

## Presentación

**E**l 2001 ha sido para el Perú un año de transición democrática encabezada por el ex-Presidente Paniagua, quien se encargó de liderar las reformas políticas y jurídicas necesarias para desmontar el régimen fujimorista, así como para llevar a cabo unas elecciones políticas generales transparentes; de conformidad con los acuerdos a que arribaron las fuerzas de la oposición democrática y del gobierno saliente en la Mesa de Diálogo, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos.

Los objetivos de la transferencia democrática del gobierno fueron realizados a través de un proceso electoral competitivo, con plena garantía de la neutralidad del Estado frente a los competidores, amplia participación ciudadana, aunque con la escasa colaboración de los medios de comunicación estrechamente vinculados al régimen de Fujimori. Así, el debate presidencial entre Alejandro Toledo—de Perú Posible— y Alan García—del Apra— fue una muestra de que solo en procesos electorales democráticos, los ciudadanos son informados directamente por los aspirantes al sillón presidencial, sobre sus planes y programas de gobierno, a fin de que emitan un voto razonado. Por ello, no es casual que durante el gobierno de Fujimori no se hayan realizado debates electorales, tanto en las elecciones presidenciales de 1995 entre el propio Fujimori y Pérez de Cuéllar, como en las de 2000 entre Fujimori y Toledo.

Hasta antes de transferir el gobierno al candidato presidencial electo, Alejandro Toledo, el gobierno transitorio del ex-Presidente Paniagua tomó la deci-

*sión de convocar a representantes de la sociedad civil en una serie de comisiones y mesas redondas de estudio y propuestas como, por ejemplo, la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional, que se encargó de elaborar lineamientos de reforma la Constitución. Como es de entender, sin un esquema constitucional reformado que incorpore las demandas ciudadanas y elimine las disposiciones constitucionales autoritarias, el actual proceso político, económico y social no tendrá cauces democráticos por donde transcurrir.*

*Pero, cabe señalar que la Constitución no es una obra acabada sino que evoluciona de acuerdo con las fuerzas sociales de cada momento histórico. Por ello, como dice K. Hesse, la Constitución debe permanecer incompleta e inacabada, por ser la vida que pretende regular vida histórica, la misma que está permanentemente sometida a cambios históricos. En este sentido, la necesidad de estos cambios democráticos y constitucionales obedece a la voluntad general ciudadana de romper con el sistema de gobierno autocrático y corrupto que se implementó durante la década de los noventa.*

*Sin embargo, el pueblo debe ejercer su poder constituyente no de manera absoluta, sino mediante los mecanismos de la reforma constitucional. Pero, si bien la continuidad jurídica es una garantía de toda reforma constitucional, esta será válida en tanto se hayan respetado los principios y valores fundamentales de una sociedad democrática, basada en el respeto de los derechos fundamentales, el control y balance entre los poderes del Estado, así como la garantía de una economía al servicio de la persona humana.*

*Ahora bien, en la historia constitucional del Perú se puede comprobar una praxis política, en virtud de la cual, cada nuevo régimen se dio una nueva Constitución a la medida de sus intereses o necesidades, sin que necesariamente existiese la demanda histórica ciu-*

*dadana de la reforma constitucional. Por lo general, la justificación de la dación de una nueva Constitución, como las de 1826, 1837, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1993, se ha sustentado en la necesidad y/ o urgencia de establecer un nuevo orden constitucional acorde con los cambios políticos del momento histórico de entonces y los intereses de los caudillos y grupos políticos que llegaban al poder.*

*Pero, junto a ello, también han existido constituciones como las de 1823, 1828, 1834 y 1979, que han permitido establecer un orden político, basado en el respeto de las instituciones democrático-constitucionales y en los intereses muchas veces mezquinos de los líderes y grupos de poder transitorios. Sin embargo, en la aprobación de las mencionadas constituciones tampoco se respetaron las reglas propias de la norma suprema precedente para operar su cambio; sino que, sobre la base de una práctica histórica de quebrantamiento y/ o fraude, siempre se terminó estableciendo un nuevo Congreso o Asamblea Constituyente que dictó una nueva Constitución, usualmente nominal —por su alejamiento de la realidad— y, semántica —por estar al servicio de un grupo de poder—.*

*Por ello, la decisión política del gobierno de llevar a cabo la reforma constitucional del texto político de 1993, expresada en la Ley N° 27600 de diciembre último, trata de constituir el punto de no retorno de la histórica inestabilidad —jurídica y política— que se ha basado en justificar el uso de cualquier medio de reforma constitucional en aras de cumplir determinados fines políticos. Pero, los medios y fines democráticos constituyen una sola unidad; es decir, que el retorno democrático para que sea legítimo — en su origen y en sus fines— debe seguir las reglas de la reforma constitucional vigente.*

*Pero, en un mundo globalizado como el actual, sin perjuicio de nuestra Constitución histórica, el derecho constitucional comparado constituye una fuente*

*inagotable de referencia para el perfeccionamiento de nuestras instituciones constitucionales. Pero, no de cualquier modelo constitucional, sino de aquellos que —luego de sortear etapas autoritarias— han sabido construir un nuevo orden jurídico ad-hoc a sus procesos de democratización. Por ello, en este número se presentan una serie de trabajos de derecho comparado y nacional. Así, en la sección de Ensayos de derecho constitucional comparado, el profesor europeo Peter Häberle de la Universidad de Bayreuth, postula la denominada teoría constitucional del derecho procesal constitucional, a partir de evaluar la puesta en práctica del denominado derecho procesal constitucional por el Tribunal Constitucional Federal alemán, para lo cual hace una revisión de la jurisprudencia emanada de dicho órgano constitucional sobre la base de cuestionamientos de carácter teórico constitucional.*

*Esa crítica la formula, a partir de la interpretación teórico constitucional de las normas procesales constitucionales —interpretación de los estatutos del Tribunal Constitucional a partir de la Ley Fundamental—; la autonomía del derecho procesal constitucional frente a la otras ramas del derecho; la interpretación integral e integradora de las normas del proceso constitucional —que conducen al Tribunal a una interpretación conjunta de las normas procesales constitucionales particulares—; el derecho procesal constitucional en el campo de tensión entre el judicial self-restraint y el judicial activism; la interpretación empleada frecuentemente por el Tribunal Constitucional; las técnicas de ampliación y objetivización, así como, el fortalecimiento y refinamiento de los instrumentos de participación e información, como métodos practicados por el Tribunal Constitucional para el cumplimiento de sus objetivos.*

*Por su parte, el profesor Luis Prieto Sanchís de la Universidad de Castilla-La Mancha analiza la limita-*

*ción de los derechos fundamentales en relación con otros derechos; haciendo hincapié en algunas condiciones para efectuar dicha restricción; tales como la cláusula del contenido esencial y la exigencia de justificación, que deben responder a los criterios de razonabilidad y proporcionabilidad de la medida; así como, el margen de indeterminación de los derechos y la norma de clausura. El profesor José Julio Fernández Rodríguez de la Universidad de Santiago de Compostela analiza la relación entre el avance del desarrollo tecnológico del Internet y el derecho, poniendo de manifiesto la necesidad de desarrollo de este último, a fin de que sea capaz de responder a los vertiginosos cambios en el actual desarrollo informático. Con esta finalidad, reflexiona institutos jurídicos tales como: la libertad de expresión y la libertad de conciencia y hace una revisión de la normativa comparada sobre este tema, la Child Online Protection Act norteamericana y el anteproyecto de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información español.*

*Por otro lado, Rainer Grote, investigador del Max-Planck-Institut de Heidelberg, analiza los diferentes modelos del Estado de Derecho en su versión alemana del Rechtsstaat, anglosajona del Rule of law y francesa del État de Droit; desde sus orígenes hasta la actualidad; culminando con una distinción sobre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de estos clásicos modelos de organización estatal. Asimismo, las denominadas sentencias constitucionales interpretativas, son estudiadas por el profesor Javier Díaz Revorio de la Universidad de Castilla-La Mancha; quien realiza una amplia clasificación de las mismas a fin de determinar cuando puede o debe utilizarse la técnica de las sentencias interpretativas, así como los efectos de los fallos interpretativos y de la interpretación constitucional de la ley, tema de gran relevancia en el desarrollo de los tribunales constitucionales.*

*La profesora Ana Caoba Catoira de la Universidad de La Coruña realiza un análisis relativo a la situación de la mujer en España; a través de ponderar los cambios en el sistema de superioridad masculina, con la participación de la mujer española en el ámbito de los poderes públicos, en el mercado de trabajo, al interior de sus familias y la protección. De igual manera, hace un «estado de la cuestión» del feminismo académico e institucional y el nivel de desarrollo que estas disciplinas han alcanzado; así como, un recuento de las situaciones que dan origen a una valoración menor a la mujer como sujeto de derecho frente al varón, concretizadas tanto en las situaciones legales establecidas, como en el seno de la sociedad; a partir de todo lo cual, formula recomendaciones encaminadas a hacer viable la igualdad real entre varones y mujeres.*

*En el ámbito del derecho nacional, el profesor Gorki González Mantilla nos entrega una cuidadosa revisión de la situación de la carrera judicial peruana a lo largo de la historia. Para lo cual, hace una análisis de la carrera judicial como problema y su función en el Estado constitucional; los presupuestos básicos de la misma: ingreso, ascenso y terminación en el cargo y el caso peruano a la luz de los modelos de carrera judicial a través de una perspectiva comparativa. Finalizando con apuntes para el diseño de un sistema de carrera judicial en el Perú; referidos a la sistemática y ubicación del estatuto del magistrado, los anacronismos vigentes y planteando razones para su exclusión; así como redimensionando las fortalezas de la carrera judicial*

*En la sección de Notas, el Profesor Gustavo Zagrebelsky, magistrado de la Corte Constitucional Italiana, nos envía el discurso que sostuvo con motivo del homenaje ofrecido a la memoria del profesor Livio Paladin. El profesor Zagrebelsky realiza una análisis del denominado principio de igualdad en re-*

*lación con la razonabilidad y, en última instancia, de la justicia explicando los matices que diferencian a la concepción positivista del derecho —a la cual el profesor Paladin se encontraba adscrito— y el horror por lo extrajurídico que detenta dicha corriente jurídica, lo cual provoca, en ocasiones, fallos que se alejan de la justicia o de la razonabilidad. Por su lado, el profesor Zagrebelsky destaca una postura distinta del Derecho, que admite la presentación de los hechos que serán materia de un pronunciamiento del derecho desde una perspectiva extra material — por así decirlo— y propone nuevas vías de solución a problemas que pueden involucrar valoraciones subjetivas, a las cuales el positivismo —con todo su rigor— no encuentra soluciones adecuadas.*

*El profesor francés Michel Fromont de la Universidad de La Sorbone (Paris I) realiza un análisis referido al control de constitucionalidad de los actos de ejecución de las leyes por las jurisdicciones ordinarias, de los actos administrativos y de los actos judiciales. Para tal efecto, da cuenta de las resoluciones del Consejo de Estado, del Consejo Constitucional y de los tribunales judiciales. Asimismo, plantea el tema de la ausencia de control de constitucionalidad de las leyes por las jurisdicciones ordinarias y el desarrollo del control convencional de las leyes.*

*Por otro lado, el profesor Lucio Pegoraro de la Universidad de Bolonia, ofrece la conferencia sobre la descentralización que dictó en nuestra Maestría el pasado mes de agosto. Pegoraro plantea la necesidad de definir nociones exactas de conceptos conexos, usados casi indistintamente como «federalismo», «regionalismo» y «descentralización». Postula que la auto-calificación constitucional es un elemento importante de dichos institutos, pero insuficiente para definir un ordenamiento coherente. Por ello, ensaya una categorización doctrinal como elemento importante; pese a lo cual, también no es suficiente para definirlo.*

*Por eso, realiza una calificación entre las relaciones entre lenguaje y meta-lenguaje; o bien, entre autocalificación normativa y calificación doctrinal con la intención de delimitar con la mayor exactitud posible, cuando un ordenamiento puede ser calificado como un Estado federal, descentralizado o regional.*

*Jordi Barrat I Esteve, profesor de la Universidad de León, presenta una nota donde explica la influencia de la Constitución francesa de 1858 en el anteproyecto de Constitución española de 1978, sobre todo en lo relativo a la técnica de la reserva negativa de ley, en los mecanismos de control de reparto legislativo, la atribución de potestades reglamentarias en los ámbitos extra normativos, entre otros. Por su parte, Javier Tajadura Tejada, profesor de la Universidad del País Vasco, realiza un análisis del discurso preliminar de la Constitución de Cádiz pronunciado por Argüelles; resaltando, sobre todo, el esfuerzo por justificar el texto constitucional y presentarlo como una actualización de las leyes fundamentales que no fueron respetadas por el régimen absolutista precedente.*

*Por su parte, Néstor Pedro Sagüés, profesor de la Universidad del Rosario, evalúa el funcionamiento de los tribunales constitucionales latinoamericanos en los últimos años; estableciendo como criterios de análisis nociones tales como el diseño constitucional de cada Estado, el origen de los tribunales o cortes constitucionales, los factores que marcan su entrada en funcionamiento y su inserción en el sistema político, el rol que cumplen, sus relaciones con el Poder Judicial. Luego, el autor plantea variables de éxito o fracaso de dichas instituciones; dividiéndolos en factores exógenos, tales como el diseño normativo de los mismos, el número de causas a decidir, las competencias que detenta, el carácter vinculante de sus resoluciones, entre otras. De otro lado, encuentra fac-*

tores endógenos, tales como la composición de los mismos, tomando en cuenta la visión del Derecho y de la realidad que tenga el magistrado constitucional. Por último, analiza las razones por las cuales un país puede decidir no contar con una institución semejante en sus sistemas jurídicos.

Finalmente, el suscrito ofrece un esquema conceptual del derecho fundamental al debido proceso y la tutela jurisdiccional, sobre el cual la jurisprudencia y la doctrina peruana no es uniforme, debido a que la incorporación de ambas instituciones tienen orígenes diversos: uno anglosajón y otro hispánico. De allí que se plantee una reconstrucción del mismo, a partir de la teoría institucional de los derechos fundamentales, para luego describir los atributos del contenido esencial del mismo; así como, reseñar sucintamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre la materia.

En la sección *Temas en Debate*, se recoge la polémica académica, llevada a cabo en aulas y en una revista de divulgación, sobre el pensamiento reaccionario planteado en un libro y en artículos del profesor de teoría política Eduardo Hernando. Frente a lo cual, el joven profesor de filosofía Gonzalo Gamio, es quien plantea la crítica a la filosofía política del retorno al orden natural, para luego asumir la defensa del orden democrático liberal moderno. Por su parte Hernando responde a las críticas que le formula Gamio, tanto desde sus propias tesis reaccionarias, como desde una interpretación radical de los clásicos del pensamiento político.

Como en otras oportunidades, en la sección *Monografías* se recogen los ensayos de jóvenes investigadores. Así, Javier Adrián Coripuna, magisterando en derecho constitucional de nuestra universidad, realiza un extenso análisis acerca de la interpretación vinculante del Tribunal Constitucional, el valor obligatorio de su jurisprudencia para el Poder Judicial;

*para finalmente, proponer una progresiva revalorización de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano. Por su parte, Maria McFarland, J.D. por la New York University School of Law, realiza un análisis de la noción de Constitución y las causas que originan el denominado «arraigamiento de la Constitución»; así, analiza los motivos por los cuales ciertas constituciones tienen una vida breve, por su incapacidad de concretizar la realidad constitucional de un país o de ser constituciones hechas a la medida de regímenes dictatoriales.*

*Finalmente, Mauricio Novoa, miembro del Selwyn College de Inglaterra, explora las causas, tanto históricas como ideológicas, que dieron lugar al nacimiento de los cabildos en España y el proceso paulatino de identificación de los cabildos como una elemento que dio fuerza y voz a los ciudadanos frente a la autoridad. Están muy presentes en este trabajo nociones tales como la constitución histórica; así como la toma de conciencia de la configuración de la idea de nación, vinculada a la noción de civitas, en la que se aglutinaba al grueso de la población, dejando atrás las concepciones elitistas.*

*En la sección Tesis, se presenta un resumen del trabajo de Martín Luque Rázuri, sobre el derecho de acceso a la información pública; que le valió obtener el grado de Magíster en Derecho Constitucional. El autor destaca como la información abre la brecha entre el poder fáctico y el poder formal, en la medida que la transparencia es un presupuesto del poder democrático. Ello lo deja sentado en la evolución histórica de la relación poder información, base sobre la cual luego postula el acceso y los límites de la información, como el potencial democratizador de las decisiones que interesan a la esfera pública. Finalmente, estudia el derecho de acceso a la información pública en el contexto peruano: la Constitución de 1993, el Decreto Supremo N° 018-2001-PCM; así*

como realiza un balance preliminar con propuestas de solución.

Por otro lado, Víctor Hugo Montoya Chávez sustentó la Tesis de Abogado sobre la comunicación integral del discurso y el derecho propio. En la presente tesis de licenciatura se estudia la tensión existente entre libertad de expresión e información y los derechos al honor e intimidad. En ese sentido, hace una revisión analítica de la teoría de los derechos fundamentales, para luego postular una curva de situaciones relacionales entre derechos fundamentales en conflicto; así como los criterios de evaluación e integración, para evitar el ejercicio abusivo de los derechos a la libertad de expresión e información sobre los derechos a la intimidad y al honor.

En la sección Fuentes para una Historia Constitucional del Perú, Luis Elguera Valencia, alumno de nuestra Maestría, hace una esquemática y fundamentada presentación de las piezas documentales históricas del conflicto que se produjo en 1867, entre el Congreso Constituyente y el llamado gabinete ministerial Tiberiópolis, que dio origen a la regulación legislativa del voto de censura en el Perú. Asimismo, se consignan transcripciones de la ley del voto de censura de 1867 y extractos de las cartas intercambiadas a raíz de este incidente político entre el Parlamento y el Ejecutivo.

Finalmente, en la sección Documentos, se adjunta el informe final que —en julio pasado—, elaboró la Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional en el Perú, nombrada por el gobierno transitorio del ex-Presidente Paniagua, para dejar al nuevo gobierno lineamientos democráticos para una reforma constitucional. Asimismo, damos cuenta de los discursos pronunciados en la ceremonia de investidura del doctorado honoris causa al maestro mexicano Héctor Fix Zamudio.

Si para el constitucionalismo democrático peruano, el año 2000 pudo ser concebido como un annus

*horribilis, el año 2001 puede ser considerado como un annus mirabilis, porque se ha dado inicio vertiginosamente a un proceso de reconstrucción del Estado democrático y social de Derecho. Es aquí y ahora, cuando la Constitución puede recuperar su lugar central en el Estado de Derecho y garantice la unidad política de la ciudadanía con los gobernantes. Ello solo será posible, si en la hora actual en que se ha iniciado el proceso de reforma constitucional, se estudia cuidadosamente las ventajas y problemas de nuestro constitucionalismo histórico, así como del constitucionalismo comparado, diferenciando entre lo que es necesario, lo que es real y lo que es posible.*

*Por cuanto, el pueblo y el gobierno necesitan un nuevo marco institucional de naturaleza democrática y, por otro, el soberano tiene expectativas legítimas de que este cumpla con sus promesas electorales. Si la voluntad política sintoniza con la opinión pública, la reforma de la Constitución de 1993 no solo es necesaria, sino también es realista utilizar sus propios mecanismos de reforma constitucional y, además, es posible llegar a un consenso político sobre los contenidos de la misma; siempre que se honre la esperanza ciudadana y se actúe con responsabilidad gubernamental, para asegurar las conquistas de libertad y democracia logradas, así como, garantizar las demandas pendientes por la igualdad.*

*Albacete, febrero de 2002*

*César Landa Arroyo  
Coordinador*