

Revista
**Constitución
y República**



Sociedad Peruana
de Constitucionalistas



Sociedad Peruana de CONSTITUCIONALISTAS

Revista **Constitución y República** | Año 1 - N° 2 - Setiembre, 2025

Tema: Los desafíos del constitucionalismo

Director

Francisco Eguiguren Praeli

Comité editorial

Gorki Gonzales Mantilla
(Coordinador)

Erika García Cobián

Melissa Díaz

Julia Romero

Galimberty Ponce

Pedro P. Grández Castro

Consejo científico

Silvia Bagni
Universidad de Bologna

Francisco Javier Díaz Revorio
Universidad de Castilla La Mancha

Gianluca Famiglietti
Universidad de Pisa

Tania Groppi
Universidad de Siena

Elena Malfatti
Universidad de Pisa

Rubén Martínez Dalmau
Universidad de Valencia

Pablo Quintanilla
Pontificia Universidad Católica del Perú

Roberto Romboli
Universidad de Pisa

© Sociedad Peruana de Constitucionalistas

Informes:
spc.informes@gmail.com

Lima – Perú



Contenido

PRESENTACIÓN:

¿Cuál tiene que ser el papel de los constitucionalistas ante la grave crisis constitucional y de la democracia que vivimos en el Perú actual?

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI 4

La constitución peruana. El ciclo de implosión

JUAN DE LA PUENTE 7

Reflexiones (un poco dispersas) sobre los tiempos de crisis en la constitucionalización

SUSANNA POZZOLO 12

Balance de la “cuestión constitucional pendiente” chilena

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA 29

La captura electoral antidemocrática del novísimo senado en ciernes en el Perú

EDDIE R. CAJALEÓN CASTILLA 42

Valores universales y ciudadanía global

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO 62

Desconstitucionalización: un punto de vista peruano

MAURO BARBERIS 78

La Junta Nacional de Justicia: un caleidoscopio de la crisis institucional del país

GORKI GONZALES MANTILLA 89

La enseñanza del derecho constitucional en Latinoamérica

CÉSAR LANDA 96

Una iniciativa ciudadana contra la criminalidad

HUBERT WIELAND CONROY 110



PRESENTACIÓN:

¿Cuál tiene que ser el papel de los constitucionalistas ante la grave crisis constitucional y de la democracia que vivimos en el Perú actual?

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI

*Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Presidente de la Asociación Peruana de Constitucionalistas*

La aparición del segundo número de nuestra revista “República y Constitución”, espacio de reflexión académica de la Sociedad Peruana de Constitucionalistas, sigue encontrando a nuestro país inmerso en una grave crisis de legitimidad constitucional y democrática, como consecuencia de diversas decisiones normativas y políticas aprobadas por un Gobierno y un Congreso totalmente carentes de respaldo ciudadano y credibilidad.

Agudizando el desconcierto y desaliento social, es lamentable que algunos profesores y abogados dedicados a la disciplina constitucional, en vez de cumplir una labor de esclarecimiento a la opinión pública para fortalecer la vigencia de los principios y valores constitucionales y democráticos, hayan optado por justificar y defender medidas claramente contrarias al Estado constitucional y democrático de derecho.

Es sabido que los asuntos constitucionales involucran no solo una dimensión jurídica sino también política. Por ello, las interpretaciones y debates constitucionales, mucho más que en otras ramas del derecho, suelen estar bastante influenciadas por concepciones ideológicas e intereses políticos. Ello no tiene por qué estar mal, siempre que nos sujetemos al respeto de ciertas reglas que exigen coherencia y lealtad con los principios y valores propios del constitucionalismo occidental en el que nos ubicamos, y una conducta personal ética acorde y compatible con ellos.

Entre estos valores y principios que definen a nuestro constitucionalismo, que estoy seguro todos aceptamos o decimos asumir, se encuentran: la democracia como sistema político; el respeto de los derechos humanos, bajo el parámetro de la dignidad de la persona, la igualdad y las libertades; la separación de poderes, el pluralismo político y el control del poder.

Por ello, para evitar que la disciplina constitucional se convierta en un ámbito donde predominen opiniones y posiciones guiadas fundamentalmente por la conveniencia política o intereses coyunturales, se impone que quienes se autodefinen como constitucionalistas (y buscan que se les identifique como tales) se comporten con coherencia respecto a estos principios y valores básicos del orden constitucional y la institucionalidad democrática.



Este es un criterio válido para distinguir, siguiendo a Zagrebelsky, entre los profesores y abogados dedicados al derecho constitucional que son (y siguen siendo) constitucionalistas, y quienes han optado por ser lo que el destacado maestro italiano denomina simples “constitucionistas”.

Siendo el pluralismo un componente esencial del sistema democrático, el respeto a las opiniones de otros, aunque sean discrepantes o diferentes de las nuestras, es una exigencia indispensable; por ello, no se trata de asumir o sostener, en el marco del debate constitucional, que nuestra opinión (individual o grupal) es la única válida o “verdadera”. El asunto no va por allí, al menos para nosotros, los que conformamos la Sociedad Peruana de Constitucionalistas (no de “constitucionistas”).

Lo que corresponde esperar y exigir de los profesores dedicados al derecho constitucional, más aún en estos tiempos difíciles para la Constitución, es que mantengan la indispensable coherencia con estos principios y valores esenciales de nuestro constitucionalismo. Ello demanda hacerlo en lo que enseñan en las aulas y en lo que escriben, en lo que exponen en certámenes académicos o declaran a los medios de comunicación social, en lo que defienden en el ejercicio profesional, en lo que justifican en el debate constitucional y político. Es, pues, una exigencia académica de coherencia intelectual y ética, en los planos de la declaración y de la actuación concreta, en el respeto y lealtad con tales principios y valores constitucionales, que decimos asumir y defender.

En este sentido, no resulta congruente ni compatible con el respeto a los principios y valores constitucionales de la democracia y los derechos humanos que quien se define como constitucionalista justifique o defienda el retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Pacto de San José. Basta recordar que eso hicieron el régimen de Fujimori (finalmente sin éxito) y el gobierno de Venezuela, con la clara intención de pretender eludir la responsabilidad y sanción internacional por sus violaciones a los derechos humanos. ¿En eso nos queremos convertir como Estado? Salirse del Sistema Interamericano de Derechos Humanos transgrede el artículo 205 de la Constitución, que reconoce a quienes se consideran lesionados en sus derechos por el accionar del Estado o la justicia nacional la facultad de poder acceder a la jurisdicción supranacional.

De igual modo, un constitucionalista no puede justificar ni defender la aprobación de la ley de amnistía que favorece a quienes son imputados por graves violaciones a los derechos humanos producidas durante la lucha antisubversiva. Esta ley niega el acceso a la justicia a los asesinados o desaparecidos por estas acciones y a sus familiares, pues impide que se conozca la verdad, se imponga sanción a los responsables y se pueda resarcir a las víctimas. Aducir que los imputados tienen décadas de estar procesados, sin que se emita una decisión judicial definitiva, y por ello se vulnera el derecho a ser investigado o juzgado en un plazo razonable, no es una justificación razonable ni suficiente para aprobar una norma que otorga impunidad general. La vulneración del derecho a ser investigado o juzgado en un plazo razonable puede y debe resolverse en cada caso particular, por el Ministerio Público y el Poder Judicial, exigiendo que se emita una pronta decisión de absolución, condena o archivo. Quienes cuestionen la decisión que se adopte, siempre podrán acudir al Sistema Interamericano. Privilegiar los derechos e intereses de los presuntos responsables de estas graves violaciones, en perjuicio de las víctimas, no resiste el menor juicio de ponderación, ni resulta aceptable en respeto de la Constitución y los derechos humanos.



Otro de los muchos ejemplos existentes ha sido la aprobación por el Congreso de varias leyes ordinarias que afectan el contenido constitucional, sin pasar por el procedimiento de reforma constitucional (por tanto, inconstitucionales). De igual forma, la aprobación de reformas constitucionales prescindiendo del necesario debate y deliberación parlamentaria y pública; o, lo que es peor, recurriendo a los votos parlamentarios para prescindir del referéndum popular ratificadorio de tal reforma constitucional, cuando era conocido que la ciudadanía, de ser consultada, rechazaría esas reformas. O haber aprobado una ley que prohíbe que se puedan generar iniciativas ciudadanas para convocar a un referéndum de reforma constitucional, sin pasar por la aprobación previa del Congreso. Mal puede un constitucionalista justificar o defender la aprobación de este tipo de leyes o reformas constitucionales, pues restringen el derecho de participación política de los ciudadanos, esencial en un régimen democrático, subordinando su voluntad a la decisión del Congreso.

Quienes han preferido optar por justificar o defender este tipo de medidas, sea por posiciones ideológicas y políticas o a cambio de beneficios concretos, no han actuado como corresponde a un constitucionalista, que prefiere la lealtad con los principios y valores constitucionales y democráticos. Su complacencia contribuye a generar confusión en la ciudadanía y no a aportar a esclarecerla. Legitimar y justificar normas y medidas claramente inconstitucionales e inconvencionales significa dejar de actuar como constitucionalista, para convertirte en cómplice.

Todos tenemos el derecho y la libertad de adoptar nuestras propias opiniones, de exponerlas y de obrar conforme a ellas. Pero también estamos obligados a afrontar la responsabilidad que de ellas se deriva, cuando estas son claramente incompatibles con los principios y valores del constitucionalismo y la democracia.

La comunidad académica (formada por docentes y estudiantes), al igual que amplios sectores de la opinión pública y redes sociales, cada vez tiene mayor conciencia sobre el papel que vienen cumpliendo, en estas horas críticas y difíciles, quienes se identifican como constitucionalistas. La experiencia histórica nos confirma que estos tiempos de atropello autoritario y de prepotencia desmesurada pasarán. Y a cada quien, según la conducta y el papel cumplido, corresponderá rendir cuentas personales y asumir sus responsabilidades ante la comunidad académica y la sociedad.

Agosto 2025



La constitución peruana. El ciclo de implosión

JUAN DE LA PUENTE

Profesor de la Universidad de San Martín de Porres

Desde 2016 se inició en el país una etapa de activismo constitucional de carácter intenso, extraordinario, acelerado y reformador regresivo en la mayoría de sus expresiones. Esa etapa ha concluido y el resultado es la implosión de la Constitución de 1993 en el esquema planteado por el profesor Pérez Royo en el sentido de que se vacía de legitimidad, eficacia y reconocimiento social¹. A diferencia del presupuesto que propone el profesor español, de la implosión por falta de una reforma de Estado, en nuestro caso esta implosión se debe al uso intensivo de las figuras e instituciones como armas de la política cotidiana, la ruptura del equilibrio de los poderes y a las recientes reformas impuestas sin deliberación pública, con el mismo resultado.

Sin considerar la reforma autoritaria del texto de 1933, que llevó a cabo el gobierno de Óscar Benavides en 1939, abiertamente constitucional², el Perú careció en su historia de un proceso de reforma constitucional ordenada y pactada y resultado de una deliberación nacional plural y democrática. En general, de los 12 textos constitucionales reconocidos, la mayoría se ubica en dos regularidades, la ruptura subsecuente a batallas facciosas de corta duración (1826, 1834, 1836, 1839 1856 y 1860), y la legitimación de golpes de Estado (1867, 1920, 1933 y 1993).

Entre 2001 y 2015 se realizaron algunas reformas que optimizaron el texto de 1993, como el capítulo de la descentralización en 2002 y el derecho al voto de los policías y militares en 2005. Buena parte del resto de cambios fueron de orden restrictivo para prevenir la corrupción o intervenciones quirúrgicas en atención a eventos críticos, como la supresión de la reelección presidencial en 2000 a la caída del régimen de Fujimori o la prohibición de la reelección de gobernadores regionales y alcaldes en 2015, frente al auge de la corrupción subnacional.

Aunque carecemos de una historia reformista constitucional pactada, un mérito de nuestro constitucionalismo fue la medida en el uso de los mecanismos de pesos y contrapesos y la ampliación de ese sistema mediante el aumento de organismos constitucionales autónomos que entre 1979 y 1993 se incrementó a 10, suficientes para producir un modelo sugerente de equilibrio de poderes con grandes deberes de control y cooperación.

Ese modelo estalló. Concurren a la implosión el uso intensivo de esas figuras que habíamos tratado con medida. En 9 años tuvimos una cascada de mociones de vacancia, cuestiones de confianza, interpelaciones, censuras, acusaciones constitucionales, inhabilitaciones,

¹ Javier Pérez Royo, *La reforma constitucional inviable* (Catarata, 2015).

² Víctor Raúl Haya de la Torre presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 8875 que convocó al plebiscito de reforma, pero fue declarado improcedente por la Corte Suprema de entonces.



demandas de competencia Ejecutivo/Legislativo, la subrogación de un organismo autónomo, dos vacancias, dos renunciaciones presidenciales, una disolución del Congreso, un referéndum de efecto constitucional literal, entre otras. En añadido, hubo un golpe de Estado (2022) y demandas de golpe de Estado para bloquear el resultado electoral (2021). Entre 2020 y 2023 el Perú tuvo cinco presidentes.

También concurre a la implosión el debilitamiento de la presidencia como jefatura de Estado y de Gobierno y, por consiguiente, la hegemonía del Parlamento que avanza sobre los otros órganos del Estado para constituir lo que se denomina un parlamentarismo de facto que, más allá de la erosión del sistema que implica en sí misma, representa un evento crítico del Estado moderno porque, como señala Hegel “en el Estado no hay que querer tener más de lo que es una expresión de la racionalidad”³.

Cuando se inicia en 2023 la reforma hacia la bicameralidad, la implosión se encuentra en aguas profundas. El proceso constituyente atípico se instala antes, cuando el Congreso que reemplaza al Parlamento disuelto en 2019 aprueba la reforma del artículo 112 de la Carta mediante la Ley N.º 31280, que prohíbe a los expresidentes salir del país por el período mínimo de un año, aunque cuando el TC declara inconstitucional la cuarta legislatura que los congresistas crearon para burlar el mandato del artículo 206 de reforma en dos legislaturas sucesivas, se declara inconstitucional por consecuencia esa reforma y otras dos aprobadas entonces⁴.

Para hacer efectiva la bicameralidad, el Congreso modifica 54 artículos de la Constitución, incorpora 3 artículos y deroga uno, un récord reformista casi en silencio. La reforma desborda todo límite racional del cambio constitucional, tanto el que, como señala Loewenstein, se refiere al cuerpo intangible de la Constitución, la intangibilidad articulada que protege a los institutos en su contenido político, jurídico e histórico, como la intangibilidad tácita referida al espíritu (telos) de la Constitución⁵.

Las reformas no producen un corpus coherente, sino un amasijo de artículos que para ser reordenados, para una aplicación mínimamente operativa, se requerirá sobreexigir a los reglamentos de las cámaras de Diputados y Senadores. Considerando los cambios realizados hasta diciembre de 2024, estos se dividen en cuatro áreas⁶: 1) área referida a los derechos fundamentales en el que se reforman 2 artículos⁷; 2) área que incide en la separación de poderes e institutos constitucionales, en el que se reforman 27 artículos sobre los cuales se aplicaron cambios que deforman, seccionan y limitan las reglas básicas del sistema y del pacto, debilitan la presidencia de la República y varios de los organismos constitucionales autónomos, y redistribuye irregularmente el poder al interior del Legislativo⁸; 3) área que aborda el procedimiento institucional en el que se reforman 11 artículos con efecto en el funcionamiento del Estado, relacionados con los cambios citados⁹; y 4) área que se refiere a

³ Friedrich Hegel, *Principios de la filosofía del derecho* (Edhasa, 2005), 411.

⁴ Exp. N.º 0019-2021-PI/TC, Exp. N.º 0021-2021-PI/TC y Exp. N.º 0022-2021-PI/TC.

⁵ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Ariel, 1976), 151.

⁶ Juan de la Puente, *La Constitución peruana. Revisión crítica* (Padus, 2024), 14-15.

⁷ Artículo 2 inciso 5 numeral 3, y artículo 2 inciso 4.

⁸ Artículos 56, 57, 78, 80, 82, 86, 87, 90, 97, 99, 100, 101, 102, 104, 105, 107, 108, 118 inciso 19, 130, 134, 135, 137, 157, 161, 201, 203 y 206.

⁹ Artículos 91, 92, 129, 131, 132, 136, 139 inciso 2, 162, 191 y 195.

cambios para la adecuación jurídica con efecto puntual en 14 artículos, cuya modificación obedece a las reformas en otros artículos¹⁰⁻¹¹.



El ciclo de implosión se ve acelerado por la expedición de leyes que afectan la fundamentación de la Constitución y por lo tanto su legitimidad. Estas leyes inconstitucionales se expiden en cuatro ámbitos: 1) del funcionamiento de la democracia, como la Ley N.º 31355 que limita la cuestión de confianza, la Ley N.º 32153 que reforma el Nuevo Código Procesal Constitucional forzando la supremacía del Congreso sobre los otros poderes del Estado y los ciudadanos o la Ley N.º 32054 que suprime la responsabilidad penal de los partidos políticos, entre otras; 2) de los derechos y libertades, como la Ley N.º 31399 que limita el ejercicio de los derechos de participación ciudadana, la Ley N.º 32301 que restringe la libertad de asociación y coloca a las ONG al arbitrio del poder político, la Ley N.º 32003 que elimina el uso del lenguaje inclusivo en documentos públicos y textos escolares o Ley N.º 32107 que prescribe los delitos de lesa humanidad ejecutados antes del 2002, entre otras; 3) de la seguridad pública, como la Ley N.º 31989 que impide el decomiso de materiales relacionados con la minería ilegal, la Ley N.º 31208 sobre la tipificación del delito de organización criminal, o la Ley N.º 31751 que modifica el Código Penal y el Nuevo Código Procesal Penal al reducir los plazos de prescripción para ciertos delitos, entre otras; y 4) de la formación de la representación, como la Ley N.º 31981 que elimina las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (P. A. S. O.), o la Ley N.º 32058 que elimina el requisito de alternancia de género en las listas a cargos de elección popular, entre otras.

El ciclo trae sus paradigmas. El más importante es dual, es decir, la centralidad del Congreso solo es posible a partir del deterioro político de la presidencia de la República que se tramita como una nueva regularidad. Un ejemplo de ello es el declive de la capacidad de veto o corrección presidencial de las leyes: entre julio y diciembre de 2024 se expidieron 90 leyes, de las cuales 61 fueron promulgadas por el Poder Ejecutivo y 29 por el Congreso, es decir una de cada tres leyes.

El Congreso ha logrado imponerse. Las reformas constitucionales de corte anti presidencialista y otras reformas que debilitan a los organismos autónomos indican que el Perú ha dejado de ser un régimen presidencialista liberal y democrático y transformado en un régimen parlamentario de facto e iliberal.

Sin embargo, el tránsito de un presidencialismo autoritario (1992-2000) a un parlamentarismo autoritario no es ni definitivo, ni eficaz. Un Gobierno del Congreso es desgobierno y los efectos están a la vista. Si el Gobierno se organiza de cara al Congreso y es cautivo de este, la gobernabilidad es un estadio crítico constante en materia política y económica. Por ello, en el efecto final, la implosión constitucional es, al mismo tiempo, la implosión de sus poderes, lo que se experimenta inicialmente con cargo a los próximos órganos que se elegirán en 2026.

El ciclo de implosión interactúa con la sociedad y no, necesariamente, en términos virtuosos, es decir, despertando en ella expectativas democráticas. Los sondeos en la opinión

¹⁰ Artículos 39, 79, 81, 93, 94, 95, 96, 98, 106, 117, 142, 150, 182 y 183.

¹¹ La reforma sobre Internet se inserta en un nuevo artículo y la reforma de la bicameralidad deroga el artículo 90-A que prohibía la reelección e incorpora dos artículos (102-A y 102-B) para precisar las funciones de las cámaras de Diputados y Senadores.



pública indican que existe una radicalización autoritaria de la sociedad, de modo que la desconexión de los ciudadanos con el poder se refiere tanto a la brecha profunda que separa a la sociedad del Gobierno y el Congreso, como a la desaparición del elemento democrático-constitucional del conflicto posterior a la caída del presidente Castillo.

La sociedad no parece estar implicada en una apuesta liberal y democrática como la defendida desde el fin del régimen de Fujimori. Los sondeos de opinión indican que por lo menos la mitad de los peruanos no apoyan la democracia, aunque la explicación puede ser matizada. Si este dato se refiere a que no apoyan a “esta” democracia, no es seguro que rechacen al mismo tiempo la democracia resultadista instalada en países como El Salvador.

En cualquier caso, coincidente con la implosión constitucional, la demanda democrática conocida hasta ahora, ha dejado de movilizar a la sociedad y el eje que aglutina la agenda pública es la seguridad y el orden. Estas demandas suministran nuevos contenidos a la deliberación pública, pero no garantizan un desenlace democrático en el mediano plazo. En cualquier caso, la cuestión democrática en el Perú se ha “desmodulado” o “desmodelado”.

¿Qué hacer desde el derecho constitucional frente a la implosión?

El país no se encuentra polarizado alrededor de una asamblea constituyente. Una nueva Constitución es una opción radical, aunque este adjetivo no es necesariamente peyorativo, sobre todo si la constituyente de facto que operó en estos años, más aún sin deliberación nacional, realizó cambios radicales al texto de 1993.

Si el actual Congreso hubiese querido salvar el texto de 1993 podría haber dado paso a una reforma audaz, es decir, democrática y con deliberación pública. Se negó a ello y cuando procedió a los cambios lo hizo contra los principios del cambio democrático, sin deliberación y en términos regresivos.

El activismo reformista del Congreso dinamiza otro proceso donde son igualmente legítimas la reforma constitucional o una nueva Constitución que, se supone, lo haría una asamblea constituyente expresamente convocada. En enero de 2023, una encuesta del Instituto de Estudios Peruanos (IEP) consultó sobre las opciones de cambio y encontró que entre 2021 y 2023, la opción de realizar algunos cambios se redujo del 58 % a 45 %, la opción de una nueva Constitución pasó de 23 % a 40 %, y la opción de no tocar el texto constitucional pasó de 18 % a 12 %.

Es probable que esas cifras se muevan hacia arriba o hacia abajo, aunque no al punto de favorecer de manera concluyente alguna de las opciones. No obstante, no parece ser viable una reforma integral de la Carta de 1993 por el Congreso a elegirse en 2026 o una asamblea constituyente donde el 51 % del país ajuste cuentas con el otro 49 %, escenario sobre el cual, por la derecha e izquierda, ilustra el fracaso constituyente chileno. En eso reside, precisamente, la implosión, en el bloqueo de las opciones directas.

Una opción viable es considerar la etapa electoral en que nos adentramos como parte del proceso de recuperación democrática, con énfasis en los riesgos de un resultado que, en lugar de atender la implosión constitucional, la profundice. Por lo mismo, resultan alarmantes las propuestas de retiro del Perú del sistema internacional de los DDHH, la reinstalación de la pena de muerte, la securitización de la justicia y la supresión de derechos, es decir, la

reelección del actual régimen. Sería ideal que un nuevo poder elegido en 2026 convoque al país a discutir una ruta de democratización donde lo constitucional sea un medio adecuado y no fin o pretexto textual.

BIBLIOGRAFÍA

- De la Puente, Juan. *La Constitución peruana. Revisión crítica*. Padus, 2024.
- Hegel, Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Edhasa, 2005.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel, 1976.
- Pérez Royo, Javier. *La reforma constitucional inviable*. Catarata, 2015.



Reflexiones (un poco dispersas) sobre los tiempos de crisis en la constitucionalización

SUSANNA POZZOLO*

Profesora de la Universidad de Brescia

Sumario: 1. El parcial (in)cumplimiento de las premisas. 2. Constitucionalización del sistema y cambios. 3. El cambio del nuevo constitucionalismo latinoamericano. 4. Contrapoderes. El Poder Judicial. 5. Punto de llegada y de (re) salida. Bibliografía.

1. EL PARCIAL (IN)CUMPLIMIENTO DE LAS PREMISAS

Han pasado más de 20 años desde la caracterización del *neoconstitucionalismo* y las razones subyacentes a su identificación siguen válidas. Aunque el mismo término ha adquirido ya desde su primera propuesta¹ una interesante complejidad significativa —vehiculando distintas ideas y diferentes conceptos, que reverberan en su *función política* como *doctrina*—, dicho análisis explica bien el desarrollo de los sistemas jurídicos posteriores al segundo conflicto mundial, caracterizados por tener en el núcleo del ordenamiento una constitución obligatoria y garantizada.

La formulación novedosa de estos documentos, ricos de principios y derechos, inaugurada por Italia y Alemania con las cartas aprobadas inmediatamente después del conflicto, ofrece un modelo que resulta exitoso y se difunde entre las constituciones que se aprobaron desde entonces. A este factor, a lo largo del siglo, se une una creciente atención por parte de la doctrina y de la teoría del derecho hacia el razonamiento, la interpretación y la argumentación jurídica². Una atención instada también por estos documentos, puesto que pronto emerge como estos precisan una labor interpretativa y argumentativa relevante en una sociedad progresivamente más pluralista³.

Estos elementos, en extrema síntesis, acompañan el moderno proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, desencadenando en el sistema todos los efectos de la

* Quiero agradecer a Andrea Greppi, Maria Cristina Gómez Isaza y Viridiana Molinares Hassan por sus preciosos comentarios. Obviamente mía es la responsabilidad por las ideas expresadas en el texto.

¹ Susanna Pozzolo, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico* (Lima: Palestra, 2011). Traducción al castellano de la edición de Giappichelli, 2001.

² Se habla de *interpretative turn*.

³ La observación progresivamente más profunda de las posibilidades teóricas marca la definitiva aceptación de la inevitabilidad de la labor interpretativa. Susanna Pozzolo y Rafael Escudero Alday (eds), *Disposición vs. Norma* (Lima: Palestra, 2011).

superioridad constitucional⁴. El neoconstitucionalismo representa un efecto o una manifestación de este proceso histórico y teórico.

Considerando la reformulación de Paolo Comanducci⁵ —que sigue la tripartición propuesta por Norberto Bobbio con relación al positivismo jurídico—, el neoconstitucionalismo en cuanto *doctrina del derecho* subraya la importancia (según determinadas versiones la necesidad) de una interpretación del dictado normativo constitucional que involucra *algún tipo de valoración moral* de su contenido⁶: principios y derechos representan la moralidad en cuanto expresión de valores intersubjetivamente compartidos, que a nivel abstracto o como una moral racional debería hacerse política. En esta dirección de análisis se puede notar la producción de un *domino en cascada*: si la constitución se ha vuelto una norma obligatoria a todos los efectos, entonces su implementación sustancial se acompaña a una adhesión ideológica a sus valores, que impacta en el funcionamiento del criterio básico de jerarquía, hito de la estructura misma del derecho. El punto de llegada constituye al mismo tiempo una nueva etapa constitucional que resulta fundamental para reflexionar sobre lo que hoy se percibe como una crisis del sistema democrático-constitucional en varios países.

Para señalar lo que parece el actual retroceso, frente a las promesas del constitucionalismo contemporáneo, Pedro Grández Castro⁷ usa el término *desconstitucionalización*. El autor nota que, si el rol fundamental de la constitución-norma es constituir el marco donde se desarrolla la lucha política —para que se mantenga firme el espacio del acuerdo incompleto rawlsiano (el *overlapping consensus*), cosa que nos proporciona el área de los derechos y valores del sistema—, las evidentes dificultades hoy nos instan a indagar si efectivamente la estrategia constitucionalista ha tenido éxito.

Un logro que tiene que ser acertado, no solo por haber resistido a cambios traumáticos como golpes de Estado, sino también con relación a “simples” reinterpretaciones del derecho positivo que puedan convertir la “Constitución en una norma irrelevante o superflua frente a los poderes fácticos”⁸. La preocupación de Grández Castro es compartida y, en este sentido, además de interrogarnos acerca de la crisis existente y evidente en nuestras democracias, se advierte la urgencia de una reflexión proactiva para pensar un nuevo “¿qué hacer?”. ¿Cuáles alternativas o ajustes a la democracia constitucional pueden ser viables, realistas, no quiméricos?

2. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA Y CAMBIOS

Si se asume que el constitucionalismo como doctrina de la limitación jurídica del poder ha visto una intensificación de su rol defensivo y garantista precisamente con la evolución en el modelo *constitución-norma obligatoria*, se tiene que subrayar como los ideales vehiculados

⁴ Riccardo Guastini, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Traducción al castellano de “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento italiano”. *Ragion pratica* 11 (1998).

⁵ Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomia*, N.º 16 (2002).

⁶ Por ejemplo, Carlos Santiago Nino. *The constitution of Deliberative Democracy* (New Haven: Yale University Press, 1996).

⁷ Pedro P. Grández Castro, *La Constitución que languidece. Estudios de Derecho Constitucional en tiempos de crisis* (Lima: Palestra, 2024).

⁸ Grández Castro, *La Constitución que languidece*, 16-17.



por visiones de corte *neoconstitucionalista* se han centrado particularmente en las normas de principios y sus contenidos. Este factor, muy importante para el reconocimiento de la autoridad constitucional misma, por otro lado, puede tener una faceta problemática por haber desviado la atención que merece el sistema *estructural*, es decir de los *checks and balances*, la parte básica del ordenamiento jurídico constitucional democrático.

Creo que la atención teórica en esta dirección ha sido limitada, observando también en cómo se ha evidenciado la gran dificultad, no solo en la sociedad, sino también en la doctrina, para *resignificar* el rol y el trabajo, la función en su conjunto, de los órganos jurisdiccionales dentro la democracia (ahora finalmente) *constitucionalizada*.

A pesar de su fundamental función de balance en la estructura del sistema, los sectores especializados, como la generalidad de la población, han percibido la creciente politización de la judicatura sin ver otras facetas, sin comprender el cambio de los equilibrios provocados por el modelo de una constitución larga y densa. La creciente exposición del rol jurisdiccional ha favorecido la lectura de la natural y necesaria actividad interpretativa como mera desviación de una función del poder, es decir se ha percibido la judicatura como un grupo o un sistema de “castas”, que se volvía a la autoprotección de intereses particulares o de categoría. Por cierto, algo de esto hay también en unos casos. Sin embargo, desde la perspectiva del análisis teórico quiero subrayar como la estructura básica constitucional se había movido naturalmente hacia reconocer la centralidad de la jurisdicción, por las razones ya mencionadas de la presencia de principios, de derechos, por ser una norma obligatoria que se impone al mismo legislador. Factores que han favorecido poner el foco de atención sobre la función. Pero, sin activar una reconsideración del disfraz que suponía el mito de la *boca muda de la ley*, no se ha producido una reflexión suficientemente profunda y perspicaz acerca de cómo la aplicación del nuevo modelo constitucional traería consigo la disposición proactiva de los órganos jurisdiccionales para la implementación del dictado constitucional. Puesto que no hay espacio humano que sea *value-free*, el cambio activado con las constituciones contemporáneas debería haber ido acompañado por una resignificación clara de los roles en el sistema de garantías.

La constitucionalización, por otra parte, ha sido un fenómeno consustancial al modelo de constitución larga y densa, que conlleva la exigencia del trabajo jurisdiccional: ¿cómo compatibilizar entonces las necesarias actividades interpretativas, ampliadas por la constitución, y el ideal montesquieuano que sigue estando presente detrás de nuestras simplificaciones culturales? No se ha compatibilizado.

Como la caracterización del neoconstitucionalismo ponía en evidencia, la difusión de una actitud en cierta medida “antiformalista” por parte de la judicatura —que orienta su actuación en los principios “pro homine” y “favor libertatis”— ha sido el efecto irremediable de la activación del modelo constitucional contemporáneo⁹.

La llegada del constitucionalismo “fuerte” fue la primera de una transformación institucional que no ha llegado a ser asumida completamente: el control negativo, imaginado para el modelo de tribunal constitucional kelseniano, se ha vuelto *positivo* a partir de la necesidad de implementar el texto fundamental con su carga de valores y derechos, el modelo mismo origina una tendencia activa. Ya no basta garantizar la constitución eliminando la norma incompatible, sino que se tiene que satisfacer la obligación de cumplir la constitución por

⁹ Susanna Pozzolo (ed.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos* (Lima: Palestra, 2011).



parte del mismo legislador. Así, es fácil ver en todas democracias constitucionales que la judicatura está desempeñando un papel cada vez más relevante, revisando también documentos internacionales para concretizar lo establecido y produciendo decisiones que intentan “corregir” injusticias y promover la igualdad¹⁰.

En la perspectiva del neoconstitucionalismo se enfatiza exactamente este protagonismo de la protección de derechos fundamentales de la ciudadanía, asumiendo la intervención de los tribunales como parte de la aplicación directa de la misma Constitución. En cierta medida esto podría haber favorecido el diálogo entre poderes, gracias también al escrutinio de las leyes por parte de la Corte Constitucional, sin embargo, la adecuación de los otros platillos de la balanza no ha sido inocuos, y hoy nos enfrentamos al desequilibrio del sistema.

3. EL CAMBIO DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

La evolución del constitucionalismo en el área occidental del planeta presenta elementos comunes, vinculados también a la incorporación de documentos internacionales y regionales, que permiten hablar también de la existencia de un constitucionalismo global o internacional. No obstante, hay también particularidades, como bien muestra la evolución en América Latina.

Aunque hay una larga historia, la constitucionalización del continente latinoamericano, en la reflexión que voy proponiendo, se puede situar en las constituciones aprobadas en los años ochenta y noventa del siglo pasado. Estos documentos presentan tendencias similares a las de tradición europea, como la creación de tribunales constitucionales según el modelo kelseniano —cuya relectura se inaugura en la posguerra con la constitución italiana y la alemana—, así como la previsión de un gran número de principios y derechos fundamentales. Un proceso que, como mencionado, se enriquece con la creciente vinculación al derecho internacional, a la Corte interamericana en particular, que fortalece la exigencia de un desarrollo de herramientas procedimentales para proteger los derechos fundamentales. En este marco el poder judicial se presenta con una carga cada vez menos pasiva y de garantía negativa y, en su lugar, manifiesta una posición más activa, incluso por la necesidad de activar un control más fuerte contra la corrupción gubernamental (que parece endémica)¹¹.

Las propuestas institucionales en Latinoamérica han llevado a la implementación de una justicia constitucional con fórmulas todavía más innovadoras, abriendo “las puertas de los tribunales a la ciudadanía”¹² hasta, en unos casos, atribuir directamente al tribunal la facultad para controlar las omisiones del legislativo. Una competencia que resulta

¹⁰ Una confianza que no ha venido a menos: incluso el nuevo constitucionalismo latinoamericano ofrece muchos tipos de amparo.

¹¹ Como señala Donna Lee Van Cott, *The Friendly Liquidation of the Past* (Pittsburgh University Press, 2000), 14: las desigualdades estructurales han sido perpetuadas por las políticas de los gobiernos que han protegido las élites; Roberto Gargarella, “American Constitutionalism Then and Now: Promises and Questions”, en *New constitutionalism in Latin America*, editado por D. Nolte, A. Schilling-Vacaflo (Nueva York: Routledge, 2016).

¹² Jorge Roa Roa, “¿Un modelo latinoamericano de control de constitucionalidad?”, en *Las promesas incumplidas del constitucionalismo latinoamericano*, editado por A. Saiz Arnaiz (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2024), 191.

particularmente interesante y podría representar una solución para el problema, varias veces señalado por el neoconstitucionalismo, de las lagunas técnicas a nivel legislativo, que determinan la inaplicación de unas partes de la constitución: esta “competencia [...] implica la posibilidad de garantizar la eficacia de una *esfera* sobre la cual el legislador no puede dejar de decidir”¹³. En esta dirección los tribunales han aceptado también el reto de progresar y articular el sistema interno con la normativa internacional *para la* protección de los derechos, fomentando la importancia de encontrar una nueva relación entre las ramas del poder, junto con una referencia más directa a la propia sociedad civil. Esta transformación, que ha cooperado con el protagonismo del judicial en todos los sistemas constitucionalizados, se ha hecho finalmente explícita solo con las nuevas constituciones de Latinoamérica, que han experimentado formas novedosas de colaboración entre actores institucionales, intentando mejorar la “escucha política” de todas las personas para lograr una verdadera participación inclusiva.

Las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano producidas alrededor del inicio del presente siglo, como la carta fundamental de Colombia (1991), la de Venezuela (1999), la de Ecuador (2008) y la de Bolivia (2009), conjuntamente simbolizan también la doctrina que las rodea (el nuevo constitucionalismo latinoamericano). Entre las novedades institucionales introducidas, además de lo señalado y de la consagración de la naturaleza como sujeto de derecho, se destaca precisamente la importancia atribuida a los sistemas que fortalecen los elementos de democracia directa, que en cierta medida nos acercan a formas básicas de *deliberative democracy*. En esta línea me parece un símbolo el mismo concepto de *estado plurinacional*, así como sumamente relevante la literatura latinoamericana en torno a la noción de “pluralismo jurídico”¹⁴.

Varias han sido ya las críticas acerca de la fuerza de estas invenciones institucionales, acerca de cómo estas reformas pueden de verdad cambiar la situación compleja de los países del continente latinoamericano; por distintas vías se ha señalado lo que podríamos llamar un riesgo de *democratic washing* o de *human rights washing* por crear la ilusión de un futuro cambio cuando, todavía —como señalaba Ernesto Garzón Valdés¹⁵— no se aplica tampoco el existente. Por otro lado, como otros defienden¹⁶, por ejemplo, sin prever la real inclusión de los pueblos originarios, ¿cómo vamos a concretizar de verdad la aspiración a un mundo mejor, constitucional-democrático? La transformación institucional en este sentido se presenta como un paso previo y necesario de una efectiva constitucionalización¹⁷.

Con unos decenios de aplicación, se puede hoy proponer un balance de estas constituciones para evaluar la capacidad innovadora de las herramientas para el control del poder y la defensa de los derechos fundamentales.

¹³ Roa Roa, “¿Un modelo latinoamericano de control de constitucionalidad?”, 192.

¹⁴ Aunque no sea algo nuevo, se piense por ejemplo al sistema jurídico de India, en el continente Latinoamericano la reflexión sobre el pluralismo jurídico se presenta sumamente importante e innovadora.

¹⁵ Detlef Nolte y Almut Schilling-Vacaflor, *New constitutionalism in Latin America. Promises and Practices* (Nueva York: Routledge, 2016), 25, nota 17, citando a Ernesto Garzón Valdés, “Constitución y democracia en América Latina”, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano* (Buenos Aires: CIEDLA, 2000); el mismo, “Derecho y democracia en América Latina”, *Isonomía* 14 (2001).

¹⁶ Roberto Gargarella, por ejemplo, en varios trabajos evidencia el problema.

¹⁷ Deberíamos interrogarnos más sobre la capacidad realmente inclusiva de la constitucionalización para que no siga bajo otra forma la colonización.



Con respecto al tema del control del poder, la bibliografía pone en evidencia la dificultad que tienen estos sistemas jurídicos para resistir a la manifiesta y persistente tendencia hacia la concentración del poder, por ejemplo, con lo que se ha llamado *hiperpresidencialismo*: casi todas las constituciones del continente latinoamericano han visto algún tipo de cambio constitucional, entre el final de siglo y la primera década del presente, con relación a la elección de la Presidencia del Estado¹⁸. Sin duda las continuas reformas muestran inestabilidad; pero la dificultad política que subyace a este fenómeno no se encuentra solo en el continente latinoamericano: tentativas parecidas se encuentran en todo Occidente, aunque con diferentes niveles de gravedad y matices. Entonces, tenemos que preguntarnos si el problema de la crisis de la democracia constitucional no será mucho más amplio y general de lo que percibimos.

El fenómeno que ha sido eficazmente denominado como *post-liberal democracy* aparece desde los Estados Unidos hasta Europa y América Latina¹⁹. En estos contextos, los poderes de la democracia advierten la creciente falta de legitimación, por la ineficacia de las políticas para la implementación de las promesas constitucionales, una carencia padecida por una ciudadanía que queda expuesta a exigencias dispares. En las democracias más en crisis se intenta renovar y recuperar la autoridad política a través de reformas que muestran más inclusión, más escucha del pueblo, pero que conlleva también el riesgo concreto de incrementar meras formas de populismo y centralización de poder.

Como señala Schmitter²⁰, puede ser que “cuando la ciudadanía se [ponga] a examinar qué es lo que más le disgusta de la actuación de su democracia ‘realmente existente’, [centrará] la atención en las características liberales (y no democráticas) de estos regímenes”. El autor señala que, a pesar de que el liberalismo pueda haber históricamente coincidido con la afirmación de la democracia, no es lo mismo. Y el modelo de *democracia constitucional* en efecto corresponde a una mezcla bien dosificada de varias corrientes ideales de pensamiento, unidas para la garantía de las libertades, cosa que implica también la distribución de la riqueza socialmente producida²¹.

Elementos de la democracia como el sufragio universal, y ahora la inclusión de grupos, la elección popular de ejecutivos y la autoperpetuación en el poder de grupos políticos (en partidos siempre más personalizados), así como de “bulliciosos movimientos sociales”²² no son parte del liberalismo, que, por cierto, y al revés, pretende contener las mayorías populares, siempre percibidas como potencialmente tiránicas.

Sin embargo, parece ser cierta la tendencia de nuestras organizaciones políticas a reducir el significado del término “democracia” a una sola faceta particular, la mera posibilidad de expresar un voto de tanto en tanto. Se oculta la importancia de distinguir entre sus posibles modalidades, como democracia representativa, presidencial, constitucional, etcétera, que

¹⁸ Nolte y Schilling-Vacaflor, *New constitutionalism in Latin America*, 17, tabla 1.2.

¹⁹ Philippe Schmitter, ‘Post-Liberal’ Democracy: A Sketch of the Possible Future? (Instituto Universitario Europeo, febrero, 2018). Disponible en: <https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/SPS/Profiles/Schmitter/2018/Post-liberal-Democracy.draft.pdf>

²⁰ Schmitter, ‘Post-Liberal’ Democracy, 3.

²¹ Susanna Pozzolo, “La libertà dalla povertà come diritto fondamentale”, *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (2004).

²² Schmitter, ‘Post-Liberal’ Democracy.



constituyen la solución a diferentes problemas organizativos e institucionales, al tiempo que se desvalúa la riqueza que deriva de los demás valores involucrados en el concepto ‘democracia’. Esto porque la reducción operada no va acompañada tampoco de un fortalecimiento del debate público. En la misma línea de simplificación también se mueve la percepción de lo que representa la democracia constitucional, donde la misma constitución pierde su rol de contención del poder y corre el riesgo de presentarse como un obstáculo a la democracia electoral. Este fenómeno se muestra, me parece, en muchas críticas y ataques al poder judicial presentado como enemigo del sistema.

La doctrina del *nuevo constitucionalismo latinoamericano* se inclina en particular a subrayar los aspectos democráticos del sistema jurídico y la inclusión de grupos. La perspectiva pone atención hacia el pueblo y a cierta participación en la acción social. Como muestran las constituciones antes mencionadas, se afirma y casi reivindica la centralidad de la escucha popular con una participación en una forma cercana a una democracia directa. El fin es involucrar real y efectivamente a todos los grupos hasta entonces marginados, a pesar de la implementación de las constituciones de los derechos.

En cierto modo, estas modalidades participativas pueden ser leídas como tentativas concretas de acercarse al ideal de una forma de *democracia deliberativa*, superando la misma receta institucional de los *checks and balances*. Sin embargo, el origen de estos sistemas es radicalmente distinto y radica en procesos de descolonización y en la voluntad de recuperar el respeto a las poblaciones ancestrales²³. Se trata de un aporte que hace evolucionar el ideal del constitucionalismo, lo enriquece, y recoge de otra forma las instancias de justicia que bien ha difundido en la perspectiva de la tradición norteamericana la obra de Rawls, entre otros.

La ampliación de los procesos participativos cambia también la percepción del rol de la constitución misma. Aunque siga siendo siempre como un “acuerdo incompleto”, en el modelo de la constitucionalización (el objeto de la reflexión neoconstitucionalista) se encuentra un poder legislativo —que representa al pueblo— subordinado a la constitución. Un poder que tiene que legitimarse superando el examen sobre la calidad del derecho producido en aplicación de la *norma fundamental*. La transformación constitucional del nuevo constitucionalismo latinoamericano, por el contrario, parece favorecer la desvinculación del titular del poder legítimo incluso de las mismas reglas establecidas. En esta línea político-doctrinal, el pueblo es interpelado constante y directamente, con la paradójica reducción de la importancia de la representación política y de la misma fuerza de los derechos, aun queriendo permanecer dentro del marco del modelo de la constitucionalización.

Por un lado, vemos que la perspectiva del modelo del neoconstitucionalismo se sitúa en el surco de la tradición de *limitación jurídica del poder*: fijando *derechos*, defendiendo el juego de los *checks and balances*. Pero se introducen algunas modificaciones relevantes con la subordinación del legislador a la constitución y con la actitud *proactiva* de la jurisdicción (*rights as mandatory goals*²⁴). Estos cambios pueden traducirse en una posible resultante

²³ Liliana Estupiñán-Achury y Lilian Balmant Emerique, *Constitucionalismo en clave descolonial* (Bogotá: Universidad Libre, 2022); Liliana Estupiñán-Achury, Lilian Balmant Emerique y Marco Romeo Silva, *Constitucionalismo de la resistencia y la integración desde y para Abya Yala* (Bogotá: Codhes, 2023), agradezco a María Cristina Gómez Isaza por sugerencia bibliográfica.

²⁴ Marisa Iglesias Vila, “Continental Constitutionalism, Systemic Legitimacy, and Judicial Review”, *Global Journal of Comparative Law* 12, N.º 1 (2023).



negativa, por la excesiva confianza reconocida a los principios y valores recogidos en el texto constitucional. Una actitud que, desviando la atención de la importancia que tiene la estructura de los *pesos y contrapesos*, vehicula la percepción que los valores son un baluarte más fuerte y suficiente, en detrimento de los pilares de la arquitectura defensiva para el control del poder. Si este efecto es pernicioso, por otro lado, el desequilibrio constitucional no parece solucionado con la perspectiva doctrinal del nuevo constitucionalismo latinoamericano que, aunque justamente critique los efectos elitistas persistentes del sistema, en la medida en que no se logre empoderar los grupos subordinados con más que el simple voto periódico, se acaba involucrándolos con el riesgo que ellos sean “utilizados” para absolver la responsabilidad de quien tiene de verdad el poder. En definitiva, ambas perspectivas muestran la aparición de un desequilibrio en el sistema que tendría que ser solucionado.

4. CONTRAPODERES. EL PODER JUDICIAL

El intento por conectar sectores de la población tradicionalmente excluidos de la vida política se enfrenta con la tendencia a la concentración del poder²⁵, y esto se evidencia bien en el continente latinoamericano.

¿En cuántas ocasiones la práctica de participación se resuelve todavía en una mera legitimación de la hegemonía del ejecutivo contribuyendo a degenerar la democracia²⁶? Como señalaba ya Gargarella, si las reformas se enmarcan en un modelo que sigue favoreciendo la concentración del poder, las mismas se quedan bloqueadas²⁷. En esta línea crítica, Guastini hablaba de “derechos de papel” para indicar aquello que está escrito en la carta fundamental y sigue sin garantías de implementación.

Entonces, subrayar la participación popular no es sinónimo de progreso, dependiendo del contexto particular. Hoy en día se evidencia como esto pueda fácilmente degenerar en plebiscito y populismo, con la ayuda de las redes sociales. Llamar a una mayor participación teóricamente se ha presentado como una estrategia para revitalizar la democracia representativa; sin embargo, ya varios estudios a final de los 80 evidencian como el resultado no es automático²⁸. Se nota como las formas implementadas se resuelvan no tanto en una intensificación de democracia directa, sino en la simple ampliación de grupos de votantes de algún representante.

Dado el tamaño de nuestras sociedades no creo que se pueda pensar *en* formas democráticas sin representación política; a pesar de ello, creo que se pueden imaginar intentos para involucrar en el juego político fácticamente a un mayor número de personas, incluso con herramientas técnicas²⁹. De todos modos, involucrar a más grupos y personas no puede

²⁵ En general y en el ejecutivo en particular

²⁶ Alfredo Ramírez-Nárdiz, “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático?”, *Universitas* 65, N.º 132 (2016).

²⁷ Roberto Gargarella, “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Anacronismo e Irrupción. Los derroteros del vínculo entre Felicidad y Política en la Teoría Política Clásica y Moderna* 3, N.º 4, (mayo-noviembre, 2013).

²⁸ Sagittari Rodotà, *Tecnopolítica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione* (Roma: Laterza, 1997).

²⁹ Beth Simone Noveck, *Wiki Government: How Technology Can Make Government Better, Democracy Stronger, and Citizens More Powerful* (Washington D. C.: Brookings Institution Press, 2009).



ser sin favorecer el crecimiento del intercambio de informaciones, una mayor conciencia política, es decir, sin empoderamiento para que quien participa sepa o tenga la información suficiente para elegir entre opciones verdaderas. Lamentablemente seguimos asistiendo a formas de populismo y simplificaciones inadecuadas.

Lo que se detecta, entonces, en la corrección del sistema es otro defecto que acaba produciendo un tipo de disfraz ideológico al vehicular el ideal del fortalecimiento de la autonomía de cada persona, ahora finalmente involucrada directamente en el sistema decisional, pero sin la contrapartida de consolidar su conocimiento, datos, informaciones y fuerza para llevar adelante una decisión plena y libre. En este modo se aniquila el valor de la misma participación, se produce otra vez lo que he llamado un “como si fuese”: la ilusión de la igualdad y de la inclusión³⁰.

Por otro lado, como señala Schmitter, si las configuraciones clásicas de nuestras instituciones, basadas en *checks and balances* —con distintos sujetos responsables, posibilidad de veto, etc.— no logran hacer más que reproducir y mantener lo existente y con eso, al final, “proteger el poder de minorías bien atrincheradas y privilegiadas”³¹, se evidencia claramente el incumplimiento de las promesas y de los valores constitucionales, cosa que bien explica el rechazo del sistema por parte de muchas personas.

No considerar cómo va cambiando la sociedad implica no lograr responder a las nuevas exigencias. Esto incluye una reflexión acerca de la misma organización de las ramas del poder: basta señalar hasta qué punto se han vuelto fundamentales los bancos centrales de los Estados, el poder económico no contemplado en la división *a la Montesquieu*. En todos los países, la jerarquía económica que mantiene la clase privilegiada en el poder, en política, acaba conquistándolo también en la judicatura, puesto que esta, salvo excepciones, se organiza con procesos de ingreso que implican, como mínimo, gastos importantes para la preparación teórica y práctica de quienes aspiran al cargo, terminando con profundizar diferencias de censo, si no de clases en sentido estricto³².

Este último punto sugiere también como la ideología liberal del hombre burgués que puede con su sola capacidad lograr cualquier cosa, no es más que un ideal y tampoco regulativo, puesto que nos vehicula indicaciones que acaban favoreciendo el mero *estatus quo*. La tesis del mérito individual y de la mala suerte de unos, en general, funciona como un señuelo para que se mantengan las distribuciones de bienes existentes, como muestra la eficaz reflexión de Michael J. Sandel en *La tiranía del mérito*. Como señala el autor, el populismo emergente está empujado por varios factores entre los que se encuentra la percepción de la posible pérdida del privilegio *de los iguales*. Pero, tampoco *los iguales* son los imaginados con el hombre burgués, puesto que entre ellos hay también empresas que son más poderosas que algunas naciones³³.

³⁰ Susanna Pozzolo, “Facciamo come se l’uguaglianza ci fosse. Omaggio a un maestro, a Paolo Comanducci”, ponencia *en prensa* en las actas del congreso internacional *Assaggi e Griglie. Discutendo con Paolo Comanducci* tenido en la Universidad de Génova en los días 27-29 de octubre de 2022.

³¹ Schmitter, ‘*Post-Liberal*’ Democracy, 5.

³² Silvina Ribotta, “¿Qué juezas y jueces debe tener un Estado Democrático? Análisis de los criterios de selección y formación de jueces y juezas”. *Oñati Socio-Legal Series* 13, N.º 3 (2023).

³³ Como escribe Grández Castro, *La Constitución que languidece*, el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano ha sido a veces contradictorio “en la medida que, por un lado, parece propiciar el auge y reconocimiento de los derechos de las comunidades ancestrales, pero, por otro lado, ha

Las sociedades mutan y el derecho tiene que seguir el cambio para regularlas.



Como demuestra la historia reciente, por ejemplo, en Estados Unidos hay unos sectores de la población blanca, sobre todo hombres, que perciben el crecimiento de la diversidad, de la inclusión étnica y de género, como un desafío a su tradicional dominio de la jerarquía social: “no quiero ser extranjero en mi tierra” se puede escuchar, incluso en varias democracias europeas. Entonces, es oportuno leer la misoginia y el racismo creciente como expresión también de una reivindicación en este sentido³⁴ a la que la democracia constitucional debería encontrar una respuesta. Parte del problema reside en las promesas incumplidas del constitucionalismo y del proceso de constitucionalización.

A esto tenemos que añadir el temor producido por el cambio tecnológico, además de la creciente incertidumbre producida por la crisis del orden mundial, todos factores que facilitan la aceptación de la solución más simple para enfrentarse a una situación que, por el contrario, necesitaría respuestas aptas para la complejidad.

Por eso, Sandel advierte que la protesta populista tiene que ser mejor interpretada, en cuanto se enmarca como efecto de esta mala percepción. El punto se subraya para que la crítica al populismo no tenga el involuntario efecto absolutorio de las elites, que son las responsables de haber dejado erosionar la dignidad del trabajo, haber contribuido a difundir el miedo hacia “los otros”, etcétera. Es decir, las elites son parte de la crisis que viven nuestras democracias. Difícil no estar de acuerdo con Sandel.

Si la lectura propuesta parece útil, creo que se debería reflexionar mejor sobre cómo reconstruir el sistema de los *checks and balances*, para que no sea un conflicto institucional que da lugar a mera competencia, como si las funciones del Estado compitieran entre sí y solo una tuviera que ganar. El objetivo es obtener una concurrencia-colaboración entre las ramas del poder para que el resultado sea la sumisión del poder mismo al derecho.

El estado de cosas que se va configurando mina la misma base del sistema democrático, por ejemplo, vehiculando la reducción del sentido de “democracia” a la mera práctica de voto, mientras, en realidad, se trata de un concepto mucho más complejo, que abarca el desarrollo de la sociedad entera. En muchas situaciones, además, el conflicto tampoco se produce entre poder representativo y judicial como podría imaginarse mirando al debate público, sino directamente entre este último y un gobierno que actúa como legislador. Es decir, a pesar de que el voto se vehicule ideológicamente como central e irrenunciable, emerge la tendencia a un vaciamiento de la representatividad con una amplia producción normativa por *decretos de emergencia* hechos por el gobierno que se vuelven la normalidad, saliendo de su legitimidad constitucional³⁵.

llevado al seno mismo de las Constituciones el diseño de un modelo de economía que promociona la inversión y el mercado como medio de desarrollo” (página 369). Los modelos de consulta que se han implementado, por ejemplo, no parecen lograr una real interpelación previa de la comunidad indígena que evite el comienzo de proyectos extractivos de modo que se acaba a lo mejor encontrar un compromiso, pero no una concreta tutela (páginas 379-380).

³⁴ Como sugiere Michael Sandel, *La Tiranía del Mérito. ¿Qué ha sido del bien común?* (Madrid: Debate, 2021), discutiendo del descontento populista.

³⁵ El caso italiano es particularmente evidente, <https://www.openpolis.it/decreti-legge-meloni-supe-ra-draghi/>. Sobre el tema de la representación política, Andrea Greppi, *Teoría constitucional y representación política. La doctrina estándar y su obsolescencia* (Madrid: Marcial Pons, 2022).



Como señala Velásquez Díaz³⁶, en el informe del Latinobarómetro de 2021³⁷ el número de personas a las que no le importaría una evolución no democrática del gobierno del país, si eso resolviese los problemas socioeconómicos, alcanza el 51 % (en 2020). Esto muestra cómo el problema de nuestras democracias constitucionales no reside tanto y solo en el diseño institucional en sí mismo, sino en la falta de implementación de las medidas prometidas por las cartas fundamentales. Una falta que, frente a la natural limitación de la deliberación democrática —debida a la expansión de los derechos fundamentales, que son garantía también de la democracia misma—, no se ha visto acompañada por el incremento de la conciencia colectiva, una mejora de la clase política, sino todo lo contrario. En este marco entonces, la fácil oposición entre democracia y constitución se revela un tramposo dilema, que impide ver la complejidad y vehicula el populismo.

Nuestras sociedades asumen el desacuerdo y esto impide la posibilidad de soluciones sencillas, sin que eso implique necesariamente una evolución hacia el desorden, porque el sistema debería lograr reproducir un círculo recursivo donde la complejidad social se hace motor de desarrollo.

Para ello se necesita realmente empoderar y no solo ofrecer la aparente libertad de elegir. Nuestra realidad es compleja y no solo difícil. A falta de arraigo en un concepto robusto de democracia se incrementan formas de injusticia epistémicas que favorecen injusticias políticas y económicas.

Varias propuestas se encuentran en el debate, desde el constitucionalismo dialógico a las miradas decoloniales, sin olvidar la más reciente reflexión acerca del constitucionalismo digital. Para que se encuentre un nuevo equilibrio, comparto con Marisa Iglesias Vila³⁸ la necesidad de un acercamiento sistémico.

5. PUNTO DE LLEGADA Y DE (RE)SALIDA

El desafío al que se enfrentan las democracias constitucionales es patente. La falta de implementación de lo prometido es con certeza una fuente importante del desaliento, además de la persistencia de la concentración de riqueza y de los privilegios de unos grupos sociales, y la exclusión de muchas personas que siguen marginadas.

Los tribunales superiores han producido unas concreciones de principios que han ganado estabilidad, sin embargo, no se trata de jerarquías axiológicas referida a valores abstractos, sino siempre en contexto. Esto hace patente la inestabilidad de la regla encontrada —puesto que permanece disponible a nuevos cambios— transmitiendo la sensación de un derecho *fluido e incierto*. Podría parecer casi un oxímoron: un derecho continuamente abierto a nuevas definiciones por presentar inconsistencias y *defeasibility*³⁹. En realidad, el derecho se ha adaptado siempre, la diferencia reside en que el momento actual es de particular cambio

³⁶ Milton Velásquez Díaz, “Independencia judicial ante la decadencia democrática, ¿tenemos las suficientes herramientas?”, en *Las promesas incumplidas del constitucionalismo latinoamericano*, ed. A. Saiz Arnaiz (Valencia: Tirant lo Blanch, 2024), 140, nota 225.

³⁷ Latinobarómetro <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp?Idioma=724>

³⁸ Iglesias Vila, “Continental Constitutionalism”.

³⁹ En tema de *defeasibility* ver Jordi Ferrer Beltrán y Giovanni Battista Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility* (Oxford: Oxford University Press, 2012).

y confusión. La propuesta de un constitucionalismo débil no parece fructífera mientras favorezca una limitación de la democracia hacia formas de hiperpresidencialismo.

El incumplimiento fomenta el desánimo, el miedo frente a los cambios y la búsqueda de chivos expiatorios, en lugar de tomar consciencia de la complejidad a la que nuestras sociedades tienen que enfrentarse la respuesta populista gana consenso.

Intentamos mirar entonces a aquellos lugares en los que el proyecto de constitucionalización ha ofrecido frutos positivos. Mirando al sistema de la Unión Europea, creo se pueden encontrar unos elementos valiosos para producir resiliencia.

En Europa, después haber construido un sistema de *welfare* que ha ofrecido espacio para el crecimiento de una amplia clase media, en los últimos años se asiste a una erosión de los derechos sociales —en Italia, por ejemplo, esto se nota claramente—. Se ha petrificado la escalera social que la redistribución de la riqueza había activado, y esto ha fomentado y favorece el desánimo y la búsqueda de soluciones individuales, basadas en la ilusión de poder salirse y dedicarse egoístamente a los propios intereses particulares.

Pero no hay un espacio en el vacío donde ir: necesitamos concienciarnos de que no hay escapatoria.

La propuesta liberal es defectuosa y necesita un alto nivel de redistribución. Como señala bien Nancy Fraser, queremos (o necesitamos) una igualdad en la participación, la cual no es posible sin la eliminación de las desigualdades sociales que ocultan la persistencia de la dominación. Como ella sugiere, tenemos que evidenciar como la desigualdad “contamina la deliberación”⁴⁰ y la construcción del espacio público y, a su vez, la conceptualización del privado actúa para producir jerarquías sociales que ponen en evidencia cómo todo el sistema contribuye a despojar “la opinión pública de fuerza práctica”⁴¹.

El falso dilema entre democracia y constitución emerge con claridad cuando se observa que las formas de hiperpresidencialismo buscan precisamente cuestionar la independencia de las cortes constitucionales^{42 43}. Los tribunales constitucionales han jugado y siguen jugando un rol esencial para compensar y generar espacios de control político y deliberación, de inclusión de las voces de los grupos subordinados y vulnerabilizados: “la justicia constitucional adquiere un rol defensor de la democracia frente a procesos de erosión y puede impulsar cambios favorables progresivos cuando hay condiciones que permiten avanzar hacia la realidad de las promesas constitucionales”⁴⁴. El sistema de precedentes estables representa una fuente para fortalecer la implementación de lo prometido por la carta fundamental.

⁴⁰ Nancy Fraser y Teresa Ruiz, “Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente”, *Debate Feminista* 7 (1993): 57.

⁴¹ Fraser y Ruiz, “Repensar el ámbito público”.

⁴² Roa Roa, “¿Un modelo latinoamericano de control de constitucionalidad?”.

⁴³ Véase además la entrevista a Luis Pásara: <https://www.uasb.edu.ec/entrevistas/luis-pasara-34hemos-comprobado-que-hay-jueces-que-tienen-poca-independencia-34-ID35139/>

⁴⁴ Roa Roa, “¿Un modelo latinoamericano de control de constitucionalidad?”, 197.



Ampliar el acceso al sistema de justicia constitucional parece, al menos según cierta bibliografía de América Latina, la mejor medida para superar el conflicto entre voluntad popular y poder judicial, suponiendo que esto pueda dar lugar a un diálogo entre poderes. Se trata ciertamente de una posibilidad que se tiene que explorar: analizar los impactos y las diferencias en los distintos ordenamientos jurídicos. Se trata de considerar también las posibles dificultades. Por ejemplo, se puede comparar esta idea con lo que pasa en Italia: la Corte constitucional misma ha limitado su interpelación, obligando a demostrar la inviabilidad de interpretaciones adaptativas (*adeguatrici*). Esto para evitar un exceso de demanda (pleitos) que arriesga disminuir su capacidad de respuesta. Quizás este factor haya estimulado un desarrollo del litigio estratégico a través de organizaciones de la sociedad civil⁴⁵, cosa que puede parecer una limitación y al mismo tiempo una ayuda para superar los gastos individuales y, de este modo, para evitar la falta de acceso a la justicia constitucional. Sería útil e interesante desarrollar análisis sobre los distintos resultados de ambos sistemas⁴⁶.

El punto que nos preocupa del “¿qué hacer?” es: ¿cómo consolidar la democracia en sentido pleno, no solo como participación al voto?

Pensando en “estructuras” que pueden fortalecer la construcción defensiva y garantista, es relevante mirar a los tribunales internacionales, creo. Se puede comparar, por ejemplo, los resultados que derivan desde el SIDH y su Corte con otros sistemas parecidos, como el europeo. El uno y el otro pueden revelar estrategias para contrarrestar las formas de desconstitucionalización y desmocratización en marcha. En una primera comparación, se puede señalar la necesidad de individuar nuevas herramientas para que las decisiones de la CIDH se apliquen: hay una influencia creciente, pero persiste una baja capacidad de imposición real⁴⁷. Mirando al sistema europeo se nota entonces el interesante rol que juega el Comité de Ministros del Consejo de Europa en fomentar el seguimiento concreto de las decisiones de la CEDU.

Cierta me parece, en la situación presente al menos, la ilusión de participación real. Me parece importante evidenciar el logro teórico indiscutiblemente innovador y fructífero del constitucionalismo latinoamericano, que ofrece una mirada “lateral”, distinta de la europea y norteamericana, proponiendo una seria apreciación de la diferencia, del pluralismo. Sin embargo, esta evolución permanece largamente a nivel doctrinal-teórico y le cuesta ponerse en práctica. Nuevamente, esta falta o incumplimiento es lo que favorece los fenómenos ya mencionados, desde el populismo hasta la desconstitucionalización, para afectar el real avance en los derechos⁴⁸.

⁴⁵ Se pueden ver los casos acerca del matrimonio igualitario, las adopciones de menores por parejas del mismo sexo, la eutanasia y otros parecidos.

⁴⁶ Por ejemplo Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi; Pablo Saavedra Alessandri (coords.), *Cumplimiento e impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal europeo de derechos humanos. Transformando realidades* (México: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2019), descargable: <https://www.iidh.ed.cr/images/Publicaciones/Justicia/Cumplimiento%20e%20impacto%20de%20las%20sentencias%20de%20la%20Corte%20Interamericana.pdf>.

⁴⁷ Seguimiento de Recomendaciones, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/actividades/seguimiento/default.asp> Acerca del monitoreo de la ejecución de las decisiones CEDU <https://www.coe.int/t/web/portal/-/latest-annual-report-the-implementation-of-echr-rulings-significant-progress-but-important-challenges-remain>.

⁴⁸ Como señalan Melina Girardi Fachin y Bruna Nowak —“La alta erosión democrática en América Latina: ¿democracias aun en peligro?”, en *Las promesas incumplidas del constitucionalismo*



El desafío de poner en práctica el pluralismo y de incluir la diversidad cultural en el sistema necesita una atenta reflexión teórica para encontrar medidas “constitucionalistas” que empujen en la correcta dirección. Resalto *reflexión teórica*, que no significa renunciar al objetivo final, pero quizás cambiar de táctica para ganarlo: considerando que cuando la práctica no responde a la teoría, esta tiene que reformularse. Se necesita esclarecer cómo compatibilizar conceptos que parecen antinómicos: ¿respecto de los pueblos indígenas y simultáneamente aceptación de la ley del mercado? ¿Inclusión jerárquica del derecho indígena o pluralismo?

De la propuesta del nuevo constitucionalismo latinoamericano, de su relevante experiencia, de las reflexiones en torno a la descolonización, necesitamos aprender para reformular en parte los términos de la inclusión, mirando y valorando el mutuo aprendizaje que debería producirse.

Como aprendí hace tiempo, en mis estudios feministas, las perspectivas críticas pueden ser una fuente muy fructífera para avanzar en la clarificación de las dificultades en la implementación del igual respeto y de la inclusión. En ellas se pueden encontrar muchas sugerencias, como demuestra el largo debate en torno a igualdad y diferencia dentro el feminismo. Los estudios en perspectiva decolonial pueden ser un importante reto en este sentido, una exigencia interesante para el diseño constitucional⁴⁹. En esta misma línea, se invita al análisis de cómo nuestros textos y discursos facilitan el retroceso en lugar del avance, como señala oportunamente Mónica Mazariegos Rodas, por ejemplo, en la medida en que el reconocimiento de “los otros” hace que estos sigan siendo “los otros” no logramos la inclusión: si se reconoce el derecho de pueblos indígenas en capítulos separados, sin trabajar por su coherentización sistemática no se produce una real inclusión.

Como ha pasado tradicionalmente, y se ha discutido mucho en la crítica feminista, seguimos con prácticas que, en lugar de incluir producen únicamente asimilaciones (y solo en el “mejor de los casos”), aplicando una *igualdad evaluativa* que mantiene la “minoración” de los grupos⁵⁰. Bien preguntaba Catharine MacKinnon “Why should anyone have to be like

latinoamericano (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2024), 509 y ss.— el prejuicio de los vulnerabilizados que sigue a los ataques a la democracia no es limitado a unos países de América Latina. Por ejemplo, considerando el grupo más grande de sujetos puesto en condición de vulnerabilidad, es decir las mujeres, se subraya la paradoja promovida por EE. UU. cuando invita a sumarse a la iniciativa de la *Declaración del Consenso de Ginebra sobre la promoción de la Salud de la Mujer y el Fortalecimiento de la Familia* (2020, <https://www.theiwh.org/wp-content/uploads/2022/02/geneva-consensus-declaration-spanish.pdf>) solicitando la Asamblea General de Naciones Unidas de transmitir conjuntamente *Letter dated 2 December 2020 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General* (<https://digital-library.un.org/record/3894530?ln=en&v=pdf>) donde se lee “Los Estados Unidos, junto con nuestros asociados de ideas afines, creen firmemente que no existe un derecho internacional al aborto y que las Naciones Unidas deben respetar las leyes y políticas nacionales en la materia, sin ejercer presiones externas”. Es decir, se invita a una declaración que debería garantizar el acceso a la salud sexual y reproductiva de las mujeres con la paradoja de no garantizar el aborto. Como señalan las autoras, el efecto simbólico claramente fortalece las políticas de retroceso en las libertades en un plan más amplio.

⁴⁹ Susanna Pozzolo, *Stereotipi e differenze, inclusione, volontaria esclusione*, ponencia al seminario *Incontattabilità delle società isolate: per un'antropologia dei diritti umani* (Università Federico II di Napoli, 24 de abril de 2024).

⁵⁰ Entre varios, me encanta renviar a Letizia Gianformaggio, *Eguaglianza, donne e diritto* (Bologna: Il Mulino, 2005).

white men to get what they have, given that white men do not have to be like anyone except each other to have it?⁵¹”.

Sin una incorporación que logre tener cambios que lleguen hasta la estructura del sistema, se produce “un desfase axiológico”⁵² con respecto a la misma arquitectura constitucional y el desequilibrio sigue produciendo concentración de poder y exclusiones. Desde aquí se tiene que pensar cómo diseñar la (re)salida, un nuevo comienzo.

BIBLIOGRAFÍA

- Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. *Isonomía*, N.º 16 (2002): 89-112.
- Estupiñán-Achury, Liliana; Balmant Emerique, Lilian. *Constitucionalismo en clave descolonial*. Bogotá: Universidad Libre, 2022.
- Estupiñán-Achury, Liliana; Balmant Emerique, Lilian; Romeo Silva, Marco. *Constitucionalismo de la resistencia y la integración desde y para Abya Yala*. Bogotá: Codhes, 2023.
- Ferrer Beltrán, Jordi; Ratti, Giovanni Battista (eds.). *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Fraser, Nancy; Ruiz, Teresa. “Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente”. *Debate Feminista* 7 (1993): 23–58.
- Gargarella, Roberto. “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Anacronismo e Irrupción. Los derroteros del vínculo entre Felicidad y Política en la Teoría Política Clásica y Moderna* 3, N.º 4, (mayo-noviembre, 2013): 245-257.
- Gargarella, Roberto. “American Constitutionalism Then and Now: Promises and Questions”. En *New constitutionalism in Latin America*, editado por D. Nolte, A. Schilling-Vacaflor, 143-160. Nueva York: Routledge, 2016.
- Garzón Valdés, Ernesto. “Constitución y democracia en América Latina”. En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 55–80. Buenos Aires: CIEDLA, 2000.
- Garzón Valdés, Ernesto. “Derecho y democracia en América Latina”. *Isonomía* 14 (2001): 33-63.
- Gianformaggio, Letizia. *Eguaglianza, donne e diritto*. Bolonia: Il Mulino, 2005.
- Girardi Fachin, Melina; Nowak, Bruna. “La alta erosión democrática en América Latina: ¿demo-cracias aun en peligro?”. En *Las promesas incumplidas del constitucionalismo latinoamericano*, 497-523. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2024.
- Grández Castro, Pedro Paulino. *La constitución que languidece. Estudios de Derecho Constitucional en tiempos de crisis*. Lima: Palestra, 2024.
- Greppi, Andrea. *Teoría constitucional y representación política. La doctrina estándar y su obsolescencia*. Madrid: Marcial Pons, 2022.

⁵¹ Catharine MacKinnon, “Reflections on Sex Equality Under Law”, *Yale Law Journal* 56, N.º 100 (marzo, 1991): 1287. Disponible en: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/8612/56_100YaleLJ1281_March1991_.pdf?sequence=2&isAllowed=y

⁵² Mónica Mazariegos Rodas, “La ilusión de la inclusión”, en *Las promesas incumplidas del constitucionalismo latinoamericano*, ed. A. Saiz Arnaiz (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2024), 295.

- Guastini, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Traducción al castellano de “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento italiano”. *Ragion pratica* 11 (1998): 185-206. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/22/11.pdf>
- Iglesias Vila, Marisa. “Continental Constitutionalism, Systemic Legitimacy, and Judicial Review”. *Global Journal of Comparative Law* 12, N.º 1 (2023): 143-161.
- MacKinnon, Catharine. “Reflections on Sex Equality Under Law”. *Yale Law Journal* 56, N.º 100 (marzo, 1991): 1281-1328. https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/8612/56_100YaleLJ1281_March1991_.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Mazariegos Rodas, Mónica. “La ilusión de la inclusión”. En *Las promesas incumplidas del constitucionalismo latinoamericano*, editado por A. Saiz Arnaiz, 267-301. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2024.
- Nino, Carlos Santiago. *The constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.
- Nolte, Detlef; Schilling-Vacaflor, Almut. *New constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*. Nueva York: Routledge, 2016.
- Noveck, Beth Simone. *Wiki Government: How Technology Can Make Government Better, Democracy Stronger, and Citizens More Powerful*. Washington D. C.: Brookings Institution Press, 2009.
- Pozzolo, Susanna (ed.). *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra, 2011a.
- Pozzolo, Susanna; Escudero Alday, Rafael (eds). *Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra, 2011.
- Pozzolo, Susanna. “La libertà dalla povertà come diritto fondamentale”. *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (2004): 467-499.
- Pozzolo, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra, 2011. Traducción al castellano de la edición de Giappichelli, 2001.
- Pozzolo, Susanna. “Facciamo come se l’uguaglianza ci fosse. Omaggio a un maestro, a Paolo Comanducci”. Ponencia en prenta en las actas del congreso internacional *Assaggi e Griglie. Discutendo con Paolo Comanducci* tenido en la Universidad de Génova en los días 27-29 de octubre de 2022.
- Pozzolo, Susanna. “Stereotipi e differenze, inclusione, volontaria esclusione”. Ponencia al seminario *Incontattabilità delle società isolate: per un’antropologia dei diritti umani*. Università Federico II di Napoli, 24 de abril de 2024.
- Ramírez-Nárdiz, Alfredo. “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático?”. *Universitas* 65, N.º 132 (2016): 349-388.
- Ribotta, Silvina. “¿Qué juezas y jueces debe tener un Estado Democrático? Análisis de los criterios de selección y formación de jueces y juezas”. *Oñati Socio-Legal Series* 13, N.º 3 (2023): 824-856.
- Roa Roa, Jorge. “¿Un modelo latinoamericano de control de constitucionalidad?”. En *Las promesas incumplidas del constitucionalismo latinoamericano*, editado por A. Saiz Arnaiz, 185- 211. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2024.
- Rodotà, Sagittari. *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*. Roma: Laterza, 1997.
- Sandel, Michael. *La Tiranía del Mérito. ¿Qué ha sido del bien común?* Madrid: Debate, 2021.

- 
- Schmitter, Philippe. 'Post-Liberal' Democracy: A Sketch of the Possible Future? Instituto Universitario Europeo, febrero, 2018. <https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/SPS/Profiles/Schmitter/2018/Post-liberal-Democracy.draft.pdf>
 - Van Cott, Donna Lee. *The Friendly Liquidation of the Past*. Pittsburgh University Press, 2000.
 - Velásquez Díaz, Milton. "Independencia judicial ante la decadencia democrática, ¿tenemos las suficientes herramientas?". En *Las promesas incumplidas del constitucionalismo latinoamericano*, editado por A. Saiz Arnaiz, 139-157. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.
 - Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Saavedra Alessandri, Pablo (coords.). *Cumplimiento e impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal europeo de derechos humanos. Transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2019. Descargable: <https://www.iidh.ed.cr/images/Publicaciones/Justicia/Cumplimiento%20e%20impacto%20de%20las%20sentencias%20de%20la%20Corte%20Interamericana.pdf>



Balance de la “cuestión constitucional pendiente” chilena

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

Profesor de la Universidad de Chile

Sumario: 1. Sinopsis de los procesos. 2. Perspectiva crítica de los procesos constituyente y constitucional. 3. La “cuestión constitucional”. 4. Las reformas constitucionales en actual trámite. 4.1. Proyecto de reforma constitucional, en lo relativo al sistema político y electoral (Boletín 17.253-07). 4.2. Proyecto de reforma constitucional, con el objeto de suprimir las disposiciones que indica, por haber perdido oportunidad (Boletín 17.516-07). 5. Conclusiones *in fine*. Bibliografía.

1. SINOPSIS DE LOS PROCESOS

En la última década, se acumulan tres procesos de cambio constitucional, todos con resultados fallidos y dos de ellos solo en los últimos cinco años. El primero de ellos —proceso constituyente “1.0”— fue impulsado en el segundo gobierno de la expresidenta Michelle Bachelet Jeria (2014-2018) y definido como democrático, institucional y participativo. Se expresó en dos proyectos de reforma constitucional: uno sobre procedimiento y otro sobre nueva Constitución, siendo ingresado este último a trámite parlamentario en marzo de 2018, a días de concluir su mandato, y finalmente fue desahuciado por el expresidente Sebastián Piñera Echenique y su ministro del Interior de entonces, Andrés Chadwick Piñera.

Particularmente, este proceso contó con una amplia participación ciudadana a través de diversos mecanismos innovadores para la realidad chilena de la época: consulta digital preliminar y una serie de “cabildos” locales, provinciales y hasta regionales; en los que la ciudadanía manifestó su interés en aquellas materias e ideas que consideraban pertinentes para un futuro proyecto de Constitución. Se concibió, además, la existencia de un Consejo Ciudadano de Observadores, para garantizar que las instancias de participación se llevaran a cabo de forma transparente y realizar una observación significativa del proceso político¹.

Tras el fracaso de ese proyecto, y marcado por el estallido social, entre 2019 y 2022 se desarrolló el proceso constituyente “2.0” que se inició con el “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución” firmado el 15 de noviembre de 2019. Este proceso —constituido por una etapa destituyente propiamente tal, en que se empiezan a superar ciertas instituciones constitucionales, y una etapa constituyente, de reemplazo de aquellas instituciones, garantías y mecanismos existentes en la Constitución—, que rebosaba de muy altas expectativas

¹ Francisco Zúñiga Urbina, *Nueva Constitución: Reforma y Poder Constituyente en Chile* (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014).

producto de los aplastantes resultados del plebiscito de entrada de 25 de octubre de 2020 (78.27 % para la opción “Apruebo” y 21.73 % para la alternativa “Rechazo”), de igual forma devino en uno fallido^{2 3}.

Ello se explica por la lógica agregativa en el debate y decisión constituyente que imperó en el proceso para nuevas adhesiones, debido al exigente quórum de 2/3 en la Convención Constitucional, y que contribuyeron de forma determinante al maximalismo y a la frondosidad (sobreescrituración) de la propuesta de nueva Constitución que se sometiese a la aprobación popular; asimismo, por la suma de actividades que fluctuaron entre la imprudencia y la incivildad en el marco de la Convención Constitucional, órgano elegido por la ciudadanía para redactar la nueva Constitución.

Lo anterior, sumado al descontento con el Gobierno del presidente de la República Gabriel Boric Font, la toma de posición de la derecha por el “rechazo”, al tomar consciencia de su propia irrelevancia en el proceso, las actitudes de sabotaje y las campañas de desinformación; llevaron al fracaso en las urnas en el plebiscito de salida del 4 de septiembre de 2022 (61.89 % votó por la opción que rechazaba la nueva redacción, y solo un 38.11 % votó por la opción del “Apruebo”), ratificando lo que podemos denominar el fracaso de la política y la falta de “políticos”, en razón del despliegue de una política constitucional dominada por identidades socioculturales de distinto cuño, y en un contexto de crisis de representación y legitimidad de partidos e instituciones.

El 4 de septiembre de 2022 nos trajo de vuelta a la política, mediante la disyuntiva entre dos hipótesis —“diabólica” y “angelical”—; dando pie, paradójicamente, a un compás de espera con alta incertidumbre respecto del porvenir de un proceso constituyente para superar la “cuestión constitucional”. De haberse impuesto la hipótesis “diabólica”, que implicaba no perseverar en un nuevo proceso constituyente, quedaba pendiente la “cuestión constitucional” *sine die*, con la consiguiente preservación del *statu quo* constitucional, reflejando un fracaso de los poderes constituidos y de los partidos políticos para lograr un acuerdo o pacto para viabilizar retomar el proceso constituyente. En el escenario contrapuesto, el cual era la viabilidad de la hipótesis angelical, ello implicaba la aspiración de esta vez sí cerrar la “cuestión constitucional” con una nueva Constitución. Sin embargo, ello conllevaba un riesgo evidente desde el primer momento: que el acuerdo político constitucional que diera origen a un nuevo proceso fuese modesto, sin mayor profundidad, y resulte en los hechos en una “reforma de maceteros”⁴.

Así, con posterioridad al plebiscito de septiembre de 2022, en un contexto de incertidumbre y una sensación de fracaso, en el Congreso Nacional se instaló una mesa negociadora que en diciembre del mismo año dio a conocer el “Acuerdo por Chile”, acuerdo con representación parlamentaria que sentó las bases sobre las cuales se trabajaría en la redacción de un nuevo texto constitucional y la designación de tres órganos que estarían encargados de tal labor (una Comisión Experta, un Consejo Constitucional, y un Comité Técnico de Admisibilidad). Acto seguido, se habilitó el nuevo proceso a través de una moción de reforma

² Francisco Zúñiga Urbina y Enza Alvarado Parra, *Nueva Constitución y Política Constitucional* (Thomson Reuters, 2021).

³ Francisco Zúñiga Urbina, “El rechazo en el plebiscito chileno de 4 de septiembre de 2022: perspectivas constitucionales”, *Cuadernos Constitucionales*, N.º 3 (2022).

⁴ Francisco Zúñiga Urbina, *Constitucionalismo. Pasado, presente y futuro* (Thomson Reuters, 2024).

constitucional, que añadió a la Constitución vigente el acápite “Del nuevo procedimiento para elaborar una Constitución Política de la República”.

El proceso “3.0”, por tanto, era limitado —solo constitucional—, debiendo atenerse a las bases institucionales que el Acuerdo por Chile establecía, referidas a las tradiciones ideológicas constitucionales en nuestro país y del republicanismo. Con todo, se observó la ausencia de acuerdo y de condiciones de deliberación serias y poca consideración por la compatibilidad con el Anteproyecto que se presentó por la Comisión encargada; evidenciando un contenido con cierto “identitarismo”, diferente al del proceso “2.0”, pero de todas formas radical y con cierto enfoque refundacional, pero marcadamente reaccionario y cortoplacista.

El desenlace de este proceso se dio el 17 de diciembre de 2023, fecha en que se llevó a cabo el plebiscito nacional para votar la propuesta de Constitución redactada por los órganos respectivos, que fue rechazada por la ciudadanía con un resultado inapelable: con un 99.86 % de las mesas escrutadas, la opción “En contra” se impuso con 6 890 826 votos, equivalentes a un 55.76 % del total de votos válidamente emitidos, mientras que su alternativa “A favor” obtuvo, por su parte, 5 467 264 votos, equivalentes a un 44.24 %⁵. Todo ello habiendo participado un 84.48 % del padrón electoral.

Primeramente, en una dimensión procedimental (artículo 159 de la carta reformada de 1980), este proceso constitucional “3.0” se cierra con un ejercicio democrático legítimo: un referéndum de salida con una alta participación, de 13 014 963 votos emitidos —12 364 312 válidamente emitidos, 480 730 nulos (3.69 %) y 169 921 en blanco (1.31 %)—, cifras que son similares a las del cierre del proceso constituyente “2.0”, en el cual votó el 85.7 % del padrón: 15 173 857 electores, que con un 99.97 % de las mesas escrutadas reflejó que la opción “Rechazo” obtuvo 7 882 238 votos (61.86 %) y su alternativa “Apruebo”, 4 859 039 sufragios (38.14 %)⁶. Ello despeja el punto respecto al supuesto desinterés de la política que tendría gran parte de la ciudadanía, o más aún, la acusada “fatiga constitucional”, que, en su comportamiento cívico, tan sencillo como depositar su voto en la urna, ha demostrado mayor sentido común y respeto por las formas que las élites que han llevado adelante estos dos procesos. Y ello tiene doble mérito, si pensamos en toda la maquinaria de *fake news*, simplificaciones y medias verdades que enmarcó ya no solo la campaña electoral previa, sino también el transcurso mismo de ambos procesos, tanto desde la propia interna como desde el rol desfavorable en lo informativo que tuvieron tanto algunos medios de comunicación tradicionales como aquellos medios alternativos surgidos de las redes sociales⁷.

Pero si vamos hacia una dimensión sustantiva o material, estamos ante un fracaso rotundo: de la política y de la política constitucional —llevada al punto mismo del agotamiento, que no menguó de todos modos el compromiso cívico—. Si bien se proyectaron en sus contenidos de fondo hacia extremos distintos, sus partícipes (aquellos que fueron electos para

⁵ Servicio Electoral de Chile, *Boletín final sobre resultados preliminares del Plebiscito Constitucional 2023*, fecha: 18 de diciembre de 2023. <https://www.servel.cl/2023/12/18/boletin-final-sobre-resultados-parciales-de-la-eleccion-del-consejo-constitucional-2/>

⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, *Histórica participación en el Plebiscito Constitucional 2022: votó el 85,7% del padrón* (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2022). Disponible en: https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/detalle_cronograma?id=f_copy19_of_chilenas-y-chilenos-eligieron-a-los-155-representantes-de-la-nueva-convencion-constitucional

⁷ Zúñiga Urbina, *Constitucionalismo. Pasado, presente y futuro*.



llegar a un consenso que permitiera proyectar un contrato social y democrático, valga la expresión), no pudieron sino coincidir en una carencia de republicanismo y de visión de futuro, en largos meses en que visiones sectarias de extremo intentaron imponer sus propios programas político-ideológicos. Pero son las élites, en general —políticas, económicas, académicas—, las que están imbuidas en esta lógica de poder extremosa, lo cual nos lleva al final del día a un ejercicio de suma cero, con la parálisis política que ello conlleva⁸.

Y esto anticipa una tercera dimensión del análisis del “día después” del referéndum: aquella relativa al futuro de la “cuestión constitucional”: el proceso “3.0” cierra el debate en la materia en el corto plazo, al menos durante lo que resta al gobierno del presidente Gabriel Boric Font, quien se ha enfrentado a un desafío no menor al intentar reimpulsar modificaciones legislativas afines a su programa, en el entorno de un Poder Ejecutivo desbalanceado —en vista de las zozobras de algunos partidos de su coalición— y de un Congreso Nacional en una deriva polarizada e incivil: todo ello en una suerte de estado de naturaleza hobbesiano, en el cual la construcción de mayorías, aun en el marco de quórums rebajados, podría llegar a rozar lo utópico.

2. PERSPECTIVA CRÍTICA DE LOS PROCESOS CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIONAL

Pensando ya en 2026, escenario político cercano y difuso, y con un ciclo electoral ordinario de por medio —elecciones municipales y regionales en octubre de 2024, presidenciales y parlamentarias en noviembre-diciembre de 2025—, era posible proyectar que, por vía de reformas constitucionales (siempre y cuando la nueva composición de los poderes Ejecutivo y Legislativo lo permita), podrían ser tratados tres contenidos que consideramos ineludibles: la reestructuración del régimen político, la construcción de un Estado social y democrático de derecho, así como la profundización del reparto territorial del poder:

Permanece un sistema político débil, con una institucionalidad desacreditada y erosionada por hechos de corrupción. El sistema de partidos presenta un nivel de fragmentación, que no tiene precedente en otras etapas de la historia. El nivel de fragmentación impide acuerdos y afecta la gobernabilidad. A todo ello se agrega un presidencialismo que se ha transformado en un factor que acentúa y profundiza la crisis del sistema político. Los problemas de liderazgo presidencial se arrastran en este país desde los inicios de 2006. Desde esa época, hasta la actualidad, ninguno de los presidentes/as, ha mostrado un liderazgo acorde con el diseño institucional y político del país. En no pocas ocasiones, se ha confundido liderazgo con popularidad; por ende, el apoyo hacia los primeros mandatarios se pierde pocos meses de iniciado el gobierno y en especial cuando surgen coyunturas críticas.

La crisis que desencadenó el estallido social no ha sido resuelta. Tampoco las expectativas y las demandas formuladas a partir de octubre de 2019. El camino constitucional ya no es la vía para revertir la crisis y responder a las demandas. En los dos intentos fracasados quedó demostrado que ni el procedimiento ni el contenido importaban. Lo que realmente importaba era quien conducía el cambio de la Constitución.

⁸ Chilevisión Noticias, “Plebiscito 2023: Revive el debate en CHV Noticias tras rechazo de nueva propuesta constitucional”. *Chilevisión*, 17 de diciembre de 2023. Disponible en: <https://www.chilevision.cl/noticias/constitucion-2023/plebiscito-2023-revive-el-debate-en-chv-noticias-tras-rechazo-de-nueva>

Pero tampoco resulta viable seguir apostando por la espera de mejores condiciones, ni mucho menos decisiones erróneas que son consecuencia de negligencias, o mero desconocimiento de la realidad, por parte de quienes tienen responsabilidades en el Gobierno⁹.

El “día después de mañana” (18 de diciembre de 2023) deja subsistente y, para algunos, en teoría confirmada en su “legitimidad”, la Constitución “vieja/nueva” de 1980; pero cuidado con hacer de la necesidad una virtud, pues, ni el 4 de septiembre de 2022 ni el 17 de diciembre de 2023 la ciudadanía ha sido consultada vía referéndum acerca de la legitimidad del orden constitucional preexistente. La “cuestión constitucional” subsiste como problema: la gobernabilidad y legitimidad democrática de las instituciones, que van a exigir (probablemente, a partir de 2026) hacerse cargo de una reforma institucional al régimen político, y a la base de legitimidad del orden político: un sistema de protección social conformado por un Estado social y democrático de derecho; y derechos sociales robustos, sumados a una adecuada descentralización administrativa, con reforzamiento del control público.

Lo ineludible de estos temas es incluso reconocido por quienes desde nuestra disciplina se mostraron afines con la propuesta que fue resultado de este y que no dudan en conferir carácter “legítimo” a la carta “vieja/nueva” aún vigente, como es el caso del jurista Arturo Ferrandois, quien menciona que la Constitución de 1980 tiene un “sistema cardíaco que bombea nuevamente con potencia”, pero que ello no impide hacer “ajustes necesarios” en pos de renovar su “influencia virtuosa”¹⁰.

3. LA “CUESTIÓN CONSTITUCIONAL”

Aun teniendo diferencias de fondo con Ferrandois, hay cuatro ejes de ajuste que reconocer, en los que inevitablemente observamos cierta convergencia sobre qué debe ser abordado en lo inmediato como materias de reforma constitucional: sistema político, responsabilidad fiscal, seguridad, certeza jurídica y estabilidad. Entonces, apresurarse a cerrar *sine die* todo cambio constitucional no es sino torpeza u oportunismo político; un acto de ceguera respecto de la “cuestión constitucional”, que nos exige abordar el futuro o porvenir de la república.

En consecuencia, la “cuestión constitucional” debería ser abordada ineludiblemente, pues la Constitución “vieja/nueva” de 1980, con sus setenta y dos reformas desde 1989 al día de hoy, es una Carta carente de legitimidad de origen, y poseedora de una muy deficitaria legitimidad de ejercicio, pues simplemente contiene las reglas de un sistema institucional que no funciona: pues no permite gobernar, ni construir mayorías, y menos sentar las bases de un orden político estable, así como de un orden social con cohesión, presupuesto de un desarrollo capitalista económico y social duradero.

El porvenir del proceso constituyente y una nueva Constitución están tan abiertos como antaño, pero con menos certezas que entonces —que ya eran escasas—. Con todo, en un

⁹ Octavio Avendaño, “Plebiscito constitucional 2023: al final todo siguió igual”, *El País*, 17 de diciembre de 2023. Disponible en: <https://elpais.com/chile/2023-12-18/plebiscito-constitucional-2023-al-final-todo-siguio-igual.html>

¹⁰ Nadia Cabello, “Abogado constitucionalista Arturo Ferrandois: Es obvio que la Constitución vigente necesita ajustes que renueven su influencia virtuosa”, *El Mercurio*, 19 de diciembre de 2023.



sentido no se trata de “años perdidos”, puesto que la mirada prospectiva de futuras reformas constitucionales que aborden la “cuestión constitucional” ya contará con dos fuentes materiales: la propuesta del proceso “2.0” y el Anteproyecto de la Comisión Experta del proceso “3.0”, así como la experiencia (participación incidente, paridad, representación de pueblos indígenas, entre otros), que servirá, probablemente, de antecedentes o bases sobre las que forjar un amplio pacto o acuerdo para un diseño institucional que haga posible la gobernabilidad y legitimidad democrática de las instituciones, y un mínimo de cohesión social para darle progreso al país.

4. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN ACTUAL TRÁMITE

4.1. Proyecto de reforma constitucional, en lo relativo al sistema político y electoral (Boletín 17.253-07)¹¹

Actualmente en el Congreso Nacional se está discutiendo un proyecto de reforma constitucional al sistema político y electoral, que tiene por objeto disminuir la fragmentación de los partidos políticos y los problemas de representación parlamentaria en el país, mediante la exigencia de un umbral mínimo para acceder a escaños y la sanción de pérdida del cargo al diputado o senador que renuncie al partido político que haya declarado su candidatura.

Este proyecto tiene su origen en dos mociones de senadores unificadas. La primera de ellas, el Boletín N.º 17.253-07 (de los senadores De Urresti, Ebensperger, Galilea, Lagos y Saavedra), ingresó a primer trámite constitucional en el Senado el 3 de diciembre del año 2024, y la segunda, el Boletín N.º 17.298-07 (Núñez, Coloma, Cruz-Coke, Flores y García Ruminot), el 12 de diciembre del mismo año; disponiéndose su estudio por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en ambas sesiones. El 18 de diciembre, por la mayoría de los integrantes de la Comisión, se solicitó la autorización de la Sala del Senado para refundir en una sola iniciativa los proyectos, por sus ideas matrices comunes y por hallarse en la misma etapa de tramitación.

Los hitos que impulsaron esta iniciativa fueron la reforma constitucional que introdujo la Ley N.º 20.568 de 2012, durante el gobierno de Ricardo Lagos, que regula la inscripción automática, modifica el Servicio Electoral y moderniza el sistema de votaciones, y que estableció el voto voluntario. Más tarde, en 2015, se mencionan la reforma al sistema electoral binominal a un sistema de carácter proporcional inclusivo, con la Ley N.º 20.840, el voto de chilenos en el extranjero, la iniciativa de fortalecimiento y transparencia de la democracia, la equidad de género, a través de la promoción de la representación de las mujeres en el Parlamento, la reforma a los partidos políticos y el fallido proceso constituyente “1.0”.

Se menciona la Ley N.º 21.200, de 2019, que modificó el Capítulo XV de la Constitución, estableciendo un procedimiento para elaborar una nueva Constitución, contemplando un plebiscito con voto obligatorio, y la posterior Ley N.º 21.524, que restableció el voto obligatorio permanente en las elecciones populares, exceptuando las primarias. Asimismo, las

¹¹ Los temas sobre los cuales versa el proyecto de reforma encuentran tienen aun antecedente en la reflexión académica en un libro publicado por el Centro de Estudios de la Universidad Miguel de Cervantes y la Fundación Konrad Adenauer: *Reforma Política en Chile. Desafíos y tareas pendientes* (2009).

mociones resumen los momentos constituyentes que tuvieron lugar durante el periodo 2020-2022 y 2022-2023, y los cambios al sistema político y electoral que estos pretendieron impulsar a través de las propuestas constitucionales, rechazadas en sus respectivos plebiscitos de salida.

Por último, se describe el escenario actual, en particular las consecuencias que tuvieron los hitos del proyecto de reforma, como la fragmentación partidaria tras el cambio del sistema electoral en 2015, que se ha acrecentado con el tiempo, y los umbrales mínimos de votación:

Entre 1989 y 2013, el promedio de partidos políticos con parlamentarios electos era de 7,2, mientras que en la elección de 2021 existían 21 partidos políticos con representación parlamentaria. Hoy, en 2024, existen 25 partidos legalmente constituidos en el territorio nacional, y otros 6 en proceso de formación. Si bien la existencia de múltiples partidos no es ajena a nuestra historia y tradición republicana, el actual diseño legislativo no genera incentivos suficientes para la conformación de coaliciones que permitan lograr una gobernanza que se haga cargo de las demandas de la ciudadanía y que evite la polarización.

Adicionalmente, desde la implementación de nuestro sistema electoral actual ha aumentado la cantidad de parlamentarios que han sido elegidos con menos de un 5% de los votos válidamente emitidos. Así, por ejemplo, de acuerdo a cifras del SERVEL, el 2017 más de 31 diputados salieron elegidos con menos de un 5% de los votos, cifra que aumentó a un 52% en la elección de 2021¹².

A raíz de lo anterior, los parlamentarios fundamentan su iniciativa en que existiría:

un interés y voluntad transversal por discutir y modificar algunos aspectos que hoy son identificados como problemáticos o que están en la base de otros problemas que afectan y deterioran la actividad política, parlamentaria y generan la desconfianza que hoy se evidencia de parte de los ciudadanos hacia la clase política¹³.

La Comisión discutió solo en general el proyecto, considerándose en el debate:

1. Los problemas que genera la excesiva fragmentación de los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional.
2. Cómo este fenómeno se ha venido incrementando en los últimos años y ha creado problemas en la relación del Gobierno con el Poder Legislativo.
3. Los factores que facilitan este proceso de fragmentación y las dificultades que genera para consensuar acuerdos en el Congreso Nacional.
4. Asimismo, se examinó el adecuado equilibrio que debe existir entre representatividad ciudadana y la gobernabilidad del país.

¹² Senado de la República de Chile, *Ingreso de proyecto de reforma constitucional*. Boletín N.º 17.253-07, fecha: 27 de noviembre de 2024. Disponible en: https://tramitacion.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=17883&tipodoc=mensaje_mocion

¹³ Senado de la República de Chile, *Ingreso de proyecto de reforma constitucional*. Boletín N.º 17.253-07.

- 
5. *Se analizó y ponderó la regla que determina la pérdida del escaño del senador o diputado que renuncia al partido que lo postuló al Congreso Nacional.*
 6. *Se [tuvieron] en cuenta las dificultades que puede presentar en el proceso de fusión o la constitución de federaciones de partidos políticos, que no alcance el umbral mínimo de votos a nivel nacional para obtener representación parlamentaria.*
 7. *Se analizaron otras medidas legales que podrían implementarse para llevar adelante los cambios que supondrá aprobar esta reforma constitucional¹⁴*

Al concluir el estudio en general del proyecto, este se aprobó por la mayoría de los integrantes de la Comisión, informándose de ello a la Sala del Senado el 7 de enero del presente. Se dio cuenta del informe de la Comisión en la Sala del Senado el mismo día y desde el 8 de enero se procedió a la discusión en general del proyecto. En la segunda discusión en general por el Senado el proyecto se aprobó con 35 votos a favor y 11 en contra, dejándose constancia del cumplimiento del quórum constitucional requerido. Tras su aprobación, el proyecto volvió a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento para su análisis en particular, fijándose un plazo para presentar indicaciones.

No hubo artículos del proyecto que no fuesen objeto de indicaciones ni de modificaciones. A saber, el Ejecutivo presentó al comienzo de la discusión en particular una indicación sustitutiva que planteaba una reforma integral al texto que fue aprobado en general por el Senado y que supondría una futura reforma legal complementaria. Adicionalmente formuló otras cinco indicaciones, las cuales decían relación con realizar ajustes a las restricciones de elegibilidad y plazos de vigencia y límites al control constitucional. Sin embargo, la mayoría de las indicaciones fueron rechazadas por unanimidad en la Comisión, por referirse a materias que no forman parte de las ideas que inspiraron la moción o por ser incompatibles con los acuerdos previos adoptados en la instancia de análisis particular.

La Comisión efectuó diversas modificaciones al texto que fue aprobado en general —tanto por unanimidad como por mayoría—, de lo cual se informó a la Sala del Senado el 22 de abril de 2025, iniciándose la discusión particular por esta el 6 de mayo, oportunidad en que se solicitó una segunda discusión que quedó fijada para el 14 de mayo. En dicha sesión se dio por concluida la segunda discusión, no obstante solicitarse aplazamiento de la votación del proyecto.

Respecto de la votación, al tratarse de normas que modifican la Constitución, estas requieren para su aprobación de 4/7 de los senadores en ejercicio, de modo que se requeriría 29 votos favorables en la Sala del Senado. Con todo, correspondería dar por aprobados los incisos tercero y cuarto del artículo 51 bis, propuestos por el número 2 del artículo único de la iniciativa, al no haber sido objeto de modificaciones de acuerdo con el segundo informe de la Comisión, a menos que algún senador solicite su discusión y votación o existieren indicaciones renovadas, lo que hasta la fecha no ha ocurrido.

Con todo, tras semanas de discusión, el Senado votó el proyecto y lo despachó a la Cámara baja para continuar con su tramitación. Concretamente, se aprobó el artículo que establece un umbral mínimo del 5 % para que los partidos políticos puedan acceder a escaños en la Cámara de Diputadas y Diputados, con 30 votos a favor y 15 en contra; mientras que el

¹⁴ Senado de la República de Chile. *Primer informe de comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*. Boletín N.º 17.253-07, fecha: 7 de enero de 2025. Disponible en: <https://tramitacion.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=27018&tipodoc=info>



artículo transitorio que establece un umbral del 4 % para las elecciones parlamentarias de 2025 o sumar al menos cuatro parlamentarios en el Congreso Nacional, fue aprobado con 33 votos a favor y 8 en contra. Luego, en cuanto a los artículos referidos a las sanciones aplicables a aquellos legisladores que renuncien a los partidos políticos que hubieren declarado sus candidaturas, estos fueron aprobados con 31 votos a favor y 6 en contra. Por su parte, la indicación que señala que el legislador que renuncie a su partido no cesará en el cargo si dicha renuncia se fundare en un cambio sustantivo en la declaración de principios del partido, se aprobó con 31 votos a favor y 4 en contra¹⁵.

4.2. Proyecto de reforma constitucional, con el objeto de suprimir las disposiciones que indica, por haber perdido oportunidad (Boletín 17.516-07)

El pasado 6 de mayo ingresó a primer trámite constitucional en el Senado un proyecto de reforma de la Carta Fundamental iniciado por moción (Ossandón, Ebensperger, Núñez, Flores y Quintana), que tiene por fin, en primer lugar, suprimir del texto constitucional todas aquellas normas permanentes y transitorias que se vinculan con los dos procesos de elaboración de una nueva Constitución, habilitados por las reformas constitucionales contenidas en las Leyes N.º 21.200, de 2019 y N.º 21.533, de 2023; y en segundo lugar, suprimir las normas transitorias que han perdido oportunidad y vigencia, en particular aquellas que en esencia son materia de ley.

Los objetivos que persigue esta iniciativa son:

1. *Recuperar la supremacía constitucional del texto de la actual Carta Fundamental, dedicando su contenido exclusivamente al cuerpo de reglas objetivas y generales que rigen la organización de la vida social y política del país, el amparo y protección de los derechos de las personas, a las normas sobre sujeción de las instituciones y las personas a la ley, y las reglas sobre el imperio del derecho.*
2. *Suprimir del actual texto constitucional los artículos permanentes y las disposiciones transitorias que han perdido vigencia (derogación tácita), oportunidad, sentido o propósito y eficacia.*
3. *Como efecto de aprobarse la reforma, se contará con un texto constitucional “más liviano”, accesible y que solo contará con reglas útiles¹⁶.*

A nuestro juicio, este proyecto de reforma es un error lamentable. Las normas sobre reforma del Capítulo XV de la Constitución se dictaron en el contexto de los procesos constituyente “2.0” y “3.0”, que quedaron en el texto, aun después del fracaso de los procesos. Pero entre esas normas encontramos las 12 bases institucionales (artículo 154), que constituyen una suerte de consenso político amplio respecto del contenido de una nueva Constitución, lo cual es valioso.

¹⁵ Beatriz Mellado, “Senado despacha reforma al sistema político: Se aprueba umbral del 5% y pérdida de escaño por renuncia al partido”, *Emol*, 10 de junio de 2025. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2025/06/10/1168939/senado-reforma-sistema-politico.html>

¹⁶ Senado de la República de Chile, *Ingreso de proyecto de reforma constitucional. Boletín 17.516-07*, fecha: 6 de mayo de 2025. Disponible en: https://tramitacion.senado.cl/appsenado/index.php?mo=-tramitacion&ac=getDocto&iddocto=18156&tipodoc=mensaje_mocion

Asimismo, estas normas dan cuenta de dos procesos fallidos, de forma tal que, al derogar esas disposiciones, estaríamos derogando el pasado.

5. CONCLUSIONES *IN FINE*¹⁷

La cuestión constitucional pendiente es paradójicamente fruto del fracaso, el saldo de tres procesos fallidos, en el que Chile, su sistema político y sus clases políticas se empeñaron en dotar al país de una nueva Constitución. Ese saldo o cuestión pendiente se resume en el consenso constitucional de contenido de un nuevo estatuto del poder, “consenso” socioliberal que cuajó en diciembre de 2022 en las bases recogidas en la reforma constitucional, que hizo posible el proceso “3.0” y que son las siguientes:

1. Chile es una República democrática, cuya soberanía reside en el pueblo.
2. El Estado de Chile es unitario y descentralizado.
3. La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes. La Constitución consagrará que el terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.
4. La Constitución reconoce a los pueblos indígenas como parte de la nación chilena, que es una e indivisible. El Estado respetará y promoverá sus derechos y culturas.
5. Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales, y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal y a través de instituciones estatales y privadas.
6. Los emblemas nacionales de Chile son la bandera, el escudo y el himno nacional.
7. Chile tiene tres poderes separados e independientes entre sí:
 - a. Poder Ejecutivo, con un jefe de Gobierno con iniciativa exclusiva en la presentación de proyectos de ley que incidan directamente en el gasto público.
 - b. Poder Judicial, con unidad jurisdiccional y con pleno respeto de las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas.
 - c. Poder Legislativo bicameral, compuesto por un Senado y una Cámara de Diputados y Diputadas, sin perjuicio de sus atribuciones y competencias en particular.

¹⁷ De interés puede resultar: Josep María Castella Andren (dir.) y Ramsis Ghazzaoui Piña (coord.), *Constitucionalismo crítico en tiempo real: el proceso constituyente en Chile* (Editorial Universitas, 2024); en particular Luis Eugenio García-Huidobro y José Francisco García, “El presidencialismo en los procesos constituyentes chilenos”, en *Constitucionalismo crítico en tiempo real: el proceso constituyente en Chile*, dir. J. M. Castella Andreu y coord. R. Ghazzaoui Piña (Editorial Universitas, 2024); y Francisco Soto Barrientos, “Participación, representación y partidos: una aproximación a las propuestas constitucionales formuladas por dos textos fallidos (2021-2022 y 2023)”, en *Constitucionalismo crítico en tiempo real: el proceso constituyente en Chile*, ob. cit.

8. Chile consagra constitucionalmente, entre otros, los siguientes órganos autónomos: Banco Central, Justicia Electoral, Ministerio Público y Contraloría General de la República.

9. Chile protege y garantiza derechos y libertades fundamentales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones, la libertad de conciencia y de culto, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la libertad de enseñanza y el derecho-deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos, entre otros.

10. Chile consagra constitucionalmente con subordinación al poder civil la existencia de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad, con mención expresa de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile.

11. La Constitución consagra, a lo menos, cuatro estados de excepción constitucional: de asamblea, de sitio, de catástrofe y de emergencia.

12. Chile se compromete constitucionalmente al cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad (artículo 154 de la Constitución Política).

A pesar del fracaso de tres procesos fallidos en la última década, en el Senado se han empeñado en sacar adelante dos reformas constitucionales. La primera, que comentamos, muy ambiciosa en su título, “Modifica la Carta Fundamental, en lo relativo al sistema político y electoral”, es en rigor una pequeña reforma que, en una suerte de ingeniería constitucional del sistema político, busca reducir el número de partidos con existencia legal y representación en la Cámara baja y de esta manera fortalecer el sistema de partidos. Tales objetivos se enmarcan en dotar al sistema político de “gobernabilidad”.

Esta pequeña reforma constitucional, pretenciosa en su título pero de corto alcance, no termina de convencer respecto de sus objetivos, puesto que, lo hemos dicho, la gobernabilidad del sistema político es una finalidad que requiere de una reforma institucional ambiciosa, que concierne a todos los poderes del Estado tradicionales y a la distribución territorial del poder, y al sistema nacional de control.

Por otra parte, la reforma constitucional relativa a las disposiciones del capítulo sobre reforma constitucional, “Modifica la Carta Fundamental, con el objeto de suprimir las disposiciones que indica, por haber perdido oportunidad”, que está enderezada a derogar artículos permanentes y disposiciones transitorias, es también una reforma paradójica, ya que busca borrar el pasado, y la valoración de ese pasado debería ser clave para abordar con éxito en los próximos años la cuestión constitucional.

La lectura u observación del pasado, aunque esté en un texto inerte, es valiosa, aleccionadora. Recuerdo la crítica de Mario Verdugo a la reforma de 2005, que suprimió las disposiciones transitorias de la Constitución de 1980, que contenían el estatuto fundamental de la dictadura en la transición (1980-1990). Sin embargo, la lectura y observación de esas disposiciones transitorias han demostrado ser útiles no solo para tener presente el pasado constitucional autoritario, sino para abordar el “ADN” de la Constitución de 1980 y su significación como un decreto ley fundamental de la dictadura.

BIBLIOGRAFÍA

- Avendaño, Octavio. “Plebiscito constitucional 2023: al final todo siguió igual”. *El País*, 17 de diciembre de 2023. <https://elpais.com/chile/2023-12-18/plebiscito-constitucional-2023-al-final-todo-siguio-igual.html>
- Biblioteca del Congreso Nacional. *Histórica participación en el Plebiscito Constitucional 2022: votó el 85,7% del padrón*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2022. https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/detalle_cronograma?id=f_copy19_of_chilenas-y-chilenos-eligieron-a-los-155-representantes-de-la-nueva-convencion-constitucional
- Cabello, Nadia. “Abogado constitucionalista Arturo Fernando: Es obvio que la Constitución vigente necesita ajustes que renueven su influencia virtuosa”. *El Mercurio*, 19 de diciembre de 2023.
- Castella Andreu, Josep María (dir.); Ghazzaoui Piña, Ramsis (coord.). *Constitucionalismo crítico en tiempo real: el proceso constituyente en Chile*. Editorial Universitas, 2024.
- Chilevisión Noticias. *Plebiscito 2023: Revive el debate en CHV Noticias tras rechazo de nueva propuesta constitucional*. Chilevisión, 17 de diciembre de 2023. <https://www.chilevision.cl/noticias/constitucion-2023/plebiscito-2023-revive-el-debate-en-chv-noticias-tras-rechazo-de-nueva>
- García-Huidobro, Luis Eugenio; García José Francisco. “El presidencialismo en los procesos constituyentes chilenos”. En *Constitucionalismo crítico en tiempo real: el proceso constituyente en Chile*, dirigido por J. M. Castella Andreu y coordinado por R. Ghazzaoui Piña, 169-212. Editorial Universitas, 2024.
- Mellado, Beatriz. “Senado despacha reforma al sistema político: Se aprueba umbral del 5% y pérdida de escaño por renuncia al partido”. *Emol*, 10 de junio de 2025. <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2025/06/10/1168939/senado-reforma-sistema-politico.html>
- Senado de la República de Chile. *Ingreso de proyecto de reforma constitucional*. Boletín N.º 17.253-07. Fecha: 27 de noviembre de 2024. https://tramitacion.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=17883&tipodoc=mensaje_mocion
- Senado de la República de Chile. *Primer informe de comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento*. Boletín N.º 17.253-07. Fecha: 7 de enero de 2025. <https://tramitacion.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=27018&tipodoc=info>
- Senado de la República de Chile. *Ingreso de proyecto de reforma constitucional*. Boletín 17.516-07. Fecha: 6 de mayo de 2025. https://tramitacion.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=18156&tipodoc=mensaje_mocion
- Servicio Electoral de Chile. *Boletín final sobre resultados preliminares del Plebiscito Constitucional 2023*. Fecha: 18 de diciembre de 2023. <https://www.servei.cl/2023/12/18/boletin-final-sobre-resultados-parciales-de-la-eleccion-del-consejo-constitucional-2/>
- Soto Barrientos, Francisco. “Participación, representación y partidos: una aproximación a las propuestas constitucionales formuladas por dos textos fallidos (2021-2022 y 2023)”. En *Constitucionalismo crítico en tiempo real: el proceso constituyente en Chile*, dirigido por J. M. Castella Andreu y coordinado por R. Ghazzaoui Piña, 151-168. Editorial Universitas, 2024.
- VV. AA. *Reforma Política en Chile. Desafíos y tareas pendientes*. Centro de Estudios de la Universidad Miguel de Cervantes, 2009.
- Zúñiga Urbina, Francisco. *Nueva Constitución: Reforma y Poder Constituyente en Chile*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

- 
- Zúñiga Urbina, Francisco. “El rechazo en el plebiscito chileno de 4 de septiembre de 2022: perspectivas constitucionales”. *Cuadernos Constitucionales*, N.º 3 (2022): 77-98.
 - Zúñiga Urbina, Francisco. *Constitucionalismo. Pasado, presente y futuro*. Thomson Reuters, 2024.
 - Zúñiga Urbina, Francisco; Alvarado Parra, Enza. *Nueva Constitución y Política Constitucional*. Thomson Reuters, 2021.



La captura electoral antidemocrática del novísimo senado en ciernes en el Perú

EDDIE R. CAJALEÓN CASTILLA

Profesor de Pontificia Universidad Católica del Perú

Sumario: 1. Introducción. 2. El Senado en el procedimiento legislativo ordinario. 3. Y también el Senado en el procedimiento de reforma constitucional. 4. Las nuevas reglas electorales para el Senado: los requisitos negativos de los candidatos a senadores. 4.1. El requisito desproporcionado de la edad y su excepción arbitraria. 4.2. Su inconstitucionalidad e inconvencionalidad. 4.3. El requisito de la edad en América y el mundo. 5. El sistema electoral del Senado. 5.1. El diseño electoral de la reforma constitucional. 5.2. Una fuente de origen: el Informe la Comisión de Alto Nivel del 2019. 5.3. En el derecho constitucional comparado americano. 5.4. La novísima reforma legislativa electoral del Senado. 6. La eliminación de las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (P. A. S. O.). 7. El proyecto de la eliminación de los movimientos regionales. 8. Los juicios políticos contra los expresidentes de la República y expresidentes del Consejo de Ministros. 9. La necesidad de una nueva reforma constitucional y legislativa. 10. Conclusiones. Bibliografía.

En este trabajo estudiamos las nuevas reglas del sistema de elección de los senadores, incorporadas por las reformas constitucionales y legales que restablecen y desarrollan el bicameralismo y el Senado en el Congreso de la República en un contexto especialmente autoritario en el Perú; al respecto, la mayoría parlamentaria actual ha recurrido a estas reglas electorales para capturar el Senado en el próximo período congresal 2026-2031, y aprovechar sus nuevos poderes para vetar y bloquear las reformas constitucionales y legislativas necesarias para satisfacer los intereses generales de la nación, que quieran cambiar precisamente el *statu quo* establecido por dicha mayoría en los últimos años en beneficio de sus propios intereses partidarios.

En este entorno nada favorable para la democracia, la mayoría parlamentaria viene intentando suprimir los derechos políticos de los principales líderes y movimientos de oposición política para impedir su participación en las próximas elecciones generales, mediante la utilización abusiva de los procedimientos de juicio político y de reforma constitucional, para mantenerse en el Congreso y perpetuarse en el poder tanto en el órgano legislativo como en el ejecutivo o de gobierno del país.

1. INTRODUCCIÓN

No es una buena práctica del bicameralismo utilizar este sistema y la elección de los senadores como un factor que menoscabe o suprima la eficacia de los procesos de toma

de decisiones legislativas en un Estado democrático-representativo, no contribuyendo a consolidar la democracia, como advierte la Comisión de Venecia en su reciente Informe sobre el bicameralismo del año 2024.

En el contexto autoritario del período congresal 2021-2026 en curso, la mayoría parlamentaria actual, formada por una coalición de partidos y grupos políticos de escaso respaldo electoral y en la opinión pública, ha hecho abuso del poder constituyente y legislativo para aprobar reformas constitucionales y leyes perjudiciales a los intereses generales de la nación, y establecer un *statu quo* favorable a sus intereses particulares, en distintas materias que atañen al régimen político-democrático y el sistema de justicia, así como a la política criminal y la seguridad ciudadana, que en lugar de luchar contra la delincuencia la favorecen y encubren.

Precisamente, la mayoría parlamentaria ha recurrido a reformas constitucionales y electorales como la que restablece la bicameralidad y el Senado en la estructura del Congreso de la República, publicada el 20 de marzo de 2024, y regula los sistemas de elección de los miembros de las cámaras, para que a partir del próximo período congresal 2026-2031, capturando el Senado si lo permite la voluntad popular, tenga la capacidad de vetar y bloquear las reformas constitucionales y legislativas necesarias para cambiar el *statu quo* establecido en los últimos años.

A este propósito perverso contribuye un conjunto de iniciativas de los congresistas tendientes a impedir que los líderes y movimientos de oposición política participen en las próximas elecciones, como los juicios políticos para inhabilitar a los expresidentes de la República y expresidentes del Consejo de Ministros, y el proyecto de reforma constitucional para eliminar los movimientos regionales.

La utilización de procedimientos aparentemente democráticos por parte de la mayoría parlamentaria, manipulando con abuso su poder constituyente y legislativo y distorsionando la voluntad popular, vía reformas constitucionales, legislativas y electorales, ha vaciado los principios y valores democráticos como los derechos políticos y de participación de los ciudadanos y ciudadanas, el equilibrio y control de poderes, el pluralismo político y la alternancia en el poder político, inherentes al Estado democrático-representativo.

En ese sentido, estos medios fraudulentos utilizados por una mayoría parlamentaria detentadora del poder congresal producen la desviación de las instituciones democráticas a través de competencias, procedimientos y leyes aparentemente democráticas, y comprometen los cimientos del Estado democrático, basado en la sujeción del poder a la voluntad popular en su expresión de la democracia representativa.

2. EL SENADO EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ORDINARIO

La reforma constitucional aprobada por la Ley N.º 31988, que reincorporó el Senado en la estructura del Congreso de la República y en el procedimiento de tramitación ordinaria de las leyes, publicada el 20 de marzo de 2024, no ha asegurado el principio de separación de poderes y el control intraorgánico al interior del Poder Legislativo, porque no fue acompañado necesariamente de un conjunto equilibrado de pesos y contrapesos a favor de ambas cámaras, tanto del Senado como la Cámara de Diputados, de forma que los poderes

otorgados a la primera tengan como correlato otros poderes para la otra, sirviendo de cauce y límites en el ejercicio controlado del poder legislativo.

Así, en la reforma no hay un sistema adecuado de pesos y contrapesos en los poderes atribuidos a cada cámara, por lo que, en lugar de promover un equilibrio en el ejercicio del poder legislativo, pone en marcha un modelo desequilibrado y que da lugar a discrepancias y bloqueos insuperables.

Los poderes del Senado de veto y modificación de los proyectos de ley aprobados por la Cámara de Diputados producen una suerte de bicameralismo simétrico desequilibrado en estos aspectos, con una inusual asimetría a favor del Senado por tener la última palabra sobre la de la Cámara de Diputados en el procedimiento legislativo, sin exigirse que su acuerdo sea aprobado por una especial mayoría absoluta o calificada de 2/3 de votos de sus miembros, ni contemplarse otros sistemas para continuar la tramitación y aprobación de las leyes y resolver los conflictos y discrepancias entre las cámaras que había en la historia constitucional y que hay en el derecho constitucional comparado¹.

Hecha de esta manera, la reforma constitucional ha incorporado al Senado como un nuevo actor o jugador con capacidad de veto en el sistema político peruano, diseñado para que, a partir del próximo periodo congresal, pueda vetar o bloquear las reformas legislativas necesarias para cambiar el *statu quo* impuesto por la coalición mayoritaria parlamentaria del período 2021-2026.

Así, el Senado como segunda cámara al tener la posibilidad de bloquear la legislación, se constituye en un nuevo actor o jugador con veto institucional en el sistema político peruano², porque se requiere que preste su consenso, o esté de acuerdo, para cambiar el *statu quo*, o al menos sus elementos más negativos, mediante la aprobación de nuevas leyes y políticas públicas³.

El artículo 105, párrafos segundo y final, de la Constitución Política del Perú, modificado por la Ley N.º 31988 que restableció la bicameralidad en el Congreso de la República, señala que aprobada la propuesta de ley por la Cámara de Diputados, el Senado lo somete a revisión y tiene la facultad de rechazar la propuesta y mandarla a archivo; además, en el caso de que modifique la propuesta, remite inmediatamente el texto de la autógrafa de ley al presidente de la República para su promulgación (párr. cuarto).

En términos más generales, el Senado, en el procedimiento legislativo ordinario, tiene las atribuciones de aprobar, modificar o rechazar las propuestas legislativas remitidas por la Cámara de Diputados. Además, si se venciese el plazo para su revisión sin pronunciarse, el presidente del Congreso remite la autógrafa de ley aprobada por la Cámara de Diputados, al presidente de la República para que actúe conforme al artículo 108 de la Constitución.

¹ Eddie R. Cajaleón Castilla, "La reforma constitucional de restablecimiento de la bicameralidad y el Senado en el Perú", en *El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político*, eds. César Landa Arroyo y Pedro P. Grández Castro (Lima: Palestra, 2024), 186-187.

² George Tsebelis, *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas* (México: Fondo de Cultura Económica, 2006), 185.

³ Tsebelis, *Jugadores con veto*, 27.

Igualmente, si el Senado la aprobase mediante un acuerdo expreso, remite la autógrafa de ley de la Cámara de Diputados al presidente de la República.

Pero, en los otros supuestos, si el Senado modificase el proyecto, remite la autógrafa de ley en los términos modificados al presidente de la República; y, si el Senado rechaza la propuesta legislativa de la Cámara de Diputados, concluye el procedimiento legislativo, mandándose al archivo.

Al respecto, el poder supremo de veto inmediato y fulminante del Senado en el procedimiento legislativo ordinario⁴, ha sido calificado como una inusual capacidad de veto absoluto e ilimitado sin posibilidad alguna de conciliar discrepancias entre cámaras⁵, que pone en manos de los senadores la facultad suprema⁶ de definir o bloquear la legislación, porque no existe un sistema *navette* ni otros mecanismos para arribar al consenso con la Cámara de Diputados respecto de los desacuerdos, como el llamado a conferencias mixtas⁷, o a sesiones conjuntas.

El veto se considera como absoluto cuando el Senado objeta y se opone al proyecto legislativo como una forma de poner límite a la actuación de la cámara baja y otorgar protección a la sociedad frente a sus abusos posibles⁸; así, manda el proyecto desaprobado al archivo, concluyendo en definitiva el procedimiento legislativo sin ley aprobada. A diferencia, un veto suspensivo sólo tendría efectos temporales limitados, en la medida que transcurrido un período de tiempo, la ley puede aprobarse aún con el veto, por lo que la segunda cámara adquiere el papel de cuerpo colegislador con facultades cooperantes⁹.

En el derecho constitucional comparado, los supuestos de discrepancias y conflictos cuando ocurran entre las cámaras a propósito del procedimiento legislativo se resuelven activando mecanismos de solución como el sistema *navette* o *shuttle*, los comités mixtos de mediación o conciliación y las sesiones conjuntas de los miembros de las cámaras, para buscar y encontrar un consenso político en relación a las propuestas legislativas en trámite y viabilizar que se aprueben.

En especial, cuando se atribuye a la segunda cámara un poder fuerte de veto absoluto o un poder igual al de la primera cámara en un bicameralismo simétrico, deben establecerse mecanismos eficientes de lucha contra el estancamiento, destinados a resolver los desacuerdos entre las cámaras a fin de evitar el bloqueo permanente, sin que ello implique

⁴ Cajaleón Castilla, "La reforma constitucional de restablecimiento de la bicameralidad", 186-187 y 201-202.

⁵ Piedad García-Escudero Márquez, "El retorno al bicameralismo en Perú: contexto comparado y análisis crítico de la reforma constitucional", en *El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político*, eds. César Landa Arroyo y Pedro P. Grández Castro (Lima: Palestra, 2024), 75-76 y 81.

⁶ César Landa Arroyo, "El restablecimiento del Senado ad hoc al populismo iliberal", en *El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político*, ob. cit., 334-335.

⁷ Milagros Campos, "Cuando el diseño importa", en *El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político*, ob. cit., 120 y 124.

⁸ Juan José Ruiz Ruiz, *El veto del Senado* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 164-165.

⁹ Ruiz Ruiz, *El veto del Senado*, 165.

convertir a la segunda cámara en una carga inútil y redundante que socave los procedimientos eficaces de toma de decisiones¹⁰.

El sistema *navette* o *shuttle*, adoptado en las relaciones entre la Asamblea Nacional y el Senado en Francia, consiste en los viajes de la legislación por los que el proyecto de ley transita entre las cámaras hasta que lleguen a un acuerdo sobre el texto de ley definitivo. Si la cámara de origen aprueba y envía el proyecto a la cámara revisora, y esta lo ratifica, el procedimiento finaliza con una nueva ley; en caso contrario, si la cámara revisora tiene una opinión diferente desaprobando o modificando el proyecto, este viaja de regreso a la primera para que la reconsidere y vuelva a pronunciarse, y a su vez, vuelve a la segunda para que también la reexamine y se pronuncie.

El texto adoptado por cada cámara puede pasar, ir y venir, de una a otra tantas veces hasta llegar a una versión aceptable para ambas; pero, para evitar esfuerzos interminables de conciliación, el número de viajes o rondas se limita por las normas parlamentarias, y si no se llega a un texto común, finalmente, el proyecto de ley se considera rechazado o se atribuye la última palabra a la cámara baja por acuerdo aprobado por mayoría calificada, o por mayoría simple una vez vencido un determinado plazo¹¹.

Así, este sistema introduce reglas complejas en la medida que el proyecto de ley viene y va de una cámara a la otra hasta que se llegue a un acuerdo entre las cámaras, con un número de vueltas potencialmente infinito como en Italia, o se establezca una regla que lo detenga y ponga fin¹². En Italia, en caso de que no se apruebe por la primera cámara las modificaciones de la segunda cámara, el proyecto de ley vuelve a pasar a la otra y así sucesivamente en idas y venidas hasta que se acuerde un texto único o hasta que una de las cámaras rechace íntegramente¹³.

Por un lado, el sistema *navette* se convierte en la pieza fundamental que dota de un marco de estabilidad apropiado para el bicameralismo; pero, por otra parte, se corre el riesgo, que debe ser evitado, de ser instrumentalizado como un mecanismo de obstrucción y una táctica dilatoria¹⁴.

Para su funcionamiento adecuado, el número de viajes se puede acotar a dos (2): “cámara de origen-cámara revisora-cámara de origen” (Cámara de Diputados-Senado-Cámara de Diputados), o a tres (3) viajes: “Cámara de Diputados-Senado-Cámara de Diputados-Senado”. Con dos (2) viajes, la cámara de origen, que suele ser la Cámara de Diputados recupera su posición prevalente; pero, con tres (3), la cámara revisora, usualmente el Senado, adquiere una posición preponderante.

También puede regularse el poder de insistencia de los textos aprobados, para que prevalezca la posición de cada cámara, como establecerse que el acuerdo se adopte por el voto

¹⁰ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho – Comisión de Venecia. *Informe sobre bicameralismo* (Estrasburgo, 18 de marzo de 2024), párr. 187.

¹¹ Comisión de Venecia, *Informe sobre bicameralismo*, párr. 104.

¹² Tsebelis, *Jugadores con veto*, 189-190.

¹³ César Aguado Renedo, *Informe sobre el Senado italiano* (Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, diciembre, 2005), 27.

¹⁴ Ruiz Ruiz, *El veto del Senado*, 202-203.

de mayorías especiales de sus miembros: por mayoría absoluta, o por mayoría calificada de al menos dos tercios (2/3).

Se clasifica como otro tipo al denominado veto traslativo que produce el levantamiento del veto senatorial por la cámara baja. Fue adoptado por las Constituciones europeas que incorporaron en el procedimiento legislativo un sistema de una nueva deliberación de la cámara baja para salvar el veto de la cámara alta¹⁵. Son buenos ejemplos los sistemas constitucionales del Reino Unido y España, el veto de la Cámara de los Lores y del Senado español se caracteriza por ser suspensivo y remontable o superable mediante la nueva aprobación de los proyectos por parte de la Cámara de los Comunes o el Congreso de los Diputados, respectivamente, luego de transcurrido un período de tiempo determinado¹⁶.

La Constitución Política del Perú de 1979 en el artículo 192 señala que los proyectos aprobados por una cámara pasan a la otra para su revisión, y las adiciones y modificaciones se sujetan a los mismos trámites que los proyectos.

En su párrafo segundo indica que cuando una de las cámaras desapruere o modifique un proyecto de ley aprobado por la otra, la cámara de origen puede insistir en su resolución primitiva mediante los dos tercios (2/3) de votos del total de sus miembros. A su vez, la cámara revisora puede insistir con el rechazo o con la modificación, igualmente mediante los dos tercios (2/3) de votos. En el supuesto que los reúna, no hay ley; pero, si no los reúne, se tiene como ley lo aprobado por la cámara de origen que insistió.

El Informe Final de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política del 2019 presentó una propuesta de ley de reforma constitucional para promover la gobernabilidad. El artículo 105 de dicha propuesta planteó que aprobado un proyecto de ley por la Cámara de Diputados, su presidente da cuenta inmediata del mismo al presidente del Senado, que lo somete a revisión.

Según la propuesta, el Senado se pronuncia en el plazo máximo de sesenta (60) días, reducible a la mitad si fue enviado con carácter urgente por el Poder Ejecutivo o por la Cámara de Diputados. Si no se pronuncia se tiene por aprobado el texto de la Cámara de Diputados. No obstante ello, si son objeto de revisión y pronunciamiento obligatorio del Senado los proyectos de reforma constitucional, leyes orgánicas, limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales, materias del régimen económico de la Constitución, defensa nacional, descentralización y aprobación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo.

Además, en caso de que el Senado desapruere o modifique un proyecto de ley aprobado, la Cámara de Diputados puede insistir con su propuesta inicial con el voto de los dos tercios (2/3) del total de sus miembros. Finalmente, el Senado puede insistir en su posición mediante el voto de los dos tercios (2/3) del número legal de sus miembros, en el plazo de treinta (30) días. Si los reúne se tiene por aprobado el texto del Senado; pero, si no los reúne, se tiene como tal lo aprobado en la Cámara de Diputados.

¹⁵ Ruiz Ruiz, *El veto del Senado*, 166-167.

¹⁶ Marian Ahumada, *Informe sobre segundas cámaras en Europa: la Cámara de los Lores* (Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, diciembre, 2005), 39-40; Piedad García-Escudero Márquez y Benigno Pendás García, "El Senado en el sistema constitucional español: realidades y perspectivas", *Revista de las Cortes Generales*, N.º 2 (1984): 56 y 59.



Además, un comité mixto de conferencia para mediación o conciliación, formado por varios miembros de cada cámara cuando hay lugar a desacuerdos entre cámaras, puede reunirse para discutir y acordar un texto legislativo que aprueben de manera conjunta. Después, las dos cámaras en sesiones plenarias por separado debaten, votan y toman la decisión final sobre la aprobación del proyecto de ley, cuyo texto fue propuesto por el comité de sus miembros¹⁷.

Por último, el bloqueo entre las cámaras legislativas que debaten y votan por separado puede solucionarse mediante la convocatoria a sesiones conjuntas que reúnan a la totalidad de los miembros de ambas cámaras, quienes integran un solo órgano y toman la decisión final de aprobar o no el proyecto de ley; en este mecanismo, se debe tener en cuenta que como la cámara baja está compuesta por un número muy superior de miembros al que tiene la cámara alta, el resultado de la votación como regla general es posible que sea favorable a la opinión de la primera¹⁸.

3. Y TAMBIÉN EL SENADO EN EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Asimismo, ahora, para el procedimiento de reforma constitucional se requiere para su aprobación la mayoría absoluta del número legal de miembros de cada cámara: Cámara de Diputados y Senado, y su ratificación por referéndum; y, se puede omitir éste, sólo si se aprueba por mayoría calificada de los dos tercios (2/3) de los miembros de cada cámara en dos (2) legislaturas ordinarias sucesivas.

Así, aunque los senadores no tienen iniciativa para proponerla, el Senado tiene relevancia especial en el procedimiento de reforma constitucional, adquiriendo una posición paritaria a la de la Cámara de Diputados en materias particularmente importantes en la vida política del país¹⁹. La intervención y aprobación necesaria por parte del Senado de las reformas constitucionales tiene por objeto proteger los valores y disposiciones esenciales del texto constitucional, entre ellos los derechos fundamentales de toda persona y de los ciudadanos²⁰.

Un poder constituyente tan importante en manos de la mayoría parlamentaria actual puede no sólo retrasar su tramitación sino vetar y bloquear las reformas constitucionales que necesita el país, para mantener el *statu quo* favorable a sus intereses particulares, en especial luego de un período congresal con modificaciones tan perjudiciales a los intereses de la nación.

¹⁷ IDEA Internacional, *Bicameralismo. Guía introductoria 2 para la elaboración constitucional* (Estocolmo: IDEA, 2020), 26.

¹⁸ IDEA Internacional, *Bicameralismo*, 26.

¹⁹ García-Escudero Márquez y Pendás García, "El Senado en el sistema constitucional español", 62.

²⁰ Comisión de Venecia, *Informe sobre bicameralismo*, párr. 168.

4. LAS NUEVAS REGLAS ELECTORALES PARA EL SENADO: LOS REQUISITOS POSITIVOS DE LOS CANDIDATOS A SENADORES

4.1. El requisito desproporcionado de la edad y su excepción arbitraria

Entre las nuevas reglas electorales antidemocráticas tenemos, entre otras, las que incorporan la misma Ley N.º 31988 de Reforma Constitucional que restablece la bicameralidad en el Congreso así como su nueva ley electoral, la Ley N.º 31981 que modifica la Ley N.º 28094, Ley de Organizaciones Políticas, sobre Elecciones Primarias, que eliminó las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (P. A. S. O.), y el Proyecto de Ley de Reforma del artículo 35 de la Constitución Política para eliminar los movimientos regionales.

La reforma constitucional que restableció el Senado ha establecido como requisito para postular al cargo de senador la edad de cuarenta y cinco (45) años, exceptuando de dicho requisito a quienes han sido congresistas, miembros de la mayoría parlamentaria actual; asimismo, instituyó un sistema electoral mixto, que combina el sistema mayoritario para elegir al menos un (1) senador por cada circunscripción electoral (uninominal) y los demás senadores se elijan por sistema proporcional por circunscripción única nacional (plurinominal).

Por un lado, tenemos un requisito que deben cumplir los senadores, y por otro, las reglas básicas que regulan el sistema electoral para la elección de los senadores.

Con relación al primer tema, el artículo 90, párrafo quinto, de la Constitución, modificado por la Ley N.º 31988, señala los requisitos que deben cumplir los candidatos para ser senador: uno *(i)*, ser peruano de nacimiento; dos *(ii)*, gozar del derecho de sufragio; y, tres *(iii)*, *haber cumplido cuarenta y cinco (45) años al momento de la postulación o haber sido congresista o diputado*. Para ser diputado se exige haber cumplido veinticinco (25) años.

Comparando las condiciones que deben cumplir los candidatos a senadores en diversos Estados del continente americano y de la región latinoamericana tenemos predominantemente dos requisitos positivos más comunes: uno *(i)*, la condición de ciudadano del Estado en ejercicio pleno del derecho al sufragio activo; y dos *(ii)*, una determinada edad superior a la mayoría de edad y a la que es requerida para ser diputado.

Todos los ordenamientos exigen la condición de ciudadanía para la elección a los cargos públicos de elección popular, variando si se requiere exclusivamente ciudadanía por nacionalidad de origen o nacimiento o se permite todo tipo de ciudadanía o nacionalidad (como la adquirida por naturalización), y con la salvedad si se otorga a los extranjeros en especial en las elecciones locales o municipales²¹.

La diferencia de edad requerida en relación al sufragio activo y a los diputados es explicada por razones de prudencia política en la medida que es conveniente para el ejercicio de ciertos cargos públicos de relevancia, como los de senadores, se requiera la madurez y experiencia que proporciona la mayoría de edad.

²¹ Manuel Aragón Reyes y Francisco Javier Matia Portilla, "Derecho electoral: sufragio activo y pasivo", en *Derecho electoral latinoamericano Un enfoque comparativo*, comps. Dieter Nohlen, Leonardo Valdés y Daniel Zovatto (México: Fondo de Cultura Económica, 2019), 238-239.



La edad de cuarenta y cinco (45) años requerida por la reforma constitucional peruana nos parece excesiva y desproporcionada por sí misma para el caso peruano y en relación al derecho constitucional comparado, colocándose en la mayor exigida en *nuestra historia constitucional* y al menos en el *continente americano* y la *región latinoamericana*, también parece en el *mundo*, sin ningún antecedente que pueda considerarse como experiencia positiva de algún país. En un país que exigió cuarenta (40) años, posteriormente se rebajó y se requiere ahora sólo treinta y cinco (35).

Por otro lado, el requisito alternativo a la edad, el haber sido congresista o diputado, tampoco tiene ningún antecedente en el derecho constitucional comparado, y puede fácilmente acusarse que contraviene los principios de universalidad e igualdad del sufragio en el Estado democrático, reconocidos constitucionalmente (artículo 31, párr. cuarto, de la Constitución peruana), y por los tratados de derechos humanos. Nuestra Constitución en el artículo 103, párrafo final, señala que no ampara el abuso del derecho.

4.2. Su inconstitucionalidad e inconvencionalidad

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 23.1, literales b y c, señala que todos los ciudadanos tienen el derecho de ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y de tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país, lo que ya aparecía consagrado en el artículo 21, numerales 2 y 3, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el artículo 25, literales b y c, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que si bien los requisitos para ejercer los derechos políticos no constituyen per se una restricción indebida, su reglamentación debe observar los principios de legalidad, de no discriminación, basarse en criterios razonables (idoneidad), atender a un propósito útil y oportuno que sea necesario para satisfacer un interés público imperativo (necesidad), y ser proporcional a dicho objetivo en una sociedad democrática (proporcionalidad), debiendo escoger entre varias opciones la que restrinja en menor grado el derecho protegido²².

Las *Constituciones peruanas conservadoras de 1839 y de 1860* exigían tener cuarenta (40) y treinta y cinco (35) años respectivamente, con una sociedad con menor esperanza de vida a la de hoy, y también una renta anual de ingresos económicos o ser profesor de alguna ciencia, lo que refleja el carácter profundamente elitista del sufragio de la época.

Las *Constituciones peruanas de 1933 y de 1979* consolidaron el requisito de la edad para ser senador en treinta y cinco (35) años, sin excepciones.

Exigir como requisito la edad excesiva de cuarenta y cinco (45) años, exceptuándola por la condición de congresista o diputado, constituyen por sí solas y en bloque medidas irrazonables y desproporcionadas que lesionan el derecho al sufragio pasivo y los principios de universalidad e igualdad, reconocidos constitucional y convencionalmente, porque favorecen a grupos privilegiados, los mayores de dicha edad y a quienes fueron congresistas o diputados, en desmedro de colectivos mayoritarios de ciudadanos excluidos que por

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 206.

cumplir una edad razonable (35 años), sin necesidad de tales condiciones, cumplen con la madurez y experiencia asociada a su edad, para gozar del sufragio pasivo y acceder al cargo de senador si son elegidos por la voluntad popular.

Inclusive, nos parece mucho más arbitrario el grupo privilegiado muy minoritario de los congresistas o diputados, una verdadera élite, por haber otras medidas posibles menos gravosas a la restricción del sufragio pasivo de un colectivo amplio de ciudadanos que por haber sido concejales o alcaldes, consejeros regionales o presidentes regionales, inclusive presidente de la República si fuera el caso, o tenido otros cargos o funciones públicas, podrían gozar de la excepción al requisito de la edad para postular y ser elegido senador.

4.3. El requisito de la edad en América y el mundo

Así, en *nuestro continente*, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos exige para ser senador los mismos requisitos que para ser diputado, excepto el de la edad que será la de veinticinco (25) años cumplidos el día de la elección. Para ser diputado requiere, entre otros, ser ciudadano mexicano, por nacimiento, en ejercicio de sus derechos, y tener dieciocho (18) años cumplidos el día de la elección.

La Constitución de los Estados Unidos de América señala que ninguna persona podrá ser senador si no ha cumplido treinta (30) años de edad, si no ha sido ciudadano de los Estados Unidos durante nueve (9) años, y si en la fecha de su elección no es residente en el Estado por el cual será elegido.

Igualmente, la Constitución de Argentina dispone que los requisitos para ser elegido senador son tener la edad de treinta (30) años, haber sido seis (6) años ciudadano de la nación, disfrutar de una renta anual de dos mil (2 000) pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija o con dos (2) años de residencia inmediata en ella; y, la Constitución de Colombia indica que para ser elegido senador se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, y tener más de treinta (30) años de edad en la fecha de elección.

La Constitución de Brasil además de la nacionalidad brasileña, el ejercicio pleno de los derechos políticos, el domicilio electoral en la circunscripción y la afiliación a un partido político, exige la edad mínima de treinta y cinco (35) años para ser senador.

La Constitución de Chile dada en el régimen del general Augusto Pinochet en 1980 estableció que para ser elegido senador se requería ser ciudadano con derecho a sufragio, tres (3) años de residencia en la respectiva región contados hacia atrás desde el día de la elección, haber cursado la enseñanza media o equivalente, y tener cumplidos cuarenta (40) años de edad el día de la elección. En este tema, fue reformada y actualmente la Constitución chilena señala que para ser elegido senador se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, haber cursado la enseñanza media o equivalente, y tener cumplidos treinta y cinco (35) años de edad al día de la elección.

El Proyecto de Constitución chilena de 2023 propuso que para ser elegido senador se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, tener cumplidos treinta y cinco (35) años de edad al día de la elección, haber cursado la enseñanza media o equivalente, y tener residencia en la región del territorio electoral correspondiente durante un plazo no inferior a 2 años contado hacía atrás desde el día de la elección.

En el *mundo*, la República Checa e Italia exigen 40 años de edad según datos de la Comisión de Venecia, no registrándose un requisito etario mayor en algún país²³.

Así podemos ver que algunas Constituciones agregan otro requisito común más, el de tener un vínculo con la circunscripción o distrito electoral por el que postulan. Estados Unidos exige ser residente en la fecha de su elección del Estado por el cual será elegido; Brasil requiere el domicilio en la circunscripción; y, Argentina exige ser natural de la provincia que lo elija o dos (2) años de residencia inmediata en la misma.

En el caso de los senadores a elegir por circunscripciones electorales, exigir el domicilio o residencia en la circunscripción pudo servir para asegurar una relación o vínculo del senador con la población que vive en la misma para construir la representación política de la nación teniendo en cuenta también los intereses locales.

5. EL SISTEMA ELECTORAL DEL SENADO

5.1. El diseño electoral de la reforma constitucional

El artículo 90, segundo párrafo, de la Constitución, modificado por la Ley N.º 31988, contempla los *principios básicos del sistema electoral del Senado*, disponiendo que una ley orgánica en materia electoral asegure que por lo menos se elija a un senador por cada circunscripción electoral, y los demás senadores se elijan por circunscripción electoral única y nacional.

De esta manera, se diferencia del sistema electoral proporcional puro y tradicional que se ha venido aplicado para el congreso y se aplicará solo para la cámara de diputados, incorporando un sistema mayoritario para elegir un senador por cada circunscripción, que combina con el sistema proporcional para elegir a los restantes senadores por una circunscripción nacional única.

El sistema electoral en sentido propio y restringido es aquel que tiene por finalidad determinar los principios y reglas bajo los cuales los electores expresan sus preferencias políticas a través de los votos, y sus votos se convierten en escaños parlamentarios, en este caso escaños senatoriales²⁴.

Mientras que en el sistema mayoritario la adjudicación de un escaño depende de que un candidato reúna la mayoría exigida de los votos, que puede ser relativa o absoluta (a dos vueltas), de su circunscripción (uninominal), en el sistema proporcional la adjudicación de los escaños resulta del porcentaje de votos que obtienen las listas de candidatos propuestas por las fuerzas políticas, que se transforman en los candidatos elegidos de la respectiva circunscripción (plurinominal)²⁵.

²³ Comisión de Venecia, *Informe sobre bicameralismo*, 39, párr. 173.

²⁴ Dieter Nohlen, "Sistemas electorales parlamentarios y presidenciales", en *Derecho electoral latinoamericano Un enfoque comparativo*, ob. cit., 373.

²⁵ Nohlen, "Sistemas electorales parlamentarios y presidenciales", 380.

5.2. Una fuente de origen: el Informe la Comisión de Alto Nivel del 2019



Aquí se ha seguido en parte sustancial el *Informe de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política del 2019*, que propuso modificar la ley orgánica de elecciones respecto al sistema electoral nacional, también combinando elementos de los sistemas mayoritario y proporcional, contemplando que para la elección de la cámara de senadores, compuesta de cincuenta (50), se asigna un (1) escaño a cada departamento, en el caso del departamento de Lima se divide un (1) escaño para Lima Metropolitana y uno (1) otro para Lima Provincias, y uno (1) para la Provincia Constitucional del Callao; y, los demás escaños veinticuatro (24) se eligen por circunscripción electoral única.

En dicho informe se explicaba que este sistema obedecía a criterios de desconcentración del poder y de descentralización de los representantes con al menos uno (1) por cada circunscripción, que permite que todas las circunscripciones estén debidamente representadas; y, la representación así distribuida se compensa con la representación proveniente de la circunscripción electoral única, porque las circunscripciones uninominales producen una alta relación de desproporcionalidad entre los porcentajes de los votos con los porcentajes de escaños obtenidos por un partido; en cambio, la circunscripción única desarrolla más proporcionalidad entre estos dos factores, además es un espacio en el que pueden presentarse los líderes de los partidos, contribuyendo al debate parlamentario, si también se contempla la posibilidad que los candidatos presidenciales que no ganen puedan estar presentes en el parlamento.

Ahora, la elección puede hacerse no solo por mayoría relativa, sino podría exigirse mayoría absoluta, y si no es obtenida por ningún candidato se convocaría a los dos (2) más votados a una segunda vuelta, como la elección presidencial sujeta a balotaje.

Otra omisión es no valorar la implementación de políticas de participación efectiva de los pueblos y comunidades indígenas en el sistema electoral de los representantes de las cámaras²⁶; así, por ejemplo, la Constitución de Colombia en el artículo 171 señala que el Senado se integra por cien (100) miembros elegidos en circunscripción nacional, y por un número adicional de dos (2) senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas²⁷.

5.3. En el derecho constitucional comparado americano

En cada uno de los países del *continente* y la región Latinoamérica se adoptan una diversidad de sistemas electorales, que responden a sus realidades particulares.

El Senado de los Estados Unidos de América está compuesto por cien (100) senadores; para conformarlo, dos (2) senadores son elegidos popularmente por cada uno de los cincuenta (50) estados²⁸.

²⁶ Raúl Ávila Ortiz, "Representación de minorías étnicas", en *Derecho electoral latinoamericano Un enfoque comparativo*, ob. cit., 765.

²⁷ Nohlen, "Sistemas electorales parlamentarios y presidenciales", 398; Ávila Ortiz, "Representación de minorías étnicas", 765.

²⁸ Barbara Sinclair, "Coequal partner: the U.S. senate", en *Senates Bicameralism in the contemporary world*, eds. Samuel C. Patterson y Anthony Mughan (Columbus: Ohio State University Press, 1999),



Entre los países latinoamericanos, México, Argentina y Brasil, con una estructura federal, tienen sistemas electorales que difieren para elegir al Senado y a la Cámara de Diputados; por una parte, la elección de la cámara baja se hace sobre la base de representación proporcional; y por otra, el Senado se elige sobre la base de representación territorial con un número igual de senadores tres (3) por cada estado o provincia, a lo que México agrega un distrito único de treinta y dos (32) senadores que se reparten entre los partidos según una fórmula proporcional con método de cociente simple y resto mayor: cuota Hare²⁹.

La Constitución mexicana en el artículo 56 indica que la cámara de senadores está integrada por ciento veintiocho (128) senadores. También establece que en el caso de los senadores de cada estado y la ciudad de México, dos (2) senadores son elegidos según el principio de votación mayoritaria relativa, y uno (1) es asignado a la primera minoría correspondiente al partido que haya ocupado el segundo lugar en número de votos. Además, los treinta y dos (32) senadores restantes son elegidos según el principio de representación proporcional, por sistema de listas en una sola circunscripción plurinominal nacional, conformadas de acuerdo al principio de paridad y encabezadas alternadamente entre mujeres y hombres por cada período electivo.

El sistema de elección del Senado adoptado por México, que combina también los sistemas mayoritario y proporcional, es ejemplar; por una parte, el sistema es mayoritario con representación minoritaria, en virtud del cual se eligen a los senadores en treinta y dos (32) circunscripciones trinominales, repartándose dos (2) escaños para el partido más votado y uno (1) para la primera minoría; y por otro lado, es sistema proporcional para elegir a los demás treinta y dos (32) senadores en una circunscripción plurinominal nacional o única³⁰.

La reforma constitucional al establecer para el Senado un sistema electoral regido parcialmente bajo el principio y regla mayoritaria con circunscripciones uninominales, por el cual se elige a un senador por cada una de dichas circunscripciones, hace necesaria la presentación de candidaturas individuales, ya no de listas, por parte de los partidos políticos, y también abre la posibilidad de la postulación de *candidatos independientes* sin necesidad que sean presentados por los partidos sino directamente por los ciudadanos.

El rasgo característico del candidato independiente es que es un ciudadano que se postula y obtiene su registro sin la intervención directa o indirecta de un partido político; no debiendo confundirse, por ejemplo, con los candidatos que invitan los partidos para presentarse a pesar de que no forman parte de sus afiliados³¹.

Esta posibilidad debe ser tomada en cuenta por el legislador al aprobar la nueva ley orgánica electoral que no solo se viabiliza por el carácter parcialmente mayoritario del sistema electoral del Senado, sino que se hace indispensable frente a la desconfianza de la ciudadanía inspirada en los partidos que han optado por impedir la selección democrática de sus candidatos, por aprovecharse ilícitamente de los recursos públicos incurriendo en actos

32; Arend Lijphart, *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en 36 países* (Barcelona: Ariel, 2000), 195.

²⁹ Diego Reynoso, "Las variedades del bicameralismo en América Latina", *Miríada*, N.º 4 (2009): 16.

³⁰ Nohlen, "Sistemas electorales parlamentarios y presidenciales", 398-399.

³¹ Marcela Ávila-Eggleton y Leonardo Valdés, "Candidaturas independientes", en *Derecho electoral latinoamericano Un enfoque comparativo*, ob. cit., 634.

de corrupción, y por alejarse de la sociedad cuyos intereses generales no han cumplido con representar ni defender.

Sin embargo, las candidaturas independientes no dejan de ser polémicas y cuestionables en la medida que el funcionamiento adecuado de la democracia exige la existencia de un sistema estable de partidos políticos que medien entre la sociedad y el Estado, haciendo llegar sus demandas colectivas por una vía institucional; y, precisamente, lo que hacen las candidaturas independientes a través de líderes carismáticos: caudillos, sin experiencia, es debilitar a los partidos³².

El problema es que el argumento democrático no puede ser exhibido por los partidos cuando se comportan antidemocráticamente en la designación de sus candidatos por sus líderes o cúpulas partidarias para satisfacer exclusivamente sus intereses particulares de grupo.

5.4. La novísima reforma legislativa electoral del Senado

Recientemente, la *Ley N.º 32245, Ley que modifica la ley orgánica de elecciones y otras leyes para adecuar la normativa electoral al proceso de elecciones del Congreso bicameral*, publicada el 15 de enero de 2025, regula en detalle los sistemas electorales de los senadores y diputados; en relación a los primeros, para las elecciones generales del 2026, el Senado está compuesto por sesenta (60) senadores, elegidos por el período de cinco (5) años.

Entre sus disposiciones, por una parte, en un distrito electoral múltiple, el sistema mayoritario se aplica para la elección de un (1) senador por cada una de las veintisiete (27) circunscripciones electorales en las que se divide el país. A una (1) circunscripción se le asigna un (1) escaño, por cada departamento y además una (1) por Lima Provincias, una (1) por la Provincia Constitucional del Callao y una (1) por los Peruanos Residentes en el Extranjero. Como excepción, a la circunscripción de Lima Metropolitana se le asigna cuatro (4) escaños, aplicando el sistema proporcional y voto preferencial opcional para la elección.

Por otro lado, los demás senadores, que corresponden a treinta (30) escaños, son elegidos por distrito electoral único nacional aplicando el sistema proporcional y doble voto preferencial opcional.

Las reglas establecidas por la ley contienen deficiencias serias que también favorecen a la mayoría parlamentaria actual; así, en primer lugar (i), no incorpora la elección de al menos dos (2) senadores mediante circunscripción electoral especial para representar a los pueblos y comunidades indígenas, como lo hace la legislación colombiana conforme a su Constitución.

En segundo término (ii), la mitad del sistema electoral, por sistema mayoritario, se altera cuando se atribuye cuatro (4) escaños a Lima Metropolitana para elegirse por sistema proporcional, cuando lo adecuado era utilizar el mismo sistema mayoritario dividiendo dicha circunscripción en cuatro (4) circunscripciones uninominales, como por ejemplo sur, norte, este y oeste.

³² Ávila-Eggleton y Valdés, "Candidaturas independientes", 635-637.



Como tercer aspecto (iii), omite exigir el tipo de mayoría absoluta para la elección de cada senador por circunscripción uninominal en el sistema mayoritario, y a dos (2) vueltas (doble ronda electoral o balotaje) si no la alcanzan, para que el senador electo goce de mayor legitimidad y respaldo popular, lo que carecería si es elegido por cualquier mayoría simple de votos. Esta modalidad electoral rige para la elección del presidente de la República y los dos vicepresidentes, y para los gobernadores y vicegobernadores regionales para los que se exige al menos el 30 % de votos en primera vuelta.

En cuarto y último lugar (iv), no contempla las candidaturas independientes para que líderes y lideresas de la sociedad civil postulen al Senado, con el apoyo de los ciudadanos y ciudadanas, y sin intervención de partidos, tanto en las circunscripciones uninominales como en las plurinominales, aunque especialmente en las elecciones uninominales en las que compiten un solo candidato propuesto por cada organización política.

6. LA ELIMINACIÓN DE LAS ELECCIONES PRIMARIAS, ABIERTAS, SIMULTÁNEAS Y OBLIGATORIAS (P. A. S. O.)

La Ley N.º 30998, publicada el día 27 de agosto de 2019, modificó la ley de organizaciones políticas para promover la participación política y la democracia en las organizaciones políticas, estableciendo que mediante elecciones primarias se elijan a los candidatos que postulen a los cargos de presidente de la República, congresistas, gobernadores regionales y alcaldes provinciales y distritales.

Las elecciones primarias de los candidatos se realizan de manera simultánea mediante voto universal, libre, obligatorio, igual, directo y secreto de todos los ciudadanos, estén o no afiliados al partido u organización política; es decir, se sujetan a la modalidad de *elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (P. A. S. O.)* como es conocida.

El Informe de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política propuso también esta reforma legislativa para establecer el sistema de elecciones abiertas a la participación ciudadana en el país, en la medida que permite que las candidaturas que presenten las organizaciones políticas salgan del ámbito de sus dirigencias y de un número reducido de militantes, y se acerquen a las preferencias de todos los ciudadanos.

Lamentablemente, la mayoría parlamentaria actual aprobó la Ley N.º 31981, publicada el día 18 de enero de 2024, volviendo a modificar la ley de organizaciones políticas, *suprimiendo las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (P. A. S. O.)*, y disponiendo que las elecciones primarias y simultáneas se lleven a cabo conforme a la modalidad que elija la organización política.

De esta manera, la ley que eliminó las elecciones P. A. S. O. ha privado a la ciudadanía de participar en la selección de los candidatos y candidatas, y ha dejado exclusivamente a los partidos políticos la facultad discrecional de escogerlos para las elecciones congresales, entre otras, a través de las modalidades de elecciones primarias que estimen convenientes, con influencia decisiva de las cúpulas de los partidos.

Así, los partidos y sus cúpulas han recuperado autonomía total para manejar sus elecciones internas, celebrándolas cuando quieran, sin dotar al Estado de la capacidad para

organizarlas, ni para incorporar elementos plenamente democráticos con participación de la ciudadanía, ni de fijar el momento en que deben llevarlas a cabo³³.

7. EL PROYECTO DE LA ELIMINACIÓN DE LOS MOVIMIENTOS REGIONALES

El artículo 35, primer párrafo, de la Constitución señala que los ciudadanos pueden ejercer sus derechos políticos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, y se inscriben en el registro respectivo que les concede personalidad jurídica.

Este es un sistema que no implica el monopolio exclusivo de los partidos, sino un modelo compartido en el que además de los partidos otros movimientos políticos y las alianzas que éstos formen, pueden participar en las elecciones en los distintos niveles nacional, regional y local o municipal³⁴.

En relación a esta disposición constitucional, la mayoría parlamentaria actual presentó un *proyecto de reforma constitucional para eliminar la participación de los movimientos regionales* en los procesos electorales, y éste fue aprobado en primera votación; sin embargo, no alcanzó los votos de la mayoría calificada superior a los 2/3 del número legal de congresistas para aprobarlo en segunda votación, a pesar de haberse sometido a votación en dos oportunidades los días 20 de noviembre y 12 de diciembre de 2024.

Posteriormente, algunos congresistas han insistido mediante un recurso de reconsideración para que se vuelva a votar en otra oportunidad más, y con ello el Congreso no ha declinado de la posibilidad de volver a tramitarlo y finalmente aprobarlo si reúne la votación favorable requerida constitucionalmente.

De aprobarse excluiría del derecho de participar a los movimientos regionales en las elecciones, no permitiendo que postulen sus candidatos al cargo de senador en las circunscripciones correspondientes, y dejando única y exclusivamente que los partidos que conforman la mayoría parlamentaria actual, presenten candidatos y accedan al Senado.

8. LOS JUICIOS POLÍTICOS CONTRA LOS EXPRESIDENTES DE LA REPÚBLICA Y EXPRESIDENTES DEL CONSEJO DE MINISTROS

En el año en curso 2025, el Congreso procesó y sometió a juicios políticos a los expresidentes de la República Martín Vizcarra y Francisco Sagasti, y los expresidentes del Consejo de Ministros Salvador del Solar y Vicente Zaballos en las sesiones del pleno realizadas los días 30 de abril y 1º de mayo de 2025. El expresidente Martín Vizcarra fue acusado por haber cometido una presunta infracción constitucional con ocasión de la disolución del Congreso dispuesta el 30 de setiembre de 2019, como también los exministros Salvador del Solar y Vicente Zaballos; además, el expresidente Francisco Sagasti fue acusado por el pase a retiro de los generales de la Policía Nacional del Perú llevado a cabo en el mes de noviembre de 2020.

³³ Flavia Freidenberg, “Democracia interna en los partidos políticos”, en *Derecho electoral latinoamericano Un enfoque comparativo*, ob. cit., 663.

³⁴ Carlos Blancas Bustamante, *Derecho electoral peruano* (Lima: Palestra, 2020), 282-283.



El propósito de las acusaciones y juicios políticos era aprobar la inhabilitación de los expresidentes y exministros en el ejercicio de la función pública hasta por diez (10) años, lo que incluye la suspensión de sus derechos políticos a ser elegido y postular para todo cargo público representativo, como para ser presidente, senador o diputado, así como también para ejercer toda función pública como la ministerial.

La mayoría parlamentaria no obtuvo el número de votos necesarios para aprobar las acusaciones y disponer la inhabilitación en todos los casos, aunque si aprobó la denuncia contra el expresidente Sagasti por el presunto delito de abuso de autoridad, para someterlo a una investigación y proceso penal ante la Fiscalía de la Nación y la Corte Suprema, que requería una votación inferior a la inhabilitación.

Como en otros procedimientos parlamentarios, se presentaron recursos de reconsideración para permitir al Congreso volver a debatir los casos y aprobar las inhabilitaciones propuestas si reunieran los votos necesarios, por lo que la mayoría parlamentaria puede en cualquier momento privar a los expresidentes y ministros de sus derechos de participación política, en cuanto líderes de oposición, para que no compitan en las próximas elecciones.

En mérito de uno de estos recursos, en la sesión del 11 de junio de 2025, el Congreso aprobó por la mayoría de votos requeridos la sanción de inhabilitación por diez (10) años de la función pública contra el expresidente Vizcarra.

Como ha ocurrido en otros casos en la historia peruana, los juicios políticos continúan siendo utilizados en estos casos como represalias contra los opositores políticos para castigarlos y apartarlos de la vida política³⁵; por ello, se ha propuesto que la acusación constitucional que promueva la Cámara de Diputados ante el Senado no contemple la facultad de sancionar con inhabilitación, ni destitución, al funcionario procesado por infracción constitucional, sino que la acusación se limita a los delitos de función que, posteriormente, el Ministerio Público investigue y denuncie ante el Poder Judicial³⁶.

9. LA NECESIDAD DE UNA NUEVA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVA

Para mejorar y corregir las reglas electorales del Senado es imprescindible que se apruebe una nueva reforma constitucional y legislativa que modifique y amplíe dichas reglas acorde al Estado democrático-representativo.

La *nueva reforma constitucional* debe incluir, entre otros puntos, los siguientes: uno (i), reducir el requisito etario a treinta y cinco (35) años de edad para postular al cargo de senador, sin ninguna excepción; es decir, sin favorecer a grupos privilegiados: congresistas y diputados; dos (ii), agregar la elección de dos (2) senadores mediante circunscripción especial por los pueblos y comunidades indígenas; y tres (iii), contemplar los principios y reglas básicas de las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (P. A. S. O.)

³⁵ Valentín Paniagua Corazao, "La justificabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N.º 3 (1999): 202.

³⁶ Marcial Rubio Correa (coord.), *Hacia un nuevo pacto constitucional en el Perú Un proyecto de Constitución desde la universidad* (Lima: Palestra-Fondo Editorial PUCP, 2024), 79.

para elegir a los candidatos a los cargos públicos representativos, incluyendo al cargo de senadores, que presenten los partidos políticos.

Y, finalmente, la *nueva legislación electoral* debe regular y precisar lo mejor posible, entre otros aspectos, los siguientes: uno (i), el número y forma de las candidaturas y las circunscripciones electorales uninominales y la nacional, teniendo en cuenta de modo especial a Lima Metropolitana y los pueblos y comunidades indígenas; dos (ii), para los cuatro (4) escaños asignados a Lima Metropolitana, efectuar la división en cuatro (4) circunscripciones uninominales, aplicando también el sistema mayoritario; tres (iii), el tipo de mayoría absoluta (dos vueltas) para las circunscripciones uninominales; cuatro (iv), viabilizar las candidaturas individuales para las circunscripciones uninominales, y las listas de candidatos para la circunscripción nacional que según el caso presentarán los partidos políticos; cinco (v), permitir también la postulación de candidaturas independientes para que líderes políticos y de la sociedad civil puedan postular al Senado, con el apoyo de ciudadanos, y sin intervención de los partidos; y seis (vi), restaurar la regulación de las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (P. A. S. O.) que deben llevar a cabo los partidos.

10. CONCLUSIONES

- a. La reforma constitucional que restablece la bicameralidad en la estructura del Congreso de la República contempla los nuevos principios y reglas del sistema electoral del Senado, que pueden ser instrumentalizados por la mayoría parlamentaria actual para capturarlo y vetar y bloquear las reformas legislativas y constitucionales necesarias que se promuevan en el próximo período congresal 2026-2031, en un contexto especialmente autoritario que busca impedir la participación de los líderes y movimientos de oposición política.

Entre las nuevas reglas electorales tenemos primero (i) el requisito etario que deben cumplir los candidatos para postular al cargo de senador, la edad excesiva y desproporcionada de cuarenta y cinco (45) años, exceptuado para quienes han sido congresistas, miembros de la mayoría parlamentaria actual; y, segundo (ii), instituyó un sistema electoral mixto, que combina el sistema mayoritario para elegir al menos un (1) senador por cada circunscripción electoral (uninominal) y los demás senadores se elijan por sistema proporcional por circunscripción única nacional (plurinominal).

Estas reglas han sido desarrolladas y reguladas por una ley electoral recientemente aprobada, que ratifica el requisito etario desproporcionado y profundiza las deficiencias y omisiones de la reforma constitucional.

- b. Además, la mayoría parlamentaria actual ha suprimido recientemente las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (P. A. S. O.), privando a la ciudadanía de participar en la selección de los candidatos y candidatas, y dejando exclusivamente a los partidos políticos la facultad discrecional de escogerlos para las elecciones congresales, entre otras, a través de las modalidades de elecciones primarias que estimen convenientes, con influencia decisiva de las cúpulas partidarias.

También viene intentando, aún sin éxito, aprobar un proyecto de reforma constitucional para eliminar la participación de los movimientos regionales en los procesos electorales, reconocidos constitucionalmente, así como a través de juicios políticos inhabilitar

para la función pública a los expresidentes de la República y expresidentes del Consejo de Ministros.

- 
- c. Frente a todo ello, una nueva reforma constitucional debe aprobarse para mejorar y corregir las reglas electorales del Senado, con los puntos siguientes: uno (i), reducir el requisito etario a treinta y cinco (35) años de edad para postular al cargo de senador, sin ninguna excepción; es decir, sin favorecer a grupos privilegiados: congresistas y diputados; dos (ii), agregar la elección de dos (2) senadores mediante circunscripción especial por los pueblos y comunidades indígenas; y tres (iii), contemplar los principios y reglas básicas de las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (P. A. S. O.) para elegir a los candidatos a los cargos públicos representativos, incluyendo al cargo de senadores, que presenten los partidos políticos, para abrirlas a la ciudadanía y democratizar las candidaturas.
- d. Por último, una nueva reforma de legislación electoral acorde debe también aprobarse regulando y precisando los aspectos siguientes: uno (i), el número y forma de las candidaturas y las circunscripciones electorales uninominales y la nacional, teniendo en cuenta de modo especial a Lima Metropolitana y los pueblos y comunidades indígenas; dos (ii), para los cuatro (4) escaños asignados a Lima Metropolitana, efectuar la división en cuatro (4) circunscripciones uninominales, aplicando también el sistema mayoritario; tres (iii), el tipo de mayoría absoluta (dos vueltas) para las circunscripciones uninominales; cuatro (iv), viabilizar las candidaturas individuales para las circunscripciones uninominales, y las listas de candidatos para la circunscripción nacional que según el caso presentarán los partidos políticos; cinco (v), permitir también la postulación de candidaturas independientes para que líderes políticos y de la sociedad civil puedan postular al Senado, con el apoyo de ciudadanos, y sin intervención de los partidos; y seis (vi), restaurar la regulación de las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (P. A. S. O.) que deben llevar a cabo los partidos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguado Renedo, César. *Informe sobre el Senado italiano*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, diciembre, 2005.
- Ahumada, Marian. *Informe sobre segundas cámaras en Europa: la Cámara de los Lores*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, diciembre, 2005.
- Aragón Reyes, Manuel; Matia Portilla, Francisco Javier. “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”. En *Derecho electoral latinoamericano Un enfoque comparativo*, compilado por Nohlen, Dieter; Valdés, Leonardo; Zovatto, Daniel. México: Fondo de Cultura Económica, 2019.
- Ávila-Eggleton, Marcela; Valdés, Leonardo. “Candidaturas independientes”. En *Derecho electoral latinoamericano Un enfoque comparativo*, compilado por Nohlen, Dieter; Valdés, Leonardo; Zovatto, Daniel. México: Fondo de Cultura Económica, 2019.
- Ávila Ortiz, Raúl. “Representación de minorías étnicas”. En *Derecho electoral latinoamericano Un enfoque comparativo*, compilado por Nohlen, Dieter; Valdés, Leonardo; Zovatto, Daniel. México: Fondo de Cultura Económica, 2019.
- Blancas Bustamante, Carlos. *Derecho electoral peruano*. Lima: Palestra, 2020.

- 
- Cajaleón Castilla, Eddie R. “La reforma constitucional de restablecimiento de la bicameralidad y el Senado en el Perú”. En *El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político*, editado por Landa Arroyo, César; Grández Castro, Pedro P. Lima: Palestra, 2024.
 - Campos, Milagros. “Cuando el diseño importa”. En *El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político*, editado por Landa Arroyo, César; Grández Castro, Pedro P. Lima: Palestra, 2024.
 - Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho – Comisión de Venecia. *Informe sobre bicameralismo*. Estrasburgo, 18 de marzo de 2024.
 - Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política. *Hacia la Democracia del Bicentenario Informe Final de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política*. Lima, 2019.
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005.
 - Freidenberg, Flavia. “Democracia interna en los partidos políticos”. En *Derecho electoral latinoamericano Un enfoque comparativo*, compilado por Nohlen, Dieter; Valdés, Leonardo; Zovatto, Daniel. México: Fondo de Cultura Económica, 2019.
 - García-Escudero Márquez, Piedad. “El retorno al bicameralismo en Perú: contexto comparado y análisis crítico de la reforma constitucional”. En *El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político*, editado por Landa Arroyo, César; Grández Castro, Pedro P. Lima: Palestra, 2024.
 - García-Escudero Márquez, Piedad; Pendás García, Benigno. “El Senado en el sistema constitucional español: realidades y perspectivas”. *Revista de las Cortes Generales*, N.º 2 (1984).
 - Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral – IDEA Internacional. *Bicameralismo. Guía introductoria 2 para la elaboración constitucional*. Estocolmo: IDEA, 2020.
 - Landa Arroyo, César. “El restablecimiento del Senado *ad hoc* al populismo iliberal”. En *El retorno al bicameralismo y la crisis del modelo político*, editado por Landa Arroyo, César; Grández Castro, Pedro P. Lima: Palestra, 2024.
 - Lijphart, Arend. *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en 36 países*. Barcelona: Ariel, 2000.
 - Nohlen, Dieter. “Sistemas electorales parlamentarios y presidenciales”. En *Derecho electoral latinoamericano Un enfoque comparativo*, compilado por Nohlen, Dieter; Valdés, Leonardo; Zovatto, Daniel. México: Fondo de Cultura Económica, 2019.
 - Paniagua Corazao, Valentín. “La justificabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso”. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N.º 3 (1999).
 - Reynoso, Diego. “Las variedades del bicameralismo en América Latina”. *Mirada*, N.º 4 (2009).
 - Rubio Correa, Marcial (coord.). *Hacia un nuevo pacto constitucional en el Perú Un proyecto de Constitución desde la universidad*. Lima: Palestra-Fondo Editorial PUCP, 2024.
 - Ruiz Ruiz, Juan José. *El veto del Senado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
 - Sinclair, Barbara. “Coequal partner: the U.S. senate”. En *Senates Bicameralism in the contemporary world*, editado por Patterson, Samuel C.; Mughan, Anthony. Columbus: Ohio State University Press, 1999.
 - Tsebelis, George. *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.



Valores universales y ciudadanía global¹

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: 1. Objetivo central. 2. ¿Hay valores universales? Apunte sobre la fundamentación de los derechos y de los valores. 3. Los principios del constitucionalismo como valores universales. 4. Los valores universales son valores de creación occidental. 5. Valores universales y valores particulares. El caso de los derechos de los pueblos indígenas. 6. Construyendo ciudadanías: ¿puede hablarse de una “ciudadanía mundial”? 7. Consecuencias educativas de la ciudadanía global y de la idea de identidades múltiples no excluyentes.

1. OBJETIVO CENTRAL

Este trabajo reflexiona sobre la posible existencia de valores universales, su significado y consecuencias jurídicas. Se buscará la fundamentación de dichos valores, sin negar que su origen está en la cultura occidental. Por ello se plantea la crítica a estos valores, no solo desde esta perspectiva de su origen, sino también por la tensión que suponen con otros valores particulares o locales. No obstante, se acude a la idea del consenso generalizado para afirmar en la actualidad estos valores, si bien deben convivir en armonía con otros de ámbito más local o singular. Por otro lado, se tratará de responder a la cuestión de si esos valores justifican, a su vez, un conjunto de derechos, deberes y garantías que permitan hablar de una “ciudadanía global” o “ciudadanía mundial”, y la articulación de dicha ciudadanía con otras en el contexto de un “constitucionalismo multinivel”.

Todo ello buscando también extraer las consecuencias que esa eventual “ciudadanía mundial”, vinculada a una identidad universal, y las otras ciudadanías que pueden atribuirse a una persona, tienen en el terreno educativo.

2. ¿HAY VALORES UNIVERSALES? APUNTE SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS Y DE LOS VALORES

Uno de los debates permanentes sobre los derechos tiene que ver con la cuestión de su universalidad. Sin pretender entrar en profundidad en una cuestión tan polémica y compleja², cabe apuntar que, obviamente, la respuesta a ella depende en parte del sentido que se

¹ Este trabajo se enmarca y forma parte del proyecto de investigación “Educar en valores, construir ciudadanías”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España, de código PID2021-127680OB-I00, y del que su autor es investigador principal 2.

² Véase por ejemplo Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Vol. I. Teoría General* (Eudema Universidad, Madrid, 1991), 139 y ss.; Marina del Pilar Olmeda García, *Universalización de los Derechos Humanos* (Ciudad de México: Bosch, 2014).



dé al término “universal”, que puede entenderse desde diversas perspectivas. Entre otros sentidos, por un lado, el término puede hacer referencia a la titularidad (derechos predicables de todo ser humano, o incluso algunos de toda la Humanidad como los llamados “derechos de titularidad difusa”); por otro, puede referirse a su carácter “natural”, irrenunciable o inviolable; pero en tercer lugar, puede tener un sentido casi geográfico, referido a los derechos que se reconocen —y son o deberían ser exigibles— en cualquier lugar del planeta, por encima de los diversos sistemas jurídico-políticos, e incluso por encima de los derechos y principios que se predicán en el ámbito de integraciones supranacionales u organizaciones de ámbito continental o regional.

Probablemente este es el sentido del adjetivo “universal” en textos como la “Declaración Universal de Derechos Humanos” de 1948, cuyo valor jurídico ha sido muy cuestionado, pero cuyo significado como referencia ética de ámbito planetario es incuestionable³, al igual que los grandes tratados auspiciados por Naciones Unidas y suscritos en 1966 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y tantos otros tratados que suelen denominarse “de ámbito universal”.

Por supuesto, podría criticarse la utilización de este término con el sentido aludido, no solo porque literalmente resulta exagerado (apenas tenemos noticia de si existe vida más allá de la Tierra como para suponer que esos derechos compartidos deberían tener vigencia o aplicación en todo el Universo), sino, sobre todo, porque aunque la inmensa mayor parte de los Estados del mundo forman parte de Naciones Unidas y reconocen, al menos en línea de principio, el significado de esas declaraciones, ni son estrictamente todos los del planeta ni, sobre todo, cabe afirmar que esos derechos sean realmente compartidos, reconocidos y —mucho menos— garantizados en todo el mundo. En realidad, probablemente podríamos afirmar que gran parte de la población del mundo vive en regímenes en los que la implantación efectiva de los derechos y la democracia no alcanzan el umbral mínimo para entender que son valores efectivamente vigentes y aplicados.

Sin embargo, creo que ninguna de estas observaciones impide el uso apropiado del calificativo de universales, referido a los derechos. Más allá del estado de su cumplimiento, aplicación o garantía efectiva, los derechos constituyen el parámetro axiológico más compartido hoy en el mundo, y en este sentido —y con los matices apuntados— pueden calificarse con propiedad como universales.

En realidad, y como vamos a ver, con más exactitud habría que hablar de valores universales. Por supuesto, todo derecho tiene una dimensión objetiva y axiológica, pero al referirnos, además de los derechos, al principio democrático y a los principios del Estado de derecho, nos parece más apropiado enfatizar esa dimensión objetiva⁴.

Sea que hablemos de derechos o de valores, la primera gran pregunta es la de su fundamentación, entendida esta como la justificación de su exigibilidad, que a su vez puede predicarse en términos éticos o jurídicos. Es decir, se trata de señalar qué argumentos —si

³ Véase, por todos, Fruela Río Santos, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Historia, documentos, borradores y proyectos* (Cizur Menor: Aranzadi, 2022).

⁴ Me he referido a ello en Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional* (México: Tirant lo Blanch, 2017); el mismo, *Estado, Constitución, democracia. Tres conceptos que hay que actualizar* (Lima: Palestra, 2017).

existen— permiten imponer los derechos y la democracia como valores universales, que ningún sistema jurídico-constitucional podría ignorar o contradecir.



El tema ha sido objeto, desde siempre, de profundos debates desde la perspectiva de la teoría y filosofía del derecho⁵. Sobre esta cuestión ya he expresado mi posicionamiento⁶, de tal manera que aquí solo cabe sintetizarlo. Es el consenso el fundamento que justifica la exigibilidad de los valores democráticos y los derechos. Por supuesto, consenso es algo diferente a mayoría (las mayorías pueden cambiar, y no pocas veces se han posicionado precisamente en contra de los derechos y de la democracia), pero también algo diferente a unanimidad. Consenso sería un amplísimo acuerdo, que además puede constatarse en el espacio, pero también en el tiempo. Desde los orígenes del constitucionalismo —que básicamente equivale a decir los orígenes de la Edad Contemporánea—, ha existido un acuerdo sobre que estos valores han de ser los parámetros de legitimidad de un sistema constitucional. Y aunque, por desgracia, no han sido infrecuentes los apartamientos de estos valores, en realidad esos apartamientos suelen enmascararse, disimularse u ocultarse, precisamente porque existe la consciencia de que ese apartamiento sería causa de ilegitimidad del régimen político que lo lleve a cabo. Por lo demás, esos apartamientos, aunque crueles y trágicos en ocasiones, no rompen la línea de continuidad básica sobre los valores que venimos llamando universales, que hoy, como se ha dicho, son la referencia ética y el parámetro axiológico más ampliamente reconocido en el planeta, y especialmente en la cultura occidental. De hecho, ese consenso en el espacio existe hoy en los diversos ámbitos de lo que podemos denominar “constitucionalismo multinivel”. De ahí que pueda apreciarse, en mi opinión, un consenso básico en el espacio y en el tiempo sobre los valores universales.

3. LOS PRINCIPIOS DEL CONSTITUCIONALISMO COMO VALORES UNIVERSALES

Una vez apuntada la cuestión de la fundamentación de los que hasta ahora venimos llamando “valores universales”, procede preguntarse cuáles son estos. En nuestra opinión, el mismo método que hemos utilizado para la fundamentación de estos valores, nos ayudará a determinar cuáles son esos valores. En efecto, sin perjuicio de todos los “desvíos” a los que antes nos hemos referido, puede decirse que existe un consenso básico, en el tiempo y en el espacio, sobre cuáles son los parámetros de legitimidad de los sistemas políticos contemporáneos. Por supuesto, pueden enunciarse de diversos modos, tanto en términos particulares como en su conjunto. Aquí los vamos a llamar “principios del constitucionalismo”, en la medida en que son los principios que tienen en común los diversos sistemas constitucionales del mundo —en especial los occidentales, como veremos—, y se trata de una idea no muy alejada de la que en su día estableció el Tribunal de la Unión Europea

⁵ Por ejemplo, Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10.ª ed. (Madrid: Tecnos, 2010), 134; Luigi Ferrajoli *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001); Francisco José Bastida Freijedo *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Madrid: Tecnos, 2004), 33 y ss.; Rafael de Asís Roig, “Algunas notas para la fundamentación de los derechos humanos”, en *El fundamento de los derechos humanos*, a cargo de J. Muguerza (Madrid: Debate, 1989), 67 y ss.; Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid: Debate, 1990), 17 ss.

⁶ Francisco Javier Díaz Revorio, “A vueltas con la fundamentación de los derechos y la dignidad humana”, en *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, ed. P. Andrés Ibáñez (Lima: Palestra, 2020), 153 ss.



(si bien con un ámbito de aplicación más limitado en este caso), como es la referencia a “tradiciones constitucionales comunes”⁷. Si no utilizamos esta expresión, además de para evitar la confusión con esta idea más europea, es porque las tradiciones constitucionales comunes parecen referirse a una “familia” de sistemas constitucionales, mientras que la idea de “principios del constitucionalismo” busca un sentido más universal.

En mi opinión, ya expresada en otros escritos⁸, esos principios del constitucionalismo pueden sintetizarse en una doble triada de elementos: los tres elementos son derechos, separación de poderes, y democracia, y el primero de ellos (derechos) puede desglosarse en los tres grandes valores de dignidad, libertad e igualdad. Los dos primeros elementos derivan directamente del artículo XVI de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclama: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”. El tercero deriva de la evolución del Estado constitucional, aunque esta, desde luego, también afecta a la manera de entender los otros dos. Vamos a comentarlos brevemente:

1. Los derechos humanos son, sin ningún género de duda, el elemento más común del constitucionalismo, en la medida en que son considerados un pilar insoslayable para la legitimidad de cualquier sistema constitucional. La falta de respeto o la negación de los derechos convierte a un sistema en ilegítimo a los ojos de la comunidad internacional. Por supuesto, los derechos se pueden clasificar según muchos criterios, y normalmente se sigue un criterio de “generaciones”, que básicamente viene a reflejar la ampliación, aparentemente ilimitada, de los catálogos de derechos incluidos en las declaraciones, que ha venido unida a la transformación del primitivo Estado de derecho surgido en los orígenes de la Edad Contemporánea, en el actual Estado social y democrático de derecho (aunque en algún sistema como el de Ecuador se trata de imponer la idea de la superación de ese Estado con su modelo de “Estado constitucional de derechos y de justicia” establecido en el artículo 1 de la Constitución de 2008).

Así, podría hablarse de derechos de libertad, derechos políticos, derechos económicos, sociales, culturales, derechos ambientales, y nuevas generaciones de derechos⁹. Pero desde la perspectiva de los valores nos parece preferible establecer una segunda triada derivada de los derechos, y que estaría compuesta por la dignidad (fundamento último de todos los derechos), y de la que se “desglosan” la libertad y la igualdad. En general, de esta triada de valores derivan todos los derechos en cualquier sistema constitucional. Y aunque esta explicación parece dejar fuera de la fundamentación algunos de los derechos que aparecen en el más reciente constitucionalismo (como los derechos de la naturaleza o los derechos de los animales), estos podrían entroncar con una base común de estos valores, como es la protección de la vida.

⁷ No podemos profundizar en este concepto, que fue acuñado por el Tribunal de Justicia a partir del asunto *Internationale Handelsgesellschaft* (Asunto 11/70, Rec. 1970, p. 1134) en el que el Tribunal reitera la doctrina anterior relativa a que los derechos son principios generales del ordenamiento jurídico comunitario, y añade que estos han de inspirarse en las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”. La idea fue reiterada y desarrollada en la jurisprudencia posterior hasta la incorporación expresa al derecho originario, como más tarde mencionaremos.

⁸ Díaz Revorio, *Estado, Constitución, democracia*.

⁹ Díaz Revorio, *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos*.



De todos modos, desde la perspectiva de la búsqueda de esos “principios del constitucionalismo” nos quedamos con el denominador común de todos los sistemas constitucionales, que en el ámbito de los derechos creemos que puede sintetizarse en la tríada dignidad-libertad-igualdad. Por supuesto, estos tres conceptos han ido evolucionando y no tienen el mismo sentido en todo momento, y en particular ni la libertad ni la igualdad tienen el mismo sentido en el Estado liberal y en el Estado social¹⁰, pero esa evolución no impide encontrar una base o idea común, un núcleo de estos valores sobre el que existe consenso, y en base al cual puede establecerse su carácter de primer pilar de los principios del constitucionalismo.

2. El segundo pilar estaría constituido por la separación de poderes, presupuesto inexcusable para que pueda hablarse de Estado de derecho. Aunque en ocasiones se ha arrinconado este principio o se ha minusvalorado respecto a los otros, la verdad es que simplemente no se conoce ningún sistema en la Edad Contemporánea que pueda calificarse como legítimo y que no haya respetado este principio. Por supuesto, los poderes han podido ir cambiando o incluso se han incorporado otros a los tres “clásicos”, y la propia organización puede establecerse con diseños diferentes (presidencialismo, parlamentarismo, sistemas mixtos) pero esa división sigue siendo inexcusable, y muy especialmente la garantía de la independencia judicial.
3. En tercer lugar, es inexcusable el principio democrático, como principio del constitucionalismo universal. Aunque podría pensarse que este principio ya queda subsumido en los anteriores (y de algún modo así es si predicamos la universalidad de los derechos de participación política) es importante en nuestra opinión añadir este pilar, debido a que el constitucionalismo decimonónico, si bien se basaba en los derechos (aunque solo los de primera generación) y en la separación de poderes, no conllevó sistemas que podamos calificar como plenamente democráticos, precisamente por la restricción del sufragio, que privaba del derecho de participación política a una clara mayoría de la población (personas que no figuraban en el censo por no contribuir o poseer un mínimo de rentas, mujeres, minorías étnicas, etc.). Por eso es importante destacar con autonomía este tercer principio del constitucionalismo.

En nuestra opinión, estos tres principios son comunes a todo el constitucionalismo. A partir de aquí, cabe destacar diferencias según las diversas corrientes históricas del constitucionalismo (constitucionalismo británico, estadounidense, francés, y más recientemente iberoamericano¹¹, africano¹², etc.). Y cabe también establecer modelos o sistemas con características muy diferentes en lo relativo a la organización de los poderes del Estado (sistemas de gobierno: presidencialista, parlamentarista o mixtos), a la jefatura del Estado (monarquías o repúblicas¹³), a la estructura territorial del poder

¹⁰ Entre tantos, con gran profundidad lo analiza Estefanía Esparza Reyes, *La Igualdad como no Subordinación. Una Propuesta de Interpretación Constitucional* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018).

¹¹ Sobre el constitucionalismo hispanoamericano y sus influencias puede verse Domingo García Belaunde, “El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias”, en *Textos constitucionales históricos. El constitucionalismo europeo y americano en sus documentos*, comp. F. J. Díaz Revorio (Lima: Palestra, 2004), 37 y ss.; Alejandro Rosillo Martínez, *La tradición hispanoamericana de derechos humanos* (Quito: CEDEC, 2012).

¹² Por todos, Rodolfo Sacco, *Le droit africain. Anthropologie et droit positif* (París: Dalloz, 2008).

¹³ Aquí solo consideraríamos las monarquías constitucionales o parlamentarias, dado que las monarquías absolutas quedarían fuera del ámbito de los principios hoy universales del constitucionalismo



(Estados unitarios y Estados compuestos), o incluso al propio sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución (sistemas de control difuso, control concentrado, o mixtos). La suma de las características de un sistema constitucional concreto en todas estas clasificaciones (y otras más que puedan añadirse, como por ejemplo la relativa al tratamiento del fenómeno religioso, que permite distinguir entre sistemas laicos y otros de no confesionalidad colaborativa¹⁴) es lo que, a grandes rasgos, podemos denominar identidad constitucional, pero esta siempre debe ser compatible con estos grandes principios del constitucionalismo, al menos si pretende reclamar legitimidad. Por eso los sistemas no democráticos, no basados en la separación de poderes o que no reconocen o garantizan los derechos carecen de esa legitimidad¹⁵.

4. LOS VALORES UNIVERSALES SON VALORES DE CREACIÓN OCCIDENTAL

Interesa ahora responder a una crítica que a veces se manifiesta frente a la idea de los valores universales, consistente en que esta idea parece limitarse a los valores que cabría calificar como “occidentales”, que de algún modo se han impuesto sobre otras culturas (como las indígenas en Iberoamérica o África) en un contexto colonial que todavía mantiene su huella, no pudiendo considerarse, por tanto, universales. Esta idea, expuesta por diversos autores¹⁶, implicaría un cuestionamiento frontal de la idea de valores universales, y de la misma ciudadanía global a la que luego nos vamos a referir. Creemos que esta crítica no es acertada, en la medida en que, sea cual sea el origen y expansión de estos valores, como antes hemos destacado hoy puede afirmarse que existe un consenso universal sobre su necesidad como fuente de legitimidad de un sistema. Por lo demás, todos los principios y valores constitucionales pueden entrar en conflicto o tensión, que debe resolverse mediante la armonización, de tal manera que no parece pueda afirmarse que la existencia de “otros” principios y valores resulte incompatible con la proclamación de la universalidad de los principios del constitucionalismo, como enseguida veremos.

Dicho lo anterior, sin ningún complejo hay que constatar que, en efecto, los principios del constitucionalismo en el sentido antes visto (derechos, separación de poderes, democracia) son inequívocamente una aportación de la cultura occidental al constitucionalismo universal. Sin que podamos entrar ahora en un análisis exhaustivo, es indudable que ha

y carecerían de legitimidad. Francisco Javier Díaz Revorio, “La monarquía parlamentaria, entre la historia y la Constitución”, *Pensamiento Constitucional* 20, N.º 20 (2015): 65 y ss.

¹⁴ Aquí solo se consideran estos sistemas, ya que los que imponen una confesión o no respetan la libertad religiosa carecerían de legitimidad en la medida en que no respetan este esencial derecho fundamental, véase Francisco Javier Díaz Revorio, “Constitución y fenómeno religioso. Algunas consideraciones sobre el modelo español en el modelo europeo”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, N.º 28 (2012): 77 y ss.

¹⁵ Por esto mismo se ha omitido otra clasificación tradicional de los sistemas políticos, que es la que distingue entre sistemas democráticos y regímenes autoritarios, ya que estos últimos no comparten esos principios del constitucionalismo. Nicolás Pérez Serrano —*Tratado de Derecho Político* (Madrid: Civitas, 1976)— distinguía sistemas de derecho político o sistemas de derecho constitucional, lo que de algún modo viene a significar dejar a los segundos fuera del ámbito de lo que llamamos constitucionalismo.

¹⁶ Por todos, véase por ejemplo Ramiro Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido Los derechos de la pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura* (Ciudad de México: Akal, 2019).



sido en esta cultura occidental, y en particular en Europa, donde estas ideas han nacido. Los derechos tienen sus antecedentes más próximos en Inglaterra, y son desarrollados en la Revolución Francesa y en la independencia de las trece colonias. La separación de poderes, además de otros precedentes también occidentales, tiene su origen igualmente en Europa, y su difusión mundial se debe a la interpretación que Montesquieu hizo de la Constitución de Inglaterra¹⁷. La propia institución parlamentaria nace en León, la representación contemporánea es una idea que surge en la Revolución Francesa como ruptura con la representación medieval, y la idea del Estado de derecho tiene como antecedente más próximo el principio anglosajón del *rule of law*. En cuanto a la democracia, aunque es uno de los términos más utilizados y a la vez más ambiguos¹⁸, tiene un claro origen en las culturas clásicas, especialmente en Atenas, y en su sentido constitucional actual es una aportación derivada sobre todo del constitucionalismo europeo y americano.

Dicho lo anterior, por supuesto este reconocimiento, innegable y que cabe hacer sin complejos, es compatible con los desarrollos, ricos y llenos de matices, de esos principios del constitucionalismo en formas peculiares en otros ámbitos geográficos y culturales, y en particular en Iberoamérica y África, permitiendo la evolución de estos conceptos, e incorporando otros que no deberían resultar incompatibles. Algunos de ellos, a su vez, nacen en Iberoamérica, pero se van a trasladar al constitucionalismo europeo y occidental, y eso cabe decir de instituciones jurídicas tan importantes como el amparo y el control de convencionalidad, o con “nuevos derechos” como los derechos de la naturaleza, entre tantos otros. Así que cabe hablar con total propiedad de mutuas influencias. Sin embargo, los principios del constitucionalismo son los únicos que hoy pueden pretender alcance universal. Es verdad que, en ciertos casos, estos principios pueden entrar en tensión con otros más particulares. Vamos a abordar a continuación estas situaciones.

5. VALORES UNIVERSALES Y VALORES PARTICULARES. EL CASO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En muchos casos, los que podríamos denominar “valores particulares” tienden a coincidir con los valores universales, ya que los derechos humanos y sus fundamentos, la democracia o la separación de poderes suelen plasmarse no solo en los tratados o textos de ámbito universal, sino también en los de ámbito continental, en las Constituciones de los Estados, o incluso, en ciertos casos, en constituciones o estatutos de ámbito infraestatal. Pero esta coincidencia no siempre es total. Por un lado, aun cuando pueda existir sintonía en los valores fundamentales, la diferente plasmación concreta de los enunciados de algunos derechos puede generar tensiones, conflictos, o problemas interpretativos y aplicativos, para los cuales existen diversos criterios de solución.

Pero no es este el caso que ahora más nos interesa, sino el supuesto en el que, en ámbitos concretos, junto a los valores universales, existen otros de carácter diferente, acaso no contradictorio de manera frontal y general, pero que sí pueden generar tensiones y conflictos. Estos no suelen producirse en países occidentales, sino que esto sucede más bien, en

¹⁷ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* [1748], traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega (Barcelona: Orbis, 1984).

¹⁸ Véase, por tantos, Alicia Valmaña Ochaita, *Democracia en el mundo antiguo y en la actualidad* (Santiago de Compostela: Andaviria Editora, 2013); John Keane, *Vida y muerte de la democracia* (México: Fondo de Cultura Económica, 2018).

general, en países que, pese a haber aceptado estos valores (forjados, como se ha visto, en la cultura occidental), reconocen también otros de signo diferente y con los que deben convivir e integrarse, de forma no siempre fácil.

Por ejemplo, esta es la situación en algunos países del Magreb respecto a la libertad religiosa, que todavía convive no sin tensiones con la *Sharía*¹⁹. Pero también se da esa situación respecto a los llamados “derechos de los pueblos indígenas”, que en las últimas décadas han ido alcanzando un reconocimiento mayor en diversos países iberoamericanos, alcanzando en ciertos casos rango constitucional. Estos derechos, que pueden tener contenidos diversos según los Estados, se centran en el reconocimiento de determinadas tradiciones, que afectan a múltiples aspectos, desde modos de organización, costumbres, justicia o participación política²⁰, lo que permite hablar en ciertos contextos de nuevos conceptos o enfoques de la ciudadanía²¹.

Pero ahora nos interesa destacar también que esta pluralidad de valores, procedentes de contextos, culturas y fundamentos diferentes, aun cuando no sean incompatibles, pueden generar tensiones y conflictos que deben resolverse. Por ejemplo, la preservación constitucional de los usos y costumbres indígenas en México ha entrado a veces en conflicto con el derecho de participación política entendida como sufragio universal sin distinción de género²², en la medida en que esas tradiciones implicaban en ocasiones la exclusión o restricción de los derechos de participación política de las mujeres. También en otros países como Bolivia o Ecuador el reconocimiento de las culturas indígenas ha planteado conflictos con el derecho constitucional general, en aspectos como las garantías procesales, los derechos de la infancia o la prohibición de castigos físicos²³.

Desde luego, este tipo de tensiones y conflictos pueden resultar novedosos, en la medida en que el reconocimiento constitucional de las culturas indígenas es un fenómeno relativamente reciente. Para explicar esta coexistencia (o convivencia) de valores y principios diferentes se han aportado ideas como la de reconocimiento del pluralismo jurídico, la interculturalidad o la plurinacionalidad. Este último término tiene, en este contexto, un sentido muy diferente al que se le suele dar en Europa, en particular en España. La idea de

¹⁹ Véase por ejemplo Santiago Catalá Rubio, *El derecho de la libertad religiosa en el Gran Magreb* (Granada: Comares, 2010).

²⁰ Por ejemplo, Laura Giraudo (ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008).

²¹ Véase Laura Giraudo, (ed.), *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007); Francisco Javier Matía Portilla (dir.), *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011); Clicerio Coello Garcés, *Repensar la ciudadanía. Derechos políticos de las minorías y grupos vulnerables* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017).

²² Véase, por ejemplo, Felipe de la Mata Pizaña, *Entre el voto universal y la perspectiva intercultural*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2019, <https://www.te.gob.mx/blog/delamata/front/articles/article/121> [fecha de consulta 18-2-2025].

²³ Por ejemplo, Byron Villagómez Moncayo et al., *Parámetros constitucionales para el ejercicio de la justicia indígena y cumplimiento de garantías del debido proceso*, <http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblio/texto/BJMCCE/202202/202202-2.pdf> [fecha de consulta 19-2-2005]; Raúl Llasag Fernández et al., “Interpretación intercultural de la justicia indígena en la Corte Constitucional del Ecuador”, *Cahiers des Ameriques Latines*, N.º 94 (2020), <https://journals.openedition.org/cal/11530> [fecha de consulta 18-2-2025].

interculturalidad tiene el mayor interés, aunque ha de distinguirse de otras próximas, como vamos a explicar un poco más adelante.

Lo que interesa ahora es destacar la existencia de estos posibles conflictos o tensiones entre principios, para cuya solución se han propuesto algunos criterios, como por ejemplo la idea de que los principios constitucionales universales (occidentales) deben sufrir una “modulación” para incorporar los derechos de los pueblos indígenas²⁴.

Aun reconociendo las peculiaridades de este tipo de conflictos, no puede dejar de apuntarse que los conflictos y tensiones entre principios no se producen solo por esta diversa procedencia cultural, origen o fundamentación, ya que como es bien sabido también existen conflictos entre valores o principios universales, a pesar de su origen cultural más homogéneo. Por ejemplo, es indudable la tensión entre libertad e igualdad, entre libertad de expresión y derecho al honor, entre justicia y seguridad jurídica, por ejemplo. Sin que podamos ahora detenernos en este asunto, cabe apuntar que se han sugerido diversas técnicas y soluciones para la solución de estas tensiones, y en particular la idea de la ponderación.

Por tanto, si bien es cierto que la existencia de otros principios y valores “particulares”, de origen diferente a los que hemos denominado “valores universales” o “principios del constitucionalismo” puede generar tensiones y conflictos, también se puede sostener que estos pueden resolverse, no sin dificultades en ocasiones, pero con técnicas habituales y conocidas en el derecho constitucional y en la interpretación. Es verdad que la idea del pluralismo jurídico implica un grado mayor de complejidad, pero en realidad la llamada “modulación” no parece algo muy diferente a la ponderación, siempre que se tenga en cuenta que, si una misma Constitución reconoce los principios del constitucionalismo y otros valores más particulares, y ambos pueden entrar en conflicto, no tiene sentido pensar que solo los primeros deben adaptarse o “modularse” en beneficio de los segundos, sino que ambos han de ser interpretados maximizando su extensión posible, pero con posibilidad de restringir su ámbito finalmente protegido cuando entran en conflicto con otros, y sin criterios apriorísticos de jerarquía o preferencia.

Por lo demás, más allá del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas o de otras peculiaridades más propias del constitucionalismo iberoamericano o africano (como el mismo reconocimiento de la justicia tradicional o el papel de la *Sharía* en otros sistemas), hay que constatar que la pluralidad de valores no solo se produce en estos ámbitos geográficos, sino que en virtud de la globalización y del creciente fenómeno de las migraciones, la pluralidad de valores y de elementos culturales es hoy un fenómeno común también en los países occidentales, lo que hace que las ideas de convivencia de culturas y de identidades múltiples, a las que más adelante nos referiremos, tengan un sentido más amplio, pues no se refieren ya solo a identidades de base territorial o histórica que se suman a la identidad global, continental (europea en nuestro caso) y nacional, sino también a la convivencia de culturas que dan lugar a identidades múltiples en personas o en comunidades.

De todos modos, en este trabajo lo que más nos interesa de esos “valores particulares” es su vinculación con identidades o ciudadanías más restringidas o acotadas que la “ciudadanía mundial”, y que deben convivir con esta. Por supuesto, la existencia de estas identidades

²⁴ Néstor Pedro Sagüés, “La modulación constitucional. Manifestaciones en el reciente constitucionalismo latinoamericano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N.º 21 (2014): 277 y ss.



(o de las correspondientes ciudadanías) no depende exclusivamente de la existencia de unos valores particulares específicos, ya que también pueden existir estas identidades relacionadas con vínculos históricos, culturales o lingüísticos, pero partiendo de una asunción plena de los principios del constitucionalismo en un ámbito geográfico y cultural más delimitado. O incluso, caben pensar en identidades que, en cierto modo, se fragüen alrededor de la aportación de un país, región, territorio o ámbito cultural a la formación de esos valores universales/occidentales. Cabe pensar, por ejemplo, en el incuestionable papel del parlamentarismo o la separación de poderes en la formación de la identidad británica, de los derechos y la propia separación de poderes (además de otros valores que definen modelos, como el presidencialismo o el federalismo) en la construcción de la identidad de los Estados Unidos de América, o de las mismas ideas de los derechos en la construcción de la identidad francesa, que se articula alrededor de la divisa “libertad, igualdad, fraternidad”. Desde luego, esta construcción es tal vez una tarea todavía en parte pendiente en el caso español.

Pero ahora interesa destacar que, junto a esa identidad o ciudadanía mundial existen siempre otras identidades, y que todas ellas deben convivir. Vamos a desarrollar algo esta importante idea.

6. CONSTRUYENDO CIUDADANÍAS: ¿PUEDE HABLARSE DE UNA “CIUDADANÍA MUNDIAL”?

Como ya se ha apuntado, los principios del constitucionalismo son hoy comúnmente aceptados, hasta el punto de que pueden considerarse valores universales y base para la construcción de una identidad global o ciudadanía mundial, a la que luego nos referiremos. Esta identidad ha de ser necesariamente compatible con otras de ámbito más reducido: continental, estatal, nacional o regional, que pueden tener como fundamento otros valores particulares, pero también las aportaciones de una comunidad determinada al reconocimiento de los valores del constitucionalismo. Vamos a ver a continuación cómo se pueden —o se deben— relacionar y coordinar todas estas identidades.

De lo analizado hasta ahora se deduce con claridad la existencia de diversas identidades, que a veces comparten los mismos valores y otras veces no tanto, pero que en todo caso son siempre fruto de la historia que ha dado lugar a diversas comunidades, que en algunos casos se corresponden con comunidades jurídicamente reconocidas y acompañadas de un entramado institucional propio.

En realidad, podemos sostener que la idea de identidad se corresponde con un conjunto de factores históricos y culturales que caracterizan a una comunidad y aportan determinados valores, o a las circunstancias históricas que han contribuido a la formación de esos valores en una comunidad (sean universales, comunes a un territorio o no), mientras que la idea de ciudadanía parece aludir mucho más específicamente al conjunto de derechos y deberes propios que derivan a la pertenencia a una comunidad política o cívica determinada.

Por supuesto, hay que admitir que la identidad también podría entenderse en un sentido de sentimiento de pertenencia a una comunidad. Y en este sentido, por supuesto, es libre, incontrolable y siempre merecedora de respeto. Pero cuando aquí hablamos de identidad nos referimos a una identidad colectiva, y esta, con independencia de que pueda tener ciertos factores más o menos interpretables, puede entenderse en términos razonablemente



objetivos, porque los factores históricos y culturales que conforman esas identidades son contrastables. Puede darse el caso, por ejemplo, de que algunas de esas identidades colectivas no hayan sido objeto de un paralelo reconocimiento como ciudadanías vinculadas a un Estado o a una región. Pero en la mayor parte de los casos, identidades y ciudadanías se corresponden, y con independencia de las preferencias personales de cada quien, las identidades colectivas son fruto de la historia.

Así que, con todo lo que puedan tener de opinables algunos detalles, o el significado de algunos hechos históricos, o incluso la mayor o menor contribución de una comunidad a la formación de los valores comunes, lo que parece incuestionable es que existen diversas identidades en distintos niveles, y que, desde el punto de vista de una comunidad, todas ellas conviven. Desde esta perspectiva, me parece muy importante la idea de identidades múltiples no excluyentes, que se corresponderá generalmente con ciudadanías múltiples no excluyentes. Los dos elementos son fundamentales y, como veremos, deberían tener consecuencias importantes en el ámbito de la educación. Como ya se ha apuntado, mientras la identidad se referiría sobre todo al conjunto de valores culturales, políticos y constitucionales que dan forma a una comunidad determinada, la ciudadanía se referiría sobre todo al conjunto de derechos y deberes que corresponden a cualquier miembro de dicha comunidad política.

Puede entenderse que dicho conjunto de derechos y deberes se corresponde en esencia con los valores y principios que rigen en cada comunidad, dentro de su propio ámbito, y en esencia así es, de tal modo que las identidades múltiples a las que nos venimos refiriendo se corresponden con ciudadanías múltiples en los correspondientes niveles: local, regional, estatal, europea/iberoamericana y mundial.

Pero en realidad, al referirse la ciudadanía a derechos y deberes, y requerir estos un reconocimiento jurídico, no podría aplicarse este término con propiedad allí donde no exista ese reconocimiento, acompañado de la correspondiente garantía. Si añadimos a esta idea la tradicional vinculación de los derechos y deberes fundamentales con la Constitución de un Estado, y la frecuente relación entre Estado y nación, es fácil comprender que la idea de ciudadanía haya estado tradicionalmente unida a la condición de nacional de un Estado determinado, es decir, que ciudadanía se ha entendido tradicionalmente en un sentido singular, exclusivo y excluyente (salvo en el caso de doble nacionalidad), y estrechamente unida a la nacionalidad. La ciudadanía podría definirse entonces meramente como la condición de nacional de un Estado determinado, lo que implica un conjunto de derechos y deberes que, en el caso de los mayores de edad, se poseen y se ejercen en principio en plenitud, de tal modo que los extranjeros en un Estado no pueden ejercer la totalidad de esos derechos.

Pero este vínculo bidireccional cerrado entre la ciudadanía y condición de nacional de un Estado se empezó a romper con el reconocimiento de una “ciudadanía europea”, que se estableció por primera vez en el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht, superponiéndose a la nacionalidad de cada uno de los Estados miembros, y que venía acompañada de ciertos derechos específicos. En un sentido estricto, quizá esta doble ciudadanía es la única que cabe predicar (y solo en el ámbito europeo), más allá de los tratados de doble nacionalidad. Pero el sentido del término puede entenderse en un sentido más amplio, que permitiría ampliarlo en diversos niveles, hacia abajo y hacia arriba.

Más problemático es, en cambio, el reconocimiento de una especie de “ciudadanía mundial” o “ciudadanía global”, al menos desde una perspectiva propiamente jurídica. Si bien



hemos venido defendiendo desde el principio la existencia de unos “valores universales” o “principios comunes del constitucionalismo”, y si bien es cierto que forman parte de esos valores los derechos humanos, que han sido objeto de diversas plasmaciones en el ámbito universal en el sentido antes apuntado, la realidad es que no puede hablarse con propiedad de derecho sin garantías. Y las garantías de estos derechos en el plano universal son prácticamente inexistentes, y lo son por completo si pensamos en la garantía jurisdiccional como vía insustituible para poder hablar con propiedad derechos. Otro tanto cabría decir de los deberes, que solo en términos morales o simbólicos pueden apreciarse en el plano universal.

Por tanto, la ciudadanía mundial o global sería una idea todavía carente de sentido jurídico pleno. Pero lo anterior no es óbice para que, con los matices indicados, pueda hablarse de esa ciudadanía global, aunque en términos jurídicos (y seguramente también en relación con la identidad universal que la sustentaría) estaría todavía en construcción. La ciudadanía mundial plena es sobre todo un *desiderátum*, aunque puede afirmarse en presente como titularidad de los derechos de ámbito propiamente universal. Como ha destacado por ejemplo Ferrajoli²⁵, esa ciudadanía, “una vez desaparecidas las exclusiones y las limitaciones de las garantías de los derechos fundamentales generadas por las fronteras entre los estados, deja de ser una figura distinta al estatus de persona, convirtiéndose en la igual titularidad de tales derechos por parte de todos los seres humanos, de acuerdo con su carácter universal”. Es verdad que, de este modo, la idea de ciudadanía pierde el vínculo con la pertenencia a una concreta comunidad, para referirse a la titularidad de los derechos que se predicen de toda persona, precisamente con independencia de su nacionalidad o de su pertenencia a una concreta comunidad. Toda persona es, así, ciudadano del mundo. Aunque probablemente, como ya se ha dicho, la plenitud de esta condición solo se produzca cuando la garantía de estos derechos sea equiparable a la que hoy tienen los derechos fundamentales establecidos en las constituciones estatales. Probablemente, “derechos humanos” pase a ser una expresión totalmente equiparable a “derechos fundamentales” cuando propiamente se pueda hablar con propiedad de esa Constitución global que algunos venimos defendiendo en los últimos años²⁶.

Por lo demás, los currículos de la enseñanza en España utilizan profusamente la idea de “ciudadanía mundial” como finalidad que ha de asumir la educación²⁷, lo cual parece una

²⁵ Luigi Ferrajoli, *Por una Constitución de la Tierra*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez (Madrid: Trotta, 2022), 55.

²⁶ Apunté el tema en Francisco Javier Díaz Revorio, *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución* (Valencia-Ciudad de México: Tirant lo Blanch-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009), 31, donde ya señalaba la necesidad de un sistema constitucional de garantía global de los derechos equiparable al de los Estados y basado en los mismos valores del constitucionalismo. Allí señalaba entre otras cuestiones que el marco de aplicación de los derechos “ya no puede ser solamente el ámbito de cada Estado, sino que se hace ineludible trasladar su vigencia a un plano supranacional. Desde luego, esta aplicación planteará nuevos problemas y dificultades, y en particular la implantación de una “democracia global” no deja de ser hoy un mero *desiderátum*, pero, en todo caso, estos valores serán los que deban utilizarse para dar respuesta a los retos globales hoy existentes”. Más tarde, entre otras obras, puede señalarse José Luis García Guerrero y María Luz Martínez Alarcón, *Constitucionalizando la Globalización*, 2 vols. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), y en la actualidad la idea ha Conrado máxima actualidad y es objeto de debate tras los famosos trabajos de Ferrajoli, *Por una Constitución de la Tierra*; el mismo, *Garantismo global. La Constitución de la Tierra y la expansión del constitucionalismo* (Lima: Palestra, 2024).

²⁷ Véase María José Majano Caño, María Ruiz Dorado y Adriana Travé Valls, “El desarrollo normativo de la LOMLOE por parte de las Comunidades Autónomas en los contenidos de educación cívica y



buena idea, siempre que se explique en los términos indicados, ya que la enseñanza es precisamente el instrumento más poderoso para la construcción de esas identidades, así como para el conocimiento y la asunción de los derechos y deberes inherentes a las diversas ciudadanías.

La ciudadanía mundial estaría, en cierto modo, en proceso de construcción. Pero esta misma idea, aunque con diferencias, puede extrapolarse a otras ciudadanías, al menos en lo relativo a las identidades que las sustentan, y al conocimiento y consciencia de los derechos y deberes que se asumen como ciudadano en cada uno de los niveles. De ahí la especial trascendencia de la educación como vía para la construcción de esas identidades y esas ciudadanías múltiples y no excluyentes. En todo caso, la ciudadanía mundial es un elemento fundamental e ineludible, que concilia y se superpone a todas las demás, y une a todos los seres humanos precisamente por su condición de tales. No contiene así particularismos ni singularidades, aunque los tolera en tanto no sean privilegios que desprecien o resulten incompatibles con esa ciudadanía mundial. Es, sin duda, la ciudadanía más estrechamente vinculada a la idea de dignidad humana, que ha de predicarse igualmente para toda persona.

7. CONSECUENCIAS EDUCATIVAS DE LA CIUDADANÍA GLOBAL Y LA IDEA DE IDENTIDADES MÚLTIPLES NO EXCLUYENTES

Desde luego, las ideas que hemos venido analizando en el presente texto tienen múltiples consecuencias, en los terrenos político, social, cultural y específicamente en el jurídico. Pero ahora interesa especialmente poner de relieve su enorme trascendencia en el plano de la educación. Si la educación cívica y democrática es un pilar fundamental exigido por los tratados internacionales y la Constitución²⁸, y los valores democráticos y los derechos forman parte central de esa educación, y al tiempo se vinculan con las diversas identidades colectivas, estas deben transmitirse, y en cierto modo “construirse” muy principalmente desde la enseñanza.

Desde esta perspectiva, son tareas insoslayables de la enseñanza las siguientes:

- a. Transmitir siempre los valores universales o principios comunes del constitucionalismo, que nunca pueden quedar arrinconados por otros valores singulares o más locales, y que juegan un papel fundamental en la construcción de una identidad global.
- b. En relación con lo anterior, colaborar en la construcción de una ciudadanía mundial, entendida como conjunto de derechos y deberes de todo ser humano, por su misma condición de persona y con independencia de su nacionalidad o de cualquier otra condición.
- c. Colaborar de forma decisiva en la construcción de una identidad propia, continental, estatal o local, igualmente basada en factores culturales e históricos existentes,

valores”, en *Educación en valores, construir ciudadanías*, eds. Francisco Javier Díaz Revorio y Carlos Vidal Prado (Madrid: Dykinson, 2025).

²⁸ Véase Francisco Javier Díaz Revorio y Carlos Vidal Prado (eds.). *Enseñar la Constitución, educar en democracia* (Cizur Menor: Aranzadi, 2021).

y especialmente en aquellos que forman parte de la contribución local a la formación de los valores democráticos universales.

- d. Destacar siempre que las identidades (y las correspondientes ciudadanías) nunca han de ser excluyentes, sino que deben convivir y sumarse unas a otras.
- e. Transmitir cada identidad no como algo monolítico y cerrado, sino como elementos culturales abiertos y necesariamente híbridos por la permanente conexión y comunicación con otros principios y valores. De este modo se tenderá a fomentar un patriotismo constitucional, plural, abierto y no excluyente, que incorporará la idea de interculturalidad, o incluso la llamada “hiperculturalidad”²⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- Ávila Santamaría, Ramiro. *La utopía del oprimido. Los derechos de la pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*. Ciudad de México: Akal, 2019.
- Bar Cendón, Antonio; Martínez López-Sáez, Mónica (coords.). *La Unión Europea ante la crisis. Derechos, valores, seguridad y defensa*. Cizur Menor: Aranzadi, 2023.
- Bastida Freijedo, Francisco José et al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004.
- Byung-Chul Han. *Hiperculturalidad. Cultura y globalización*. Barcelona: Herder, 2018.
- Catalá Rubio, Santiago. *El derecho de la libertad religiosa en el Gran Magreb*. Granada: Comares, 2010.
- Coello Garcés, Clicerio. *Repensar la ciudadanía. Derechos políticos de las minorías y grupos vulnerables*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017.
- De Asís Roig, Rafael. “Algunas notas para la fundamentación de los derechos humanos”. En *El fundamento de los derechos humanos*, a cargo de J. Muguerza. Madrid: Debate, 1989.
- De la Mata Pizaña, Felipe. *Entre el voto universal y la perspectiva intercultural*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2019. <https://www.te.gob.mx/blog/delamata/front/articles/article/121> [fecha de consulta 18-2-2025].
- Díaz Revorio, Francisco Javier. *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*. Valencia-Ciudad de México: Tirant lo Blanch-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. “Constitución y fenómeno religioso. Algunas consideraciones sobre el modelo español en el modelo europeo”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. N.º 28 (2012).
- Díaz Revorio, Francisco Javier. “La monarquía parlamentaria, entre la historia y la Constitución”. *Pensamiento Constitucional* 20, N.º 20 (2015).
- Díaz Revorio, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. México: Tirant lo Blanch, 2017.

²⁹ Véase, por todos, Byung-Chul Han. *Hiperculturalidad. Cultura y globalización* (Barcelona: Herder, 2018).

- 
- Díaz Revorio, Francisco Javier. *Estado, Constitución, democracia. Tres conceptos que hay que actualizar*. Lima: Palestra, 2017.
 - Díaz Revorio, Francisco Javier. “A vueltas con la fundamentación de los derechos y la dignidad humana”. En *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, editado por P. Andrés Ibáñez. Lima: Palestra, 2020.
 - Díaz Revorio, Francisco Javier; Vidal Prado, Carlos (eds.). *Enseñar la Constitución, educar en democracia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2021.
 - Esparza Reyes, Estefanía. *La Igualdad como no Subordinación. Una Propuesta de Interpretación Constitucional*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018.
 - Ferrajoli, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
 - Ferrajoli, Luigi. *Por una Constitución de la Tierra*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2022.
 - Ferrajoli, Luigi. *Garantismo global. La Constitución de la Tierra y la expansión del constitucionalismo*. Lima: Palestra, 2024.
 - García Belaunde, Domingo. “El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias”. En *Textos constitucionales históricos. El constitucionalismo europeo y americano en sus documentos*, compilado por F. J. Díaz Revorio. Lima: Palestra, 2004.
 - García Guerrero, José Luis; Martínez Alarcón, María Luz. *Constitucionalizando la Globalización*, 2 vols. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
 - Giraudo, Laura (ed.). *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
 - Giraudo, Laura (ed.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
 - Habermas, Jürgen. *Identidades nacionales y postnacionales*, 3.ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.
 - Keane, John. *Vida y muerte de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2018.
 - Llasag Fernández, Raúl et al. “Interpretación intercultural de la justicia indígena en la Corte Constitucional del Ecuador”. *Cahiers des Ameriques Latines*, N.º 94 (2020). <https://journals.openedition.org/cal/11530> [fecha de consulta 18-2-2025].
 - Majano Caño, María José; Ruiz Dorado, María; Travé Valls, Adriana. “El desarrollo normativo de la LOMLOE por parte de las Comunidades Autónomas en los contenidos de educación cívica y valores”. En *Educación en valores, construir ciudadanías*, editado por F. J. Díaz Revorio y C. Vidal Prado. Madrid: Dykinson, 2025.
 - Matía Portilla, Francisco Javier (dir.). *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
 - Montesquieu. *Del espíritu de las leyes* [1748]. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Barcelona: Orbis, 1984.
 - Olmeda García, Marina del Pilar. *Universalización de los Derechos Humanos*. Ciudad de México: Bosch, 2014.
 - Peces-Barba, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Vol. I. Teoría General*. EUDEMA Universidad, Madrid, 1991.

- 
- Pegoraro, Lucio. “Mama África: La Carta del Manden, o los orígenes del constitucionalismo moderno (y su olvido en el constitucionalismo occidental)”. *Revista de Derecho Político*, N.º 121 (2024).
 - Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10.ª ed. Madrid: Tecnos, 2010.
 - Pérez Serrano, Nicolás. *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas, 1976.
 - Prieto Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.
 - Río Santos, Fruela. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Historia, documentos, borradores y proyectos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022.
 - Roca Fernández, María José. “La identidad constitucional en la Unión Europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales”. En *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, dirigido por J. García Roca y R. Bustos Gisbert. Cizur Menor: Aranzadi/Civitas, 2022.
 - Rosillo Martínez, Alejandro. *La tradición hispanoamericana de derechos humanos*. Quito: CE-DEC, 2012.
 - Ruiz Dorado, María; Travé Valls, Adriana. “El pluralismo jurídico: de la multiculturalidad a la interculturalidad como parámetros determinantes”. En *Interculturalidad, derechos de la naturaleza, paz: valores para un nuevo constitucionalismo*, a cargo de F. J. Díaz Revorio y M. González Jiménez. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
 - Sacco, Rodolfo. *Le droit africain. Anthropologie et droit positif*. París: Dalloz, 2008.
 - Sagüés, Néstor Pedro. “La modulación constitucional. Manifestaciones en el reciente constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N.º 21 (2014).
 - Valmaña Ochaita, Alicia. *Democracia en el mundo antiguo y en la actualidad*. Santiago de Compostela: Andaviria Editora, 2013.
 - Villagómez Moncayo, B. et al. *Parámetros constitucionales para el ejercicio de la justicia indígena y cumplimiento de garantías del debido proceso*. <http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/BJMCCE/202202/202202-2.pdf> [fecha de consulta 19-2-2005].



Desconstitucionalización: un punto de vista peruano

MAURO BARBERIS

Profesor de la Università di Trieste

Sumario: 1. El microcosmos peruano. 2. ¿Globalización u occidentalización? 3. Estado constitucional, progreso, evolución. 4. Recesión democrática, populismo, desconstitucionalización. 5. Un lema y tres posibles remedios. Bibliografía.

[Me abstendré] de establecer comparaciones entre el gobierno de los Incas y el de nuestro tiempo, porque toda comparación es odiosa

(Garcilaso de la Vega, *Comentarios reales de los Incas*, 1609)

Desde una mirada no solo jurídica, sino también histórica, política y geopolítica, el Perú aparece como un microcosmos: una representación en pequeño del mundo aquí y hoy. En efecto, ambos mundos conocen, como estratificaciones sucesivas, tres procesos globales. El primero es la *globalización*, mejor llamada occidentalización porque se trata de una colonización progresiva del mundo por parte de Occidente: un proceso a largo plazo, que se acelera después de la caída del Muro de Berlín (1989), y hoy desacelera y revierte. El segundo proceso, paralelo al primero, es la *constitucionalización*: la difusión de la democracia liberal o constitucional, lo que los juristas denominan Estado constitucional.

El tercer proceso, opuesto a los anteriores, comenzó ya en la primera década del 2000 y ha culminado, hasta ahora, con el retorno de la guerra en Occidente: invasión rusa a Ucrania y holocausto palestino en Gaza. Este tercer proceso ha sido llamado por los politólogos con muchos nombres diferentes, el menos malo de los cuales es “recesión democrática”; para referirnos a sus aspectos jurídicos, siguiendo a Pedro Grández, lo llamaré *desconstitucionalización*¹. Sin insistir demasiado en diagnósticos y pronósticos ya proporcionados desde *Cómo Internet está matando la democracia* (2020) hasta hoy, aquí intentaré concentrarme en las terapias.

1. EL MICROCOSMOS PERUANO

Hay al menos tres razones por las que el Perú parece representativo de muchos procesos en curso, y en todo caso proporciona un ángulo visual privilegiado para estudiarlos². La

¹ Pedro P. Grández Castro, *La Constitución que languidece. Estudios de Derecho Constitucional en tiempos de crisis* (Lima: Palestra, 2024).

² Pablo Quintanilla, “De la promesa republicana al envilecimiento de la política”, *Constitución y República* 1, N.º 1 (2025): 1-7.



primera razón se refiere —por cierto, no a la historia profunda de la evolución, común a todos los seres humanos, sino— a la *memoria inca*: el recuerdo de la primera unificación del país, mucho más allá de sus fronteras actuales. El imperio precolombino más grande, lo cual, aún hoy, constituye la capa más profunda de la identidad peruana, sobre la cual las capas española y asiática se han superpuesto.

Pensamos, por contraste, en la colonización inglesa de Norteamérica, que en el imaginario occidental ha alimentado los mitos del estado de naturaleza y del contrato social. Nada parecido, evidentemente, con las culturas azteca, maya e inca, que produjeron sociedades hiperjerárquicas, todavía típicamente orientales, sobre las cuales la española —*segunda* razón— se *superpuso*: un poco como las iglesias católicas sobre los templos “paganos”, o el catolicismo sobre el politeísmo anterior. De acuerdo con su vocación originaria, por lo demás, porque el catolicismo sigue siendo la más pagana de las confesiones cristianas.

Sea como fuere, la Conquista española y el subsiguiente período de los Virreyes hacen de Lima la primera capital, política e incluso cultural, de la América Latina española: por ejemplo, dio lugar a la fundación de la primera universidad del subcontinente, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Sin embargo, la Conquista parece consagrar también, literalmente, el autoritarismo y el clasismo inca originario, bien simbolizado por la prohibición de la escritura, considerada, no se sabe si más oscura o lúcidamente, como un instrumento de emancipación. Situación que no cambia con la posterior independencia del Perú de España, y la adopción casi obligada de modelos constitucionales norteamericanos.

El clasismo criollo, que sucedió al de los incas y españoles, y fue al menos tan básico en la constitución como la esclavitud en la constitución estadounidense, contribuyó al desarrollo económico y al subdesarrollo político peruano aún más que el colonialismo yanqui. Limitándonos a las cuestiones constitucionales, el Perú parece encarnar una doble pesadilla: la conocida precisamente como *Linizian Nightmare*, del politólogo Juan Linz, quien señaló las consecuencias nefastas del trasplante en América Latina del presidencialismo estadounidense; la otra que propongo llamar *Ackermanian Nightmare*, del comparatista Bruce Ackerman³.

Me refiero a la práctica postmoderna del bricolaje o *bric-a-brac* constitucional⁴ recomendada por Ackerman como alternativa al *Linizian Nightmare*; es decir, no trasplantar sistemas constitucionales elaborados y concluidos, como el estadounidense, sino coleccionar institutos heterogéneos, que funcionan en el contexto de salida, pero terminan complicando el contexto de llegada. Para mí, teórico ni constitucionalista ni comparatista, son sobre todo dos aspectos de la actual constitución peruana los que encarnan ese riesgo: la yuxtaposición del presidencialismo y el Congreso monocameral, y la convivencia de dos controles de constitucionalidad, uno difundido y otro centralizado.

Para hacer del Perú un microcosmos representativo de la actual globalización/occidentalización del mundo, por otra parte, hay también una *tercera* razón, después de la memoria inca y la conquista española: aquí se llamará *fascinación asiática*, también típica de uno de los países más multiétnicos del mundo. Fascinación que contribuye a explicar los dos fenómenos más peculiares de la política peruana: los opuestos extremismos fujimorista

³ Bruce Ackerman, “The New Separation of Powers”, *Harvard Law Review* 113, N.º 3 (2000): 633-729.

⁴ Tania Groppi *et al.* (editoras), *Judicial Bricolage. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges in the 21st Century* (Oxford: Hart, 2025).

(por Alberto Fujimori) y maoísta (por Sendero Luminoso). Fenómenos tan peculiares que hacen que el caso peruano, paradójicamente, sea aún más representativo de las contaminaciones e hibridaciones de la globalización o quizás la anticipación de un proceso igual y contrario, la reorientalización del mundo.

Perú, en efecto, no es la única tierra de frontera entre Occidente y Oriente, o si se quiere, entre el Norte y el Sur del mundo, que parece sufrir esta fascinación: para indicar ejemplos retomados después, citaría California e Israel. De nuevo paradójicamente, como veremos, son precisamente los países tecnológicamente más avanzados y/o más expuestos a la globalización/occidentalización del mundo, los que reaccionan con una especie de reorientalización: la oscura atracción ejercida —no sobre los europeos occidentales, en cuyo ADN está el conflicto, sino sobre muchos otros— por el despotismo asiático: un gobierno estable, benevolente y paternal, ejercido en nombre de un valor supremo, la Armonía.

2. ¿GLOBALIZACIÓN U OCCIDENTALIZACIÓN?

El *primer* proceso que también involucra al Perú, como se ha dicho, es la *globalización*⁵ y sobre todo el período que comienza con la caída del Muro de Berlín (1989) y termina con la segunda elección de Trump (2024), cuya predicción ha favorecido el retorno de las guerras en Occidente. El término “globalización”, introducido en los años setenta, tiene muchos competidores; para poner un poco de orden, al menos en el léxico, hay que adoptar, además del eterno criterio cronológico ya sugerido por Aristóteles, el siguiente esquema parecido a las cajas chinas: procesos evolutivos más amplios generan otros más específicos, hasta la globalización y más allá⁶.

El proceso más antiguo, coevo al *Homo Sapiens* y más general, es la migración: al menos desde la conquista de la posición erguida los humanos siempre han migrado por el planeta, desde la Madre África hasta Tierra del Fuego, siguiendo las mutaciones de las tierras emergidas. Incluso después del descubrimiento de la agricultura, el asentamiento en territorios y el fin del nomadismo, el proceso continuó con la colonización de nuevos territorios por parte de la población excedentaria: actividad que comprensiblemente interesó más a los habitantes de Europa, esta península occidental de Asia, que, a los residentes en China, quienes siempre han creído dominar la Tierra Media.

La colonización de las Américas, por otra parte, ha sido notoriamente asimétrica: fue Norteamérica, al menos a partir de la doctrina Monroe, la que consideró a América Latina como su patio trasero, no viceversa. Esta asimetría explica, sin justificarla, el uso yanqui de la parte meridional del continente americano para experimentos políticos y, sobre todo, económicos: lo que ha ocurrido también en Europa, por supuesto, donde fascismo y franquismo pueden considerarse como experimentos del sucesivo nazismo alemán. Los típicos experimentos yanquis en Latinoamérica fueron el golpe chileno de Pinochet (1973) y también el autogolpe peruano de Fujimori (1992).

⁵ Ulrich Beck, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten des Globalisierung* (Frankfurt del Meno: Suhrkamp, 1997).

⁶ Tania Groppi *et al.* (editoras), *Framing and Diagnosing Constitutional Degradation. A Comparative Perspective* (Consulta OnLine, 2022).



La globalización estrictamente entendida, por otra parte, comienza con la caída del Muro de Berlín y la desaparición del pretexto del comunismo para impedir la autodeterminación de América Latina. Desde entonces, a los golpes se prefieren técnicas más sofisticadas, como la difusión de sectas protestantes en función anticatólica y anticomunista. La globalización alimenta no solo la aparente conversión a la democracia de países sin tradiciones democráticas —como muchos de Europa del Este, desde siempre parte, a lo máximo, de imperios bastante tolerantes como el Sacro Romano Germánico y el Austro-Húngaro, o no tolerantes en absoluto como el soviético—, sino también procesos como la constitucionalización.

Volveremos al siguiente punto sobre los principales productos de este proceso: el Estado constitucional y el (neo)constitucionalismo. Aquí hay que mencionar al menos el progresismo —Karl Popper lo llamaría historicismo—, en ocasiones cristiano, iluminista, comunista y finalmente (neo)liberal, que ha favorecido todos estos procesos: básicamente, la creencia en la necesidad de la difusión universal de instituciones casi exclusivamente europeas-occidentales, hoy en crisis incluso en su propia cuna. Religión laica con sus propios evangelistas, entre ellos, juristas: Luigi Ferrajoli, Manuel Atienza y Robert Alexy, quienes han sustituido en la devoción académica a patriarcas argentinos como Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin.

En retrospectiva, hoy es demasiado fácil hacer burla de la retórica de la globalización, especialmente si ha sido adoptada no solo por sus fieles neoliberales, sino también por sus evangelistas progresistas: basta con decir que oculta procesos neocoloniales de occidentalización del mundo⁷. Incluso, el principal atractivo de tal fe —la propagación global de los derechos humanos— sigue siendo improbable, en gran parte debido a la subestimación de un elemento lingüístico. Es difícil evangelizar el planeta en inglés, trasplantando términos anglosajones como “constitution”, “freedom” y “rights” a lenguas y culturas que originalmente los ignoran.

3. ESTADO CONSTITUCIONAL, PROGRESO, EVOLUCIÓN

Por *constitucionalización* no se entiende ciertamente la redacción de nuevas constituciones, generalmente peores que las adoptadas después de revoluciones o guerras civiles, sino un proceso casi exclusivamente occidental y contemporáneo⁸. Occidental: muchas constituciones “de papel” extraoccidentales son solo una parodia de las occidentales. Contemporáneo: un proceso que viene de lejos, pero que culmina con el *new constitutionalism* post-Segunda Guerra Mundial; período para el cual vale la filosofía jurídica llamada (neo)constitucionalismo, así como el derecho natural se aplica a la era del pre-derecho y del derecho jurisdiccional, y el positivismo jurídico a la época de la legislación⁹.

Las condiciones separadamente necesarias y solo conjuntamente suficientes para hablar tanto de constitucionalización como de su producto, el Estado constitucional, son esencialmente tres: rigidez de la constitución, control de constitucionalidad y sobre todo la llamada

⁷ Serge Latouche, *L'occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire* (Paris: La Découverte, 1982).

⁸ Louis Favoreu, “La constitutionnalisation du droit”, en *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, dirs. J. B. Auby y J. J. Bienvenu (Paris: Economica, 1996).

⁹ Mauro Barberis, *Geo-diritto. Una teoria del diritto pluralista* (Turín: Giappichelli, en prensa, 2025b).



interpretación constitucional¹⁰ (otras condiciones en Guastini, 2001, 203-213). Llamada así porque, si se observa más de cerca esta interpretación, resulta no solo atribución de significado a los textos, como para cualquier derecho escrito, sino también otra estratificación de procesos anteriores: es decir, a los argumentos interpretativos tradicionales se superponen argumentos nuevos, como interpretación conforme, principios de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, ponderación...

Argumentos, los segundos, con respecto a los cuales la constitucionalización se revela doblemente entrelazada con la internacionalización del derecho: otro proceso relacionado, pero no reducible a la globalización y occidentalización. Por un lado, en efecto, constituciones rígidas, que garantizan derechos y actúan como motor de la reinterpretación conforme de todo el derecho de un país, son posteriores a la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por otro lado, tales constituciones sirven de modelo a organizaciones y jurisprudencias internacionales como el Consejo de Europa con su CEDH, Unión Europea con su Tribunal de Justicia, Mercosur y Tribunal Interamericano de Derechos Humanos.

En cuanto al progresismo, levanten la mano quienes no han creído que todos estos procesos jurídicos eran consustanciales a la democracia política, liberal, constitucional o sin otra calificación o alternativa. Levanten la mano incluso aquellos que, víctimas del determinismo económico, tanto marxista como liberal, no imaginaron antes de Tien Anmen que China, adoptado el capitalismo de Estado, no estaba destinada a transformarse también en una democracia. Sobre todo, haga *coming-out* quien no haya pensado, ni siquiera por un momento, que la democratización y la constitucionalización no fueran irreversibles, o al menos *path dependent*.

Hemos sido víctimas, todos nosotros creyentes en la divina providencia, en el progreso, en la victoria del proletariado o en el advenimiento del libre mercado global, del perjuicio progresista del cual se decía arriba, y que ahora se revela como la transformación de una tendencia del momento a una suerte de destino. Tendencia tan fuerte que incluso el término más refractario, el propio término “evolución”, se ha convertido en sinónimo de “progreso”, mientras que indica exactamente lo contrario: el triunfo de la contingencia, una sola ley de bronce, el aumento de la complejidad hasta el límite de la entropía, y, más aún, la posibilidad de regresos, y, por cierto, no el advenimiento necesario del Estado constitucional.

Todo el mundo sabe a dónde nos llevó esta creencia. La occidentalización del mundo, que también sacó de la pobreza países o continentes como India y China, al final fue percibida por lo que era desde el comienzo —una colonización— y ha producido, por reacción, nativismos (eslavos), fundamentalismos (no solo islámicos, sino también hindú y hebreos), contra-imperialismos (chino). Emblemático lo que ocurre hoy en Israel, país hasta ayer percibido como cabeza de puente de las democracias occidentales en Oriente Medio: una re-orientalización por la cual, entre los aliados ultraortodoxos de Benjamin Netanyahu y sus oponentes fundamentalistas islámicos ya no hay casi ninguna diferencia, ni siquiera en los fondos que llegan del Qatar.

Si hoy parece fantapolítica la idea de que Rusia, China o la India en guerra con Pakistán, puedan constitucionalizarse, en efecto, es precisamente porque las propias capitales de Occidente —Washington, Londres, París, Berlín, etc.— se están desconstitucionalizando

¹⁰ Otras condiciones en Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale* (Turín: Giappichelli, 2001).



ellas mismas, y precisamente en el aspecto crucial del constitucionalismo: las instituciones llamadas por Ferrajoli “de garantía” y por los estadounidenses contramayoritarias (*counter-majoritarian*). En estos días se respira un aire extraño también en Italia, donde la vieja izquierda antiamericana parece haber pasado con armas y equipaje al populismo filorruso. Así, el enemigo, el concentrado de todos los males, se convierte en la Unión Europea: el paradigma mismo de la constitucionalización.

Cómo países como Estados Unidos, Alemania e Italia pueden haberse transformado en pocos años, de portaestandartes de la democracia constitucional e internacional a víctimas de tentaciones populistas, soberanistas y aislacionistas, depende ciertamente de la combinación de muchos factores: la aceleración del tiempo histórico, los contragolpes de la globalización, el aumento de las desigualdades producido por la financiarización de la economía y la deslocalización de las industrias al exterior. En mis libros de los últimos cinco años, sin embargo, se plantea una hipótesis que se arriesga a resumir todos: el repentino paso de la comunicación, después de las edades de la oralidad y la escritura, a la era de Internet¹¹.

Muchas características bien conocidas de la comunicación digital favorecen esta ulterior involución, encarnada ejemplarmente por su héroe epónimo, Donald Trump: espejo, este último, del usuario típico de lo social, auto-centrado, narcisista, víctima de delirios de omnipotencia, y sobre todo desesperadamente ignorante, cuando se lo observa desde la época de la escritura. Ignoro hasta qué punto esta hipótesis, quizás afectada por los mismos vicios que denuncia —universalismo y progresismo—, puede ayudar a explicar la desconstitucionalización peruana; pero tal vez contribuye al propósito consolador resumido por el viejo lema “mal común, medio alegre”.

4. RECESIÓN DEMOCRÁTICA, POPULISMO, DESCONSTITUCIONALIZACIÓN

El *tercer* proceso, la *desconstitucionalización* —el dismantelamiento progresivo, sea intencional o preterintencional, del Estado constitucional— se sitúa, en Perú como en Italia, si no en todo el mundo antes afectado por la constitucionalización, en el contexto de otros dos procesos políticos: recesión democrática y difusión del populismo. Hoy, con la manifiesta impotencia demostrada por las democracias occidentales para enfrentarse al desafío, incluso bélico, que les han traído las autocracias orientales, se ha difundido en la opinión pública occidental, o en lo que queda de ella, el descrédito del derecho, especialmente internacional, tan sobrevalorado en la era de globalización y constitucionalización como hoy subestimado.

Ejemplar de este cambio de humor es el éxito, sobre todo mediático, de la geopolítica: este subgénero de la literatura fantástica que está a la era de Internet como la teología a la época de la escritura. Todos somos realistas políticos, hoy: miramos ante todo a las relaciones de fuerza, no solo económicas, sino también tecnológicas o militares. Sobre todo, pedimos a esta dudosa ciencia predicciones sobre nuestro futuro comparables a

¹¹ Mauro Barberis, *Cómo Internet está matando la democracia*, trad. M. Chumberiza Tupac Yupanqui (Lima: Palestra, 2024); el mismo, *Separación de poderes y justicia digital*, trad. M. Chumberiza Tupac Yupanqui (Lima: Palestra, 2024); el mismo, *El encanto del mundo. Una introducción al pluralismo*, trad. M. Chumberiza Tupac Yupanqui (Lima: Palestra, en prensa); el mismo, *Geo-diritto*.

las que nos proporciona otra disciplina aún, propia, esta vez, de la edad de la oralidad: la astrología. *Pro domo nostra*, de nosotros los juristas, en cambio, reivindicaré aquí el papel del derecho en los equilibrios políticos, tecnológicos e incluso militares.

Quizás el derecho, y también las constituciones y los tratados internacionales, no son tan irrelevantes como pretenden los geopolíticos, después de todo, si parecen convertirse en el blanco privilegiado de los ataques populistas, soberanistas y aislacionistas. Tal vez la propia recesión democrática —el proceso iniciado en los albores del nuevo milenio de disminución del número de democracias en el planeta, una reacción a la aparente inflación de los años noventa— puede resumirse en una receta jurídica: el ataque sistemático a esa separación de poderes que, en su sentido más amplio, representa un elemento constitutivo de la democracia, elemento quizás más importante que las elecciones mismas.

Si se observa con atención, la receta populista/soberanista, en todo el mundo y quizás también en el Perú, es siempre la misma: mayor fortalecimiento del Ejecutivo a expensas del Parlamento; ataque sistemático a la independencia del poder judicial frente al Ejecutivo; asfixia de la información libre, ocupada por los gobiernos cuando es pública, o privatizada en favor de grupos económicos amigos, y en todo caso vaciada en su conjunto por lo digital. Incluso la fenomenología de la desconstitucionalización esbozada por Pedro en su último libro, si se mira con atención, encaja en este marco, agravado por el hecho de que, en Perú, hablamos todavía siempre de la Constitución de Fujimori, y no de las constituciones antifascistas europeas de posguerra.

El modelo global de populismo que corroe a las democracias liberales desde dentro, democracia ya bajo ataque global desde el exterior, es, en todo caso, la Hungría de Viktor Orbán, el autor del oxímoron “democracia iliberal”, hoy utilizado en competencia con “autocracia electiva” y “democratura”. Un modelo, el húngaro, seguido escrupulosamente también en Italia, actualmente gobernada por un gobierno de derecha que remodela así la receta desconstitucionalista: reforzar los poderes del primer ministro con una suerte de *premiership*; reforma de la justicia con debilitamiento del Ministerio Público; ocupación de lo que queda de un servicio público de radio y televisión ya en gran parte privatizado.

Hasta aquí, en resumen, el diagnóstico del mal: la occidentalización del mundo, perseguida por las grandes finanzas con la complicidad de la industria tecnológica, ha producido como reacción una especie de reorientalización, de la que tal vez solo se benefician la industria armamentística y el control digital global. No muy lejos de este escenario está también el pronóstico, forzosamente limitado al corto plazo: la creciente complejidad, la aceleración del tiempo, los mismos cambios comunicativos que nos condenan a vivir en un eterno presente, no nos permiten mirar más allá. Ni hablemos de terapias: como hubiera dicho el Papa Francisco, y como quizá repetirá su sucesor León, no por casualidad enviado al Perú a aprender el oficio, ¿quiénes somos nosotros para proponer remedios a procesos globales, tal vez irreversibles?

Como mucho, podemos avanzar una esperanza evolucionista: como siempre ha ocurrido en las transiciones de época, también esta vez el Homo sapiens encontrará un modo de adaptarse a los cambios de su entorno vital y retrasará el apocalipsis, evitando el abismo de la entropía. Sin embargo, nosotros, juristas, especialistas en la resolución de conflictos sociales, tenemos que proporcionar algunas recetas: sobre todo hoy, cuando los especialistas en informática y geopolítica, a menudo juristas fracasados, se ríen abiertamente de nosotros. Aquí se formulará solo una respuesta genérica y tres remedios específicos.

Nada tan revolucionario que valga para todo el planeta ni tan oportuno que salve al Perú, sin embargo: sólo sentido común, máximas de experiencia extraídas de diagnósticos y pronósticos ya mencionados.

5. UN LEMA Y TRES POSIBLES REMEDIOS

Propongo aquí, como terapia de recesión democrática y desconstitucionalización, que se han revelado caras de la misma moneda, un lema genérico y tres recetas específicas. El lema —imitación de la opinión más conocida de mi primer amor/maestro liberal, Benjamin Constant— es: pluralismo en todo, en literatura, en economía, en política, en derecho, contra todas las recetas simples para problemas complejos. Lema me temo inútil para el Perú actual, estratificación de memoria Inca, conquista castellana y reorientalización, y, de todas maneras, ya hoy en día capital mundial del pluralismo.

Las recetas específicas han sido ya propuestas contra el populismo mediático: virus que entretanto ha sufrido una mutación, al convertirse en una auténtica enfermedad degenerativa de la democracia. En otros términos, el populismo que originalmente llamé digital y hoy mediático se ha hibridado con lo que pretendía eliminar, el anarco-capitalismo: como muestran paradigmáticamente las entradas de Javier Milei a la Casa Rosada y de Donald Trump a la Casa Blanca. De este modo, el nivel del conflicto se eleva: lo que está en juego ya no es el Estado constitucional sino el Estado sin más, y su sustitución con un nuevo feudalismo digital, verdadera falsificación del pluralismo.

La *primera* y quizás principal receta jurídica contra la desconstitucionalización es defender las instituciones contra-mayoritarias: sí, precisamente la justicia, los bancos, los periódicos, las universidades... Basta pensar en los jueces, quienes en Europa no son elegidos por el pueblo, ni deberían serlo: ¿cómo podrían controlar las instituciones mayoritarias, si fueran elegidos por la misma mayoría que estos? En efecto, el defecto principal de los tribunales constitucionales y las Cortes supremas no es que sean contra-mayoritarios, sino que no lo sean suficientemente. El voto mayoritario, en cambio, lejos de ser una panacea, es una técnica de decisión marginal¹², útil casi solo para conferir legitimidad: para hacer leyes, y más aún para aplicarlas, se necesitan juristas.

Contra la tendencia populista a concentrar el poder en un líder o, peor aún, a eludir al Estado para recurrir a monopolios privados¹³, tenemos que recurrir específicamente al pluralismo institucional: la separación de poderes, los controles y equilibrios, el federalismo, las organizaciones internacionales. Mientras se mantenga el equilibrio entre los poderes estatales, nacionales e internacionales, y los poderes extraestatales, como los monopolios digitales privados, la democracia se mantendrá. Después comienza la deriva populista desde las democracias iliberales hacia las autocracias: bien representada, en el caso estadounidense, por el *DOGE* de Elon Musk, que expulsa a los potenciales disidentes institución por institución.

¹² Russell Hardin, "Democracy on the Margin", en *Understanding Democracy. Economic and Political Perspectives*, ed. A. Breton (Cambridge [Mass.]: Cambridge University Press, 1997).

¹³ Peter Thiel, *Zero to One. Notes on Startups, or How to Build the Future* (Nueva York: Crown Currency, 2014).



No hay que pasar por alto, sin embargo, que este populismo específico, hibridado con el anarcocapitalismo, es infinitamente más peligroso que el populismo tradicional, del siglo XX y de oposición. El populismo tradicional, especialmente en América Latina, carece de una clase gobernante: se limita a promover a puestos de gobierno a porta bolsa del líder, carentes de competencias y unidos sólo por su lealtad a él. El populismo anarcocapitalista, todo lo contrario: aquí estamos cerca del enemigo tradicional del populismo, la tecnocracia. Una contradicción, esta, que todos los oponentes del populismo deben explotar: no es posible que una élite de tecnócratas multimillonarios gobierne en nombre del pueblo.

Y aquí el primer remedio desemboca en el *segundo*, el mediático, que cuando el enemigo era simplemente los medios sociales populistas, consistió en adoptar las mismas técnicas de comunicación populistas, pero esta vez contra el populismo. Esto es lo que hace en particular la izquierda democrática, volviéndose maximalista; la derecha, por el contrario, o bien se ha convertido al populismo, o bien se recrea en la ilusión de dirigirse a un “centro reflexivo” que en realidad no existe o es irrelevante. El riesgo es siempre el mismo: la polarización del electorado, que sigue yendo a votar solo a costa de partirse en dos, como una manzana, y de producir gobiernos cada vez más ineptos para gobernar.

Esta receta, en realidad, tiene muchas variantes, todas las cuales han demostrado ser más o menos ineficaces. La variante más general —utilizar el populismo contra sí mismo, por así decirlo, en dosis homeopáticas, como en las vacunas— corre el riesgo de habituar al paciente, como con la metadona, o incluso de convertir al médico en paciente. Otra variante intenta combinar la primera y la segunda receta, esperando que el populismo, tarde o temprano, se convierta en instituciones, volviéndose civilizado: al igual que el nazismo, habría que responder burlonamente.

Una tercera variante es más interesante, porque explota el pluralismo cultural propio de países como Perú. Sin embargo, no hablamos aquí del *politically correct*, que en realidad ha contribuido a la fortuna del populismo en Estados Unidos y que se presta a convertirse en un populismo “de izquierda”, pero menos eficaz electoralmente que el “de derecha”, porque no entiende la necesidad de simplificación propia de la comunicación política. Nos referimos al multiculturalismo, que en un país multiétnico como Perú podría alimentar formas de representación de las culturas aborígenes, hasta ahora ajenas a la mayoría de los circuitos políticos occidentales.

La *tercera* receta anti-populista es la regulación de Internet: una solución típicamente europea y también pluralista, esta vez en el sentido del pluralismo de valores, igualmente alejada de la desregulación estadounidense y de la hiper-regulación china. Al igual que ocurre con otras ramas del derecho constitucional e internacional, los experimentos pioneros de la UE, como el RGPD (2016) y la AI Act (2024), se han convertido en modelos por defecto —el llamado Efecto Bruselas— fuera de Europa, mientras que dentro de la propia Europa reciben un cuádruple orden de críticas: de legitimidad, de anacronismo, de eficacia o incluso de técnicas.

Críticas de legitimidad, antes: siempre existe el riesgo de violar la libertad de expresión, sagrada para el mismo pluralismo, al igual que los conflictos que origina. Críticas de anacronismo, después: al regular excesivamente, los países se expulsan del mercado industrial más floreciente y de las líneas de investigación más prometedoras. Críticas de efectividad, aún: multas de millones de dólares, para las plataformas, no son nada frente a sus ganancias multimillonarias. Críticas técnicas, al final: la regulación siempre llega tarde con

respecto a la innovación, lo que pone en tela de juicio incluso la idea de regulación por diseño de Lawrence Lessig.

Finalmente, con la llegada al poder de los señores neofeudales de la alta tecnología, que sucedieron inmediatamente a la presidencia de Trump, ya no son los *lobbies* digitales sino la propia administración estadounidense la que se opone a cualquier regulación. Las redes sociales se apresuraron a despedir a los moderadores, el último baluarte contra el populismo anarcocapitalista. Todo esto plantea una duda verdaderamente “existencial”, por utilizar un término de moda frente a todos estos dilemas¹⁴: ¿es realmente posible regular Internet? ¿O es una tarea de Sísifo, el intento de vaciar el mar con un vaso o, mejor, el esfuerzo de volver a poner la pasta dentífrica en el tubo?

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce. “The New Separation of Powers”. *Harvard Law Review* 113, N.º 3 (2000): 633-729.
- Barberis, Mauro. *Cómo Internet está matando la democracia* [2020]. Traducido al castellano por Mayté Chumberiza Tupac Yupanqui, a partir de una versión automatizada preliminar. Lima: Palestra, 2024.
- Barberis, Mauro. *Separación de poderes y justicia digital* [2023]. Traducido al castellano por Mayté Chumberiza Tupac Yupanqui, a partir de una versión automatizada preliminar. Lima: Palestra, 2024.
- Barberis, Mauro. *El encanto del mundo. Una introducción al pluralismo* [2024]. Traducido al castellano por Mayté Chumberiza Tupac Yupanqui, a partir de una versión automatizada preliminar. Lima: Palestra, en prensa.
- Barberis, Mauro. *Geo-diritto. Una teoria del diritto pluralista*. Turín: Giappichelli, en prensa.
- Beck, Ulrich. *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten des Globalisierung*. Frankfurt del Meno: Suhrkamp, 1997.
- Favoreu, Louis. “La constitutionnalisation du droit”. En *L’unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, dirigido por J. B. Auby y J. J. Bienvenu, 25-42. París: Economica, 1996.
- Giacomini, Gabriele. *Il trilemma della libertà. Stato, cittadini, piattaforme*. Milán: La Nave di Teseo, 2025.
- Grández, Pedro. *La Constitución que languidece. Estudios de Derecho Constitucional en tiempos de crisis*. Lima: Palestra, 2024.
- Groppi, Tania; Carlino, Valentina; Milani, Gianmaria (editores). *Framing and Diagnosing Constitutional Degradation. A Comparative Perspective*. Consulta OnLine, 2022.
- Groppi, Tania; Ponthoreau, Marie-Claire; Spigno, Irene (editoras). *Judicial Bricolage. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges in the 21st Century*. Oxford: Hart, 2025.
- Guastini, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Turín: Giappichelli, 2001.
- Hardin, Russell. “Democracy on the Margin”. En *Understanding Democracy. Economic and Political Perspectives*, editado por A. Breton. Cambridge (Mass.): Cambridge University Press, 1997.

¹⁴ Gabriele Giacomini, *Il trilemma della libertà. Stato, cittadini, piattaforme* (Milán: La Nave di Teseo, 2025).

- 
- Latouche, Serge. *L'occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire*. Paris: La Découverte, 1982.
 - Quintanilla, Pablo. “De la promesa republicana al envilecimiento de la política”. *Constitución y República* 1, N.º 1 (2025): 1-7.
 - Thiel, Peter. *Zero to One. Notes on Startups, or How to Build the Future*. Nueva York: Crown Currency, 2014.
 - Todorov, Tzvetan, *La conquête de l'Amérique. La question de l'autre*. París: Seuil, 1982.



La Junta Nacional de Justicia: un caleidoscopio de la crisis institucional del país

GORKI GONZALES MANTILLA

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Sumario: 1. La restitución de una exfiscal o los signos de la degradación constitucional. 2. Un sistema judicial colapsado. 3. Degradación constitucional y captura del Estado. 4. Reflexión final: el desafío de recuperar el país. Bibliografía.

La restitución de la exfiscal de la Nación constituye un caso que ilustra con enorme intensidad la trayectoria de captura y degradación institucional del Estado peruano: pone al descubierto que la manipulación de los órganos de justicia es una estrategia política para preservar intereses de poder y blindar a sus actores. Este episodio también refleja un patrón histórico de instrumentalización institucional, en el que la legalidad formal sirve para legitimar decisiones que contradicen los valores republicanos y el papel garante del derecho.

El recorrido de esta crisis —desde la disolución del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) hasta el actual cuestionamiento de la JNJ— muestra que las reformas impulsadas sin modificar las condiciones culturales e institucionales resultan insuficientes, e incluso contraproducentes. El análisis revela un marco hegemónico, anclado en un modelo económico y político de corte hobbesiano, que ha configurado una cultura legal y política orientada a preservar intereses corporativos y patrimoniales antes que bienes públicos, debilitando las bases normativas y éticas del Estado constitucional.

Frente a ello, la salida requiere más que ajustes normativos: demanda un nuevo pacto moral que recupere el sentido republicano del derecho y del poder. Sin este anclaje ético, toda reconfiguración institucional será frágil y efímera.

1. LA RESTITUCIÓN DE UNA EXFISCAL O LOS SIGNOS DE LA DEGRADACIÓN CONSTITUCIONAL

La decisión de restituir a Patricia Benavides en el cargo de fiscal de la Nación se inscribe en el proceso de degradación constitucional que enfrenta el país en los años recientes. Es parte de la misma secuencia de decisiones políticas y legislativas que vienen desarticulando las bases del orden constitucional. Su significado, por otro lado, evoca algunos de los momentos más dramáticos de nuestra historia republicana: la imagen de un Estado capturado por facciones que usan las instituciones para reproducir su influencia y blindar sus intereses. Un Estado donde las autoridades renuncian a los valores republicanos para sumarse a las necesidades de los grupos que las sostienen: donde el derecho deja de ser un factor para la convivencia y se convierte solo en instrumento del poder.



El comunicado de la JNJ surgió como un relato fantástico: una resolución de contenido ambiguo y formulación irregular¹. Pero, en los hechos, la restitución de la exfiscal respondía a la necesidad real de ciertos grupos de interés que buscaban incidir directamente en el Ministerio Público. Difícilmente podía ocultarse la existencia de una alianza promovida por congresistas, funcionarios y abogados, varios de ellos implicados en investigaciones penales en curso.

Las escaramuzas en los medios de comunicación, así como el respaldo político ratifican el realismo que define el intento por recuperar el poder sobre el gobierno del Ministerio Público. La JNJ se convierte en el antihéroe de esta batalla: una entidad creada para salvaguardar la independencia judicial actúa ahora como su adversario, para desmantelarla. Es una paradoja común en la historia institucional del país que se reactualiza con vitalidad inusual.

2. UN SISTEMA JUDICIAL COLAPSADO

Sin embargo, las dificultades que enfrenta el sistema judicial no son recientes: es un proceso que se ha profundizado durante décadas. Con el tiempo, múltiples anomalías se han normalizado en su estructura y han debilitado sus funciones constitucionales. El impacto en la independencia interna provocado por la provisionalidad de los jueces de la Corte Suprema se prolonga a través de la extendida presencia de jueces provisionales y supernumerarios. Es un fenómeno que se replica con la enorme provisionalidad que se abre paso entre los fiscales: un “estado de cosas inconstitucional” que erosiona profundamente el sentido del sistema como conjunto.

Este fenómeno se ha convertido en la expresión de un deterioro que compromete gravemente todas las garantías que el constitucionalismo reconoce como indispensables de la función judicial. En el núcleo del problema se encuentra la ruptura del vínculo esencial entre independencia e imparcialidad. La inamovilidad, la idoneidad o la especialidad son apenas atributos excepcionales, visibles en la labor de algunos magistrados. La generalidad está afectada por la precariedad que provoca la ausencia de titulares en los cargos judiciales y las instituciones del sistema reflejan el mismo deterioro.

Es particularmente notable el caso de la Academia de la Magistratura. Durante décadas ha mostrado niveles extraordinarios de inoperancia en el cumplimiento de sus funciones constitucionales. La crisis del sistema de justicia también se explica desde este enorme vacío. Es la manifestación de una negligencia persistente y de la inestabilidad crónica de sus autoridades: una institución atrapada en el abandono, la inercia y el formalismo burocrático, que ha sido incapaz de impulsar y sostener una cultura judicial orientada a reconstituir las bases del sistema.

3. DEGRADACIÓN CONSTITUCIONAL Y CAPTURA DEL ESTADO

La gravedad de esta realidad forma parte de un patrón sostenido de degradación constitucional promovido desde el Congreso de la República con particular intensidad durante

¹ Abel Cárdenas, “Anomalías y controversias en la resolución de la JNJ que favoreció a Patricia Benavides”, *Ojo Público*, 15 de junio de 2025, <https://ojo-publico.com/politica/las-anomalias-del-fallo-la-jnj-favor-patricia-benavides>

los tres últimos años. Es un proceso, como se ha dicho, visible en un conjunto de reformas institucionales que, vistas en su acumulación y evolución, han socavado gravemente los fundamentos estructurales del ordenamiento constitucional².

Es la misma ruta que han seguido los ataques sistemáticos a la independencia de las instituciones del sistema de justicia, impulsados desde el Congreso³ y el Ejecutivo. Las presiones ejercidas contra los miembros de la anterior JNJ, los proyectos para intervenir en el ejercicio de la función judicial y fiscal, así como las propuestas orientadas para reconfigurar todo el sistema de justicia, son parte de la degradación constitucional.

La crisis de la JNJ es mucho más que un episodio en la historia reciente. En ella convergen la precaria posición de los distintos actores institucionales del sistema de justicia, pero también los intereses políticos que se han manifestado abruptamente en este proceso. En gran medida, es una crisis que refleja la fragilidad del Estado constitucional al punto de su inviabilidad institucional. Basta con recordar que una democracia constitucional, en su mínima configuración, se debe a la existencia de la división de poderes y la independencia judicial⁴: eso es lo que ha estado en cuestión debido a los ataques recibidos desde el poder político, pero también desde adentro, por parte de la mayoría de sus actuales miembros, quienes se han distanciado de los valores que la JNJ está llamada a defender. En ambos extremos hay un común denominador que se superpone con la provisionalidad de jueces y fiscales, que debilita la imparcialidad, en términos generales, y compromete la legitimidad del sistema de justicia en su totalidad.

Los ataques recientes a la independencia judicial han incluido propuestas legislativas para impedir que los jueces ejerzan el control difuso o para crear un sistema parlamentario de fiscalización a la función jurisdiccional⁵. Estas iniciativas no son hechos aislados, forman parte del mismo proceso de degradación constitucional visible en otras reacciones e iniciativas del Poder Ejecutivo como el intento de instauración de la pena de muerte o el rechazo abierto a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶. Son una agresión al orden constitucional cuya finalidad es la defensa y garantía de los derechos, como fundamento de la existencia de la democracia. Ese es el significado jurídico-político de ambas pretensiones en los términos de la cláusula prevista en el artículo 55 de la Constitución Política: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho

² Tania Groppi, Valentina Carlino, Giammaria Milani, *Framing and Diagnosing Constitutional Degradation: A Comparative Perspective* (Editore Consulta OnLine, 2022), VIII. Existe una secuencia sucesiva de normas aprobadas por el Congreso de la República desde el 2022 que mantienen la misma orientación regresiva, definida para desmontar el andamiaje constitucional en aspectos centrales del ordenamiento y, por ello, del ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas. Gorki Gonzales, “Degradación constitucional en el Perú: 2022 – 2024”, *Constitución y República* 1, N.º 1 (2025): 1-11, <https://www.constitucionalistasperu.org/01-documentos/revista01/Rev01-gonzales.pdf>

³ Abel Cárdenas, “Congreso impulsa una decena de proyectos para someter el sistema de justicia en Perú”, *Ojo Público*, 3 de noviembre de 2024, <https://ojo-publico.com/5379/congreso-impulsa-decena-proyectos-para-someter-sistema-justicia>

⁴ Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la Democracia Deliberativa* (Barcelona: Gedisa, 1997), 16.

⁵ Cárdenas, “Congreso impulsa una decenas de proyectos”.

⁶ Ricardo Mc Cubbin, “La presidenta del Perú rechaza y amenaza con desacatar las decisiones de la Corte IDH”, *Infobae*, 31 de julio de 2025, <https://www.infobae.com/peru/2025/07/31/dina-boluarte-defiende-ley-de-amnistia-y-amenaza-a-la-corte-idh-no-permitiremos-la-intervencion/>

nacional”. Y esa es la condición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita por el Estado peruano en julio de 1978, en pleno ejercicio de su soberanía⁷.

En otras palabras, el orden constitucional peruano para la garantía de los derechos y la impartición de justicia presenta una estructura, donde las previsiones de la Convención no se entienden como un cuerpo externo o supranacional. Estas han sido absorbidas por el propio ordenamiento constitucional y forman parte de su configuración. Es la interpretación que resulta de asumir que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”⁸. En consecuencia, la estructura institucional para la impartición de justicia y la garantía de derechos a la que se debe el sistema judicial responde a los valores aquí representados, a su significado histórico y político: es la respuesta a la necesidad de robustecer las bases del Estado democrático y los derechos fundamentales en la humanidad. Por lo tanto, su desvinculación sería una regresión para desfigurar el orden constitucional y debilitar gravemente la legitimidad del sistema democrático en su conjunto.

El final del intrincado proceso iniciado a propósito de la situación de la exfiscal Benavides no encuentra solución ni siquiera en la última resolución de la Corte Suprema de Justicia⁹ que la favorece. La garantía de la inmunidad constitucional de juicio, para proceder con la suspensión de los jueces y fiscales supremos, según lo previsto en el artículo 99 de la Constitución¹⁰, es solo un atajo formal que conduce a un terreno de mayor incertidumbre. Una paradoja que permite legitimar, en los hechos, la decisión irregular de la JNJ que hizo posible la restitución de la exfiscal.

La crisis de la JNJ también es la síntesis de un proceso de falta de contención ética que involucra a diversas autoridades, funcionarios y abogados. Es un fenómeno que se enlaza perfectamente al vacío moral que define el perfil de la mayoría del Congreso de la República. En efecto, la información que es de conocimiento público permite reconocer con claridad que la exfiscal de la Nación no debió ser nombrada por la anterior JNJ¹¹: no

⁷ Véase: https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados_Multilateral.xsp?action=openDocument&documentId=23E2

⁸ Cuarta Disposición Final y Transitoria. De otro lado, no se debe pasar por alto la cláusula prevista en el artículo 3 de la Constitución: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

⁹ Recurso de Apelación N.º 240-2025/Suprema. Ponente: César San Martín Castro, <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2025/07/Apelacion-240-2025-Suprema-LPDerecho.pdf>

¹⁰ Constitución Política, artículo 99: “Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas”.

¹¹ Luis Paucar, “Patricia Benavides a su evaluador en examen para ser fiscal de la Nación: ‘Usted me enseñó, ¿no?’”, *Infobae*, 18 de junio de 2023, <https://www.infobae.com/peru/2023/06/18/patricia-benavides-a-su-evaluador-en-examen-para-ser-fiscal-de-la-nacion-usted-me-enseno-no/>

reunía las condiciones sustanciales que exige un cargo de tanta relevancia para el país¹². Las razones que pesaron para su nombramiento, en todo caso, fueron desarticuladas casi inmediatamente por las graves denuncias en su contra¹³. La cesaron porque su posición de fiscal suprema era insostenible desde todo punto de vista¹⁴.

Sin embargo, esta realidad no ha servido como límite que impida la defensa de su restitución. Este episodio ha mostrado que la falta de escrúpulos en la acción pública y la idea de lo “correcto” —como condición de la vida en las comunidades desde los inicios de la modernidad—, han sido completamente relativizadas, e incluso suprimidas, en la práctica política del país. Es una forma de ser, instalada por una cultura cuyo origen reciente es el modelo económico que se introduce en el país con el golpe de Estado de 1992: un marco institucional definido, casi geométrico¹⁵. Este proceso ha delimitado el comportamiento de los actores conforme a sus intereses configurados en un modelo *hobbesiano*. No importa que provengan de los más grandes actores y conglomerados económicos, de las empresas que se han abierto paso aprovechando la precariedad y ausencia del Estado, de los grupos informales o ilegales. Todos parecen compartir una idea naturalizada de la libertad económica y de la legitimidad inherente para realizarla.

La racionalidad que emerge de este proceso ha colonizado la mentalidad de los actores políticos, ha establecido las bases de una subjetividad pragmática y ha delimitado las coordenadas de una cultura legal para preservar ese estado de cosas. Así ocurre con las decisiones del Congreso que, en muchos casos, representan estos intereses, sin razones públicas que las justifiquen, apenas dibujadas desde el formalismo, amparadas únicamente por la fuerza de los votos. En esta realidad, adversa a los valores republicanos, adquiere notoriedad pública el discurso y la acción de los políticos tráfugas y los “conversos”¹⁶. Algunos de ellos, fueron enemigos caracterizados y abiertos del fujimorismo, y de pronto se transformaron en defensores oficiales de sus causas: una tendencia que se sobrepone, incluso, para defender a la exfiscal, sin atenuantes, a partir de un lenguaje tomado por la

¹² Luego de fuertes presiones públicas y denuncias sobre la irregularidad de los grados académicos de la exfiscal Benavides, se ha revelado que su tesis de maestría observa un 85 % de coincidencias sin citar. Diego Casimiro Ore, “El 85% de la tesis de Patricia Benavides es plagiada, revela la Fiscalía”, *Infobae*, 30 de julio de 2025, <https://www.infobae.com/peru/2025/07/30/el-85-de-la-tesis-de-patricia-benavides-es-plagiada-revela-la-fiscalia/>

¹³ Daniel Yovera, “Así evaluó la Junta Nacional de Justicia a la fiscal Patricia Benavides”, *Epicentro*. Tv, 19 de abril de 2023, <https://epicentro.tv/asi-evaluo-la-junta-nacional-de-justicia-a-la-fiscal-patricia-benavides/>

¹⁴ Los hechos revelan que la exfiscal Benavides ha mostrado una escasa adscripción a los principios y valores de la función pública: Patricia Benavides: el polémico y corto período de la fiscal general de Perú suspendida por interferir en una indagatoria contra su hermana. Redacción BBC News Mundo, “Patricia Benavides: el polémico y corto período de la fiscal general de Perú suspendida por interferir en una indagatoria contra su hermana”, *BBC News Mundo*, 23 de mayo de 2024, <https://www.bbc.com/mundo/articles/cn00w5egxvqo>

¹⁵ Pier Giuseppe Monateri, *Geopolítica del diritto. Genesi, governo dei corpi politici* (Roma – Bari: Editori Laterza, 2013), 36.

¹⁶ Un ejemplo representativo es el caso de Fernando Rospigliosi quien hoy ocupa la vicepresidencia del Congreso de la República. En los últimos años pasó de ser un crítico acerbado del Fujimorismo a defensor acérrimo de sus causas y militante de su agrupación política: Martha Valencia, “Tantas veces Rospigliosi: de izquierdista y férreo opositor de Alberto y Keiko Fujimori a rendido defensor del fujimorismo”, *El Búho*, 24 de noviembre de 2024, <https://elbuho.pe/2024/11/tantas-veces-rospigliosi-de-izquierdista-y-ferreo-opositor-de-alberto-y-keiko-fujimori-a-rendido-defensor-del-fujimorismo/>

agresión verbal. Esta forma de “cinismo” político que se ha normalizado en la actividad parlamentaria tiene un costo moral histórico para el país, es un mal ejemplo para la vida cívica y, ciertamente, para las generaciones más jóvenes.

4. REFLEXIÓN FINAL: EL DESAFÍO DE RECUPERAR EL PAÍS

La crisis de la JNJ ha dejado al descubierto las fracturas profundas de una estructura institucional fallida. Su propia trayectoria —desde la disolución del CNM hasta su actual cuestionamiento— evidencia que las reformas impulsadas bajo las mismas condiciones sistémicas no solo resultan insuficientes, sino que a menudo agravan el deterioro. En contextos donde la cultura hegemónica permanece intacta, ninguna transformación institucional es posible sin alterar sus fundamentos.

Pese a todo, lo que esta crisis también revela es la necesidad de enfrentar el grave problema que implica la captura del Estado. Este puede ser el punto de inflexión para cualquier remedio y el primer paso para entender la magnitud del desafío que implica reconstruir la JNJ, reconfigurar el sistema de justicia y recuperar el país. En este propósito los esfuerzos deben tener en cuenta que el problema sobrepasa los confines de las reformas normativas. El desafío es mayor por el desastre institucional y la pérdida de referentes morales en la acción pública y el Estado: se trata de establecer las bases que sostengan el modelo republicano en un país diverso y plural, con asimetrías y brechas que separan y segmentan a los miembros de una comunidad, por esas razones, imaginaria. La promesa republicana que aún nos mantiene con vida no se restituye con leyes, sino con un nuevo pacto moral que devuelva sentido al poder político y al derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Cárdenas, Abel. “Anomalías y controversias en la resolución de la JNJ que favoreció a Patricia Benavides”. *Ojo Público*, 15 de junio de 2025. <https://ojo-publico.com/politica/las-anomalias-del-fallo-la-jnj-favor-patricia-benavides>
- Cárdenas, Abel. “Congreso impulsa una decena de proyectos para someter el sistema de justicia en Perú”. *Ojo Público*, 3 de noviembre de 2024. <https://ojo-publico.com/5379/congreso-impulsa-decena-proyectos-para-someter-sistema-justicia>
- Casimiro Ore, Diego. “El 85% de la tesis de Patricia Benavides es plagiada, revela la Fiscalía”. *Infobae*, 30 de julio de 2025. <https://www.infobae.com/peru/2025/07/30/el-85-de-la-tesis-de-patricia-benavides-es-plagiada-revela-la-fiscalia/>
- Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Apelación N.º 240-2025/Suprema, Sala Penal Suprema. Ponente: César San Martín Castro, <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2025/07/Apelacion-240-2025-Suprema-LPDerecho.pdf>
- Gonzales, Gorki. “Degradación constitucional en el Perú: 2022 – 2024”. *Constitución y República* 1, N.º 1 (2025): 1-11. <https://www.constitucionalistasperu.org/01-documentos/revista01/Rev01-gonzales.pdf>
- Groppi, Tania; Carlino, Valentina; Milani, Giammaria. *Framing and Diagnosing Constitutional Degradation: A Comparative Perspective*. Editore Consulta OnLine, 2022.
- Mc Cubbin, Ricardo. “La presidenta del Perú rechaza y amenaza con desacatar las decisiones de la Corte IDH”. *Infobae*, 31 de julio de 2025. <https://www.infobae.com/peru/2025/07/31/>

[dina-boluarte-defiende-ley-de-amnistia-y-amenaza-a-la-corte-idh-no-permitiremos-la-intervencion/](#)

- Monateri, Pier Giuseppe. *Geopolítica del diritto. Genesi, governo dei corpi politici*. Roma – Bari: Editori Laterza, 2013.
- Nino, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- Paucar, Luis. “Patricia Benavides a su evaluador en examen para ser fiscal de la Nación: ‘Usted me enseñó, ¿no?’”. *Infobae*, 18 de junio de 2023. <https://www.infobae.com/peru/2023/06/18/patricia-benavides-a-su-evaluador-en-examen-para-ser-fiscal-de-la-nacion-usted-me-ensen-no/>
- Redacción BBC News Mundo. “Patricia Benavides: el polémico y corto período de la fiscal general de Perú suspendida por interferir en una indagatoria contra su hermana”. *BBC News Mundo*, 23 de mayo de 2024. <https://www.bbc.com/mundo/articles/cn00w5egxvqo>
- Valencia, Martha. “Tantas veces Rospigliosi: de izquierdista y férreo opositor de Alberto y Keiko Fujimori a rendido defensor del fujimorismo”. *El Búho*, 24 de noviembre de 2024. <https://elbuhope/2024/11/tantas-veces-rospigliosi-de-izquierdista-y-ferreo-opositor-de-alberto-y-keiko-fujimori-a-rendido-defensor-del-fujimorismo/>
- Yovera, Daniel. “Así evaluó la Junta Nacional de Justicia a la fiscal Patricia Benavides”. *Epicentro.Tv*, 19 de abril de 2023. <https://epicentro.tv/asi-evaluo-la-junta-nacional-de-justicia-a-la-fiscal-patricia-benavides/>



La enseñanza del derecho constitucional en Latinoamérica

CÉSAR LANDA

*Profesor de Pontificia Universidad Católica del Perú
y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

Sumario: 1. Las “constituciones vivientes” en América Latina. 2. Los valores democráticos como base para la enseñanza del derecho constitucional. 3. El razonamiento constitucional. 4. El rol de la jurisprudencia de los tribunales nacionales internacionales. 5. El impacto del derecho constitucional en la política. 6. La doctrinas del constitucionalismo latinoamericano andino y transformador. 7. Conclusiones. Bibliografía.

1. LAS “CONSTITUCIONES VIVIENTES” EN AMÉRICA LATINA

El actual proceso de constitucionalización del derecho hunde sus raíces más profundas en la propia etapa de formación del Estado de derecho, basado en el principio de legalidad y el rol jerárquico de la ley en el ordenamiento jurídico. Un Estado de derecho en que la Constitución no era entendida sino como una mera norma política, una “hoja de papel”, carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones que regulaban la labor de los poderes públicos¹. Sin embargo, en la actualidad, no cabe duda de que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo.

La Constitución ha ido desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho; de la que emana todo el ordenamiento jurídico y vincula directamente a los poderes públicos y privados²; lo cual no es solo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el propio rol del juez³. En tal sentido se ha señalado que “si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más”⁴.

¹ Ferdinand Lassalle, *Ueber Verfassungswesen* (Berlín: Verlag P. Singer, 1907), 76.

² Riccardo Guastini, “Sobre el concepto de Constitución”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, editado por M. Carbonell (Madrid: Trotta - IJ/UNAM, 2007), 23. Ver también: Javier Pérez Royo, *Las fuentes del Derecho* (Madrid: Tecnos, 1985), 27.

³ Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Teoría del Neoconstitucionalismo... op. cit.*, 13 y ss.; asimismo, Manuel Atienza, “Argumentación y Constitución”, en *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, editado por Joseph Aguiló, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero (Madrid: Iustel, 2007), 113 y ss.

⁴ Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 1998), 76.

Por tanto, la Constitución es considerada la *norma normarum* —la norma de creación de las normas— y la *lex legis* —la ley suprema—, que se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones aplicables no solo al ámbito del ordenamiento jurídico público, sino también privado porque son de alcance general⁵.

Ahora bien, cuando se alude al ordenamiento jurídico no se piensa únicamente en la Constitución o en las leyes, decretos o reglamentos de un determinado país; por el contrario, se piensa en algo mucho más dinámico y vital⁶. De ahí que algún sector de la doctrina haya criticado la noción de ordenamiento jurídico entendido únicamente como un conjunto de normas, puesto que considera que el ordenamiento jurídico en su conjunto no es sino “una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, que no es un elemento de su estructura”⁷.

Si el ordenamiento jurídico constitucional debe ser dinámico y vital —*living constitution*, *droit vivant*, *Verfassungsleben*— el concepto de Constitución se convierte en un concepto interpretativo por excelencia, donde la creación del derecho no es algo que viene ya dado o acabado por la norma, sino que se convierte en el producto de una interpretación reconstructiva a partir de la relación que se establece entre un sujeto —el Tribunal Constitucional (TC)—, un objeto —la Constitución— y un método —los tipos de interpretación y los tipos de sentencias⁸—.

Relación que no se puede entender a partir del clásico positivismo jurídico, sino a la luz del nuevo paradigma constitucional de valores y principios que dan sentido de unidad al orden jurídico; tanto para proteger los derechos fundamentales como para garantizar la supremacía jurídica constitucional⁹. Este nuevo rol de la creación judicial del derecho es una consecuencia natural del desarrollo del Estado constitucional y en particular de la aparición de la justicia constitucional encarnada en los tribunales constitucionales en los países de América Latina.

Sin perjuicio de lo anterior, todo este proceso de crisis del positivismo jurídico no debe ser estudiado de manera aislada de la realidad política y social que impera en América Latina, pues a finales del siglo XX, a la caída de los gobiernos militares y el retorno a la democracia fue crucial para la profundización en los estudios constitucionales. Desde entonces, las constituciones y la vida constitucional han adquirido una importancia vital en la enseñanza del derecho; pero, ya no como antes ajeno a los acontecimientos políticos, económicos y sociales de cada época y país, sino enmarcada en un pensamiento crítico que forma estudiantes capaces de procesar académicamente las crisis nacionales en el marco de la Constitución.

⁵ Honrad Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (Madrid: Civitas, 1885), 14.

⁶ Luís Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 2.ª ed. (Barcelona: Ariel, 1987), 162; asimismo, Victoria Iturralde, *El precedente en el common law* (Madrid: Civitas, 1995), 14.

⁷ Santi Romano, *El ordenamiento jurídico* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963), 100.

⁸ Juan Ruiz Manero, “Una tipología de las normas constitucionales”, en *Fragmentos para una teoría de la Constitución...* op. cit., 69 y ss.

⁹ Ronald Dworkin, *Freedom's law. The moral reading of the american constitution* (Cambridge: Harvard University Press, 1996), 1-38.



Esto se ha producido a raíz de buscar otorgar estabilidad política a la democracia constitucional, en tanto expresión del nuevo consenso mínimo o pacto social, para asegurar los necesarios cambios sociales en un Estado de derecho estable. Es en este marco de un derecho constitucional en transformación que se encuadra la enseñanza del derecho constitucional.

2. LOS VALORES DEMOCRÁTICOS COMO BASE PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

A la caída de los gobiernos militares, en la década de los ochenta en América Latina, se restaura el orden civil basado en dos principios básicos: uno económico, basado en la economía de mercado y, otro político, fundado en la democracia y los derechos humanos. Este proceso de refundación del Estado en lo económico y político, ya se había iniciado después de la segunda guerra mundial, con la internacionalización de los derechos humanos y su progresiva incorporación en las constituciones europeas y posteriormente latinoamericanas.

Ello justifica que el rol que desempeña el constitucionalista, en una sociedad democrática sea de gran relevancia, más aún en este nuevo escenario de constitucionalización del derecho. En donde los derechos fundamentales irradian sobre todo el ordenamiento, incluidas áreas como el derecho privado, el derecho procesal, derecho penal, derecho del trabajo, derecho tributario, entre otras; no obstante, hay sectores que han mostrado resistencia a este proceso de constitucionalización, como en el derecho mercantil o, el derecho de los negocios.

Como consecuencia de lo anterior, la tradicional enseñanza del derecho constitucional centrada en el estudio de la norma constitucional plantea nuevos desafíos, en base a los nuevos paradigmas del Estado democrático constitucional. Así, se ha llegado a pensar que es oportuno hacer cambios en la enseñanza del derecho¹⁰ y en particular del derecho constitucional, tanto en el contenido, en las especialidades, pero también en las formas de la enseñanza¹¹. Ajustar la educación en aras de proteger los derechos fundamentales y controlar los excesos de los poderes, es una finalidad legítima de la nueva enseñanza del derecho constitucional.

Ello también encuentra sustento en la finalidad de la educación, pues esta es una herramienta de formación al servicio del hombre y una garantía del respeto de su dignidad. Para asegurar ello, surge la necesidad de desarrollar habilidades profesionales con un sólido conocimiento del derecho con otras disciplinas afines. Con tal propósito, el egresado de cualquier escuela o facultad de derecho debe tener una formación adecuada: en valores de respeto y promoción del Estado constitucional y los derechos humanos.

¹⁰ Duncan Kennedy, *La enseñanza del Derecho, como forma de acción política* (Argentina: Siglo XXI editores, 2012), 13-41; asimismo, José Luis Pérez Triviño, *¿Cómo resolver un caso difícil?* (Barcelona: 2015), 101.

¹¹ Cfr. La experiencia de la enseñanza del nuevo curso obligatorio "Constitución y Democracia", en Ana María Muñoz-Segura, "Una experiencia en un curso *blended*, entre la incredulidad y la aceptación", en *Reflexiones sobre la enseñanza e investigación en derecho. Ponencia del II Seminario Internacional de Enseñanza-Aprendizaje del Derecho* (Lima: Facultad de Derecho – PUCP, 2017), 91-111; Pavlov Valdivia, *Didáctica y pedagogía para la enseñanza-aprendizaje del Derecho* (Perú: Perla Jurídica, 2014), 162.

Por ello, hoy en día, el derecho constitucional es enseñado y estudiado en dos dimensiones: de un lado, sobre los fundamentos del Estado constitucional, y; de otro lado, el desarrollo del derecho constitucional positivo de un país.

Complementar lo anterior con la especialización del jurista en materias electivas, tales como el derecho constitucional comparado, derecho constitucional económico, derecho constitucional procesal, derecho parlamentario, derecho constitucional del trabajo, o, la propia constitucionalización del derecho¹², actualmente también es necesario para la formación de un constitucionalista integral.

En conexión a ello se debe reforzar ante la opinión pública la imagen del quehacer constitucional y otorgarle un estatus de referencia en el debate público; porque: “el derecho constitucional aparece como una de las escasas posibilidades sólidas para articular legítimamente una defensa de los intereses generales y ofrecer una regeneración ético-política”¹³.

Así, ambos bloques deberían al mismo tiempo aplicar, cuando sea posible, el método activo de la enseñanza/aprendizaje mediante la ponderación del derecho, así como, el test de la razonabilidad y proporcionalidad¹⁴; pero, sobre todo, trabajar el contenido de la Constitución concreta y vigente; esto es, estudiar el contenido de los derechos fundamentales, así como, los principios y bienes constitucionales. Método y temas no deben ser practicados solo al final, sino desde el inicio.

En el rubro de las competencias se necesita que los estudiantes aprendan a identificar problemas principales y secundarios, a partir del cual se lleve a cabo el razonamiento, la interpretación y la argumentación jurídica, identificando las mejores soluciones. Y el diseño de estrategias de defensa, para lo cual se debe promover el uso de diversos métodos de interpretación, la correcta redacción de informes, así como de la expresión oral. Elementos claves para lograr la persuasión y legitimación que requiere el jurista en esta labor.

Con el nuevo paradigma del Estado democrático-constitucional en América Latina se debe buscar formar el llamado jurista integral; para lo cual, se debe de poner énfasis en dos situaciones: una jurídica, en la que el Estado de derecho latinoamericano fundamenta su ordenamiento jurídico directamente en la supremacía de la constitución y defensa de los derechos fundamentales¹⁵; y otra política, que dada la experiencia autoritaria —militar o civil— en la región, no se puede hablar de la enseñanza constitucional, sin una formación en valores democráticos; porque no hay democracia, sin derechos, ni derechos sin democracia¹⁶.

¹² César Landa Arroyo, *La Constitucionalización del Derecho. El caso del Perú* (Lima: Palestra, 2018), 27-57.

¹³ Carlos de Cabo Martín, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social* (México: UNAM, 1997), 303.

¹⁴ Alexander Aleinikoff, *El derecho Constitucional en la era de la ponderación* (Lima: Palestra, 2010), 57-72.

¹⁵ Pedro de Vega, *Estudios político constitucionales* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987), 283-309; asimismo, Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971), 145-174.

¹⁶ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia* (Madrid: Trotta, 2000), 118-13; asimismo, César Landa, *Tribunal Constitucional y Estado democrático* (Lima: Palestra, 2007), 41-46.

Estos lineamientos de cara a que la enseñanza del derecho constitucional, ya entrado el siglo XXI, requiere del compromiso con la realidad social, porque de ello depende, incluso, la vigencia del orden democrático y la vigencia de los derechos.

3. EL RAZONAMIENTO CONSTITUCIONAL

La Constitución como norma viviente requiere de la interpretación y argumentación para resolver los casos concretos sometidos que se encuentran en controversia¹⁷. Para lo cual se requiere una forma de razonar en base a principios y métodos, necesarios en el estudio y en el futuro ejercicio como profesional del derecho. Que tenga una visión no solo jurídica, sino también considere el entorno —político, económico y social— que derecho el constitucional pretende regir.

Los estudiantes de la ciencia constitucional deben de aprender la historia, la filosofía y la economía. También los principios políticos del Estado constitucional, así como el derecho constitucional de sus realidades nacionales concretas. Una asignatura propia de lógica es un canon típico de la filosofía clásica, pero que debe estar orientado al derecho constitucional. La argumentación lógica no es un objetivo en sí mismo, es solo un auxilio para racionalizar la argumentación.

Así, se debe desarrollar en un estudiante de derecho un razonamiento en base a principios y métodos que le permitan desenvolverse de diferente forma¹⁸. Que esté en la capacidad de asumir distintos roles profesionales del derecho, como abogado, juez, fiscal, defensor, consultor o profesor. Es decir, lograr que la formación no solo se reduzca a una enseñanza jurídica, sino que también se incorpore el entorno social del derecho constitucional que se va a aplicar. En base a ello, se afirma que los constitucionalistas tengan que ser conocedores de otras áreas del derecho y de otras disciplinas auxiliares.

Ello se enmarca en el proceso de la constitucionalización del derecho. Un proceso que debe ser entendido como una cuestión jurídica en la medida que su eficacia requiere técnicas de integración y argumentación jurídica, para la defensa de los fines esenciales de la carta magna: proteger los derechos fundamentales y controlar los excesos del poder; lo cual demanda la profundización del test de ponderación o razonabilidad¹⁹. Este test constituye, en la hora actual, la mejor técnica que permite racionalizar el proceso de constitucionalización del derecho, en aras de proteger a la persona humana y garantizar sus derechos fundamentales, dentro del marco jurídico tanto de la Constitución, de las leyes, como de las convenciones internacionales de derechos humanos.

La norma constitucional al ser concebida como una norma histórica y social, permite una labor interpretativa y argumentativa del juez en aras de la tutela del derecho violado, de acuerdo con la realidad de la que emana; reconociendo también derechos colectivos,

¹⁷ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: CEPC, 2005), 873; asimismo, Agustín Menéndez y Erik Eriksen (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales* (Madrid: CEPC, 2010), 272.

¹⁸ Pedro Grández Castro, *El ascenso de los principios en la práctica constitucional* (Lima: Palestra, 2016), 212; asimismo, Jorge Portocarrero, *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 268.

¹⁹ Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional* (Argentina: Eudeba, 2009), 407.

ampliando la legitimidad de las partes y desarrollando diversos tipos de sentencia. Así se considera a la argumentación constitucional como un instrumento importante para persuadir y legitimar lo dicho por el juez.

Sin embargo, en esta labor los métodos de interpretación tradicionales como la gramatical, teleológica, histórica y sistemática no satisfacen precisamente las exigencias que demanda concretizar la Constitución para resolver un problema en particular; pues, se requieren otros métodos de interpretación constitucionales que optimicen y sistematicen el contenido de esta, como los desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales; como los principios de unidad de la Constitución, la concordancia práctica, la corrección funcional y la eficacia integradora, básicamente²⁰.

En efecto, el juez, a partir de una interpretación constitucional no formalista, sino institucional realiza su labor de argumentación considerando que la Constitución es una norma abierta de naturaleza jurídica antes que política²¹. Ello con la finalidad de resguardar el cumplimiento del principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución sobre todos los poderes públicos y privados. De aquí que, la fecunda labor jurisprudencial de los jueces constitucionales, a través de sus sentencias, se haya convertido en una fuente del derecho y materia obligada en los estudios constitucionales.

4. EL ROL DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES E INTERNACIONALES

Después de la segunda guerra mundial, con la internacionalización de los derechos humanos y su progresiva incorporación en las constituciones latinoamericanas; así como, con la restauración de los gobiernos democráticos en la región, la refundación del Estado en lo económico y político, se basó en dos principios básicos: uno económico, la economía de mercado y, otro político, la democracia y los derechos humanos. Sobre la base de estos dos pilares se asientan las democracias constitucionales latinoamericanas.

No obstante, los derechos humanos habían adquirido una existencia meramente nominal, debido a que las normas nacionales y más aún las internacionales tenían una precaria vigencia en la realidad. Posteriormente, bajo la égida de la caída del Muro de Berlín y el surgimiento del llamado “consenso de Washington”, se inicia el restablecimiento del renovado orden civil. Se realizan en la región reformas constitucionales, totales o parciales, que incorporaron las llamadas “cláusulas de apertura”, que permitieron establecer en la Constitución nuevas instituciones de protección de los derechos humanos, como el reconocimiento de los tratados como parte del derecho nacional, la creación de la justicia constitucional, el reconocimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos²².

²⁰ Konrad Hesse, *Escritos de derecho Constitucional* (Madrid: CEC, 1983), 33-57; asimismo, Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, f. j. 12.

²¹ Cfr. Mesa Redonda: Marcial Rubio, Néstor Pedro Sagüés, César Landa y Francisco Eguiguren, “Parámetros interpretativos constitucionales y el lugar del Tribunal Constitucional en el proceso normativo en el Perú: Diez años después”, *THÉMIS* 55 (2008): 13-27; asimismo, Marcial Rubio, *Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional* (Lima: Fondo Editorial - PUCP, 2005), 11-13.

²² César Landa, “Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: Cooperación, conflictos y tensiones”, en *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho*



En este proceso, los tribunales constitucionales y las cortes supremas en América Latina participan aunque subsidiariamente en la creación de las normas mediante su labor de interpretación de la Constitución y a través de las sentencias atípicas, ejerciendo amplios poderes para controlar no solo la forma, sino también el contenido de las normas y actos demandados como inconstitucionales. Por ello, Cappelletti, ha señalado lo siguiente: “la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo verdadero problema concreto un problema de *grado* de fuerza creadora o de las *autolimitaciones*”²³.

Así, por un lado, se produce un proceso de convergencia entre la creación del derecho por las cortes y tribunales constitucionales a partir de la democratización del Estado y la transformación de las cortes o tribunales supremos en órganos jurisdiccionales encargados de la protección de los derechos fundamentales, y; por otro lado, a partir del siglo XX la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana empiezan a desarrollar un rol activo, respectivamente, expandiendo el desarrollo de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴.

En ese sentido, se puede señalar que la enseñanza de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y de los tribunales de derechos humanos se han incorporado al currículo educativo en derecho y, en particular en el estudio del derecho constitucional.

Pero, como las democracias constitucionales latinoamericanas no han mantenido la misma sintonía en el respeto a las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos; se puede ver un arco iris de aceptación y/o rechazo a las decisiones del Sistema IDH. A raíz de lo cual se ha abierto el debate sobre la internacionalización del derecho constitucional y los problemas en particular de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos; debido a la naturaleza de las sentencias internacionales, sus alcances y la eficacia de su implementación en el orden jurídico nacional de los países de la región latinoamericana.

En ese sentido, en países con estructuras democráticas débiles las sentencias de la Corte IDH han generado acaloradas polémicas y hasta rechazo sobre el alcance de su carácter vinculante y los mecanismos de su ejecución. Así, en una primera hora de protección de la Corte IDH sus resoluciones han estado vinculadas a la tutela de los derechos humanos de primera generación; es decir por condenas a los Estados y disponiendo la reparación —material e inmaterial— a las víctimas de las violaciones a los derechos a la vida, la integridad personal, la libertad personal, básicamente.

En una segunda hora, a partir de la década del 2000, las causas que ha venido resolviendo la Corte IDH son mayoritariamente referidas a las violaciones de los derechos al debi-

Internacional, editado por G. Capaldo, L. Clérico, J. Sieckmann (Buenos Aires: EUDEBA, 2012), 437-449.

²³ Mauro Cappelletti, “Necesidad y legitimación de la justicia constitucional”, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (Madrid: CEPC, 1984), 629.

²⁴ Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana sobre derechos Humanos. Comentario* (Bogotá: Konrad Aeadanuer Stiftung, 2014), 1040; asimismo, Laurence Burgorgue-Larsen (coord.), *Derechos Humanos en contexto en América Latina. El impacto del sistema interamericano de derechos humanos en los estados partes* (Colombia, Ecuador, Haití, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela), tomo I (México: Tirant lo Blanch, 2016), 981.

do proceso legal, libertad personal, propiedad, libertad de expresión, nacionalidad, entre otros, sin perjuicio de algunos casos de derechos de primera generación. A través de esta labor contenciosa, la corte desarrolla el contenido de los derechos y genera un marco de interpretación para los países de la región.

Así, a partir de esta nueva etapa se ha dado un gran impulso a la protección de los derechos humanos de los grupos vulnerables —mujeres, niñas, niños, migrantes, pueblos indígenas, LGTBI+, etc.—; así como, también, a la progresiva protección de los derechos sociales, económicos y culturales con base en una interpretación finalista y dinámica del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todo lo cual, se ha ido resolviendo en casos concretos, incorporando progresivamente un mecanismo de control de convencionalidad, según el cual la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevalece sobre las normas de derecho interno en caso de incompatibilidad, correspondiendo a sus autoridades —no solo judiciales— preferir la norma internacional sobre la interna. Como muestra de ello, se puede señalar la desafiante jurisprudencia de la Corte para el ordenamiento jurídico nacional; la cual es materia de reflexión y estudio en el ámbito del derecho constitucional²⁵.

En efecto, el control de convencionalidad constituye una materia de relevancia constitucional e internacional, en la medida que se viene produciendo un proceso de integración del derecho internacional y del derecho constitucional²⁶. Ello como producto de la transformación y maduración del sistema jurídico —nacional e internacional— que se expresa en la enseñanza del derecho constitucional; proceso no exento de la coyuntura política de la región y de cada país que no están ajenas en la tarea docente.

5. EL IMPACTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA POLÍTICA

El quehacer constitucional no es ajeno al orden social, político, ni económico. Así por ejemplo, América Latina vive un proceso democrático en el cual varios jefes de Estado han sido sometidos a juicios políticos por sus Congresos y expulsados de la Presidencia de la República. Países como Honduras, Paraguay, Brasil, Ecuador y —sobre todo— Perú son ejemplos de ello. Este juicio no se limita al presidente del Poder Ejecutivo, sino que diversas autoridades públicas también son sometidas a este tipo de procesos parlamentarios: fiscales de la Nación, procuradores, jueces de cortes supremas, o, jueces de los tribunales constitucionales.

Cabe resaltar que todos estos procesos parlamentarios de acusaciones constitucionales —*impeachment*— se rigieron a partir de normas constitucionales, pero en muchos casos con un uso arbitrario o discrecional del mismo; generando una erosión constitucional a mediano plazo. Es en este contexto, donde la jurisprudencia constitucional cobra relevancia, dado que se tiene como punto de partida los estándares del control estricto, intermedio

²⁵ Eduardo Ferrer Mac Gregor, “Control de difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. En *Formación y perspectivas del estado en México*, coordinado por Fix Zamudio y Valadés (México: UNAM, 2010), 151-188.

²⁶ Natalia Torres, *El control de convencionalidad. Deber complementario del juez peruano y el juez interamericano, similitudes, diferencias y convergencias* (España: Editorial Académica Española, 2013), 369.

o débil de los actos de los poderes presidencial y ahora parlamentario, en una región con una larga tradición autoritaria²⁷.

En consecuencia, la relación entre la política y el derecho constitucional se da, principalmente, a través de lo que se denomina “*iuris activa*” de los tribunales, un nuevo fenómeno, en América Latina, que crean un impacto en la vida pública, pero también más allá de la vida privada.

Si bien en esta relación se han generado cuestionamientos y debates en torno al activismo judicial versus la autolimitación judicial, cabe señalar que la fuerza normativa constitucional se identifica antes con dicho activismo, que con la autolimitación; no obstante, habría que remarcar la necesidad de un activismo judicial ponderado, es decir limitado.

A través de ello, se busca solucionar las tensiones entre los diversos poderes que componen el Estado. En la actualidad, la justicia constitucional se ha convertido en una nueva instancia de canalización y resolución jurídica de grandes cuestiones políticas; por eso, “el derecho no podrá ser interpretado sin tomar en consideración a la política”²⁸. Esto con el peligro de que la justicia tenga todo que perder y la política nada que ganar²⁹. Lo cual requiere estudiar el derecho constitucional en acción; es decir, a través de la jurisprudencia que resuelve casos políticos, que a veces aparecen como justiciables, y, en otras ocasiones como casos políticos no justiciables³⁰.

Sin embargo, estos tribunales en ocasiones sucumben ante los desafíos que plantea la sociedad, pues en lugar de estar encima como un árbitro, se ponen a un lado del conflicto, como ocurre en la actualidad con salas y tribunales constitucionales de Venezuela, El Salvador o el Perú. Todo ello se debe, en parte, a la debilidad institucional y democrática que caracteriza a los países de la región. Un rezago de la experiencia autoritaria —militar o civil— en los gobiernos de América Latina. Por ello, el afianzamiento y desarrollo de un modelo de Estado constitucional constituye un desafío común para la región latinoamericana, para lograr el fortalecimiento del funcionamiento de las instituciones democráticas y en consecuencia la enseñanza del derecho constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, en los hechos hay una gran influencia de la política y la jurisprudencia constitucional en la vida y en la enseñanza del derecho constitucional. Por cuanto, la Constitución entendida como una obra viva, otorga el marco político para el estudio, la enseñanza y la actividad de un jurista constitucional. Lo cual ha dado lugar también a reflexiones constitucionales desde la academia andina y europea, acerca del constitucionalismo en América Latina.

6. LAS DOCTRINAS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

²⁷ César Landa, “Consideraciones generales sobre los límites del control judicial del debido proceso en los procedimientos desarrollados ante las comisiones investigadoras del Congreso de la República”, *Derecho PUCP*, N.º 73 (2014): 349-374.

²⁸ Heinrich Triepel, *Staatsrechts und Politik* (Berlín: Verlags-Aktiengesellschaft, 1926), 37.

²⁹ Carl Schmitt, *Der Hüter de Verfassung* (Tubinga: J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], 1931), 35.

³⁰ César Landa, “Justicia constitucional y *political questions*”, *Pensamiento Constitucional*. Año VII, N.º 7 (Lima: PUCP – MDC, 2000), 111-140.

ANDINO Y TRANSFORMADOR



Bien es sabido que la enseñanza del derecho constitucional en América Latina tiene como base a una serie de principios e instituciones elaboradas desde la experiencia europea y anglosajona. Por, ello no escapa a la enseñanza del derecho constitucional en América Latina; por un lado, el llamado *neoconstitucionalismo*, que responde a una forma de pensar jurisprudencialmente la Constitución, pero no ajena de la realidad política, social y cultural del viejo continente, que vivió álgidamente dos guerras mundiales.

Por otro lado, sobre la base de estos desarrollos contemporáneos, surgió en la transición democrática en Sudáfrica el llamado *constitucionalismo transformador* —a la caída del régimen del *apartheid*— que se originó como un intento por forjar una propia identidad constitucional, inspirada en la realidad social de los países del Sur Global, caracterizado por el post colonialismo, el pluralismo cultural, la igualdad y no discriminación, así como, las reivindicaciones sociales y económicas, en el marco del proceso democrático.

En América Latina, el profesor ecuatoriano Ramiro Ávila desarrolla esta teoría del *constitucionalismo transformador* en base a tres factores-problemas propios de la realidad social latinoamericana. A saber: la colonialidad, la segregación y los movimientos emancipatorios³¹. Pues todos estos factores conforman una sociedad desigual, de minorías sometidas, en la que difícilmente pueden realizarse los valores y derechos que reconoce la Constitución. De manera que un constitucionalismo latinoamericano comprometido debería construirse teniendo como norte estos problemas, para que el derecho sea una herramienta efectiva de cambio social.

Sin perjuicio de la importancia de los tres factores, el problema de la colonialidad parece fundamental en la perpetuación de una sociedad estructuralmente desigual. En ese sentido, Ávila recuerda que, en la mayoría de repúblicas latinoamericanas, se impuso el modelo de organización político de Europa, que originalmente fue producto de la Revolución francesa de 1789, y que consistió: en lo humano, en la idea de nacionalidad y ciudadanía, pero que excluyó a la mayoría de la población que era indígena y a los extranjeros³².

Esto es, que la formación del constitucionalismo latinoamericano —a diferencia de la experiencia europea— no se forja sobre la reivindicación de los derechos de sus pueblos; sino, sobre su sometimiento a un modelo de derecho exportado del otro lado del continente. En ese sentido, el constitucionalismo transformador debe ser postcolonial. Pues, si hubo una injusticia histórica, hay que permitir un período transicional donde haya tiempo de discriminación positiva a favor de las poblaciones oprimidas³³.

Es este principio de reivindicación de los grupos oprimidos el que está a la base del constitucionalismo andino o transformador, y sobre el cual, se reivindica a los pueblos andinos y amazónicos originarios, en base al principio de soberanía popular, que legitima una práctica más activa del rol garantista de los jueces, para que el derecho sea, efectivamente, una

³¹ Christian Anchaluiza Shive, “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Línea Sur*, N.º 5 (2013): 115-133.

³² Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008* (Quito: Abya-Yala, 2011).

³³ Boaventura de Sousa, “El Estado plurinacional, puerta para una sociedad democrática”, compilado por A. Acosta y E. Martínez, citado en Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador*.

herramienta de cambio social. Y en este rol, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido una función importante, otorgando más herramientas para que, a través del proceso de convencionalización del derecho constitucional, el magistrado constitucional pueda realizar un control de convencionalidad.

En ese sentido, también se ha ido impulsando una propuesta de un derecho constitucional común para América Latina —*Ius Constitutionale Commune*—; que parte de la iniciativa del Max-Planck-Institute de Heidelberg (Alemania); que al igual que se produjo en Europa de la post guerra con la reconstrucción del *Ius Publicum Europeum* también se promueve su desarrollo en América Latina, en la transición democrática después de la caída de las dictaduras militares.

El *Ius Constitutionale Commune* busca a través de instrumentos internos y convencionales, que sobre la base teórica del constitucionalismo andino, se impulse el potencial transformador que poseen los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en la sociedad latinoamericana³⁴. Esta corriente que se asemeja al proyecto de constitucionalismo comunitario que viene desarrollándose desde hace algún tiempo en la Unión Europea, parte en este caso de la especial realidad de los pueblos latinoamericanos; lo cual es un insumo práctico para la enseñanza del derecho constitucional en América Latina.

7. CONCLUSIONES

Las constituciones latinoamericanas desde finales del siglo XX se han modernizado incorporando un catálogo de derechos fundamentales, recursos procesales para su tutela, estableciendo tribunales constitucionales y/o instituciones para su protección no jurisdiccional, como las defensorías del pueblo. Asimismo, se han incorporado un conjunto de valores y principios democráticos, que constituyen el fundamento del modelo del nuevo Estado constitucional; por cuanto no hay derechos sin democracia, ni democracia sin derechos.

En ese marco normativo constitucional se asienta la enseñanza del derecho constitucional; con lo cual se busca que el egresado de los estudios de derecho tenga una formación adecuada en los valores de respeto y promoción del Estado constitucional y los derechos humanos. Para lo cual, la enseñanza del derecho constitucional se brinda en dos grandes bloques; por un lado, una formación constitucional básica, como también del derecho constitucional nacional, en una doble vertiente: el derecho constitucional sustantivo y el derecho constitucional procesal; pero, por otro lado, cursos especializados tanto temáticos, como inter disciplinarios, en materias de derecho constitucional económico, derecho constitucional transnacional, derecho constitucional parlamentario, entre otras.

El estudio del derecho constitucional demanda desarrollar competencias específicas para que los estudiantes aprendan a identificar problemas principales y secundarios, a partir del cual se lleve a cabo el razonamiento, interpretación y argumentación jurídica, identificando las mejores soluciones. En efecto, es importante desarrollar un razonamiento constitucio-

³⁴ Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan y Ximena Soley, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, coordinado por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017).

nal de acuerdo con las técnicas de la ponderación y/o razonabilidad y proporcionalidad, así como, con miras al compromiso con la realidad social, porque de ello depende, incluso, la vigencia del orden democrático y de los derechos fundamentales.

Finalmente, en esa tarea el estudio del impacto del derecho constitucional en la política es imprescindible, así como, el rol de la jurisprudencia nacional e internacional de los derechos humanos y, las nuevas doctrinas del constitucionalismo transformador, a través del neoconstitucionalismo, el constitucionalismo andino y el *Ius Constitutionale Commune*, en tanto forma parte de la enseñanza de nuestra disciplina conocer el derecho constitucional en acción.

BIBLIOGRAFÍA

- Aleinikoff, Alexander. *El derecho Constitucional en la era de la ponderación*. Lima: Palestra, 2010.
- Anchaluiza Shive, Christian. “El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Linea Sur*, N.º 5 (2013): 115-133.
- Atienza, Manuel. “Argumentación y Constitución”. En *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, editado por Joseph Aguiló, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero. Madrid: Iustel. 2007.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala, 2011.
- Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2005.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
- Burgorgue-Larsen, Laurence (coord.). *Derechos Humanos en contexto en américa Latina. El impacto del sistema interamericano de derechos humanos en los estados partes (Colombia, Ecuador, Haití, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela)*, tomo I. México: Tirant lo Blanch, 2016.
- Cappelletti, Mauro. “Necesidad y legitimación de la justicia constitucional”. En *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: CEPC, 1984.
- Clérico, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Argentina: Eudeba, 2009.
- De Cabo Martín, Carlos. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México: UNAM, 1997.
- De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1998.
- De Vega, Pedro. *Estudios político constitucionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.
- Díez-Picazo, Luís. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 2.ª ed. Barcelona: Ariel, 1987.
- Dworkin, Ronald. *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En *Teoría del neoconstitucionalismo*, editado por M. Carbonell. Madrid: Trotta - IJ/UNAM, 2007.

- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Control de difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. En *Formación y perspectivas del estado en México*, coordinado por Fix Zamudio y Valadés, 151-188. México: UNAM, 2010.
- Grández Castro, Pedro. *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima: Palestra, 2016.
- Guastini, Riccardo. “Sobre el concepto de Constitución”. En *Teoría del neoconstitucionalismo*, editado por M. Carbonell. Madrid: Trotta - IJ/UNAM, 2007.
- Hesse, Honrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1885.
- Hesse, Konrad. *Escritos de derecho Constitucional*. Madrid: CEC, 1983.
- Iturralde, Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995.
- Kennedy, Duncan. *La enseñanza del Derecho, como forma de acción política*. Argentina: Siglo XXI, 2012.
- Landa Arroyo, César. “Consideraciones generales sobre los límites del control judicial del debido proceso en los procedimientos desarrollados ante las comisiones investigadoras del Congreso de la República”. *Derecho PUCP*, N.º 73 (2014): 349-374.
- Landa Arroyo, César. “Justicia constitucional y political questions”. *Pensamiento Constitucional* VII, N.º 7 (2000): 111-140.
- Landa Arroyo, César. *La Constitucionalización del Derecho. El caso del Perú*. Lima: Palestra, 2018.
- Landa Arroyo, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra, 2007.
- Landa, César. “Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: Cooperación, conflictos y tensiones”. En *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, editado por G. Capaldo, L. Clérico, J. Sieckmann, 437-449. Buenos Aires: EUDEBA, 2012.
- Lassalle, Ferdinand. *Ueber Verfassungswesen*. Berlín: Verlag P. Singer, 1907.
- Leibholz, Gerhard. *Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- Menéndez, Agustín y Eriksen, Erik (eds.). *La argumentación y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2010.
- Muñoz-Segura, Ana María. “Una experiencia en un curso *blended*, entre la incredulidad y la aceptación”. En *Reflexiones sobre la enseñanza e investigación en derecho. Ponencia del II Seminario Internacional de Enseñanza-Aprendizaje del Derecho*. Lima: Facultad de Derecho – PUCP, 2017.
- Pérez Royo, Javier. *Las fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1985.
- Pérez Triviño, José Luis. *¿Cómo resolver un caso difícil?* Barcelona: UOC, 2015.
- Portocarrero, Jorge. *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Romano, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.
- Rubio, Marcial. *Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial - PUCP, 2005.

- 
- Rubio, Marcial; Sagüés, Néstor Pedro; Landa Arroyo, César; Eguiguren, Francisco. “Parámetros interpretativos constitucionales y el lugar del Tribunal Constitucional en el proceso normativo en el Perú: Diez años después”. *THÉMIS* 55 (2008): 13-27.
 - Ruiz Manero, Juan. “Una tipología de las normas constitucionales”. En *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, editado por Joseph Aguiló, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero. Madrid: Iustel. 2007.
 - Schmitt, Carl. *Der Hüter de Verfassung*. Tubinga: J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], 1931.
 - Steiner, Christian; Uribe, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre derechos Humanos. Comentario*. Bogotá: Konrad Aeadanuer Stiftung, 2014.
 - Torres, Natalia. *El control de convencionalidad. Deber complementario del juez peruano y el juez interamericano, similitudes, diferencias y convergencias*. España: Editorial Académica Española, 2013.
 - Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 5854-2005-PA/TC.
 - Triepel, Heinrich. *Staatsrechts und Politik*. Berlín: Verlags-Aktiengesellschaft, 1926.
 - Valdivia, Pavlov. *Didáctica y pedagogía para la enseñanza-aprendizaje del Derecho*. Perú: Perla Jurídica, 2014.
 - Von Bogdandy, Armin; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Piovesan, Flávia; Soley, Ximena. “Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, coordinado por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.



Una iniciativa ciudadana contra la criminalidad

HUBERT WIELAND CONROY

Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Sumario: 1. El derecho de iniciativa legislativa. 2. El derecho de referéndum. 3. La articulación entre ambos derechos. 4. La Ley 31399 y sus efectos en el derecho de referéndum. 5. Propuesta de iniciativa ciudadana. 6. Comentarios finales. Bibliografía.

No es un secreto para nadie que el actual Congreso de la República está dominado por una mayoría conformada por individuos que, no obstante pertenecer a tiendas políticas e ideologías contrarias, cuando no antagónicas, tienen en común una voluntad manifiesta de promover sus intereses particulares y subalternos en desmedro de la justicia y la democracia, así como del bienestar y seguridad de la ciudadanía. En otras palabras, actúan abiertamente a espaldas y en contra del interés público. Tampoco es un secreto que la actual titular de la Presidencia de la República ha renunciado, por temor a perder el apoyo de dicha mayoría parlamentaria y ser vacada, pero también por un claro afán de encubrir actos ilícitos perpetrados por personas de su entorno más cercano, a ejercer sus obligaciones constitucionales en materia de equilibrio de poderes y ha preferido promulgar sin mayor observación muchas de las leyes claramente nocivas que han sido aprobadas por este Congreso.

Entre estas normas, cabría mencionar en particular aquellas que obstaculizan la lucha contra la criminalidad, como por ejemplo la *Ley 32181*, que eliminó la detención preliminar judicial en casos de no flagrancia, y la *Ley 32255*, que la restituyó, aunque con modificaciones que no serían convenientes; la *Ley 32130*, que otorga la conducción operativa de la investigación preliminar a la Policía Nacional del Perú no obstante que la Constitución Política dispone expresamente que le corresponde al Ministerio Público “conducir desde su inicio la investigación del delito”; la *Ley 32108*, que modifica los criterios para tipificar a una organización criminal como tal y determina que los allanamientos solo pueden ser llevados a cabo en presencia del abogado del sospechoso; o la *Ley 31990*, que modifica los plazos de la colaboración eficaz, entorpeciendo, entre otros. Estas no son, naturalmente, las únicas y también las hay en otros ámbitos.

Ante este estado de cosas, es muy poco probable que el actual Congreso de la República acceda a derogar sus propias leyes, no obstante el evidente malestar ciudadano y el alarmante aumento de la criminalidad en el país. Igualmente improbable sería que el Congreso que emerja de los comicios generales que deberán tener lugar en abril de 2026 haga suya esta bandera y proceda a derogarlas. Todo esto sugiere que la ciudadanía parecería estar condenada a contemplar sin mayor esperanza cómo la criminalidad y la injusticia seguirán campeando impunemente en el país ante la incapacidad —y en algunos casos, complicidad— de las autoridades supuestamente competentes. Pero no, la ciudadanía sí tiene herramientas —no muchas, es cierto— que podrían contribuir a rectificar esta situación tan

dramática y deprimente. Se trata de dos derechos que están regulados por la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos¹: el derecho de referéndum y el derecho de iniciativa legislativa. Empecemos por el primero.

1. EL DERECHO DE INICIATIVA LEGISLATIVA

El derecho de iniciativa legislativa es el derecho de los ciudadanos de presentar proyectos de ley al Congreso de la República y ha sido reconocido expresamente por la Constitución Política de 1993 en su artículo 2.17, que enumera los “derechos fundamentales de la persona”; su artículo 31, que consagra los “derechos políticos”; y su artículo 107, que regula la “formación y promulgación de las leyes”.

Según el artículo 2.17, “los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de *iniciativa legislativa* y de *referéndum*”. Según el artículo 31, “los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante *referéndum*; *iniciativa legislativa*; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas”, y según el artículo 107, “el Presidente de la República y los congresistas tienen derecho de iniciativa en la formación de leyes. [...] Asimismo, lo tienen *los ciudadanos* que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley”.

Este importante derecho político es regulado por la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, en particular por las disposiciones del primer capítulo de su Título II, cuyo artículo 11 dispone que “la iniciativa legislativa de uno o más proyectos de ley, acompañada por las firmas comprobadas de no menos del cero punto tres por ciento (0.3 %) de la población electoral nacional, recibe preferencia en el trámite del Congreso. El Congreso ordena su publicación en el diario oficial”.

Este artículo contiene tres elementos que conviene poner en relieve. En primer lugar, caracteriza a la iniciativa legislativa como la presentación al Congreso “de uno o más proyectos de ley”; en segundo lugar, estipula que una iniciativa legislativa “recibe preferencia en el trámite del Congreso”, incluyendo su publicación en *El Peruano*; y en tercer lugar, señala que el ejercicio de este derecho requiere el respaldo de un número de ciudadanos equivalente al 0.3 % del padrón electoral, lo que asciende a unas 75 000 firmas. Este número, conviene poner en relieve, es considerablemente alto comparado con el número de firmas necesarias para interponer una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que asciende apenas a 5 000. Esto puede haber contribuido a que la ciudadanía no se sienta incentivada a ejercer este derecho.

El artículo siguiente de la Ley 26300 —el artículo 12— es importante en tanto señala qué materias *no* pueden ser objeto de iniciativas legislativas ciudadanas. Según este precepto, “el derecho de iniciativa en la formación de leyes comprende todas las materias con las mismas limitaciones que sobre temas tributarios y presupuestales tienen los congresistas de la República”. Recordemos que el artículo 79 de la Constitución dispone expresamente que “los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto”. En tal sentido, no procedería, en principio, una iniciativa legislativa destinada a “crear ni aumentar gastos públicos”.

¹ Ley 26300, publicada el 3 de mayo de 1994.



El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha interpretado el artículo 79 de la Constitución de tal manera que nada impediría una iniciativa legislativa con incidencia presupuestal, siempre que no se aplique al presupuesto vigente sino a futuro. En el fundamento 179 de su sentencia recaída en el Exp. N.º 00027-2021-AI/TC, el Tribunal ha señalado que, “en tanto una ley, tramitada a iniciativa del legislador democrático, no genere un gasto público que, como tal, sea inmediatamente imputable a la Ley de Presupuesto Anual vigente, afectando el balance general de ingresos y egresos previamente establecido para dicho año fiscal, no vulnerará lo dispuesto en el artículo 79 de la Constitución”². Y esta habilitación, naturalmente, debe alcanzar también a los ciudadanos.

Fuera de la limitación señalada, los ciudadanos están constitucional y legalmente habilitados para presentar proyectos de ley sobre la casi totalidad de materias que componen el espectro temático de la cosa pública, espectro que incluye también, por cierto, al Reglamento del Congreso de la República en el caso de que una fracción de la ciudadanía desee proponer algún cambio que los distinguidos congresistas, muy probablemente, se resistirían siquiera a considerar.

Otro artículo sumamente importante de la Ley 26300 es el artículo 13, que materializa el concepto de “preferencia en el trámite del Congreso” que figura en el artículo 11 de esta ley. En efecto, según este precepto, “el Congreso dictamina y vota el proyecto en el plazo de 120 días calendario”, lo que impide que los distinguidos congresistas simplemente encarpeten un proyecto normativo ciudadano que no sea de su agrado, quedando así obligados a dictaminarlo y someterlo a votación en un plazo razonable pero perentorio.

2. EL DERECHO DE REFERÉNDUM

El derecho de referéndum es el derecho de los ciudadanos de ratificar o rechazar, mediante una votación popular celebrada a su solicitud, proyectos normativos aprobados por el Congreso de la República. Es también, pues, un auténtico derecho ciudadano de participación directa en asuntos públicos que ha sido reconocido expresamente en los mismos artículos constitucionales —2.17 y 31— que han sido glosados al inicio del acápite sobre el derecho de iniciativa legislativa.

La lectura integrada de ambos preceptos constitucionales no deja dudas sobre el aspecto activo del derecho de referéndum, puesto que no se trata del derecho a participar *en* un referéndum, es decir el derecho a concurrir a una votación popular y participar depositando un voto, sino del derecho a participar *mediante* un referéndum, lo que implica necesariamente el derecho de iniciativa para que la celebración de la votación popular correspondiente tenga efectivamente lugar, como se verá más adelante.

Este importante —y aún poco usado— derecho ciudadano ha sido definido de manera más puntual y precisa por el artículo 37 del capítulo V, del título II, de la citada Ley 26300, que dispone expresamente que el referéndum es “el derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consultan” y está en armonía con la Ley Orgánica de Elecciones, cuyo artículo 6, inciso d), señala que la finalidad del referéndum es “convalidar o rechazar determinados actos de gobierno a través del proceso de consulta popular. Tienen carácter mandatorio. Pueden ser requeridos por el

² Sentencia recaída en el Exp. N.º 00027-2021-AI/TC, publicada el 28 de octubre de 2022.

Estado o por iniciativa popular, de acuerdo con las normas y los principios de Participación Ciudadana”³.

Estas definiciones de la legislación nacional concuerdan plenamente con aquella que se decanta de un análisis comparado de la doctrina internacional y puede ser formulada como el derecho ciudadano a ratificar o rechazar proyectos de norma con rango de ley que hubieran sido aprobados por el órgano legislativo y antes de su promulgación por el Ejecutivo⁴.

Por otro lado, recordemos brevemente que un referéndum puede ser obligatorio o facultativo. Es *obligatorio* si la votación popular se produce por exigencia de la Constitución o la ley, mientras que es *facultativo* si algún agente habilitado para ello —presidente de la República, Congreso de la República o fracción de la ciudadanía— lo solicita dentro de un plazo determinado, vencido el cual la norma en cuestión deberá ser promulgada y entrar en vigor. En el caso peruano, ninguna norma con rango de ley debe ser sometida a referéndum por imperativo de la Constitución o la ley y el único agente habilitado para solicitar su celebración es la ciudadanía.

Y recordemos también que el referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos equivalente al 10 por ciento del electorado nacional, tal como lo estipula el artículo 38 de la Ley 26300, lo que implica hoy por hoy unos 2.5 millones de firmas por lo menos, lo que resulta a todas luces un tanto excesivo y poco incentivador. Como es fácilmente previsible, la recolección de semejante número de firmas puede tomar varios años dependiendo del interés que despierte en la ciudadanía el proyecto normativo que se busca someter a referéndum.

Ahora bien, es importante notar que el artículo 39 de la Ley 26300 dispone claramente, en sus incisos b) y c) respectivamente, que el referéndum procede no solo “para la *aprobación* de leyes” sino también “para la *desaprobación* de leyes”. Y el artículo 42 dispone que “el resultado del referéndum determina la entrada en vigencia de las normas aprobadas, o la derogación de las desaprobadas”, lo que permite presumir que leyes en vigor sí podrían ser susceptibles de ser sometidas a votación popular para conseguir su derogación.

Pero esto desafortunadamente no es así. El derecho ciudadano de solicitar la celebración de una votación popular con la finalidad de derogar una ley en vigor es lo que en otros ordenamientos constitucionales se denomina “derecho de veto”, pero se trata de una figura que simplemente no existe en el nuestro. Y la razón es muy sencilla. El artículo 103 de la Constitución estipula de manera clara y expresa que “la ley se deroga sólo por otra ley” y que “también queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”, lo que inevitablemente excluye la posibilidad de derogar una ley en vigor por efecto directo de una votación popular.

Por tal motivo, no quedaría sino inferir que el inciso c) del artículo 39 de la Ley 26300 y el extremo del artículo 42 de la misma ley en lo que se refiere a la “desaprobación de leyes” son materialmente inconstitucionales por colisionar con el citado artículo 103 de la Constitución Política, aunque el plazo de prescripción de la acción de inconstitucionalidad ya haya vencido. Este razonamiento concuerda con la definición misma del referéndum en

³ Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, publicada el 1 de octubre de 1997.

⁴ Ver: Hubert Wieland Conroy, *El referéndum en el Perú. Doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional*, 2.ª ed. (Lima: Palestra, 2023).

tanto acto de ratificación o rechazo de un proyecto normativo, lo que sugiere que este último todavía no ha entrado en vigor.

Este breve análisis permite concluir que no es posible someter a votación popular la derogación de todas las leyes nocivas y que obstaculizan la lucha contra la criminalidad que el actual Congreso de la República ha aprobado, muchas veces con la complicidad de la Presidencia de la República e inclusive del Tribunal Constitucional, lo que no significa que el derecho de referéndum no sea una herramienta de vital importancia para conseguir la derogación de dichas leyes. Pero para alcanzar dicho objetivo resulta indispensable articularlo con el derecho de iniciativa legislativa como se verá a continuación.

3. LA ARTICULACIÓN ENTRE AMBOS DERECHOS

Acabamos de ver que los ciudadanos tienen el derecho a presentar al Congreso de la República proyectos de ley que dicho órgano está en la obligación de dar una tramitación preferencial, es decir, de dictaminar y votar el proyecto en un plazo perentorio de 120 días calendario. Y también tienen el derecho de solicitar que diversos proyectos de ley sean sometidos a votación popular. Pero como veremos también a continuación, ambos derechos son susceptibles de ser ejercidos de manera articulada, de manera que la ciudadanía —la representada— tiene siempre una posibilidad de hacer prevalecer su voluntad sobre el Congreso de la República, es decir sobre sus representantes.

En efecto, dicha articulación está expresamente contemplada en la misma Ley 26300, que regula ambos derechos. Así, el artículo 16 del capítulo que regula el derecho de iniciativa legislativa estipula que “el proyecto de ley rechazado en el Congreso puede ser sometido a referéndum conforme a esta ley. Asimismo, cuando los promotores juzguen que al aprobarla se le han introducido modificaciones sustanciales que desvirtúan su finalidad primigenia podrán solicitar referéndum para consultar a la ciudadanía sobre su aprobación”. Y el artículo 41 del capítulo que regula el derecho de referéndum dispone que “si la iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, conforme a esta ley se podrá solicitar iniciación del procedimiento de Referéndum, adicionando las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley”.

Como se puede apreciar, ambos artículos se refuerzan mutuamente y lo más interesante es que ambos coinciden en que el rechazo de un proyecto normativo ciudadano por el Congreso es el factor que habilita a sus promotores a iniciar el procedimiento para someter su proyecto a votación popular. En tal sentido, esta articulación entre ambos derechos constituye una auténtica herramienta de control político en manos de los ciudadanos. También es interesante notar que, ante el rechazo del proyecto de ley ciudadano por el Congreso, la recolección de firmas para solicitar la celebración de un referéndum no empieza de cero, ya que las firmas recolectadas para presentar el proyecto de ley valen también para solicitar dicha votación popular.

4. LA LEY 31399 Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO DE REFERÉNDUM

Esta articulación de derechos, que está claramente regulada por los dos artículos citados, no está libre de problemas debido a los efectos colaterales de una modificación reciente a los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, con miras a evitar que una reforma de la Constitución



podiese ser sometida directamente a referéndum, es decir sin que el proyecto respectivo haya sido previamente aprobado por el Congreso de la República. Con tal propósito, el Congreso aprobó en enero de 2022 la Ley 31399, que modifica la citada ley de participación ciudadana al agregarle al final de su artículo 40 la frase “ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política”⁵.

El título de la Ley 31399 no deja dudas sobre la intención de la modificación: “Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos”, lo que permite interpretar que no debería tener incidencia alguna en la articulación entre los derechos de iniciativa legislativa y de referéndum, pero una lectura del capítulo V —“Del referéndum y de las consultas populares”— de la Ley 26300 a la luz de la referida modificación permite también una interpretación muy distinta⁶.

En efecto, el artículo 39, inciso a), de dicho capítulo de la Ley 26300, que no ha sido modificado, reza siempre: “Procede el Referéndum en los siguientes casos: a) La reforma total o parcial de la Constitución, *de acuerdo al artículo 206º de la misma*”⁷, lo que significa necesariamente que ningún proyecto de reforma constitucional puede ser sometido a referéndum sin antes haber sido aprobado por el Congreso por mayoría absoluta, de conformidad precisamente con el primer párrafo del citado artículo 206. Recordemos que este último estipula expresamente que “toda reforma de la Constitución debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum”.

El artículo 40 que le sigue estipula, luego de su modificación por la Ley 31399, que “no pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, *ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política*”⁸. Y si se lee los dos artículos en conjunto, se caerá en la cuenta que ambos refieren al artículo 206 de la Constitución, el primero —el artículo 39 inciso a— específicamente en relación con proyectos de reforma constitucional, y el segundo —el artículo 40— en relación con un universo de proyectos normativos *necesariamente distinto* de los proyectos de reforma constitucional, toda vez que estos últimos ya están cubiertos por el citado artículo 39 inciso a).

Queda así en evidencia que la modificación del artículo 40 no solo era absolutamente innecesaria y redundante en materia de proyectos de reforma constitucional, sino que únicamente podría tener sentido en la medida que esté dirigida a *otras* normas susceptibles de ser sometidas a referéndum, es decir a todas aquellas normas con rango de ley que *no* versen sobre ninguna de las materias señaladas en el último párrafo del artículo 32 de la

⁵ Ley 31399, aprobada por insistencia el 16 de diciembre de 2021 y publicada el 30 de enero de 2022. La modificatoria al artículo 44 de la Ley 26300 no tiene mayor relevancia en el presente trabajo, pues se refiere únicamente a las convocatorias a referéndum de proyectos de reforma constitucional y no de proyectos de normas con rango de ley.

⁶ Ver también: Wieland Conroy, Hubert. “El referéndum en la Constitución de 1993” en *La Constitución 30 años después*. Helder Domínguez Haro (Dir.) y Arturo Crispín Sánchez (Coord.). Lima: Gaceta Jurídica. 2024.

⁷ Énfasis agregado.

⁸ Énfasis agregado.

Constitución⁹, las que solo podrían ser sometidas a votación popular siempre que fuesen aprobadas previamente por el Congreso de la República.

Y esto es lo que podría ser interpretado en el sentido de dejar *tácitamente* sin efecto los artículos 16 y 41 de la Ley 26300 y, por consiguiente, la articulación referida entre los derechos ciudadanos de iniciativa legislativa y de referéndum. En efecto, dichos artículos permiten la solicitud de un referéndum a partir del *rechazo* de un proyecto normativo ciudadano por el Congreso, mientras que la modificación del artículo 40 en comentario exige, por el contrario, su *aprobación* por mayoría absoluta de los congresistas.

5. PROPUESTA DE INICIATIVA CIUDADANA

A la luz de las consideraciones que preceden, y ante la imposibilidad de someter directamente a referéndum normas con rango de ley en vigor, la única manera de conseguir la derogación de todas las leyes que han sido aprobadas para modificar la legislación sobre la lucha contra la criminalidad, obstaculizándola en la práctica, es combinando los derechos ciudadanos de iniciativa legislativa y de referéndum de la manera que sigue. En un primer tiempo, se debe presentar al Congreso de la República, al amparo de los artículos 2.17, 31 y 107 de la Constitución Política y del artículo 11 de la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, un proyecto de ley con un solo artículo que estipularía simplemente “Derógase las siguientes leyes” y estaría seguido de la relación de todas esas leyes que obstaculizan actualmente la lucha contra la criminalidad en el Perú. La modificación al artículo 40 de la Ley 26300 que ha sido efectuada mediante la Ley 31399 no incide en nada en el ejercicio del derecho ciudadano de iniciativa legislativa.

Y en un segundo tiempo, esperar a que este proyecto normativo sea rechazado por el Congreso para iniciar el procedimiento de referéndum, de conformidad con los artículos 16 y 41 de la Ley 26300, es decir dando inicio al proceso de recolección de firmas para alcanzar el número equivalente al 10 por ciento del padrón electoral. Al mismo tiempo, no se puede descartar que los distinguidos congresistas recurran a la interpretación restrictiva de la modificación al artículo 40 de la Ley 26300 y argumenten que la entrada en vigor de la Ley 31399 ya no permite que los ciudadanos soliciten la celebración de un referéndum si su proyecto normativo fue rechazado por el Congreso. Pero se podría argumentar en contrario invocando el título mismo de la Ley 31399, que limita sus alcances a los proyectos de reforma constitucional, y citar la sentencia del Tribunal Constitucional que señala que la modificación al artículo 40 aludido “es constitucional, ya que se trata de un espacio previsto exclusivamente para el órgano revisor de la Constitución: el Parlamento”, lo que permite sostener lo mismo que figura en el citado título de la Ley 31399.

Por otro lado, esta iniciativa podría tener éxito a condición de cumplir de manera estricta dos criterios fundamentales: el primero, y quizá el más importante, es que todas las leyes que fuesen a ser incluidas en este proyecto de ley, absolutamente todas, deben estar relacionadas únicamente con la lucha contra la criminalidad. Y esto es fundamental en la medida que el mensaje para el gran público debe ser tan sencillo como claro: eliminar todas las leyes que se oponen a la lucha contra la criminalidad, que es una meta con la que el

⁹ Segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución: “No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor”.

grueso de la ciudadanía se podría fácilmente identificar, puesto que la criminalidad está golpeando a los ciudadanos en casi todos los estratos de la sociedad.



El segundo criterio, que es igualmente importante, es que el objeto del proyecto normativo en comentario es una *derogatoria* simple y llana. Es obvio que se podría plantear una modificación a una que otra ley, pero eso inevitablemente tendría como resultado confundir a la ciudadanía y despertar legítimas desconfianzas que serían totalmente contraproducentes. El mensaje a la ciudadanía, por consiguiente, debe ser sumamente claro y sencillo para asegurar el máximo arrastre posible en el proceso de recolección de firmas: *derogatoria* de leyes que obstaculizan la lucha contra la *criminalidad* y nada más.

Como de imaginarse, conseguir primero las aproximadamente 75 000 firmas para presentar el proyecto de ley al Congreso y, posteriormente, conseguir las firmas restantes hasta alcanzar los también aproximadamente 2.5 millones de firmas para solicitar la celebración del referéndum respectivo será una tarea difícil y larga, pero no imposible. Los fonavistas lo lograron y se podría aprender de su experiencia. Este ejercicio solo será posible con el concurso del mayor número posible de colegios profesionales, gremios, universidades, organizaciones no gubernamentales, prensa independiente, entre otros. Toda la publicidad que pueda recibir también podrá tener un efecto multiplicador.

Es de vital importancia, finalmente, que la lista de leyes a ser incluidas en el artículo único del proyecto normativo derogatorio en comentario sea lo más completa posible, en realidad exhaustiva, motivo por el cual resultaría imprescindible que un grupo de juristas se imponga la tarea de revisar la normativa creada por este Congreso en relación con la lucha contra la criminalidad y redactar el referido proyecto de ley con todas sus formalidades, incluyendo la exposición de motivos. En el contexto actual, el concurso de una prestigiosa asociación ciudadana como la Sociedad Peruana de Constitucionalistas podría ser sumamente valioso, no solo para identificar tales leyes sino también para liderar este proyecto, cuando no hacerlo suyo, y coordinar todos los esfuerzos necesarios para llevar a buen puerto una empresa tan importante para el estado de derecho, la democracia y el bienestar de todos en el Perú.

6. COMENTARIOS FINALES

Los derechos ciudadanos de iniciativa legislativa y de referéndum siguen siendo herramientas importantes de participación directa en los asuntos del país, aunque han sido reguladas de tal manera que no resulta fácil utilizarlas. El número de firmas requeridas en ambos casos es considerablemente alto, en particular en relación con el derecho de referéndum. Y esto puede haber contribuido a que prácticamente no se les haya utilizado, quizá con la sola excepción del caso del Fonavi.

Y sin embargo, constituyen derechos ciudadanos que nos pueden ayudar a comenzar a superar la tremenda crisis institucional que viene asolando al país en los últimos años y que no solo se ha hecho particularmente palpable desde la elección de 2016 sino que ha alcanzado niveles inusitados de gravedad durante la gestión del actual Congreso de la República. La ciudadanía tiene que reaccionar y hacer sentir su malestar, pero de manera pacífica y constructiva, y el proyecto normativo en comentario puede contribuir a que la ciudadanía le haga ver a la clase política enquistada hoy por hoy en el poder que no puede

actuar con total impunidad y a espaldas de la Constitución y las leyes, como si no tuviera ningún contrapeso.

La materialización del proyecto normativo derogatorio propuesto en este breve texto puede parecer un intento desesperado por lograr que el manejo de la cosa pública retorne a los cauces de la legalidad y la justicia, y de hecho es un intento que costará esfuerzos considerables, pero peor sería no hacer nada con la vana e ilusa esperanza de que el gobierno y el Congreso que resulten elegidos en los comicios del año 2026 sean ilustrados, honestos, demócratas y respetuosos de la Constitución y las leyes, y que no tengan otra agenda que trabajar para promover el bienestar material y espiritual de la nación.

BIBLIOGRAFÍA

- Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Exp. N.º 00027-2021-AI/TC, 28 de octubre de 2022.
- Wieland Conroy, Hubert. *El referéndum en el Perú. Doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional*. 2.ª ed. Lima: Palestra, 2023.
- Wieland Conroy, Hubert. “El referéndum en la Constitución de 1993”. En *La Constitución 30 años después*, dirigido por Helder Domínguez Haro y coordinado por Arturo Crispín Sánchez. Lima: Gaceta Jurídica. 2024.

