

Breves Reflexiones Constitucionales Sobre Temas de Actualidad

Gerardo Eto Cruz*

Por: Víctor Bazan, Denis Palomino, Sheyla Llacza, Nadia Lazo

RESUMEN:

En la presente entrevista, el Dr. Eto plantea su opinión acerca de diversos temas de actualidad, en los cuales se ve involucrado el Derecho Constitucional. Así pues, la línea de la presente entrevista recorre diversos temas como la legitimidad de la Constitución de 1993, sus avances, retrocesos y retos pendientes. Asimismo, realiza breves comentarios sobre las garantías constitucionales incidiendo sobretodo en la acción de amparo; luego analiza temas diversos como la tenencia de armas, la ley de la promoción de la alimentación saludable (la mal llamada ley de la comida chatarra), así como el derecho sucesorio de las uniones de hecho.

PALABRAS CLAVE:

Constitución - Legitimidad - Garantías Constitucionales - Acción de Amparo - Tenencia de Armas - Alimentación Saludable - Uniones de Hecho

* Abogado de la Universidad Nacional de Trujillo (1986). Doctorado en Derecho Público en la Universidad de Santiago de Compostela, Galicia, España (1999)

1. A 20 AÑOS DE LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 ¿CUÁLES SON LOS AVANCES, RETROCESOS Y RETOS PENDIENTES?

La Constitución fue un proyecto cuyo marco histórico se dio dentro de un autogolpe de Estado. A razón de ello, se cuestionó su legitimidad. Así, se retiró la firma del Presidente de la República, ello por mandato del congreso, aunque luego fue restituido con la transición política.

Nuestra actual Constitución que es la número doce, a desarrollado por obra propia de los poderes constituidos democráticos y sobretodo, por medio del Tribunal Constitucional y sus interpretaciones dinámicas se ha venido actualizando, consolidando de tal manera que hoy resulta inviable suprimir nuestra Constitución. Lo que se tendría que hacer en todo caso, como reto pendiente es formular reformas parciales acorde a lo desarrollado por la comisión de bases para la reforma constitucional, que fue promovida por el fallecido presidente Valentín Paniagua. En la mencionada comisión, de la cual tuve el honor de participar, se elaboró un documento de trabajo que espero que no quede como una vitrina decorativa. Ahí están los grandes lineamientos de reformas, que cualquier gobierno a futuro puede tomar en cuenta.

Sin embargo, aún hay retos pendientes, los cuales implican actualización de las leyes a partir de lo que la constitución exige. Con ello quiero decir que, el poder constituyente histórico que creo la constitución del 93 ha establecido un testamento de políticas legislativas, esas políticas no se han cumplido en desarrollarla dentro de su orden de desarrollo, porque hay muchas cláusulas programáticas que requieren ser desarrolladas por leyes ordinarias y entonces se está generando una inconstitucionalidad por omisión.

Sin embargo, pero si vemos en perspectiva la presente Constitución ha desarrollado los temas de inversión, seguridad y economía social de mercado. De ello, que hay bastante previsibilidad, hay transparencia. A pesar de que en nuestro sistema de justicia existan contingencias, considero que nuestro sistema está funcionando de manera correcta, fíjese le pongo como ejemplo, el país de República Dominicana, en donde se está tomando como modelo nuestro sistema de justicia. Y otros países están ponderando a partir de todo lo que desarrolla el Tribunal constitucional.

Recapitulando, la Constitución de 1993 se ha cimentado y se podría comparar con la constitución chilena del 80 que si bien fue hechura del mismísimo dictador Pinochet, se ha mantenido estable con una serie de reformas parciales. Bien es

cierto que existe un extraordinario abogado como Odría, que propone la supresión de la constitución del 93 y que se restaure la Constitución de 1979, en todo caso, eso quedara a las decisiones de los actores políticos. El mundo académico observa que no es necesario cambiar grandes cosas son temas puntuales, la agenda pendiente ya está, el bicameralismo o no, evaluar los mecanismos de participación popular, referéndum, remoción de cuentas, iniciativa popular en la formación de las leyes, la remoción, la revocación, competencia de los gobiernos regionales, si son muchas o son pocas dentro de la política de la descentralización, sobre el propio Tribunal Constitucional si se requiere que sean 7 o 9, si deben ser 5 años o más. En fin, hay una serie de temas puntuales que deben ser debatidos a futuro por este parlamento que puede devenir en poder constituyente derivado, que es el parlamento que reforma parcialmente la Constitución.

2. PODRÍA COMENTARNOS BREVEMENTE SOBRE SU RECIENTE TESIS DOCTORAL TITULADA "EL PROCESO CONSTITUCIONAL DEL AMPARO EN EL PERÚ" LA CUAL CONTÓ CON GRAN ACEPTACIÓN ¿QUÉ TAN IMPORTANTE ES EL PROCESO DE AMPARO DENTRO DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO?

El amparo es un instituto que surge hace casi un siglo y medio. La figura fue creada en México y se expandió en toda América Latina, para luego llegar a Europa. De esta manera, actualmente en Europa se encuentra en doce países y veintitrés países latinoamericanos.

Al respecto, el amparo, tutela todos los derechos fundamentales de ahí mi predisposición vocacional de investigación y les confieso, esperando que nadie siga mi ejemplo, me costó casi 10 años, lo investigue en Europa, básicamente en Francia, Italia, España, Alemania y luego en América latina, en todos los países, sin embargo en el libro básicamente nombro Costa Rica, Colombia México, Argentina y Brasil. Considero que es una reflexión de un aporte de Latinoamérica a Europa, es decir, no trata de un planteamiento localista nacional.

La tesis central es que, el amparo es un proceso de urgencia sui generis, que tutela no cualquier derecho ordinario, sino derechos de naturaleza elemental, y que debe ser de naturaleza resarcitoria, es decir, restituir el presunto agravio constitucional y a partir de esa perspectiva hay vías procesales y a partir de toda esa tremenda perspectiva hay toda una serie de rías procesales muy complejas, hay temas pacíficos, hay temas polémicos, hay temas pacíficos que pueden

desencadenar en temas polémicos, y en fin, ello me significó muchos años de estudio. Lo sustenté el 24 de mayo del 2010, fue aprobado con “suma cum laudem”, y les doy la noticia que este año me acaban de hacer la comunicación oficial de que ha sido premiada como el premio extraordinario número uno de las Tesis por la Comisión Evaluadora, lo cual es una buena noticia no solo para mi persona, sino para el país. De esta manera se reconoce esa labor silenciosa, tranquila, porque es mi pasión académica, eso me llevó al Tribunal Constitucional, la cuestión académica. De este modo, espero que así como le puse pasión, el libro tenga vida propia. Aún no se ha publicado todo su contenido, sino que el jurado me pidió que un capítulo sobre los antecedentes históricos generales lo publique en otro libro, ya que son demasiados capítulos, de manera que fueron más de 2000 páginas, y finalmente vana salir cerca de 700 páginas en cada tomo. En fin, me ha da bastante cariño, y tomo con bastante humildad ese premio extraordinario.

3. ¿USTED SE ENCUENTRA DE ACUERDO CON LA INICIATIVA PRESENTADA POR EL DR. ÁLVAREZ, CON RESPECTO A PRESENTAR UNA PROPUESTA LEGISLATIVA QUE LIMITE LOS RECURSOS DE AMPARO Y HABEAS CORPUS A TEMAS QUE TENGAN UN CONTENIDO “NETAMENTE CONSTITUCIONAL” Y SEAN VISTAS EN INSTANCIA JUDICIAL? ¿NO CREE QUE CON ESTE TIPO DE MEDIDAS SE ESTÉN LIMITANDO MÁS BIEN LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES A LOS CIUDADANOS?

Lo que pasa es que se ha planteado el tema del “Certiorari”, que conceptualmente significa la posibilidad de que el Tribunal de última instancia vea que cosas conoce y que cosas no conoce. Antes me encontraba de acuerdo con el “Certiorari” pero hoy ya no con la experiencia de este último quinquenio. Es mejor que vengan la tutela de los derechos, y el Tribunal verifique si realmente es de estirpe constitucional o fundamental, o simplemente es de tutela ordinaria y debe irse por la vía paralela. El Tribunal Constitucional ya tiene más de 40 precedentes vinculantes de naturaleza sustantiva y procesal que han delineado la admisibilidad o el rechazo liminar. En mi tesis, he partido de que el juez siempre aplique el principio “pro actione” o favor proceso, antes de rechazarlo liminarmente. Entonces, acepto la propuesta de un colega respetable, pero es mejor que la dinámica concreta lleve al Tribunal Constitucional a admitir o a rechazar algún caso que venga vía proceso de agravio. Por lo general nosotros incorporamos todos los procesos, y en su momento oportuno decidimos si es fundado o infundado, desestimativo o no; pero no devolverlo por rechazo liminar y que vuelva para decir lo

mismo. Si viene como rechazo liminar del Poder Judicial y llega al TC, y el TC sabe que tiene la razón, digámoslo de una vez; si viene como rechazo liminar y no tiene la razón, igual digámoslo de una vez declarando por el fondo desestimativa la pretensión, pero no caer en esa largura del proceso que genera pérdida de tiempo y tensión a ajusticiar.

4. TOMANDO EN CUENTA QUE LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA ES UN MANDATO CONSTITUCIONAL: ¿CUÁL ES SU OPINIÓN RESPECTO A LA ÚLTIMA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA CON LA CUAL SE EXTIENDE A LOS CONCUBINOS EL DERECHO SUCESORIO, Y TAMBIÉN ES CALIFICADO COMO UN HEREDERO FORZOSO? ¿CONSIDERA QUE LA UNIÓN DE HECHO ES UN TIPO DE ESTRUCTURA FAMILIAR?

Sí, porque la estructura familiar no depende del núcleo jurídico, sino del núcleo real que es la pareja. A ver, para empezar hay dos tipos de concubinatos: el concubinato es aquella pareja que vive como casados, no son casados y pueden casarse, ese el concepto de concubinato puro; y hay un concubinato genérico, aquella pareja que viven como casados, no son casados y no pueden casarse porque uno o ambos están impedidos por estar unidos extramatrimonialmente con otro. Pero sociológicamente hay mucha gente que puede ser convivientes “*stricto sensu*”, que es el ideal, aquella pareja que no tiene impedimento matrimonial, es una pareja joven a lo mejor. En consecuencia para la pareja del concubinato puro, realmente los hijos tienen derecho legítimo a heredar. Eso nosotros ya lo habíamos señalado ya hace como tres años, en una ponencia en la que fui el autor, y además fui el creador de esa jurisprudencia. Incluso sobre ello hay un viejo libro mío sobre el Derecho de Familia de como hace 25 años que lo había planteado.

El problema está con el concubinato genérico, porque si hay concubinato genérico, puede ser que una pareja tenga 30 años como convivientes, pero el marido está casado con otra persona, y si este último muere, lamentablemente la herencia lo obtiene la viuda, la cual en muchos casos no aportó en nada, lo cual también es injusto. En conclusión, hay mucho que decantar en este tema.

5. MEDIANTE EL D.S. N° 006-2013 SE HA REALIZADO UNA SERIE DE MODIFICACIONES A LA LEY DE FABRICACIÓN, COMERCIO, POSESIÓN Y USO DE ARMAS Y MUNICIONES. UNA DE LAS PRINCIPALES CRÍTICAS ES LA PRIVACIÓN HACIA LOS CIUDADANOS SOBRE SUS

BIENES POR MEDIO DE INSTRUMENTOS EXPROPIATORIOS, DESNATURALIZADOS Y POR TANTO INCONSTITUCIONALES. ¿CUAL ES SU OPINIÓN AL RESPECTO?

Bueno, son políticas legislativas que se ubican en el marco de las experiencias que están ocurriendo en el extranjero, porque si bien es cierto que una persona puede portar armas, previo los tramites pertinentes; no menos cierto es también que ellos también se ubican en una sociedad cada vez mas compleja cuyas conductas entran por los recodos y desvaríos mentales. Por ejemplo, de vez en cuando aparecen noticias de chicos de Estados Unidos de Norteamérica que acusan de algún problema de orden mental, van y tirotean a la gente en forma impune.

Entonces, es bueno empezar a reflexionar sobre el régimen de la tenencia de armas, y esto se ubica mas que en el mundo del Derecho en una sociedad con una cultura hambrienta e insatisfecha de la que habla José Antonio Marina en un libro que lo cito aquí que se llama “La arquitectura de los deseos y el laberinto de los sentimientos”.

En este momento, se están dando una serie de complejas enfermedades de depresión que generan eventualmente conductas patológicas. Desde luego estamos en el marco de excepción, la regla es que puede haber personas que porten armas para eventualmente repeler alguna actitud de agresión e ilicitud que forma parte de la legítima defensa.

En todo caso, eso mas que un tema de constitucionalidad o no, es una política legislativa normal que el estado puede establecer de cómo va a darse la tenencia de armas, si eso puede generar un conflicto recién se puede hablar de un test de constitucionalidad.

6. ¿USTED QUE OPINA SOBRE LA ACTIVIDAD DEL ESTADO EN LEYES QUE PODRÍAN

AFECTAR LA LIBERTAD PERSONAL, COMO EN EL CASO DE LA MAL LLAMADA “LEY DE LA COMIDA CHATARRA”?

Es necesario que el Estado no sea un “Estado Gendarme” que deje pasar, es necesario también que un Estado Constitucional se fortalezca y apenas haya señal de presunta intromisión indebida saldrá la opinión publica a cuestionarla. El Estado tiene políticas legislativas que tienen que ser dadas en el marco de la discrecionalidad, de tal manera que considero habrán problemas si es que existe actividad invasiva en la que por ejemplo se afecte la libertad de prensa, libertad de industria, iniciativa privada, asuntos esenciales de las personas jurídicas o derechos esenciales de las personas naturales. En nuestro ordenamiento, las políticas públicas deben ser presumidas constitucionales, en caso algún sujeto se encuentre vulnerado, podría plantear un proceso constitucional y el órgano jurisdiccional resolverá sobre si existe o no afectación.

Específicamente sobre el caso de la llamada “Ley de la comida chatarra”, el Tribunal Constitucional ya en algún momento se pronunció sobre la condición de la libertad del ser humano y si el Estado puede asumir una especie de “paternalismo estatal” frente al ciudadano que en su marco de libertad puede estimar desarrollar conductas que él sabe que son dañinas para su salud y pese a ello sigue actuando de esa manera.

Por ejemplo, el régimen que se declaró inconstitucional, en la ley que prohibía el consumo del tabaco en lugares públicos cerrados. En el arsenal argumentativo, se encontraba la teoría de la paternidad estatal frente a la libertad ciudadana. Lo propio, bien sabemos que la comida chatarra puede causar daño a la salud, lo que el Estado quiere es regular esto y que no se genere una apología de ello en la juventud. A la larga me parece que estas normas pueden tener validez, pero no van a tener vigencia. 📄