

DES]CONSTITUCIONALIZACIÓN: EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN TIEMPOS DE REGRESIÓN DEMOCRÁTICA

Deconstitutionalization: constitutional law in times of democratic regression

PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Palabras clave: desconstitucionalización, constitucionalización, regresión democrática, rigidez constitucional, control constitucional, independencia judicial.

Keywords: *deconstitutionalization, constitutionalization, democratic regression, constitutional rigidity, constitutional review, judicial Independence.*

“Los documentos constitucionales, bien pensados y articulados, fueron pensados en la época de su primera aparición como la llave mágica para la ordenación feliz de una sociedad estatal. Hoy, manipulada por los políticos profesionales, la Constitución ha cesado de ser un proyecto optimista, una realidad viva para la masa de los destinatarios del poder”

Karl Loewenstein

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho constitucional se ocupa de la organización del poder para limitar su uso arbitrario y, de otro lado, fija las reglas constitutivas de una sociedad que se orienta hacia fines y metas colectivas. Se suele citar al artículo 16 de la Declaración francesa de 1789 como un símbolo del ideal de una Constitución democrática: “toda

sociedad donde no se ha fijado la separación de poderes y no está asegurada la garantía de los derechos, no tiene una Constitución". Siendo algo básico, en la actualidad, hay mucho que se tendría que añadir.

Para empezar, a quién corresponde hoy la garantía última de los derechos es algo que, aún con los debates que suscita, ya no puede reducirse a la actuación del legislador. También la separación de los poderes ha sufrido una mutación. Ackerman, por ejemplo, se refirió a la segunda separación de poderes, para dar cuenta, desde una perspectiva realista, de la presencia gravitante del Poder Ejecutivo en la gestión de los servicios y prestaciones exigidas por el Estado social. Más recientemente, desde el continente europeo, Mauro Barberis se ha referido a una tercera e incluso una cuarta separación de los poderes para dar cuenta del papel fundamental del juez en los Estados constitucionales.

Hay un ideal progresista en el desarrollo del constitucionalismo, aunque puede ser sólo un ideal normativo. Vistas bien las cosas, las regresiones son una amenaza constante que, en distintos períodos de la historia, se han concretado en verdaderas catástrofes sociales. Las lecciones sobre regresiones son múltiples y diversas: en la misma Francia posrevolucionaria en el siglo XIX, o para no apartarnos del continente americano, la caída en manos de caudillos militares de las nacientes repúblicas durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XIX; ya en el siglo XX, el triunfo del nazismo en Alemania, la caída de la segunda república española, etc.

Como ha destacado Loewenstein con sagaz inteligencia en su *Teoría de la Constitución*, la Constitución vale como norma efectiva allí donde ha sido capaz de convertirse en el marco pacífico para la lucha por el poder. Es decir, donde el conflicto político puede desarrollarse hasta resolverse en sus marcos sin violentarla y manteniendo intactas las expectativas que la Constitución proyectaba al momento de su aprobación por el poder constituyente.

Hay que reflexionar, en nuestros contextos, para reparar, cuántas veces la Constitución ha servido de marco para canalizar el conflicto. Los constantes golpes de Estado o la contemplación de la Constitución como una norma irrelevante o superflua frente a los poderes fácticos y los intereses de los grupos y facciones,

muestran un constitucionalismo periférico y subsidiario, que se ha mantenido incapaz a lo largo del tiempo, no sólo para canalizar los conflictos y la lucha por el poder, sino también indiferente frente a las injusticias y, por tanto, vulnerada constantemente por los detentadores del poder y sin mayores consecuencias.

Es también por eso, por la marginalidad del constitucionalismo en la mayoría de nuestros países de América Latina, que parece alejada de la realidad, la propuesta de un *Ius Constitucionale Comune* a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. No porque el papel de la Corte no haya resultado relevante e, incluso, en determinadas circunstancias, la única garantía frente a las violaciones sistemáticas de los derechos humanos al interior de los estados; sino porque un constitucionalismo perdurable requiere de convicciones y de actores también perdurables y eso solo es posible de desarrollar y mantener si el constitucionalismo logra, primero, estabilizarse en cada uno de los Estados. Sin democracias estables en los estados, el propio sistema interamericano de protección de derechos se encuentra en riesgo. Por ello resulta relevante conocer los ciclos de nuestros constitucionalismos y los riesgos que experimentan en cada contexto, porque es posible que sus riesgos sean más *comunes* que sus éxitos. En lo que sigue intento presentar algunas de estas manifestaciones del proceso de regresión o desmontaje del modelo del constitucionalismo de los derechos. La experiencia peruana me sirve de contexto para una reflexión que espero muestre algunas variables más generales que pueden percibirse también en otros contexto. En la primera parte me refiero al proceso de constitucionalización y sus alcances relativos, para luego presentar algunos rasgos de un proceso que he denominado como “desconstitucionalización” y que permite comprender también el proceso más general de regresión democrática.

II. LA CONSTITUCIÓN IRRELEVANTE

La *Constitución irrelevante* depende, en buena medida, de quienes la convierten en irrelevante desde el poder y, desde luego, como lo ha hecho notar Nino, también depende del sentido que le asignamos al propio concepto de *Constitución*: si como un sistema de reglas y principios que modulan, de hecho, la vida de una determinada comunidad, o si como un concepto más bien de tipo normativo y que,

en muchos casos, aun cuando resulta irrelevante para la vida del común de las personas, define, sin embargo, el proyecto de vida social colectiva y, en este sentido relevante, puede constituir la “carta de navegación de una Nación”, sin la cual ella divaga sin rumbo.

La Constitución es también irrelevante en otro sentido, uno menos técnico-jurídico que a veces incluso resulta exagerado en el discurso público cuando, por ejemplo, en el contexto del debate peruano o chileno de los últimos años, en el que se exigía una nueva Constitución, se escuchan frases como “una nueva Constitución no nos va a dar *de comer*” o “de Constituciones no vive nadie.” Está en la intuición de la gente: las Constituciones no resuelven problemas prácticos y, quizá por ello, como con frecuencia se observa, tampoco es defendida por las multitudes cuando es agredida en sus elementos esenciales. De nuevo, Loewenstein nos recuerda la irrelevancia que tiene la Constitución en este sentido para el común de la gente en la medida que “ni la más perfecta Constitución” puede satisfacer los deseos o necesidades básicas del común de las personas: la Constitución no puede salvar el abismo entre pobreza y riqueza; no puede traer comida, casa, ropa, educación, ni descanso, es decir, las necesidades esenciales de la vida. De manera que “las preguntas vitales que afectan a la vida diaria no son decididas, desde hace tiempo, por órganos establecidos constitucionalmente, sino por los grupos de interés y los partidos políticos sobre los que la Constitución guarda silencio y que, por lo tanto, operan fuera del marco constitucional”.

Loewenstein escribió su libro desde el exilio a partir de unas conferencias que brindó en la Universidad de Chicago en 1956. Pueden por ello resultar algo exageradas sus afirmaciones respecto de la poca o nula incidencia de las Constituciones de la postguerra en la vida de la gente. Para cuando el jurista alemán dio aquellas memorables conferencias, la *ley fundamental* alemana ya había estampado en su primer artículo, con enorme influencia en el constitucionalismo posterior, que “[l]a dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público” (art. 1.1) Igualmente, la Constitución italiana de 1947, aunque “inactuada” en los primeros años, había dispuesto en su artículo 3, como “obligación de la República” la supresión de cualquier obstáculo “de orden

económico y social” que pudiera limitar, en los hechos, la libertad y la igualdad en el “acceso al pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

Lo que esto indica es quizá una nueva manera en que la Constitución resulta irrelevante. No se trata del fenómeno que el propio Loewenstein identifica como una *forma consciente* de desacatar lo que establece la Constitución por parte de los detentadores del poder. La Constitución resulta irrelevante en este caso debido a que no se activan los propios mecanismos que ella misma incorpora para hacerse cumplir. Esto puede deberse a diversos factores y/o circunstancias, pero también a la presencia de cierta cultura proclive a mantener una Constitución irrelevante.

Este es el fenómeno que se ha podido apreciar en varios países de América Latina, donde la cultura jurídica en general y, la judicial en particular, pese a contar con Constituciones que proclamaban su superioridad por sobre la ley, incorporando el control judicial de las leyes, simplemente no lo acataban o no se ejercía esta competencia, permitiendo que leyes o decretos de los gobiernos de turno la desnaturalicen o las mantengan sin ninguna eficacia práctica. El caso peruano es paradigmático en este punto pues se puede observar, por ejemplo, que el control constitucional de las leyes por parte de los jueces del Poder Judicial fue puesto en práctica recién luego de muchas décadas de haberse recogido en el texto de la propia Constitución. Los jueces y los propios comentaristas de la Constitución sostenían que la previsión constitucional no podía ejecutarse sin una regulación especial que la hiciera efectiva. Tal *regulación* vino finalmente en el año 1963 mediante un decreto-ley de la junta militar de aquel entonces, que puso en vigencia un decreto de organización del Poder Judicial a la que tuvo la osadía de denominar “Ley Orgánica”.

Lo que quiero destacar con esta breve introducción es que la relevancia de la Constitución no depende de ella misma, sino de los actores que le dan vida y sentido en la práctica y que, en conjunto, definen el prestigio y relevancia social de la Constitución democrática.

III. CONSTITUCIONALIZACIÓN: LA CONSTITUCIÓN RELEVANTE

No ha sido estudiado —al menos no entre nosotros— qué hace que una Constitución se vuelva de pronto relevante. Como ha ocurrido con la Constitución peruana de 1993 que se mantuvo como un texto sin mayor relevancia respecto de sus contenidos básicos durante el régimen autoritario de Alberto Fujimori. De pronto, tras la caída del régimen que la puso en vigencia, activó algunos de sus principales mecanismos que, junto con las reformas producidas durante los primeros años de la transición y las mutaciones producidas por la jurisprudencia constitucional de los primeros años, permitieron mostrarla como una Constitución que fue adquiriendo, de a poco, cierta relevancia, en particular, respecto de sus cláusulas económicas.

En Europa, tras la atroz experiencia del nazismo, se instauró un nuevo estadio del constitucionalismo con Constituciones rígidas confiando esta vez no más en la legislación, sino más bien en la independencia de los jueces —el resguardo último de los derechos— y creando, de este modo, una nueva estructura constitucional que cambió *el ADN* del constitucionalismo democrático. El resultado ha sido la comprensión de las Constituciones como normas supremas ancladas en la dignidad humana; Constituciones, según se ha dicho, son “materiales y garantizadas” judicialmente, que han reestructurado la armadura del constitucionalismo liberal, y han auspiciado, al mismo tiempo, un proceso progresivo y sin precedentes de “constitucionalización del ordenamiento jurídico” en su conjunto.

Por *constitucionalización* se entiende un proceso de impregnación de los valores y principios constitucionales hacia las demás fuentes infraconstitucionales y también hacia las prácticas del Derecho, con estrategias que van desde la interpretación de conformidad con la Constitución, hasta decisiones judiciales que orientan la propia legislación incorporando, aun con disidencias de por medio, decisiones exhortativas al Parlamento para adecuar la legislación a los mandatos de la Constitución. Como ha precisado el actual presidente del Tribunal Federal del Brasil, la constitucionalización no debe ser confundida con la simple supremacía constitucional. Se trata, más bien, de un fenómeno que requiere de ciertas

actuaciones de los poderes constituidos que ponen de manifiesto que, en un determinado sistema, la Constitución empieza a tener un rol normativo relevante. Esta suerte de “evidencia” que da cuenta de que, en un determinado contexto, se va produciendo progresivamente un proceso de constitucionalización, se expresa en vínculos hacia la legislación, las prácticas judiciales y los particulares. En lo que se refiere al Poder Legislativo, la constitucionalización se expresa: *i*) limitando la discrecionalidad o libertad absoluta de la legislación, *ii*) o bien generando obligaciones para concretar ciertas expectativas que imponen los derechos o el programa constitucional en su conjunto. De otro lado, respecto de las prácticas judiciales, la constitucionalización activa los mecanismos del control constitucional, permitiendo que los jueces, por lo general, puedan desarrollar su jurisprudencia interpretando la Constitución, impactando, de este modo, en forma creciente en las demás fuentes. Respecto de los ciudadanos, la constitucionalización permite que cualquier ciudadano pueda invocar en forma directa la Constitución en todo tipo de procesos judiciales; de otro lado, supone también un vínculo de su propio actuar, limitando su libertad para hacerla compatible con los demás principios y valores del orden constitucional.

El fenómeno se ha hecho notar en Europa tras la adopción de las Constituciones de la posguerra y el diseño de una nueva estructura judicial que incluye el control de constitucionalidad de las leyes. Incluso en Francia, donde la judicialización de la Constitución tiene más restricciones y donde no existe un amparo directo como en Alemania o España, el proceso no ha tardado en presentarse en forma visible para los juristas. Favoreu, por ejemplo, ha anotado como uno de los efectos de este proceso que tiende “a borrar la distinción entre derecho público y derecho privado”. En Alemania, el Tribunal Federal acuñó con inusitado éxito la expresión “efecto irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales para expresar la forma cómo la Constitución expande su eficacia y valor a las normas del derecho privado. Según expuso el Tribunal Federal Alemán, en su famosa sentencia del caso Lüth del año de 1958:

“Si el juez civil deja de reparar en el efecto objetivo que las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales producen sobre las disposiciones del Derecho civil —efecto de irradiación— viola con ocasión de su fallo el derecho fundamental que ha debido proteger y cuya observancia judicial le es impuesta, como quiera que a ello el titular tiene derecho. En este caso, contra las sentencias lesivas de los derechos fundamentales, sin perjuicio de los restantes recursos, cabe la acción de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, el cual limitará su examen a la cuestión constitucional únicamente, vale decir, al análisis aludido —efecto de irradiación— y a su correcta o incorrecta valoración por parte del juez de la causa”.

Pronto, el razonamiento en el caso Lüth se expandió siguiendo la ruta de los tribunales constitucionales contra lo que el propio Kelsen previó, convirtiendo el denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales en patrimonio común de un constitucionalismo expansivo que ha generado entusiasmo en toda América Latina. Así, como describió Guastini, el proceso de constitucionalización suele ser progresivo y, además, —como nosotros explicaremos más adelante— cíclico. Dependiendo de los actores y la forma cómo se va consolidando, el proceso puede involucrar a los tribunales, la Academia y la cultura jurídica primero y, luego, a la cultura en general. Cuando ello ocurre, el proceso habrá impregnado en la vida de la sociedad con menos riesgo de regresión.

III.1. Constitucionalización académica y jurisprudencial

El ciclo de la constitucionalización inicia con la jurisprudencia constitucional bajo ciertas premisas que permiten el control judicial de la Constitución. Como anota Guastini, la rigidez de las Constituciones y la presencia de mecanismos de justicia constitucional se presentan como condiciones necesarias en estos procesos. No obstante, en el caso peruano, con Constituciones formalmente rígidas y con garantías jurisdiccionales compartidas entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, tanto en la Constitución de 1979 como en los primeros años de la Constitución de 1993, el proceso de constitucionalización no despegó sino hasta la transición democrática, luego de la caída del régimen de Fujimori producida en el año 2000.

La constitucionalización es, entonces, un proceso que no sólo depende de presupuestos normativos o institucionales. Los procesos políticos y sociales incorporan insumos que activan ciertos mecanismos. Una suerte de “hambre de Constitución” como sostuvo Loewenstein refiriéndose a los procesos de transición que impulsan a la propia sociedad a exigir sus derechos a los tribunales. Una primavera democrática que auspicia que el movimiento social vea en las instituciones de la justicia y en la jurisprudencia, una forma cercana y directa de convertir en algo tangible las promesas de la Constitución. Esto explicaría, por ejemplo, el papel relevante del proceso de amparo en los procesos de constitucionalización en la mayoría de los países de América Latina. Los propios ciudadanos suministran insumos para reivindicar la Constitución, incluso para hacer frente a las injusticias de la ley. En el caso del Perú, existe la posibilidad de acudir a los tribunales, mediante un proceso de amparo contra la propia ley, cuando es posible argumentar una afectación directa a los derechos fundamentales. Pero durante la transición democrática de la década del 2000, también se acudió al proceso de inconstitucionalidad, en algunos casos notables, para “adecuar” normas preconstitucionales (como las del Código Civil) a los mandatos de la Constitución. Los procesos de constitucionalización han sido ampliamente estudiados y documentados sobre todo a partir de la jurisprudencia de los tribunales. La literatura académica, sin embargo, no ha indagado en las bases más realistas sobre las razones que alientan o estabilizan los procesos de constitucionalización. Si la constitucionalización fuera, como sugiere Guastini, “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta plenamente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”, entonces podría afirmarse que se trata de un proceso delimitado o delimitable en el tiempo. Pero esta imagen, aunque expuesta con claro interés pedagógico, paradójicamente, no es realista. La Constitución no es una *crema* para “impregnar” y tampoco el ordenamiento puede concebirse como una superficie determinada que debe ser cubierta o impregnada por el recubrimiento de la Constitución, como si se tratara meramente de un aerosol.

Lo cierto es que se trata de un proceso permanente, en la medida que lo que está en juego es la eficacia cotidiana de la Constitución. Como ha escrito Zagrebelsky refiriéndose al contexto de la crisis presente en torno a la Constitución, no se trata de un objeto o un documento, sino de una tarea y, para el caso de los constitucionalistas y los tribunales, según ha remarcado, es “la tarea”. Una tarea ardua, difícil y permanente, que no puede ser solamente de jueces y juristas profesionales. La constitucionalización es superficial si en esta tarea están comprometidos sólo los profesores de Derecho constitucional y algunos jueces. La constitucionalización realmente impregna la vida cotidiana cuando se transforma en prácticas y cultura del día a día. Quizá es este el desafío mayor: que la constitucionalización trascienda la labor de la jurisprudencia y la Academia y se convierta en una cultura que compromete el movimiento social, político, económico e incluso militar. La constitucionalización es sólo entusiasmo si se queda a nivel de los académicos y de algunos jueces. El riesgo es, en todo caso, un proceso de desconstitucionalización que es lo que, en la actualidad, vivimos ahora en forma acelerada, y al que me referiré enseguida.

IV. DESCONSTITUCIONALIZACIÓN

Por *desconstitucionalización* comprendo aquí al proceso y/o conjunto de mecanismos e instrumentos que, usados en forma consciente o no, logran, en la práctica, el desmontaje del valor normativo de la Constitución. Por efecto de este proceso o de uso de estos mecanismos, la Constitución —que antes vinculaba de cierta manera— se vuelve, una vez más, irrelevante respecto de los fines para los que estuvo pensada. Tal como ocurre con la constitucionalización, también aquí se trata de un proceso gradual cuyo impacto puede ir desde episodios aislados que desnaturalizan el sentido de las cláusulas constitucionales, hasta la degradación absoluta y sistemática que desactiva por completo el valor y sentido de la Constitución en su conjunto. Los procesos de desconstitucionalización ya han sido estudiados antes. Aparecen como el declive de un proceso previo de constitucionalización, como ocurrió en la Europa de entreguerras. Werner Kagi se refiere a ambos procesos en un texto escrito en las vísperas de la Segunda Guerra Mundial. El proceso previo a lo que él denomina “desmontaje constitucional” muestra el fuerte impulso hacia la

construcción del Estado constitucional en Europa. Incluso como una comprensión “más allá de las fronteras, en ese lenguaje común del derecho constitucional”. Según refiere, se avizoraba en el Estado constitucional “una etapa previa de una verdadera *civitas máxima*, de un Estado mundial, sobre la base del derecho”.

Pero este entusiasmo, como el propio Kagi documenta enseguida, “era solamente una coyuntura aparente: muchas de esas Constituciones eran plantas de invernadero que no podían mantenerse en la dura realidad”. Esta “dura realidad” es la época de entreguerras (1919-1939), donde el estado de excepción se convirtió en muchos países en algo normal. La legislación de la guerra se prolongó frente a la crisis financiera que azotó en los años posteriores. Las naciones que estaban abrazando con esperanzas las promesas del Estado constitucional optaron por normalizar los estados de emergencia: “[m]uchos Estados se apartaron deliberadamente de la idea del Estado constitucional, en otros, por la ocupación militar, el ordenamiento autónomo constitucional fue en mayor o menor medida suspendido”. En otros países, las “razones de Estado” sustituyeron a la normatividad constitucional. De este modo, Kagi resume el impacto del desmontaje de la Constitución que afectó a sus elementos esenciales: *i)* las normas que establecen las relaciones entre ciudadano y Estado se ven afectadas decisivamente “por la expansión de las funciones estatales, es decir, las tendencias hacia el Estado “autoritario y totalitario”; *ii)* los derechos fundamentales “ pierden su sentido absoluto”. Tanto el legislador como el poder del gobierno “se exceden en sus límites”. En estas circunstancias, “a menudo el individuo, en una situación de total carencia de garantías, vuelve a enfrentarse al poder absoluto del Estado”.

Otro tanto ocurre del lado de las competencias del Estado: *iii)* “la concentración de los poderes sustituye a la división de poderes”. En el caso europeo, la degradación constitucional muestra en este punto un reforzamiento sin límites del Poder Ejecutivo que adquiere poderes absolutos mediante herramientas como la delegación de facultades y el dictado de medidas de emergencia; *iv)* se desactivan los controles judiciales y, de este modo, “el contrapeso de la justicia (la jurisdicción constitucional), no se fortalece sino, por el contrario, se debilita cada vez más”. Finalmente, esta experiencia también muestra que el desmontaje de la Constitución

incide en la forma democrática de gobierno; ν) en este punto, el autor señala aquellas prácticas legislativas que optan por procedimientos acelerados (abreviados) prescindiendo de los procesos ordinarios, el “estrangulamiento del referéndum”, e incluso, “las modificaciones de la Constitución se realizan despreciando el poder constituyente del pueblo”.

Haciéndose eco de las reflexiones del profesor Kagi, Sagüés ha elaborado una suerte de catálogo de supuestos de “desconstitucionalización”, incluyendo tanto supuestos formalmente válidos, como también procedimientos y estrategias claramente vedadas que tienen como objeto dejar sin efecto o desvirtuar el sentido de las normas constitucionales. Interesa destacar este segundo grupo. Esto ocurriría, según anota, “cuando una regla constitucional no es formalmente cambiada pero sí resulta desvirtuada, pervertida, bloqueada o desnaturalizada, especialmente por prácticas, costumbres o interpretaciones mutativistas, por lo general manipulativas de la Constitución, que en definitiva producen una caída en el vigor jurídico (o fuerza normativa) del precepto constitucional sancionado en su momento”.

Sin duda, se trata de un proceso que está presente en distintos contextos y de diversas formas. Zagrebelsky nos habla, desde Italia, sobre los “tiempos difíciles de la Constitución”, en los que esta se enfrenta a una serie de riesgos que la alejan de su ideal primigenio, el de unidad y construcción de sociedades basadas en el bien común. La Constitución, según señala el profesor de Turín, “es consignada en un texto escrito, se le *fija* para sustraerla del egoísmo y de las cambiantes relaciones de fuerzas”. Pero las Constituciones son también objetos expuestos, a lo que nuestro autor denomina la “ley de los castores y termitas”. Al comienzo, sobre todo cuando la Constitución es expresión genuina de un nuevo pacto, la norma suprema es una obra colectiva de castores, pero las termitas surgen desde dentro, expresando las fuerzas corrosivas de las facciones y grupos: “son las facciones partidarias, los *lobbies*, las asociaciones más o menos secretas, los ‘círculos’ ocultos del poder, las corporaciones, las oligarquías económico-financieras; todas las fuerzas que, inactivas o relativamente impotentes en el momento del período constituyente, aparecen o reaparecen inmediatamente después”.

En la literatura desde la politología, se viene hablando hace ya un tiempo de los procesos de regresión democrática. En un texto del año 2018, Ginsburg intenta resumir, en una tipología, las diversas modalidades de regresión. Los casos de Venezuela y Hungría le sirven para exemplificar dos formas frecuentes de regresión: por un lado, las reformas constitucionales para permitir la reelección manipulando los procesos electorales, y, por otro, el control de los altos tribunales mediante intervenciones directas, como puede ser el cese de algunos de sus integrantes para cambiarlos por nuevos miembros, o las reformas legales para aumentar el número del pleno del alto tribunal.

En otros casos, se apunta al control de las instituciones de la justicia, como el Ministerio Público o el Poder Judicial. Estas intervenciones pueden incluir verdaderas purgas que se orientan a intimidar a los funcionarios del sistema de justicia que tienen, entre sus funciones, alguna parcela de control del poder. El abuso del poder puede incluir también, por lo general siempre en simultáneo, acciones orientadas a “manipular el entorno informativo atacando o controlando los medios de comunicación” a través de las licencias. Ginsburg cita también el caso de la intervención de la Universidad Centro Europea de Hungría por el régimen de Viktor Orbán.

El artículo de Ginsburg observa el valor que han adquirido en los últimos cien años los tribunales de justicia en la arquitectura de los Estados constitucionales. Desde su análisis, los tribunales pueden ser instituciones fundamentales para proteger a la democracia del retroceso. Observando el caso colombiano que impidió en el 2010 una nueva reelección de Álvaro Uribe, concluye que: “[p]odría decirse que la decisión de la Corte Constitucional de 2010 marcó una coyuntura crítica en la democracia colombiana”. Desde luego, también hay ejemplos en los que los tribunales sucumben ante la tendencia autoritaria del régimen, como ocurrió en Perú en la década de los 90, cuando el fujimorismo, que controlaba el Parlamento, logró aprobar una ley para una nueva reelección presidencial contra lo que establecía el texto constitucional. La norma denominada de *Ley “interpretación auténtica”* fue impugnada ante Tribunal Constitucional, donde no se lograron los votos necesarios para declarar su inconstitucionalidad, generándose con ello una

división en la votación al interior del Tribunal, lo que ocasionó una acusación desde el Parlamento contra los magistrados que habían votado por declarar inconstitucional la ley. Los magistrados fueron destituidos y luego reincorporados por una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin duda, el papel de la justicia y, en particular, del Tribunal Constitucional en el control frente a las regresiones, resulta fundamental. Sin embargo, cuando es el Tribunal mismo la institución que logra ser controlada o desactivada en sus decisiones más relevantes, el proceso de regresión en general y, el proceso de desconstitucionalización en particular, pueden acelerarse de modo mucho más pernicioso, como sugiere el caso peruano.

Con estas anotaciones generales, en lo que sigue, me propongo identificar algunas de las notas más saltantes del proceso que vive el Perú en los últimos años. Algunas notas son generales y se han presentado en otros espacios aquí referidos; otras son propias de nuestro contexto y pueden contribuir a advertir sobre nuevas manifestaciones del proceso de regresión.

Una precisión adicional antes de ingresar al desarrollo de las diversas manifestaciones de desconstitucionalización que se vienen presentando en Perú: sobre el concepto de *desconstitucionalización* y los otros adjetivos vinculados que se vienen usando, como *regresión*, *erosión*, o incluso, *asedio democrático*. El fenómeno de la *regresión* democrática parece incluir más elementos y, por ello, asumiré este término como el género, mientras que la *desconstitucionalización* corresponde a uno de los elementos o variables de la regresión. En concreto, se trataría del proceso en el que la Constitución va dejando de cumplir un rol relevante, fundamentalmente, en sus mecanismos de garantía y de control del poder. El proceso de desconstitucionalización es, por ello, la cara jurídica del proceso de regresión más amplio que se expresa indefectiblemente en otras variables con que suele medirse el estándar democrático. Desde luego, no son dos procesos totalmente ajenos uno del otro. Por ejemplo, el ataque a jueces y fiscales sería un fenómeno propio de la regresión democrática, en la medida que se usa un instrumento propio de la democracia, como es la libertad de expresión y comunicación; pero, al mismo tiempo, sería un elemento claro de ataque contra un valor constitucional

fundamental, como es la independencia judicial. Veamos algunos de estos indicadores en la reciente experiencia peruana.

IV.1. Desconstitucionalización y cláusula de rigidez constitucional

La cláusula de la rigidez identifica a las Constituciones del Estado constitucional. En términos prácticos, supone que la Constitución no sólo tiene mecanismos que la protegen frente a cambios con mayorías simples, como podría ocurrir con la ley; sino que, además, la rigidez tiene también una dimensión material, en la medida que asume que los contenidos de la Constitución tienen un valor superior y, por ello, están protegidos frente a las mayorías simples. Por ejemplo, el requerimiento para que las enmiendas a la Constitución no sólo se produzcan mediante votaciones calificadas (sino, además, por lo menos en dos legislaturas reiteradas, como ocurre con la cláusula peruana), supone la exigencia de una mayor reflexión sobre cada propuesta de reforma.

La crisis política y el control que ha logrado imponerse al gobierno desde el Parlamento, ha tenido en la cláusula de la rigidez alguna incidencia directa. En algunos casos, la urgencia de cerrar las puertas a supuestos que estaban abiertos en la Constitución, mediante el derecho de iniciativa ciudadana para su reforma a que se refiere la ley respectiva, llevó a modificar de modo explícito algunas normas constitucionales mediante una ley ordinaria. Este fue el caso de la Ley N.º 31399 que, con el pretexto de modificar el artículo 44 de la Ley N.º 26300, en realidad, añadió como nuevo supuesto los contemplados en el artículo 32 de la Constitución. De este modo, mientras la Constitución peruana establece que “[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”, por su parte, la reforma a nivel legal y no constitucional dispone que “[...] ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política”.

Como era de esperarse, la norma en cuestión fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, el que en mayoría declaró infundada la demanda tras considerar que: “[...]la sola ampliación de los supuestos de improcedencia para llevar a cabo el

referéndum no exige que para tal fin se realice necesariamente una reforma a la Constitución.” De este modo, en los hechos, se ha añadido un supuesto de prohibición de sometimiento al referéndum relacionado con una posibilidad remota: la de una reforma constitucional que surgiera por iniciativa ciudadana, pero que no se encuentra prohibida. Al someter al trámite parlamentario una iniciativa de reforma de la Constitución que podría surgir en el marco de los derechos de iniciativa legislativa que aquella prevé a favor de los ciudadanos, se desnaturaliza el concepto de democracia directa, que es lo que se encuentra en la base de este tipo de instrumentos de participación.

Otro caso claro de reforma o “añadido” constitucional mediante ley ordinaria y que también fue convalidada por el Tribunal Constitucional es la conocida *Ley del Despacho Virtual de la Presidencia de la República* cuando el mandatario o mandataria se encuentra fuera del territorio nacional. En este caso, se trataba de responder a un problema práctico ante la ausencia de vicepresidentes en el periodo gubernamental 2021-2026. Al margen de la necesidad de una regla que resuelva este problema, lo cierto es que la regulación de las “encargaturas” en supuestos de ausencia del titular del despacho de la Presidencia, se encuentra en el artículo 115 de la Constitución, que, respecto de la ausencia del titular del despacho presidencial, establece: “Cuando el Presidente de la República sale del territorio nacional, el Primer Vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el Segundo Vicepresidente”.

La Ley N.º 31810 incorpora el artículo 8-A en la Ley N.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que en su inciso 3 establece: “8-A.3. En caso de que el presidente de la República deba salir del territorio nacional y no haya vicepresidentes en ejercicio, de manera excepcional, el presidente de la República se mantiene a cargo del despacho presidencial empleando tecnologías digitales. Es obligatoria la implementación de mecanismo de seguridad digital para el uso de dichas tecnologías.”

Una vez más, la ley fue impugnada por un grupo de parlamentarios ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal advierte que, en efecto, respecto del supuesto que se está regulando mediante ley, existe un vacío constitucional. Según el Tribunal, si bien “[...]se ha advertido que el constituyente no previó la posibilidad de que no

haya vicepresidente durante un determinado mandato presidencial, al que se le pueda encargar el despacho; [...] Este vacío no puede ser un impedimento para que este Tribunal resuelva la presente controversia, por cuanto, como establece el artículo 139.8 de la Constitución, el ejercicio de la función jurisdiccional se rige, entre otros, por el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley o, en este caso, de la propia Norma Fundamental”.

Sin embargo, la cuestión que debía ser resuelta por el Tribunal Constitucional no tenía que ver con un “vacío”, como se sugiere en la sentencia, sino, precisamente, de lo que se trataba era si tal “vacío” podía ser regulado mediante una reforma constitucional o mediante una ley ordinaria, como hizo finalmente el Parlamento. Si bien es verdad que las facultades de mantener el despacho virtual durante los viajes al exterior del Presidente en funciones no altera ninguna competencia específica de la Presidencia, también es cierto, como lo hace notar el voto en discordia del magistrado Monteagudo que: “[...]en la medida en que se trata de una materia de naturaleza constitucional, el hecho que sea el legislador ordinario el que se haya arrogado la facultad de regular el uso de las tecnologías digitales para la gestión del despacho presidencial, así como la autoridad encargada de hacerlo, supone una infracción del principio de jerarquía normativa, el cual se encuentra previsto en el artículo 51 de la Ley Fundamental”.

La cuestión parece poco relevante en este caso. Si nos atenemos al contenido de la ley, incluso se puede coincidir con la tesis interpretativa de la mayoría del Tribunal cuando concluye que “la Constitución permite que el Presidente continúe a cargo del despacho presidencial, empleando tecnologías digitales, cuando se encuentre de viaje y no cuente con vicepresidentes que puedan encargarse de la gestión administrativa del mismo”. Sin embargo, lo que estaba en juego, en términos formales, era algo más relevante. Como se mencionó para el ejemplo anterior, la cuestión era si, puestos a intervenir en el denominado “vacío constitucional”, el competente para llenar tal vacío era el legislador ordinario o el poder de reforma constitucional que no se ha activado en este caso. Esto muestra que hay cuestiones que se pueden resolver vía interpretación constitucional (mutaciones constitucionales), pero que no pueden hacerse por vía de la legislación ordinaria,

porque lo que está en cuestión es una regla constitutiva de los Estados constitucionales: la cláusula de la rigidez constitucional.

IV.2. Desconstitucionalización y control constitucional

Los casos del apartado anterior muestran cómo la Constitución pierde su carácter de norma fundamental y suprema cuando el legislador la puede manipular desviando el procedimiento de su reforma e incorporando alteraciones al texto constitucional por vía de la legislación ordinaria. El proceso se consolida cuando el Tribunal Constitucional renuncia a realizar un control efectivo de estas leyes que, como vimos, inciden en el contenido de la norma suprema sin pasar por el procedimiento de la reforma constitucional.

Ahora veamos otra de las manifestaciones de la desconstitucionalización. Esta vez se trata del corazón de la Constitución del Estado constitucional: los controles judiciales. A diferencia de las Constituciones políticas, pensadas fundamentalmente para limitar y organizar el poder político, las Constituciones de los Estados constitucionales ponen especial énfasis en la garantía judicial de los derechos y en el control del Parlamento mediante mecanismos de revisión constitucional de la ley. Esta es también la razón por la que autores como Ginsburg resaltan el papel de los tribunales en los procesos de regresión democrática.

También en el proceso de desconstitucionalización en el caso peruano, la incidencia del Tribunal Constitucional se ha visto, al menos en una primera fase, con la misma intensidad con que intervino en el proceso de constitucionalización reciente. El papel gravitante del Tribunal radica en que sus funciones abarcan no sólo el control y confirmación de la legislación a través del proceso de inconstitucionalidad, sino que también controla, en última instancia, la actuación del Poder Judicial a través, fundamentalmente, del amparo contra decisiones judiciales; además, es instancia única en el conflicto de competencias entre los diversos poderes del Estado.

En el caso del Tribunal Constitucional, el sistema de designación de sus integrantes es un anuncio de su fragilidad frente a los intentos de penetración y control político, especialmente en contextos de crisis y disputas de las facciones. Las reglas de selección que, pese las modificaciones que incluyen un concurso de selección previa

a la elección por parte del Parlamento, sigue estando en manos por completo de “una comisión especial de selección integrada por un (1) representante de cada grupo parlamentario”. Incluso en tiempos de normalidad y estabilidad política, el dejar en el espacio del poder político —como es por excelencia el Parlamento— la totalidad del proceso de elección del máximo tribunal que juzgará la actuación de los poderes políticos, no parece nada sensato; más todavía en tiempos de polarización y disputas exacerbadas. Cada espacio del poder se vuelve parte de la disputa política y la confrontación sin concesiones. El resultado es parte del problema que vemos en la actualidad.

Ya hemos tomado nota de algunas de las decisiones del Tribunal Constitucional en el apartado anterior. Su actuación ha venido siendo fundamental como parte de las disputas políticas, precisamente. Sobre la composición que en mayoría inició funciones el año 2022, el Parlamento ha tomado decisiones importantes que recibieron respaldo inmediato cuando el debate se extendió al Tribunal Constitucional. En algunos casos, se trataba de claras disputas que involucraban al poder que había, recientemente, elegido a la nueva conformación del Tribunal. El equilibrio de poderes se ha roto así inclinando la balanza en favor del Poder Legislativo, en buena medida, con el respaldo del máximo tribunal del país.

El control y equilibrio del poder de los tribunales de la justicia en general y, del Tribunal Constitucional en particular, pueden contribuir de manera notable a restablecer los pesos y contrapesos en estas circunstancias. Sin embargo, la independencia es una condición *sine quanon* para que ello ocurra. Cuando dejamos en manos solamente de uno de los poderes del Estado la selección de sus integrantes (además en el caso reciente, de seis de sus integrantes en bloque), las probabilidades de copamiento y control son muy altas. No debemos olvidar en este punto que el cierre del Parlamento en el año 2019 y la posterior intervención del Tribunal Constitucional que declaró constitucional esta disolución, dejó aun más en evidencia el papel gravitante del máximo intérprete de la Constitución en medio de la crisis y la disputa de las facciones. Los consensos políticos para las nuevas designaciones ya con el nuevo Parlamento del 2021 y, además, en medio de una crisis aun más pronunciada con la proclamación del candidato de izquierda Pedro

Castillo, alertó aun más las precauciones de los grupos políticos conservadores que controlaban el Parlamento en aquellos días. La agenda agresiva en materia de derechos, así como las reformas para desactivar los mecanismos de control y equilibrio de poderes, tanto desde el Poder Ejecutivo, como desde el sistema judicial, se pusieron en marcha de inmediato.

Incluso antes que la nueva composición se instalara, el máximo Tribunal ya había declarado la inconstitucionalidad de un primer intento del Parlamento por limitar la cuestión de confianza desde el Poder Ejecutivo, mediante la reforma a su propio reglamento. La respuesta del Tribunal fue que la cuestión de confianza posee una regulación abierta “con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera”. Para el Tribunal, el intento de regulación por parte del Parlamento para “promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político”, vulnera el principio de separación y balance entre poderes, pues desnaturaliza la finalidad constitucional de esta institución.

No obstante, instalado el nuevo Parlamento, contra lo decidido por el Tribunal Constitucional, publicó por insistencia y pese a las observaciones del Poder Ejecutivo —que se encontraba aún bajo el gobierno de Pedro Castillo—, la Ley N.º 31355 que establece que:

“La facultad que tiene un ministro y la del presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo, de plantear una cuestión de confianza conforme al último párrafo del artículo 132 y al artículo 133 de la Constitución Política del Perú, está referida a materias de competencia del Poder Ejecutivo relacionadas directamente a la concreción de su política general de gobierno, no encontrándose, entre ellas, las relativas a la aprobación o no de reformas constitucionales ni las que afecten los procedimientos y las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de otros organismos constitucionalmente autónomos.”

La ley, como era de esperarse, fue impugnada ante el Tribunal Constitucional en la medida que no sólo intentaba incorporar una regulación con limitaciones que no aparecen en la Constitución y estableciendo, además, en una de sus disposiciones respecto del sentido de la decisión que se adoptara, que: “[s]olo el Congreso de la República puede interpretar el sentido de su decisión”, lo que de nuevo dejaba fuera de toda posibilidad de intervención al poder legislador.

La ponencia de la sentencia, que no logró la votación requerida, proponía que, siguiendo la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional y, conforme a lo establecido en forma clara en la Constitución respecto de la prerrogativa de la cuestión de confianza, la ley fuera declarada inconstitucional por la forma y por el fondo. Según se lee en uno de los fundamentos: “La incorporación al ordenamiento jurídico de materias o exigencias establecidas en la ley implican la modificación del marco constitucional que configura la cuestión de confianza facultativa. No obstante, la ley impugnada no ha sido aprobada a través del mecanismo de la reforma constitucional e, incluso, la reforma constitucional, como ya se puso de relieve, no puede alterar el balance entre poderes”. En su voto particular, la exmagistrada Marianella Ledesma advierte, a partir de la presente decisión, que “una seria erosión a la democracia cuando el Congreso de la República no sólo discrepa de las interpretaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, sino que las inobserva de forma abierta y deliberada”.

No obstante, cuatro magistrados que habían respaldado la decisión anterior respecto de la modificación del reglamento del Parlamento para restringir la cuestión de confianza concluyeron, esta vez, que la ley era constitucional. En su voto particular, el magistrado Blume, por ejemplo, sostiene que: “No se trata en esencia, y lo enfatizo, de una ley de reforma constitucional. Se trata más bien de una ley de desarrollo constitucional que, teniendo a la Constitución como punto de partida, ha establecido precisiones y límites razonables respecto del ejercicio de la cuestión de confianza regulada en sus artículos 132 *in fine*, y 133. Un desarrollo constitucional que, como veremos más adelante, se encuentra dentro de lo constitucionalmente posible”.

El debate de esta ley en el seno del Tribunal avizora los tiempos de regresión más profundizada en la jurisprudencia constitucional en Perú. A nivel legislativo, por su parte, muestra también que el equilibrio de poderes se había roto y la suerte del Poder Ejecutivo estaba, finalmente, bajo el control del Parlamento. Sin partido de respaldo, la nueva Presidenta en funciones, Dina Boluarte, sabía que la cuestión de confianza ya no era más una carta a su favor: se había activado uno de los “airback” en la conducción de la democracia. Por su parte, el Tribunal Constitucional parecía no tomar conciencia que había ayudado a consumar un accidente fatal en las ya maltrechas pistas de la democracia peruana.

La nueva composición de los miembros del Tribunal Constitucional ponía en evidencia, al menos a la luz de sus primeras decisiones, que el equilibrio de poderes se había roto a favor del Poder Legislativo. Respecto de la institución de la cuestión de confianza, aun quedaba pendiente decidir un caso que venía del régimen del expresidente Castillo. En su decisión, el nuevo Tribunal da cuenta que se trata de un caso en el que ya no existiría un verdadero interés, dada la nueva composición del Consejo de Ministros tras la caída de Castillo. No obstante, aplicando reglas supletorias del proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal se avoca al caso para validar algunas modificaciones que, a nivel del propio reglamento del Parlamento, habían limitado aún más el trámite de la cuestión de confianza, al punto que se había introducido un procedimiento de “rechazo liminar” que ni siquiera dependía del Pleno de Parlamento, sino solamente de su mesa directiva.

El interés del Tribunal Constitucional por dejar zanjadas las cuestiones sobre este tema, incluso respecto de la propia jurisprudencia anterior, parecen muy elocuentes. Respecto de la jurisprudencia anterior, la nueva composición del Tribunal entiende que el admitir en forma abierta que el Poder Ejecutivo pudiera formular una cuestión de confianza sobre cualquier asunto, incluidas las competencias exclusivas del Poder Legislativo, “terminó desequilibrando este principio constitucional primordial a favor del Poder Ejecutivo, y puso en sus manos un poder que la Constitución no le asigna, al convalidar un ejercicio arbitrario e indiscriminado de la cuestión de confianza”.

Pese a que, para la nueva composición del Tribunal, el dejar en manos de un único poder la decisión respecto de la procedencia o no de la cuestión de confianza, suponía trasladar un poder que la Constitución no le asigna en tales términos, en esta ocasión, su decisión hace exactamente lo mismo. Sólo que esta vez el poder que adquiere esta asignación de poder “que la Constitución no le asigna” ya no es el Poder Ejecutivo, sino el Legislativo. En efecto, en esta ocasión el Tribunal concluye affirmando que:

“[...]el Congreso de la República es la entidad competente para determinar: a) cuándo se ha producido un rechazo, rehusamiento o negación de la confianza a las que se refieren los artículos 132, 133 y 134 de la Constitución; y, b) el alcance de dicho rechazo, rehusamiento o negación. [...] Asimismo, también es la autoridad competente para: a) decidir sobre el rechazo de plano de la cuestión de confianza; y, b) determinar la valoración que corresponde dar a la decisión de “rechazar de plano” la cuestión de confianza que adopte la Mesa Directiva del Congreso de la República.”

En este caso, la desconstitucionalización tiene como víctima no a cualquier cláusula de la Constitución, sino a una que resultará luego determinante en el avance arbitrario de parte del Parlamento: la cláusula del equilibrio de poderes.

Algunas de las decisiones que siguieron, especialmente aquellas en las que el Parlamento tenía un especial interés, han generado que la ciudadanía perciba un Tribunal disminuido y condicionado a las expectativas del Parlamento. Una decisión importante que desafió incluso la jurisdicción internacional tuvo lugar con la liberación de Alberto Fujimori. Otro caso en el que la mayoría del Tribunal Constitucional mostró que sus tiempos estaban sincronizados con la agenda del congreso fue la abrupta habilitación de un amparo a favor del excongresista Marco Tulio Falconí. El amparo había sido interpuesto en abril de 2020 contra los integrantes de la Comisión Especial que tenía a su cargo la designación de los integrantes de la Junta Nacional de Justicia. Tras la renuncia también abrupta de José Ávila, integrante de dicha institución (quien tuvo que renunciar al haber sido implicado en una trama de corrupción por declaraciones de un colaborador eficaz),

el Tribunal se apresuró en publicar una sentencia declarando fundada la demanda y cerrando así la posibilidad de que sea convocado el primer suplente en la lista, quien era un reconocido profesor universitario al que la mayoría en el Parlamento ubicaba distante a sus intereses. De este modo, cierto sector parlamentario trataba de controlar las votaciones al interior de otra de las instituciones claves para la independencia judicial, como es la Junta Nacional de Justicia.

III.2.1. Desconstitucionalización e instituciones de la justicia

Como puede observarse, la desconstitucionalización se centra en los procesos que amenazan instituciones y/o herramientas que son propios de la Constitución y del Derecho constitucional. El acoso a las instituciones de la justicia, el intento de copamiento y control desde los poderes políticos hacia el Poder Judicial, el Ministerio Público, la justicia electoral o la Junta Nacional de Justicia, constituyen acciones que van más allá de los procesos de desconstitucionalización. Aquí solo se mencionan algunos eventos que permiten mostrar que el desbalance de poderes — o lo que es lo mismo, la concentración del poder— mira con especial interés cualquier posibilidad de control del sistema de justicia que es el que, eventualmente, puede activarse en cualquier momento frente a los excesos de los poderes concentrados o desbordados.

Lo vimos con el Jurado Nacional de Elecciones y los intentos desmesurados por destituir a su Presidente, el juez supremo Jorge Salas Arenas. La acusación de fraude en las elecciones de 2021 se extendió una vez instalado el Parlamento, con el pedido de las agrupaciones que perdieron la presidencia para conformar una comisión investigadora que no pudo acreditar los cargos postulados. Luego vinieron una serie de acusaciones constitucionales y un feroz ataque en medios cercanos a los grupos políticos que mantenían las acusaciones aun sin poder acreditarlas. Las denuncias del juez Salas han merecido la atención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, en su resolución de medidas provisionales del 4 de septiembre de 2023, exigió al Estado peruano que adopte las medidas necesarias para garantizar la vida y seguridad del juez y su núcleo familiar.

Un caso particular de desconstitucionalización ocurrió con el Ministerio Público. En este caso, la constitucionalización de sus importantes atribuciones se produce con la Constitución de 1979, que en su artículo 250 constitucionalizó también su autonomía y dispuso, entre otras funciones, una especialmente importante: “b) Vigilar e intervenir en la investigación del delito *desde la etapa policial* y promover la acción penal de oficio o a petición de parte”. Esta atribución constitucional se mantiene incluso con mayor énfasis en la dirección de la investigación a cargo del Ministerio Público, para cuyos fines, según se precisa, “la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”. El proceso de adecuación de la legislación a los mandatos de la Constitución fue lento, pero progresivo. Incluso la implementación del último Código Procesal Constitucional tuvo que esperar cerca de veinte años para que se pusiera en vigencia a nivel nacional. El efecto práctico de dicha reforma ha sido la concreción del reparto de competencias en términos de dirección de la investigación a cargo del Ministerio Público. Y es precisamente este proceso de dirección de la investigación y de la separación entre técnica de investigación y dirección jurídica (en consecuencia, de control del derecho sobre el poder de policía) lo que ahora está en juego. La reforma procesal penal, con un lenguaje ambiguo y redundante, pretende liberar a la Policía de las órdenes del Ministerio Público en los procesos de investigación del delito, contraviniendo de manera expresa el manto constitucional. En este punto, el proceso de desconstitucionalización no es sólo explícito (intentar modificar la Constitución mediante una simple reforma legal), sino que expresa también, en forma simbólica, la vocación autoritaria de imponer la fuerza sobre el Derecho. La contrarreforma, que viene auspiciada por sectores vinculados al sector policial, encuentra en este tipo de retrocesos legales un mensaje de respaldo a las acciones de “ley y orden” que es el sello característico del contexto en que se genera la regresión en materia de derechos y, sobre todo, de controles sobre la actuación de la autoridad policial.

El ataque a las instituciones de la justicia, incluido al Ministerio Público, incorpora también proyectos de reforma constitucional para cesar al pleno de la Junta de Fiscales y de la Junta Nacional de Justicia. El que los políticos hayan puesto la

mirada en las instancias de la justicia no debiera extrañarnos. Un buen número de líderes de los principales partidos políticos han sido tocados de manera directa con investigaciones y procesos que avanzan en distintas instancias de la justicia. Contribuye a este ataque la fragilidad de algunas instituciones como ocurre con el Ministerio Público que, durante toda la transición democrática, no ha sabido fortalecer sus estructuras internas que las mantiene desde la década de los 80, sin cambios estructurales importantes.

IV.2.2. El retorno de las “zonas exentas” de control y la limitación al amparo constitucional-convencional

En el contexto que vamos presentando, el hilo conductor del proceso de desconstitucionalización es el desmontaje del Estado constitucional respecto de uno de sus componentes fundamentales: la independencia de las instituciones de la justicia, y con ello, el control judicial del poder. En este contexto, la justicia constitucional cumple un rol fundamental. No sólo a través del control constitucional de la ley, sino mediante el proceso de amparo que, además de ser un mecanismo procesal de protección frente a violaciones o amenazas de afectación a los derechos por parte de “cualquier autoridad o funcionario”, es también, en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, un derecho humano.

Es esta dimensión del amparo la que también se ha puesto en cuestión en estos tiempos de regresión y desconstitucionalización. Los intentos vienen no sólo en forma de leyes y proyectos de ley que se tramitan desde el Parlamento para limitar el proceso de amparo constitucional, especialmente cuando se trata del control de algunas decisiones del Congreso, sino que también algunas decisiones del Tribunal Constitucional muestran una tendencia hacia la limitación del proceso de amparo. El mecanismo ha sido el proceso competencial. Mediante este proceso, ha sido requerido para pronunciarse contra lo resuelto por los jueces del Poder Judicial cuando el proceso aún no había concluido, pudiéndose hacer a través del recurso de agravio constitucional. Sin embargo, para no esperar, el Tribunal ha

argumentado que “un proceso competencial tiene etapas y plazos más breves que un proceso de amparo; [...] En cambio, el proceso de amparo puede tener hasta tres instancias e involucra un análisis de situaciones concretas relacionadas con la supuesta vulneración de derechos fundamentales”.

Con este argumento pragmático que a la postre termina respaldando la postura del Parlamento que era demandante en el conflicto competencial en cuestión, el Tribunal olvida lo previsto en el artículo 139.2 de la Constitución que proscribe cualquier intervención de parte de toda autoridad que interfiera en un proceso en trámite. Pero la instrumentalización del conflicto competencial no ha sido más que la puerta de entrada para interferir en la actuación de la justicia constitucional a cargo del Poder Judicial en tiempos de concentración del poder por parte del Parlamento. La incorporación de la doctrina de las *political questions*, ampliamente debatida y rebatida en el derecho norteamericano, ha sido invocada por el Tribunal para intentar construir una zona de intangibilidad en la actuación del Parlamento. Para avanzar en esta línea, la nueva composición ha tenido que confrontar de manera abierta la doctrina jurisprudencial consolidada en los últimos veinte años. En este sentido, en el conflicto competencial sobre el caso de la destitución de dos integrantes de la Junta Nacional de Justicia que habían sido tutelados por el Poder Judicial en un proceso de amparo, la actual composición del Tribunal, con un lenguaje propio de los tiempos de desconstitucionalización, señala: “pretender imponer como idea infalible en el sistema peruano que “no existen zonas exentas de control constitucional”, en puridad, no se sostiene ni puede entenderse cabalmente en un sistema de frenos y contrapesos, es decir, de límites”. Citando un par de fuentes del derecho español y ninguna del derecho norteamericano, la ponencia intenta sustentar una supuesta doctrina “inamovible” en el Derecho norteamericano sin contextualizar algunas cuestiones que pueden resultar fundamentales para comprender la institución en cuestión.

Una de estas cuestiones es destacada, por ejemplo, por Tushnet cuando refiere que, pese al intento de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Baker v. Carr* de precisar en seis elementos a tomar en cuenta para determinar la no justiciabilidad de cierto caso, la flexibilidad y prudencia con que se manejan estos estándares

depende siempre de la propia Corte. En muchos casos, la Corte ha considerado suficiente identificar al menos uno de estos seis elementos para abstenerse de intervenir; en otros casos, sin embargo, la interpretación siempre ha sido un instrumento suficientemente flexible para burlar las reglas y controlar las actuaciones de los demás poderes, incluso en casos de clara competencia a favor de uno de los poderes políticos, como ocurrió en el caso *Powell v. McCormack* (1969). Una conclusión a la que se puede arribar sin mayor controversia observando la práctica de la doctrina de las *political question* en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos es que se trata de una doctrina creada y administrada por la Corte que no suele usarse para disminuir su poder o socavar sus competencias; menos para reducir su competencia en el control constitucional. En un sistema donde no es posible una confrontación entre el Poder Judicial y un Tribunal Constitucional como ocurre en nuestro contexto, la doctrina de las *political question* no puede ser utilizada desde las ramas políticas para desactivar el poder de revisión o de control del judicial. Como se ha destacado, esta doctrina no puede concebirse como un arma contra el control constitucional: “El coste moral de tal resultado, tanto para la sociedad en general como para el Tribunal Supremo en particular, supera con creces cualquier beneficio que se piense que puede derivarse de la abdicación constitucional de la función de control judicial”.

V. CONCLUSIONES PRELIMINARES

El proceso que vive Perú en los últimos años muestra una tendencia preocupante de deterioro de la gobernabilidad democrática y la garantía de los derechos. Al proceso de constitucionalización iniciado tras la caída del régimen de Fujimori en los inicios del siglo XXI, le ha seguido un acelerado proceso que he identificado como “desconstitucionalización” y que está desmontando algunos de los logros más representativos del constitucionalismo de los derechos. El ataque a la cláusula de rigidez de la constitución muestra el poder descontrolado del Congreso que viene produciendo una serie de cambios en la propia estructura de la Constitución, sin respetar el trámite del proceso de reforma constitucional.

El proceso de desconstitucionalización comprende también el ataque a las instituciones de la justicia y, en particular, a algunas de las garantías fundamentales

para la protección de los derechos como es el amparo. Mediante un mecanismo de intervención directa como es el proceso competencial, las instancias políticas como el parlamento o el poder ejecutivo, vienen paralizando procesos de amparo en trámite socavando la independencia judicial y tratando de crear zonas de inmunidad mediante la invocación de la doctrina norteamericana de las *political questions*. Lo que muestra esta jurisprudencia de la actual composición del Tribunal Constitucional es una negación de la doctrina constitucional que se había desarrollado durante la transición y que establecía que en el estado constitucional “no existen zonas inmunes al control constitucional” que ejercen los jueces. Esta doctrina jurisprudencial se ha puesto en cuestión durante la crisis.

El proceso de desconstitucionalización tiene, desde luego, mayores alcances y se expande también al discurso público, al debate de la academia y también a la cultura en general. En conjunto se expresa como una crítica al discurso de los derechos y la garantía de protección judicial, refuerza el discurso populista de la “mano dura” y la negación de garantías básicas en los procesos judiciales y, desde luego, sirve también para madurar y alentar la idea que siempre ronda en el discurso político de tiempos de regresiones: Hay que salirnos del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Lima, diciembre de 2024.