



La procedencia de los procesos constitucionales contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones: hacia el fin del absolutismo electoral

CARLO MAGNO SALCEDO CUADROS*

SUMARIO

I. Introducción. II. El caso. 1. Los argumentos de la demanda. 2. Los argumentos de la contestación de la demanda. 3. Los argumentos del Jne en su condición de partícipe. 4. La sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional. III. Impacto de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la solución del caso. 1. Efectos vinculantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la jurisprudencia supranacional en el ordenamiento jurídico peruano. 2. El caso Yatama contra nicaragua. IV. La doctrina del propio tribunal constitucional sobre el control jurisdiccional de las resoluciones del jne. 1. El Caso Espino Espino. 2. El Caso Lizana Puelles. 3. El Caso Castillo Chirinos. V. A modo de Conclusión: ¿Es efectivo el amparo para reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho político-electoral?

El autor, el autor realiza un análisis de la sentencia Exp. N.º 0007-2007-PI/TC (STC 1810/2007), que declara la inconstitucionalidad del artículo 5, inciso 8 del Código Procesal Constitucional, referida a la improcedencia del amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. En el trabajo se realiza además un necesario recuento de las principales decisiones sobre amparos electorales emitidos por el Tribunal Constitucional, para finalmente precisar las carencias de la sentencia bajo comentario.

RESUMEN

I. Introducción

Hace algunos años, en un artículo pionero en nuestro medio sobre el amparo en materia electoral, Samuel Abad Yupanqui dió cuenta de una situación que venía ocurriendo en algunos ordenamientos, como consecuencia de la aparición y notable desarrollo de la jurisdicción constitucional, en especial de los procesos destinados a la tutela de los derechos fundamentales, como el amparo. Nos referimos a la «superposición de jurisdicciones» entre la *justicia electoral* y la *justicia constitucional*¹.

Con el transcurrir del tiempo, la referida superposición de jurisdicciones se fue haciendo cada vez más evidente en nuestro ordenamiento jurídico, debido principalmente al desarrollo jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional que, en su condición de máximo

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Candidato al Magíster en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Escuela de Ciencia Política de la UNMSM.

1 ABAD YUPANQUI, Samuel «El proceso de amparo en materia electoral: Un instrumento para la tutela de los derechos fundamentales». En: *Elecciones*, Año 1, N.º 1, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Lima, noviembre de 2002, pp. 189-223.

intérprete de la Constitución, se ha venido pronunciado en diversas oportunidades sobre la procedencia de los procesos constitucionales contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), organismo constitucional que en nuestro medio es el titular de la justicia electoral; a pesar que los artículos 142 y 181 de la Constitución establecen, en principio, la irrevisabilidad de las resoluciones de dicho organismo electoral.

En efecto, el Tribunal Constitucional, a través de varias sentencias recaídas en procesos de amparo contra resoluciones del JNE², ha sentado una línea jurisprudencial claramente definida, estableciendo reiteradamente que si bien los artículos 142 y 181 de la Constitución prescriben que las resoluciones del mencionado organismo electoral no son revisables en sede judicial, también lo es que las normas constitucionales no pueden interpretarse aisladamente. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la propia Constitución establece, a través de su artículo 55, que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional; asimismo, que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, de conformidad con lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Política. Siendo esto así, en nuestro ordenamiento resultan vinculantes las disposiciones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos, así como los precedentes de la jurisprudencia supranacional, en el sentido que todo órgano supremo electoral debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos por tales tratados, así como los establecidos en su propio Derecho interno.

Por otro lado, con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (Ley N.º 28237) se intentó establecer un régimen coherente con las mencionadas disposiciones de los tratados de Derechos Humanos y los precedentes de la jurisprudencia supranacional, al incorporarse una norma legal según la cual no proceden procesos constitucionales contra las resoluciones del JNE en materia electoral, *salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva*, conforme se consagró en la versión original del numeral 8 del artículo 5 del referido Código³.

Frente a ello, el JNE implementó una agresiva estrategia en los fueros parlamentarios, proponiéndose como objetivo lograr la derogación de la referida norma, cometido que fue finalmente conseguido con la aprobación de la Ley N.º 28642, a través de la cual el Congreso de la República modificó la versión primigenia del numeral 8 del artículo 5 del Código Procesal

2 Entre estas sentencias destacan, especialmente, la recaída en el proceso de amparo seguido por el ciudadano Juan Genaro Espino Espino contra los miembros del Jurado Electoral Especial de Ica, Exp. N.º 2366-2003-AA/TC (caso Espino Espino), disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02366-2003-AA.html>; la recaída en el proceso de amparo seguido por el ciudadano Pedro Andrés Lizana Puelles contra el Jurado Nacional de Elecciones, Exp. N.º 5854-2005-PA/TC (caso Lizana Puelles), disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.html>; así como la expedida en el proceso seguido por el ciudadano Arturo Castillo Chirinos, ex Alcalde de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, contra el Jurado Nacional de Elecciones, Exp. N.º 2730-2006-PA/TC (caso Castillo Chirinos), disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.html>.

3 La versión primigenia del num. 8 del art. 5 del Código Procesal Constitucional, literalmente disponía que: «No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, *salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva*. / Tampoco proceden contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones.» (el subrayado es nuestro).

Constitucional con el objeto de impedir la interposición de procesos constitucionales contra las resoluciones del mencionado organismo electoral⁴.

Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (la cual vincula a todos los poderes públicos del Estado peruano), resultaba evidente que la aprobación de la mencionada ley terminaría siendo una «victoria pírrica» del ente electoral. De ahí que en un trabajo anterior, elaborado a propósito del Caso Castillo Chirinos, señalamos que aunque en ese caso el Tribunal no se pronunció —vía control difuso— sobre la constitucionalidad de la nueva versión del inciso 8 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional (luego de su modificación por la Ley N.º 28642), resultaba por demás previsible que en caso de presentarse la posibilidad de un pronunciamiento expreso, a través del control concentrado ejercido dentro de un proceso de inconstitucionalidad contra dicha norma, el supremo intérprete de la Constitución la consideraría inconstitucional⁵.

Cabe señalar que, siendo previsible tal pronunciamiento del Tribunal Constitucional contra la Ley N.º 28642, el JNE intentó evitar por todos los medios a su alcance que el referido Tribunal se pronuncie formalmente, dentro del proceso correspondiente, sobre la constitucionalidad de dicha ley. Para ello, en un primer momento el JNE llegó a cometer una grave infracción constitucional al desviar arbitrariamente de su camino una demanda de inconstitucionalidad contra la misma ley, que intentaba ser interpuesta por la Asociación de Fonavistas del Perú —a través del mecanismo previsto por el artículo 203, inciso 5 de la Constitución, que faculta a cinco mil ciudadanos, con firmas comprobadas por el JNE a accionar demandas de inconstitucionalidad⁶—, derivándola al Congreso de la República en lugar de remitirla al Tribunal Constitucional; arrogándose con ello la potestad de calificar la admisibilidad de una demanda de inconstitucionalidad, competencia que le corresponde de manera exclusiva al Tribunal Constitucional. Con el mismo propósito, una vez interpuesta la demanda de inconstitucionalidad contra la misma ley por el Colegio de Abogados del Callao, el JNE planteó como cuestión previa la abstención por decoro de tres magistrados del Tribunal Constitucional, por supuestamente haber adelantado opinión sobre la materia, y alegó que el gremio demandante carecía de legitimidad para obrar.

Como era de esperarse, mediante la sentencia recaída en el Exp. N.º 0007-2007-PI/TC⁷, expedida en el proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados del Callao contra la Ley N.º 28642, el Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad. De este modo, el Tribunal restableció su competencia y, por cierto, también la del Poder Judicial,

4 La versión del num. 8 del art. 5 del Código Procesal Constitucional, según la Ley N.º 28642, disponía que: «No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 8. Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. / Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno. / La materia electoral comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva.»

5 Véase nuestro trabajo «La inconstitucionalidad de las normas sobre vacancia de autoridades regionales y municipales. Apuntes a propósito de la vacancia del alcalde Castillo Chirinos» En: *Actualidad Jurídica*. N.º 155, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2006, p. 280.

6 Aunque no es objeto del presente artículo, debemos señalar que consideramos sumamente absurdo que el Jurado Nacional de Elecciones tenga la competencia constitucional de verificar la validez de las firmas para que los ciudadanos puedan interponer una demanda de inconstitucionalidad. Es tan absurdo que, en la práctica, dicho organismo electoral no realiza esta función, sino que la tiene que encargar a otro organismo constitucional, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, entidad que, en su condición de custodio del registro de ciudadanos, si cuenta con la los medios y la logística necesaria para realizar esa función.

7 Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html>

para conocer procesos de amparo contra las resoluciones del referido organismo electoral, cuando vulneren el debido proceso o violen algún derecho fundamental.

En los años recientes, la referida superposición de jurisdicciones entre la *justicia electoral* y la *justicia constitucional*, ha llegado a enfrentar, no siempre en los mejores términos, al organismo titular de la justicia electoral (el JNE) y a la autoridad suprema de la justicia constitucional (el Tribunal Constitucional), debido principalmente a la reticencia del organismo electoral de acatar las resoluciones del máximo intérprete de la Constitución. Sin embargo, con la expedición de la sentencia recaída en el Exp. N.º 0007-2007-PI/TC, el máximo intérprete de la Constitución ha zanjado el tema definitivamente a favor de la *tesis permisiva* sobre el amparo en materia electoral.

El objeto de estos apuntes es analizar y comentar la referida sentencia del Tribunal Constitucional, sus efectos en la relación entre la justicia electoral y la justicia constitucional, así como identificar los asuntos pendientes por definir a nivel de la legislación, con el objeto lograr que el amparo en materia electoral pueda adecuarse de manera más eficiente a la rapidez de los procesos electorales.

II. El caso

1. Los argumentos de la demanda

El Colegio de Abogados del Callao interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley N.º 28642, que modifica el artículo 5, inciso 8 del Código Procesal Constitucional, por vulnerar el principio de supremacía de la Constitución, consagrado por el artículo 51 de la Constitución; el principio de separación de poderes, establecido por el artículo 43; así como el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, a que se refiere el artículo 139, inciso 3 de nuestra Carta Política.

El referido gremio de abogados cuestiona la Ley N.º 28642 porque, a su juicio, pretende desvincular al JNE de la Constitución, convirtiendo en irrevisables sus resoluciones en materia electoral, al margen de las violaciones constitucionales en que puedan incurrir. En tal sentido, considera que la ley interpreta indebidamente los artículos 142 y 181 de la Constitución y contradice abiertamente los criterios jurisprudenciales vinculantes del Tribunal Constitucional; asimismo, es manifiestamente contraria a una interpretación de los derechos y libertades constitucionales conforme con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre Derechos Humanos. También señala que es inconstitucional que una ley no permita cuestionar judicialmente la arbitrariedad de un órgano del Estado –como el JNE–, tanto más, cuando esa arbitrariedad está relacionada con la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la persona; por lo que resulta vulneratoria del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocida por el artículo 139, inciso 3 de la Constitución.

Finalmente, el gremio demandante considera que el enunciado que dispone que resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno, contraviene el principio de separación de poderes garantizado en el artículo 43 de la Constitución, pues niega el poder-deber de todo órgano jurisdiccional de ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las normas previsto en el artículo 138 de la Constitución, así como la competencia del Tribunal Constitucional de ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, según lo prevé el artículo 204 de la misma.

2. Los argumentos de la contestación de la demanda

Por su parte, el apoderado del Congreso de la República, contestando la demanda, manifiesta que la irrevisabilidad de las resoluciones del JNE no parte de la Ley N.º 28642, sino de

los artículos 142 y 181 de la Constitución. Señala, asimismo, que de no existir la causal de improcedencia establecida por tales artículos de la Constitución, así como por la referida ley, se produciría un retraso del proceso electoral.

También señala la parte demandada que la ley cuestionada no vulnera los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, ya que no puede afirmarse que el proceso de amparo sea «breve» o «rápido», ni que constituya un «recurso efectivo» para reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional, conforme lo disponen los artículos 8 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente, tal como lo demuestra el Caso Espino Espino (Exp. N.º 2366-2003-AA/TC). En tal sentido, [en caso que la sentencia sea estimatoria] se estaría desnaturalizando la finalidad del proceso de amparo, ya que este sólo serviría para determinar responsabilidades. Por tanto, el amparo no puede ser considerada una vía satisfactoria, pues no va a poder proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación.

Asimismo, la demandada considera que la ley cuestionada tampoco vulnera el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, pues esta no impide cuestionar judicialmente la arbitrariedad de un órgano del Estado (como el JNE) a través de otros procesos.

3. Los argumentos del JNE en su condición de *partícipe*

En este proceso, el Tribunal Constitucional permitió la intervención del JNE en condición de *partícipe*. Como tal, este organismo electoral, luego de plantear, como cuestión previa, la abstención por decoro de tres magistrados del Tribunal Constitucional y tras alegar que el gremio de abogados demandante carece de legitimidad para obrar⁸; argumenta que es la propia Constitución, a través de sus artículos 142 y 181, la que ha consagrado la irrevisibilidad de sus resoluciones, por lo que la ley cuestionada no tiene otra finalidad que mantener la delimitación del ámbito de competencia de la jurisdicción electoral y de la jurisdicción constitucional.

Asimismo señala que el JNE presta a los ciudadanos la tutela jurisdiccional que les asiste como derecho fundamental y en armonía con la Convención Americana de Derechos Humanos; que sus resoluciones agotan la jurisdicción interna y nada obsta para que el ciudadano que se sienta afectado en sus derechos pueda recurrir al órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; que las normas constitucionales y legales que norman su funcionamiento son compatibles con las normas de la Convención Americana, y que la protección de los derechos políticos es de su competencia, de conformidad con el artículo 25 de la misma Convención.

4. La sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional

Como hemos adelantado y es de amplio conocimiento público, el Tribunal Constitucional, expidió una sentencia estimatoria, declarando fundada la demanda; en consecuencia, inconstitucional el artículo único de la Ley N.º 28642 (modificatoria del artículo 5, inciso 8 del Código Procesal Constitucional), norma que se deja sin efecto por impedir el ejercicio y la defensa de

⁸ Respecto a estas cuestiones previas, el Tribunal Constitucional señala que el JNE fue incorporado al proceso en condición de *partícipe*, y no como *parte* ni como *litisconsorte necesario*. En tal sentido, el *partícipe* puede presentar informe escrito y participar en la vista de la causa; pero no puede solicitar la abstención por decoro de los magistrados del tribunal, ni plantear excepciones, nulidades o pretensiones.

los derechos fundamentales en el ámbito del Jurado Nacional de Elecciones y vulnerar el artículo 200, inciso 2 de la Constitución.

Asimismo, en la misma parte resolutive de la sentencia, el tribunal, establece los siguientes criterios vinculantes:

– El Tribunal Constitucional tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad normativa al Derecho Electoral Constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

– En ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. En tal sentido, toda afectación de los derechos fundamentales en que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular, a la que alude el artículo 176 de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

– Es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que ello afecte el plausible control constitucional de una resolución del JNE en materia electoral que contravenga derechos fundamentales; ya que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral «debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación», ha establecido también que «dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral».

– La referida previsión de la Corte Interamericana no sólo apunta a que no corra riesgo el cronograma electoral, sino también a evitar en lo posible que las eventuales afectaciones a los derechos fundamentales en las que incurran los órganos encargados de administrar justicia electoral no se tornen irreparables.

Cabe señalar que los referidos criterios ya habían sido establecidos anteriormente por el propio Tribunal, en el fundamento 39, así como en el fallo de la sentencia recaída en el Caso Lizana Puelles (Exp. N.º 5854-2005-PA/TC), los cuales han sido reproducidos casi textualmente en el fallo de la sentencia materia del presente comentario.

Finalmente, en el mismo fallo, el Tribunal Constitucional declara que, de conformidad con el artículo 178, inciso 5 de la Constitución, el JNE constituye la única entidad competente para, concluido el proceso electoral, proclamar a los candidatos elegidos y expedir las credenciales correspondientes, sin perjuicio de las demás atribuciones que la Constitución le reconoce.

Seguidamente, reseñaremos y comentaremos los fundamentos de fondo esta sentencia estimatoria.

III. Impacto de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en la solución del caso

1. Efectos vinculantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la jurisprudencia supranacional en el ordenamiento jurídico peruano

En los fundamentos de la sentencia materia de nuestro comentario, y tal como hemos adelantado en la introducción de estos apuntes, el Tribunal Constitucional ratifica una vez

más su posición, manifestada en reiterada jurisprudencia, respecto a que la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución debe realizarse a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos, los cuales forma parte del Derecho interno, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución, concordante con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁹.

Sobre el particular, junto con Christian Guzmán Napurí, podemos afirmar que la vieja discusión entre los especialistas en Derecho Internacional y en Teoría General del Derecho, respecto al rango de los tratados resulta irrelevante, puesto que los Estados deben cumplir con los tratados a los que se han suscrito, sin importar el rango que sus respectivas constituciones le otorguen a los mismos; toda vez que la *Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados*, a través de su artículo 27, prescribe la subordinación del Derecho nacional a la normatividad supranacional, al señalar que los Estados Parte de la Convención no pueden ampararse en su Derecho interno —ni siquiera en su Constitución— para incumplir un tratado internacional, el cual es plenamente obligatorio entre las partes que lo suscriben. Por tanto, los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano, entre ellos la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, se aplican de manera directa en nuestro ordenamiento, aun cuando la misma contravenga nuestra Constitución Política; siendo que, en caso de conflicto, debe siempre preferirse la Convención. Por esta razón, desde el punto de vista jurídico, no cabe, por ejemplo, ampliar las causales de pena de muerte en el Perú o aplicarla para reprimir delitos de terrorismo, a pesar que dicha posibilidad está consagrada por el artículo 140 de la Constitución¹⁰.

Siendo esto así, y de acuerdo a una interpretación sistemática de la Constitución¹¹, para el Tribunal Constitucional queda claro que los tratados de derechos humanos constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades, por lo que la norma sometida a control no debe oponerse a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En tal sentido, a través de la sentencia comentada (fundamento 36), el Tribunal ratifica su reiterada doctrina, en el sentido que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutoria, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso.

9 El art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional dispone que: «El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte».

10 Ver GUZMÁN NAPURÍ, Christian. «La revisión de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. El final de la dictadura electoral en el Perú», En: *Jus Jurisprudencia*, N.º 2, Grijley, Lima, julio de 2007, p. 221.

11 Como señala Christian GUZMÁN NAPURÍ, ya el Tribunal Constitucional ha establecido: «(...) que cumplen un papel medular los principios de unidad, corrección funcional y eficacia integradora que informan la interpretación constitucional. En este orden de ideas, el propio Tribunal ha señalado que, conforme al principio de unidad y concordancia práctica de la Constitución, la interpretación de esta debe estar orientada a considerarla como una totalidad armónica y sistemática, a partir de la cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.» (Op. cit., p. 219)

Estando a lo manifestado, el Tribunal señala que no puede obviarse lo consagrado por la normatividad internacional en el sentido de que toda persona tiene derecho a recurrir a través de un procedimiento ágil e idóneo ante el órgano jurisdiccional para la protección de sus derechos humanos frente a vulneraciones de cualquier autoridad, conforme lo disponen los artículos 8, inciso 1 y 25, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹²

Al respecto cabe señalar que los recursos sencillos, rápidos y efectivos a que se refiere el artículo 25, inciso 1 de la Convención son las instituciones procesales del amparo y del hábeas corpus, estando obligados los Estados que han suscrito la Convención a garantizar, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, el acceso a dichos recursos.

En tal sentido, tal como señala el Tribunal Constitucional en el fundamento 20 de la sentencia bajo comentario, el artículo 200, inciso 2 de la Constitución, en correspondencia con los referidos mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagra que el amparo procede contra el hecho u omisión *por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona*, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución. Dado que dicha norma constitucional no excluye a ninguna autoridad, también las resoluciones del JNE son susceptibles de ser impugnadas a través del amparo, en caso que lesione un derecho fundamental, frente a cuya eventualidad le corresponde al Poder Judicial, en primer lugar, restituir el derecho; luego al Tribunal Constitucional, si el amparo ha sido desestimado; y finalmente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos si el agraviado no ha encontrado la reposición de su derecho incluso en sede del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, si es verdad que los tratados de derechos humanos, y en especial la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades, entonces, la jurisprudencia generada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que es la jurisdicción *ad hoc* para resolver las controversias relacionadas con los mandatos de la referida Convención), es vinculante para los Estados que la han suscrito, entre ellos el Estado peruano.

2. El caso Yatama contra Nicaragua

Estando claramente establecidos los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico nacional, corresponde ahora referirnos al sonado Caso Yatama contra el Estado de Nicaragua, tal como lo hace el Tribunal Constitucional en el fundamento de la sentencia materia del presente comentario.

Este caso se originó a partir de una denuncia presentada, ante la Secretaría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por el partido político regional indígena *Yapti Tasba*

12 Convención Americana de Derechos Humanos

«Artículo 8.- Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.»

(...)

«Artículo 25.- Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.»

Masraka Nanih Asla Takanka (denominada simplemente «Yatama» para los efectos de la sentencia de la Corte), contra el Estado de Nicaragua.

Calificada la denuncia, la Comisión demandó a Nicaragua ante la Corte con el objeto que esta decida si ese Estado violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 23 (Derechos Políticos) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, relacionados con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma, en perjuicio de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por el referido partido político; quienes fueron excluidas de participar en las elecciones municipales del 5 de noviembre de 2000 en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur, como consecuencia de una resolución del Consejo Supremo Electoral.

Habiendo estos ciudadanos presentado diversos recursos contra dicha resolución, la Corte Suprema de Justicia de ese país declaró improcedente un recurso de amparo interpuesto por estos. En tal sentido, a juicio de la Comisión, el Estado de Nicaragua no previó un recurso que hubiese permitido amparar el derecho de dichos candidatos, y tampoco adoptó medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos tales derechos; especialmente no previó «normas en la ley electoral para facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de las referidas regiones autónomas, de acuerdo al derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan».

Por lo señalado, la Comisión solicitó a la Corte que, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención, ordene al Estado demandado que adopte las medidas de reparación respectivas.

Es menester señalar que el Capítulo VI de la Constitución Política de Nicaragua establece un Poder Electoral independiente de los otros tres poderes, siendo su órgano de mayor jerarquía el Consejo Supremo Electoral, según lo establece su artículo 129. Asimismo, según el artículo 173, inciso 14 de esta Constitución, las resoluciones de dicho Consejo en materia electoral no son susceptibles de recurso alguno, ordinario ni extraordinario. En el mismo sentido, según el artículo 51, inciso 5 de la Ley de Amparo, no procede el recurso de amparo contra las resoluciones dictadas en materia electoral.

Respecto a la referida demanda, a través de la sentencia de 23 de junio de 2005 (Serie C, N.º 127)¹³, la Corte Interamericana concluyó que las decisiones adoptadas por el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua, que afectaron la participación política de los candidatos propuestos por Yatama en las referidas elecciones, no se encontraban debidamente fundamentadas ni se ajustaron a los parámetros establecidos por el artículo 8.1 de la Convención Americana, por lo que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales consagrado en dicho artículo, en relación con el artículo 1.1 de la misma Convención, en perjuicio de los referidos candidatos (párrafo 164). Asimismo, concluyó que el Estado de Nicaragua violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención, en perjuicio de los candidatos propuestos por Yatama, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma (párrafo 176).

Atendiendo a lo señalado, la Corte estableció los siguientes criterios generales:

– Las decisiones de los órganos internos en materia electoral pueden afectar el goce de los derechos políticos, por lo que en dicho ámbito también se deben observar las garantías mínimas consagradas en el artículo 8.1 de la Convención, en cuanto sean aplicables al procedimiento respectivo (párrafo 150).

13 Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/bus_fechas_result.cfm?buscarPorFechas=Buscar&fechaDeInicio=06%2F23%2F2005&fechaDeFin=06%2F23%2F2006&id%5FPais=15&chkCasos=true&chkOPiniones=false&chkMedidas=false&chkSupervisiones=false

– La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte (párrafo 168).

– Para que el Estado Parte cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que estos deben tener efectividad, debiendo brindar la posibilidad real de interponer un recurso, en los términos de dicho precepto. La existencia de esta garantía es uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática (párrafo 169).

– El deber general del Estado Parte de adecuar su Derecho interno a las disposiciones de la Convención para garantizar los derechos en ella consagrados (artículo 2), incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber implica que las medidas de Derecho interno han de ser efectivas, para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención (párrafo 170).

– Respecto al caso específico de Nicaragua, la Corte establece que si bien la Constitución de ese país dispone que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado; ya que las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos (párrafo 174).

– Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como las establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Ese control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral (párrafo 174).

Teniendo en consideración lo manifestado, la Corte Interamericana, en la parte resolutive de su sentencia, dispone, entre otras cuestiones, que el Estado de Nicaragua debe adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas necesarias para establecer un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita controlar las decisiones del Consejo Supremo Electoral que afecten derechos humanos, tales como los derechos políticos, con observancia de las garantías legales y convencionales respectivas, y derogar las normas que impidan la interposición de ese recurso (noveno punto resolutive).

Como se infiere de lo reseñado, y tal como señala el Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha condenado y sancionado a Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos por permitir que sus máximos órganos jurisdiccionales electorales se encuentren exentos de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas.

Nótese que el ordenamiento constitucional y legal respecto a la posibilidad (o imposibilidad) de revisar las resoluciones del JNE en materia electoral, en nuestro país, es totalmente

similar al establecido por el ordenamiento nicaragüense respecto a las resoluciones en materia electoral de su Consejo Supremo Electoral. Entonces, los referidos criterios generales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del caso nicaragüense, deberían ser adoptados por el Estado peruano.

De ahí que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya recomendado al Estado peruano —a propósito del Caso Susana Higuchi Miyagawa— que adopte las medidas tendientes a modificar el artículo 181 de la Constitución, posibilitando un recurso efectivo y sencillo, en los términos del artículo 25, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, contra las decisiones del JNE que vulneren la garantía a la participación política por parte de los ciudadanos.

En tal sentido, como señala el Tribunal en el fundamento de la sentencia, es precisamente a partir de dicha recomendación que el Estado peruano adecuó su legislación a los estándares normativos internacionales mediante el artículo 5, inciso 8 del Código Procesal Constitucional en su versión originaria, esto es, antes de su modificatoria por la Ley N.º 28642, permitiendo un control excepcional de las resoluciones del JNE vía los procesos constitucionales.

Vale decir, la aprobación de la Ley N.º 28642 significó un evidente retroceso en materia de protección de los derechos de participación política, reconocidos por nuestro Derecho interno, así como por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por lo tanto, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —las cuales, como hemos señalado, resultan vinculantes para el Estado peruano y forman parte del ordenamiento jurídico nacional de conformidad con el artículo 55 de la Constitución—, el Tribunal Constitucional no tenía otra alternativa que declarar la inconstitucionalidad de la cuestionada Ley N.º 28642.

Al respecto, el Tribunal señala que desconocer dichas resoluciones internacionales podría significar una infracción constitucional o, peor aún, un delito de función, conforme al artículo 99 de nuestra Constitución (Fundamento N.º 41 de la sentencia).

IV. La doctrina del propio Tribunal Constitucional sobre el control jurisdiccional de las resoluciones del JNE

1. El caso Espino Espino

Antes de la aprobación y entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional ya había relativizado la irrevisabilidad de las resoluciones jurisdiccionales en materia electoral del JNE, al establecer que estas sí se pueden revisar en vía de control constitucional en caso que al emitirse se hayan transgredido derechos fundamentales. Nos referimos al Caso Espino Espino¹⁴.

Aunque en este caso ocurrió la sustracción de la materia, «no porque la violación a los derechos haya cesado, sino porque los derechos invocados como vulnerados se han tornado irreparables», el Tribunal Constitucional optó por examinar los hechos, «a efectos de que

14 Sobre el particular, véase nuestros artículos: «¿Qué es «materia electoral»? A propósito del control jurisdiccional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones» En: *Actualidad Jurídica*, N.º 143, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2005, pp. 148-149; y «La inconstitucionalidad de las normas sobre vacancia de autoridades regionales y municipales. Apuntes a propósito de la vacancia del alcalde Castillo Chirinos» En: *Actualidad Jurídica*, N.º 155, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2006, p. 279.

situaciones como las descritas no vuelvan a producirse». En tal sentido, a través de la sentencia recaída en este caso, el Tribunal sentó los siguientes criterios:

– Respecto a la posibilidad de control jurisdiccional sobre las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, consideró que «no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos electorales.»

– Aun cuando de los artículos 142 y 181 de la Constitución, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el JNE, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución.

– En consecuencia, si la función jurisdiccional electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismo como el amparo.

– Cuando resoluciones como las emitidas en sede judicial, pretenden apoyarse en un criterio consistente en una ausencia de mecanismos de control o fiscalización jurisdiccional, se incurre en una lectura no sólo sesgada sino unilateral de la Constitución, porque se pretende adscribir los organismos electorales a una concepción de autarquía funcional opuesta a la finalidad de respeto a la persona que, desde una perspectiva integral, postula la misma Norma Fundamental.

– No pueden admitirse como razonables o coherentes interpretaciones tendientes a convalidar ejercicios irregulares o arbitrarios de las funciones conferidas a los órganos públicos, puesto que un Estado sólo puede predicarse como de Derecho cuando los poderes constituidos no sólo se desenvuelven con autonomía en el ejercicio de sus competencias, sino que, sobre todo, respeten plenamente y en toda circunstancia los límites y restricciones funcionales que la misma Carta establece, sea reconociendo derechos elementales, sea observando los principios esenciales que, desde el Texto Fundamental, informan la totalidad del ordenamiento jurídico.

– Por tanto, «cuando se presenta un ejercicio irregular en una función conferida a un organismo del Estado, procede (indiscutiblemente) el control constitucional.»

2. El caso Lizana Puelles

Posteriormente, ya encontrándose en vigencia el Código Procesal Constitucional, a través de la sentencia expedida en el Caso Lizana Puelles, tanto en la parte considerativa (fundamento 35) como en la resolutive (punto segundo del fallo), el Tribunal en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, ratifica su posición de que toda interpretación de los artículos 142 y 181 de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.

Asimismo, el Tribunal enfatiza que, en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el referido criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los poderes públicos; por lo que todo juez y tribunal de la República —sea

que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales—, se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad.

Por otro lado, con el evidente objeto de coadyuvar a que el amparo en materia electoral logre su finalidad de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho constitucional, a que se refiere el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, el Tribunal propone al Congreso de República introducir en el referido Código, en el más breve plazo posible, las modificaciones conducentes a:

- Reducir sustancialmente el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral.
- Que las demandas de amparo contra una decisión del JNE en materia electoral sean presentadas ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumárisimo, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio.
- Sancionar a aquellos jueces constitucionales que, contraviniendo el artículo 13 del Código Procesal Constitucional, no concedan trámite preferente a las demandas de amparo interpuestas contra las resoluciones del JNE en materia electoral.
- Los plazos deben ser perentorios a efectos de no crear incertidumbre en las decisiones electorales y asegurar la confianza en el sistema de control jurisdiccional constitucional.

A juicio del Tribunal, estas medidas no sólo garantizarán la seguridad jurídica del proceso electoral, sino que también permitirán la oportuna protección de los derechos fundamentales; de modo que no vuelvan a ocurrir situaciones como las ocurridas en el Caso Espino Espino, en que a pesar de haberse acreditado la manifiesta afectación por parte del JNE del derecho a la presunción de inocencia de dicho ciudadano y, como consecuencia de ello, la afectación de su derecho político a ser candidato a un cargo público, la ausencia de plazos perentorios en los procesos de amparo orientados a la protección de derechos fundamentales políticos, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, determinó la imposibilidad de reponer las cosas al estado anterior, al haber devenido dichas afectaciones en irreparables.

En esta misma sentencia el Tribunal considera que, si bien es cierto que aún no existe una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado peruano por el eventual impedimento de la procedencia de una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral que afecte derechos fundamentales, sus sentencias vinculadas con la violación del artículo 25 de la Convención (en particular la expedida en el Caso Yatama contra Nicaragua) y sus opiniones consultivas sobre el particular, son muestras evidentes de que dichas condenas serán inminentes si el Estado peruano obra en dicho sentido.

En consecuencia, el Tribunal consideró en esta sentencia que es un deber del Estado peruano regular un proceso constitucional sumario de amparo contra las resoluciones del JNE que violen derechos fundamentales.

No obstante, y paradójicamente, poco después de expedida esta sentencia (8 de noviembre de 2005), el Congreso de la República, en lugar de seguir las recomendaciones del Tribunal Constitucional, aprobó la cuestionada Ley N.º 28642 (publicada el 8 de diciembre de 2005).

3. El caso Castillo Chirinos

Finalmente, al resolver el Caso Castillo Chirinos, el Tribunal reafirmó una vez más su posición de que ningún poder público que, mediante acto u omisión, se aparta del contenido

normativo de los derechos fundamentales, se encuentra exento del control constitucional ejercido por el Poder Jurisdiccional del Estado, en cuya cúspide, en lo que a la materia constitucional respecta, se encuentra el referido colegiado. En tal sentido, ratifica que el JNE no se halla al margen del mencionado imperativo constitucional, por lo que resultan procedentes las demandas interpuestas contra las resoluciones del referido organismo que vulneran los derechos fundamentales de la persona humana¹⁵.

Debemos acotar que, cuando el Tribunal Constitucional expidió la sentencia en el Caso Castillo Chirinos, ya se había producido la modificación del inciso 8 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, por la cuestionada Ley N.º 28642. En tal sentido, en esta sentencia el Tribunal consideró que¹⁶:

– La procedencia de las demandas de amparo contra las resoluciones del JNE que violen derechos fundamentales no deriva de lo que una norma infraconstitucional (como lo es el Código Procesal Constitucional), pueda determinar, sino de una adecuada interpretación de la Constitución.

– Cuando el artículo 138 de la Constitución dispone que «de existir una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera», no otorga una facultad a la judicatura, sino que le impone un deber, de modo tal que su fidelidad a la ley se desvanece cuando esta resulta contraria a los principios, valores o derechos constitucionales.

– Entre el Poder Legislativo y el Poder Jurisdiccional no existe una relación de jerarquía a favor del primero. Se trata de dos poderes de idéntico rango, con competencias separadas pero complementarias, al servicio de la Constitución. Una interpretación distinta haría sucumbir el principio de supremacía constitucional, reinstitucionalizando el de soberanía parlamentaria, y negando, en consecuencia, los fundamentos mismos del Estado Constitucional.

Aunque en este caso el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley N.º 28642, de su tenor resultaba evidente que, en caso de presentarse la posibilidad de un pronunciamiento expreso dentro de un proceso de inconstitucionalidad, este Tribunal declarararía su inconstitucionalidad, como efectivamente ocurrió en la sentencia bajo comentario.

V. A modo de conclusión: ¿es efectivo el amparo para reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho político-electoral?

De lo hasta aquí manifestado, queda clara nuestra postura, coincidente con los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional, en el sentido que, de acuerdo a una interpretación sistemática de la Constitución y a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la jurisprudencia supranacional a las que el Estado Peruano se encuentra vinculado, en nuestro ordenamiento son procedentes los procesos constitucionales, específicamente el amparo, contra las resoluciones del JNE en materia electoral.

Sin embargo, consideramos pertinente analizar si, en nuestro medio, el recurso constitucional del amparo viene sirviendo, efectivamente, para lograr su finalidad, esto es, reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, cuando se la emplea en el ámbito electoral.

15 Véase nuestro artículo «La inconstitucionalidad de las normas sobre vacancia de autoridades regionales y municipales (...)», cit., p. 279.

16 *Ibidem*.

Al respecto, en el fundamento de la sentencia comentada, el Tribunal Constitucional realiza un recuento de una cantidad considerable de demandas de amparo contra resoluciones del JNE que llegaron a su conocimiento y fueron objeto de su pronunciamiento; acotando que, en un lapso de once años, ninguna de dichas causas supuso la suspensión del cronograma electoral ni produjo efectos perniciosos.

Atendiendo a esos antecedentes, el Tribunal rechaza el argumento del apoderado del Congreso de la República, en el sentido de que el objeto de la ley cuestionada es impedir el retraso del proceso electoral; y más bien insiste en que con la interposición de demandas de amparo contra las resoluciones del JNE no se afecta la materia electoral y no se genera un retraso del proceso electoral.

En tal sentido, continúa el Tribunal, si debido al paso del tiempo la alegada afectación se torna irreparable y atendiendo además al agravio producido, la demanda podrá ser declarada fundada, no con el objeto de reponer las cosas al estado anterior, sino a efectos de determinar las responsabilidades penales que correspondan, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional¹⁷

Sobre este último aspecto, recordemos que el apoderado del Congreso de la República, en la contestación de la demanda, considera que no puede afirmarse que el proceso de amparo sea «breve» o «rápido», ni que constituya un «recurso efectivo» para reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional, tal como lo demuestra el Caso Espino Espino.

En tal sentido, según la misma parte demandada, se estaría desnaturalizando la finalidad del proceso de amparo, ya que este sólo serviría para determinar responsabilidades. Por tanto, el amparo no puede ser considerada una vía satisfactoria, pues no va a poder proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación.

Sobre el particular, el Tribunal considera que deben descartarse los argumentos del apoderado del Congreso de la República en el sentido de que el proceso de amparo no constituye un recurso efectivo ni rápido pues no logra reponer las cosas al estado anterior.

No obstante lo manifestado por el Tribunal, consideramos que no le falta cierta razón a la parte demandada cuando señala que, en los hechos, cuando se ha aplicado el amparo en el ámbito electoral, más que lograrse su finalidad primera (la reposición de las cosas al estado anterior), ha servido para la determinación de responsabilidades, por haberse tornado en irreparables las violaciones cometidas a los derechos constitucionales cometidas por el ente electoral.

En efecto, la preocupación por hacer compatible el amparo con la celeridad y rapidez propia de un proceso electoral, no es nueva. Al respecto, ya Samuel Abad había señalado que «la especialidad del amparo enfrentado a cuestiones electorales es su mayor preocupación por el principio de celeridad procesal —plazos breves y perentorios para su interposición y

17 Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237

«Artículo 1.- Finalidad de los Procesos

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.»

resolución— debido a la propia y necesaria rapidez del procedimiento electoral. Y ante ello, la regulación de nuestro amparo muestra severos inconvenientes que merecen su revisión.»¹⁸

Como una alternativa de solución al problema señalado, Samuel Abad, habiendo suya una propuesta de la Defensoría del Pueblo¹⁹, propuso una reforma constitucional que permita que el proceso de amparo, cuando se trate sobre materia electoral, sea resuelto en instancia única por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, conforme hemos reseñado respecto al Caso Lizana Puelles, ya el propio Tribunal Constitucional había manifestado su preocupación por el hecho que el amparo en materia electoral no estaría logrando su finalidad de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho constitucional.

Sino, cómo se explica que en dicho caso el Tribunal haya propuesto al Congreso que modifique el Código Procesal Constitucional, con el objeto de, además de garantizar la seguridad jurídica del proceso electoral, permitir la oportuna protección de los derechos fundamentales, de modo que no vuelvan a ocurrir situaciones como las del Caso Espino Espino, en que a pesar de haberse acreditado la manifiesta afectación por parte del JNE de los derechos de este ciudadano, fue imposible reponer las cosas al estado anterior al haber devenido las afectaciones en irreparables.

Como también hemos señalado, el Congreso de la República, lejos de seguir dicha recomendación, aprobó la cuestionada Ley N.º 28642, no obstante que los referidos criterios señalados en la sentencia expedida en el Caso Lizana Puelles constituían precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Siendo esto así, consideramos que en la sentencia materia de este artículo, a través de la cual se declara la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28642, el Tribunal Constitucional debió haber exhortado al Congreso de la República para que cumpla con establecer un «amparo electoral», cuyos plazos sean compatibles con la celeridad propia de los procesos electorales, en el mismo sentido señalado en el Caso Lizana Puelles.

En tal sentido, consideramos que la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad referido, debió también haber sido una *sentencia exhortativa con efectos vinculantes*, para lo cual debió haber establecido un un plazo perentorio para que el Congreso de la República realice las modificaciones señaladas por el Tribunal, de modo que, ante un eventual incumplimiento por parte del legislador, ocurra la aplicación plenaria de los alcances de la sentencia.²⁰

Consideramos que, atendiendo a la rebeldía demostrada por el Congreso de la República de seguir los criterios señalados en la sentencia recaída en el Caso Lizana Puelles, la alternativa de emitir una *sentencia exhortativa con efectos vinculantes* resultaba un imperativa. Lamentablemente, en este extremo el Tribunal se comportó tímidamente, perdiéndose con ello una valiosa oportunidad de abrir el camino para la instauración de un proceso de amparo que de verdad tenga un efecto reparador ante las violaciones de los derechos electorales de los ciudadanos, y que no sólo establezca las responsabilidades sobre afectaciones irreparables.

18 ABAD YUPANQUI, Samuel. *Op. cit.*, p. 211.

19 Defensoría del Pueblo. «Hacia una reforma del sistema electoral». Lima, 2001, pp. 12-13.

20 Sobre las sentencias exhortativas, y otros tipos de sentencias normativas, véase nuestro trabajo: «¿El Tribunal Constitucional legisla a través de las *sentencias normativas*?» En: *Cuadernos Jurisprudenciales*, Año 6, N.º 72, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2007, pp. 3-20.



Acerca del control estatal de las asociaciones privadas y la jurisprudencia del TC: un enfoque económico

OSCAR SÚMAR ALBUJA* **

SUMARIO

I. Introducción. II. La jurisprudencia: entre la libertad y el control. III. ¿Qué sustento tiene el derecho de asociación? IV. Las facultades fiscalizadoras del Estado como interferencias injustificadas al derecho a la libre asociación. V. La competencia como principal contralor de las asociaciones. VI. Colofón

El autor realiza un análisis económico de una decisión del Tribunal Constitucional referida a la libertad de asociación, en que se admite una mayor intervención del Estado respecto a asociaciones cuyo objeto sea de interés público. En el artículo se destaca el carácter del derecho de asociación como derecho de participación política y se señala que el control de las asociaciones puede lograrse a través de la competencia entre ellas; en tal sentido, se considera que el Estado debe justificar su intervención en el interés público, acreditando asimismo su eficiencia en términos económicos.

RESUMEN

I. Introducción

En el presente artículo, sobre la base de jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional peruano (TC), intentaremos hacer un breve análisis de la conveniencia de un régimen diferenciado de protección de las asociaciones, donde la intervención del Estado se encuentre, en algunos casos, justificada *a priori*.

Adicionalmente, se intentará brindar algunas luces para un acercamiento desde la perspectiva económica a derechos habitualmente considerados de naturaleza política, como el derecho de asociación. No es nuestra intención calificar la naturaleza de este derecho, pero sí mostrar una nueva perspectiva en su análisis, que luego pueda ser generalizada para el estudio de otros derechos.

Cuando hablamos de intervención del Estado, hablamos de regulación. Como veremos más adelante, la regulación habitualmente se justifica en razones de tipo económico, redistributivo o en otras consideraciones de justicia, como la compatibilidad de las medidas con la protección de los derechos fundamentales, por ejemplo. El análisis constitucional habitualmente, por lo menos en nuestro medio, se ha centrado en este último aspecto. No es nuestra

* Bachiller en Derecho por la PUCP (diciembre de 2006). Adjunto de docencia del curso Sociología del Derecho en la Facultad de Derecho de la PUCP. Ex Director de Contenido de *Themis - Revista de Derecho*. Actualmente realiza prácticas profesionales en el Tribunal Constitucional.

** Agradezco los valiosos comentarios hechos por los doctores Pedro Grández, Edgar Carpio y Javier Adrián, con quienes tengo la suerte de trabajar en una inspiradora oficina del Tribunal Constitucional, en la que se respira Derecho Constitucional. También agradezco los igualmente valiosos comentarios y ayuda del Área de Contenido e Investigación de Palestra Editores, con quienes he tenido la oportunidad de discutir una versión anterior y menos lograda de este mismo trabajo. Por último, también agradezco el aporte bibliográfico de Javier de Belaunde de C. y los comentarios de Costanza Borea. Cualquier comentario adicional, será bienvenido en: osumar@gmail.com.

intención decir que el análisis realizado debería de ser uno exclusivamente económico, pues éste sería incompleto; pero esto es tan cierto como decir que un análisis exclusivamente dogmático o exegético de los derechos constitucionales también lo es.

II. La jurisprudencia: entre la libertad y el control

Para efectos de este trabajo, nos basaremos principalmente en la siguiente sentencia¹ (expediente N.º 011-2002-AI/TC):

«(...) no toda organización jurídica queda comprendida en el supuesto protegido por la norma (inciso 13 del artículo 2), sino sólo aquellas que carezcan de fin lucrativo y siempre que hayan sido constituidas y ejerzan sus actividades conforme a ley. Por otra parte, este Colegiado considera que cuando la norma establece que el derecho puede ser ejercido «sin autorización previa», no sólo pretende instaurar una garantía individual, sino también una de índole social, pues se entiende que el caso de las organizaciones cuyo funcionamiento, dado el especial interés público que reviste su objeto, requiera del previo consentimiento del Estado, se encuentran fuera de la protección de la disposición *in comento*. Desde luego, corresponderá en cada caso determinar la razonabilidad y proporcionalidad al establecerse la necesidad de la previa autorización, a efectos de que ésta no se convierta en una herramienta estatal para escapar de la protección que la Constitución brinda al derecho de asociación.

De este modo, así como existen organizaciones jurídicas cuyos fines no justifican sino un casi absoluto abstencionismo estatal (en estos casos, la intervención del Estado sólo estaría admitida ante la afectación del orden legal o los derechos de terceros), existen otras cuyos fines de carácter público o social traen consigo una labor más cercana del Estado, sea a través de su participación directa, sea a través de su permanente supervisión. El derecho de asociación, tal como está concebido en el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución, sólo protege a las primeras»² (ff. jj. 4 y 5, lo agregado es nuestro).

De esta manera, como se puede apreciar, nuestro TC ha interpretado que existe un *régimen dual* para la protección del derecho de asociación: uno respecto a asociaciones que no revistan interés público y otro para asociaciones que sí revistan tal interés, siempre que no tengan fines de lucro³.

- 1 Para un recuento más completo de la jurisprudencia del Tribunal respecto al derecho de asociación, consultar a: MUÑOZ, Manuel. «La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 129-135 o la «Gaceta del Tribunal Constitucional» <http://gaceta.tc.gob.pe/>. Todas las resoluciones se encuentran disponibles en: <http://www.tc.gob.pe>. Especial referencia es necesaria en relación con el expediente N.º 004-96-I/TC, en el que el TC desarrolla el concepto de derecho de asociación y los alcances de la protección otorgada por el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución. Así mismo, para una idea acerca de cómo el TC ha interpretado el derecho a asociarse (en el sentido de admitir o rechazar miembros), es necesario consultar la sentencia contenida en el expediente N.º 7034-2006-AA/TC, recientemente expedida, y que merecería un comentario aparte.
- 2 Cabe decir que esta jurisprudencia, vista en «contexto» no es tan «radical» como aparece en la cita que hacemos, sin que esto signifique que no sea enteramente atribuible al TC. Nos explicamos, en la jurisprudencia bajo comentario, el TC conoce una acción de inconstitucionalidad planteada para proteger el derecho asociativo de una organización creada por una ley. El TC decide que, al no contar con el factor «volitivo», esta organización no merece protección bajo el derecho de asociación. Creemos que el TC pudo haber resuelto el caso exclusivamente basándose en dicho argumento, sin proponer la distinción que hemos citado. La corrección de esta decisión en conjunto, no obstante, no es materia del presente comentario.
- 3 Esta referencia a los «fines de lucro» también es criticable y crea serias confusiones acerca de los alcances de la protección de dicho derecho pero, nuevamente, dejaremos su comentario para otra oportunidad.

En el caso de las primeras, el TC ha entendido que se encuentran protegidas por el derecho a la libertad de asociación en el sentido del inciso 13 del artículo 2 de la Constitución. En este caso, cualquier intervención estatal sería considerada como una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por la norma en cuestión y, como tal, debería estar justificada, para salvar su constitucionalidad.

En el caso de las segundas, por el contrario, el TC ha dispuesto una serie de «orificios» a la protección, que pasan, entre otros, por: a. la posibilidad de una mayor fiscalización y sanción; b. la posibilidad del establecimiento de registros y sistemas de autorización; c. la creación de asociaciones compulsivas; y, d. la disolución administrativa o normativa. En este caso, cualquier intervención estaría, más bien, justificada, debiéndose acreditar su falta de razonabilidad o proporcionalidad con la política impulsada o su arbitrariedad, para efectos de ser considerada inconstitucional. Como vemos, ha operado una suerte de inversión de la carga de la alegación y prueba, para el caso de las asociaciones que revistan interés público.

En ninguno de los dos casos la asociación se encuentra enteramente desprotegida por la norma constitucional, pero es claro que la protección es mayor tratándose de las primeras. Veamos si esa distinción se justifica en los términos en los que ha sido planteada.

III. ¿Qué sustento tiene el derecho de asociación?

El derecho de asociación puede ser vinculado con derechos como la libre iniciativa privada, autonomía de la voluntad, derecho a la libertad de expresión, a la participación política y hasta a la propiedad⁴.

En ese sentido, la libertad de asociación, al igual que cualquier otra libertad, sea política o económica, nos ofrece, por lo menos en su contenido mínimo, un campo de protección contra las arbitrarias prohibiciones o fiscalizaciones por parte del Estado, dándonos un espacio de desenvolvimiento de nuestra autonomía económica y política. El derecho de participación política, en sentido inverso, habitualmente ha sido entendido en su acepción más obvia: como el derecho a elegir y ser elegido; pero se ha perdido de perspectiva que este derecho tiene una perspectiva mucho más amplia que pasa por considerar el derecho a participar en la propia burocracia estatal y, en última instancia, un derecho de participación civil; sea a través de la crítica activista o la colaboración con las políticas del gobierno.

En un escenario así, consideramos que la regulación debe estar «justificada», lo que implica, necesariamente, que no admitimos su existencia *per se*, sino en los casos en los que hayan *costos de transacción*⁵ elevados, claros fines redistributivos, o sea necesaria para asegurar la protección de valores del sistema o la compatibilidad de las políticas impulsadas con otras titularidades asignadas. En todos estos casos la intervención del Estado debe tender a perseguir de manera adecuada fines de interés público⁶, al menor costo posible.

4 Par una referencia mayor del sustento económico del derecho de asociación ver: EPSTEIN, Richard A. «Free Association: The incoherence of antidiscrimination laws». En: *Nacional Review*. 9 de octubre de 2000, pp. 38-40.

5 Cfr. COASE, Ronald. «The problem of social cost». En: *Journal of Law and Economics*. Octubre, 1960, pp. 1-44. CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. «Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral». En: *Themis - Revista de Derecho*. N.º 21, 1992. pp. 63-86. (Originalmente publicado en *Harvard Law Review*, N.º 85, 1972, pp. 1089-1128). Calabresi ha sido el principal decano de la facultad de Derecho de la universidad de Yale. Actualmente es *Sterling Professor Emeritus* de dicha facultad y Juez de apelaciones del circuito de Nueva York.

6 Lo que sean un fin de «interés público» es fácil de determinar cuando no hay costos de transacción elevados: es lo que la gente efectivamente hace. Pero, cuando hay costos de transacción elevados (o problemas de

Debido que las justificaciones de naturaleza redistributiva responden a consideraciones políticas y las que evalúan la compatibilidad de las medidas con otras titularidades asignadas por el sistema, a criterios dogmáticos, nosotros nos enfocaremos en la perspectiva de los costos de transacción.

Dado que en un escenario sin costos de transacción las personas típicamente responden a incentivos de precios y, puesto que, por lo menos teóricamente, las personas son las que mejor conocen sus propias preferencias; la regulación se justificaría en ausencia de estos presupuestos y cuando logre identificar dichas preferencias a un costo menor que el propio mercado. En ese sentido, «(...) la regulación sólo se justifica si logra a un costo no tan elevado los objetivos de política que un consenso de observadores racionales consideraría de interés público»⁷.

Sumada a esta perspectiva, los derechos económicos, como la propiedad o el propio derecho de asociación, son una condición necesaria para que los ciudadanos no «(...) se vuelvan dependientes, casi cotidianamente, de la buena voluntad de los funcionarios del gobierno. Todo lo que puedan tener es un privilegio y no un derecho. Por esto, su posición ante el Estado es la del que suplica o mendiga, y no la del titular legítimo de un derecho. Cualquier desafío al Estado puede ser sofocado o desalentado, dado que cualquier cuestionamiento serio podría causar el retiro de los bienes que dan seguridad básica a las personas. El derecho a la propiedad privada libre de interferencias estatales es, en este sentido una base indispensable para la democracia»⁸.

Con lo anterior, podemos decir que el derecho de asociación es, precisamente, una garantía para que los ciudadanos puedan tener un espacio de autonomía privada en la que puedan ejercer sus derechos civiles en contraposición del propio Estado, sea cooperando con él, criticándolo u oponiéndose a sus políticas, a fin de garantizar los mecanismos que permiten el control de las instituciones públicas en una sociedad democrática.

En definitiva, podemos deducir que el derecho o libertad de asociación se justifica: i) en el hecho de que, en un escenario sin costos de transacción, no resulta económicamente justificable que el Estado intervenga en la actividad privada prohibiendo o fiscalizando excesivamente conductas; y, ii) en el valor social que tiene el derecho de asociación en sí mismo, como premisa para la existencia de una sociedad democrática.

IV. Las facultades fiscalizadoras del Estado como interferencias injustificadas al derecho a la libre asociación

Tal como lo hemos dicho, la libertad de asociación, al igual que otros derechos con fundamento económico, son condiciones para el ejercicio de derechos de naturaleza política. En un escenario así, toda interferencia para el libre ejercicio de un derecho como éste debe ser visto con cautela y debe estar fuertemente justificado en el interés público, para que sea válida su instauración.

En una sociedad democrática, habitualmente se ha dicho que el Estado puede intervenir en el libre desarrollo de la actividad económica sólo en los casos en los que existan las llamadas «fallas

racionalidad, en las últimas perspectivas de los *Behavioral Studies*), lo que es de «interés público» puede ser definido por un burócrata, con mayor o menor participación ciudadana. El TC ha intentado definir este concepto en la sentencia contenida en el expediente N.º 3283-2003-AA/TC, f. j. 33.

7 BREYER, Stephen. «Analyzing regulatory failure: mismatches, less restrictive alternatives and reform». En: *Harvard Law Review*. N.º 92. 1979. p. 10.

8 SUNSTEIN, Cass R. «Propiedad y Constitucionalismo». En: *Themis - Revista de Derecho*. N.º 48, 2004, p. 28.

de mercado»⁹ o «costos de transacción elevados». Este concepto, introducido al mundo jurídico y económico por Coase¹⁰ (ganador del premio Nobel de Economía), pero luego desarrollado, entre otros, por Calabresi¹¹, hace referencia a las situaciones en las que los agentes privados no se pueden poner de acuerdo por ellos mismos para intercambiar titularidades o derechos asignados debido a los altos costos que involucraría una negociación, entre los que se encuentran: los costos de búsqueda, asimetría informativa, la existencia de *free riders*, etcétera.

Tal como ya lo hemos mencionado, entonces, nuestra Constitución nos impone un régimen donde la intervención del Estado debería tender a ser subsidiaria y justificada en la probada inhabilidad del mercado para aportar soluciones adecuadas para una determinada situación.

No parece sensato «además de no responder a las justificaciones detalladas en los párrafos anteriores» que se establezca que las asociaciones que realicen fines que respondan al «interés público» pueden ser más fuertemente fiscalizadas por el Estado. Más bien, debido al papel democrático de estas asociaciones, existen fuertes motivos para pensar que un interés por fiscalizarlas podría encubrir un afán controlador (hasta tiránico) por parte del Estado, que tienda a convertir a sus adversarios en mendigos de favores políticos¹², en lugar de una sociedad civil fuerte e independiente capaz de fiscalizar el uso que éste haga del poder, para la preservación del orden democrático. Por tal motivo, de manera contraria a lo que establece la jurisprudencia del TC, se podría considerar que mientras más tienda una asociación hacia la preservación de la democracia o tenga por finalidad criticar o fiscalizar al Gobierno, cualquier interferencia en su ámbito de acción debería ser evaluado con un *test de razonabilidad estricto* o, en otras palabras, con una presunción en contra de su constitucionalidad.

Una interpretación distinta (como la que parece sostener el TC) nos llevaría a la situación, paradójica, en la que las asociaciones que tengan fines «baladíes» (fuera de la legitimidad que alguien cuenta para hacer semejante clasificación); gozarían de mayor libertad que las que se empeñen en realizar actividades de mayor relevancia para la sociedad. Un control mayor, al suponer menores niveles de estabilidad, es un claro desincentivo para este tipo de actividades y, como tal, carece de sustento en una sociedad democrática por ser irrazonable.

V. La competencia como principal contralor de las asociaciones

Tal como ya ha sido destacado por Gary S. Becker (ganador del premio Nóbel de Economía), casi todas las áreas de la vida pueden ser analizadas desde la óptica de la competencia¹³.

9 Para un recuento de las fallas del mercado como justificaciones a la intervención del Estado y las diversas manifestaciones que puede adoptar dicha intervención, ver estos trabajos del Juez de la Corte Suprema de Estados Unidos y ex profesor de Harvard: BREYER, Stephen. Op. cit. (Cuya traducción al castellano se puede encontrar en: *Themis - Revista de Derecho*. N.º 52, 2006, pp. 7-42, bajo el título «Analizando el fracaso de la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma». Este artículo, a su vez, es una versión resumida y adelantada del libro, del mismo autor, titulado: *Regulation and Its Reform*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts y Londres, 1982, 472 pp.

10 COASE, Ronald. Op. cit. pp. 1-44.

11 CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. Op. cit. pp. 63-86.

12 Es representativo de esto el hecho de que la norma cuestionada establezca que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la norma (y por tanto, no sean «candidatos» de la ayuda internacional canalizada por el Estado), las asociaciones que no gocen de *privilegios o exoneraciones* tributarias por parte del Estado (artículo 2).

13 Ver: BECKER, Gary S. «La naturaleza de la Competencia». En: *Themis - Revista de Derecho*. N.º 44, 2002, pp. 55-61.

La utilidad de este análisis depende, como es obvio, de cuán desarrollado esté un determinado «mercado», pero creemos que es útil, en la mayoría de los casos, por lo menos como pauta.

El derecho de asociaciones no es una excepción. En ese sentido, la competencia en dicho ámbito puede ser entendida como: las críticas que dicha asociación reciba por parte de los otros miembros de la sociedad; la pérdida de los aportes privados; el descontento de sus propios miembros; etcétera. En efecto, si una asociación no utiliza los fondos obtenidos de la cooperación internacional (o nacional) de manera adecuada, simplemente dichos donadores no le darán nuevos fondos en el futuro. La propia sociedad podría criticarlos desfavorablemente a través de la prensa y hasta ponerles apelativos despectivos (como el de «izquierda caviar»). Sus propios miembros podrían separarse y unirse a otras asociaciones.

Es cierto que la habilidad para reclutar miembros o fondos puede depender de factores «extraeconómicos» como los contactos o las «amistades interesadas». También es cierto que la opinión pública puede no tener suficiente información o cultura democrática para criticar a las ONG. Respecto a lo primero, creemos que no existen motivos para considerar que dicha «habilidad» no sea un talento más por el que compiten las asociaciones. Sin duda quienes lo desarrollen más estarán en mejores condiciones para competir. Respecto al segundo punto, creemos que pasa por entender a la sociedad como algo dinámico, en permanente evolución y aprendizaje. El derecho de asociación, precisamente, ayudará a formar dicha cultura democrática y, en ese sentido, se agudizará la competencia en su ámbito. No negamos que haya mucho por avanzar y que una gran parte de la iniciativa asociativa sea extranjera (y probablemente con una agenda propia), pero esto no niega ninguno de los puntos anteriores, ni convierte a las asociaciones en islas respecto a la racionalidad económica.

Reconocemos entonces que las asociaciones, que compiten entre ellas para captar miembros, ser reconocidas como instituciones serias y útiles, recibir aportes privados, etcétera; tienen fuertes incentivos para «quedar bien» con sus benefactores, con la sociedad a la que dirigen su actividad y con sus propios miembros. En ese sentido, la intervención del Estado (para fiscalizarlas), no sólo aparece como desproporcionada, sino como inútil.

Peor aun es que el Estado, a través del manejo y distribución de los fondos privados, se pretenda convertir en el árbitro (final y único) que determine qué actividades sirven al bien común y cuáles no. Éste, por el contrario, debe crear un mecanismo que permita que la propia dinámica de los actores involucrados, a través de mecanismos de competencia, decida qué asociaciones son necesarias y cuáles no y reciban, por tanto, el apoyo financiero de instituciones privadas. Tal como lo dijo el *Justice* Holmes, citado por Epstein, «(...) la mejor prueba para la verdad de una idea es la competencia en el mercado»¹⁴.

VI. Colofón

Tal como se ha visto, a diferencia de lo que parece establecer el Tribunal, creemos que una idea más compatible con el derecho de asociación y la naturaleza de los derechos con sustento económico, es que la intervención del Estado siempre debe ser justificada en razones de interés público y ser razonable en términos económicos. Es decir, debe quedar acreditado que, dadas unas determinadas circunstancias, el Estado puede lograr lo mismo que el «mercado», a un menor costo. Por tanto, no se justifica un régimen dual, y menos aun uno que tenga por sustento el interés público o no de las actividades de las asociaciones.

14 EPSTEIN, Richard A. Op. cit., p. 40.

Por otro lado, la competencia habitualmente nos proveerá del mejor método de fiscalización de las asociaciones, y será el mejor juez para determinar si es que los fines de una asociación son de interés público o no¹⁵.

Con fecha 08 de diciembre de 2006 el Congreso ha aprobado la Ley N.º 28925, que establece el régimen de fiscalización de las ONG sujetas a cooperación internacional canalizada por el gobierno a través de la APCI¹⁶ en el Perú. Esta norma, impulsada con el objeto de lograr mayor «transparencia» en la ejecución de los proyectos, ha recibido fuertes críticas por parte de personas involucradas a las ONG, la Defensoría del Pueblo, el Consejo de la Prensa Peruana y hasta ha despertado la preocupación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁷, en el sentido en que se estaría encubriendo un intento por coactar la participación política de instituciones que tienden a ser críticas al Gobierno.

Esta controversia, que ha traído como primer resultado la presentación de una demanda de inconstitucionalidad contra dicha norma, nos parece un momento propicio para evaluar una posible respuesta por parte del Tribunal Constitucional (TC) respecto a un tema que involucra la fiscalización de las asociaciones privadas por parte del Estado. Aunque nuestro objetivo no ha sido dar una respuesta concreta al problema que ahora tiene entre sus manos el Tribunal, sí esperamos dar luces para una mayor comprensión del sentido de su anterior jurisprudencia y su compatibilidad con la naturaleza económica del derecho en cuestión.

En definitiva, dejar en manos de una agencia gubernamental decidir si otorgar o no exoneraciones tributarias y «repartir» ayuda internacional a asociaciones, con la carga de ser fiscalizadas, basándose en si sus actividades revisten o no interés público; convierte a los ciudadanos en mendigos en busca de privilegios; incapaces de hacer frente al Gobierno y defender la democracia. Esto parece muy conveniente para un Gobierno interesado en acabar con sus opositores, pero no para el fortalecimiento de una sociedad civil libre, constructora de su propio destino.

15 No nos hemos referido, como lo mencionamos en la introducción, al deber de protección de los derechos fundamentales por parte de las asociaciones (v. gr. el derecho a la no discriminación), pero creemos que, si bien su análisis no está involucrado directamente a lo que hemos dicho aquí, también puede ser pasible de ser analizado desde el punto de vista económico, como lo hace Epstein en un artículo ya citado (del cual no compartimos necesariamente sus conclusiones).

16 Agencia Peruana de Cooperación Internacional.

17 Para un seguimiento periodístico de los principales argumentos vertidos contra dicha ley, puede consultarse el diario *El Comercio* de los días 2, 4 y 5 de noviembre de 2006, donde se consignaron noticias como: «ONG irán ante TC para evitar ley controlista», «Del Castillo escuchó inquietud de las ONG», «ONG: Rendición de cuentas, pero sin censura», «CIDH pide al Perú tomar medidas para proteger a defensores de DD.HH.» y diversos artículos de opinión. Javier de Belaunde L. de R., abogado de las ONG, ha escrito dos artículos que reflejan su opinión acerca de dicha ley: «La ley de las ONG: una concepción inconstitucional». En: *Enfoque Derecho*. Diciembre de 2006, y «Transparencia, libertad y ONG». En: *Legal Express*. N.º 71, noviembre de 2006.

