamental es que una sociedad heroica es una sociedad donde el sacrificio de lo individual a una ley general (patria, religión, bandera...) es algo tan asumido que incluso lleva al extremo del atentado suicida. Si analizamos los terrorismos del mundo, una cosa que llama la atención es que hay terrorismos heroicos, en los que el horizonte de la autoinmolación es pacíficamente asumido, y otros postheroicos en los que no. En ETA, o el IRA, no ha habido nunca ningún suicida. Estos son terrorismos a los que les queda muy poco recorrido. En cambio, los otros terrorismos, del islamismo radical, por habitar en sociedades que tienen una capacidad de resistencia tan profunda, compensan su debilidad estructural con una capacidad de sacrificio que no tienen otros. Una sociedad postheroica tiene que hacer guerras técnicas de corta duración y con gran efectividad. Frente a eso, la respuesta instintiva de una sociedad heroica es aguantar. Esta es la nueva asimetría que compensa la asimetría tecnológica.

**En sus libros reflexiona sobre el trabajo del filósofo y lo compara con el de un espía que sospecha. Es una idea muy original. Al mismo tiempo, para usted el filósofo debe favorecer la revelación. ¿En qué consiste esta actitud?**

Se trata de hacer que la realidad hable por sí misma. Es fácil que la realidad nos diga lo que queremos, pero así no se gana nada. Torturar y conseguir una confesión de culpabilidad lo hace cualquiera. Lo difícil es una confesión voluntaria. Se trata de que, en nuestro trato con la realidad, seamos capaces de combinar una estrategia para conseguir la verdad y al mismo tiempo respetuosa con el hecho de que la verdad, o se nos da, o si la ponemos nosotros ya no es verdad. "Hay que dejar que la realidad hierva hasta salirse", dice el detective de Chandler. Luhmann tiene una concepción de la sociología muy parecida, que es la idea de la "autorrevelación": cómo conseguir que la verdad no sea el resultado de nuestra estrategia cognoscitiva. El conocimiento debe facilitar la revelación. Las cosas importantes de la vida son cosas que acontecen, que no se fuerzan. Aunque también es cierto que hay que crear circunstancias para favorecerlas.

Yo creo que la vida humana es una superposición de dos planos: el controlable, manejable; y el que no está a nuestra disposición. Y este segundo ha sido poco valorado, tematizado por la filosofía occidental (a diferencia de otras filosofías). Aquí la pasividad es sinónimo de vagancia, de claudicación, de renuncia. No hemos cultivado el "dejarse sorprender".

#### 4. **DANIEL INNERARITY, PENSADOR DE UNA NUEVA POLÍTICA**

**La reflexión sobre la política ocupa un lugar primordial en sus ensayos. ¿De dónde viene ese interés?**

Este interés tiene que ver con una cuestión biográfica, que es muy importante para los filósofos de nuestra generación. A mediados de los setenta asistimos a un cambio político radical en España. Recuerdo que Franco murió justo cuando yo empezaba la carrera. Para nuestra generación la política ha sido un ámbito de experimentación, donde casi todo era posible. Probablemente, para otras generaciones o en otros países, la política se ve como un asunto aburrido, donde no se cambia nada y siempre es lo mismo. Para nosotros, la política era un lugar donde comparecían cosas nuevas; era un lugar interesantísimo.

**Usted define la política como una mediación entre las diferentes esferas de la sociedad. ¿No le parece que, en realidad, esa ha sido tradicionalmente la función de la filosofía?**

No había caído en esa posibilidad. La política, como moderación de las esferas sociales, tiene que conseguir que cada una de esas esferas tenga una capacidad de reflexión y caiga en la cuenta de su propia parcialidad. Así, cuando un gobierno pone a dialogar a los empresarios y los trabajadores, lo que en el fondo está haciendo es ponerles ante su propia responsabilidad y hacerles descubrir por ellos mismos que tienen que interiorizar la totalidad social de sus propios campos y que, si no lo hacen, puede tener consecuencias destructivas. La política bien entendida hace efectivamente algo muy parecido a la filosofía: poner a cada uno de los agentes sociales en condición de descubrir su interés bien entendido.

**En *La transformación de la política* da la impresión de que critica el concepto de contrato social, sin embargo, este concepto es fundamental en democracia desde Hobbes hasta Rawls. ¿Cómo podemos imaginar hoy en día una democracia fuera de esta tradición contractualista?**

Lo que a mí no me gusta de algunas teorías del contrato social es que presuponen un modelo casi matemático y jurídico de configuración del espacio social. La realidad social es algo muy complejo como para permitir la aplicación de esquemas de neutralidad jurídica. El modelo juricista nos ha acostumbrado a reducir las cuestiones de la política a asuntos de derechos y deberes. Pero una sociedad justa todavía no es una sociedad políticamente madura. La política es otro juego diferente.

**¿Qué entiende por espacio público? ¿En qué consiste el carácter novedoso del espacio público actual?**

El espacio público, tal como fue pensado en la Ilustración, necesita ahora una nueva puesta a punto. Desde entonces han pasado muchas cosas que exigen una reflexión: se ha modificado la relación entre lo público y lo privado, los Estados ya no son los protagonistas exclusivos de la vida política, ha habido un enorme desarrollo de las tecnologías de la comunicación, se ha acelerado la secularización de nuestras sociedades, las ciudades han perdido su capacidad de integración social... Se hace necesario redefinir nuestras condiciones de vida común tomando en cuenta estas nuevas realidades.

**Filósofos como Habermas han hecho diferentes propuestas para el estudio del espacio público. ¿Qué aporta su ensayo con respecto a las reflexiones de otros pensadores?**

Hay fenómenos a los que Habermas, hace cuarenta años, no podía prestar la atención que se merecen; por ejemplo, las cuestiones referidas a la política de la identidad, que en su esquema juegan un papel casi negativo, como asuntos más bien pertenecientes al ámbito privado.

El esquema ilustrado que subyace en sus planteamientos y según el cual las diferencias culturales han de ser privatizadas ya no da más de sí. Hemos de avanzar en la línea de una igualdad diferenciada.

**Como lo indica usted en la introducción, la hipótesis fundamental de este ensayo parte de la idea de que el espacio público no constituye una realidad, sino que se trata más bien de una construcción laboriosa, frágil, variable, que exige un continuado trabajo de representación y argumentación.**

**Si el espacio público no es una realidad estable, sino más bien algo que se construye, y que por tanto es variable, frágil y que exige un trabajo continuo, ¿cuáles son, a su entender, los principales enemigos, o las principales dificultades para la construcción del espacio público?**

He sintetizado esta amenaza en la idea de inmediatez. Lo contrario del espacio público como mediación es la inmediatez de unas identidades entendidas como algo cerrado o prepolítico y la inmediatez desestructurada de los espacios globales. La política se encuentra amenazada desde abajo y desde arriba por presiones para impedir que demos forma política a lo que algunos presentan como definitivo, innegociable o esencialmente ingobernable.

**En *El nuevo espacio público* usted defiende una política de la mediación contra una política del reconocimiento, tal y como la propone, por ejemplo, el filósofo canadiense Charles Taylor, ¿por qué?**

Son asuntos de matiz porque en el espacio público ha de haber ambas cosas, mediación y reconocimiento. Si insisto en la idea de mediación es porque frecuentemente se plantea la idea de reconocimiento desde una concepción de la identidad que la presenta como algo que ha de ser simplemente aprobado sin pensar en sus condiciones de composibilidad. Toda identidad es incompleta mientras no negocie posibilidades de vida en común. Si solo hubiera reconocimiento y ninguna posibilidad de transformación, estaríamos en sociedades compuestas por grupos identitarios que realmente no compartirían nada común. Y esto es algo que vale para el interior de los Estados o para la comunidad internacional.

##### 5. *DANIEL INNERARITY, EL FILÓSOFO LITERATO*

**Al terminar esta entrevista, nos gustaría apuntar algo que nos parece muy original en sus ensayos. En efecto, cuando**

**leemos sus libros llama la atención el hecho de que haga alusiones constantes a la literatura; incluso da la impresión de que los ejemplos sacados de obras literarias son argumentos válidos para apoyar sus análisis y sus propuestas. De hecho, su interés por la literatura está presente ya desde el comienzo de su carrera, en su libro *La irrealidad literaria* (1995). ¿Qué relación cree que existe entre la literatura y la filosofía?**

La filosofía no es reducible a la literatura, entre otras cosas porque la literatura tiene un trato con el lenguaje, con la inmediatez del lenguaje, que no existe en la filosofía. En la filosofía, por mucho que tratemos de cuidar el lenguaje, no deja de ser un instrumento. En la literatura, el lenguaje, la forma, no tiene un por qué, una servicialidad respecto del tema.

**¿Podríamos decir entonces que la literatura contribuye a forjar la realidad?**

Una cosa es que la filosofía y la literatura sean dos realidades diferentes y otra cosa es que la literatura no tenga una gran capacidad cognoscitiva. La literatura, y el arte en general, tienen no solo una capacidad expresiva, sino cognoscitiva de la realidad y de la naturaleza del ser humano.

**Finalmente, ¿qué sentido tiene el arte en el mundo contemporáneo?**

Entre las muchas funciones que puede tener el arte, la más interesante me parece la de constituir una forma de experiencia. Frente a la concepción del arte como mera ficción, como distracción, está la realidad de que gracias al arte experimentamos con nuestras experiencias. Hemos tendido a considerar que el arte no tiene un rendimiento cognoscitivo y se nos ha perdido un poco de vista su potencialidad en orden a la exploración del mundo, a su reflexibilidad.

#### ***LIBROS DE DANIEL INNERARITY***

*Praxis e intersubjetividad. La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Pamplona, Eunsa, 1985.

*Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Rialp, 1990.

*Hegel y el romanticismo*, Madrid, Tecnos, 1993.

*La irrealidad literaria*, Pamplona, Eunsa, 1995.

*La filosofía como una de las bellas artes*, Barcelona, Ariel, 1995.

*Ética de la hospitalidad*, Barcelona, Península, 2001.

*La transformación de la política*, Barcelona, Península, 2002 (III Premio de Ensayo Miguel de Unamuno y Premio Nacional de Literatura, modalidad Ensayo 2003).

*La sociedad invisible*, Madrid, Espasa, 2004 (XXI Premio Espasa de Ensayo).

*El nuevo espacio público*, Madrid, Espasa, 2006.





## **NOTAS CULTURALES**



## CINE

### ***LO MEJOR Y LO PEOR DEL “NAPOLEÓN” DE RIDLEY SCOTT***

por Jacinto Antón\*

Hay cosas buenísimas en el *Napoleón* de Ridley Scott para los amantes del personaje y su historia, y otras que te dejan un poco patidifuso, insatisfecho y hasta disgustado. He aquí una selección de pros y contras de una película que, al margen de lo cinematográfico, ofrece un gran espectáculo e invita al debate.



Fotograma de la película “Napoleón” en la que aparece el actor Joaquin Phoenix (i) en el papel de Napoleón Bonaparte.

\* Artículo publicado en [https://elpais.com/cultura/2023-11-25/lo-mejor-y-lo-peor-del-napoleon-de-ridley-scott.html?ssm=TW\\_CC](https://elpais.com/cultura/2023-11-25/lo-mejor-y-lo-peor-del-napoleon-de-ridley-scott.html?ssm=TW_CC).

### **LO MEJOR**

a) *Josefina*. La composición del personaje que brinda la actriz Vanessa Kirby es excelente. Muy atractiva con el *look* de pelo corto (un estilo ideal para la guillotina, de la que, se nos explica, solo se libró por estar embarazada), está convenientemente seductora e impúdica en sus primeras apariciones, pese a que la Josefina real trataba de sonreír poco para que no se le vieran los dientes rotos y negros a causa de la mucha caña de azúcar que había consumido en la Martinica. La película describe muy bien la relación con Napoleón. De supervivencia al inicio (no deja de ser una exaristócrata viuda y ya madura en busca de protector en un mundo proceloso), con un punto de fascinación por el mito en ascenso, es la primera en ver las miserias íntimas del personaje. La cara de fastidio en algunas escenas de sexo lo dice todo. Su progresión hacia el hedonismo, los amantes y el derroche, la caída a causa de su incapacidad para dar un heredero imperial y su frágil encanto a partir de entonces, convertida en amiga confidente en la Malmaison, están muy bien contados, curiosamente, en un filme que mete pronto el acelerador y se salta tantas cosas. Es cierto que la relación comenzó a partir de que el hijo de Josefina acudiera a Napoleón para pedirle el sable de su padre guillotinado.



Vanessa Kirby como Josefina. AIDAN MONAGHAN PHOTOGRAPHER

b) Destacar el papel del húsar Hippolyte Charles, amante de Josefina, que era una prenda (y valga la palabra vista su elegancia). Parecería cuestionable darle tanta cancha con las estrecheces de metraje y tanto mariscal importante que se queda en el tintero. Pero el húsar tuvo un papel fundamental en la fijación de Napoleón por Josefina, desató sus celos y le causó algunos problemas muy graves (y no solo para ponerse el sombrero): involucrado en una red de contratos fraudulentos con el Ejército, arrastró a Josefina, que siempre necesitaba dinero, a un peligrosísimo juego con fondos públicos que salpicaba la honestidad de Bonaparte. El guapo y elegante Hippolyte además le sirve a Ridley Scott para plasmar su fascinación por los uniformes –lleva uno muy parecido al del húsar D’Hubert (Keith Carradine) en *Los duelistas*, lo que parece un autohomenaje–.

c) Mostrar la manera en que practicaba el sexo Napoleón. El corso, por lo visto, era realmente así en la intimidad. Se ve en sus cartas. Muy de aquí te pillo aquí te mato. Poco dado a prolegómenos y todo a paso vertiginoso. Impaciente en el amor como en la guerra. Artillero al fin. Una de sus amantes, la cantante Giusseppina Grassini (!) resumió: “El asunto se acabó en tres minutos”. También era así en la mesa: “Si quieres cenar bien, cena con Cambacérès, si quieres cenar mal, cena con Lebrun, si quieres cenar rápido cena conmigo”, decía. Ah, y, curiosamente, no le gustaba el coñac.

d) Es en parte una licencia de la película, porque su madre (*Madame Mère*, doña Letizia) no intervino en el asunto poniéndosela desnuda en la cama, pero es cierto que Napoleón se lió con la jovencita camarera de 17 años Élénore Denuelle de la Plaigne y la dejó embarazada, ansioso por demostrar que no era impotente y que la infertilidad de su matrimonio era culpa de Josefina. La chica alumbró un hijo ilegítimo, el conde Léon (por las últimas letras del nombre del padre) y abrió paso a la idea del emperador de divorciarse para tener un heredero.

e) El énfasis en los cañones. Ridley Scott ha visto muy bien lo esenciales que fueron en la carrera de Napoleón. Las piezas de su Gran Batería eran “sus hijas mimadas”. Pocas veces se ha visto en el cine (ni siquiera en *Los cañones de Navarone*) un tronar de artillería como en la película (y los efectos de las balas de cañón), lo que proporciona una sensación muy real al

espectador de estar en un campo de batalla napoleónico. Las batallas napoleónicas, como se muestra muy bien, eran verdaderas carnicerías: se calcula que la suma de bajas en Borodino (el enfrentamiento más sangriento hasta la batalla del Marne un siglo después) equivaldría a un avión completo de pasajeros estrellado en un área de 15 kilómetros cuadrados cada 15 minutos durante las 10 horas que duró la batalla (*Napoleón, una vida*, de Andrew Roberts, Ediciones Palabra, 2016).

f) La atmósfera. El director envuelve su película en magníficas texturas y colores muy pictóricos, demostrando que se ha inspirado en los cuadros de la época. Para Egipto, es evidente la influencia de Gérôme (y recordemos que su *Pollice verso* fue el desencadenante de *Gladiator*). En Austerlitz y Rusia, Gros; en la coronación, David, claro.

g) La banda sonora. Junto a la música original de Martin Phipps, coros corsos, canciones populares de la época, como *La Carmagnole*, y piezas clásicas, especialmente Haydn. También Purcell. Todo muy à la Kubrick.

h) El duque de Wellington. El general británico, mostrado muy mayor (Rupert Everet tiene 64 años, Wellesley tenía 46 en Waterloo), parece hacer de alter ego de Ridley Scott con su visión escéptica, mordaz e irónica sobre Napoleón. Representa asimismo la opinión británica más extendida sobre el "tirano" y "advenedizo" corso. La escena (inventada, Napoleón y Wellington nunca se encontraron) en la que conversan a bordo del HMS Bellerophon donde el emperador está cautivo antes de ser llevado en el HMS Northumberland a Santa Elena, sirve para mostrar que, a diferencia de los jóvenes guardiamarinas que aparecen, el *establishment* británico no sucumbió al carisma de Napoleón y le vio siempre las costuras (como Ridley Scott).

i) El zar Alejandro. La película muestra correctamente el carácter de Alejandro, su admiración por Napoleón y la forma en que este le llevó al huerto en Tilsit. Es cierto que Alejandro visitó a Josefina y que hubo química entre ellos.

j) Entre otros pequeños detalles buenos, el del sargento británico que alinea muy pertinentemente a la infantería con un palo horizontal durante la batalla de Waterloo. Parece el mismísimo Pat Harper, el camarada de Sharpe en las novelas

de Bernard Cornwell. Está muy bien el ambiente estilo República de Weimar que reina en París tras la caída de Robespierre. Y la degollina y empalamiento de coraceros en el bosque ruso por los cosacos, retratados como si fueran los marcomanos de *Gladiator*.



Joaquin Phoenix como Bonaparte en Egipto.

### ***LO PEOR***

a) La rapidez con que pasa por la pantalla la vida de Napoleón (si hoy es viernes esto es Jena). Es cierto que fue comparado con un astro fulgurante y que una de sus principales virtudes en la guerra era la velocidad (por no hablar de lo ya apuntado del sexo), pero realmente hay demasiados saltos y se renuncia a muchas cosas fundamentales. Su parte intelectual, por ejemplo.

b) La ausencia absoluta de la guerra de España. No es de recibo, aunque la haga un británico, que una película sobre Napoleón prescindiera del decisivo escenario peninsular. Nos hemos quedado (a la espera de lo que pueda deparar la versión original de cuatro horas en Apple TV+) sin ver a Ridley Scott emular la paleta de Goya, y solo podemos imaginar lo que hubiera hecho con la famosa carga de los lanceros polacos en Somosierra ("¡el emperador nos está mirando!").

c) El hieratismo de Joaquin Phoenix. Probablemente impresionado por encarnar a semejante personaje, que ha tenido



interpretaciones tan destacadas como las de Albert Dieudonné (el maravilloso Napoleón de Abel Gance), Marlon Brando, Charles Boyer, Rod Steiger o Patrice Chéreau, Phoenix muestra pocos registros y atraviesa el metraje (y los años) casi con la misma expresión de reconcentrada trascendencia. Se mueve mejor en las escenas íntimas –cuando huele la carta de Josefina y se la pasa por el cuerpo, cuando se pelea con ella (“¡estás vacía!”, “¡y tú gordo!”) o juegan (“el amor es una tontería de dos”, decía Bonaparte)– que en las de masas. A destacar que ofrece en algunos momentos una inesperada fragilidad de Napoleón. El momento público en que parece más Cómodo, y valga la broma, es cuando en la entronización luce una corona de laurel como un emperador romano. Queda su recurrente gesto de taparse los oídos cuando disparan sus cañones y el acreditado históricamente de tirar de la oreja cariñosamente, tanto a pajes como a veteranos granaderos *grognards*.

d) La carga de Napoleón en Waterloo. Napoleón no encabezó ninguna carga de caballería en la batalla. Eso no quiere decir que no lo hiciera en otras ocasiones. Y que no fuera un hombre valiente: su valor quedó acreditado a lo largo de toda su vida, con episodios heroicos como los de Lodi y Arcole (“para los valientes, el fusil no es más que el mango de la bayoneta”, decía). Tuvo suerte porque en todas las batallas estuvo bastante a tiro (como muestra la peli) y le mataron mucha gente alrededor.

e) La masacre en el hielo de Austerlitz. Ridley Scott se ha quedado con el mito de la destrucción de los ejércitos ruso y austriaco en los lagos helados. La escena es una gran exageración (parece que estamos en la batalla del lago Peipus, en 1242, donde Alexander Navsky zurró a los Caballeros Teutónicos), aunque funciona cinematográficamente (el cineasta se siente Eisenstein y se deleita en esa escena del portaestandarte hundiéndose en las profundidades ensangrentadas) y es verdad que buena parte de las bajas aliadas ocurrieron en la huida: la caballería austriaca carecía de defensa en la parte trasera del peto de la coraza y era muy vulnerable por detrás (como Josefina).

f) El disparo a las Pirámides. La denominada Batalla de las Pirámides tuvo lugar en realidad a tal distancia de esos monumentos que es imposible que una bala impactara contra

la de Kefrén como se muestra en la película, para espanto de egipciomanos. Ridley Scott lo ha justificado diciendo que así quedaba claro que Napoleón estaba en Egipto. Ya se pasó por el forro la egiptología en *Exodus*: reyes y dioses mostrando las pirámides en construcción ¡en el Imperio Nuevo! En cambio, la escena en que Napoleón acerca la oreja a la boca de una momia es muy buena y acertada: Bonaparte inauguró nuestra curiosidad por el Antiguo Egipto, no lo bombardeó.

## **WOODY ALLEN: UN CHÉJOV CONTEMPORÁNEO**

por Sonia Barroso Sáez-Bravo

Woody Allen es uno de los artistas contemporáneos más polifacéticos del panorama cinematográfico, ya que se ha ido alimentando de expresiones estéticas diversas: imagen, escritura, música y pintura. Gracias a ello ha configurado uno de los estilos más originales y valorados de la creación cinematográfica de nuestro tiempo.

En el cine de Woody Allen predomina la historia, es decir, el guión sobre cualquier otro elemento del filme. Se trata por tanto de un cine literario. Allen recalca en el cine desde la literatura, haciendo de la lectura una privilegiada fuente de inspiración para la posterior realización de sus obras. Además, en muchas de sus películas, los protagonistas son escritores y personajes vinculados al mundo de la literatura.

Por otro lado, el teatro, concretamente, ha tenido un influjo imprescindible en la mayoría de su producción. El estilo literario de Allen está fuertemente influenciado por las producciones presentadas por el Group Theatre en los años 30 y principios de los 40. Las producciones del Group Theatre tenían, a su vez, influencias de Stanislavski, director responsable del éxito de Chéjov.

La cultura teatral en la trayectoria cinematográfica de Woody Allen, le ha llevado a acoger en algunas de sus películas aspectos temáticos, espacios y personajes plenamente teatrales. Si atendemos a sus filmes de la década de los 70 y 80, se pueden encontrar características que así lo demuestran:

división en actos en alguna de sus películas, concentración de la historia, importancia y omnipresencia del actor, explicitación del acto de enunciación (apelación al espectador por parte de un personaje dentro de la obra), etc., peculiaridades relacionadas directamente con lo teatral. Por consiguiente, sus obras están llenas de influencias teatrales de distintos autores entre los que destaca Antón Chéjov.

A lo largo de la filmografía de Woody Allen son considerables las alusiones tanto explícitas como implícitas al teatro de Chéjov. En muchas de las películas de Allen, sobre todo en aquellas realizadas en los años 70 y 80 consideradas más teatrales como *Interiores* (1978), *Manhattan* (1979), *Hannah y sus hermanas* (1986) o *Septiembre* (1987), destacan tipos de personajes, atmósfera y situaciones, muy similares a los que se pueden encontrar en muchas de las obras de Antón Chéjov, pero rehechos a la "neoyorquina". También en películas posteriores como *Balas sobre Broadway* (1994) o *Melinda y Melinda* (2004) aparecen de nuevo semejanzas con el teatro chejoviano, e incluso menciones directas al autor ruso a través de los personajes.

Las obsesiones recurrentes en el conjunto de la obra de Woody Allen han sido: el amor frustrado, la muerte, el sentido de la vida, el desamparo existencial, etc., temas comunes todos ellos con los de la producción de Chéjov. Si bien es cierto que estos rasgos y temas del dramaturgo ruso son bastante universales, Chéjov ha sido el autor que ha logrado sintetizar esta gran tradición haciéndolo con una economía verbal que no tenía ninguno de sus precedentes.

La ironía, el recurso humorístico de primer orden en los filmes de Woody Allen, se hace presente en todas y cada una de las estrategias expresivas del discurso dramático, en la medida en que es capaz de aunar lo cómico y lo serio. A través del humor, el cineasta no solo entretiene y divierte al espectador, sino que le hace reflexionar acerca de los grandes temas que preocupan a la humanidad como el sentido de la vida o la inminencia de la muerte, temas omnipresentes en toda su obra. El carácter trágico de la vida mostrado en los filmes de Allen, guarda una estrecha relación con esta misma idea que refleja el dramaturgo ruso a través de sus obras, pero al igual que el cineasta, Chéjov lo combina con su humor característico, "el humor chejoviano" patente siempre en su teatro.

La carga emotiva de los personajes de Allen, complejos psicológicamente, su capacidad reflexiva y los diálogos intimistas que mantienen, en los que predomina el subtexto, son evidencias que los conectan directamente con los personajes del teatro chejoviano. Además, muchos de ellos sostienen temas artísticos relacionados con la literatura, la música, la pintura o el teatro, por estar vinculados la gran mayoría con el mundo del arte, al igual que ocurre con los personajes de las principales obras de Chéjov.

Cineasta, dramaturgo y escritor, Woody Allen es el último de los grandes maestros de la comedia y la inteligencia aplicada al séptimo arte. Es evidente que el cineasta neoyorquino es un artista en la teatralidad cinematográfica y que sus guiones son un material de una excelente calidad literaria. Tanto en la obra como en la trayectoria de Woody Allen la influencia de la cultura y el cine europeos ha sido decisiva, destacando el influjo del teatro ruso de Antón Chéjov, casi siempre presente en gran parte de su filmografía.



## LITERATURA

**JAVIER SOLANA,**

***TESTIGO DE UN TIEMPO INCIERTO***

***De la caída del Muro a la invasión de Ucrania***

(Madrid, Espasa, 2023)



Lejos de la tentación egocéntrica de muchas memorias políticas, Javier Solana ejerce de testigo, como indica el título del libro. No quiere ser el centro de la narración, si no que prefiere actuar como guía de los lectores, mostrándonos claves que solo quien ha vivido los acontecimientos desde dentro puede explicar. Es un alejamiento muy científico de los hechos, una visión que busca la claridad expositiva más que el reconocimiento personal.

### ***De la ciencia a la política***

Siempre quise ser físico. Y me preparé concienzudamente para llegar a serlo. Estudié en la Universidad Complutense de Madrid. Había profesores brillantes y otros banales, como era –en general– nuestra ciencia en aquellos años. En la universidad tuve la suerte de encontrarme con un grupo de compañeros inteligentes con los que aprendí a debatir sobre ciencia como lo habrían hecho nuestros mayores. Hoy me gusta recordarles. Fue una etapa muy feliz de mi vida.

Hacia tiempo que la política había llegado a la universidad para quedarse. Reuniones, conferencias, manifestaciones y detenciones eran el pan de cada día. En mi último año de carrera,

una supuesta reunión ilegal en la que participé –con mi buen amigo José María Maravall– me impidió acabarla el año que me correspondía. Fui sancionado y tuve que repetir el curso. Decidí aprovechar el año “perdido” y me fui a Londres, donde aprendí inglés y me gané algunas libras para vivir. Además, mantuve mi relación con la física a través de unos amigos que conocía del Imperial College, quienes me permitieron acceder a la biblioteca y me invitaron a participar en los seminarios que había para los estudiantes de máster. Fue un buen año para mi formación como físico y como persona, e incluso sentí algo de agradecimiento por el supuesto castigo que me llevó al Reino Unido.

Volví a casa con las ideas claras sobre lo que quería hacer: quería doctorarme en Ciencias Físicas en Estados Unidos. Muchos me aconsejaban que solicitara una beca Fulbright, que por entonces empezaban a ofrecerse en España. Así lo hice y, afortunadamente, me la concedieron. Sin duda, mi nivel de inglés tuvo algo que ver con ello. En Estados Unidos, mi ilusión era trabajar con Nicolás Cabrera, físico de prestigio reconocido, exiliado, quien, tras varios años en el Reino Unido, dirigía con éxito el Departamento de Física de la Universidad de Virginia. Nicolás Cabrera era hijo del profesor Blas Cabrera, uno de los mejores físicos –reconocido internacionalmente– de su generación, quien, desgraciadamente, murió en el exilio.

Cuando me fui a Estados Unidos, también me iba de España, pero no del todo. Don Nicolás –así le llamábamos todos– me recibió en Charlottesville (Estado de Virginia) como si me estuviera esperando desde hacía mucho tiempo. Con él mantuve una relación entrañable, primero en Virginia y después cuando regresamos juntos a España algunos años más tarde.

Llegué a Estados Unidos poco después del asesinato del presidente Kennedy, en 1963, y viví los asesinatos de Martin Luther King y Robert Kennedy, en 1968. Todo ello, con el dramático telón de fondo de la guerra de Vietnam, que conmocionó a la sociedad americana, y muy especialmente a los jóvenes que eran llamados a filas. Muchos de ellos murieron, mientras que otros se libraban de ser enviados a la guerra con “trampas”. Otros, directamente, emigraron. Para un español como yo, que llegaba de un país en dictadura, la experiencia en Estados Unidos fue extraordinaria, inolvidable. Partici-

pé en la gran manifestación contra la guerra de Vietnam frente al Pentágono, en Washington, así como en las marchas de Nueva York y San Francisco. Era una situación única para mí, por lo que era casi imposible no sumarse a esa marea. Más de veinticinco años después de mi estancia en Estados Unidos, cuando hablábamos de mi posible candidatura al cargo de secretario general de la OTAN (Organización del Tratado del Atlántico Norte), el presidente Clinton me recordó cariñosamente aquellos días. Sonriendo, me dijo: “Conozco tu ficha [de la CIA]... y me gusta, recuerdo aquellos tiempos...”.

Salvo notables excepciones, en las carreras de ciencias de las universidades españolas se enseñaba desde la erudición, mientras que en la academia americana, en general, se enseñaba desde la investigación y la curiosidad. Para mí fue una manera distinta de aprender. Hacían fáciles incluso las cosas más complejas. Te enseñaban a usar tus conocimientos, aunque incompletos, con respeto, pero sin miedo. Ese enfoque optimista de la enseñanza me produjo una gran satisfacción y me incorporé a ese modelo rápidamente.

Por entonces, la física de las bajas temperaturas cercanas al cero absoluto ( $-273^{\circ}\text{C}$ ) estaba en el candeleró. A esas temperaturas surgían nuevos fenómenos que no parecían tener explicación dentro de la física clásica. Los estados de superconductividad y la superfluidez –es decir, la ausencia de resistencia eléctrica o viscosidad mecánica– dieron mucho que hablar y mucho que investigar. Las aplicaciones reales de dichos estados no eran evidentes. Sin embargo, quedaba fuera de toda duda que suponían un gran avance en el conocimiento de la materia condensada. Un experimento con helio superfluido me atrajo sobremanera. De su explicación salió mi primera publicación internacional y, con algo más de trabajo, pude hacer mi tesis doctoral: la interacción rotón-rotón en helio superfluido.

Había pasado algún tiempo desde mi llegada a Virginia. Un tiempo que también transcurría en España, incluido en la política. A finales de los años 60, el ministro de Educación Villar Palasí quiso dar un impulso a la educación universitaria mediante la creación de universidades autónomas en Madrid, Barcelona y el País Vasco, con mayores facilidades para la investigación y la contratación del profesorado. Seguimos con



interés esa decisión. Cuanto más se hablaba de ello, más se implicaba don Nicolás, intelectual y sentimentalmente. En septiembre de 1970, don Luis Sánchez Agesta fue nombrado rector de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM) y en octubre de 1971 empezaron a impartirse las clases en el Campus de Cantoblanco, que hoy, expandido, sigue siendo uno de los *campus* universitarios de más prestigio en España. Sorprendentemente, el rector quiso ponerse en contacto con don Nicolás. Hubo después varias conversaciones, a cada cual más positiva.

Ese mismo año, se incorporó a la UAM don Nicolás Cabrea como director del Departamento de Ciencias Físicas y yo como joven profesor. Para mí fue una decisión fácil: Madrid era mi destino natural. Para don Nicolás fue una decisión muy importante, gallarda, propia de una persona extraordinaria. Regresaba del exilio –con Franco vivo– a una institución nueva que debía poner en marcha. En el mundo de las ciencias físicas hubo un antes y un después de la estancia de don Nicolás con nosotros. Personalmente, el periodo que viví con él en Virginia, más el inesperado que compartimos en España, son de los mejores regalos que me ha dado la vida, y haber contribuido a su regreso a España me satisface enormemente.

A partir de ahí, la historia de nuestro país se aceleró. El 20 de noviembre de 1975 murió Franco. La legalización de los partidos políticos se hizo realidad, y el miércoles 15 de junio de 1977 se celebraron elecciones democráticas que, *de facto*, por presión política y social, acabaron siendo constituyentes. España comenzaba su andadura hacia la democracia, y organizar la vida política en la España democrática iba a requerir un gran esfuerzo colectivo. Fui consciente de que en algún momento tendría que elegir. No fue fácil abandonar la física, pero don Nicolás se quedaba en España. El momento político del país era único.

Mis relaciones con el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) venían desde mis años de estudiante universitario. Formaba parte de la dirección del partido y en las elecciones a las Cortes Constituyentes figuré como número dos de las listas por Madrid tras Felipe González. Cuando el PSOE ganó las elecciones generales de 1982, vivimos un momento de gran

alegría, naturalmente. Los socialistas teníamos una tarea histórica por delante.

Durante el primer Gobierno de Felipe González encabece el Ministerio de Cultura, y como ministro inauguré el Museo Reina Sofía y fui responsable de la limpieza de *Las Meninas*, asunto que se llevaba discutiendo durante años. En una conversación con Felipe González le hablé de ello y recibí un mensaje certero del presidente: "Haz lo que creas que debes hacer, pero no te olvides de que, si nos sale mal, caerá el Gobierno... para siempre". Afortunadamente, la operación salió de maravilla. También negocié con la familia Thyssen la llegada a España de la magnífica colección de pintura del barón Heini Thyssen, que se encontraba en Suiza y finalmente logramos que se quedara en nuestro país. Para todo ello, tuve a dos colaboradores extraordinarios, irrepetibles: Miguel Satrústegui y Juby Bustamante.

Durante esos años en el Ministerio de Cultura, y como encargado del deporte español, tomé parte en representación del Gobierno en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona, que finalmente se celebraron en 1992. Tuve el placer de contar con un gran equipo encabezado por Javier Gómez Navarro, secretario de Estado para el Deporte y presidente del Consejo Superior de Deportes, quien hizo un magnífico trabajo para que los Juegos Olímpicos de Barcelona fueran un éxito, como finalmente ocurrió.

En 1988 me reencontré con la ciencia. Fui nombrado ministro de Educación y Ciencia. El ministerio tenía dos secretarías de Estado. Para la de Educación designé a Alfredo Pérez Rubalcaba, con quien aprobamos la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo de España (LOGSE), una ley que, entre otras cosas, amplió la enseñanza obligatoria hasta los dieciséis años. La otra secretaría era la de Universidades e Investigación, que ocupó Juan Manuel Rojo Alaminos, físico muy respetado del grupo de don Nicolás en la Universidad Autónoma de Madrid. El subsecretario de Educación y Ciencia, Enrique Guerrero, fue el hombre transversal, indispensable para el ministerio. Durante esos años no hice ciencia directamente, pero convertí en norma todo lo necesario para que en España se pudiera hacer más y mejor ciencia, siguiendo el espíritu de don Nicolás.

El 24 de julio de 1992 dejé de ser ministro de Educación cuando fui nombrado ministro de Asuntos Exteriores del Gobierno de España, dando comienzo a un recorrido en la política internacional que, a partir de 1995, me llevaría a ser secretario general de la OTAN y, en 1999, a la recién creada posición de alto representante para la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea. Dejé la ciencia como actividad profesional, pero a lo largo del ejercicio de mis responsabilidades políticas traté de preservar el rigor del científico para afrontar la plasticidad de la política.

### ***La caída de la Unión Soviética***

El 4 de octubre de 1989 me correspondió acompañar al rey Juan Carlos I en una visita oficial a Polonia. Durante esas semanas, el panorama político en Europa estaba cambiando de manera radical. Polonia en concreto era un claro ejemplo de ello. Tan solo unos meses antes de la visita, Tadeusz Mazowiecki –miembro del sindicato democrático Solidaridad– había sido elegido primer ministro. Así, Polonia se convertía en el primer país del bloque del Este en tener un Gobierno surgido de las urnas y liderado por un primer ministro no comunista. A lo largo de la jornada tuve varias reuniones con Mazowiecki, que no pudo contener su felicidad cuando recibió al rey de España. En el primer brindis, expresó su asombro ante la situación: “Todavía no me creo lo que está pasando, todavía no me creo que estoy aquí”.

Por la noche se celebró una cena oficial con el presidente de Polonia, el general Wojciech Jaruzelski. El presidente polaco nos habló extensamente sobre los momentos más difíciles de la historia de su país, de la cual él había sido un visible protagonista. Como presidente, y bajo la atenta mirada del Kremlin, impuso la ley marcial en 1981 para reprimir las protestas del sindicato democrático Solidaridad. Pocos años después, su presidencia permitió la transición democrática en Polonia. Jaruzelski fue un líder de una gran talla política, cuya importancia para la historia de Europa no puede ser ignorada. Desde mi punto de vista era uno de aquellos “héroes de la retirada” de los que hablaba el escritor alemán Hans Magnus Enzensberger, aquellos cuyo heroísmo no reside en el triunfo

y la resistencia por encima de cualquier otra consideración, sino en saber abandonar sus posiciones para dar paso a una realidad mejor. En España, como recogió Javier Cercas en su obra *Anatomía de un instante*, conocemos muy bien a este tipo de líderes.

Polonia es un país central para entender la historia de la Europa moderna. Gran parte de su existencia estuvo condicionada por las ambiciones imperiales de dos grandes capitales europeas, Berlín y Moscú, en ocasiones con trágicas consecuencias. Fue en Polonia donde estalló la Segunda Guerra Mundial, cuando la Alemania nazi y la Unión Soviética invadieron el país en septiembre de 1939. En 1989 nos ocupaba el futuro, no el pasado. Jaruzelski nos habló del viaje que iba hacer a Berlín al día siguiente para celebrar el 40º aniversario de la República Democrática Alemana (RDA). A Berlín también viajarían todos los líderes de los países miembros del Pacto de Varsovia, el tratado de seguridad colectiva conformado por la Unión Soviética y sus estados satélites en Europa Central y Europa del Este. La incertidumbre que sobrevolaba la visita a Berlín era total. Jaruzelski nos dijo que, simplemente, no se sabía lo que podía pasar allí, “si iba a volver a Polonia”, “cómo volvería” o ni siquiera “quién sería” a su vuelta. Después de la cena nos despedimos, aún sin ser del todo conscientes de la profundidad de los cambios que se iban a producir en las próximas semanas.

El día de la celebración estuvo marcado por la visita del líder reformista soviético Mijaíl Gorbachov, que había asumido el cargo de secretario general del Partido Comunista de la URSS en 1985. Acompañado por la élite del Partido Socialista Unificado de Alemania –que gobernaba la zona oriental del país desde 1946–, Gorbachov no escondió sus exigencias de reforma a los países de la órbita soviética. De no llevarla a cabo, Alemania Oriental y el bloque del Este tenían los días contados, vino a decir Gorbachov.

Sus advertencias se convirtieron en realidad. El 9 de noviembre de 1989 cayó el Muro de Berlín. Los berlineses orientales, a fuerza de martillo, derrumbaron el símbolo que sostuvo la principal división ideológica en Europa tras la Segunda Guerra Mundial. El fracaso de la República Democrática Alemana abrió la posibilidad de reunificación.

**JORGE ALEJANDRO AMAYA,**  
***FRONTERAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO***  
***DE DERECHOS HUMANOS***  
 (Buenos Aires, Astrea, 2023)



Esta obra sistematiza varios problemas y planteos actuales de distintas disciplinas jurídicas interconectadas que giran alrededor del constitucionalismo: el derecho constitucional propiamente dicho; el procesal constitucional; el derecho de los derechos humanos, y el moderno derecho procesal transnacional. Todos ellos revisten creciente y particular interés para Latinoamérica.

Entre los temas que el derecho hoy aborda con particular trascendencia, el estudio del control de constitucionalidad y convencionalidad constituye un desafío constante para los estudiosos del derecho, para los jueces y para la política, tanto desde la perspectiva teórica, como de la práctica.

El contenido del libro no aspira a cubrir la dimensión incommensurable de la temática, ni tampoco encontrar respuestas pacíficas a los críticos interrogantes con que el Estado convencional y constitucional nos interpela permanentemente, pero deja al descubierto los enormes desafíos que las democracias de nuestros países enfrentan para la tutela y protección efectiva de los derechos humanos en el marco del llamado Estado constitucional y convencional de derecho, donde la dignidad humana se ha constituido en un principio que atraviesa todo el sistema interamericano y constituye un parámetro regulador y equilibrador de sus decisiones. A la vez, busca encontrar algunas respuestas a dichos desafíos.

Sin duda, existe una conexión entre el control de constitucionalidad y convencionalidad, y la calidad y estabilidad de las democracias. Las tradiciones que guían la toma de decisiones en las democracias constitucionales más maduras se centran tanto en la protección de las minorías insulares (hoy grupos vulnerables) y procedimentales, como en la edificación de una cultura constitucional que se asienta sobre el convencimiento de una democracia limitada, donde la mayoría no puede tomar

cualquier decisión sobre cualquier cuestión. En el desarrollo de ambos factores, el control de constitucionalidad y convencionalidad constituye –probablemente– un epicentro muy importante en el crecimiento de las sociedades y en la madurez de su cultura.

En el derecho se llevan a cabo, cada tanto, grandes transformaciones que modifican instituciones, dando vida a nuevos principios y reglas compatibles con los fines que presiden el cambio o la adaptación del sistema jurídico.

El llamado nuevo (neo) constitucionalismo es parte de una realidad en la concepción del derecho, que ha generado una transformación en el plano de las fuentes que se manifiesta en la pérdida de la centralidad de la ley y de las reglas, opacadas, para muchos, por el papel que adquirieron los principios, que pasaron a funcionar como mandatos vinculantes con operatividad directa.

En este escenario parece haber desaparecido la separación absoluta entre moral y derecho, potenciándose la función del juez en la interpretación y convirtiéndolo en un protagonista estelar del sistema jurídico mediante técnicas que se califican como dinámicas y evolutivas.

La indeterminación, que es propia de los principios, acentuó el papel de los jueces en el proceso de creación del derecho, tornándolos –en muchos casos– legisladores indirectos y también directos, a través de sentencias típicamente nomológicas.

Esta nueva realidad jurídica deviene a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y nos trajo el paradigma de la protección de los derechos humanos y el nacimiento de un sistema de protección de derechos multinivel con la aparición de los sistemas universal y regional de protección de derechos, y la modificación de las cláusulas de supremacía constitucional en las constituciones latinoamericanas, para dar cabida a una mayor participación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de los sistemas jurídicos nacionales.

Los tratados de derechos humanos han pasado a complementar el sistema de protección de los derechos individuales y sociales reconocidos en la parte dogmática de las constituciones, mediante mandatos que vinculan al juez, a la administración y a todos los operadores jurídicos públicos y privados.

Nuevos actores, como la Corte IDH y la Comisión IDH en el ámbito interamericano (más propiamente latinoamericano a mi forma de ver) reclaman para sí una participación decisiva en la interpretación, cumplimiento y garantía de los derechos, no solo como órganos propios del sistema internacional de protección, sino también en su aspiración de proyectar expansivamente sus decisiones a los derechos nacionales de los países que integran el ámbito regional.

En este contexto, la interpretación y protección de los derechos humanos a partir de dos sistemas independientes (el nacional y el internacional) pero integrados, y cuya palabra final en cada uno de ellos corresponde a distintos órganos, constituye la tarea más difícil que deben afrontar los jueces en la actualidad.

El interrogante sobre a quién corresponde la última palabra constitucional ha flotado a través del tiempo y lleva varios siglos de debate, ya que encierra –nada más y nada menos– que la toma de posición sobre cuál debe ser el órgano de cierre en un sistema jurídico político completo y complejo, como es una democracia constitucional.

El primer antecedente jurídico del debate sobre la última palabra, más enfatizado por la doctrina, el caso “*Bonham*”, de 1610, proviene –curiosamente– de Inglaterra, un país con constitución consuetudinaria no escrita y sin control de constitucionalidad. Casi dos siglos después (1803) se dicta el célebre fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “*Marbury v. Madison*”, que se conoce popularmente como el origen del control judicial de constitucionalidad, el cual deposita una confianza casi irrestricta en los jueces y esparció su influencia por toda América, con especial fortaleza en el sistema constitucional argentino.

A principios del siglo xx recrudece nuevamente el debate en torno a la última palabra constitucional en el famoso enfrentamiento dialéctico entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, que finalmente legó el diseño que Kelsen planteara en su propuesta de “tribunal constitucional” y que tuviera sus primeros reflejos en las constituciones de Checoslovaquia y Austria.

Este modelo, conocido como concentrado o especializado, deposita la última palabra en un órgano fuera del Poder Judi-

cial, y está hoy vigente en la mayoría de los países europeos y en algunas naciones latinoamericanas.

Sin olvidar el modelo político francés, con sus particularidades, que centra la última palabra constitucional en un órgano de naturaleza esencialmente política: el Consejo Constitucional francés –hoy atemperado por la reforma constitucional francesa de 2008–. El modelo de *tribunales constitucionales* y la *judicial review* son los que han atrapado con mayor fuerza el interés del mundo occidental.

Por supuesto que el tiempo y la evolución del control han hecho que los modelos se hayan acercado, e incluso fusionado muchas de sus características originales, particularmente en los sistemas de control que cada país ha implementado mediante sus constituciones o incluso de la interpretación jurisprudencial.

La idea de Constitución como norma básica o referencial, es central en todos los modelos de control. Precisamente en esta característica radica su supremacía, ya que el resto de las normas que integran el ordenamiento derivan su validez de la constitución que es fundadora, básica o referencial.

Pero como anticipamos, la catástrofe que significó la Segunda Gran Guerra legó a la sociedad mundial un nuevo orden caracterizado por la internacionalización de los derechos en los ámbitos regionales y en el universal, provocando la apertura del derecho constitucional y su integración con el derecho internacional para dar nacimiento al llamado “derecho de los derechos humanos”.

Esta situación se materializó en las constituciones a través de cláusulas “puente”, es decir de normas que han integrado los sistemas jurídicos nacional y regional e internacional, a través de modificaciones en los principios de supremacía constitucional, incorporando en sus sistemas formales de fuentes al derecho internacional, particularmente a las normas internacionales sobre derechos humanos.

Por su parte, la Corte IDH, como último intérprete de la CADH, ha ido perfilando –con gran activismo– lo que ha dado en llamar el control de convencionalidad, una creación pretoriana del tribunal internacional que actúa en forma similar al control de constitucionalidad, al cotejar las normas internas con las internacionales provenientes de la CADH y del llama-



do “*corpus iuris* internacional o interamericano”<sup>1</sup>, y comenzó depositando esta tarea (que ejerce ella en forma concentrada) de manera difusa en todos los jueces latinoamericanos, para extenderla rápidamente a todos los órganos del poder público de los países integrantes del sistema, pretendiendo que la *ratio decidendi* o el *holding* de sus fallos resulten vinculantes para los jueces interamericanos a los efectos del control de convencionalidad en el marco de sus competencias y reglas procesales, lo que resulta asimilable al efecto de la jurisprudencia en los sistemas anglosajones (doctrina del *stare decisis*).

El control de convencionalidad se viene perfilando como un control de supraconstitucionalidad en temas de derechos humanos, ya que en caso de que alguna disposición constitucional fuera contraria a la Convención, según la interpretación de la Corte IDH, el Estado estaría obligado a modificar su constitución como sucedió con la República Chile en el caso de “La última tentación de Cristo”, llegando a sostener que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza *per se* el respeto del derecho internacional de los derechos humanos, y que la aprobación popular en una democracia de una ley incompatible con la CADH no le concede legitimidad ante el derecho internacional<sup>2</sup>.

Ciertamente la Corte IDH, como tribunal internacional, no solo es el último intérprete del SIDH, sino que reclama para sí la última palabra constitucional en el derecho interno de los países cuando este confronta con la CADH, situación que pone (en muchos casos) al tribunal internacional frente a los tribunales internos de los países del SIDH.

Asumida la tensión entre las decisiones de las cortes internacionales y las nacionales, el *definir quién tiene la última palabra* en los procesos jurisdiccionales donde confluyen sistemas jurídicos integrados es evidentemente una contienda no solo jurídica, sino también política.

Alrededor de estas tensiones, doctrina y jurisprudencia, tanto europeas como americanas, han desarrollado y profundizado conceptos como contralímites, margen de apreciación

<sup>1</sup> Esta expresión ha sido una contribución de la Corte IDH. El concepto fue definido por primera vez en la Opinión Consultiva OC-16/1999.

<sup>2</sup> Caso “Gelman c/Uruguay” (2011 y 2013).

nacional o identidad constitucional, que se abordan acabadamente en la obra que comentamos.

También se estudian el principio de división de poderes y dentro del mismo el instituto del juicio político; el principio de soberanía popular, y su relación con el sistema representativo, republicano y federal de gobierno, y las reformas constitucionales.

Se desarrolla el principio de soberanía popular, frente a la limitación del alcance de las decisiones mayoritarias democráticas, según el parecer de la Corte IDH, adentrándome en la compleja y sensible temática de los delitos de lesa humanidad, frente al debido proceso constitucional, y los principios constitucionales e internacionales de legalidad e irretroactividad.

La interconexión de los sistemas nacionales con los internacionales ha traído enormes avances a la humanidad y a la persona, como centro y finalidad del derecho, y la expectativa de un *ius commune regional* e incluso *universal* a construir mediante la cooperación prudente y responsable de todos los actores.

Pero más allá del perfeccionamiento normativo de los diseños jurídicos interconectados, o de los mejores esfuerzos interpretativos que se formulen por medio de sus órganos, el debate doctrinario, jurisprudencial y político sobre los alcances y limitaciones de las competencias jurisdiccionales de los órganos de ambos sistemas, sigue vigente, y nada mejor para comprenderlos que abreviar en este excelente trabajo de este gran constitucionalista argentino de trascendencia internacional.



## NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

### 1. INFORMACIÓN GENERAL

La *Revista Jurídica Derecho y poder* es una revista semestral impresa y electrónica del programa de estudio de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, Perú. Es una publicación arbitrada que utiliza el sistema de revisión externo doble ciego, conforme a las normas de publicación del estilo APA.

La revista se edita en español, además de interfaz, títulos, resúmenes y palabras clave en inglés. Cada trabajo se identifica con un DOI (Digital Object Identified).

La revista *Derecho y Poder* publica trabajos de investigación inéditos y que no se encuentren en proceso de evaluación en otras publicaciones relacionadas con el Derecho y la Ciencia Política.

La revista ha establecido un régimen objetivo de evaluación de trabajos. Los manuscritos son primero revisados por el equipo editorial y si cumple los estándares se someten al proceso de evaluación por pares externos mediante el sistema doble ciego (*double blind peer review*), quienes emiten un informe de evaluación con sus valoraciones en tres dictámenes: aprobados, aprobados con modificaciones o rechazados.

En caso de disparidad se recurre a un tercer revisor para dirimir la publicación del manuscrito.

El proceso de evaluación cuenta con un plazo máximo de seis meses.

Conforme al resultado se informa el dictamen al autor.

Los autores con artículos aprobados con modificaciones y aprobados para publicación, se comprometen a efectuar las correcciones de contenido, forma y estilo en un plazo máximo de 7 días hábiles.

La revista se reserva el derecho de rechazar un artículo cuando su temática no se corresponda con la línea editorial; si su calidad es deficiente, si se constata el incumplimiento de las normas para autores y/o frente a otros problemas no compatibles con la línea editorial.

### 2. TIPOS DE ARTÍCULOS

El autor suscribe el tipo de artículo que está presentando:

1. Artículos de investigación empírica. Estos artículos presentan resultados generales o parciales de una investigación original. Dan respuesta a una(s) pregunta(s) de indagación, con el propósito de ampliar el conocimiento sobre un respectivo tema.

2. Artículos de revisión. Estos artículos examinan la bibliografía de una determinada disciplina, en forma exhaustiva, profunda y rigurosa, con el propósito de revelar la evolución, el desarrollo, los avances de una determinada área disciplinar, generando comparaciones e informaciones sobre un específico tema; además, sintetizar los resultados, las conclusiones, entre otros. La revisión bibliográfica presenta un mínimo de 25 referencias.

3. Ensayos. En los ensayos, los autores presentan los argumentos de sus ideas y los puntos de vista particulares, sobre un determinado tema de interés colectivo y actualidad. En estos trabajos se cuestiona las relaciones, las contradicciones, las inconsistencias, las soluciones. Despiertan debates, posteriores estudios e investigaciones.

4. Artículos cortos. Los artículos cortos son descripciones breves y completas de una determinada investigación; presentan resultados preliminares o parciales, que requieren una rápida divulgación.

5. Reportes de casos. Los reportes de casos permiten la presentación detallada de situaciones que se pueden presentar con aplicación de alguna figura, principio o concepto que se quiera destacar, realizando una breve descripción que sea lógica y racional, con el énfasis en su característica singular.

6. Series o estudio de casos. En este estudio se reporta una serie de casos, cuyas características son semejantes y los hacen agrupables; por ejemplo, actos que constituyen delitos de derecho penal; abusos de alguna de las partes en una relación contractual; situaciones imaginadas que generarían una respuesta del derecho; daños cometidos con intención o sin ella; soluciones esgrimidas por la justicia frente a comportamientos similares. Debe poseer: mínimo 2 y máximo 10 casos en su estudio.

### 3. *PROCESO EDITORIAL*

*Derecho y poder* ofrece las normas completas de la publicación, el formato de estructura de los manuscritos y la carta de presentación, que debe incluir nombre completo, nacionalidad, dirección de correo electrónico, títulos académicos, afiliación institucional actual, líneas de investigación y publicaciones recientes en libros y/o revistas. La revista acusa recepción automática de los trabajos enviados por los autores e informa por correo electrónico y en la plataforma del proceso de estimación/desestimación, y de aceptación/rechazo, así como, en caso de aceptación, del proceso de edición (período máximo de 30 días después de finalizar la convocatoria).

En caso de que el manuscrito presente deficiencias formales o no se incluya en el interés temático de esta publicación, el Consejo Editorial desestimará formal o temáticamente el trabajo sin opción de vuelta. No se mantendrá correspondencia posterior con autores de artículos desestimados.

Los manuscritos serán arbitrados de forma anónima por académicos con experiencia en la disciplina. Cada artículo será arbitrado mínimo por dos especialistas en la temática. En caso de que un artículo tenga una evaluación positiva (sí/publicable con modificaciones) y otra negativa (reevaluable con modificaciones/no), se recurrirá a un tercer evaluador para que ofrezca un desempate. Incluso, ante situaciones puntuales, se puede recurrir a un cuarto y hasta un quinto revisor. Aunque la revista respeta el contenido del manuscrito original, cuando sean requeridas, puede solicitar modificaciones moderadas o profundas, en cuanto a su extensión, estructura o estilo.

El plazo de revisión, superada la etapa previa de recepción por parte del Consejo Editorial, es de tres meses (12 semanas) como máximo. El tiempo promedio es de mes y medio (6 semanas). Una vez recibido el dictamen de los revisores, los autores recibirán los informes de arbitraje de forma anónima. Los trabajos que sean propuestos para publicación, que requieran modificaciones (tanto menores como mayores), se devolverán en un plazo de 15 días como máximo.

En general, una vez vistas las revisiones científicas externas, los criterios que justifican la decisión sobre la publicación o no de los trabajos por parte del Consejo Editorial se basan en los siguientes puntos:

- a) Conocimiento actual y estratégico.
- b) Originalidad.
- c) Fiabilidad y validez científica: calidad metodológica contrastada.
- d) Organización y presentación formal.
- e) Grado de internacionalización de la propuesta y del equipo.
- f) Buena redacción.

#### 4. **PRESENTACIÓN Y ESTRUCTURA DE ORIGINALES**

Los manuscritos deben ser enviados exclusivamente por la plataforma OJS de la revista. Los autores tienen que crearse una cuenta, con sus créditos, en la plataforma OJS, aunque uno solo será el responsable de correspondencia. Ningún autor podrá tener en revisión dos manuscritos de forma simultánea.

Los trabajos se presentarán en tipo de letra Times New Roman 12, interlineado 1,5 y justificado. Las notas al pie van con un tamaño de letra 10. Si el trabajo contiene una cita textual de más de 40 palabras, se quitan las comillas, se coloca tamaño de letras 11, interlineado sencillo y sangría a la derecha. Los trabajos se presentan en formato Word para PC. El archivo debe ser anónimo en Propiedades de archivo del documento Word, de forma que no aparezca la identificación de los autores.

Deben subirse a la página OJS de la revista, de manera simultánea, dos archivos: 1) Carta de presentación, y 2) Manuscrito, conforme a las normas detalladas.

##### 1) *Carta de presentación*

Nombre completo, nacionalidad, dirección de correo electrónico, número de Orcid, títulos académicos, afiliación institucional actual, líneas de investigación y publicaciones recientes en libros y/o revistas.

##### 2) *Manuscrito*

- Introducción (propósitos del estudio, revisión de literatura previa que funcione como estado del arte, objetivos/hipótesis y descripción de la estructura que tendrá el manuscrito).

- Metodología y soporte teórico.
- Discusión y resultados.
- Conclusiones.
- Bibliografía.

Otras orientaciones:

*Título:* no podrán ser mayores a 15 palabras, y deberán estar traducidos al inglés.

*Resumen:* en español, traducidos al inglés (*abstract*), no mayor a 200 palabras, con la siguiente estructura: 1ra y 2da oración (Introducción/objetivo), 3ra oración (Metodología/teoría) y 4ta oración (Conclusiones del manuscrito).

*Palabras clave:* de cinco a siete, separadas por comas (,) y en orden alfabético. También deben ser traducidas al inglés (*keywords*) y consignadas debajo del *abstract*. Recomendamos que los autores se apoyen en el Tesoro de la Unesco.

*Recursos de apoyo (tablas, gráficos, figuras, imágenes, mapas):* no más de seis en todo el manuscrito. Tienen que estar presentados en el texto.

*Bibliografía:* No debe incluirse referencias no citadas en el artículo. Su número ha de ser suficiente y necesario para contextualizar el marco teórico, la metodología usada y los resultados de investigación en un espacio de investigación internacional. Las citas deberán extraerse de los documentos originales, preferentemente, revistas y libros.

*Siglas:* la primera vez que aparezcan deberá escribirse su significado completo y su sigla entre paréntesis, luego solamente la sigla.

#### 5. ***POLÍTICA FRENTE AL PLAGIO ACADÉMICO***

*Derecho y Poder* utiliza el programa informático Turnitin, como sistema antiplagio. El proceso de análisis se desarrolla a nivel cuantitativo y cualitativo. El porcentaje de similitud para nuestra revista será el siguiente:

- 1 a 7 % Coincidencias menores. El trabajo pasa a evaluación.
- 7 a 15 % Se sugiere verificación cualitativa, devolución al articulista para cambios.
- 16 % a 25 % Se analiza el reporte por miembros del Consejo Científico Internacional. En caso de errores tipográficos, se devuelve al autor para que realice los cambios.
- 26 % + Se rechaza el artículo.

## DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD DE AUTORÍA DE ARTÍCULOS PARA LA PUBLICACIÓN EN LA REVISTA JURÍDICA DERECHO Y PODER

Yo, ..., identificado con el Documento de Identificación número ..., por la presente declaro, con carácter de declaración jurada, que soy el único autor del artículo titulado ..., entregado a la *Revista Jurídica Derecho y Poder* para su evaluación y publicación, de acuerdo con los resultados obtenidos de las valoraciones de los árbitros designados por la revista.

En tal sentido declaro que:

- El artículo que remito es un documento original y no ha sido publicado total ni parcialmente en otras revistas.
- No pondré simultáneamente el mismo documento a consideración de Comités de otras publicaciones, hasta tanto no obtenga respuesta de la *Revista Jurídica Derecho y Poder* sobre la decisión tomada con relación a la aceptación o rechazo del artículo.
- He contribuido directamente al contenido intelectual de este manuscrito, a la génesis y análisis de sus datos, por lo cual estoy en condiciones de hacerme responsable pública y legalmente de él, y dejo establecido que aquellos aportes intelectuales de otros autores se han referenciado debida y éticamente en el texto de dicho trabajo.
- No he incurrido en fraude científico, plagio o vicios de autoría; en caso contrario, eximo de toda responsabilidad legal a la *Revista Jurídica Derecho y Poder* y me declaro como el único responsable.
- Autorizo a la *Revista Jurídica Derecho y Poder* la reproducción del artículo a nivel nacional o internacional en diferentes bases de datos e índices bibliográficos en línea.
- Autorizo al equipo editorial a realizar los ajustes requeridos para la publicación.
- No recibiré regalías ni otra compensación monetaria de parte de la *Revista Jurídica Derecho y Poder* por la publicación de este artículo.

Firma:

Nombre:

Documento de Identificación:

Lugar y fecha:





## Doctrina

- *La intervención democrática de los jueces en el diseño de las políticas públicas en el Perú*, por GUSTAVO GUTIÉRREZ TICSE
- *Razones jurídicas para justificar la extensión de la ley 30.304 y del decreto legislativo 1351 a otros delitos contra la Administración pública*, por HUBERT EDINSON ASECIO DIAZ
- *Poder y Constitución. Los cambios constitucionales de la bicentenario república*, por JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO y DANTE PAIVA GOYBURU
- *La violencia estatal y el derecho penal del enemigo*, por JULIO ROLDÁN
- *Identidad constitucional alemana. Escapando de las paradojas*, por DANIELA LÓPEZ TESTA

## Ventana al mundo

## Notas culturales

**UPAO** | PROGRAMA  
UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO DE ESTUDIO  
DE DERECHO

Av. América Sur n° 3145 - Trujillo - Perú  
[www.upao.edu.pe](http://www.upao.edu.pe)  
[derechoypoder\\_revista@upao.edu.pe](mailto:derechoypoder_revista@upao.edu.pe)

